

FORMAS ESPECIAIS DE APARECIMENTO DA INFRACÇÃO PENAL

- Sumários e Notas das Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias
ao 1º Ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da
Faculdade de Direito 1975-1976* -

Jorge de Figueiredo Dias

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal

As “condições gerais de aparecimento” da infracção penal supõem a verificação de *uma* infracção consumada e praticada por um agente. Vamos agora estudar as *formas especiais de aparecimento* da infracção penal e, por *consequente*, hipóteses como a de a infracção não ter chegado a consumir-se (será o Capítulo I), a de ela ter sido praticada por mais que um agente (no Capítulo II) e a de ter sido praticada mais que uma infracção pelo mesmo agente (Capítulo III).

CAPÍTULO I

TENTATIVA¹

Na forma normal de aparecimento da infracção penal que se traduz na realização desta como *consumada*, verificou-se um preenchimento completo do

* Adaptado, de acordo com as disposições legais referentes ao Código Penal de Macau, por Carmen Fortes, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

1 No Código Penal Português de 1886, que vigorou em Macau até à publicação do Código Penal de Macau aprovado pelo Decreto-Lei n.º 58/95/M, de 14 de Novembro, a par da figura da tentativa surgia a de crime frustrado como sendo aquele em que “o agente pratica com intenção todos os actos de execução que deveriam produzir como resultado o crime consumado e, todavia, não o produzem por circunstâncias independentes da sua vontade”.



tipo respectivo. E, todavia, não quer isto dizer que, apesar da infracção consumada, não possa ter havido “faltas” ou “falhas” na realização integral dos pressupostos normais da punição, máxime no tipo-de-culpa doloso. É esse patentemente, o caso que chamamos de *erro na factualidade típica*, i. é, o caso em que o agente realizou integralmente o tipo-de-ilícito mas não estendeu o seu dolo a todos os elementos constitutivos daquele tipo. Temos assim que, nestas hipóteses, à “perfeição” da realização do tipo-de-ilícito corresponde uma imperfeição” do tipo-de-culpa doloso.

Pode verificar-se, porém, uma constelação *inversa* da que acabámos de descrever. Uma hipótese, portanto, em que à “perfeição” do tipo-de-culpa doloso corresponde a “imperfeita” ou *inacabada* realização do tipo-de-ilícito que se previu e intentou. São estas as hipóteses de *tentativa*², que nos cumpre agora estudar e que representam, efectivamente, a contra-face, o inverso, das hipóteses do chamado “erro sobre a factualidade típica”.

§ 1. OS ESTÁDIOS DE REALIZAÇÃO DA INFRACÇÃO PENAL (“ITER CRIMINIS”)

Pressuposto indispensável à existência de qualquer facto doloso é, como sabemos, a verificação no agente de uma *vontade de realização* de um tipo-de-ilícito, de uma *decisão* de cometer o crime. Isto não significa, porém, que esta decisão ou resolução criminosa anteceda sempre, cronologicamente, toda a preparação do tipo-de-ilícito. Não raramente, com efeito, a execução de um delito é (até longamente) preparada antes de o agente tomar a resolução definitiva de o cometer.

Uma coisa é porém segura: a *responsabilidade jurídico-penal por um facto doloso não pode apoiar-se em nenhum momento que anteceda a resolução criminosa do agente*, porque só então surge o substrato a que pode referir-se o tipo-de-culpa. Já é porém duvidoso saber *se e em que medida* a resolução criminosa tem de documentar-se no facto para que seja admissível e tenha sentido aferir da responsabilidade jurídico-penal do agente. Pode, a este propósito e tentando cobrir o iter ciminis até ao momento da consumação, traçar-se o seguinte quadro:

I. A resolução criminosa

A mera resolução de realizar um tipo-de-ilícito, independente de qualquer começo de realização efectiva, não é punível.

A esta conclusão conduz o princípio, indiscutido, “*cogitationis poenam*

2 Em sentido amplo, abrangia também a própria *frustração*.



nemo patitur”. A justificação deste princípio reside na própria função do direito penal: a protecção de bens e valores fundamentais da comunidade social e, portanto, de interesses *socialmente relevantes*, que não de valores morais. Se o direito penal não visa a tutela de qualquer moral e portanto a modelação moral do indivíduo, mas a protecção de um determinado ordenamento social, só a violação deste ordenamento - e assim a *conduta exterior* do cidadão - pode constituir um ilícito. A resolução criminosa, enquanto tal, é um puro processo interior que não viola, nem pode violar, interesses socialmente relevantes.

Poderia dizer-se, contra isto, que por vezes a personalidade do agente é uma tal que deixa aparecer como praticamente certo que à resolução criminosa se seguirá a realização do tipo-de-ilícito. Caso em que, dir-se-ia, estaria *justificada* a intervenção do direito penal na base da pura resolução criminosa. Mas para além de não existirem critérios capazes de aferir a validade de tais “juízos de probabilidade”, qualquer ordem jurídico-constitucional que não seja barbaramente totalitária e repressiva levanta um veto incondicionado a que a vontade, as intenções ou a consciência dos cidadãos sejam, enquanto tais - i. é, enquanto se não actualizarem numa conduta exterior - passíveis de responsabilização jurídico-penal. O mesmo parece dever valer, aliás, para a mera *manifestação, declaração ou comunicação de uma resolução criminosa* - a menos, naturalmente, que ela constitua um crime autónomo, v. g. o de ameaça (art.º 147.º).^{3 4}

II. *Actos preparatórios*

Também a *preparação de uma infracção penal e os actos em que se traduza não devem como tais, em regra, ser puníveis* (art.º 20.º).

Para isto existe desde logo uma justificação *formal*: os actos preparatórios não são descritos no tipo-de-ilícito e não são, por isso, pontos de apoio possíveis da responsabilidade penal. Comprar uma caçadeira que há-de servir para matar alguém não é acto de “matar outra pessoa” para efeitos do art.º 128.º !

Substancialmente, porém, os actos preparatórios devem determinar-se a partir da violação de bens jurídicos, do ataque ao ordenamento social que a ordem jurídica quer preservar. A partir daqui se compreende que existam tipos-de-ilícito que abranjam logo a preparação de uma infracção e que, assim, tais actos preparatórios sejam classificados autonomamente como crimes ou

3 As disposições legais mencionadas no corpo do texto dizem respeito ao Código Penal de Macau.

4 Art.º 379.º do CPP/1886. Assim, a regulamentação contida no art 31º do Projecto (da Parte Geral de Código Penal de 1963 da autoria do Prof. Dr. Eduardo Correia, adiante designado por Projecto) - e que voltaremos a referir nos quadros da comparticipação - deverá considerar-se altamente contestável.



contravenções (art.º 20.º). Isto, porém, só *excepcionalmente* acontecerá uma vez que, quase sempre, os actos preparatórios em si mesmos serão acções que estão do acordo com o ordenamento social (v. g. o caso de comprar uma cadeira). Punir tais actos só poderia fazer-se, de novo, em nome de uma ilegítima punição indiferenciada de intenções.

Finalmente, a lei prevê em certos casos, também excepcionais, os actos preparatórios, não enquanto crimes autónomos, mas como *actos preparatórios enquanto tais* (art.º 305.º). Isto só deve aceitar-se, porém, sob duas condições: que tais actos apontem já *indubitavelmente* para a realização do tipo-de-ilícito; e que se demonstre a *necessidade* de intervenção do direito penal num estágio particularmente anterior do “*iter criminis*”. Punir em tais casos os actos preparatórios *enquanto tais* tem duas consequências práticas: a de que se não pode punir a “tentativa do acto preparatório”, mesmo que ela fosse punível se o acto preparatório se considerasse um crime autónomo; e a de que o acto preparatório como tal punível não pode depois voltar a considerar-se punível como crime autónomo - sob pena de violação da regra *ne bis in idem*.

III. A tentativa

A tentativa de cometimento de uma infracção, é diferentemente, em princípio punível.

Como “prática de actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se” (art.º 21.º) ela viola já o dever-ser jurídico-penal que fundamenta o respectivo tipo-de-ilícito.

Pode dizer-se mesmo não ser necessário que a lei preveja expressamente a *ilicitude* da tentativa, mas só a sua *punibilidade*. Como realização parcial de um tipo-de-ilícito ela representa já uma violação do ordenamento social juridicopenalmente protegido⁵. As penas previstas na parte especial do Código Penal, porém ligam-se só aos crimes consumados; daí que, sob pena de violação do princípio “*nulla poena sine lege*”, tenha de existir uma norma que preveja a *punibilidade* da tentativa (art.º 22.º).

A definição da tentativa como “prática de actos de execução” de uma infracção tem carácter *formal*. Quais as acções que “executam” a infracção é coisa que depende da conformação do tipo-de-ilícito. Daí que, tal como vimos suceder com os actos preparatórios, também actos que estruturalmente constituem “tentativa” possam ser considerados pela ordem jurídica como infracções

5 Contra Eduardo CORREIA, Dir. Crim. I, pg. 251, para quem na tentativa “o direito criminal alarga excepcionalmente a punição”.

autónomas. Esse pode ser, o caso⁶ de alguns crimes formais ou mesmo de crimes de perigo (máxime abstracto). Considerar que, nestes casos, continuamos *substancialmente* perante hipóteses de tentativa pode ter o mais alto interesse prático, quer em geral para efeitos interpretativos, quer em especial para considerar a “tentativa da tentativa” como verdadeiro acto *preparatório*, em princípio não punível e para considerar em tais infracções a consumação material quando efectivamente sobrevenha (v. g. para efeitos de comparticipação e de concurso de infracções).

Dissemos que a tentativa, como realização parcial de um tipo-de-ilícito é, já de si ilícita e *pode* ser punível. Se *deve* sê-lo em concreto depende de considerações de política criminal relacionadas com a gravidade da infracção. Daí a necessidade de um estudo autónomo da punibilidade da tentativa.

§ 2. A TENTATIVA

I. Os elementos da tentativa

O art.º 21.º n.º 2 indica⁷ os elementos cuja verificação cumulativa se torna necessária para haver tentativa.

Temos, assim, que elementos do conceito de tentativa são, por um lado a *intenção do agente* (que nós chamaremos “resolução”), por outro a *execução começada e incompleta dos actos que deviam produzir o crime consumado* (que nós chamaremos, mais singelamente, a “prática de actos de execução”).

1. *A resolução.* A resolução de cometer uma infracção engloba a totalidade dos elementos subjectivos determinantes ao menos de uma representação, pelo agente, do acontecimento total que intenta realizar. Equivalente a esta “resolução” é, assim, a expressão *vontade de realização* de uma infracção. É este um elemento *essencial* ao conceito de tentativa e sem o qual ela não é sequer logicamente possível ou pensável. Preferimos as expressões *resolução ou vontade de realização* à expressão “dolo”, porque este é para nós, essencialmente, um tipo-de-culpa de que faz parte um elemento emocional: a contrariedade ou indiferença de personalidade do agente ao dever-ser jurídico-penal. Ora, elemento essencial

6 O envenenamento (art.º 353.º, § único).

7 O art 11.º do CPP/1886, indica, nos seus quatro números, os elementos cuja verificação *cumulativa* se torna necessária para haver tentativa. Se, porém, os dois primeiros números indicam efectivamente esses elementos, já os dois últimos referem requisitos que, rigorosamente, não são elementos daquele conceito: o n.º 3 refere-se à *desistência* e, assim, a um limite “negativo” do conceito de tentativa que não faz parte da sua essência; o n.º 4 indica, claramente, um requisito da *punibilidade* da tentativa, não um elemento do seu conceito.



ao conceito de tentativa não é este tipo-de-culpa, mas sim a mera vontade (psicológica) de realizar uma infracção. Não é, pois, o dolo como tal que está em causa, antes sim *um elemento subjectivo do tipo-de-ilícito de todo o delito tentado*. Não falamos, por outro lado, de *intenção*, uma vez que esta expressão é, como sabemos, usada em direito penal para designar as hipóteses de “dolo directo” em que a realização do tipo foi o verdadeiro fim da conduta do agente.

a) Contra a posição doutrinal acabada de assumir - e que coincide com a de Eduardo CORREIA ⁸, - já se disse que ela não é de modo algum necessária: “a ilicitude é constituída, na tentativa, simplesmente pelo *perigo* que a acção cria, para bens protegidos pelo direito criminal e o dolo ou intenção é, unicamente, uma condição exterior da sua punibilidade (sem prejuízo, evidentemente, do papel que desempenha como elemento da culpa)... A ser assim, ... concebida a tentativa de uma forma puramente objectiva - como actividade que produz um perigo de violação de bens jurídicos, independentemente do dolo ou de intenção -, nada impede, ao menos em abstracto, que ela se aplique a crimes cometidos com negligência que não chegaram a produzir o resultado típico”⁹.

Aferir da ilicitude da tentativa na base da criação de um perigo para bens jurídicos significaria, pura e simplesmente, renunciar à exigência de *tipicização da ilicitude*! Se um homem derruba uma rapariga e nesse momento é preso, qual o tipo-de-ilícito perante o qual vai pôr-se a questão da tentativa? O do roubo, o do homicídio, o atentado ao pudor, o da violação...? Eis ao que só é possível responder através da referência à *resolução* do agente. Esta cumpre pois aqui, exactamente, a função que é própria dos elementos subjectivos da ilicitude¹⁰.

Muito autores recusam-se a aceitá-lo porque julgam - e será esse porventura o caso de Eduardo CORREIA - que, de outro modo, serão obrigados a aceitar a ideia de WELZEL e da doutrina da acção final da pertinência do dolo ao ilícito típico. Pois, dir-se-á, se na tentativa se tem de recorrer *sempre* à “resolução” para fundamentar a ilicitude, por que razão se hão-de modificar as coisas quando o crime se chegou a consumir, de tal maneira que aquela mesma resolução que, no estádio da tentativa, era elemento caracterizador da ilicitude, passa agora, uma vez o crime consumado, a ser elemento da culpa? Mas a isto deve opor-se o seguinte: uma coisa, como já dissemos, é o *dolo*, tipo-de-culpa, outra diferente

8 Dir. Crim. (Studium) 30s., nota 3.

9 Esta a opinião mais recente de Eduardo CORREIA, Dir. Crim. II, 231, de resto traduzida claramente no conceito da tentativa que vazou no art.º 21.º do seu Projecto da Parte Geral do Código Penal de 1963. Aplauso merece porém a sua referida posição anterior, não a mais recente.

10 Assim o entendemos na nossa dissertação de aluno (1961, 57 s.) e continuamos a ater-nos a esse entendimento.

e mais estrita a “finalidade”, “intenção” ou “resolução” que bem pode ser - e é - elemento subjectivo do tipo-de-ilícito; se o é sempre ou só nalguns casos (como nos de tentativa) é questão que depende só de conveniências de conceitualização e já nada tem a ver com WELZEL e a doutrina da acção final.

b) A “resolução” que é elemento da tentativa supõe, como dissemos, a vontade de realizar um tipo-de-ilícito *efectivamente existente*. A mera aceitação errónea de que um comportamento, na verdade não punível, constitui um crime - v. g. o agente compra uma navalha na convicção de ser punível, por ele estar decidido a suicidar-se com ela - não fundamenta uma “tentativa”, mas sim um *crime putativo*. O crime putativo, segundo opinião unânime e indiscutível, *não é punível*, nem podia sê-lo, desde logo porque faltaria na lei qualquer sanção que lhe fosse aplicável!

É, no entanto, por vezes difícilimo distinguir em concreto a tentativa do crime putativo. Assim, v. g., alguém se opõe, por violência, a que o cicerone de um museu exerça as suas funções, supondo erroneamente que se trata ali de uma “autoridade pública” para os efeitos do art.º 311.º. Estaremos neste caso - que os autores chamam de *erro inverso de subsunção* - perante uma tentativa de resistência ou perante um crime putativo? Um método seguro para o determinar reside naquilo que os autores alemães chamam “*logische Umkehrschluss*” (conclusão por inversão lógica): logo de início vimos que a tentativa é, em certo sentido, um fenómeno inverso do erro *sobre a factualidade típica*; acrescentaremos agora que o crime putativo é, no mesmo sentido, um fenómeno inverso da *falta de consciência da ilicitude*. Assim, em caso de dúvida entre tentativa e crime putativo, poderá inverter-se o sentido do erro do agente (no caso do museu, o agente terá suposto que o cicerone não era autoridade pública, quando na verdade o era) e perguntar se um tal erro é sobre a factualidade típica ou antes sobre a ilicitude; no primeiro caso estaremos perante uma hipótese de tentativa, no segundo perante um crime putativo.

2. Actos de execução. À tentativa pertence depois a exigência de que a resolução se actualize em actos que constituam, não meros meios preparatórios, mas já um *começo de execução*. A forma, porém, como haja em concreto de distinguir-se a tentativa da preparação é extraordinariamente discutida.

a) Tanto histórica como substancialmente o ponto de partida da distinção vai encontrar-se na chamada *teoria formal-objectiva*, segundo a qual, para que haja tentativa, tem ao menos de praticar-se *uma parte daqueles actos que logicamente caem já, de forma típica, na alçada de um tipo-de-ilícito* (v. HIPPEL) e são portanto abrangidos pelas palavras utilizadas na descrição típica (LISZT-

SCHMIDT).

Como linha de orientação fundamental não pode, evidentemente, este critério ser posto em dúvida: o próprio princípio da tipicidade vincula a que só possam ser ameaçados com penas actos descritos em um tipo-de-ilícito e daí o n.º 1 do art.º 21.¹¹ Simplesmente, fica a pergunta: quais as qualidades de que deve revestir-se um certo acto para que possa afirmar-se preencher ele um elemento de tipo-de-ilícito?

A resposta da teoria formal-objectiva só pode ser a de que é decisivo para tanto o *teor literal* do tipo respectivo. E, em muitos casos, é isto suficiente e.g. dançar com uma rapariga virgem de 17 anos só pode ser um acto preparatório, não um acto de execução da “sedução” a que se refere o crime de estupro (art.º 168.º). Em muitos outros casos, porém, a resposta é insuficiente. e. g. aquele que falsifica um escrito cometerá um acto preparatório ou executivo do crime de burla do art.º 211.º, se ainda o não tiver “empregue”? O critério resultante da teoria formal-objectiva tem pois de ser completado e esclarecido.

b) A isso vêm, precisamente, as *teorias materiais-objectivas*, ao tentarem determinar com maior precisão os elementos de que depende a tipicidade dos “actos de execução”. Decisivos são aqui dois pontos de vista:

Por um lado o de que o começo da execução deve assinalar-se em todas as actividades que “em virtude de uma *pertinência necessária à acção típica*, aparecem, a uma consideração natural, como suas partes componentes” (FRANCK).

Por outro lado o de que um acto deverá considerar-se como de execução se ele acarreta um *perigo imediato* para o bem jurídico protegido.

Se retirarmos ao critério de FRANCK uma certa conotação naturalística e o substituímos por uma conotação social (que ele perfeitamente comporta); e se, por outro lado, exigirmos que o perigo para os bens jurídicos seja não só imediato como *típico* - ficaremos próximos da ideia de Eduardo CORREIA de utilizar o pensamento da *adequação* para determinar a tipicidade do acto de execução. Como tal deveria ser considerado, por isso, o acto idóneo a causar o resultado previsto no tipo e ainda aquele que, segundo um critério de normalidade, faça esperar que se lhe siga um acto típico. É a doutrina contida nas alíneas b) e c) do n.º 2 do art.º 21.¹²

c) Finalmente, as *teorias subjectivas* têm de comum o desejo de

11 O n.º 1 do art.º 22.º do Projecto.

12 N.º 2 e 3º do art.º 22.º do Projecto.

determinar o começo da execução segundo a *qualidade ou intensidade da vontade documentada no acto*.

Erigidas em critério único de distinção entre tentativa e preparação, terão elas de ser recusadas. Desde logo porque, como acentua Eduardo CORREIA¹³, é mister que, na definição da tentativa, se ponha ao lado da intenção um outro momento objectivamente estruturado. Depois porque o próprio princípio da tipicidade ficaria em causa se faltasse um momento objectivo.

Como complemento das teorias objectivas, porém, já as teorias subjectivas têm o seu papel. Para BOCKELMANN, Entersuchungen 146, p. ex., o facto entra no estágio da tentativa quando a intenção “passou a prova de fogo da situação crítica”. O que seja esta situação crítica é coisa que tem de determinar-se de acordo com os critérios das teorias objectivas. Mas a teoria subjectiva tem razão quando acentua que a situação deve ser olhada do ponto de vista do agente e, portanto, de acordo com o *seu plano concreto de realização*. E aqui reside, de facto, o necessário complemento das teorias objectivas. Se, v.g., a mulher que tenciona matar o marido confecciona um prato envenenado, isto constituirá tentativa quando ela espera que o próprio marido se servirá; mas constituirá simples acto preparatório se a comida ainda tiver de lhe ser servida mais tarde.

d) Em *conclusão*, haverá acto de execução, e portanto tentativa, quando um certo acto preencha um elemento constitutivo de um tipo-de-ilícito ou - apreciado na base de um critério de idoneidade, normalidade ou experiência comum, ou na base do plano concreto de realização - apareça como parte integrante da execução típica. Fórmulas mais precisas têm-se revelado, até agora, impossíveis de encontrar.

II. *Tentativa e frustração*¹⁴

A legislação penal de Macau não prevê a figura da frustração.

¹³ Studium 31.

¹⁴ Como dissemos, a prática de um único dos diversos actos de execução é bastante para configurar o crime tentado. Se, porém, o agente praticou todos os actos necessários à consumação e, todavia, esta não chega a ter lugar estaremos perante um crime frustrado (art.º 10.º do CP de 1886). O interesse da distinção parece ser duplo: por um lado para efeitos de determinação dos requisitos da chamada desistência (cf. infra § 3). Por outro lado para efeitos da punição, que será mais severa nos crime frustrados do que nos simplesmente tentados. É essa, ainda hoje, a posição da nossa lei (arts. 104.º e 105.º).

Certo é, porém, que hoje a distinção se encontra por muitos lados em crise, limitando-se algumas legislações - como é o caso da alemã - a distinguir a tentativa acabada e a tentativa inacabada para efeitos de desistência.

III. A delimitação da tentativa punível

Do facto de a tentativa se caracterizar, como vimos, pelo preenchimento parcial de um tipo-de-ilícito poderá concluir-se, sem mais, que *toda e qualquer* tentativa constitui um ilícito? A história dogmática tem tratado toda esta questão sob o designativo de *tentativa impossível*, quer no que toca ao *agente* do facto quer, propriamente, ao *facto* de tentativa.

1. *O agente*. Sabemos que existem crimes que não podem ser cometidos por qualquer pessoa, mas só por aquelas em que se verifiquem certas qualidades. Uma tentativa *punível* pode pois resultar logo de alguém realizar uma acção típica na falsa convicção de que se dão nele certas qualidades (v.g., alguém, julgando erroneamente que o seu cônjuge ainda é vivo, contrai novo matrimónio: art.º 239.º). Temos então aqui uma tentativa impossível, por *impossibilidade do agente*: Mas logo nesta matéria será por vezes muito difícil distinguir a tentativa impossível do crime putativo. Toda a teoria da distinção em espécie entre o erro sobre a factualidade típica e o erro sobre a ilicitude, máxime no que toca ao erro sobre elementos normativos, tem de ser aqui recordada¹⁵.

2. *O facto*. Não só o agente mas também a própria tentativa pode ser impossível - quando o facto, dadas as circunstâncias que o revestem, está irremediavelmente destinado a não se consumir. Saber se nestes casos a *punibilidade* da tentativa impossível deve sempre afirmar-se foi (e continua a ser em algumas partes) coisa extraordinariamente discutida.

a) A clássica *teoria objectiva* parte da ideia de que o bem jurídico, numa sua acepção acentuadamente substancialista, é o cerne do ilícito jurídico-penalmente relevante. Daí que para distinguir a tentativa impossível punível da não punível tenha de recorrer ao perigo que ela representa para o bem jurídico: a tentativa impossível só será punível quando perigosa. Deste ponto de vista não seria punível o indivíduo que, lhe ministrando a outrem uma bebida, por troca de garrafa lhe ministra água em vez do perigoso veneno que tinha em vista. Neste contexto se distingue a tentativa *absolutamente* impossível - que nunca poderá conduzir à consumação - da *relativamente* impossível - que só “por acaso”, falha (FEUERBACH). A convincente distinção destas duas formas de impossibilidade (de que só a segunda seria punível) não pode porém ser alcançada.

15 Cf. nossas Lições ao 2.º Ano, pgs.189 s. e 207s.

Foi também nas dificuldades de correcta distinção que sossobrou a teoria, chamada da “Mangel am Tatbestand” - “tipicidade defeituosa” - (ZU DORNA), segundo a qual a tentativa impossível não seria punível quando, para além de se não realizar o evento, faltasse já *a priori* um elemento pertencente ao tipo (o agente tenta subtrair uma coisa que é sua ou matar um cadáver).

b) A tese fundamental da *teoria subjectiva* ancora-se na ideia de que não só a ofensa do bem jurídico (e o consequente “desvalor do resultado”) mas também a desobediência à norma de comportamento imposta (“desvalor da acção”) conforma o ilícito penalmente relevante. Daí, pois, que em princípio toda a tentativa impossível deva ser punível, mesmo que se não revele em si perigosa, já que toda ela contraria a norma de conduta.

Mesmo deste ponto de vista, porém logo se reconheceu que importava excluir do domínio da punibilidade a chamada *tentativa irreal ou supersticiosa*, v.g. a daquele que pensa que dando um pontapé no ar matará um seu inimigo nos antípodas ou (o que é um facto dos nossos dias e da nossa sociedade) a daquele que vai à bruxa para, através de umas rezas, determinar a morte do cônjuge. Como justificar e delimitar porém esta excepção à luz das teorias subjectivas.

A ideia é operar aqui com a “irrealidade” do meio. O juízo sobre esta depende porém, não do desvalor da acção, mas sim da experiência normal e, portanto, de um critério objectivo que se atém ao carácter perigoso ou não do meio. Mesmo deste ponto de vista, contudo, porque há-de considerar-se irreal o meio das rezas para conseguir um aborto, e já não o dar irrigações vaginais com água ensaboada - se também este último meio é considerado inidóneo pela ciência médica? A teoria subjectiva exige, para haver uma tentativa não punível, que a idoneidade do meio seja visível para toda a pessoa de são entendimento, e exige bem. Mas não explica como se compatibiliza esta exigência com o fundamento de que arranca uma tal teoria.

c) As novas teorias objectivas arrancam, como as antigas, da ideia da perigosidade da tentativa como pressuposto único da punibilidade. Sobre a concreta perigosidade decidirá um juízo de prognose feito por um observador colocado no momento da execução e conhecedor de todas as circunstâncias cognoscíveis ou conhecidas do agente. A tentativa será punível se, razoavelmente, e segundo as circunstâncias do caso, a realização típica era possível, caso contrário a tentativa ficará impune.

Esta avaliação de perigosidade concreta segue como se vê, os passos da casualidade adequada. O problema com que depara é porém o de saber se a tentativa é ainda perigosa, e consequentemente punível, quando o bem jurídico - ao tempo do facto e segundo as circunstâncias do caso - *podia* existir mas não



existia. É o caso de já ter morrido a pessoa a quem se dá um tiro mortal ou das manobras abortivas praticadas por uma mulher que tem razões para se julgar grávida, mas verifica depois que não estava¹⁶. Se negarmos aqui a perigosidade, teremos de reportar-nos ao conhecimento adquirido *depois* do facto e vamos cair de pleno em todas as complicações da “tipicidade defeituosa”. Se pelo contrário a afirmamos ¹⁷-, obteremos a solução mais correcta, mas à custa de reconhecer que o ponto de partida da teoria foi ultrapassado, pois que se afirma a punibilidade mesmo onde *falta* o bem jurídico e, por isso, *inexiste* real perigosidade.

d) A conclusão é a de que a inidoneidade do meio empregado ou a carência do objecto só excluem a tentativa quando reconhecíveis pela generalidade das pessoas normais e razoáveis ou, se quisermos, dotadas de *são* entendimento. Nesta conclusão convergem as mais modernas teorias objectivas e subjectivas; sendo no entanto certo que ela ultrapassa os fundamentos de que ambas as teorias partem¹⁸.

e) Ainda quanto à tentativa “irreal” ou “supersticiosa”, já se disse que a punibilidade deveria preconizar-se quando, no que toca ao seu agente, “se mostra, ainda, que ele revela a vontade de reiterar a sua prática ou é criminalmente perigosa”¹⁹. Mas esta punibilidade de pura prevenção especial não pode aceitar-se. Dir-se-á que o ilícito não é aqui constituído pelo facto (“irreal”) tentado, mas directamente pela personalidade do delinquente. Para que assim fosse, porém, era preciso que a vontade ou a perigosidade reveladas, e de que o facto seria mero “sintoma”, se contivesse em um concreto tipo-de-ilícito. De outra forma o princípio do “nullum crime sine lege” fica posto em causa.

IV. *A punibilidade da tentativa*

Por definição, como vimos, a tentativa não pode conter mais do que *uma parte* da ilicitude do crime consumado: o desvalor da acção pode ser igual num caso e noutro, mas o desvalor do resultado será sempre *menor* na tentativa. Daí a existência de regras especiais quanto à punibilidade da tentativa.

1. Salvo disposição em contrário, só é punível a tentativa nos casos em que ao crime consumado corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior

16 O art.º 22.º § único do Projecto fala, neste contexto, de “carência do objecto”.

17 Cf. O cit. Art.º 22.º § único do Projecto.

18 A expressão usada pela nossa lei para definição do cerne da tentativa – “actos que deviam produzir o crime consumado” – é suficientemente ampla para sustentar a conclusão a que chegámos nesta matéria.

19 Art.º 23.º do Projecto

a 3 anos (n.º1 do art.º 22.º)²⁰. Quando punível, a pena aplicável à tentativa é a do crime consumado especialmente atenuada. Com isto torna-se claro que a lei atribui ao delito tentado menor gravidade que ao consumado²¹.

Não falta quem defenda - e algumas legislações consagram - a ideia de que a atenuação não deve ser, como é entre nós, obrigatória, antes sim facultativa²². A seu favor invoca-se a maior liberdade que terá o juiz de adequar a pena à “culpa da vontade” do agente, deixando de atender a circunstâncias que as mais das vezes se reduzem a pura casualidade. Mas à luz de um direito penal que arranque do facto e da protecção de bens jurídicos esta solução é inaceitável: recusar influência, na medida da pena, ao desvalor do resultado é sempre recair nas teses do direito penal da vontade ou da personalidade.

§ 3. A DESISTÊNCIA

Se o agente abandona a realização reiterada de projectos delituosos em qualquer altura, ou se dispõe a reparar o ilícito já cometido, nem por isso ficará em princípio isento de pena, tratando-se aqui, pelo contrário, de circunstâncias que só podem pesar na medida da pena. Em matéria de tentativa, porém, vale a regra especial de que não é punível a *desistência voluntária*²³.

1. *Fundamento da não punibilidade*. As opiniões divergem largamente quanto ao fundamento desta impunibilidade. A teoria premial (MAURACH) pensa que a desistência voluntária em nada afecta a ilicitude e a culpa, pelo que se trata aqui tão-só de um estímulo a uma atitude que acaba por preservar os bens jurídicos. Mas, postas assim as coisas, esta teoria vem sendo julgada estranha à realidade das coisas: não é por conhecer o “prémio” ou ser por ele motivado que o agente as mais das vezes desiste voluntariamente da conduta.

Tão-pouco é exacto que, como querem outros, a impunibilidade se funde na revelação de uma *mais fraca energia criminosa*. Pois, se assim fosse, a impunibilidade deveria abranger os casos em que a consumação se não dá, não

20 Em princípio só é punível a tentativa nos casos em que ao crime consumado caberia pena maior. Sendo a pena simplesmente correcçãoal, a tentativa só será punível quando a lei expressamente o declarar (n.º 4 do art.º 11.º e para a frustração o n.º 2 do art.º 104.º do CPP/1886).

21 Também a medida da pena aplicável é menor no caso de delito frustrado ou tentado, relativamente ao crime consumado: frustração e tentativa funcionam na verdade, como explicaremos à frente, como circunstâncias atenuantes modificativas. Assim, para a frustração vale a “atenuação modificativa” consagrada nos dois n.ºs do art.º 104.º, para a tentativa uma “atenuação geral” relativamente à pena que caberia ao crime frustrado, nos termos do art.º 105.º do CPP/1886.

22 É essa também a solução do art.º 26.º do Projecto.

23 Cf. o n.º 3 do art.º 11.º, e art.º 13.º do CPP/1886 e art.º 25.º do Projecto.



por vontade de desistir, mas pela fraca intensidade da resolução criminosa.

Exacto é que, na justificação da impunidade da desistência, convergem vários pontos de vista. A desistência voluntária diminui na verdade a dignidade penal do comportamento. Que o agente seja porém, nestes casos, completamente isento de pena é solução ditada por considerações de *política criminal*, nomeadamente a de facilitar a dissociação entre o agente: o seu projecto criminoso. De outro modo não se compreenderia que só a desistência lograda tivesse por efeito a isenção da pena.

2. Requisitos. Fundamental é pois, sempre, que a consumação do crime efectivamente se não verifique, e que esta não-verificação fique a dever-se ao agente.

a) O que deve acontecer para que se evite a consumação é coisa que depende da proximidade já alcançada entre a tentativa e a consumação. Depende, nomeadamente, se o agente já tiver ou não praticado todos os actos de execução que deveriam produzir o crime consumado. Se os não praticou todos, bastará *omitir* os que faltam ainda; no caso contrário, porém, terá de *intervir activamente* no sentido de obstar à consumação²⁴. Precisando desde já, porém, que a avaliação sobre se o agente tem ou não de intervir activamente deve ser feita de acordo com o plano do agente. Se deste plano fazem parte vários actos - v.g., vários tiros ou várias facadas -, a intervenção activa será exigida desde o momento em que o agente se represente, ao menos como possível, que a consumação pode já sobrevir.

b) No caso de tentativa *propriamente dita* deve o agente, para não ser punível, ter *suspenso* a execução da acção intentada, sem disso ter sido impedido por circunstâncias estranhas à sua vontade²⁵ (n.º 1 do art.º 24.º).

aa) Essencial é pois, que o agente *abandone* ou *deixe de prosseguir* a execução planeada.

Discutido é já, contudo, saber em que medida deve o abandono ser *definitivo*. Como ex. pode servir o caso de uma mulher que, estando a ser objecto de uma tentativa de violação, declara ao agente que, depois de uma pausa, estará pronta a ter relações sexuais voluntárias com ele. O agente abandona a tentativa, mas continua decidido a usar da força, se isso se revelar necessário.

Alguns autores (MEZGER, MAURACH) julgam bastar à desistência que o

24 Nesta matéria terá, pois, de distinguir-se a tentativa propriamente dita da frustração.

25 Cf. o n.º 3 do art.º 11.º do CP/1886, a contrário; é substancialmente idêntico ao art.º 25.º do Projecto, corpo do artigo.



agente abandone a “concreta execução”, mesmo que persista decidido a cometer o crime noutra altura ou com outros meios. Outros (JESCHECK, WELZEL) exigem o abandono *integral* do projecto executivo. Mas a controvérsia é, em boa parte, motivada por uma má compreensão do que seja a “concreta execução”. Que a simples mudança na forma de execução não significa desistência, é coisa que devia ser segura. Decisivo é saber se o agente se reserva a prática de actos de execução que, no caso de serem praticados, estariam numa relação de *unidade criminosa* com a tentativa já cometida: nesse caso o agente não renunciou *ainda* à execução da “acção planeada”. No exemplo posto, se a renovação intencionada da violação está em unidade com a violação intentada, o abandono não representa ainda desistência. Mas a solução já será outra quando v.g. o autor de uma tentativa de roubo deixa a sua primeira vítima sem a roubar, em virtude dos seus rogos, embora não renuncie a roubar alguém. Nesta hipótese o segundo crime será autónomo, pelo que relativamente ao primeiro existe uma desistência relevante.

bb) Deve depois exigir-se que a desistência do agente conduza basicamente à *não-verificação* do resultado típico.

Esta exigência está longe de ser evidente na tentativa propriamente dita, uma vez que, como dissemos, sobre a consumação decide o mundo (subjectivo) das representações do agente. Pode assim este, sem saber, ter dado já à vítima a quantidade mortal de veneno, quando se dispõe a interromper a ministração, pensando que com isto lhe salva a vida. Uma corrente difundida quer aqui considerar a desistência relevante, embora, punindo eventualmente o agente a título de negligência (SCHONKE-SCHRODER). Mas como - se não estamos aqui perante uma tentativa, mas perante um crime consumado? Parece, pois, que a desistência não pode aqui ser relevante. Ela só o será se o resultado não vier, *por outros motivos*, a verificar-se - v.g. em virtude da intervenção de terceiros.

cc) Finalmente a tentativa só será relevante se o abandono não tiver sido impedido por circunstâncias estranhas à vontade do agente. É neste sentido que se fala de desistência *voluntária*. Seguro é, pois, que se o agente foi *obrigado* a desistir ele continuará a ser punível. No resto, porém, não há unanimidade de pontos de vista.

A concepção mais estrita exige uma “qualidade moral dos impulsos à desistência”. Assim, o violador que abandona a acção porque a vítima, a partir de certa altura, parece consentir e ele resolve seduzi-la, não seria privilegiado. Mas não pode ser assim. O fim político-criminal do privilegiamento da desistência também é logrado mesmo quando os motivos estão longe de ser nobres.

No outro extremo está a concepção segundo a qual decisiva é só a “*possibilidade de consumação da acção típica concretamente intentada*”. A



desistência só não seria assim relevante quando o facto viesse a revelar-se inexecutável ou o agente tivesse a consciência de a consumação ser impossível (dada, v.g., a proximidade de um agente da polícia). Todavia, não se vê sentido em privilegiar aquele agente que, concretamente, ainda pode continuar a execução mas se apercebeu já de que não logrará dela qualquer das vantagens que esperava.

O problema centra-se, assim, naqueles casos em que a continuação da execução ainda é possível, mas o agente passa a contar com muito mais prejuízos e perigos do que aqueles que esperava. A solução mais correcta será a de excluir o privilégio da desistência, e a sua voluntariedade, quando *as desvantagens ou os perigos ligados à continuação da execução se revelam - segundo a perspectiva do agente - desproporcionalmente grandes à luz das vantagens esperadas, de tal modo que seria desrazoável suportá-las*²⁶.

Como, porém, tratar o caso em que o evento não surge por outros motivos que não a actividade do agente? Hoje tende-se a estender a estes casos o privilégio da desistência activa face à actuação voluntária e séria do agente²⁷. Ao exigir-se, por vezes, neste contexto, que a acção não tenha sido descoberta, está-se a referir de novo o requisito da *voluntariedade*. É claro que, mesmo *antes* de descoberta a acção, pode a desistência activa não ser voluntária (v.g. se o agente julga, erroneamente pela polícia); e *depois* dela descoberta, pode a desistência activa ser voluntária (v.g. se o agente julga, erroneamente, que ainda não foi descoberto). O verdadeiro critério é pois o da voluntariedade, não o da descoberta.

3. Efeitos. Estando presentes todos os requisitos da desistência, a consequência é a isenção da pena da tentativa²⁸.

26 No caso de *frustração* o agente não será punido se, por actividade própria e voluntária, consegue *evitar o resultado* (artº 10º a contrario; artº 25º do Projecto). Por isso se fala também de “arrependimento activo” nestes casos.

Dado que, aqui, o agente praticou “*todos os actos de execução que deveriam produzir como resultado o crime consumado*”, deve ele intervir activa e voluntariamente no sentido de evitar a produção do resultado (v.g. administrando um contra-veneno); e tem, para além disso, de *conseguir* evitá-lo. Claro que para tanto pode ter de servir-se da actividade de terceiros (chauffeur de táxi, médico, etc.). Mas tem de estar aí incluída também uma actividade própria.

Como, porém, tratar o caso em que o evento não surge por outros motivos que não a actividade do agente? Hoje tende-se a estender a estes casos o privilégio da desistência activa face à actuação voluntária e séria do agente. E não parece impossível interpretar-se extensivamente, neste sentido, a parte final do artigo 10º CPP/1886), dado que tal interpretação é favorável ao agente.

27 E não parece impossível interpretar-se extensivamente, neste sentido, a parte final do artigo 10º (CP/1886), dado que tal interpretação é favorável ao agente.

28 Ou da *frustração*. Se esta está incluída num plano criminoso mais vasto - caso da “tentativa qualificada”, v.g. uma ofensa corporal consumada que se inclui num plano de tentativa de roubo



O efeito da desistência é estritamente *pessoal*. A isenção da pena cobre pois só o desistente e não quaisquer participantes (artº 24º). Mas quando a desistência de um só evita a consumação do facto, é claro que aos outros cabe apenas a pena da tentativa.

Sobre a desistência da tentativa de comparticipação *cf. infra*.

4. *A desistência dos crimes formais*. Já dissemos que a desistência só isenta de pena se a consumação não chegou a verificar-se. Porém, nos crimes que se consumam independentemente da verificação do evento, mas em que este interessa ainda à valoração que o tipo traduz, deve atender-se ao *momento* da consumação *formal ou material*?²⁹

À luz do fundamento da desistência, esta segunda solução é a correcta. Se o agente actua voluntariamente no sentido de evitar o evento material e o consegue, parecem estar presentes todas as razões que justificam a relevância da desistência (nº 1 do artº 23º *in fine*).

A TENTATIVA NOS CRIMES DE OMISSÃO

Que, nos crimes de omissão, se dão hipóteses semelhantes às da tentativa nos crimes de acção, é indiscutível. Pode v.g., o agente supor erroneamente que se dá uma situação donde lhe adviria uma posição de garante pela não produção dos evento e, todavia, permanecer inactivo (A julga erroneamente que é o seu filho pequeno que está a afogar-se e nada faz; a tentativa impossível de omissão?); ou pode alguém não intervir para evitar um evento e outro intervir a tempo e evitá-lo. Mas deve daqui partir-se para uma total equiparação da tentativa nos crimes de acção e de omissão?

Uma parte da doutrina nega pura e simplesmente que possa falar-se de tentativa nos crimes de omissão³⁰. Mas esta ideia - sustentada entre outros por WELZEL - liga-se àquela outra segundo a qual na omissão, como “grandeza negativa”, não poderia falar-se nem da causalidade, nem de finalidade ou dolo - e, portanto, também não de resolução que é consubstancial à ideia de tentativa. Como se liga ainda à ideia de que, até ao momento da realização típica, não poderia afirmar-se que o agente violou o dever de garante da não-realização do tipo.

- é claro que a punibilidade dos factos constitutivos de crimes autónomos continua de pé.

29 O art.º 13.º (CP/1886) conduz-nos a responder no primeiro sentido, a parte final do corpo do art.º 25.º do Projecto, no segundo.

30 Pelo menos de tentativa “inacabada” ou “propriamente dita só a “frustração” seria aqui possível, porque até ao último momento o omitente poderia intervir e evitar a realização típica.



Se a primeira ideia - já o sabemos - não é de sufragar, o mesmo deverá dizer-se da segunda. O dever de acção cria-se desde o preciso momento em que exista o perigo de realização do tipo. Se a inactividade do agente for acompanhada do crescimento do perigo é suficiente para caracterizar o ilícito de uma tentativa num crime de omissão. É o caso, v.g., de o pai resolver não chamar o médico apesar do conhecimento de que o estado do seu pequeno filho doente está a piorar.

Sendo assim, a analogia com o que se passa nos crimes de acção é clara e - pode dizer-se - completa. A preparação durará enquanto o perigo da realização típica se encontra numa fase longínqua e estacionária, apesar do agente ter tomado a resolução de não intervir. A tentativa dar-se-á logo que, existindo aquela resolução, há o conhecimento (verdadeiro ou, no caso de tentativa impossível, suposto) de que o perigo cresce³¹. Dentro deste esquema deverão aplicar-se à tentativa nos crimes de omissão as regras gerais estudadas, sem alterações significativas.

LEITURAS SELECCIONADAS

1. Eduardo CORREIA, Direito Criminal, II Vol. (1965), pgs. 225-245;
2. Eduardo CORREIA, Direito Criminal (Stadium, 1953), pgs 9-86);
3. Beleza dos SANTOS, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 66, pgs 103 e ss.;
4. J. Figueiredo DIAS, Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais (diss.1961) pgs.56-58;
5. Cavaleiro de FERREIRA, Lições de Direito Penal (1940/41, pgs. 56-58;
6. G. BETTIOL, Direito Penal, Parte Geral, Tomo III (1973), pgs. 165-207;
7. R. MAURACHI, Tratado de Derecho Penal, II Vol. (1962), pgs. 165-215;
8. H. WELZEL, Derecho Penal, Parte General (1956), pgs. 189-204.

31 Frustração existirá quando o agente desprezou a última possibilidade de intervir e, todavia, a realização típica não chegou a consumir-se.

CAPÍTULO II

COMPARTICIPAÇÃO

Toda a matéria do direito penal até aqui estudada pressupõe sempre tacitamente que o ilícito-típico foi levado a cabo por *um* agente. Todavia, muitas vezes se dá a circunstância de nele terem colaborado várias pessoas, designadas então por *comparticipantes* no seu sentido mais lato. É preciso, pois, estudar agora com algum pormenor os diferentes papéis que os participantes no cometimento de uma infracção desempenharam, delimitá-los reciprocamente e determinar a forma de punição de cada um deles.

Segundo o art.º 25.º e 26.º os agentes do crime são *autores ou cúmplices*³². Estudaremos em seguida sucessivamente, cada uma destas categorias.

§ 4. *AAUTORIA*

O ponto de partida da problemática é simples: quem pode dizer-se que levou a cabo a realização de um certo ilícito-típico? Autor, na verdade, há-de ser aquele que cometeu a infracção. Por isso o problema nem sequer se põe, quando, em concreto, surge uma única pessoa como agente do acontecimento típico: ela é então autor e seria puramente tautológico caracterizá-lo como tal. Só quando várias pessoas participam no facto tem então real interesse o conceito de autoria. Deparamos porém, nesta conceptualização quer com dificuldades de princípio, quer com dificuldades sérias na sua aplicação aos casos concretos.

I. *Doutrinas gerais*

1. *As teorias formais-objectivas*

Tal como na distinção entre actos preparatórios e actos de execução, também na distinção entre autoria e cumplicidade, e pelos mesmos motivos, o ponto de partida histórico e lógico vai encontrar-se nas teorias formais-objectivas. Autor será, segundo elas, a pessoa que leve a cabo, total ou parcialmente, a conduta descrita no tipo.

Este critério, porém, conduz a muito pouco, por não poder determinar exactamente o que seja “levar a cabo” ou “executar” a conduta típica. A esta luz é só autor quem dispara o tiro mortal ou também quem atrai a vítima à cilada?

32 Ou *encobridores*, figura existente no artº 19º do CPP de 1886.



Nem vale nada acrescentar que só é autor quem preenche o tipo “na própria pessoa”. A única saída estaria em atender o mais possível às expressões formais usadas pela lei (“matar”, “subtrair”, “seduzir”, etc.). Já sabemos porém que, na maioria dos casos, isso significará renunciar a critérios precisos de delimitação do conceito de autoria.

2. As teorias subjectivas

Grande relevo no problema da distinção é assumido pelas teorias subjectivas, ainda hoje aceites por muitos autores e sistemas. A sua origem esteve em que, tendo-se aceite generalizadamente (por influência sobretudo de v. BURI) a teoria condicionalista da equivalência das condições, nada mais restava do que procurar no lado subjectivo do crime - em critérios puramente internos ou psíquicos, fossem eles a vontade, a intenção, os motivos, o sentimento, a atitude interior, etc. - o critério delimitador da autoria.

Ultrapassada, por errónea, a ideia que a cumplicidade se distinguiria da autoria por aquela se verificar uma simples participação na culpa do autor (Schuldteilnahmetheorie) - e ultrapassada não só pelas suas deficiências próprias como por definir afinal a autoria pela simples negativa -, as doutrinas subjectivas ficaram-se desde há muito por uma formulação até hoje não superada. Segundo ela, *será autor quem levar o seu próprio facto até a consumação, actuando pois com animus auctoris*; cúmplices quem possuir só uma vontade dependente da do autor, subordinando a sua vontade à deste por forma tal que se desprende do levar ou não o facto até à consumação, actuando, em suma, com *animus socii*.

A verdade, porém, é que a *atitude pessoal* do agente não pode, só por si, constituir critério da autoria: não basta que alguém se *sinta* senhor do facto para ser considerado autor. Por outro lado, fica-se assim perto de caracterizar como autoria o comportamento mais censurável, mesmo que o respectivo agente não tenha, ele próprio, realizado o tipo. A determinação legal da pena fica, com isto, posta em causa. O célebre “caso Stachynsky” é um bom exemplo do que afirmamos.

3. As teorias materiais-objectivas

A crítica formulada contra as teorias subjectivas mostra que a caracterização da autoria não pode prescindir do recurso a um momento objectivo. As teorias *materiais-objectivas* destacam-se precisamente por procurarem a diferença entre autoria e cumplicidade no lado objectivo do crime, sobretudo na relação de causalidade.



Assim se chega à ideia³³ de que é *autor do crime* todo aquele que lhe tenha dado causa - entendendo-se esta “causa”, nos termos gerais, segundo os cânones da causalidade adequada. Daqui derivaria um conceito *extensivo* de autoria, que abrangeria a própria cumplicidade: esta nada mais seria que uma forma de autoria³⁴, a par de outras formas como a autoria mediata, a co-autoria, etc. A diferença entre a autoria (sobretudo a mediata) e a cumplicidade seria só uma diferença dentro da própria causalidade, que se obteria recorrendo à velhíssima distinção de FARINACIO entre “auxiliator causam dans” e “auxiliator causam non dans”: o agente ainda seria *autor se pudesse afirmar-se que o facto não teria sido cometido sem a sua actuação*; mas já seria cúmplice se o facto ainda tivesse sido cometido sem a sua actuação, embora o tivesse sido por modo, em tempo, lugar ou circunstâncias diferentes.

Se bem que devemos reconhecer o valor que ainda hoje importa atribuir a esta concepção para uma justa compreensão das relações entre a autoria e a cumplicidade, não devemos minimizar as mais fundadas dúvidas que ela suscita e que se devem, a nosso ver, ao facto de se erigir uma espécie de *causalidade necessária* em fundamento e critério da autoria.

Deve dizer-se, em princípio lugar, que a imputação da cumplicidade ao conceito (lato ou extensivo) de autoria *contraria o sistema legal*: este não põe a cumplicidade ao lado das restantes formas de autoria, antes a autonomiza delas³⁵ e, inclusivamente, pune-as diferentemente³⁶ (art.ºs 25º e 26º).

Mais importante, porém, é a ideia de que a existência ou inexistência de uma “causalidade necessária” radica as mais das vezes, no puro *acaso*. Nem o autor tem incondicionalmente de trazer ao facto um contributo necessariamente causal, nem aquele que o prestou tem incondicionalmente de considerar-se autor. Na verdade: se duas pessoas subtraem conjuntamente uma coisa, parece impossível afastar a autoria de uma com o argumento de que, sem a actuação de um, o outro a teria subtraído sozinho. Se, por ex., um farmacêutico vende a uma mulher um abortivo, não se vê que ele haja de ser autor do crime de aborto por aquela praticado, mesmo que se comprove que, sem ele, o facto não teria sido cometido; pois a verdade é que tanto a iniciativa como a última decisão pertencem à mulher.

Em rigor, aliás, o critério pode chegar a ser *impraticável*. Mesmo partindo do mundo de representações dos comparticipantes, a maior parte das vezes eles não saberão se a sua comparticipação é ou não “necessária”. No nosso exemplo,

33 Entre nós defendida com veemência por Eduardo CORREIA e por ele claramente vazada no art.º 27.º do Projecto.

34 cf. o n.º 4.º do art.º 27.º do Projecto, *in fine*.

35 Art.ºs 20.º e 21.º do CPP/1886.

36 Art.º 103.º do CPP/1886.



provavelmente eles nunca chegarão a saber - e o tribunal também se verá na impossibilidade de o afirmar - se o abortivo podia ser conseguido noutra farmácia ou por outra via. E, de resto, porque há-de o farmacêutico ser considerado autor ou mero cúmplice, consoante não fosse ou fosse possível encontrar outro farmacêutico disposto a vender o abortivo?

Tudo isto mostra, parece-nos, que a solução alcançada por esta via não tomou na consideração devida o aspecto *material* dos problemas, mas se limita a tirar as consequências de um pressuposto metodologicamente duvidoso: o de que a causalidade é fundamento *específico* e autónomo da comparticipação - quando afinal ela é um pressuposto *geral de todo* o ilícito-típico³⁷. Além de que (e será esta a nossa última consideração) este critério é pensado para a distinção entre a autoria (mediata) e cumplicidade, mas não serve de modo algum para caracterizar a autoria imediata, a mediata ou moral e a co-autoria e distingui-las em bloco da cumplicidade.

4. *Uma nova teoria material-objectiva: a teoria final-objectiva do “domínio do facto”*

a) As considerações anteriores mostram que o verdadeiro critério distintivo da autoria não pode prescindir, na sua caracterização, de momentos objectivos e subjectivos: tem pois de ser referido ao facto ou à infracção na sua integridade.

Partindo de um pensamento característico das teorias subjectivas - o de que o autor, na medida em que não reconhece uma vontade superior à sua, se revela senhor do processo causal que conduz à realização típica - WELZEL chegou à caracterização da *autoria como domínio (ou senhorio) do facto* (“*Tatherrschaft*”; “*maitrise du fait*”). O que é compreensível para os adeptos da doutrina da acção final: se a acção é supradeterminação final de um processo causal, a questão de saber *quem* é autor dela reconduz-se à questão de saber quem é que dominou finalisticamente aquele processo.

Mas o núcleo central da ideia do “domínio do facto” pode também ser subscrito) e tem vindo a sê-lo efectivamente: BAUMANN, LANGE, SCHROEDER) por adversários encarniçados da doutrina da acção final. Basta que se aceite, em geral, ser essencial à delimitação da autoria que o agente domine o acontecimento, de tal modo que a iniciativa e execução do facto dependam

37 Não deixa de ser sintomático, aliás que v.g. o Projecto Eduardo Correia, começando por uma definição lata de autoria - que deveria caber, em princípio, a todos os autores, mesmo aos dos crimes negligentes - se veja depois obrigado, na definição da autoria moral, da instigação e da própria cumplicidade, a recorrer a um elemento completamente estranho à causalidade (como é o dolo), exigindo que naqueles casos a colaboração no facto dos vários agentes seja dolosamente prestada.



decisivamente da sua vontade. É com este contexto genérico que a ideia do “domínio do facto” tem vindo progressivamente a impor-se, constituindo o cerne da *teoria final-objectiva* (que, no fundo, pode e *deve* ainda considerar-se uma *teoria material objectiva*)

b) O conceito de “domínio do facto” não é, por um lado, um conceito indeterminado, nem, por outro, um conceito fixo, definitório e apto à subsunção. É sim, como diz ROXIN, um conceito *aberto*, no sentido de um conceito cujo conteúdo é susceptível de adaptar-se às variadíssimas situações concretas da vida a que se aplica e que só na aplicação concreta alcança a sua medida máxima de concretização. Bem se compreende assim que os seus pressupostos se encontrem longe de ser inequívocos.

Em geral, pouco mais poderá dizer-se para além de que ao domínio do facto é desde logo essencial o carácter final do comportamento: quem não age de modo final não revela, em princípio, ao menos, nem o *domínio do acontecimento* nem o *domínio da vontade* que poderiam servir para caracterizar o domínio do facto. Mas é claro também que a finalidade - e até o próprio dolo - não basta, por regra, para só por si afirmar o domínio do facto; pois também o mero cúmplice pode agir final e mesmo dolosamente. Só, é claro, nas hipóteses de cometimento final ou doloso estritamente singular é que finalidade e dolo serão, para todos os efeitos, equivalentes a domínio do facto.

Determinar, para além disto, os requisitos que devem acrescer à finalidade para caracterizar o domínio do facto é matéria que terá de reservar-se ao estudo das concretas formas da autoria.

c) Do que fica dito já resulta que a caracterização da autoria através do domínio do facto não pode valer para todo o âmbito do direito penal: e que em muito casos - sendo aqui que reside o coeficiente de verdade das teorias formais-objectivas - ao domínio do facto têm de acrescer, para caracterizar a autoria, exigências adicionais feitas pelos tipos respectivos. Assim:

aa) O domínio do facto não pode caracterizar a autoria nos crimes construídos sobre a mera causação de um evento por violação de um dever objectivo de cuidado, é dizer, nos *crimes negligentes*. Que a não pode caracterizar na negligência *inconsciente* é evidente, por aí faltar completamente a finalidade. Já na negligência *consciente* poderia porventura falar-se, em certa medida, de domínio do facto: mas a verdade é que, ainda aqui, a punição se liga à causação de um evento por violação de um dever de cuidado, não à supradeterminação final de processos causais. Por isso a categoria do domínio do facto deve considerar-se inaplicável a *todas* as hipóteses de negligência.



bb) A doutrina é praticamente unânime em afastar a aplicabilidade da categoria do domínio do facto nos *crimes omissivos*. Nestes - diz-se - é autor justamente aquele que não leva a cabo a acção imposta ou esperada, que evitaria o resultado, aquele que *não* intervém no acontecimento; daí que não possa dizer-se de modo algum que ele exerceu o *domínio* ou a *orientação* do processo. Importa ponderar, porém, se a *possibilidade* de intervenção e de afastamento do evento não poderá constituir, normativamente, uma espécie de *domínio social* - que não fáctico-real, naturalístico ou ôntico - do acontecimento, restrito naturalmente aos casos em que o omitente detinha um dever de evitar o evento e, por conseguinte, aos casos que a omissão é socialmente equiparável à acção.

cc) Sabemos que, em muitos casos, os tipos exigem certos elementos subjectivos específicos no sentido de intenções, tendências, ânimo, etc. Nestes casos, para caracterização da autoria, parecerá em princípio de exigir que ao domínio do facto acresça o especial elemento subjectivo tipicamente exigido.

dd) O mesmo parece pode dizer-se, também em princípio, nos casos em que o tipo impõe ao agente um *dever especial*, como é o caso nomeadamente dos *delitos específicos*. Agente será então aqui, não quem detenha o domínio do facto mas só quem, para além disto, se encontre vinculado pelo dever contido no tipo.

ee) Inaplicável parece ser finalmente a categoria do domínio do facto para delimitar a autoria no casos dos chamados *crimes de mão própria* (“*eigenhandige Delikte*”), isto é, aqueles crimes que tipicamente exigiriam a execução corporal do crime pela própria pessoa do agente (v.g. incesto, pederastia, vadiagem, e talvez bigamia, uso de estupefacientes, etc.). As dúvidas atingem aqui, porém, a própria existência de verdadeiros crimes de mão própria no nosso sistema legal. Se a categoria dever ser afirmada também entre nós, será nela autor, não quem detenha o domínio do facto, mas quem, para além disso, execute *corporalmente* a conduta típica.

Conclusão

Na tentativa de determinação de uma doutrina *geral* sobre a essência e a delimitação da autoria têm por força de admirar-se muito mais os esforços do que os resultados. Um conceito *extensivo* de autor não parece estar de acordo com a nossa lei, nem dever aceitar-se a não ser para âmbitos muito delimitados do direito penal. Um conceito *restritivo* de autoria, por outro lado, não pode apresentar-se como um conceito definitório fixo e apto à subsunção, mas tem de ser aberto e multifacetado consoante a espécie de autoria a que se aplica e o tipo que está em



causa. Com o próprio conceito de domínio do facto, como nota ENGISCH, Z. 66/383 s., “nada de verdadeiramente novo se ganhou a não ser um enquadramento (“Bild”)”. Tem de se esperar, pois que seja da análise das diversas espécies de autoria e da própria teoria da cumplicidade que resulte a “essência” dos conceitos que neste domínio se utilizam. Mas fica já justificado também que a exposição subsequente se dirija só à doutrina da autoria no caso-regra dos *crimes dolosos de acção*.

II. *Autoria imediata*

De acordo com o art.º 25^º³⁸, é autor imediato “quem executar o facto, por si”. Trata-se aqui da hipótese da chamada *autoria imediata*, cuja menção legal específica era de resto escusada por resultar já de cada um dos tipos previstos pela lei penal.

III. *Co-autoria*

De uma maneira geral, contemplam-se nesta situação aquelas hipóteses em que *várias pessoas, por acordo e conjuntamente, cometem ou executam um crime*³⁹. Muito claro será o exemplo de um roubo num banco cometido por duas pessoas, das quais uma paralisa os empregados com uma arma (ameaça), enquanto a outra retira o dinheiro da caixa (subtracção). São pois as duas pessoas que detêm conjuntamente o domínio do facto (ameaça + subtracção = roubo; cf. art.º 204.º), não nenhuma delas singularmente considerada. Mas agora põe-se a questão crucial: sob que pressupostos se pode afirmar que um participante tomou parte na execução, participou no domínio do facto conjuntamente exercido?

1. *Requisitos gerais*

São fundamentalmente dois os requisitos exigidos para que possa falar-se de co-autoria: um acordo, no sentido de uma *decisão conjunta*; e uma *execução conjunta* da decisão.

a) A *decisão conjunta* é o elemento constitutivo da unidade da co-autoria. Sem ela, no exemplo de há pouco, um dos assaltantes só seria responsável por ameaças, e o outro por furto; é a decisão conjunta que faz com que no primeiro

38 n.º 1 do art.º 25.º do CPP de 1886.

39 Os n.ºs. 1.º (segunda parte) e 5.º do art.º 20.º do CPP de 1886 descrevem - de uma forma infeliz - as hipóteses chamadas de *co-autoria*,



exista uma intenção de apropriação e no segundo uma intenção de ameaçar e, assim, ambos sejam responsáveis por roubo.

Para caracterizar a decisão conjunta não parece, porém, bastar a existência de um qualquer *acordo* entre os participantes - acordo que em regra existe também entre o autor e o cúmplice. E aqui voltam à tona todas as divergências de princípio sobre a essência da autoria, exigindo uns que todos os co-autores tenham uma “incondicional vontade de realização do tipo”, impondo outros que o “papel desempenhado por cada um revele objectivamente a sua participação no domínio do facto. Deste último ponto de vista, o essencial residirá então no segundo requisito da co-autoria (infra. *sub. b*).

Duvidoso é também o caso da chamada *autoria sucessiva*, quando um dos co-autores toma parte no facto só depois de este se encontrar já parcialmente realizado. Ex.: *A* furta produtos de uma loja e leva-os para casa de *B*. Este, tomando conhecimento do facto, volta com *A* à loja, furtando os dois por acordo mais produtos; no fim, dividem igualmente toda a presa. Ao contrário do que pretende a jurisprudência e grande parte da doutrina alemã, não se vê como possa fazer-se retroagir a co-autoria a momento anterior ao da decisão conjunta. Isso significaria, na verdade, a aceitação de um *dolus subsequens* que a moderna doutrina jurídico-penal recusa - e bem - unanimemente.

b) A co-autoria não pode bastar-se com o elemento (subjectivo) da decisão conjunta, mas exige ainda uma *contribuição objectiva* conjunta para a realização típica, uma *execução* conjunta, um *exercício* conjunto do domínio do facto. É muito duvidoso, porém, relativamente a certas acções (v.g. a do condutor do automóvel onde se deslocam os assaltantes do banco), saber se elas fazem ou não parte da “execução” do facto.

O ponto de vista essencial parece ser o do domínio do processo que conduz à realização do tipo. Deste ponto de vista fala ROXIN de um “*domínio funcional do facto*”, que existirá quando o contributo do agente - segundo o plano de conjunto - “põe, no estádio da execução, um pressuposto indispensável à realização do evento intentado”, quando, assim, “todo o empreendimento ou resulta ou falha”⁴⁰.

2. Todos parecem estar de acordo - mesmo Eduardo CORREIA, Dir. Crim. (Studium) 3641: - que, “para que haja co-autoria é... necessário que *todos* os agentes possuam as qualidades exigidas pela lei para que o crime se verifique”.

40 Com o que, afinal, vem a ficar-se a um pequeno passo da ideia atrás exposta de Eduardo CORREIA e das teorias da “causalidade necessária”. Só com a diferença de que aqui se acrescenta àquela ideia - quanto a nós correctamente - o seu devido reflexo subjectivo. E é essa, cremos a doutrina que bem pode ver-se expressa na parte final do n.º 5º do art.º 20.º do Projecto.

41 Cf. porém, diferentemente, o art.º 28.º do Projecto.



Se *A*, empregado público, e *B*, que o não é, executam conjuntamente e por acordo um desvio de dinheiro do Estado àquele confiado para administração, *A* é sem dúvida autor de um crime de peculato, mas *B* não deverá considerar-se co-autor. Para a caracterização da *co-autoria*, os *especiais elementos caracterizadores do agente somam-se ao necessário domínio do facto*.

É claro que, em princípio, cada co-autor responde como se fosse autor singular da realização típica respectiva. Tratando-se, porém, daquilo que chamámos delitos específicos impuros ou impróprios*, o intraneus responderá por ele, o extraneus só pelo delito fundamental⁴².

IV. *Autoria mediata (ou moral)*

Os casos de *autoridade mediata* podem caracterizar-se a uma primeira aproximação, como sendo *aquelas hipóteses em que o agente não executa o facto por suas próprias mãos, antes o deixa executar por outra pessoa sem todavia, com isso, perder o domínio do facto*. Se esta caracterização é comumente aceite, já é altamente duvidosa e discutida a enumeração das hipóteses que em concreto preenchem o conceito assim delineado.

1. De modo razoavelmente seguro podem desde logo apontar-se como de *autoridade imediata os casos em que ao agente imediato falta o "domínio da acção" e portanto, também o domínio do facto*. Isto pode ficar a dever-se:

a) À circunstância de o agente imediato ser utilizado como instrumento *destituído de capacidade de acção* (v.g. através de coacção absoluta ou de aproveitamento de meros actos reflexos).

b) À circunstância de o agente imediato actuar *sem dolo* e, portanto, sem domínio do facto. O caso mais típico será o do aproveitamento da circunstância de o agente imediato actuar *em erro sobre a factualidade típica*, que exclui o dolo (v.g. *A* ordena a *B* que espete com um gadanho um monte de feno, para assim matar *C* que, com conhecimento de *A* mas não de *B*, dorme sob ele). Mais problemáticos são os casos em que o agente imediato actua de forma a que deve *negar-se o momento volitivo do dolo* (o dolo eventual) e afirmar só a negligência consciente (v.g. *D*, sabendo que *E* se julga muito melhor atirador do que aquilo que é, incita-o a atirar sobre um alvo colocado muito perto de *F*, que *D* desejava ver morto; e

42 Se, v.g., um médico e um não médico executarem, por decisão conjunta, um aborto numa mulher, o primeiro será responsabilizado pelo § 4º do art.º 358.º, o segundo só pelo corpo do mesmo artigo.



assim acontece, apesar de *E* ter actuado com confiança em que o resultado se não produziria). Já atrás demos as razões pelas quais, em nosso modo de ver, nos casos de negligência consciente se deve em princípio *negar* o domínio do facto (pelo que, no nosso exemplo, *D* deve considerar-se autor imediato de um homicídio doloso).

2. Aos casos apontados (em que ao agente imediato falta o *domínio da acção*) devem acrescentar-se aqueles casos em que o agente imediato, apesar de possuir em certo sentido o domínio da acção, *é todavia dirigido por outrem de tal modo que pode afirmar-se faltar-lhe o “domínio ético-jurídico ou ético-social do acontecimento”*. Alguns autores, na esteira de ROXIN, falam aqui de uma falta do “domínio da vontade”; mas por razões que se tornaram compreensíveis ao emitirmos o nosso juízo sobre a essências da culpa jurídico-penal⁴³, preferimos substituir a tónica voluntarista-psicologista por uma tónica ético-social.

Os casos aqui em vista serão pois aqueles em que o agente imediato actua *sem culpa* (quer por *inimputabilidade*, quer por *falta de consciência da ilicitude não censurável*, quer em situação de *inexigibilidade*). Ele é então instrumentalizado - no sentido de conduzido, orientado ou dirigido - por outrem que explora a deficiência ético-social do agente imediato e é, nesta, medida, o *único* a deter verdadeiramente o *domínio do facto*. Esse outrem será, pois, *autor mediato*.

3. Recentemente - e ainda por obra de ROXIN - a doutrina deu-se conta da existência de verdadeiros casos-limite em que deve aceitar-se a autoria mediata *apesar de o agente imediato ter actuado sem limitações sensíveis ao seu domínio sobre o concreto acontecimento*. Trata-se das *hipóteses de crimes organizados dentro de e por um “aparelho” de pressão ou de força*. Nestes casos, com efeito, os chefes ou dirigentes de tais aparelhos (sem saírem das secretárias e, assim, sem de modo algum participarem na *execução* dos crimes) são os verdadeiros “senhores do facto”, realizado por intermédio do aparelho organizatório (“organisatorische Machtapparat”). Pois que ao senhor de facto é absolutamente indiferente quem seja o executor da realização típica, não precisa ele de aproveitar uma situação de falta de dolo ou de culpa daquele para continuar a deter o pleno domínio do facto⁴⁴.

43 V. Nossas Lições ao 2º ano, P. 174 ss.

44 Esta hipótese é extraordinariamente actual entre nós, na medida em que ela pode ser exemplarmente ilustrada pelos crimes atribuídos à chamada PIDE/DGS. Note-se porém que o “aparelho” não tem incondicionalmente de ser estadual; também, v.g., os chamados “sindicatos do crime” podem preencher os requisitos exigidos, que sempre suporão, no entanto, a existência de “funcionários” abundantes e de um certo “poder de chefia” da parte dos autores mediatos.



4. a) Outro caso que poderá pensar-se em acrescentar ao catálogo tradicional das hipóteses de autoria mediata é aquele em que *o agente imediato, apesar de deter em princípio o domínio do facto, é um extraneus que não reúne as qualidades exigidas pelo tipo específico que cometeu*. Deverá, nestas hipóteses, o intraneus considerar-se verdadeiro *autor mediato*, sendo certo que o extraneus detém o domínio do facto.

Começaremos por acentuar que estas hipóteses são altamente teóricas, pelo menos no que toca aos crimes específicos “puros”. Não se vê, v.g., como seja possível um juiz cometer um crime de prevaricação executado por um não-juiz! Como quer que seja, porém, a solução de considerar nestes casos o intraneus como *não autor* mas mero *cúmplice* não tem nada por si. Tem razão Eduardo CORREIA - e a generalidade da doutrina alemã, apesar de proveniente do conceito restritivo de autoria - quando afirma nestas hipóteses a *autoria mediata* do intraneus.

Esta solução, perfeitamente compreensível à luz do conceito extensivo de autoria, não deixa de suscitar dificuldades teóricas à ideia do domínio do facto. Duas soluções são possíveis: ou afirmar, como ROXIN, que em todos os crimes específicos a autoria se não caracteriza através do domínio do facto, mas *só* através da violação pessoal do dever especial contido no tipo; ou então que se trata aqui de uma *extensão* excepcional, teleologicamente imposta, do domínio da autoria, para abranger hipóteses de agentes que, não sendo autores, devem para todos os efeitos ser tratados como *autores*. Efectivamente, o extraneus é nestes casos utilizado como verdadeiro instrumento destituído da *qualificação típica exigida*; a analogia com as hipóteses anteriormente consideradas parece-nos suficientemente clara para que possa e deva admitir-se que o intraneus é um verdadeiro *autor mediato*.

b) Outro caso será o daqueles crimes cuja tipicidade exige uma *intenção específica*, quando ela não esteja presente no agente imediato sem por isso prejudicar o seu domínio do facto. Aqui não é possível caracterizar a autoria simplesmente através da posse da intenção requerida. Mas deveremos por isso dizer que quem, possuindo essa intenção, faz actuar por si outra pessoa que age com dolo mas sem aquela específica intenção, não é autor?

Ainda aqui propendemos a *aceitar uma autoria mediata*, na medida em que, até certo ponto, o agente imediato é instrumentalizado através da falta nele de uma intenção específica. Também aqui, pois, o conceito de domínio do facto será “modificado” de modo a introduzir nele as especiais intenções tipicamente exigidas.

5. Como decidir, porém, os casos inversos dos acabados de considerar, i. é, os casos em que o agente mediato domina o facto, mas não possui as qualidades ou intenções tipicamente exigidas em certos casos?



As hipóteses dos crimes de intenção não parece suscitar dificuldades, pois mal se vê como possa o agente imediato ser explorado em uma sua intenção particular por outra pessoa que não possua aquela intenção. Mas já a questão posta relativamente aos crimes específicos é perfeitamente compreensível e pode ser frequente.

A solução que nega nestes casos ao extraneus e qualificação de autor mediato baseia-se exclusivamente na ideia de que não pode ser autor - e, portanto, também não pode ser autor mediato - aquele a quem falta a qualidade pessoal requerida pelo tipo respectivo. O caminho estaria então em o considerar instigador ou mero cúmplice; mas esta solução não deixa de causar as maiores dúvidas nos casos em que a actuação do extraneus revela os elementos característicos da autoria mediata, antes que os da instigação ou da cumplicidade!

Dizer que não pode ser autor quem não possui as qualidades típicas é, por outro lado, afirmar aquilo que justamente se quer demonstrar ou, então, crasso conceitualismo. Pois a questão está em saber se, justamente, não haverá uma espécie de *comunicabilidade* da qualidade do intraneus ao extraneus, nos casos em que a este cabe o domínio do facto e aquele é utilizado, de alguma forma, como instrumento. A resposta afirmativa de Eduardo CORREIA parece-nos dever impor-se aqui, se bem que, para nós, a comunicabilidade se não faça em nome de uma causalidade necessária, mas em nome do *conhecimento* da qualidade pelo extraneus e da *vontade* deste de se aproveitar daquela.

V. Instigação

Com isto chegamos à hipótese cuja localização ainda dentro ou já fora dos quadros da autoria é mais duvidosa: a da *instigação*. Deverá o instigador considerar-se ainda *autor* - caso em que o conceito de instigador poderá reunir-se ao de autor mediato na categoria mais ampla da *autoria moral* (como é ideia, v.g., de Eduardo CORREIA)? Ou deverá o instigador, pelo contrário, contrapor-se ao autor e reunir-se antes ao conceito de cúmplice para formarem, os dois, a categoria mais ampla da *participação* (como é a solução, v.g., do direito alemão)?

A resposta à pergunta formulada implica que nos entendamos, antes de tudo, sobre quem seja instigador.

1. *Instigador*, podemos dizê-lo é quem determina dolosamente o executor à prática do facto.

a) O que seja, porém, em concreto, esta *determinação* é coisa que dá origem a algumas dúvidas. Com a doutrina dominante poderemos avançar que uma pessoa só determina outra ao facto *quando cria nesta a decisão de o cometer* - decisão



que abrange a totalidade dos elementos subjectivos do facto, neles incluída a finalidade ou resolução.

Os meios de que o instigador se serve para a determinação podem ser os mais diversos⁴⁵. Essencial é só que, através deles, se crie de forma *adequada uma influência psíquica* sobre o autor imediato.

Fora de dúvida está hoje que a actuação do instigador deve constituir uma *condição necessária* (embora não única) da decisão do autor imediato. Com o que de novo se fica próximo do referido critério de Eduardo CORREIA e das teorias materiais-objectivas⁴⁶. Só o “*omni modo facturur*”, aquele que já se encontrava determinado ao cometimento do facto não poderá dizer-se instigado.

b) O instigador deve possuir a *vontade* - a finalidade ou a resolução - de criar no autor imediato a decisão de cometimento do facto, bem como o *conhecimento das concretas* circunstâncias do facto a cometer pelo autor imediato. A determinação abstracta ao cometimento de crimes - v.g. ao prosseguimento de uma carreira criminoso - e o “*dolus generalis*” que a ela presida não podem fundar a responsabilidade do “instigador” pelos crimes que venham efectivamente a ser conhecidos.

A vontade do instigador há-de por outro lado - pelo menos na forma psicológica requerida pelo dolo eventual - abranger a *consumação* do facto. Só nestes limites será punível o chamado *agent provocateur*, i.é, aquele que determina outrem à prática de um facto, não porque deseje a realização deste, mas só porque pretende arrastar aquele para a punição.

2. Caracterizada assim a figura do instigador perguntemos de novo: deve ele ser considerado autor?

O argumento, muito usado na mais recente doutrina germânica, de que o instigador, pela própria natureza das coisas, *não possui o domínio do facto* não nos convence decisivamente. Se o instigador tem, para o ser, de agir com a vontade de determinar o agente imediato à prática do facto e de prever as concretas condições de realização deste, não vemos maior razão para negar o domínio do facto do que em muitas hipóteses de autoria mediata em que, como vimos, também aquele domínio não

45 O art.º 20.º, n.º 3º fala de “ajuste, dádiva, promessa, ordem, pedido, ou qualquer meio fraudulento e directo”. Quando porém, depois disto, o n.º 4º do artº 20º considera sem mais “os que aconselharam ou instigaram outro a cometer o crime”, mostra que a instigação se deve desprender inteiramente dos meios utilizados, para se centrar na ideia-mestra da determinação: podem ser utilizados os meios referidos ou quaisquer outros, v.g. declaração de desejos, sugestão, revelação de possíveis vantagens, etc.

46 Critério aliás claramente referido no art.º 20.º, n.º 4º do CPP/1886; (v. também o art.º 27.º, n.º 3º do Projecto).



pode facilmente dizer-se excluído na pessoa do agente imediato. Também aqui o apelo ao domínio do facto servirá só para dar a exigível tradução, no plano *subjectivo*, daquela “causalidade necessária” que objectivamente caracteriza a instigação. Uma tal extensão do conceito de domínio do facto é assim, além de indispensável, teleologicamente imposta - *sem por isso fazer perder ao conceito o seu interesse e validade*.

A isto acresce - decisivamente - que a lei de Macau *expressamente* considera o instigador como autor e não como cúmplice, cfr. o artº 25º 47. E isto encerra a questão. Sendo assim porém, não julgamos em nada vantajoso reunir os conceitos de autor mediato e de instigador no conceito superior de *autoria moral*. Como acabamos de ver os pressupostos da autoria mediata e da instigação são diferentes, como diferentes são as suas concretizações. A instigação é pois uma forma de autoria *ao lado* da autoria mediata - o que não significa, naturalmente, que não existam regras comuns a estas (e a outras) formas de autoria⁴⁸.

VI. Doutrinas especiais sobre a autoria

Como dissemos, toda a exposição anterior se dirigiu à doutrina da autoria aplicável ao caso-regra dos *delitos dolosos de acção*. Certo que alguma coisa ficou já dita sobre as características que a autoria assume em outros domínios, nomeadamente no dos crimes de omissão e nos crimes negligentes. Algumas precisões mais, porém, se mostrarão agora necessárias.

1. Nos crimes negligentes

Autor é, em geral, quem realiza a acção prevista em um tipo-de-crime.

47 Nos n.ºs. 3º e 4º do art.º 20.º do CPP/1886.

48 Regras comuns a diversas formas de autoria.(CPP/1886).

O art.º 21.º contém, nos seus dois números, regras comuns à co-autoria, à autoria mediata e à instigação.

A regra do n.º 1º não suscita quaisquer dificuldades: todos eles sendo responsáveis pelos actos necessários ao cometimento do crime, trata-se de *actos de execução*, nos casos em que o facto fica no estágio da “tentativa”, trata-se de *actos preparatórios* nos casos em que estes são puníveis. A regra do n.º 2º respeita à hipótese do chamado *excessus mandati*, i.é, à hipótese em que, na execução, um dos co-autores excede a decisão conjunta ou o agente imediato excede a intenção do autor mediato ou do instigador (a decisão ou intenção era matar A, mas o executor rouba também a vítima). O excesso só deve importar responsabilidade para o não excedente na medida em que possa imputar-se no seu dolo, ao menos eventual - ressalvada, naturalmente, a possibilidade de uma responsabilidade por negligência nos termos gerais. Não é impossível interpretar nestes termos o n.º 2º do art.º 21.º - embora, verdadeiramente, ele seja então inútil porque se limita a enunciar regras gerais. Ou interpretação significaria, porém, aceitar uma responsabilidade objectiva inadmissível em direito penal.

Nos crimes negligentes, porém, a acção é caracterizada de modo diferente do que sucede nos crimes dolosos; não através da finalidade mas da produção, contra o dever, de um resultado jurídico-penalmente relevante. *Autor é, assim, quem produz o resultado típico por violação de um dever objectivo de cuidado, não quem possui o domínio do facto.*

A partir daqui poderia pretender-se, com ROXIN, que a autoria nos crimes negligentes se caracteriza pela *violação de um dever especial que ao autor pessoalmente incumbe* - o que acarretaria, também aqui, a aceitação de um conceito restritivo de autoria e a consequente distinção entre autoria e cumplicidade. Mas sem razão: a violação de um dever de cuidado existe tanto nos crimes negligentes como nos dolosos e é uma característica *geral de todo o ilícito-típico*.

Deve por isso aceitar-se a doutrina dominante segundo a qual, nos crimes negligentes, vale um *conceito extensivo* de autoria: autor é, em princípio, todo aquele que *causa* a realização do tipo por violação de um dever objectivo a cuidado.

Isto não significa, naturalmente, que se negue a possibilidade de haver uma comparticipação de várias pessoas no mesmo crime negligente. Aqui será fundamental a distinção - que fica a dever-se, em boa parte, a STRATENWERTH - consoante o perigo, ao qual se refere o dever de cuidado, provenha de um acontecimento natural ou antes da actuação de outras pessoas. No primeiro caso ao autor competirá evitar qualquer risco previsível: no segundo, pelo contrário, não precisará ele de entrar em conta com tal risco, uma vez que as outras pessoas são (ou devem supor-se), elas próprias, seres responsáveis. Por outras palavras ninguém terá *em princípio* de responder por faltas de cuidado de outrem, antes se pode confiar em que as outras pessoas observarão os deveres de cuidado que lhes incumbem. É isto que se chama o *princípio da confiança* (cuja importância é evidente em matérias como a da circulação automóvel).

2. Nos crimes de omissão

Já vimos as razões pelas quais a ideia (da teoria da acção final) de que na omissão seria (onticamente) impossível falar de um “domínio do facto” pelo omitente não consegue convencer. Também a ideia de ROXIN de caracterizar a autoria, nestes crimes, através da violação de um dever especial - no caso, o dever de garante da não produção do resultado -, aproximando-a assim da autoria nos crimes específicos e nos crimes negligentes, não nos parece em definitivo de aceitar. Ou melhor: tal como nos crimes negligentes, também aqui só poderá ser autor aquele sobre quem recaia um dever - no caso, o dever de actuar. Mas este elemento não nos parece suficiente para caracterizar a autoria: a ele tem de acrescer a concreta *possibilidade* de intervenção e afastamento do evento (não tem v.g., qualquer sentido considerar autor de homicídio por omissão o pai que estando em



Lisboa, não intervém para salvar o seu filho que se afoga na praia de Hac-Sa!). Ora, este conjunto de elementos é, a nossos olhos, bastante para caracterizar um *domínio social do facto* que, tal como nos crimes dolosos de acção, caracterizará a autoria nos crimes dolosos de omissão.

A partir daqui o paralelo com a doutrina geral estudada será praticamente constante. Pode pôr-se em dúvida a viabilidade prática de se falar de certas formas de autoria nos crimes de omissão - maxime a da *autoria mediata*. As divergências que se darão constituem, cremos, mais diferenças de *natureza fáctica* do que diferenças de *princípio*.

Observação: publicam-se, a seguir, duas figuras que procuram fornecer, com fidelidade aproximada, esquemas de duas diferentes concepções de autoria. Se bem que a doutrina aqui defendida, pela sua maleabilidade teleológica, não seja adequada a uma representação esquemática, poderão os estudantes tentar uma tal representação, comparando depois o resultado com os esquemas que se representam.

§ 5. A CUMPLICIDADE (“PARTICIPAÇÃO”)

Dada a posição que acabámos de tomar relativamente à extensão do conceito de autoria - no qual, se bem que tenhamos recusado um conceito lato ou extensivo, incluímos a própria instigação -, o *conceito de participação em sentido estrito* (é dizer, a participação de um não-autor no facto de um autor) *vem a coincidir com o de cúmplice*. *Cúmplice é*, antes de mais, todo o participante que não é autor⁴⁹.

Claro que - tal como vimos suceder com a “preparação: ao lado de uma participação ou cumplicidade em sentido formal pode existir uma em sentido *material*, quando a lei cria, na parte especial, um *tipo autónomo de cumplicidade* (v.g. art.º 314.º – comparticipação na evasão de presos - e art.º 133.º – auxílio ao suicídio). Aqui, porém, só teremos de considerar a participação em sentido formal que não é abrangida directamente pelas normas da parte especial.

A punição da cumplicidade significa pois sempre um *alargamento* da punibilidade a comportamentos que de outro modo ficariam impunes. Daí a necessidade de normas que especificamente a prevejam (art.º 26.º) e, ao mesmo tempo indiquem o *numerus clausus* das formas que ela pode assumir.

49 Estamos conscientemente a abstrair - à frente veremos logo porquê - da qualificação, feita pela nossa lei, de encobrimento como uma forma de participação.



I. Fundamento e acessoriedade da participação (da cumplicidade)

1. São fundamentalmente duas as razões que podem ver-se como estando na base da punibilidade legal da participação. Uma encontra-se pondo o acento tónico na actuação do cúmplice sobre *o autor*, na “corrupção” da vontade deste por aquele. A outra, evidenciando a actuação do cúmplice sobre o *facto* do autor, derive o ilícito da cumplicidade do ilícito do facto do autor ou considere-se ele autónomo perante este.

a) A primeira orientação conduz à *teoria da participação na culpa* (“Schuldteinahmetheorie”). Mas ela não pode ser aceite⁵⁰. O art.º 28.º, dispõe que cada comparticipante será punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros comparticipantes. A partir daqui a possibilidade de cumplicidade v.g. no facto de um inimputável é indiscutível. E isto basta para deitar por terra a “teoria da participação na culpa”. Nem se vê em que sentido admissível poderia falar-se de uma “corrupção” da vontade do autor.

b) A segunda orientação pode conduzir desde logo a uma pura *teoria da causalidade*: a cumplicidade será punível se e na medida em que represente um contributo causal para a realização do tipo. A dificuldade, aqui, é de certo modo inversa da anterior: esta teoria não explica, nomeadamente, por que haja a cumplicidade de ser *acessória* relativamente à autora, i.é, porque haja de exigir-se que o autor actue de forma *típica* ou mesmo *ilícita*. À luz de uma pura teoria causal a cumplicidade seria em princípio uma forma *autónoma* de cometimento do crime e condição única deveria ser a de que *ela mesma* surgisse, pelo menos, como um ilícito típico.

c) A cumplicidade é, efectivamente, uma *participação no facto do autor*. O fundamento da sua punibilidade estará, a esta luz, necessariamente na *participação no ilícito do autor* (“Unrechtseilnahmetheorie”). O cúmplice, como logo de início se deu a entender, não viola *directamente* as normas da parte especial - sob pena de ter de se aceitar um conceito tão lato de autoria que levaria o cúmplice a ser também autor - , mas sim a proibição, contida no art.º 26.º⁵¹ de auxiliar o cometimento de um facto típico pelo autor. Por isso, justamente, a ilicitude da cumplicidade pressupõe sempre a ilicitude do facto do autor. É o que vamos agora ver.

50 É o próprio art.º 24.º do CPP/1886, a afirmar que “a punição de qualquer (...) cúmplice (...) não está subordinada à dos outros agentes do crime”; e ainda mais claramente o art.º 29.º, do Projecto dispõe que “cada comparticipante será punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos restantes comparticipantes”.

51 Art.º 22.º do CPP/1886.



2. Da essência da “teoria da participação no ilícito” resultam os requisitos que o facto do autor deve preencher para que se torne possível a cumplicidade.

a) Antes de mais terá de exigir-se, no facto do autor, um mínimo de elementos constitutivos do conceito de crime. É aqui que se traduz, mais claramente, a *acessoriedade* da cumplicidade. Mas quais elementos?

A chamada *hiper-acessoriedade* exige que o autor seja concretamente punível; a *acessoriedade extrema* (na linha da “teoria da participação na culpa”) que o facto do autor seja típico, ilícito e culposo; a *acessoriedade limitada* que o facto do autor seja *ilícito-típico*; a *acessoriedade mínima* que o facto do autor seja *formalmente típico*, que seja subsumível a um tipo de crime.

Do nosso ponto de vista, de uma “teoria da participação no ilícito” só a *acessoriedade limitada* pode ser aceite para poder falar-se de cumplicidade necessário é que o facto do autor seja ao menos ilícito-típico.

Já não é porém à ideia da participação no ilícito que pode ir pedir-se resposta à questão de saber se a cumplicidade só é possível em factos dolosos ou também em *factos negligentes* - já que também estes contêm um ilícito-típico. Esta questão, como vimos, deve ser decidida em função do conceito (extensivo) de autoria que dissemos valer nos crimes negligentes.

b) Deve em segundo lugar exigir-se que o facto do autor tenha atingido um certo *estádio de realização* (aquele em que começa o ilícito-típico): em princípio, portanto, o estágio da *tentativa*, excepcionalmente o da *preparação*, quando os actos preparatórios sejam puníveis.

Sobre a participação tentada (ou tentativa de participação) cf. Infra III.

c) Por outro lado a cumplicidade só será possível enquanto o ilícito do autor *se não encontre completamente realizado*. Em regra, pois, o facto não deverá estar ainda *consumado*. Muitas vezes, porém, a realização do ilícito típico ultrapassará o momento “formal” da consumação: nestes casos a cumplicidade será ainda possível até ao fim da realização integral do ilícito-típico. Será, sobretudo, o caso dos *crimes tipicamente formais mas substancialmente materiais* e o dos chamados *crimes duradoiros*, i.é, crimes em que a manutenção de um estado ou de um comportamento constitui, ele próprio, um ilícito típico.

Duvidoso é o caso - paralelo ao da “co-autoria sucessiva” acima referido - de saber se pode imputar-se uma cumplicidade surgida mais tarde a um ilícito-típico anterior. Contra a doutrina dominante, e pelas razões invocadas a propósito da co-autoria sucessiva, vamos pela resposta negativa.



3. O ilícito-típico do facto do autor não constitui apenas o *fundamento* da punibilidade da participação, mas dá também a *medida* do ilícito desta. Enquanto, como vimos, as medidas da culpa do autor e do cúmplice são completamente individualizadas, todos os comparticipantes responderão, em princípio, pelo *mesmo ilícito-típico*.

II. As concretas formas de cumplicidades

1. Como dissemos a propósito da instigação, não se concebe uma “determinação” verdadeira e própria quando, sem ela, o crime teria deixado de cometer-se: não é possível uma *determinação* de quem está determinado. Deste modo, o conceito de instigação é supérfluo nos quadros da participação: esta é preenchida pelo conceito de *cumplicidade*, que assim nos surge como fundamentalmente *unitário*⁵².

2. Cúmplice é, assim, aquele que presta um *contributo especial* ao facto do autor, seja qual for a espécie que um tal contributo assuma em concreto: a de conselho ou de *auxílio especial*, a de colaboração psíquica ou de actuação material.

O critério mínimo para assegurar da existência de cumplicidade é o de que, com ela, o facto do autor há-de ter sido, ao menos, *facilitado*. No seu *conceito*, por outro lado, há-de ficar incluída a pressuposição da autoria de outrem, do seu domínio do facto e, assim, do seu dolo. Praticamente, só se levantarão dúvidas quanto à qualificação de um auxílio como cumplicidade ou antes como co-autoria: o auxílio, para ser cumplicidade, não poderá ultrapassar o estágio de uma participação na execução por outrem de um crime.

A lei penal de Macau não exige directamente que a cumplicidade seja dolosa, mas o art.º 12.º ao afirmar que “só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência” vincula à conclusão de que a cumplicidade por negligência não é punível⁵³.

Nos termos do n.º 2 do art.º 26.º a pena da cumplicidade será a pena prevista

52 O art.º 22.º do CPP/1886, poderia sugerir a conclusão de que teríamos ainda de haver-nos com duas formas distintas de participação: uma, que se traduziria em uma verdadeira instigação, nos casos em que ela não coubesse na autoria; a outra, traduzida na verdadeira e própria cumplicidade ou auxílio.

Tratar-se-ia então, porém, de um “luxo de conceitos” que deve repudiar-se.

53 A nossa lei não exige directamente que a cumplicidade seja dolosa; mas o art.º 110.º, ao afirmar que “os crimes meramente culposos só são puníveis nos casos especiais declarados na lei”, vincula à conclusão de que a cumplicidade por negligência não é punível. É essa, aliás, também a solução contida, expressamente, no art.º 27.º, n.º 4.º do Projecto. (Atende-se bem em que temos aqui em vista a questão da cumplicidade por negligência e não aquela outra questão, já tratada supra, sob 2 a), da cumplicidade em factos negligentes.)

Nos termos do art.º 103.º a *pena da cumplicidade* será a mesma que caberia aos autores do crime frustrado.



para o autor, especialmente atenuada.

III. Participação e tentativa

As relações entre participação e tentativa podem ser reconduzidas a dois enquadramentos diferentes: 1) o das hipóteses em que o facto do autor fica pelo estádio da tentativa e que poderemos chamar de *participação na tentativa*; 2) o das hipóteses em que há uma tentativa (sem êxito) de participar no facto do autor e que poderemos chamar *tentativa de participação*.

1. O primeiro caso não dá lugar a grandes dúvidas⁵⁴. A relevância da desistência nas hipóteses de comparticipação está prevista no art.º 24.º.

2. O segundo caso é o que chamámos de *tentativa de participação*. O substrato que lhe corresponde é o de haver uma tentativa - *sem êxito* - de participar num facto que acaba por não ser levado a cabo; v.g. o caso de *A* tentar em balde determinar *B* à prática de um crime, ou de em balde se declarar disposto a cometê-lo ou aceitar a oferta de outrem para tal.

Este substrato é desconhecido da nossa lei penal vigente. E se, como dissemos, a punição da participação representa sempre um alargamento da punibilidade que não pode fazer-se sem lei expressa (“nullun crimen...”), tanto basta para concluirmos que a tentativa de participação não é entre nós punível.

O § 49 a) do antigo Código penal alemão - chamado *parágrafo Duchesne*, o nome do belga que se ofereceu para matar Bismarck - previu no entanto a punibilidade de quem tentasse determinar outrem à prática de um crime, como de quem aceitasse a oferta de outrem à prática de um crime, ou com outra pessoa se concertasse para cometer um crime, ou de quem se declarasse disposto a cometê-lo⁵⁵.

54 A sua punibilidade resulta claramente da 2ª e 3ª partes do art.º 103.º, segundo as quais a pena de cumplicidade em crime frustrado será a da tentativa, que caberia ao autor, e a pena de cumplicidade em crime tentado será também a da tentativa, mas reduzida ao mínimo.

Não contendo o nosso Código qualquer regra especial sobre a desistência da tentativa nos casos de comparticipação, devem aplicar-se aqui as regras atrás estudadas (§ 3). Os arts. 10º e 1º falam de resto do agente e não do autor, pelo que abrangem os próprios cúmplices. Todavia, por razões fácticas, será em regra mais difícil para o cúmplice merecer o privilégio da desistência do que para o autor. Verdadeiramente poderá até dizer-se que para aquele não tem interesse a mera desistência voluntária, mas só o “arrependimento activo”. A “suspensão da execução” tem, na verdade, de assumir em regra o cariz de um “evitar a realização típica”, sob pena de a suspensão da actividade de cumplicidade não ser por si suficiente para realizar a execução.

Por isso o Projecto contém, nos vários parágrafos do artº 25º, disposições especiais que temperam as exigências gerais de relevância da desistência nas hipóteses de participação. Deve lamentar-se que elas não encontram qualquer tradução ou reflexos no direito vigente.

55 E a sua doutrina transitou para o art.º 31.º do Projecto Eduardo CORREIA e - algo restringida - para o §36 do novo Código penal alemão-ocidental. Neste caso tornar-se-á instante a



Pondo-se o problema apenas no plano de lege ferenda, não temos de prestar-lhe cuidada atenção. Diremos só - em reforço do que supra, §. 1 I in fine, deixámos sugerido - que, se, de um ponto de vista o ilícito-criminal, não se suscitam objecções decididas contra a possibilidade de uma *tentativa falhada de instigação*, já a punibilidade dos restantes casos nos surge como altamente duvidosa, por penetrar profundamente na punibilidade de meras intenções ou propósitos.

§ 6. QUESTÕES COMUNS À AUTORIA E À CUMPLICIDADE

Há toda uma série de questões que se põem em termos substancialmente idênticos para a autoria e a cumplicidade, portanto, para *toda* a comparticipação em sentido amplo. Assim:

I. Comparticipação e circunstâncias

Dispõe o art.º 31.º que “as circunstâncias agravantes ou atenuantes *inerentes ao agente* só agravam ou atenuam a responsabilidade desse agente”, enquanto o art.º 32.º estatui que “as circunstâncias agravantes *relativas ao facto* incriminado só agravam a responsabilidade dos agentes que delas tiverem conhecimento, ou que devessem tê-las previsto antes do crime ou durante a sua execução”. Importa saber se e como se compatibilizam estes preceitos com o princípio, em que assentámos, de que todos os comparticipantes num *facto* - autores e cúmplices - respondem *pelo mesmo ilícito*.

1. À primeira vista a compatibilização parece ser total. Elementos “inerentes ao agente” são na verdade, antes de mais, aquelas circunstâncias que se relacionam com a culpa e com as respectivas *causas de exclusão*. Daí a justificação da ideia, contida no art.º 24.º, de que cada comparticipante será punido de acordo com a sua culpa. E isto - anote-se - ainda mesmo quando as circunstâncias relativas à culpa determinem a aplicação de uma diferente moldura penal: a mãe que mata o seu filho recém-nascido para ocultar a sua desonra é punível segundo o § único do art.º 356.º; o homem, porém, que a isso a instiga será punível segundo a moldura penal mais grave contida no corpo daquele artigo.

2. Não existirão, porém, elementos que, dizendo respeito ao *ilícito* e não à culpa, devam todavia caber na categoria prevista pelo art.º 31.º e ser, assim, “incomunicáveis”? A resposta - que p. ex. Para Eduardo CORREIA e para o art.º 28.º do seu Projecto é em princípio negativa - deve depender das limitações que se deva introduzir no princípio da *participação no ilícito do autor*.

regulamentação da desistência (v. art.º 31.º do Projecto).



a) Cremos dever ainda considerar-se elementos “inerentes ao agente”, para os efeitos preditos, *aquelas circunstâncias que, servindo tipicamente para caracterizar a sua pessoa, fundamentam a ilicitude do facto*. Inerentes ao agente e, portanto, “incomunicáveis” no sentido de que tais circunstâncias têm de verificar-se na pessoa do autor, não bastando que se verifiquem no simples cúmplice. Não compreendemos, v.g., que um crime de falsificação por empregado público (art.º 218.º) possa dizer-se realizado se apenas um cúmplice for empregado público. Sem prejuízo da possibilidade, que atrás defendemos, de em certos casos se admitir a comunicabilidade de qualidades pessoais entre o autor imediato e o autor mediato; a nossa posição agora não desrespeita portanto o Assento do STJ de 19-2-1951, segundo o qual “as sanções (dos arts. 312.º e 319.º) são aplicáveis tanto aos autores materiais como aos autores morais”.

b) Como elementos “inerentes ao agente” julgamos deverem ainda considerar-se *as circunstâncias que, caracterizando a sua pessoa, servem para agravar a ilicitude* (embora não para a fundamentar). Tais circunstâncias devem apenas pesar sobre a pessoa em que se verificam; os restantes participantes responderão apenas pelo crime fundamental, não pelo crime agravado. Se um médico e um não-médico participam num crime de aborto, o primeiro será punido pelo § 4º do art.º 358.º, o segundo apenas pelo corpo do artigo. Também aqui a única excepção será a que deriva dos limites em que aceitámos a comunicabilidade de qualidades pessoais entre o autor imediato e autor mediato.

c) Uma solução especial deve ser admitida relativamente a circunstâncias inerentes ao agente fundamentadoras da punibilidade, nos casos de responsabilidade de quem age como *órgão ou representante* de outra pessoa. Aqui – como dispõe o n.º 1 do art.º 9.º do Projecto – o acto do órgão ou representante deverá ser punível ainda quando o tipo de crime exige “determinados elementos pessoais que só se verificam relativamente à pessoa do representado.

II. *Comparticipação “necessária”*

Uma séria de tipos contém a descrição de comportamentos nos quais a participação de várias pessoas é *a priori* necessária ou, pelo menos, constitui a regra. Em princípio nada há aqui de especial a anotar (v.g. em crime como os de duelo, de bigamia, de assuada, etc.). Em certos casos - que Eduardo CORREIA chama de “*excepção à participação necessária*” - torna-se porém duvidoso saber se e como é punível uma tal participação. Há que nomear aqui, especialmente, dois grupos de hipóteses:

a) Nos casos em que a participação é, segundo o teor literal do tipo,



“necessária” na acepção mais estrita, e todavia a lei não a pune expressamente, deve considerar-se que *ela não é punível*. Será o caso, v. g., do crime de usura (art.º 6.º do Dec. n.º 21 730, de 14-10-1932, que fala apenas na punição do mutuante). Além da referida justificação formal derivada do silêncio da lei, pode apontar-se como justificação substancial a de que o bem jurídico atingido não é protegido perante ataques provenientes do comparticipante necessário.

b) Se a comparticipação não é estritamente necessária para que o crime tenha lugar ou se, em todo o caso, ela excede a medida mínima de necessidades, *ela não deverá apesar disso ser punível* naqueles tipos que visam, precisamente, proteger o próprio comparticipante. Será o caso de crimes como o de estupro (art.º 392.º) ou o de abusos sobre menores e interditos (art.º 454.º), onde toda a comparticipação *activa* ultrapassará o mínimo de co-actuação necessariamente pressuposto pelo tipo. Mas a “inferioridade natural” do comparticipante necessário - a virgindade da menor no estupro, a menoridade ou incapacidade nos abusos -, para protecção da qual os tipos foram criadas, fazem com que a comparticipação, se bem que activa, não apareça como exigindo punição.

Eduardo CORREIA pretende, todavia, que “quando uma pessoa é, no tipo legal de crime, remetida para a posição de objecto, isso só justifica a sua não punição supondo que a realização do crime teve lugar naquele quadro de coisas que o legislador se representou como típico” (Dir. Crim. Studium, p. 141). Não nos parece porém, como dissemos, que deva ser assim. O que pode suceder é que a actuação do “comparticipante” seja uma tal que exclua a tipicidade da própria actuação do agente (v.g. a actuação provocante da rapariga é um tal que exclui que possa considerar-se a actuação do agente como “sedução” para efeitos do art.º 392.º). Ou então que a “comparticipação” *mais do que* “necessário” da vítima deva ser tomada em conta para efeito de atenuação da medida concreta da pena a aplicar ao agente (aspecto muito acentuado pela moderna “vitimologia”).

Ver artigos 27.º e 28.º do Código Penal de Macau.

III. O erro sobre o papel do comparticipante

Vimos que a determinante essencial de toda a comparticipação é de cariz *objectivo*: ela não reside no papel que o agente *julga representar* no facto, mas naquele que efectivamente representa. Sendo assim, fica aberta a possibilidade - inexistente para todas as teorias exasperadamente subjectivistas - de um *erro* do comparticipante sobre o papel que desempenha no facto. Isto dar-se-á, não quando ele erra sobre a *qualificação jurídica* da sua qualidade - pois um tal erro é irrelevante -, mas quando a sua representação da forma de comparticipação não



coincide com as relações reais que entre os comparticipantes intercedem. Como tratar um tal erro? Vamos, com STRATENWERTH, distinguir dois casos:

a) Aquele em que o comparticipante *sobrestima* o seu papel: ele julga, v.g., que vai determinar o autor imediato ao cometimento do facto (*instigação - autoria*), quando afinal este já se encontrava determinado e aquele apenas lhe preste auxílio (cumplicidade).

A solução mais correcta estará, nestes casos, em deixar valer completamente a forma objectiva de comparticipação (no ex. dado, a cumplicidade). Sendo ela menos grave do que aquela a que a vontade do agente se referia, uma tal responsabilização não será injusta⁵⁶.

b) Aquele em que o comparticipante *subestima* o seu papel: ele julga, v.g., que vai prestar um mero auxílio ao autor imediato (cumplicidade), quando na verdade o determina à prática do facto (instigação - autoria).

Aqui não pode deixar-se valer, sem mais, a situação objectiva, porque isso seria o mesmo que imputar ao agente ⁵⁷, uma circunstância relativa ao facto que ele não previu. A única solução correcta será pois a de imputar a situação objectiva só na medida do conhecimento e vontade do agente, ou seja, de o punir só em função da sua *situação subjectiva*.

§ 7. O ENCOBRIMENTO ⁵⁸

56 E estará, de algum modo, de acordo com a ideia, que se retira do art.º 32.º do CPP/1886. (a contrario), de que as atenuantes relativas ao facto valem ainda mesmo quando não tenham sido prevista pelo agente.

57 Contra o disposto no art.º 32.º do CPP/1886.

58 Nos termos dos arts. 19.º, 23.º e 24.º do CPP/1886, o encobrimento é ainda uma forma de comparticipação em sentido amplo. A nossa lei segue, com isto, o sistema consabidamente criticável de admitir uma comparticipação post-factum. Substancialmente, na verdade, o encobrimento não deve considerar-se uma forma de comparticipação, antes deve constituir - tal como, muito exactamente, considerava o nosso Código de 1852 - tipos de crime autónomos: o tipo do crime de favorecimento pessoal (correspondente às actividades descritas n.ºs. 1.º, 2.º, 3.º, e 5.º do art.º 23.º), conformador de um “crime contra a administração da justiça”; e o tipo do crime de favorecimento real ou receptação (correspondente às actividades descritas no n.º 4.º), conformador de um “crime contra o património”.

Sendo tido (embora mal) como uma forma de comparticipação, o encobrimento está sujeito ao princípio da acessoriedade, nos precisos termos em que vimos que o está a cumplicidade (art.º 24.º). Não é fácil porém ver como sua razão de ser uma “participação (a posteriori?!) no ilícito do autor”.

Por outro lado o art.º 23.º é terminante ao exigir que esta “forma” de comparticipação se verifique a título e dolo; e não - acentue-se - um qualquer dolo, mas dolo directo (ou mesmo, se quisermos, específico), sob a forma dos diversos propósitos ou intuitos a que se referem todos os números daquele art.º 23.º.

Uma menção especial é merecida pelo § único do art.º 23.º, que, baseado claramente na ideia de inexigibilidade, isenta de punição - e sob a forma de exclusão da própria tipicidade: “não serão considerados encobridores...” - certas pessoas que pratiquem factos de encobrimento pessoal (por aqui se confirma, aliás, que a ideia de inexigibilidade não tem de conduzir apenas à exclusão da culpa,

A figura do encobrimento não está prevista no CPM.

LEITURAS SELECCIONADAS

1. Eduardo CORREIA, Direito Criminal, II Vol. (1965), pgs. 245-263;
2. Eduardo CORREIA, Direito Criminal (Stadium, 1953), pgs 89-171);
3. Cavaleiro de FERREIRA, Da Participação Criminosa (1934);
4. Cavaleiro de FERREIRA, Lições de Direito Penal (1940/41, pgs. 545-584;
5. Claus ROXIN, Talerachoft una Tutherrschaft (1963);
6. E. GIMBERNAT Ordeig, Autor y Cumplice en Derecho Penal (1966);
7. G. BETTIOL, Direito Penal, Parte Geral, Tomo III (1973), pgs. 207-285;.
8. R. MAURACHI, Tratado de Derecho Penal, II Vol. (1962), pgs. 350-415;
9. E. MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Tomo II (1957), pgs 283-358;;W. WELZEL, Derecho Penal, Parte General (1956), pgs. 103-132.

CAPÍTULO III

CONCURSO DE CRIMES

Se o agente, com o seu comportamento, preenche apenas *um* tipo de crime não há problema quanto à determinação da moldura penal que lhe deve caber (ressalvadas, naturalmente, as questões específicas da “teoria da medida da pena”, que em breve estudaremos). Se, porém, ele preenche *mais do que um* tipo de crime, ou o mesmo tipo de crime *mais que uma vez*, estaremos aí em face do chamado *concurso de crimes*. A unidade ou pluralidade de tipos violados pelo comportamento do agente é assim - como, entre nós, foi especialmente vincado por Eduardo CORREIA e como veremos no decurso da exposição com relativo pormenor - o critério básico de distinção entre a unidade, e a pluralidade de crimes.

No caso de pluralidade, existindo mais do que um tipo de crime violado, importa antes de tudo esclarecer em que relação se encontram entre si as diversas disposições penais abstractamente aplicáveis. Pode suceder, com efeito, que a

mas conforma um “princípio geral de direito” que pode ter aplicações ao nível de ilicitude ou da própria tipicidade).



aplicação de uma delas exclua a aplicação da outra ou outras: aí estaremos, então, perante uma hipótese de *concurso legal, aparente ou impuro*. Mas pode suceder, diferentemente, que várias disposições devam ser concretamente aplicadas de forma paralela ou concorrente: aí estaremos, então, perante uma hipótese de *concurso efectivo, verdadeiro ou puro*.

São estas questões do concurso de crimes que temos ainda de analisar para completarmos o estudo da “doutrina geral da infracção penal”.

§ 8. O CONCURSO LEGAL, APARENTE OU IMPURO

A primeira ideia que importa sublinhar é a de que também nestes casos chamados do concurso legal, aparente ou impuro, o comportamento do agente preenche vários tipos de crime e constitui, neste sentido, um concurso (não uma unidade) de crimes. O que sucede é que o conteúdo ou a substância criminosa do comportamento é aqui tão esgotantemente abarcado pela aplicação ao caso de *um* só dos tipos violados que os restantes devem recuar, subordinando-se ou hierarquizando-se perante uma tal aplicação. É este o pensamento fundamental que preside a esta espécie de concurso, em todas as suas formas e consequências. Vejamos quais são essas formas e essas consequências.

I. *Suas formas concretas*

É tradicional distinguir, no concurso legal, várias categorias. Na sua mútua distinção reina, porém, a maior insegurança - que só não é particularmente grave porque o significado da distinção é muito mais conceitual-classificatório do que prático-normativo. Importa, por outro lado, sublinhar que a aplicação das regras do concurso aparente é - contra o que pensava HONIG - independente de existir, naturalisticamente, uma unidade ou antes uma pluralidade de *acções* do agente⁵⁹. A distinção de categorias dentro desta espécie de concurso ajudará porém, porventura, a esclarecer o âmbito da regra fundamental que dissemos reger esta matéria. A ela vamos, por isso, proceder.

1. O âmbito mais rigorosamente delimitado pela doutrina é o da categoria chamada da *especialidade*. A fórmula que lhe preside pode traduzir-se em que um dos tipos aplicáveis ao caso, repetindo ou incorporando todos os elementos

59 Isto haverá de ter-se em conta na interpretação do § único do art.º 38.º quando ele se considere aplicável - como deve considerar-se, assim o entendendo hoje mesmo a jurisprudência portuguesa, na esteira do Eduardo CORREIA - ao concurso aparente.

caracterizadores de um outro tipo abstractamente aplicável, todavia caracteriza o facto ou o agente através de elementos suplementares e especializadores. Neste caso, diz-se com boa razão, “*lex specialis derogat legi generali*”, pelo que só o tipo especializado deverá ser concretamente aplicado.

Exemplificando, relação de especialidade será afinal aquela que intercede entre qualquer tipo fundamental e o respectivo tipo qualificado ou privilegiado: a aplicação deste (*les specialis*) derroga a aplicação daquele (*lex generalis*). A hipótese das relações entre homicídio (tipo fundamental) de um lado, e homicídio qualificado ou homicídio privilegiado do outro, é particularmente clara e pode servir de exemplo-padrão.

Julgamos todavia muito importante notar o seguinte: em regra limita-se a relação de especialidade aos casos em que de uma comparação abstracta dos tipos resulta, por necessidade lógico-conceitual, que um é especial relativamente ao outro. Para nós é claro porém que a relação de especialidade pode dar-se também substancialmente entre dois tipos⁶⁰.

2. Muito próxima do pensamento fundamental da especialidade, mas com contornos doutrinários menos definidos, está a categoria da *consunção*. Na sua acepção estrita ela dar-se-á quando a realização de um tipo de crime (mais grave) inclui, ao menos em regra, a realização de um outro tipo de crime (mais leve). Daí que se aceite que o legislador, ao fixar a pena mais grave, tenha já entrado em conta com uma tal constelação típica; por isso a aplicação concreta da norma que prevê o crime menos grave deve considerar-se excluída, de acordo com o princípio “*lex consumens derogat legi consuntae*”.

Eduardo CORREIA, aceitando o essencial da ideia exposta, parece dar todavia à categoria um âmbito mais lato, de modo a abranger todas as relações de mais e menos que se estabelecem entre os valores protegidos pelas normas criminais. Neste caso a categoria da consunção passaria a abranger também alguns casos de especialidade e a maioria - se não a totalidade - dos casos de subsidiariedade.

De uma forma ou de outra, exemplo frizante de consunção será v. g. o da relação entre o roubo por arrombamento⁶¹ (alínea b) do n.º 2 do art.º 204.º e alínea e) do n.º 2 do art.º 198.º) e a violação de domicílio⁶² (art.º 184.º) ou o dano⁶³ (art.º 206.º e sgs.). Estes dois últimos crimes estão, *não por necessidade lógica mas*

60 v.g. o cárcere privado do art.º 330.º e a coacção física do art.º 329.º cujo teor literal de modo algum sugira e muito menos logicamente implique uma relação de tal espécie.

61 Art.º 432.º § único do CPP/1886

62 Art.º 380.º do CPP/1886

63 Art.º 472.º do CPP/1886

em regra, ligados ao arrombamento no sentido de que se *contêm* neste e de que, assim, a sua punição se *inclui* na deste. Por isso existe aqui uma relação análoga à de especialidade, quando esta se toma - como no exemplo atrás referido do cárcere privado e da coacção física - no plano material e substantivo, antes que no plano conceitual-formal.

Excepcionalmente poderá uma relação de consunção ser admitida no caso inverso das que temos vindo a considerar, ou seja, quando é um crime mais grave que acompanha tipicamente um crime menos grave⁶⁴. Nestas hipóteses - para as quais se guardará, com razão, o designativo de consunção impura - deverá então aplicar-se só a norma mais leve.

3. Uma terceira categoria que costuma autonomizar-se é a da *subsidiariedade*. Ela significa que certas normas penais intervêm só de forma auxiliar ou subsidiária, quando o facto não seja punido por uma outra norma mais grave. Sucede muitas vezes, na verdade, que, para alargamento ou reforço da protecção jurídico-penal, são puníveis certos comportamentos especiais que se apresentam como uma forma ou um estágio prévios, ou ainda como variantes menos intensivas, de uma lesão, por outra forma prevenida, a bens jurídico-penais. A relação de subsidiariedade possui porém uma justificação autónoma, ao lado da especialidade e da consunção - e a doutrina de Eduardo CORREIA referida no número anterior bem o atesta - apenas quando a violação da norma subsidiária não acompanha o crime primário de uma forma necessária ou ao menos típica. Mesmo assim, podem dentro destes limites estabelecer-se vários subgrupos.

a) O dos casos em que a própria lei seja *expressa* em condicionar a aplicação de um preceito à não aplicação de um preceito mais grave ou de uma pena mais pesada. Os exemplos⁶⁵ que podem referir-se são inúmeros, por exemplo: art.º 209.º, 280.º, 287.º .

b) A subsidiariedade parece depois de aceitar em princípio quando as normas concorrentes se revelam aplicáveis a diferentes *estádios evolutivos* da mesma conduta, v.g. a simples fabricação de moeda falsa⁶⁶ (cfr. art.º 252.º)

64 Como pode v.g. ser o caso da burla em que se traduz a passagem de moeda falsa: cf. arts. 451.º e 207.º; ou, talvez ainda mais claramente, o caso da falsificação de escrito usada para fins de defraudação de pequeno valor: cf. arts. 216.º e 451.º, com referência ao art.º 21º, sem que todavia o legislador ressalve a aplicação da pena mais grave que ao caso couber (CPP/1886).

65 Maxime na nossa (caótica!) legislação penal extravagante; cf. v.g. o art.º 197.º do Código do Direito do Autor - Decreto-Lei n.º 46 980, der 27-4-1966 -, transcrito a pgs. 476 do nosso Código Penal Português.

66 § 2º. do art.º 206.º do CPP/1886.

relativamente à sua fabricação e passagem⁶⁷ (art.º 255.º do CPM). Há quem pretenda alargar este pensamento a todos os casos do chamado *facto* prévio não punível (“*straflose Vortat*”), v.g. à preparação (punível) relativamente à tentativa, a estas relativamente a consumação, etc. Outros porém, como é o caso de Eduardo CORREIA, defendem que um apelo à ideia de subsidiariedade é neste contexto inútil, pois que tais hipóteses poderão ser incluídas na categoria da consunção.

c) Como relação de subsidiariedade é em geral admitida a que intercede entre os crimes de perigo e os respectivos crimes de dano, v. g. a exposição ou abandono (art.º 135.º) relativamente ao homicídio voluntário (art.º 128.º). Só assim será, porém, na medida em que o perigo não ultrapasse o concreto dano verificado (como muitas vezes sucederá com os chamados “crimes de perigo comum).

d) Subsidiário será, finalmente, o perigo ou a lesão menos intensos relativamente ao perigo ou lesão mais intensos, a forma de cometimento menos grave relativamente à mais grave (v.g. nas ofensas corporais, no roubo, etc.). O mesmo deve valer na relação entre o *facto* negligente e o respectivo *facto* doloso, ou entre a forma de participação mais leve (cumplicidade) e a mais grave (autoria).

4. A categoria do chamado *facto posterior não punível* (“*straflose Nachtat*”) é muitas vezes considerada - v.g. por Eduardo CORREIA,⁶⁸ - como um subgrupo dentro da categoria da consunção. Seja-o ou não, certo é que o pensamento em que assenta uma certa autonomia: o de que os *crimes de mera garantia ou aproveitamento* - i. é, aqueles que são dominados por uma vontade de garantir ou aproveitar a impunidade de outros crimes - devem recuar perante o respectivo *crime de fim lucrativo ou de apropriação* que constitui o verdadeiro cerne da conduta criminosa.

Isto só será assim porém - só haverá concurso meramente aparente - se o crime de garantia ou aproveitamento não ocasionar ao ofendido *um novo dano* ou se não dirigir contra *um novo bem jurídico*. Sucede, por outro lado, que o *facto posterior* não precisará de ser um crime *tipicamente* acompanhante do *facto principal*; decisivo é só, como acabamos de ver, que àquele não caiba qualquer significado autónomo perante a violação principal de bens jurídicos. A este fenómeno cabe pois um acentuado parentesco com a subsidiariedade; só que aqui a hierarquização das normas se funda, não na sistemática legal, mas na função dos crimes de mera garantia ou aproveitamento.

67 Corpo do art.º 206.º do CPP/1886.

68 Unidade 184 ss.



Facto posterior não punível existirá assim, v.g., quando a um crime patrimonial de apropriação (furto, abuso de confiança, etc.) se segue a destruição da coisa apropriada (dano) para o agente afastar de si as suspeitas; ou então quando àquele crime de apropriação se segue uma acção de defraudação ou de burla perante o proprietário desapossado, com fins de encobrimento; ou, inversamente, quando a uma burla se segue um outro crime patrimonial com aquele mesmo fim. Já não haverá facto posterior não punível nem o concurso será aparente, porém, dada a divergência de bens jurídico ofendidos, v.g. na falsificação de documento para encobrir um abuso de confiança ou na venda da coisa furtada a terceiros de boa fé.

II. *Suas consequências jurídicas*

1. A essência do concurso legal, aparente ou impuro está precisamente na aplicação concreta ao caso de *uma só* das disposições violadas - a norma primária e não a norma excluída - e, portanto, da sanção que ela contém⁶⁹.

2. Os efeitos do concurso legal dão-se em princípio apenas quando se encontrem preenchidos *todos* os pressupostos materiais e formais da punibilidade dos vários crimes abstractamente relevantes; pois em regra será como dissemos a punição prevista por uma norma que exclui a aplicação da outra. Excepcionalmente, contudo, atentos os motivos de não punibilidade ou de não-perseguibilidade do crime principal (v.g. por efeito de um pressuposto processual ou de uma causa pessoal de exclusão da pena) poderá dever recorrer-se à norma secundária, apesar da exclusão de princípios da sua aplicabilidade - nomeadamente nos casos em que a norma excluída era menos grave ou menos pesada.

A exclusão da aplicabilidade de uma norma a um participante, por efeito de concurso legal, não deve por princípio estender-se aos restantes. V.g. a co-autoria e a cumplicidade bem podem referir-se, de acordo com a contribuição objectiva para o facto e a extensão do dolo, ao tipo, em princípio excluído. É esta a posição que corresponde ao princípio da acessoriedade limitada

69 É neste sentido que deve interpretar-se o § único do art.º 38.º, que nega a acumulação de crimes - vs., o concurso efectivo - "quando o mesmo facto é previsto e punido em duas ou mais disposições legais como constituindo crimes diversos". É esta a doutrina defendida por Eduardo CORREIA, Unidade 128-154, e à qual aderiu a nossa jurisprudência suprema (cf. BMJ 196/191, 202/109, 226/153).

O que acaba de afirmar-se não exclui no entanto, porventura, que excepcionalmente, e para estritos efeitos de medida de pena, não possa atender-se à punição cominada pela disposição legal secundária ou excluída, ou aos efeitos que assinala, para deste modo evitar causais e injustificáveis favorecimentos ou desfavorecimentos de tratamento do agente.

§ 9. O CONCURSO EFECTIVO, VERDADEIRO OU PURO

I. A questão da equiparação do concurso ideal ou concurso real

1. Se entre os tipos violados pelo agente se não dá uma relação de mútua exclusão, de concurso legal, fica-nos então a outra alternativa, a do concurso efectivo, verdadeiro ou puro, em que as diversas normas abstractamente aplicáveis *concorrem* paralelamente na aplicação concreta, porém, pode ainda ter lugar de duas formas diferentes: ou de forma a que, *ab initio*, a todos os crimes seja aplicada uma só pena; ou de forma a que primeiro seja fixada uma pena para cada crime, e só depois as diversas penas sejam unificadas.

Ora bem. Sistemas há - v.g. os alemães - que seguem nesta matéria as duas vias referidas ao mesmo tempo: a primeira terá lugar nos casos em que à pluralidade de crimes cometidos corresponda uma *unidade de acção*, nos casos, i. é, que chamam de *concurso ideal*; a segunda terá lugar nos casos em que à pluralidade de crimes cometidos corresponda uma *pluralidade de acções*, nos casos, i. é, que chamam de *concurso real*.

Outros sistemas - v.g. o francês, o austríaco e o suíço - seguem só a segunda via, repudiando qualquer relevo da distinção entre unidade e pluralidade de acções e, assim, equiparando o concurso ideal ao concurso real e tratando aquele nos moldes em que este é tratado⁷⁰.

2. A autonomização do concurso ideal - pluralidade de tipos violados (concurso ideal *heterogéneo*) ou pluralidade de violações do mesmo tipo (concurso ideal *homogéneo*) através de uma *única acção* - não é conceitualmente conveniente nem teleologicamente fundada.

Não é conceitualmente conveniente porque a distinção entre a unidade e a pluralidade de acções não consegue alcançar-se com um mínimo aceitável de segurança (como bem o compreendeu o “Alternativentwurf” alemão-ocidental, sem que todavia tivesse logrado a consagração legal deste ponto de vista). Com efeito, se o fundamento da distinção for naturalístico ela tornar-se-á impossível, desde logo, porque existem diversos tipos de crime que se analisam na exigência de uma multiplicidade de actos (p. ex. contrafacção de moeda), sem que por isso alguém possa falar nestes casos de concurso; depois porque outros tipos há que, não exigindo tipicamente uma pluralidade de actos, todavia, quando esta se dá

70 Já se pretendeu entre nós que o § único do art.º 38.º não contemplaria (como atrás defendemos) a hipótese de concurso aparente, antes sim a de concurso ideal; com a consequência, deste modo, de o nosso sistema se aproximar, no essencial, do sistema alemão. É a posição que entre nós foi defendida por Cavaleiro de FERREIRA. A ela se opõe Eduardo CORREIA e, agora, a nossa jurisprudência suprema, ambos votando no sentido de uma fundamental equiparação do concurso ideal ao real. É nesta controvérsia que devemos agora tomar posição.



é por eles considerada, ao menos dentro de certos limites, como uma unidade (a injúria do art.º 175.º); e finalmente porque, de todo o modo, existe *um* só homicídio mesmo quando o agente dê à vítima várias facadas e depois acabe com ela a tiro!

À dificuldade procura responder-se dando à distinção entre unidade e pluralidade de acções um fundamento não naturalístico, mas *natural*. Uma “unidade *natural* de acção” existiria, v. g. na formulação do Supremo Tribunal alemão-occidental, quando “vários actos singulares da mesma espécie, ancorados numa vontade unitária, se encontram, de um ponto de vista temporal e espacial, numa tão estreita conexão que, a um modo de consideração *natural*, se apresentam como formando uma unidade”. Mas esta definição não oferece também critérios precisos para operar em zonas duvidosas da distinção; além de que não permite descortinar o mínimo fundamento para se atribuir força decisiva ao dito método de consideração “natural”.

Teleologicamente não se vê também razão para que se trate diferentemente o agente de várias realizações típicas consoante ele as tenha cometido através de uma só ou de várias acções. Não se vê, na verdade, porque hajam de ser diferentemente tratados dois agentes que decidiram matar dois adversários políticos, só porque um os matou com uma bomba quando as vítimas se encontravam juntas (concurso ideal), enquanto outro matou cada um com sua bomba, em diferentes alturas (concurso real). Defender o tratamento jurídico-penal diferente destes agentes significa sempre sacrificar considerações que não relevam para os valores substanciais da ilicitude e da culpa.

3. Concluimos assim, com Eduardo CORREIA⁷¹, que o concurso ideal deve, para efeitos jurídico-penais, ser equiparado ao concurso real⁷². O concurso efectivo, verdadeiro ou puro vem, por esta forma, a constituir uma categoria essencialmente unitária.

II. O regime jurídico do concurso efectivo

1. Pressupostos

a) Ficou por esta forma reforçada o princípio básico que logo no início deste capítulo pusemos em relevo e que agora podemos precisar: o critério do concurso efectivo de crime reside na pluralidade de tipos violados pela conduta do agente e a ela concretamente aplicáveis, sem curar de saber se tal conduta se analisou em um único acto (“concurso ideal”) ou numa pluralidade de actos (“concurso real”).

71 V. também o art.º 33.º do seu Projecto.

72 Tanto aquele como este são contemplados pelo corpo do art.º 38.º do CPP/1886.



O que bem se compreende de resto, tanto de um ponto de vista conceitual-sistemático como material-teleológico. Já vimos, p. ex., que muitos tipos exigem, para o seu preenchimento, uma pluralidade de actos; que outros admitem uma tal pluralidade de actos; que outros ainda - como os crimes duradouros - a supõem para além da sua consumação formal. Isto confirma a ideia de que o conceito de acção não tem autonomia na construção do crime, antes é só um elemento (se bem que essencial) do substrato valorado pelo juízo de ilicitude que o *tipo* traduz. Bem se aceitará, a partir daqui, que a pluralidade de crimes vá pedir o seu critério a este portador da valoração da ilicitude que é o tipo, antes que a elementos não autónomos de substrato valorativo. Por outro lado, toda a construção de crime parte da ideia de que a função do direito penal se traduz na protecção de bens jurídicos-penais: Ora o bem jurídico, sabemos-lo, é o cerne do tipo e da valoração que este exprime. Deste ponto de vista fica teleologicamente justificado que seja a unidade ou pluralidade de bens jurídicos (e portanto a unidade ou pluralidade de tipos) violados o factor determinante da unidade ou pluralidade de crimes em que uma certa relação da vida se traduz.

b) Contra o critério exposto se dirá porém que, segundo ele, se A mata B e no dia seguinte mata C, ou se D furta a E o relógio e no dia seguinte a carteira a F, tanto A como D praticaram um só crime, porque um só tipo foi violado por cada um deles: o de homicídio no caso de A, o de furto no caso de D!

A isto deve retorquir-se que o tipo não é uma entidade abstracta, um “nome” ou um “quadro legal”, antes sim uma entidade concreta, o portador de um concreto juízo de valor sobre uma relação da vida real. O mais que poderemos é afirmar, se quisermos, que a pluralidade de crimes tanto depende da violação de uma pluralidade de tipos (abstractos) como da *violação plúrima* do mesmo tipo abstracto. Nem se diga que, deste modo, veio afinal a cair-se na necessidade de distinguir de novo a unidade e a pluralidade de *actos* e a erigi-la em critério da unidade ou pluralidade de violações do mesmo tipo abstracto. Pois assim como, já o vimos, uma pluralidade de actos pode violar *uma só vez* um tipo, também um só acto pode violar *diversas vezes* o mesmo tipo abstracto! Quando, porém, poderá dizer-se que estamos perante uma *violação plúrima* do mesmo tipo abstracto?

Eduardo CORREIA⁷³, apela para o critério da *pluralidade de juízos de censura*, traduzido por uma *pluralidade de resoluções autónomas*: de resoluções de cometimento dos crimes, em caso de dolo; de resoluções donde derivaram as violações do dever de cuidado, em caso de negligência. Por nossa parte preferimos falar de uma *pluralidade de resoluções no sentido de nexos finais e de uma pluralidade de violações do próprio dever de cuidado connexionando*

73 Unidade 114 ss.



com um resultado típico concreto - o que teria a vantagem de, desta forma, não fazer ainda apelo aos juízos de censura (culpa) mas manter o critério dentro de parâmetros de relevância do ilícito-típico.

Cumpra acrescentar, de resto, que, tratando-se de tipos que protegem bens criminalmente pessoais⁷⁴, a *pluralidade de ofendidos* determinará logo a pluralidade de crimes.

2. Efeitos

O tratamento jurídico do concurso efectivo, verdadeiro ou puro (seja na forma de concurso real ou ideal), está contemplado ⁷⁵ no art.º 29.º.

Relativamente à pena do concurso, o sistema seguido é o do cúmulo jurídico, que se traduz no seguinte: na sentença condenatória o juiz indicará a pena correspondente a cada crime ⁷⁶ conforme o art.º 71.º; a pena do concurso não é porém uma *pena conjunta*, constituída sobre as penas correspondentes a cada crime e onde estas mantivessem a sua autonomia, antes sim uma *pena unitária*. Isto significa que as diversas penas são reduzidas juridicamente a uma unidade, isto é, a uma “moldura penal” *nova*, dentro da qual são considerados unitariamente os diversos factores de medida concreta da pena, máxime a *personalidade* do agente⁷⁷. A pena unitária aplicável ao condenado tem como limite máximo a soma das penas concretamente aplicada aos vários crimes (...) e como limite mínimo a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes.

Particularidades a este propósito só poderão ser dadas e plenamente compreendidas a quando do estudo da teoria da medida da pena.

74 Cf. nossas Lições ao 2º ano, 146.

75 No corpo do art.º 38.º, uma vez que atrás concluímos dever o § único daquele preceito guardar-se apenas para as hipóteses do concurso legal, aparente ou impuro. Um tal tratamento suscita porém, nos seus efeitos, especiais dificuldades. Estas dificuldades desapareceriam se, na punição do concurso efectivo, pudesse seguir-se um princípio de acumulação material das penas correspondentes aos crimes em concurso. Razões de possibilidade física, de praticabilidade, de política criminal (interessa da ressocialização) e mesmo da justiça tout court (quando mais longa é a prisão mais ela se torna insuportável) opõem-se porém a que estes sistema possa ser aceite como regra. E na verdade, segundo o § 1º do art.º 102.º, um tal sistema só vale - e mesmo aqui se perguntará se com razão - para as penas de multa, que não só serão acumulação às outras penas como também se acumularão entre si.

76 § 2º. do art.º 102.º do CPP/1886

77 Com o limite, em todo o caso, de a pena unitária que concretamente caberá ao condenando não poder nunca exceder a soma das penas cabidas a cada um dos crime concorrentes (cir. § 2º.).

§ 10. CRIME CONTINUADO

Uma excepção ao princípio de que a pluralidade de tipos violados - ou a violação plúrima do mesmo tipo abstracto - determina a pluralidade de crimes vem sendo afirmada relativamente à hipótese chamada de *crime continuado*. De que se trata nela exactamente?

Para a sua criação⁷⁸ contribuíram razões de economia processual, maxime a necessidade dos órgãos de administração da justiça penal de se desembaraçarem de grandes séries de crimes praticados pelo mesmo agente, em que a prova autónoma de cada crime seria praticamente impossível de lograr. Daí a necessidade de tratar tais séries delituosas como um só crime.

Esta justificação não bastaria porém, de modo algum para se admitir uma entorse aos princípios do concurso efectivo, verdadeiro ou puro em que assentámos, entorse cuja consequência residiria num tratamento *mais favorável* do agente, a quem se imputaria um só crime. Uma tal solução, na verdade, seria sempre injusta⁷⁹.

Entre nós Eduardo CORREIA dá porém ao conceito um *diferente fundamento*, determinante de *limites muito mais estritos*: o que sucede é que “certas actividades que preenchem o mesmo tipo legal de crime - ou mesmo diversos tipos legais de crime, mas que fundamentalmente protegem o mesmo bem jurídico -, e às quais presidiu uma pluralidade de resoluções (que, portanto, atiraria a situação para o campo da pluralidade de infracções), todavia devem ser aglutinadas numa só infracção, na medida em que revelam uma considerável diminuição da culpa do agente. E quando se investiga o fundamento desta diminuição da culpa ele deve ir encontrar-se, como pela primeira vez claramente o formulou KRAUSHAAR, no momento *exógeno* das condutas, na disposição exterior das coisas para o facto. Pelo que pressuposto da continuação criminosa será, verdadeiramente, a existência de uma relação que, *de fora*, e de maneira considerável, facilitou a repetição da actividade criminosa, tornando cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito⁸⁰. Vejamos então, de acordo com este fundamento, quais os pressupostos da admissão de um crime continuado e quais os efeitos jurídicos-penais que se lhe devem ligar.

78 É preciso começar por dizer que uma tal figura não tem apoio na lei, quer entre nós quer na Alemanha, onde ela teve origem puramente jurisprudencial. (Um desenho legal parece porém no § único do art.º 33.º do Projecto).

79 E talvez por isso é que a figura do crime continuado se encontra em nítida crise na mais recente doutrina alemã.

80 Eduardo CORREIA, Dir. Crim. II – 20).



I. Pressupostos

São as seguintes as exigências concretas para que de um crime continuado possa falar-se:

a) Que os actos constitutivos do comportamento se dirijam, *todos*, contra o mesmo bem jurídico ou contra *bens jurídicos fundamentalmente idênticos*.

A doutrina dominante distingue - e foi justamente a este propósito que a distinção nasceu - entre bens jurídicos que são e bens jurídicos que não são *eminentemente pessoais*. Nos que o não são, p. ex. no bem jurídico da propriedade ou do património, basta que o comportamento continuado se dirija contra bens jurídicos fundamentalmente idênticos, não sendo de exigir identidade da vítima. Pode, v.g., aceitar-se a continuação relativamente a vários furtos feitos a várias pessoas. No caso de bens eminentemente pessoais (p. ex. a vida, a integridade física, a liberdade, etc) a continuação só poderá aceitar-se se os diversos actos se dirigirem contra o mesmo bem jurídico: a identidade de vítima é pois de exigir. Poderá haver, assim, continuação em várias tentativas de aborto dirigidas contra o mesmo feto, mas não nas dirigidas contra diferentes mulheres ou diferentes estados de gravidez da mesma mulher.

A razão de ser da distinção está no receio de que, sem ela, a violação do outro *como pessoa* pudesse dissolver-se no contexto da continuação. Mas com ela não terão sido eliminadas todas as dificuldades, v.g. relativamente a tipos que, como o roubo com arrombamento (art.º 204.º e alínea f) do n.º 2 do art.º 198.º), sendo fundamentalmente relativos a bens impessoais, conterão em regra um elemento de pessoalidade (a introdução em casa alheia).

b) Exige-se, por vezes, que os actos constitutivos do comportamento *violem, todos, a mesma lei penal ou leis penais estreitamente aparentadas*. Exigência que vai para além da anterior, na medida em que tipos penais muito diferentes podem proteger o mesmo ou idêntico bem jurídico.

Esta exigência, todavia, dado o seu carácter acentuadamente formal, não se compreenderá; além de que - salvo em casos muito contados - será pouco menos que impossível dizer, com um mínimo aceitável de segurança, o que sejam leis penais “estreitamente aparentadas”.

c) Do lado objectivo costuma exigir-se uma certa homogeneidade do comportamento total, bem como um mínimo de conexão espacial e temporal entre os diversos actos. Assim, v.g., deveria em princípio recusar-se o nexo de continuação se o comportamento se traduzisse ora em acções, ora em omissões, ou actos cometidos umas vezes na posição de autor, outras na de cúmplice; e o mesmo deveria suceder quando a relação espaço-temporal entre os diversos actos fosse em demasia grande ou pequena!

A insegurança a que tudo isto daria lugar é insuportável. E, de todo o modo, tais exigências só poderão relevar na remota medida em que indiciem um certo tipo de motivação subjectiva que, esta sim, constituirá o verdadeiro traço distintivo do crime continuado.

d) Onde as divergências são maiores é porém, sem dúvida, no que toca ao *lado subjectivo* do crime continuado. A jurisprudência alemã exige um *dolo conjunto*, que abranja ab initio a série continuada de actos a praticar - sob pena de, diz por outro modo, o crime continuado perder completamente os contornos. Já a doutrina alemã, porém, se basta com um *dolo continuado*, que existirá quando a nova resolução renova a anterior, de tal modo que todas elas se conservam dentro de “uma linha psicológica continuada” (SCHONKE-SCHRODER).

Esta última posição é de subscrever; e nem por isso perderá a figura do crime continuado os seus contornos. Ponto é só que, ainda do lado subjectivo, se exija *uma particular situação de progressiva diminuição da culpa, em homenagem à ideia de menor exigibilidade*. É este último pressuposto que pode conferir autonomia e justificação bastantes à figura do crime continuado.

e) Uma tipificação esgotante das situações exteriores que, diminuindo consideravelmente (de acordo com o critério da exigibilidade) a culpa do agente, podem estar na base de uma continuação criminosa não é possível traçar-se. Mas podemos, com Eduardo CORREIA⁸¹, evidenciar algumas das hipóteses mais vulgares.

Será o caso de, através da primeira actividade criminosa, se ter criado uma certa *relação* ou um certo *acordo* entre os sujeitos⁸². Ou de voltar a verificar-se uma *oportunidade favorável* à prática do crime, que já foi aproveitada ou que arrastou o agente para a primeira conduta criminosa (como na descoberta de uma acesso utilizável à caixa-forte de um banco). Ou ainda de *perdurar o meio* apto para a realização de um crime - meio que se criou ou adquiriu com vista a executar a primeira conduta criminosa (como no fabrico da chave falsa de um cofre). Ou, finalmente, de o agente, depois de executar a resolução criminosa, verificar que se lhe oferece a possibilidade de alargar o seu âmbito (o ladrão furta a jóia que deseja e também o dinheiro que junto dela se encontrava e com que não contava).

II. Efeitos jurídicos

Os efeitos jurídicos derivados do reconhecimento da figura do crime continuado são tanto de natureza substantiva como processual.

81 Dir. Crim. II, 210.

82 Como no adultério.

a) Relativamente aos efeitos *substantivos* a questão de maior interesse é, sem dúvida, a da *punição* do crime continuado⁸³. Na lei penal de Macau o crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação (cfr. art.º 73.º).

b) Quanto aos efeitos *processuais* - porventura os que não são praticamente mais importantes -, eles traduzem-se em que o crime continuado constituirá *um único* “objecto processual”. Daqui resultará a consequência de que o caso julgado se forma sobre toda a relação de continuação mesmo sobre aqueles factos que não tenham sido levados à cognição do tribunal ou que este não tenha efectivamente conhecido.

A este princípio algumas restrições haverá que fazer a sua exposição pertence já à doutrina do processo penal.

LEITURAS SELECCIONADAS

1. Eduardo CORREIA, Direito Criminal, II Vol. (1965), pgs. 197-224;
2. Eduardo CORREIA, Unidade e Pluralidade de INfracções (1945);
3. Eduardo CORREIA, Direito Criminal (Studium, 1953) pgs. 173-252;
4. Eduardo CORREIA, Caso Julgado e Poderes de Cognição de Juiz (1948) (*);
5. Cavaleiro de FERREIRA , Lições de Direito Penal (1940/41, pgs. 584-603;
6. Beleza dos SANTOS, Um Caso Continuado, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 75º., pg 337, ano 76º., pg. 17;
7. .G. BETTIOL, Direito Penal, Parte Geral, Tomo III (1973), pgs. 285-342;.
8. R. MAURACHI, Tratado de Derecho Penal, II Vol. (1962), pgs. 415-485;

83 Durante algum tempo a nossa jurisprudência pensou como emanção da solução deste problema o § único do art.º 421.º. Mas, evidentemente, sem razão: se a essência do crime continuado está numa progressiva diminuição da culpa, a sua punição deverá ser inferior à que resultaria da aplicação das regras do concurso; e não é isso - bem ao contrário - o que determina o § único do art.º 421.º. Este preceito aplica-se pois, não aos casos de furto continuado - como hoje o reconhece a nossa jurisprudência suprema -, mas sim aos casos em que a reiteração do furto foi dominado por uma única resolução. Haveremos pois de concluir que a nossa lei não contém qualquer preceito aplicável à punição do crime continuado. Mas se ele é só uma consequência do princípio da culpa implicado no art.º 44.º, n.º 7º, não poderemos furtar-nos a tirar daí as consequências impostas em matéria de punição. A solução mais razoável e única admissível será a de punir o crime continuado apenas através da violação mais grave que tenha tido lugar no decurso da continuação, ou por qualquer uma delas se forem todas da mesma gravidade objectiva. (*) As obras referidas sob os n.ºs. 2 e 4. encontram-se reunidas em Eduardo CORREIA, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal* (1963).