

Nº de exame: 407175

Teoria do crime

Inicialmente, devemos referir que começaremos a análise pela responsabilidade criminal dos autores, uma vez que em nosso ordenamento jurídico há o princípio da acessoriedade limitada da participação (art. 26º in fine). Essa cláusula da acessoriedade, que por vezes deve ser conjugada com o art 28º (se o autor material não tiver as qualidades especiais do crime específico), pressupõe que os participantes serão responsáveis com base e na medida da responsabilidade criminal dos autores até ao elemento de ilicitude. Ou seja, o ilícito-típico dos autores se estende até aos participantes, devendo a culpa e a punibilidade serem avaliadas individualmente. Outrossim, a resolução do caso terá como base cada parágrafo associando à conduta de cada agente.

Em primeiro lugar, devemos referir que a autora material do crime de aborto é A. Contudo, havia um erro sobre os factos, i.e, havia um erro intelectual por parte de Ana, já que havia uma discrepância entre a realidade e o que ela representava. Para Figueiredo Dias e Eduardo Correia, o agente, para haver dolo, precisa possuir o elemento da realidade fáctica, ou seja, precisa possuir uma representação concreta do perigo e atual. No caso, como havia um erro intelectual, vai se excluir o dolo (art. 16º/1), podendo ainda punir pela negligência (art 16/3). Como não há um aborto negligente, A não poderia ser responsável por qualquer crime (art. 13º). Mesmo se houvesse, seria de difícil argumentação achar que A agiu negligentemente, podendo incluindo argumentar que nem de uma negligência inconsciente se tratava, pois ela não teria nem a possibilidade de consciência de pôr em perigo o bem jurídico, já que parecia se se tratar de um médico de confiança da família. Se não houvesse nem negligência inconsciente não haveria por parte de A uma ação jurídico-penalmente relevante, já que para haver responsabilidade criminal é preciso haver uma relação subjetiva entre o sujeito e o facto, ou seja, no mínimo uma negligência inconsciente. Portanto, haveria duas possibilidades de argumentação.

Em seguida, temos que D é o autor mediato(art. 26º), pois instrumentaliza A e, esta age em erro, excluindo o dolo (como vimos na primeira linha de argumentação). Houve o que a Doutrina chama de um domínio da vontade (característica da autoria mediata) através do elemento intelectual que é o erro. Ou seja, D induz A no erro (discrepância entre a realidade e a representação). D é autor mediato do crime de aborto (art. 140º)

No caso do B, temos duas possíveis respostas dependendo da Doutrina que iremos utilizar. Se formos pela via da Conceição Valdágua, há um caso de autoria mediata, que é o aliciamento sob forma de ajuste. Este é caracterizado por uma forte dependência psicológica do homem da frente pelo detrás. Para a utilizarmos é preciso que se prove que o homem de trás poderia até ao último momento impedir a realização do facto típico, ou seja, que o homem da frente esteja enlaçado pela vontade do homem de trás até ao último momento. Essa relação pressupõe uma espécie de sinalagma entre uma prestação do homem da trás e a realização do facto típico pelo homem da frente. Se adotarmos a doutrina maioritária, haveria aqui claramente uma instigação. Figueiredo Dias revela essa ideia de Instigação-Determinação, que é a ideia de determinar outrem a prática de um crime, ou seja, B seria instigador de A. Havia a verificação do elemento objetivo (Instigação-Determinação) e havia também o elemento subjetivo, i.e, o duplo dolo do instigador. B possuía o dolo de instigar e possuía o dolo quanto ao ilícito-típico a ser

realizado por B, portanto podia haver uma Instigação. Há doutrina que encaixa a instigação dentro dos casos de autoria (Figueiredo Dias) e há doutrina que encaixa como um caso de participação. De qualquer forma, utilizaremos o art. 26º. A doutrina majoritária puniria como instigador do crime de aborto (art 140º).

Antes de analisarmos o próximo ato de B, devemos fazer uma pequena ressalva. Não se pode punir C como cúmplice. A figura do cúmplice (art. 27º) demonstra mais uma forma de participação. Devemos analisá-la tendo em conta seus elementos objetivos e subjetivos. Inicialmente, vemos que C teve um contributo material (que não é indispensável a ponto de se haver uma coautoria, já que parece que A iria eventualmente ao médico, pois estava grávida), além disso, verifica que sua ação aumenta significativamente o risco de lesão do bem jurídico, ou seja, sua ação afeta causalmente a verificação do resultado. No entanto, não estava preenchido o elemento subjetivo, i.e, um auxílio doloso a um facto doloso (como refere Figueiredo Dias), já que C não possuía o dolo do ilícito-típico a ser realizada. Parece ser um caso de negligência inconsciente, uma vez que ela, talvez (dependeria de circunstâncias tais como a relação entre B e A) pudesse ter tido a possibilidade de ter a consciência acerca do perigo ao bem jurídico, incluindo os sinais de perigo objetivo. Como se vê é na análise do elemento da negligência inconsciente que é imperioso utilizarmos, por exemplo, o conceito negativo de ação de Jackobs, uma vez que nele está inserida a ideia de evitabilidade do resultado, incluindo os sinais objetivos de perigo. Vale ressaltar também que os artigos 26º e 27º são normas extensivas da tipicidade.

O arrependimento de B de nada serve, uma vez que não estão preenchidos os elementos da desistência, pois B não fez de tudo para impedir a realização do facto típico. A desistência é uma causa de isenção da pena e com base na teoria de Jescheck é um prémio que a OJ dá por regressar ao direito. Litz e Feurbach referem que se trata de uma ponte dourada, permitindo a maior preservação do bem jurídico. O Supremo Tribunal Alemão liga à ideia de dignidade penal (critério ubíquo em toda dogmática penal para Roxin), referindo que na desistência não há a necessidade de se fazer valer os fins da pena (retribuição e prevenção). Portanto, o arrependimento é irrelevante. No momento em que B bate na mota de F, ele estava embriagado, ou seja, estava numa situação em que não se poderia motivar pelo Direito. Nesse caso, temos um problema na culpa. Creio que podemos dar duas soluções possíveis. Podemos utilizar o instituto do “actio libera in causa” não na vertente do 20/4, uma vez que ele não se embriagou para ofender a integridade física de F, mas na vertente de negligência da aceitação, i.e, quando ele começou a beber ele já poderia ter a possibilidade de representação de um facto típico. Nesse caso, há uma antecipação da averiguação do elemento culpa (e inclusive ação) para então avaliarmos no momento em que ele começa a beber. Outra possibilidade é irmos pela norma do art. 295º, que a maior parte da doutrina usa nos casos de dolo eventual e negligência inconsciente. Taipa de Carvalho refere que essa norma é uma de crime de perigo abstrato-concreto. Em seguida, B ao ver F machucado resolveu fugir. Nesse caso, possuímos um problema de imputação objetivo do facto ao resultado, que irá se ligar com a (possível) responsabilidade de G, E e J. Inicialmente, devemos referir que se tratava de uma omissão impura, pois estava causalmente conectada ao resultado (liga-se à ideia dos crimes materiais), lembrando que F acabou por morrer (mas não por conta de B). B possuía o dever de vigiar o titular do bem jurídico (F) independentemente da fonte de perigo, uma vez que houve ingerência por parte de B. Esse critério material para sabermos

quando um dever ético-moral passa a ser um dever jurídico foi proposto por Kauffman, já que o critério formal existente anteriormente não resolvia todos os problemas. Kauffman liga a infração do dever especial de agir a um sentido de ilicitude material face à OJ. Quando referimos a figura da omissão impura, devemos referir o art. 10/2. Vale ressaltar, ainda no âmbito da figura da omissão que há parte da doutrina que defende que a omissão não faz parte do género do comportamento humano (doutrina subjetiva da negação ou teoria normativa da ação esperada). Essa doutrina (Figueiredo Dias, seu mestre Eduardo Correia e Mezger) defende que a omissão é “não ser isto”, portanto não pode ser avaliada como ação em sentido amplo. A doutrina diferenciada da negação (Bárbara Sousa e Brito, José Sousa e Brito e Welzel) entende que a omissão é “ser não isto” e, portanto faz parte do conceito de ação em sentido amplo. Retornando ao caso de B, houve uma omissão impura (art. 10/2), uma vez que ele possui o especial de dever de vigiar com base no critério da ingerência (comportamento prévio perigoso). Nesse caso, há ainda doutrina que refere que, mesmo nos casos de comportamento lícito há o dever de vigiar (menos no caso da legítima defesa, segundo a Fernanda Palama). Portanto, B deveria vigiar e não o fez. B deve ser punido como agente da ofensa à integridade física de F? Sim. Deve ser punido por homicídio por omissão (art 131 + 10/2)? Não me parece. Para isso devemos fazer a imputação objetiva do resultado à conduta. Primeiro devemos utilizar a tese de Glaser e Buri (que eram positivistas, ou seja, entendiam que a realidade era apreendida pela experiência), é a teoria da “*conditio sine qua non*” (ou teoria das condições equivalentes). Para a avaliarmos, devemos fazer um juízo hipotético e retirar mentalmente a ação do agente (B). Se o resultado permanecer, não há imputação; se não permanecer, há imputação. Retirando a ação, vemos que o resultado não permaneceria, portanto pode-se dizer que há imputação. Contudo, essa doutrina falha no quesito de um determinismo extremo (ideia do “*ad infinitum*” causal). Portanto, devemos utilizar a teoria da adequação de Krier (ou teoria da causalidade adequada). Nela devemos fazer um juízo de prognose póstuma, “*ex ante*”. É Prognose póstuma, pois a análise é feita após a realização do facto, e é “*ex ante*”, pois colocamos um homem médio na posição do autor, munido das capacidades especiais deste, e perguntamos se era previsível o resultado e se era previsível aquele processo causal. Ou seja, há aqui uma ideia muito forte das máximas da experiência e da normalidade do acontecer, i.e, o “*id quod plerumque accditum*”. Deve haver previsibilidade e idoneidade. Então, devemos fazer essa análise e veremos que o homem médio (para Figueiredo Dias o homem médio é um homem de resistência espiritual normal e fiel seguidor do Direito) não iria prever aquele resultado (morte), embora possa haver certas dúvidas, já que havia um corpo no meio da rua. Contudo, é certo que não previa aquele processo causal, uma vez que houve interferência de terceiros (primeiro G e H, e, outrossim, J). No entanto, embora, vemos que não havia imputação, devemos olhar para uma terceira teoria, a teoria do risco de Roxin. A ideia é de que o risco criado, aumentando ou não diminuído e afastado do agente seja o risco produzido no resultado. Ou seja, no caso “*sub iudice*”, B deveria (1) não ter diminuído o risco (verificou-se esse elemento) e, além disso, não deveria ser esse risco o concretizado no resultado (não se verificou, uma vez que houve a interferência de terceiros). Portanto, B pode apenas ser punido na tentativa de homicídio por omissão (art. 23º, 10/2 e 131º), já que não houve a verificação da imputação e a figura por excelência do Direito Penal que pune os casos de desvalor da ação é a tentativa. Houve as condições objetivas de punibilidade (circunstâncias extrínsecas ao tipo de ilícito e de culpa que possibilita a punibilidade da tentativa) do art. 23/1. A tentativa é puível não apenas por

ser um desvalor da ação, mas também por criar uma esfera de perigo para o bem jurídico, é uma vontade delituosa e é uma violação do ordenamento jurídico, pois põe em causa a tranquilidade da esfera de segurança dos bens jurídicos. Posso fazer uma aproximação luhmaniana e referi que certas ingerências extra-sistémicas não são incorporados como ambiente pelo sistema, demonstrando uma clara reprovação por parte da comunidade por essas ingerências (a tentativa).

Em seguida, devemos apreciar a situação de G e H, que fez interromper o nexos causal de B. Havia uma omissão impura caracterizada pela situação de monopólio. Irei escrever um pouco acerca da figura, pois gera certas discordâncias entre a doutrina. Para Fernanda Palma só há a situação de monopólio, i.e, uma posição de garante do bem jurídico por ser o único ou mais próximo na situação capaz de salvaguardá-lo se for legítimo ficcionar no indivíduo esse dever de agir (que é jurídico) Nesse caso, não sei se seria possível ficcionar, pois o critério proposto é extremamente subjetivo, portanto irei seguir para outras doutrinas. Para certa doutrina, quando existem mais de uma pessoa na situação de monopólio, não haveria omissão impura, mas omissão pura (crime formal, que não depende do resultado verificado) e então, punir-se-ia pela omissão de auxílio (art. 200). Para Otto, há posição de garante quando seja tão expeável a ação de salvamento que sua omissão seja de desvalor tão grande quanto ao desvalor da ação (lembrando que a OJ atribui maior desvalor à ação que à omissão). Figueiredo Dias refere que há situação de domínio do facto quando haja uma proximidade à situação, quando o bem jurídico esteja em lesão iminente (a vida estava em lesão iminente, já que F estava no meio da rua) e quando seja fácil a ação de salvamento, isto é, quando os indivíduos não coloquem em perigo seus próprios bens jurídicos. Nesse caso, parece claro que havia uma situação de domínio do facto, ou seja, G e H deveriam ter agido, pois eles não ficariam em perigo (a princípio não estava passando nenhum carro). Além disso, FD refere a teoria material formal, que diz que se o desvalor da omissão for igual ao desvalor da ação, há dever jurídico de agir. Portanto, havia dever de agir, mas eles não agiram. A resposta será a mesma de B, inclusive os passos são os mesmos, portanto remeto para o parágrafo anterior. Não se pode fazer a imputação, pois houve uma terceira interferência nesse processo causal, por parte de J. Relembrando que o resultado morte era sempre representável por parte dos agentes, já que F, além de gravemente ferido, estava estirado no meio da rua. Portanto, parece-me que não havendo a imputação objetiva, a resposta será a mesma que B, isto é, uma tentativa de homicídio por omissão. Vale ressaltar, que, mesmo que eles dissessem que não sabiam que deveria ajudar, seria um erro directo sobre a ilicitude censurável.

Em seguida, devemos analisar a conduta de J, que preenche o tipo de roubo. J é quem interfere a previsibilidade do processo causal de G e H. Novamente, mais um problema de imputação objetiva. Nesse caso, devemos elucubrar se havia ou não previsibilidade sobre o processo causal. Sobre o resultado morte, isto desde o início com B, já sabemos que há previsibilidade. Mas quanto ao processo causal não. No caso de J, creio que há previsibilidade sobre o processo causal, pois há uma grange cobertura dos media acerca das filas de ambulância. Ademais, no contexto em que vivemos, e que não é por uma brevidade de tempo, seria previsível pensar que os hospitais estariam cheios. Mesmo que não houvesse fila de ambulância, seria previsível não haver médicos para o atenderem, ou recursos materiais que o pudessem salvar. Sendo assim, há imputação com base na teoria da adequação. Além disso, como refere Figueiredo Dias, devemos buscar também

a teoria do risco (para este autor bastam essas duas teorias, a professora Bárbara Sousa e Brito defende o uso das 3), o risco criado e, talvez, até aumentado (devido à pancada na cabeça, mas isso não fica claro no problema, mas se for, é mais um argumento para se afastar a imputação objetiva de B, G e H) é o risco verificado (produzido) no resultado. Portanto, há esse nexo de conexão, tendo como base, “máxime”, a ideia de risco previsível no resultado (que também é previsível).

Nesse momento, resta-nos apenas a explicitação do último parágrafo do caso. Primeiro, tendo em conta o princípio da acessoriedade limitada, vemos a responsabilidade do autor. Inicialmente, devemos referir que estamos perante um caso de tentativa impossível por o objeto ser inidóneo (não havia balas na pistola). Podemos punir a tentativa impossível? Com base na teoria subjetiva-objetiva da impressão de perigo, sim. Esta propõe que se deve colocar um observador médio na situação e este não pode ficar impressionado com a inaptidão do meio empregado pelo agente. Esta teoria (que é um dos fundamentos da punibilidade da tentativa) baseia-se na ideia de que a tentativa causa um sentimento social de insegurança (segundo Beleza dos Santos), pois põe em causa a relação da comunidade com a segurança jurídica, já que gera uma manifesta intranquilidade na preservação dos bens jurídico-penais. Portanto, com esse juízo de prognose póstuma “ex ante” mostra que a sociedade ficaria impressionada e, por isso, verifica-se a condição objetiva de punibilidade (ideia ligada à dignidade penal e já explicada anteriormente). Deve-se referir que o erro que poderia ter ocorrido, seria irrelevante uma vez que era o mesmo objeto típico, portanto não se excluiria o dolo. Além disso, podemos fazer um debate se se trataria de um “error in persona vel objectus” ou uma “aberratio ictus vel impetus”. Nesta última o que ocorre é uma execução defeituosa, um erro de pontaria, por exemplo. No caso, o erro é intelectual, talvez por que ele não havia mirado. É uma discrepância entre a realidade e aquilo que o agente representava. Ele pensou que estava mirando em J, mas mirava em R, ou seja, ele acertaria o objeto elegido (se a arma estivesse carregada), contudo o objeto eleito não era aquele que ele representava. Rorahcher refere que as representações são co-conscietizadas, ou seja, elas são atribuídas e resgatadas através de outras representações. No caso de uma “aberratio ictus” o que está em causa é uma execução defeituosa, i.e, ele erra o objeto elegido, já não se trata de um erro intelectual, mas “manual” (no caso da arma, pelo menos). Além disso, vale ressaltar, que não estamos diante de um caso de tentativa falhada, já que o agente não se apercebeu no meio da execução de sua impossibilidade de realizar o facto típico. Para Fernanda Palma, a tentativa falhada não é punível, mas não possui acolhimento da maior parte da doutrina. Por fim, é imperioso relatarmos a situação de P. Tudo indica que L e P são coautores, já que há uma repartição de atividades, P iria abrir a porta, ele estava totalmente ciente do que ocorreria. Mas o essencial, que permite afastar uma cumplicidade material de P, é o facto de P ter um contributo essencial ao plano, ou seja, seu contributo é indispensável. Para Roxin, o contributo é indispensável quando o coautor possui um domínio negativo do facto, i.e, ele possui a capacidade de fazer agourar o plano. P possuía essa capacidade, já que se ele não tocasse na porta, B não conseguiria atirar. Hirsch e Stein vêm ainda referir que não basta haver um contributo indispensável é preciso prestá-los na situação concreta, novamente é algo que ocorre, já que P praticou os atos de execução a seu cargo. Eram atos de execução? Sim, evidentemente. Temos que ter em conta, o art. 22/2, em especial a teoria objetiva-individual de Jescheck da alínea c), que Figueiredo Dias e Roxin defendem um alinhamento com a alínea b) (teoria material-objetiva de Frank que possui

a ideia de perigo imediato). Figueiredo Dias descreve acerca da necessidade de haver uma conexão de perigo típica, ou seja, haver uma iminência de lesão do bem jurídica e esta ingerir na esfera de proteção da norma (Roxin refere uma ingerência na esfera da vítima e possui a mesma ideia de perigo imediato ao bem jurídico). É que estamos diante de uma tentativa impossível, portanto não havia iminência de lesão do bem jurídico, contudo, como já analisamos, a tentativa impossível continuava a ser punível, já que se preenchia a condição objetiva de punibilidade do art. 23/3. Sendo assim, L e P eram coautores do crime de tentativa de homicídio. Vale referir, por final, que L talvez pudesse ser considerado instigador, já que ele determinou P à prática do crime através do dinheiro e havia o duplo dolo da instigação (dolo quanto à determinação e quanto ao ilícito típico a ser praticado), contudo como ele também era coautor estaríamos diante de um concurso aparente sob a forma de relação de subsidiariedade, já que a autoria mais perfeita é a que deve prevalecer e, no caso, é a coautoria. Sendo assim, L não pode ser punido como instigador.

OBS quanto à ideia de G e H “não se meterem em complicações”: Mesmo que entendamos que eles pensavam que não precisavam agir não haveria o erro da ilicitude não censurável (como já havíamos dito), já que seria censurável tanto pelo critério da inevitabilidade (fazer um juízo de prognose póstuma “ex ante” e perguntar se o agente fez de tudo para não haver aquele erro), como pelo critério da retitude da consciência errônea, já que eles não se pautaram por valores jurídicos consagrados pela OJ (a Teologia moral católica já possuía um brocardo para os casos de consciência errônea, que era “conscientia recta e conscientia erronea inculpabilis”).

OBS quanto ao caso da “ação livre na causa de B”: Há uma certa doutrina que defende a utilização do art. 20/4 no caso do agente possuir dolo eventual (em vez de ir pelo art. 295º). Contudo, parece ir contra a letra do artigo (“intencionalmente”) e seria impossível englobar a ação de B na norma, já que como já referi anteriormente, ele não possui a vontade de causar um acidente. Portanto, permanece a decisão de utilizar a segunda vertente da ação livre na causa como negligência na aceitação. Um caso paralelo seria o do motorista de caminhão que adormece no volante, sabendo que estava cansado.

OBS quanto às situações de imputação objetiva: Eu resolvi todas, e pressupus o seguimento de interferência de terceiros, uma vez que me parecia que o resultado previsível era o mesmo para todos: a morte. Após uma batida violenta e ficando gravemente debilitado, a pessoa pensa que aquele indivíduo deve morrer, ou seja, representa a morte, embora nenhum deles tenha representado a morte consumada, todos pareciam que previam uma morte possível. Por essa razão segui a via da interrupção do processo causal. Inclusive J, vendo o estado de F representava a morte deste. Portanto, não creio que em nenhum momento houve um problema quanto ao tipo subjetivo.

OBS quanto à A: Embora tenha feito duas linhas de argumentação, a linha que segui para o D foi a de que A era autora material do crime de aborto, mas como se excluía o dolo, e não há aborto negligente, não se punia a A.

OBS quanto à autoria: Atualmente, com base na doutrina de Roxin, há a teoria do domínio do facto, i.e, é autor que domina o se e o como da realização do facto típico. Foi essa doutrina utilizada durante todo o caso prático. O Figueiredo Dias define como sendo Senhor da Obra Factualmente típica. Esse conceito restritivo funciona para os casos de crimes dolosos. Nos crimes negligentes, pune-se como autor todo aquele que contribui causalmente para o resultado (conceito unitário de autoria).