

## OS LIMITES TEMPORAIS DA NEGLIGÊNCIA NOS CRIMES DE RESULTADO

Bruno Moura\*

*Time Bound Limits of Negligence in Result Crimes*

ABSTRACT: In so-called «result crimes» the ascription *qua* negligence is especially open to time. Not only to the future but also and mainly to the past. This means that the responsibility may refer to a previous behavior more or less distant from the event that properly performs the punishable conduct described by law. Indeed, this reference to the past — the infringement of a onus (*Obliegenheit*) — defines the logical structure of criminal negligence. At the decisive moment, the agent is unable to accomplish his duty to avoid the disapproved result. But he himself is responsible for his inability, because he has not kept or not acquired the necessary skills to act in accordance with the legal norm. If the criminal liability is really based on facts — and not on character defects or unpleasant lifestyles — that reference to the past must respect some strict limits. Under this chronological horizon, the problem is how to know until when the judge can search backwards on the timeline a support point to justify the punishment. This support point can not be established by the first free act nor by the behavior that leads immediately to the criminal result. Furthermore, an analogy with the intentional crimes does not offer an appropriate solution. The correct answer says: the responsibility may achieve that moment in which the agent had a concrete (evident, clear, manifest) reason

to conserve or obtain the capacity to avoid the forbidden result at the decisive instant.

KEYWORDS: Criminal Law; time; ascription; negligence; *actio libera in causa*; duty; onus (*Obliegenheit*).

## I. O problema

Os delitos de resultado são “temporalmente abertos”<sup>1</sup>. Eles se consumam apenas com a produção de um efeito (físico) espaço-temporalmente distinto (separável) da acção<sup>2</sup>. Por outros termos ainda: o comportamento e o resultado são diferenciáveis no eixo cronológico, de modo que entre ambos cabe identificar um certo intervalo de tempo ( $\Delta T$ ), por mais ínfimo que seja<sup>3</sup>.

---

\* Doutorando investigador da Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal.

<sup>1</sup> Detlev STERNBERG-LIEBEN, «Grenzen fahrlässiger actio libera in causa», in Gunnar DUTTGE, *et al.*, Hrsg., *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, Köln: Heymanns, 2002, 219. É claro que, levado ao pé da letra, aquele enunciado pouco ou nada diz. Na verdade ele soa bastante trivial. Deixando de lado a discussão filosófica em torno da possibilidade de vinculação do Direito Penal a supostas «verdades eternas», é certo que ninguém ousaria negar a circunstância de toda e qualquer instituição jurídica ser determinada ou ao menos influenciada pelo vector da temporalidade: nada pode se fechar ao efeito do tempo. Assim, para revelar o seu sentido útil, aquela frase deve ser entendida como afirmação de que os delitos de resultado têm uma *especial* relação de abertura com o tempo.

<sup>2</sup> Helena MONIZ, «Aspectos do resultado em Direito Penal», in Manuel da Costa ANDRADE, *et al.*, org., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 566 s.; Susana Aires de SOUSA, *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal - Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 494. Esta definição não se move no plano do objecto de protecção (bem jurídico), mas no plano do objecto de acção.

<sup>3</sup> Em termos estritamente lógicos, sempre é *possível* diferenciar entre a conduta e o efeito por ela causado: quando eu informo outra pessoa o seu estado informacional sofre uma alteração, quando alguém vai para casa há uma modificação no seu paradeiro, etc. Mas no Direito Penal uma tal separação apenas será *necessária* em relação àqueles efeitos cuja evitação constitui a finalidade da norma. Verbos como «matar», «ofender» e «danificar» são claramente definidos pelas consequências negativas da acção, mas isso não impede que relativamente aos crimes de homicídio, lesão à integridade física e dano não se

Assim, tomando como referência o instante da acção, os crimes de resultado são abertos «para frente», *i.e.*, para o futuro. Se em alguns casos aquela falta de sincronia parece quase irrisória, em outros a distância entre a conduta e a alteração externa do objecto que densifica o bem jurídico pode ser considerável: um disparo de arma de fogo pode acarretar a morte da vítima logo em seguida ou apenas meses depois. Este arco de temporalidade está aberto tanto para fenómenos de desvio do curso causal quanto para fenómenos de duplicação do comportamento do mesmo agente<sup>4</sup>.

Mas a abertura temporal dos delitos de resultado não se esgota na vertente prospectiva. Ela ainda pode assumir um outro sentido, agora na vertente retrospectiva: em relação ao momento da conduta típica, os crimes em estudo também podem se abrir «para trás», ou seja, para o pretérito. De facto, o Direito Penal conhece não raras situações em que a originária impossibilidade de punir um comportamento que realiza propriamente (fenomenologicamente) o tipo legal de crime pode ser superada através de mecanismos de imputação que recorrem a uma conduta temporalmente anterior, situada em um «campo prévio»<sup>5</sup>. Isso fica claro não só mas sobretudo nas hipóteses de negligência<sup>6</sup>. Não é certamente por acaso que se afirma que os delitos negligentes

---

possa distinguir entre uma proibição de causar o resultado desvalioso e uma proibição de realizar uma conduta idónea para produzi-lo. Assim, com destaque para a distinção entre normas de causação e normas de acção: Stephan AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik - Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, 22 s.

<sup>4</sup> Sobre ambos os fenómenos: Michael HETTINGER, «Der sog. dolus generalis: Sonderfall eines „Irrtums über den Kausalverlauf“?», in Manfred SEEBODE, Hrsg., *Festschrift für Günter Spendel*, Berlin: Walter de Gruyter, 1992, 237 s., 248 s.

<sup>5</sup> Detlev STERNBERG-LIEBEN, *GS-Schlüchter*, 219.

<sup>6</sup> Outros afloramentos legais da relevância da «conduta prévia» são o evitável desconhecimento da ilicitude, a inimputabilidade auto-provocada de maneira dolosa e a provocação dos estados de necessidade justificante e desculpante (CP, arts. 17.º, n.º 2, 20.º, n.º 4, 34.º a) e 35.º). No plano supra-legal merecem destaque os casos em que o agente é responsável pela sua própria incapacidade de agir (*v.g.*, ao deixar de tomar a medicação que controla os seus ataques epilépticos). Pormenorizadamente sobre o problema da responsabilidade do autor pela ausência de um pressuposto da punição: Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1988, 277 s.; Ulfrid NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*

de resultado<sup>7</sup> são «abertos para o passado»<sup>8</sup>. Mas esta referência será tão forte ao ponto de não se submeter a nenhum limite e deste modo se aproximar da ideia de um Direito Penal do agente, pautado na responsabilidade pela condução de vida? Ou ela deve se sujeitar a parâmetros de restrição capazes de garantir a sua compatibilidade com a ideia de um Direito Penal do facto? Será “correcto, justo e plausível” castigar a título de negligência quem já não poderia ser punido se tivesse actuado com dolo?<sup>9</sup> As linhas que seguem tentam oferecer uma resposta plausível a estas questões<sup>10</sup>.

---

- *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, 24 s.

<sup>7</sup> O ordenamento jurídico também reconhece delitos negligentes de mera actividade. É o que acontece, por exemplo, com o crime de condução de veículo em estado de embriaguez (CP, art. 292.º) e com alguns crimes descritos na lei de infracções económicas (arts. 30.º, n.º 2 e 33.º, n.º 2 do Decreto-Lei 28/84). Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal - Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 868 s. A propósito do Direito alemão: Joachim VOGEL, «Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», in Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE / Ruth RISSING-VAN SAAN / Klaus TIEDEMANN, Hrsg., *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., Band I, Berlin: Walter de Gruyter, 2007, § 15, nm. 146. Para o papel do resultado enquanto elemento constitutivo do ilícito negligente, não como mera condição objectiva de punibilidade: Pedro CAEIRO / Cláudia SANTOS, «Anotação ao Acórdão da Relação de Coimbra de 6 de abril de 1995», *RPCC* 6 (1996), 134 s.

<sup>8</sup> Assim, no sentido de uma abertura ilimitada: Wilfried KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand - Zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“*, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, 50; Hans-Ullrich PAEFFGEN, «Actio libera in causa und § 323a StGB», *ZStW* 97 (1985), 525 s. Ainda sobre aquela abertura, embora com um esforço de delimitação: Michael HETTINGER, «Zur Strafbarkeit der »fahrlässigen actio libera in causa«, *GA* 136 (1989), 11 e 17; IDEM, «Handlungsentschluss und -beginn als Grenzkriterium Tatbestandsmäßigen Verhaltens beim fahrlässig begangenen sog. reinen Erfolgsdelikt - Zugleich zur sog. fahrlässigen actio libera in causa», in Andreas HOYER, *et al.*, Hrsg., *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg: Müller, 2006, 213 e 216; Detlev STERNBERG-LIEBEN, *GS-Schlüchter*, 219, 220 e 230.

<sup>9</sup> Eckhard HORN, «Der Anfang vom Ende der actio libera in causa», *StV* 17 (1997) 265.

<sup>10</sup> Em termos mais gerais, é comum afirmar que os delitos negligentes se apoiam em «tipos penais abertos», na medida em que a matéria de proibição não está determinada pelo legislador: a definição do desvalor da acção depende do recurso a diversos elementos de densificação do comando normativo. Por todos: Claus ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg: Cram de Gruyter, 1959, 11 e 34 s. Sobre a negligência como conceito tipológico (aproximativo): Gunnar DUITGE, «Zum typologischen

## II. Abertura para o futuro

Ainda hoje se discute vivamente a propósito do verdadeiro fundamento da negligência relevante no Direito Penal. São vários os critérios mobilizados no debate. A violação do dever de cuidado<sup>11</sup>, a previsibilidade da ofensa ao bem jurídico<sup>12</sup>, a criação/realização de um risco não permitido (imputação objectiva do resultado)<sup>13</sup> e a existência de um manifesto (evidente) motivo

---

Denken im Strafrecht - Ein Beitrag zur „Wiederbelebung“ der juristischen Methodenlehre», *JRE* 11 (2003) 103 s., 110 s. No sentido contrário, sustentando que os crimes negligentes se apoiam em “tipos penais fechados”: Walter GROPP, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Berlin: Springer, 2005, 463, 469 s.

<sup>11</sup> Nesta direcção caminha a leitura «clássica» sobre o tema. Somente no plano da culpa: Karl ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (2. Neudruck der Ausgabe 1930), Aalen: Scientia Verlag, 1995, 267 s., 306 s., embora com alguma hesitação, considerando viável a tematização da negligência já na antijuridicidade (p. 277, 278, 344 e 346); Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, Volume I, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2007, 421 s. Não só no terreno da culpabilidade, mas também no âmbito do injusto: Werner NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen: Mohr, 1951, 40 s.; Hans WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4 Aufl., Göttingen: Otto Schwartz, 1961, 32 s. Unicamente no seio do ilícito: Günter STRATENWERTH / Lothar KUHLEN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., München: Vahlen, 2011, 308, 309 e 316. Incluindo elementos de imputação objectiva do resultado: José de Faria COSTA, *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 469 s.; Georg FREUND, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin: Springer, 2009, 165 s., 176 s.; Sónia FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 54 s., 107 s.; Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal - Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, Coimbra: Almedina, 2013, 81 s., 133 s., 343 s.; António Manuel de Almeida COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, 567 s., 666 s.

<sup>12</sup> No horizonte da culpa: Eberhard SCHMIDHÄUSER, «Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung», in Gerald GRÜNWARD, Hrsg., *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen: Otto Schwartz, 1975, 129 s. Tanto no seio da culpabilidade quanto no terreno da ilicitude: Friedrich-Christian SCHROEDER, «Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit bei der Tatbestandsverwirklichung», *JZ* 44 (1989) 776 s. Exclusivamente no plano do injusto: Günther JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972, 56 s., 62 s.; Ana Bárbara Sousa e BRITO, *A negligência inconsciente: entre a dogmática penal e a neurociência*, Coimbra: Almedina, 2015, 265 s., 429 s., 465 s.

<sup>13</sup> No campo da antijuridicidade, a partir da lógica da ponderação de interesses: Bernd SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA* 7 (1975), 435 s., 511 s., 575 s.;

de atenção<sup>14</sup> são os protagonistas deste cenário<sup>15</sup>. Seja como for, apesar das consideráveis incertezas ali suscitadas, existe uma ampla concordância ao menos em torno das consequências mais essenciais. A esta zona de consenso pertence o tratamento dogmático de determinadas situações que tematizam — em maior ou menor medida e à luz daquilo que a doutrina hoje indistintamente denomina de «fim (âmbito) de protecção da norma» — a relação do crime negligente com o futuro.

Um primeiro território de análise diz respeito ao fim de protecção do *tipo legal de crime*, com especial destaque para as hipóteses de dano tardio (derivado)<sup>16</sup>. Neste marco costuma valer uma solução diferenciada. Nos casos de evolução contínua (rápida ou lenta) do dano originário não há nenhum motivo para excluir a imputação. Assim, *v.g.*, quem conduz de maneira descuidada e

---

Jürgen WOLTER, «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem - Zur Struktureinheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt», IDEM *et al.*, Hrsg., *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht - Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, Heidelberg: Decker, 1993, 271 s.; Claus ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., München: Beck, 2006, 1064 s.; Walter GROPP, *AT*<sup>5</sup>, 460 s.; Ingeborg PUPPE, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2011, 89 s.

<sup>14</sup> Gunnar DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsumwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, *maxime* 373 s., 493 s.; IDEM, «Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», in Wolfgang JOECKS / Klaus MIEBACH, Hrsg., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., Band I, München: Beck, 2011, § 15, nm. 121 s.

<sup>15</sup> Um relevante sector da doutrina faz o uso cumulativo ou sucessivo de alguns dos critérios. Invocando tanto a violação de um dever de cuidado quanto a previsibilidade da ofensa ao bem jurídico e a imputação objectiva do resultado: Kristian KÜHL, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., München: Vahlen, 2008, 511 s., 525 s. De maneira bastante confusa: Juarez TAVARES, *Teoria do crime culposos*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 245 s., 298 s., 323 s., 350 s. Bem vistas as coisas, os elementos da negligência devem observar a seguinte ordenação: a previsibilidade é o pressuposto fundamental da evitabilidade, que por sua vez é o pressuposto da exigência jurídica de evitação. Sendo certo, todavia, que nem tudo o que é previsível é também evitável e nem tudo o que é evitável é também juridicamente exigido. Veja-se Georg FREUND, «Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit - Zur Funktion gesetzlicher Begriffe und ihrer Definition bei der Rechtskonkretisierung», in Michael HETTINGER, *et al.*, Hrsg., *Festschrift für Wilfried Küpper*, Heidelberg: Müller, 2007, 76 e 79.

<sup>16</sup> Sobre a temática, recentemente: Shikara VÁSQUEZ SHIMAJUKO, *La imputación de los resultados tardíos - Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva*, Buenos Aires: B de F, 2013, 73 s.

com isso provoca um acidente de carro deve responder por homicídio quando a vítima acaba por falecer anos depois precisamente em virtude das lesões internas que a colisão lhe deixou. O mesmo já não se pode afirmar nos casos em que a lesão inicial se estabiliza, sem que seja possível o pleno restabelecimento da vítima. Quem provoca negligentemente uma colisão que culmina na amputação da perna de outrem não deve responder por homicídio quando, anos mais tarde, em virtude das suas restrições de locomoção, a vítima perde o equilíbrio, cai, bate a cabeça na calçada e morre. E isso mesmo que o efeito superveniente ainda configure a realização do risco criado pela primeira conduta. Pois as eventuais consequências da redução geral da capacidade de resistência ou de acção não são abarcadas pelo âmbito de protecção da norma típica: os riscos gerais que resultam do dano primário são considerados na medição da pena relativa ao facto originário<sup>17</sup>.

Uma segunda realidade digna de consideração prende-se com o fim de protecção da *exigência de cuidado*<sup>18</sup>. Neste âmbito a abertura para o futuro é ainda mais restrita. Basta reparar no sentido das regras de trânsito. Se um condutor desrespeita o sinal vermelho em um cruzamento sem que ali nada de mal aconteça e se dez quilómetros depois, agora com uma correcta condução, acaba por atropelar uma criança que surge de repente na pista, não cabe falar em crime negligente. Embora a inobservância da ordem de paragem seja causal para o resultado, tal imperativo busca apenas garantir a segurança do tráfego em locais de intersecção de vias de rodagem ao mesmo nível: ela não pretende evitar posteriores consequências lesivas que podem surgir fora daquele específico espaço. O mesmo acontece quando o motoris-

<sup>17</sup> Especialmente problemáticos são os casos em que as consequências supervenientes aparecem como resultado de uma enfermidade que evolui de maneira lenta e constante. Basta pensar, *v.g.*, na hipótese de contaminação pelo vírus da imunodeficiência humana. Sobre tudo isso: Claus ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, 1078 s. Especificamente a propósito da imputação nos casos de VIH/SIDA: Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal*, 195 s.

<sup>18</sup> Para a relação entre a regra típica e a regra de cuidado, *i.e.*, entre o dever de evitar a realização do tipo e a obrigação de manter ou adquirir as capacidades necessárias para cumprir aquele dever de evitação: Urs KINDHÄUSER, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit - Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», *GA* 141 (1994) 204 s., 210 s.

ta ultrapassa o limite de velocidade. A correspondente proibição busca apenas assegurar que os participantes do trânsito ainda disponham do tempo de reacção necessário para evitar um acidente: ela não pretende garantir que um determinado veículo chegue mais tarde a um determinado local<sup>19</sup>.

Estas reflexões mostram que no crime negligente a referência ao futuro é bastante reduzida. Na verdade, o único afloramento de abertura ao porvir — a imputação nos casos em que a morte aparece como ulterior consequência do agravamento progressivo de um dano inicial — não constitui nenhuma peculiaridade do delito negligente, mas uma nota comum a todos os crimes de resultado. Afinal, como visto, estes são temporalmente abertos. Assim, o elemento que explica a pretensa especialidade da relação entre negligência e tempo deve ser procurado em outro lugar, ou melhor, em outro momento: o passado. Seja como for e ainda a respeito daquele fechamento para o futuro, cabe reconhecer que a capacidade de rendimento da figura do «fim (âmbito) de protecção da norma» para tematizar os problemas acima suscitados é mais do que duvidosa. Além de vazia e circular, esta categoria é completamente supérflua. Pois naqueles casos a exclusão da imputação pode ser explicada directamente a partir do princípio da simultaneidade (coincidência)<sup>20</sup>: se o exame acerca da inevitabilidade do resultado se refere à concreta «situação crítica», a afirmação de que o fim de protecção das regras de velocidade não é garantir que o condutor chegue mais tarde ao local do acidente perde todo o sentido útil. O mesmo vale para o exemplo do sinal vermelho<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Wilfried Küper, «Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt», IDEM, Hrsg., *Festschrift für Karl Lackner*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, 250 s. Ainda a propósito das restrições espaciotemporais do fim de protecção: Karl-Heinz GÖSSEL, «Die Verknüpfung sorgfaltswidrigen Verhaltens mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung in der Fahrlässigkeitstat - keine Frage der objektiven Zurechnung, sondern der Beurteilung nach dem Satz vom Grunde», Georg FREUND, et al., Hrsg., *Festschrift für Wolfgang Frisch*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, 445 s. Fica aqui em aberto a questão de saber se a imputação também deve ser excluída naqueles casos em que a violação da regra de trânsito aparece como a única maneira de evitar o acidente. Para a discussão: Kristian KÜHL, *AT*<sup>6</sup>, 535.

<sup>20</sup> Cf. *infra* (item III).

<sup>21</sup> Joachim VOGEL, *LK*<sup>12</sup>, § 15, nm. 188 e 189, onde resume (nm. 202): “considerações complementares acerca do fim de protecção são necessárias

### III. Abertura para o passado

Segundo o princípio da coincidência (simultaneidade), todos os elementos constitutivos do facto criminoso devem existir em um mesmo ponto da coordenada do tempo. Isso significa que o delito não pode ser examinado a partir da junção de componentes que se estabelecem em pontos diversos da linha cronológica: se o crime é definido como a soma de  $\alpha$ ,  $\beta$  e  $\gamma$ <sup>22</sup>, o juiz não pode ir buscar  $\alpha$  no momento  $t_1$ ,  $\beta$  no momento  $t_2$  e  $\gamma$  no momento  $t_3$ . Daí se afirmar, por exemplo, que o agente deve ser capaz de culpa («imputável») no momento da prática do facto (CP, art. 20.º, n.ºs 1 e 2)<sup>23</sup>. A valência deste axioma recebe especial atenção na dogmática do dolo. Com efeito, se o dolo é (ao menos) o conhecimento actual das circunstâncias fácticas relevantes segundo um determinado tipo legal de crime, não há o menor espaço para um *dolus antecedens*, nem para um *dolus subsequens*: em sentido técnico (jurídico-penal), o dolo só existe durante o intervalo de tempo que transcorre entre o início e o término da conduta típica (*dolus agens*)<sup>24</sup>. De acordo com o legislador (CP, art. 22.º) o

---

apenas excepcionalmente” — quando uma análise do fim de protecção mostrar que a imputação do resultado terminaria em um mero «versari in re illicita». Na mesma direcção: Gunnar DUTTGE, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 183: “desde o princípio não interessa nenhuma outra «contrariedade ao dever» a não ser precisamente aquela única relevante para a concreta situação de facto”.

<sup>22</sup> Na moderna sistemática do delito tais elementos são, respectivamente, a tipicidade, a ilicitude e a culpa.

<sup>23</sup> Os §§ 16, 17, 19, 20 e 21 do Código Penal Alemão consagram a fórmula «durante a prática do facto». Já o art. 26 do Código Penal Brasileiro emprega a fórmula «ao tempo da ação ou da omissão». Segundo os princípios gerais, a responsabilidade a título de consumação não requer que os pressupostos de atribuição — capacidade de acção (dolo) e capacidade de motivação (culpa) — também estejam presentes no momento da ocorrência do resultado típico: basta que eles existam no instante da realização da conduta penalmente relevante, ou seja, durante o período da tentativa. Assim, *v.g.*, um terrorista pode ser punido em virtude da prática de homicídio consumado ainda que no momento da explosão da aeronave ele esteja dormindo ou completamente embriagado. Cf. Eckhard HORN, *StV* 17 (1997) 264. Portanto, «no momento da prática do facto» e «durante a prática do facto» significam «ao tempo da ação ou da omissão».

<sup>24</sup> Assim, sublinhando a raiz pré-jurídica do princípio da coincidência e a sua relação com o princípio da identidade (não-contradição): Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*<sup>2</sup>, 1 s.; Joerg BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, Berlin: Duncker & Humblot,

momento da prática do facto doloso encontra o seu termo inicial na tentativa<sup>25</sup>. Sem o imediato começo da realização do tipo<sup>26</sup>, *i.e.*, sem a prática de actos de execução<sup>27</sup>, não há como identificar uma «situação de crise»<sup>28</sup> que permita estabelecer a fronteira entre

---

1986, 404 s., com ênfase na ideia de “congruência temporal” entre ilícito e culpa. Pormenorizadamente, com a distinção entre uma vertente formal e uma vertente material da simultaneidade: Günter JEROUSCHEK / Ralf KÖLBEL, «Zur Bedeutung des so genannten Koinzidensprinzips im Strafrecht», *JuS* 41 (2001) 417 s. Veja-se ainda Gunther BIEWALD, *Regelgemäßes Verhalten und Verantwortlichkeit - Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, 239; Georg FREUND, «Actio libera in causa vel omittendo bei Rauschdelikten im Straßenverkehr - Zum Begriff der Tat und zum Zeitpunkt ihrer (fahrlässigen oder vorsätzlichen) Begehung», *GA* 161 (2014) 139 s.

<sup>25</sup> Urs KINDHÄUSER, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2008, 182. Isso fica especialmente claro nos casos em que a ofensa ao bem jurídico ocorre antes do esperado, pois não há nenhum crime doloso quando a conduta que produz o resultado ainda é apenas um acto de preparação: Ingeborg PUPPE, «Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», Urs KINDHÄUSER / Ulfrid NEUMANN / Hans-Ullrich PAEFFGEN, Hrsg., *Strafgesetzbuch - Nomos Kommentar*, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2010, § 15, nm. 104; Detlev STERNBERG-LIEBEN, «Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», ESER, Albin *et al.*, Hrsg., *Schönke / Schröder - Strafgesetzbuch Kommentar*, 28 Aufl., München: Beck, 2010, § 15, nm. 58; Günther JAKOBS, *AT*<sup>2</sup>, 300; Michael HETTINGER, *Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, 431.

<sup>26</sup> Também nesta altura se coloca a questão de saber se a punibilidade da tentativa constitui um problema de *objecto* (alargamento da tipicidade) ou de *fundamento* da imputação (violação de um dever ou de uma incumbência). Mas tal análise extravasaria os estreitos limites deste trabalho. Veja-se *infra* (notas 32 e 65).

<sup>27</sup> Cf. ainda o art. 14, II do Código Penal Brasileiro e o § 22 do Código Penal Alemão.

<sup>28</sup> Em termos gerais, os actos preparatórios não são em princípio puníveis, porque neste estágio a decisão de praticar o facto (o dolo criminoso) ainda não passou pela “prova de fogo da situação crítica”: Paul BOCKELMANN, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», *JZ* 9 (1954) 473; Wilfried KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 68 s.; Gerd MÜLLER, *Fahrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung - Strukturanalyse der Handlung und ihre Auswirkungen auf das Strafrecht, insbesondere die Zurechnung*, München: VVF, 2001, 82 s. Também assim, enfatizando o limiar do «aquí vamos nós» (*jetzt geht's los*): Ingeborg PUPPE, «Grundzüge der actio libera in causa», *JuS* 20 (1980) 347; IDEM, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA* 131 (1984) 117. Ainda sobre a correspondência entre «situação crítica» e «começo imediato da realização do tipo», embora recusando o dogma de que o momento da prática do facto começa sempre com o início da tentativa: Rolf Dietrich HERZBERG, «Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktsvorbereitung als „Begehung

preparação impunível e tentativa punível, vale dizer, o espaço do dolo jurídico-penalmente relevante.

Como visto, o princípio da simultaneidade também projecta efeitos sobre a dogmática da negligência, na exacta medida em que a inobservância do cuidado exigido se refere precisamente ao momento da «situação crítica»: isso significa que, ao menos em princípio, não há lugar para uma *culpa antecedens*, nem para uma *culpa subsequens*<sup>29</sup>. Entretanto, se o ordenamento jurídico não condiciona a punição do facto negligente ao marco do início da tentativa<sup>30</sup>, a possibilidade de conectá-lo a uma conduta descuidada que tem lugar em um momento que antecede o surgimento do específico cenário de crise do bem jurídico não está definitivamente excluída. Pelo contrário: o Direito Penal concede um amplo espaço de jogo em matéria de antecipação do referencial de análise. Tal abertura para fragmentos de pré-história da con-

---

der Tat' (§§ 16, 20, 34 StGB)?», in Michael HETTINGER, Hrsg., *Festschrift für Günter Spindel*, Berlin: Walter de Gruyter, 1992, 212 s.

<sup>29</sup> Joachim VOGEL, *LK*<sup>12</sup>, § 15, nm. 56. Ainda sobre a ideia de «situação crítica»: Gunnar DUTTGE, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 130. Com objecções, enfatizando a manipulabilidade do conceito: Justus KRÜMPELMANN, «Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation», in Wilfried KÜPER, Hrsg., *Festschrift für Karl Lackner*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, 294 s.

<sup>30</sup> Segundo uma opinião largamente difundida, a inexistência de uma decisão criminosa a funcionar como ponto de referência conceitual faz da tentativa negligente uma impossibilidade lógica: sustentar o contrário seria uma contradição nos termos. Todavia, ainda que seja logicamente possível identificar também nos crimes negligentes o ingresso em uma fase de início da execução, o certo é que em nenhum lugar o legislador prevê expressamente um tal alargamento da imputação. Além disso, a punição da negligência sem consequências não passaria pelo filtro da necessidade de pena: o possível «final ruim» não constitui nenhuma razão suficiente para justificar a reacção contra um comportamento que teve um «bom final». Por todos: Rainer ZACZYK, «Begriffsbestimmung», Urs KINDHÄUSER / Ulfrid NEUMANN / Hans-Ullrich PAEFFGEN, Hrsg., *Strafgesetzbuch - Nomos Kommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2010, § 22, nm. 21. As eventuais lacunas de punibilidade surgidas neste âmbito devem ser fechadas pela criação de tipos de perigo abstracto. Cf. Wolfgang MITSCH, «Fahrlässigkeit und Straftatsystem», *JuS* 41 (2001) 105, 111 e 112. Isso não exclui, todavia, a pergunta a respeito da necessidade de limitação da responsabilidade a título de negligência [*infra* (itens IV a VII)]. Com uma posição bastante restritiva, admitindo a tentativa somente nos casos de dolo directo (intencional): José de Faria COSTA, *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em Direito Penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, 74 s.

duta imediatamente anterior à produção do resultado tipicamente relevante encontra o seu primeiro e mais tradicional afloramento na chamada «negligência por assunção». Esta figura permite a imputação naqueles casos em que a conduta realizada durante a «situação crítica» não pode ser individualmente censurada: quem se dispõe a realizar uma determinada actividade perigosa sem estar suficientemente preparado para o satisfatório e seguro desempenho responde a título de negligência se tiver consciência da sua incapacidade ou se isso lhe for ao menos cognoscível<sup>31</sup>.

Se um condutor habilitado toma a direcção do automóvel sabendo ou ao menos podendo saber que não está à altura de enfrentar as intrincadas circunstâncias do tráfego rodoviário — seja por inexperiência, cansaço ou velhice, seja por enxergar mal ou sofrer de uma outra enfermidade que reduz a sua capacidade de reacção — e horas depois perde o controlo do veículo, atropelando um transeunte que acaba vindo a falecer, a sua responsabilidade pode ter uma ligação mais ou menos difusa com um comportamento prévio: o agente se comporta negligentemente já no momento em que assume o volante e empreende a viagem sem estar em condições de o fazer. O mesmo vale nos casos de erro médico: se um cirurgião utiliza uma técnica de intervenção extremamente arriscada sabendo ou podendo saber que ela já foi superada pelos avanços da medicina, assim provocando a morte do paciente, a sua responsabilidade emerge no instante em que assume o tratamento e empreende a cirurgia sem se actualizar<sup>32</sup>. Em

<sup>31</sup> Com isso a tradicional exigência de previsibilidade do resultado típico cede lugar à exigência de previsibilidade da própria inaptidão para desempenhar correctamente a actividade. Sobre o insuperável abismo entre ambas as exigências: Günther JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 151: “a previsibilidade da entrada do resultado como pressuposto psicológico da evitabilidade não pode se basear no facto de a aquisição de capacidades que tornariam previsível a entrada do resultado ter sido possível em um momento anterior”.

<sup>32</sup> Karl PETERS, «Anmerkung zu BGH, Urteil vom 8.2.1957 - 1 StR 514/56», *JZ* 12 (1957) 638 s.; Georg FREUND, *FS-Küper*, 74 s. Admitindo a negligência por assunção somente quando já no momento anterior o agente ocupa uma posição de “garante da qualidade da conduta posterior”: Günther JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1991, 323. No mesmo sentido: Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal*, 269 s. Para a interpretação mais

suma: quando o sujeito desde o início conhece ou pode conhecer a sua inaptidão, a distância temporal entre a conduta que não observa o cuidado exigido e a conduta que causa imediatamente o resultado típico não constitui um obstáculo para a punição<sup>33</sup>.

Contudo, há boas razões normológicas e pragmáticas para supor que a vertente retrospectiva dos crimes negligentes é ainda mais intensa do que a figura da responsabilidade por assunção pretende sugerir. Na verdade, bem vistas as coisas, todos os casos de negligência — mesmo os mais simples e corriqueiros — assumem necessariamente uma conexão com o passado. Mas essa caracterização não emana da frequente vinculação hermenêutica às chamadas «normas do campo prévio»<sup>34</sup>. Não há a menor dúvida de que as diversas regras jurídicas encarregadas de disciplinar actividades perigosas — as regras de trânsito, as *leges artis* da medicina, etc. — são elementos materialmente relevantes para a aferição da negligência, na medida em que a sua violação constitui ao menos um indício da criação de um risco não permitido<sup>35</sup>. O aspecto crucial para a correcta análise do problema reside, todavia, em um outro aspecto.

---

corrente, a negligência por assunção representa uma hipótese de antecipação da tipicidade: empreender a actividade sem o suficiente preparo já constitui um comportamento típico autónomo. Vale dizer: a aceitação de uma tarefa sem «estar em condições de» não configura uma razão (fundamento) para imputar o acto posterior que causa imediatamente o resultado, mas o objecto (substrato) da imputação. Contra essa leitura, com diversos e fundados argumentos: Ulfrid NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*, 191 s. Veja-se ainda *infra* (itens IV e V).

<sup>33</sup> A ideia de responsabilidade por assunção também costuma aparecer no debate sobre a consciência da ilicitude e na discussão em torno dos factos emocionalmente carregados. Sobre o primeiro âmbito, traçando um paralelo entre os casos de erro de proibição evitável e os casos de negligência: Hans-Joachim RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen: Otto Schwartz, 1969, 256 s. A propósito do segundo terreno, agora com um paralelo entre os casos de descarga afectiva imputável e os casos de negligência: IDEM, «Affekt und Schuld», Claus ROXIN / Hans-Jürgen BRUNS / Herbert JÄGER, Hrsg., *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, 206 s.

<sup>34</sup> Para a denominação, embora atribuindo um valor determinante à violação destas regras: Rolf Dietrich HERZBERG, «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit», *GA* 148 (2001), 570, 574 e 578.

<sup>35</sup> Por todos: Gunnar DUITGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 62, 70, 88, 106, 310 s., 475 s.

A responsabilidade a título de infracção do dever presuppõe a capacidade de acção: o facto só pode ser imputado ao agente se ele reunir, no *momento decisivo*, as condições físicas e cognitivas necessárias para evitar (intencionalmente) o preenchimento do tipo legal de crime. Por «momento decisivo» se deve entender “o momento relevante para a decisão”, ou melhor, “o instante no qual o dever de evitação se concretiza, portanto, o momento no qual o autor tem de formar, de maneira eficaz para a acção, a intenção de evitar por meio de uma *determinada* conduta uma *determinada* realização do tipo penal”<sup>36</sup>. Na dimensão cognitiva (não-física), a representação actual da evitabilidade da conduta típica caracteriza o dolo<sup>37</sup>. No crime negligente falta este vector intelectual: quem, no instante decisivo, não tem o conhecimento necessário para observar a norma não actua de maneira contrária ao dever. Segue valendo a máxima de que ninguém pode ser obrigado além das suas possibilidades de influência ou domínio sobre o mundo (*impossibilium nulla obligatio est*)<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Cf. Urs KINDHÄUSER, GA 141 (1994) 198 (nota 7). Cabe observar que a referida concretização nada tem a ver com as capacidades individuais juridicamente relevantes (os pressupostos de formação), mas sim com o próprio conteúdo (a espécie de conduta) do dever. Assim, no exemplo do atropelamento o instante decisivo é o último momento em que o condutor ainda poderia frear o veículo para evitar a morte do pedestre.

<sup>37</sup> Segundo os arts. 14.º e 15.º, a) do Código Penal, só existe dolo eventual quando o agente se conforma com a realização do tipo representada como consequência possível da conduta: ausente tal conformação, haverá apenas negligência consciente. *Prima vista*, isso sugere que o conceito de dolo contém sempre um elemento volitivo. Todavia, as coisas não tem de ser necessariamente assim: o «conformar-se com» pode muito bem ser compreendido como um traço puramente intelectual a qualificar o conhecimento de base, *v.g.*, no sentido de ter «boas razões» para não «confiar» na não ocorrência do resultado, ou seja, para «tomar a sério» a possível realização do tipo. Veja-se Ramon RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999, 97-105. Acerca do valor meramente relativo (negativo) das explicações técnicas que o legislador emprega nesta matéria: José de Faria COSTA, «As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal», *BFD* 69 (1993) 378 s., 384 s.

<sup>38</sup> Isso na prospectiva. Na retrospectiva vale: *impossibilium nulla imputatio est*. Sobre o significado lógico e prático do *ultra posse nemo obligatur* ou *ad impossibilia nemo tenetur*, com referências: Bruno, MOURA, *Ilicitude penal e justificação - Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 45, 143, 165, 292 e 297.

Mas o agente não pode simplesmente invocar<sup>39</sup> a sua incapacidade actual de evitação se ele mesmo foi capaz de evitá-la e se havia alguma exigência nesta direcção, ou seja, se o desconhecimento lhe for imputável. Afinal, seria altamente contraditório querer seguir a regra de comportamento sem querer estar em condições de o fazer. Admitir o contrário significaria consagrar o *venire contra factum proprium* e minar a pretensão de efectividade do Direito Penal. Por isso a ordem jurídica espera que o destinatário da regra de conduta também se esforce para manter ou adquirir as aptidões necessárias para a sua observância. Entretanto, diversamente do que supõe a teoria do dever de cuidado, a exigência de manutenção ou de aquisição das capacidades necessárias para seguir a norma não configura propriamente um dever, mas somente uma *incumbência* (*Obliegenheit*).

Enquanto o dever estabelece um imperativo categórico, cuja violação fundamenta um juízo de ilicitude, a incumbência carrega apenas um imperativo hipotético, cuja violação implica na perda de uma posição de vantagem: quem não satisfaz o ónus de conservar ou obter as condições físicas e cognitivas imprescindíveis para evitar a realização do tipo renuncia à possibilidade de usufruir argumentativamente da inexistência de um pressuposto da imputação «ordinária». Deste modo, enquanto a figura do dever existe em benefício de outrem (*neminem laede!*)<sup>40</sup>, a figura da incumbência existe — senão exclusivamente, ao menos sobretudo — em benefício do próprio agente (*respice finem!*)<sup>41</sup>. O não cumprimento do *encargo* de evitar o desconhecimento da situação tipicamente relevante não constitui nenhum acto ilícito, mas apenas a razão pela qual ainda é legítimo imputar a conduta ao agente que desconhecia o contexto fáctico. Ele continua a ser punido pela prática da conduta que levou em última instância ao resultado típico: a violação da incumbência — o desconhecimento imputável — constitui apenas um *substituto* ou *sucedâneo* (*Surrogat*) que ocupa o lugar do conhecimento actual (dolo), permitin-

<sup>39</sup> Enfatizando a dimensão práctico-discursiva da imputação nos casos de responsabilidade em virtude da conduta prévia: Ulfrid NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*; 203 s., 269 s.

<sup>40</sup> «Não prejudiques ninguém!»

<sup>41</sup> «Presta atenção ao fim que te propões!»

do uma imputação «extraordinária»<sup>42</sup>. Nesta acepção supletiva, a negligência consagra uma espécie de desaprovação jurídica atenuada ou amortecida: ela constitui uma singela hipótese de «agir (culpa) contra si mesmo».

A ideia de responsabilidade do autor pela falta de um elemento do delito — *in casu* a responsabilidade pelo desconhecimento actual das circunstâncias facticamente relevantes (dolo) — mostra com bastante clareza que a negligência se vincula, por definição, a uma conduta realizada no campo prévio, na exacta medida em que a violação da incumbência tem lugar antes do

<sup>42</sup> Sobre tudo isso, em pormenor: Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*<sup>2</sup>, 325 s., 415 s.; IDEM, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin: Walter de Gruyter, 1976, 15 s., 65 s.; IDEM, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», Arthur KAUFMANN, et al., Hrsg., *Festschrift für Paul Bockelmann*, München: Beck, 1979, 423 s.; Jan JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs - Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, 45 s., 57 s.; Urs KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat - Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1989, 21, 40, 43, 65 e 91 s.; IDEM, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE* 2 (1994), 339 s.; Joachim VOGEL, *LK*<sup>12</sup>, § 15, nm. 174 e 177; IDEM, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, 67 s., 74 s.; Juan Pablo MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung - Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos: Baden-Baden, 2009, 46 s., 67 s. Com ressalvas a respeito da oposição entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos: Ulfrid NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*, 260 s. Na mesma linha, embora rejeitando o conceito de incumbência, sob o argumento de que a garantia da capacidade de evitação também atende ao interesse do titular do bem jurídico ameaçado: Friedrich TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, 23 s., 38 s.; Joachim RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, 219 s. e 227, com especial destaque para a oposição entre «*neminem laede*» e «*respice finem*». Cf. também: Bruno MOURA, *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 114 s., 117 (nota 342) e 229 (nota 754); IDEM, «Sobre o sentido da delimitação entre ilícito e culpa no Direito Penal», *RBCCrim* 87 (2010), 25 s. e 33 (nota 117); IDEM, *Ilicitude penal e justificação*, 77, 78 e 128 (nota 369). Ainda sobre o conceito de incumbência, mas agora na discussão sobre a evitabilidade do desconhecimento da ilicitude: IDEM, «Resenha: Dúvida e erro de proibição no Direito Penal - a atuação nos limites entre o permitido e o proibido, de Alaor Leite», *RBCCrim* 103 (2013), 428 s.; Alaor LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal - a actuação nos limites entre o permitido e o proibido*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. XXX; IDEM, «Existem deveres gerais de informação no Direito Penal?», *RPCC* 23 (2013) 224 (nota 19).

facto que preenche o tipo legal de crime. Pode-se mesmo dizer que o agente é castigado por não ter querido se preparar para representar e evitar a produção do resultado típico<sup>43</sup>. Mas tal referência ao passado de nenhum modo contradiz o princípio da coincidência<sup>44</sup>. Este axioma diz apenas que os elementos do crime devem existir ao mesmo tempo. Isso não significa que na definição de cada um daqueles componentes não se possa nunca recorrer a um instante anterior ao comportamento típico, especialmente quando o próprio agente figura como responsável pela situação de defeito. Trata-se de uma ideia tão simples quanto convincente: o elemento faltante é *substituído* pela responsabilidade do sujeito pela sua ausência<sup>45</sup>. A relação de anterioridade conceitual ou normativa não sofre nenhum abalo quando a inobservância do cuidado exigido e a execução da conduta que realiza o tipo coincidem fenomenologicamente. Pois mesmo nos casos de mero descuido – basta pensar, *v.g.*, no rapagão desastrado que, ao limpar a sacada do seu apartamento, esbarra em um jarro de flores que cai em um transeunte, causando-lhe lesões corporais<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Eduardo CORREIA, *Direito Criminal* (I), 421 e 433; José de Faria COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 384.

<sup>44</sup> Diversamente, ao considerar que os seguidores do esquema diacrónico sustentam uma “excepção ao que apelidam de «princípio da simultaneidade» ou «coincidência»”: António Manuel de Almeida COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal*, 670 (nota 203). Mas essa leitura acaba por confundir grosseiramente o objecto da excepção: o que o modelo da imputação extraordinária relativiza (*exceptua*) não é o princípio da simultaneidade (cf. referências na nota seguinte), mas as normas que estabelecem os pressupostos de exclusão da responsabilidade. O único princípio que sofre uma verdadeira restrição nas situações ora em exame é o *ultra posse nemo obligatur*. Veja-se Stephan AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 38, 45 s., 58 s.

<sup>45</sup> Sobre a imputação extraordinária como forma de responsabilidade pela conduta prévia e a sua compatibilidade com o princípio da coincidência: Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*<sup>2</sup>, 341 s.; Urs KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 128 s.; Ulfrid NEUMANN, «Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa», in Fritjof HAFT, *et al.*, Hrsg., *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg: Müller, 1993, 581-594. Ainda, encontrando apenas uma “aparente” excepção: Juan Pablo MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 68.

<sup>46</sup> O mesmo vale, por exemplo, quando se considera que a cirurgia como um todo (nos casos de falha médica) e a condução como um todo (nos casos de acidente de trânsito) constituem o momento (*rectius*: o intervalo) de referência tipicamente relevante. Veja-se Joachim HRUSCHKA, «Die actio libera

– a incumbência sempre precede a evitação do comportamento típico:

“no caso normal de erro sobre o carácter de uma conduta que realiza o tipo a evitação deste erro segundo o cuidado exigido é um acto intelectual do qual o autor tem de inferir a consequência eficaz para a acção antes de colocar a causa do resultado”<sup>47</sup>.

Neste sentido, existe ao menos um “segundo lógico”<sup>48</sup> entre a violação da incumbência e a violação do dever. A *ratio* da

---

in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten», *JZ* 52 (1997) 25 s. Mobilizando esta leitura alargada ou extensiva do facto para sustentar que o descuido não se restringe à fase de preparação do acto, manifestando-se durante todo o tempo em que está a ser executada a intervenção contrária ao exigido: António Manuel de Almeida COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal*, 671: “a aludida *logische Sekunde* anterior à produção do «evento» (em que o agente já não tem o controlo dos acontecimentos) não consubstancia, sequer, uma questão específica da negligência, verificando-se, igualmente, nas situações de dolo. Bem vistas as coisas, aquele «segundo lógico» só pode reportar-se à ocasião em que o processo causal desencadeado atinge o «ponto de não retorno», problema que (esquecendo as distintas consequências dogmáticas que implica num caso e noutro) se mostra comum às condutas dolosas e negligentes e, no âmbito das primeiras, corresponde ao preciso instante a partir do qual se revela inviável a desistência da tentativa. *Mutatis mutandis*, na esfera da negligência, o citado «ponto de não retorno» coincidirá com o momento em que a submissão do sujeito ao dever de cuidado (*i.e.*, a interrupção da actividade perigosa em curso) passa a mostrar-se indiferente para obstar o resultado”. Contudo, ao deslocarem a foco da análise para o «ponto de não retorno» (a questão da evitabilidade), estas considerações ignoram que o princípio da simultaneidade estabelece um ponto fixo para o processo de imputação: o instante em que o agente deve formar, de maneira eficaz para a acção, a intenção de evitar por meio de uma *determinada* conduta uma *determinada* realização do tipo penal [(cf. *supra* (nota 36)]. Em face desta referência estática, não há como negar a diferença cronológica fundamental: enquanto o dolo se baseia no não exercício de uma capacidade de evitação, a negligência se apoia em uma incapacidade de evitação auto-provocada.

<sup>47</sup> Assim, concebendo a negligência como uma forma específica de *actio libera in causa* em sentido amplo: Urs KINDHÄUSER, *GA* 141 (1994) 204 (nota 28).

<sup>48</sup> Embora em alguns casos seja difícil identificar uma conduta temporalmente anterior que elimina a capacidade de evitação, de tal maneira que o comportamento descuidado e a realização do tipo parecem se fundir em um só momento, isso em nada altera a estrutura da imputação: no exemplo acima referido, a lesão corporal é negligente não porque o autor empurrou o jarro — quanto a isso ele não poderia se diferenciar de um autor doloso — mas porque ele omitiu alguma outra coisa, vale dizer, porque ele não foi atento. Cf. Joachim RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 229 s.,

negligência reside sempre na “antecedente evitabilidade da falha cognitiva”<sup>49</sup>.

Em muitas situações ainda será possível identificar um encadeamento de diferentes incumbências, com as suas respectivas violações. Basta imaginar o seguinte cenário. O médico G falha em seu diagnóstico e por isso deixa de prescrever a medicação necessária para curar R. Em razão da falta de tratamento adequado, o paciente sofre uma paralisia irreversível. G deveria responder, em princípio, pelo crime de ofensa à integridade física, na medida em que não reconheceu as suas possibilidades de acção. Todavia, para que isso ocorra é preciso que a falta de cuidado também lhe seja imputável: se ela não era evitável, não há como afirmar a inobservância do encargo. Afinal, G podia não ter conhecimento específico suficiente para reconhecer a enfermidade de R. Nesta hipótese ele não violaria a incumbência de reconhecer as suas possibilidades de acção, mas a incumbência de se actualizar sobre os avanços da medicina, seja através do estudo individual, seja através da frequência em cursos de especialização ou aperfeiçoamento<sup>50</sup>. Em princípio, o mesmo poderia ser dito a respeito do motorista cuja incapacidade de reagir adequadamente no momento decisivo se deve ao facto de não ter prestado a atenção necessária às aulas de autoescola tomadas anos atrás. É precisamente neste ponto que emerge, em toda a sua densidade, o problema da limitação da negligência na coordenada no tempo.

---

onde resume (p. 230): “por uma necessidade de pensamento, o autor tem de efectuar uma modalidade de conduta diferente da própria realização do tipo, que seja ao menos o seu famoso «segundo lógico» antecedente: pois ele precisa sempre levar a sério a atenção exigida para evitar a colocação de um perigo juridicamente desaprovado”.

<sup>49</sup> STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht - Versuch einer Elementarlehre für eine überationale Vorsatzdogmatik*, Berlin: Walter de Gruyter, 2007, 416. Cf. ainda BEHRENDT, Hans-Joachim, «Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht», VOGLER, Theo, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Band I, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, 309.

<sup>50</sup> Também neste último caso é preciso que a falha seja imputável (evitável). Isso não acontece, *u.g.*, se G for um médico bastante idoso que há muito tempo não exerce a sua profissão e que só atende ao chamado urgente de R porque não há nenhum outro médico nas redondezas. Sobre tudo isso: Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*<sup>2</sup>, 330 s.

#### IV. Regresso ao infinito ou ao menos até a primeira conduta imputável no plano do tipo?

De acordo com o entendimento ainda dominante, os delitos negligentes de resultado “não estabelecem nenhum limite ao regresso temporal”: como o tipo legal de crime não descreve a conduta de maneira específica ou pormenorizada, restringindo-se a exigir a causação imputável (contrária à exigência de cuidado) do evento desvalioso, o comportamento jurídico-penalmente relevante (*típico*)<sup>51</sup> pode ser identificado com bastante antecedência, ou melhor, “em qualquer ponto da cadeia causal”<sup>52</sup>. Deste modo, relativamente ao eixo cronológico, existe uma notável discrepância entre os crimes dolosos e os crimes negligentes: enquanto nos primeiros a tipicidade está submetida a limites temporais mais ou menos estreitos, nos segundos o juízo sobre a relevância típica não exclui um retorno ao infinito ou ao menos até o comportamento imputável mais próximo do resultado mencionado na norma.

Como já destacado, nos crimes dolosos o arco de tempo que demarca o instante da prática do facto é inaugurado pelo início da tentativa. O imediato começo da realização do tipo constitui o primeiro momento juridicamente relevante para a punibilidade: antes da prática de um acto de execução não existe um ponto de referência válido para a responsabilização criminal. Se nos delitos negligentes não é possível (ou não é necessário)<sup>53</sup> cindir entre «preparação», «tentativa» e «consumação», então *qualquer* conduta descuidada causadora do resultado típico, independentemente do quão afastada ela esteja da efectiva ofensa ao bem tutelado, pode ser *objecto* da censura jurídico-penal<sup>54</sup>. Uma vez que a pergunta pela contrariedade ao cuidado pode se colocar em relação a qualquer comportamento e a sua resposta sempre dependerá da capacidade do agente para dominar o risco, a figura da *actio libera in causa* — compreendida no seu sentido intermédio<sup>55</sup> — torna-se

<sup>51</sup> Esta argumentação pressupõe o modelo de antecipação da tipicidade. Veja-se *infra* (nota 65).

<sup>52</sup> Wilfried KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 50.

<sup>53</sup> Cf. *supra* (nota 30).

<sup>54</sup> Veja-se «BGH, Urt. v. 22.8.1996 - 4 StR 217/96», *NJW* 50 (1997) 139 [n.º 2 (a)].

<sup>55</sup> Convém diferenciar aqui três modos de uso dessa expressão. A *alic em sentido estrito* compreende apenas os casos de provocação da própria

supérflua<sup>56</sup>: se a tipicidade de um longínquo comportamento antecedente (*actio praecedens*) já pode ser explicada segundo os princípios gerais, a responsabilização não requer nenhuma categoria dogmática especial encarregada de complementar os critérios válidos no caso normal<sup>57</sup>. O mesmo deve ser dito a propósito da figura da negligência por assunção<sup>58</sup>.

---

inimputabilidade. Já a *alic em sentido amplo* abrange todas as situações em que o agente é responsável pela ausência de um fundamento da imputação, o que inclui a negligência. Por fim, a *alic em sentido intermediário* abarca as hipóteses em que o autor é responsável pela ausência da capacidade física de agir ou pela ausência da capacidade de culpa. A afirmação de que nos crimes negligentes a *alic* é uma figura supérflua torna-se uma contradição nos termos quando a negligência passa a ser tematizada como uma hipótese de *actio libera in causa* em sentido amplo [*supra* (nota 47)].

<sup>56</sup> Na *alic* dolosa o agente cria dolosamente a situação de defeito e o seu dolo já neste momento alcança a realização de um determinado crime doloso naquele estado. Na *alic* negligente o agente cria dolosa ou negligentemente a situação de defeito sem neste momento representar a possibilidade de cometer um determinado crime doloso ou negligente naquele estado, sendo-lhe isto, entretanto, previsível. A qualificação da *alic* como «dolosa» ou «negligente» é infeliz e conduz a confusões: em sentido técnico, o dolo e a negligência se referem não a uma *actio* qualquer, mas aos elementos que constituem cada tipo legal de crime. Veja-se Eckhard HORN, «Vollrausch», in Hans-Joachim RUDOLPHI / Eckhard HORN / Hans-Ludwig GÜNTHER, Hrsg., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band II, 7. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 1999, § 323a., nm. 28. Ainda sobre os problemas de definição: FAHL, Christian, «Actio libera in causa», *JA* 31 (1999) 845 s. Considerando os casos de *alic* dolosa como situações de simples negligência, segundo os princípios gerais: MITSCH, Wolfgang, *JuS* 41 (2001) 112.

<sup>57</sup> Cf. Eckhard HORN, «Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?», *GA* 116 (1969) 288 s.; Georg FREUND, *AT*<sup>2</sup>, 176; Harro OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 6. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 2000, 210 s.; IDEM, «Actio libera in causa», *JURA* 8 (1986) 433; Ingeborg PUPPE, *JuS* 20 (1980) 350; Hans-Ulrich PAEFFGEN, *ZStW* 97 (1985) 524 s. Também seguindo esta orientação: Otfried RANFT, «Grundprobleme des Vollrauschtatbestandes (§ 323a StGB)», *JA* 15 (1983) 195; W. THEUNE, «Auswirkungen des normal-psychologischen (psychogenen) Affektes auf die Schuldfähigkeit sowie den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch», *NStZ* 19 (1999) 280; Bernhard HARDTUNG, «Die “Rechtsfigur” der actio libera in causa beim strafbaren Führen eines Fahrzeugs und anderen Delikten: Möglichkeiten und Grenzen der Bestrafung», *NZV* (1997) 98, 102 s.

<sup>58</sup> Embora neste caso a superfluidade não seja abertamente reconhecida. De maneira explícita, todavia: Diethart ZIELINSKI, «Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», in Rudolf WASSERMANN, Hrsg., *Kommentar zum Strafgesetzbuch - Reihe Alternativkommentar*, Band I, Neuwied: Luchterhand, 1990, § 15, nm. 91.

Prova disso, no plano das capacidades físicas relevantes para a imputação de um acontecimento como acção, seria o exemplo “paradigma”<sup>59</sup> da mãe sonolenta que leva o seu bebé consigo para a cama, sem advertir que poderia cochilar e neste estado matá-lo por asfixia: se isso acaba ocorrendo, a genitora já actua tipicamente ao se acomodar com a criança em seu leito<sup>60</sup>. Esta solução também se aplica aos casos de inimputabilidade em virtude do consumo de álcool: quem se coloca em uma situação de total embriaguez sabendo que terá de fazer logo depois uma longa viagem de automóvel comete um homicídio negligente quando arranca com o veículo, ainda que o acidente que culmina na morte do peão só ocorra quilómetros adiante. Pois, ao se embriagar, o agente também cria um risco não-permitido que acaba se realizando durante o estado de inimputabilidade, precisamente no instante em que ele pratica a conduta que conduz imediatamente ao resultado típico. A particularidade das situações tradicionalmente catalogadas sob o rótulo da *alic* negligente em comparação com os demais casos de negligência diz respeito unicamente ao seu modo de externalização: entre a acção descuidada imputável e a ocorrência do resultado tipicamente relevante incide(m) outro(s) comportamento(s) que o mesmo autor executa sem culpa. Porém, tal diferença “não fundamenta nenhum desvio na estrutura jurídica, mas somente um desvio na imagem fenomenológica”<sup>61</sup>.

Este esquema argumentativo proporciona um considerável alívio teórico, já que são muitas as dúvidas que repousam sobre a legitimidade da *actio libera in causa*<sup>62</sup>. Como a negligência está

<sup>59</sup> Reinhart MAURACH, «Fragen der actio libera in causa», *JuS* 1 (1961) 377.

<sup>60</sup> Eckhard HORN, *GA* 116 (1969) 290 (nota 5); Hans-Ullrich PAEFFGEN, *ZStW* 97 (1985) 524.

<sup>61</sup> Claus ROXIN, «Bemerkungen zur actio libera in causa», Wilfried KÜPER / Ingeborg PUPPE / Jörg TENCKHOFF, Hrsg., Berlin: Walter de Gruyter, 1987, 312. No mesmo sentido, embora seguindo o modelo de excepção: Ulfried NEUMANN, «Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.8.1996 - 4 StR 217/96», *StV* 17 (1997) 24. Ainda sobre o contexto fenomenológico do comportamento prévio e a sua relação com a legalidade: Gunther BIEWALD, *Regelgemäßes Verhalten und Verantwortlichkeit*, 237 s.

<sup>62</sup> Exaustivo sobre as dificuldades neste plano: Michael HETTINGER, *Die „actio libera in causa“*, 436 s., 452 s.

expressamente prevista em lei (CP, art. 13.º)<sup>63</sup>, os tradicionais casos de *alic* negligente não mais precisariam ser empurrados para o tipo legal do crime de embriaguez e intoxicação (CP, art. 295.º)<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Cf. também o § 15 do Código Penal Alemão e o parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro.

<sup>64</sup> De acordo com a doutrina hoje dominante, o art. 295.º contempla situações estruturalmente distintas. Neste contexto surgem duas interpretações. Para a primeira delas o art. 20.º, n.º 4 abrange somente os casos de *alic* com dolo directo (intencional), enquanto o art. 295.º compreende não só um crime de perigo abstracto (n.º 1), mas também as hipóteses de *alic* com dolo necessário ou com dolo eventual e as situações de *alic* negligente (n.º 2). Assim: Frederico de Lacerda da Costa PINTO, «Imputação, culpa prévia e pena legal - Um estudo sobre as estruturas de imputação da culpa acolhidas no crime de embriaguez ou intoxicação», Augusto Silva DIAS, *et al.* (Orgs.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, 823 s.; Américo Taipa de CARVALHO, *Direito Penal - Parte Geral*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 477-479. Aparentemente no mesmo sentido, mas de forma menos clara, afirmando que o art. 295.º abrange um “vasto conjunto de hipóteses”: Maria Fernanda PALMA, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal Português», IDEM / Carlota Pizarro de ALMEIDA / José Manuel VILALONGA (Coord.), *Casos e materiais de Direito Penal*, 3.ª ed. (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 106 s. (nota 6). Com uma argumentação similar, a propósito da antiga versão do art. 282.º: Manuel Cavaleiro de FERREIRA, *Lições de Direito Penal - Parte Geral*, Tomo I, 4.ª ed., Lisboa: Verbo, 1992, 276 s. Para a segunda leitura os casos de *alic* com dolo necessário também pertencem ao âmbito do art. 20.º, n.º 4, de modo que o art. 295.º abarca somente um crime de perigo abstracto, as hipóteses de *alic* com dolo eventual e as situações de *alic* negligente. Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, *PG*<sup>2</sup>, 593 s.; Américo Taipa de CARVALHO, «Embriaguez e intoxicação», Jorge de Figueiredo DIAS, (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, art. 295.º, §§ 25 s.; Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, art. 295.º, nm. 8 e 9. Contra essa solução cabe objectar que a inclusão dos casos de dolo necessário na esfera do art. 20.º, n.º 4 viola o princípio da legalidade criminal. O mesmo vale, com ainda mais razão, para a tentativa de incluir na zona do art. 20.º, n.º 4 não só o dolo necessário, mas também o dolo eventual. A favor deste alargamento, entretanto: Teresa Quintela de BRITO, *Crime praticado em estado de inimputabilidade auto-provocada, por via de consumo de álcool ou drogas (contributo para uma análise do art. 282 do Código Penal à luz do princípio da culpa)*, Lisboa: AAFDL, 1991, 126 s. Também na doutrina alemã há quem sustente que as *actiones liberae in causa* devem ser tematizadas através de uma interpretação diferenciadora do § 323a do StGB: Hans-Ullrich PAEFFGEN, «Vollrausch», in Urs KINDHÄUSER / Ulfrid NEUMANN / Hans-Ullrich PAEFFGEN, Hrsg., *Strafgesetzbuch - Nomos Kommentar*, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2010, § 323a, nm. 14 s., 89 s., 97 s. De maneira semelhante, embora apenas em relação aos casos de quase-*alic*: Jürgen WOLTER, «Vollrausch mit Januskopf», *NStZ* 2 (1982) 58 s.

Contudo, a despeito do eventual ganho em termos de economia discursiva, não há como ignorar as fragilidades deste raciocínio. Em primeiro lugar, ele contraria frontalmente o princípio *nullum crimen sine lege*: se qualquer causação do resultado acompanhada pela inobservância do cuidado exigido pode realizar o tipo legal de crime, fácil será perceber que a formulação em exame opera exactamente com o mesmo mecanismo de antecipação ou alargamento da tipicidade que ilumina a usual compreensão da *alic*<sup>65</sup> e deste modo alcança condutas que não podem ter nenhuma relevância jurídico-criminal<sup>66</sup>. De acordo com o teor literal do tipo que descreve o crime de homicídio, por exemplo, «embriagar-se» ainda não significa «matar» outra pessoa<sup>67</sup>. Tampouco cabe sustentar que, diante de diversas condutas igualmente contrárias ao cuidado exigido, a identificação do comportamento típico se resume a uma mera questão de “conveniência”, a um simples problema de “escolha” da conduta imputável<sup>68</sup>: a afirmação da responsabilidade criminal não pode depender de um processo tão arbitrário. Na base daquela opinião está um conceito naturalístico de acção, mas não no sentido de uma categoria sistemática

<sup>65</sup> Existem, grosso modo, dois grandes esquemas de teorização da *actio libera in causa*. O primeiro deles é o chamado «modelo de tipicidade»: a conduta prévia (*actio praecedens*) que produz ou não evita o estado de defeito já constitui o início da realização do tipo legal de crime. O segundo é o chamado «modelo de excepção»: o comportamento antecedente não é tipicamente relevante, mas oferece um motivo para introduzir uma excepção à regra que exclui a imputação. Para um breve panorama das duas concepções: Thomas RÖNNAU, «Dogmatisch-konstruktive Lösungsmodelle zur actio libera in causa», *JA* 29 (1997) 715. A «solução de tipo» costuma ser chamada ainda de «doutrina da antecipação». Mas esta identificação parece inexacta, na medida em que a lógica de adiantamento ou alargamento também poderia ser aplicada exclusivamente à culpa.

<sup>66</sup> Agora nesta direcção: Eckhard HORN, *StV* 17 (1997) 265: convém então perguntar sobre “o que no final das contas diferencia metodologicamente este recuo das regras da *actio libera in causa*”.

<sup>67</sup> Michael HETTINGER, *GA* 136 (1989) 11, 14 s.; Kristian KÜHL, *AT*<sup>6</sup>, 545 e 546; Henning LEUPOLD, *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der »actio libera in causa« im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, 194 s.

<sup>68</sup> Assim, entretanto: Eckhard HORN, *GA* 116 (1969) 289: “entrando em consideração várias condutas contrárias ao cuidado, é apenas uma questão de conveniência estabelecer qual delas será censurada ao autor como injusto: será escolhida aquela pela qual ele também *pode* ser censurado (a título de culpa)”.

da teoria geral do delito válida para todos os tipos legais de crime e sim no sentido da determinação concreta da conduta juridico-penalmente relevante à luz de um específico tipo legal de crime. Todavia, apesar dessa alusão, o facto propriamente dito não pode ser substituído a torto e a direito por uma «conduta-reserva» sempre pronta para burlar os requisitos mínimos de punição<sup>69</sup>.

No extremo e na ausência de outro comportamento imputável capaz de oferecer um ponto de referência menos distante, a tipicidade de um homicídio negligente poderia recair sobre circunstâncias que se encontram em um passado bastante remoto: o médico que causa a morte do paciente na mesa de cirurgia já actuaria tipicamente ao não frequentar um curso de especialização e o motorista que causa a morte de um transeunte já se comportaria tipicamente ao não prestar atenção nas aulas de direcção. É bem verdade que algumas vezes que seguem o modelo teórico em análise têm plena consciência de que uma visão temporalmente ilimitada da negligência descamba para uma responsabilidade pela condução de vida e por isso tentam estabelecer uma restrição válida ao menos nestes casos, impedindo que a actual incapacidade do agente seja ligada à falta de empenho na sua formação. Deste modo, não cabe recorrer “a um momento anterior ao começo da actividade perigosa não permitida”, pois importa examinar apenas se

“o cirurgião no início da operação e se o condutor no início da viagem podiam advertir que não estariam à altura da tarefa assumida; apenas nisso e não em eventuais descuidos do passado se fundamenta a censura da culpa”<sup>70</sup>.

Todavia, ao invocar um argumento externo (*ad hoc*) dificilmente compatível com as premissas do modelo diferenciador, esse tímido ensaio de limitação deixa completamente em aberto a

<sup>69</sup> Michael HETTINGER, *FS-Körper*, 217 s. No mesmo sentido: Sarah MACK, *Trunkenheit und Obliegenheit - Eine rechtsdogmatische Untersuchung zur Strafmilderung bei rauschbedingt verminderter Schuldfähigkeit*, Hamburg: Dr. Kovač, 2008, 85 e 86; René ZENKER, *Actio libera in causa - Ein Paradoxon als öffentlicher Strafanspruch in einem vom Schuldprinzip geprägten Rechtsstaat*, Münster: LIT, 2003, 170 s.

<sup>70</sup> Claus ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, 1105. Na mesma direcção: Jorge de Figueiredo DIAS, *PG*<sup>2</sup>, 900 s.

questão de saber onde está a fronteira entre um Direito Penal do facto e um Direito Penal do agente.

De mais a mais, ao pressupor um dever geral de informação, a argumentação conduz a consequências absolutamente insuportáveis do ponto de vista do funcionamento da comunidade jurídica. Segundo a teoria em debate,

“quem se dispõe a realizar um comportamento cujo risco para bens jurídico-penalmente protegidos não pode avaliar tem de se informar; se isso não é possível ou não promete êxito, é preciso se abster da conduta. E quem pretende empreender algo possivelmente perigoso para bens jurídicos e não está em condições de fazer frente ao perigo devido a défices físicos ou por falta de prática ou habilidade tem de omitir a conduta; caso contrário existe já na assunção da actividade uma negligência”<sup>71</sup>.

Contudo, levar a sério o lema “quem não sabe algo tem de se informar; quem não pode fazer algo tem de se abster”<sup>72</sup> significaria, em última instância, a total paralisação da vida social. O prejuízo ao núcleo da liberdade geral de acção seria evidente: como em não raras vezes a incapacidade de controlar os acontecimentos só é percebida muito tarde, precisamente no momento que o resultado típico ocorre, nenhum cidadão se sentiria especialmente animado a empreender qualquer género de actividade, ainda que ela seja apenas «possivelmente perigosa» para bens jurídicos<sup>73</sup>. Se é certo que na negligência “o passado culpável projecta sua sombra sobre o presente inocente”<sup>74</sup>, não é menos correcto que a realização do tipo deve ao menos “aparecer no horizonte”<sup>75</sup> do agente.

<sup>71</sup> Claus ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, 1076. Com uma formulação bastante parecida: Jorge de Figueiredo DIAS, *PG*<sup>2</sup>, 881.

<sup>72</sup> Cf. referências na nota anterior.

<sup>73</sup> Gunnar DUTTGE, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 131, enxergando nisso uma “perspectiva profundamente desumana”.

<sup>74</sup> Franz EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig: Franz Deuticke, 1910, 188, citando Karl Binding.

<sup>75</sup> Karl ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 321. Assim, por exemplo, a pergunta pela negligência não pode aparecer quando alguém planeja comprar um carro e depois conduzi-lo, mas

Por fim, a tese da superfluidade da *alic* nos crimes negligentes só tem sentido quando a negligência é compreendida a partir do chamado «modelo de tipicidade»<sup>76</sup>. Pois esta concepção autoriza desde o princípio a antecipação do ilícito, suprimindo o problema da culpa: no momento em que se embriaga, o agente ainda é plenamente imputável<sup>77</sup>. Sem embargo, tudo muda quando se admite que a *actio praecedens* (a eliminação da imputabilidade) não pode ser subsumida ao tipo legal do crime praticado: à luz do modelo de imputação extraordinária, a *actio libera in causa* negligente continua a ser um instrumento necessário para fechar as lacunas de punibilidade neste terreno, permitindo que a imputação se apoie em uma conduta descuidada anterior ao comportamento típico<sup>78</sup>. Na verdade, apenas ela tem o condão de fundamentar uma exceção ao requisito da capacidade de culpa e assim explicar por que a conduta que realiza posteriormente o tipo penal não precisa ser dolosa (basta ser negligente)<sup>79</sup>. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, nas hipóteses de não conservação da capacidade física de acção: também no exemplo da mãe sonolenta a responsabilidade só pode ser explicada por um mecanismo de imputação extraordinária.

Existe um claro paralelo entre a negligência e a *actio libera in causa* no marco da inimputabilidade em virtude de anomalia psíquica. Em ambos os casos o agente não é capaz de conhecer *algo*, mas ele próprio é responsável por esta incapacidade. A diferença reside apenas nisto: enquanto na primeira situação está em cena a capacidade de conhecer as circunstâncias (fáticas) relevantes à luz do tipo legal de crime, na segunda hipótese está em jogo a capacidade de conhecer a relevância (jurídica) destas circunstâncias.

---

apenas quando alguém está prestes a dirigir. O mesmo vale para o exercício da actividade médica (*ibid.*, 318).

<sup>76</sup> Veja-se, uma vez mais, *supra* (notas 32 e 65).

<sup>77</sup> Com especial clareza: Jürgen RATH, «Zur actio libera in causa bei Schuldunfähigkeit des Täters», *JuS* 35 (1995) 411: na negligência a problemática da *alic* só parece menos intrincada porque “a estrutura de imputação dos crimes negligentes coincide desde o princípio com a estrutura de imputação da teoria da antecipação”.

<sup>78</sup> Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, 448.

<sup>79</sup> Urs KINDHÄUSER, *AT*<sup>3</sup>, 189. Cf. ainda *supra* (nota 56).

Como a capacidade de conhecer as circunstâncias relevantes é um pressuposto da capacidade de conhecer a relevância das circunstâncias, sempre que a primeira capacidade decair faltará necessariamente também a segunda capacidade. Quando, no instante decisivo ( $t_p$ ), o condutor embriagado não está em condições de conhecer o perigo e por isso em princípio não actua nem com dolo nem com negligência, cabe afirmar, concomitantemente, que os requisitos legais da inimputabilidade estão preenchidos e por isso em princípio ele também actuou sem culpa. Quando, em um momento anterior ( $t_0$ ), há uma violação de incumbência que fundamenta a negligência, essa mesma conduta prévia contrária ao cuidado exigido fundamenta ainda, simultaneamente, a culpa do agente. Embora a incumbência que sustenta a censura *qua* negligência seja diferente da incumbência que suporta a censura *qua* culpa<sup>80</sup>, a violação da primeira contém em si mesma a violação da segunda. Neste sentido, como a fundamentação (explícita) da negligência significa, ao mesmo tempo, a fundamentação (implícita) da culpa, não é preciso invocar *expressamente* a figura da *alic* a propósito da aptidão para avaliar a ilicitude do facto e se determinar de acordo com essa avaliação. Contudo, isso em nada altera a realidade do processo de imputação: ao afirmar a negligência, o juiz decide positivamente sobre a *actio libera in causa* no plano da capacidade de culpa e deste modo faz uma excepção ao art. 20.º do Código Penal<sup>81</sup>.

## V. Início da conduta que conduz imediatamente ao resultado?

Uma segunda opinião sustenta que a responsabilidade negligente pode se estender em retrospectiva no máximo até o momento da realização da actividade perigosa que conduz *imediatamente* (directamente) ao resultado descrito no tipo penal. Para

<sup>80</sup> O encargo de manter ou adquirir a capacidade de conhecer a ilicitude do facto pressupõe o encargo de conservar ou obter a capacidade de conhecer as circunstâncias do facto.

<sup>81</sup> Sobre tudo isso: Joachim HRUSCHKA, *JZ* 52 (1997) 26 e 27.

esta leitura, enquanto nos crimes dolosos o dolo do agente deve existir na janela de tempo demarcada pelo regime da tentativa, nos crimes negligentes a ideia de simultaneidade correspondente à coincidência entre a decisão de agir e a acção. Como a falta de cuidado só pode ser avaliada na perspectiva do «fim (âmbito) de protecção da norma», a negligência emerge quando, relativamente ao respectivo bem jurídico, o agente realiza uma conduta idónea para produzir o resultado, de tal maneira que já não seja necessário recorrer a outros actos intermediários da sua parte. Se aquela conduta for livre, ela servirá como fundamento da imputação. Nos casos de inimputabilidade auto-provocada a vinculação ao comportamento que cria a situação de defeito está descartada, na medida em que ele produz somente um perigo mediato (indirecto) de ocorrência do resultado típico. Ainda que a ofensa ao bem jurídico já seja previsível neste momento, tal previsibilidade não tem o condão de transformar o acto que produz derradeiramente (em último lugar) o resultado em um mero factor causal. No exemplo do atropelamento em estado de embriaguez o autor só pode ser punido segundo as regras gerais de imputação se tiver tomado uma decisão autónoma quando iniciou a condução do automóvel. O acto de se colocar em um estado de inimputabilidade ainda não é um ponto de orientação válido: nesse instante a punição só seria possível através da *actio libera in causa*<sup>82</sup>. Afinal, tudo aquilo que antecede o momento da acção livre

“é, na melhor das hipóteses, *possibilidade* de acção, mas ainda não substrato de imputação. Em relação à conduta tipicamente relevante, existe quando muito uma «nuda cogitatio», uma etapa *preliminar* do facto. Estruturalmente, seria aquilo que nos delitos de resultado se designa como fase de preparação”<sup>83</sup>.

Tal modelo tem um grande mérito: ao enfatizar o efeito de bloqueio que a segunda conduta (conduzir em estado de

<sup>82</sup> Assim, considerando inadmissível a *alic* sem previsão legal: Michael HETTINGER, *GA* 136 (1989) 14 s., onde conclui (p. 16): “a «abertura» dos delitos de resultado tem limites (imanescentes)”; IDEM, *FS-Küper*, 219 s.; IDEM, *Die „actio libera in causa“*, 455 s. Enfatizando o fim de protecção da norma e recusando a *alic* mesmo de *lege ferenda*: René ZENKER, *Actio libera in causa*, 164 s., 169 s.

<sup>83</sup> Michael HETTINGER, *GA* 136 (1989) 17.

inimputabilidade) produz sobre a análise da primeira conduta (embriagar-se), ele mostra que a duplicidade de comportamentos de um mesmo autor não significa necessariamente a duplicidade de pontos de referência da imputação. Contra essa ideia de proibição de regresso não cabe de nenhum modo argumentar que nos casos de resultado atrasado (*dolus generalis*)<sup>84</sup> a acção mais próxima da ofensa ao bem jurídico não obstrui o acesso ao comportamento anterior. Basta imaginar o seguinte exemplo. Com dolo de homicídio, *K* estrangula *L*, que cai desmaiado. *K* assume, erroneamente, que a sua vítima já está morta e decide ocultar o suposto cadáver. Para tanto, ele lança o corpo em um poço artesiano. *L* morre afogado minutos depois. Se a segunda conduta (jogar) não pode ser reduzida a um mero factor causal no itinerário que conduz ao resultado, ou seja, se ela não pode ser privada da sua relevância jurídica (homicídio negligente), quem quiser encontrar no primeiro comportamento (estrangular) um homicídio doloso consumado tem de reconhecer a existência de um concurso impróprio e resolvê-lo com apoio no critério da consumpção (absorção), considerando o homicídio negligente um pós-facto impunível, ou melhor, um facto posterior já punido (absorvido) no facto principal<sup>85</sup>. Mas então *K* teria matado *L* duas vezes, uma conclusão simplesmente absurda. Por isso a conduta que causa imediatamente (directamente) o resultado desempenha mesmo uma função de blindagem: ela absorve as anteriores contribuições causais do mesmo agente, interrompendo, deste modo, a imputação<sup>86</sup>. No final das contas existe uma tentativa de homicídio, em eventual concurso com um homicídio negligente.

<sup>84</sup> Neste cenário o sujeito crê erroneamente que já produziu o resultado pretendido mas na verdade este só tem lugar com uma conduta posterior não percebida como relevante — geralmente o autor representa a segunda acção como uma simples manobra de encobrimento ou ocultação da primeira. *Par pro toto*: Karsten GAEDE, «Irrtum über Tatumstände», Holger MATT / Joachim RENZIKOWSKI, Hrsg., *Strafgesetzbuch - Kommentar*, München: Vahlen, 2013, § 16, nm. 31.

<sup>85</sup> Detlev STERNBERG-LIEBEN, *FS-Schlüchter*, 235 s.

<sup>86</sup> Michael HETTINGER, *FS-Spendel*, 252 s.; Günter JEROUSCHEK / Ralf KÖLBEL, *JuS* 41 (2001) 422 s. A possibilidade de reunião dos dois fragmentos em um facto unitário doloso está desde logo excluída pelo princípio da simultaneidade: o dolo do agente não alcança a segunda fracção. Veja-se Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*<sup>2</sup>, 27 s.; Ulrich SCHROTH,

Apesar disso, a proposta em estudo não consegue se sustentar. Na verdade, a procura pelo comportamento que produz finalmente (por derradeiro) o resultado típico não deixa de ser nebulosa. Isso fica nítido no caso do motorista embriagado. Segundo a leitura em exame, a conduta imediatamente relevante é a condução do veículo. Mas não poderia ser o atropelamento em si mesmo? Em termos bastante genéricos, toda e qualquer descrição de um evento está invariavelmente sujeita a um *efeito-acordeão*: sempre é possível esticá-la ou contraí-la de modo a nela incluir ou dela excluir uma determinada sequência causal de alterações de estado no mundo. Para ficarmos com uma breve ilustração: os enunciados «*J* lança uma pedra», «*J* quebra uma janela de vidro» e «*J* ofende a integridade física de *V*, que estava sentado atrás da janela de vidro» se referem a um mesmo acontecimento<sup>87</sup>. A condução do veículo também pode ser vista como uma cadeia de condutas autónomas: o motorista precisa ligar o motor, arrançar o carro, efectuar vários actos de direcção, aceleração e frenagem, superar circunstâncias adversas do tráfego, etc., de modo que essa série pode ser arbitrariamente estendida e decomposta em unidades de acção ainda mais finas e delicadas. É claro que tal fragmentação não pode ignorar o problema axiológico-normativo da relevância típica do fragmento então obtido. Mas quando esta questão se coloca, não se percebe por que o próprio acto de atropelar não constitui a conduta imediatamente relevante<sup>88</sup>. Ainda que seja adequado condicionar o juízo de tipicidade à existência de uma alternativa de comportamento, a limitação

---

*Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1994, 129 s.

<sup>87</sup> A possível descrição não se limita a uma só linha causal. Ela também cobre ramificações. É o que acontece, *v.g.*, quando a vibração sonora da vidraça assusta o terceiro *N*. Seja como for, o que acontece no plano da *descrição* também ocorre no plano da *imputação*. Logo, *v.g.*, enunciados como «*J* joga uma pedra para destruir a janela» e «*J* joga uma pedra para lesionar *V*» são diferentes interpretações intencionais do mesmo acontecimento. Sobre o *accordion-effect* e a relatividade da interpretação intencional: Urs KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 51 s.

<sup>88</sup> Neste sentido, ao enxergar uma “inconsequente concessão” ao esquema de responsabilidade por assunção: Rolf Dietrich HERZBERG, *Spendel-FS*, 225.

assim conseguida no plano do *objecto*<sup>89</sup> não afecta necessariamente o plano do *fundamento*<sup>90</sup> da imputação<sup>91</sup>.

Se por um lado é correcto que “quem bebe ainda não conduz veículo, mas também ainda não lesiona ou mata”<sup>92</sup>, por outro não é menos verdadeiro que quem apenas dirige um veículo igualmente ainda não lesiona ou mata. Como o tipo legal dos crimes negligentes de resultado não oferece nenhum elemento de apoio capaz de sustentar a diferenciação entre condutas tipicamente relevantes e condutas tipicamente irrelevantes, tudo ficaria a depender de uma compreensão mais ou menos subjectiva da linguagem. E mesmo que a condução do veículo seja vista como um único evento, haveria sempre uma perplexidade naqueles casos em que o agente interrompe a condução do automóvel, *u.g.*, para fazer uma refeição em um posto de serviço: a tese em estudo não explica se essa interrupção deve ser computada como uma parcela da condução globalmente considerada ou se a conduta que conduz derradeiramente ao resultado passa a contar apenas a partir do início da nova condução após a paragem. E isso deslocaria a análise para uma outra questão, a de saber quanto tempo essa paralisação necessita durar para que a primeira condução deixe de figurar como acção imediatamente relevante<sup>93</sup>. Por fim, a teoria produz graves lacunas de punibilidade. Isso se dá, por exemplo, quando o motorista embriagado não pode evitar

<sup>89</sup> Pergunta-chave: «por que *acontecimento* o agente responde?»

<sup>90</sup> Pergunta-chave: «por que *razão* o agente responde?»

<sup>91</sup> A favor do critério da causação imediata somente no plano do objecto (conduta típica), admitindo que o fundamento (liberdade moral) da imputação seja procurado em um instante anterior: Joachim HRUSCHKA, *JZ* 52 (1997) 24 s., onde assenta a imediatidade (o conceito de acção) na existência do componente físico da evitabilidade — no caso do condutor bêbado tal elemento seria a possibilidade de frear o automóvel. No mesmo sentido, considerando suficiente a existência de liberdade no plano do tipo objectivo: Henning LEUPOLD, *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der »actio libera in causa« im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, 176 s., 196 s., onde dispensa a exigência de contemporaneidade entre conduta típica e violação do cuidado.

<sup>92</sup> Michael HETTINGER, *GA* 136 (1989) 14; IDEM, *Die „actio libera in causa“*, 456.

<sup>93</sup> Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung - Ein Beitrag zur Harmonisierung des zeitlichen Haftungsrahmens bei vorsätzlichen und fahrlässigen Erfolgsdelikten*, Baden-Baden: Nomos, 2000, 93 e 94.

a sua incapacidade porque um terceiro, sem representar a possibilidade de um acidente viário<sup>94</sup>, coloca uma droga às escondidas na sua bebida. Neste caso ninguém responderia pelo atropelamento mortal: o condutor actua sem culpa, o terceiro não causa imediatamente o resultado no sentido do tipo legal de homicídio e o crime de embriaguez ou intoxicação (CP, art. 295.º) pressupõe que o estado de inimputabilidade resulte de uma conduta prévia do próprio agente<sup>95</sup>. O mesmo aconteceria nas situações de provocação do estado de necessidade: o pai que ignora a placa de «cão feroz» e deixa o seu filho entrar em um terreno cercado não poderia responder por homicídio se o animal tirasse a vida da criança<sup>96</sup>.

## VI. Argumento de maioria de razão?

Para um relevante sector da doutrina a limitação temporal dos crimes negligentes deve ser elaborada com um argumento de maioria de razão. Segundo esta leitura, independentemente da questão de saber se a negligência constitui um *minus*<sup>97</sup> ou um *aliud*<sup>98</sup> em face do dolo, não haveria como negar a existência de uma «relação de gradação normativa» entre ambas as categorias: o dolo é uma forma de imputação mais grave do que a negligên-

<sup>94</sup> Porque a sua representação estava dirigida unicamente ao fim de manter relações sexuais com o condutor.

<sup>95</sup> Tal lacuna não poderia ser eliminada pelo regime legal da autoria mediata (art. 26.º do CP e § 25 I do StGB): esta figura representa uma forma de domínio da vontade e por isso pressupõe o dolo do homem de trás.

<sup>96</sup> Rolf Dietrich HERZBERG, *Spendel-FS*, 226 s.

<sup>97</sup> Nesta óptica, uma vez que a negligência é um componente do dolo, os casos de dúvida em relação à existência do facto doloso podem ser resolvidos com a condenação pela prática de um facto negligente, sem que isso viole o *in dubio pro reo*. Concebendo o dolo como negligência qualificada, *i.e.*, como “caso especial da negligência”: Ingeborg PUPPE, *NK*<sup>3</sup>, § 15, nm 5.

<sup>98</sup> Nesse sentido vai não só o entendimento hoje dominante, mas também o modelo de substituição aqui defendido [*supra* (item III)]. Nos casos de dúvida quanto à existência do facto doloso as eventuais lacunas de punibilidade podem ser fechadas a partir dos aspectos valorativos embutidos na mencionada relação de gradação normativa. Cf. Gunnar DUTTGE, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 103 s.

cia<sup>99</sup>. Não é por acaso que o legislador pune o facto negligente apenas de maneira excepcional (CP, art. 13.º)<sup>100</sup> e quando o faz prevê uma pena quase sempre<sup>101</sup> menor do que a prevista para o correspondente facto doloso. Por isso, em termos gerais, a responsabilidade *qua* negligência não pode ir (retrospectivamente) mais longe que a responsabilidade *qua* dolo.

À luz do resultado descrito no tipo legal de crime, a relevância jurídico-penal do comportamento descuidado só começa naquele ponto do eixo cronológico em que ele teria alcançado a fase de execução se tivesse sido realizado com dolo a respeito da consequência então produzida. Trata-se de um jogo de comparação que leva em conta um dolo hipotético: a causação livre (evitável) de um resultado típico só moldaria uma acção negligente se a mesma conduta — supondo que o autor tivesse actuado com dolo em relação ao evento lesivo — preenchesse os pressupostos legalmente estabelecidos para o início da tentativa. A partir da não-punibilidade da hipótese dolosa se deduz necessariamente a não-punibilidade do facto negligente. No caso do condutor embriagado valeria então o seguinte: como na hipótese de actuação com dolo de homicídio o acto de se embriagar seria apenas um acto de preparação insusceptível de punição<sup>102</sup>, este mesmo comportamento *também e com mais razão* não pode ser punido quando o agente provoca negligentemente o resultado descrito pela norma<sup>103</sup>. Diferente seria a solução no caso da mãe sonolenta. Pois se

<sup>99</sup> Por todos: Joachim VOGEL, *LK*<sup>12</sup>, §15, nm. 8 s.

<sup>100</sup> Cf. também o § 15 do Código Penal Alemão e o parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro.

<sup>101</sup> O Direito vigente também conhece hipóteses de equiparação das molduras penais. Isso acontece, *v.g.*, no crime de embriaguez e no crime de condução de veículo em estado de embriaguez (arts. 295.º e 292.º do Código Penal). O mesmo se verifica no sistema alemão (§§ 323a e 316 do StGB).

<sup>102</sup> Uma interpretação que não é partilhada por aqueles que trabalham com o esquema de adiantamento da acção típica: segundo este modelo, a tentativa já começa com a aparição da embriaguez. Quanto a isso cabe objectar o seguinte: como naquele instante o bem jurídico ainda não foi exposto a uma situação de perigo imediato, falta um substrato capaz de garantir a força de impressão externa do acontecimento. Assim, com referências: Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND, *AT*<sup>5</sup>, 525 s. (nota 66).

<sup>103</sup> Ellen SCHLÜCHTER, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit - Aspekte zu einem Strafrecht in Europa*, Nürnberg: EuWi, 1996, 79 s; Eckhard HORN, *StV* 17 (1997) 266: “da decisão a respeito da questão de quando começa a tentativa

o acto de se acomodar com o bebé na cama fosse realizado com dolo de homicídio, já haveria neste instante um começo de execução: ao dormir, a mulher deixa o facto escapar das suas mãos, criando um perigo imediato para a vida do filho. Se a mãe poderia ser punida a título de dolo, ela *também e com mais razão* pode ser punida a título de negligência<sup>104</sup>. Portanto, também nos crimes negligentes estaria vedado retroceder a condutas praticadas antes do início da tentativa. Para ultrapassar essa linha seria necessário recorrer ao regime especial da *actio libera in causa*.

Essa ideia ganha ainda mais força à luz da tendência de harmonização entre os crimes dolosos e os crimes negligentes: uma vez obtida a unificação no plano do ilícito objectivo<sup>105</sup>, parece natural que o próximo passo seja estender tal comunhão ao eixo cronológico. Sem embargo, aquela formulação não consegue esconder as suas fragilidades. O problema não está, contudo, na compreensão da estrutura do argumento de maioria de razão. Há quem considere que o *argumentum a maiori ad minus* deveria presupor — enquanto subcaso do *argumentum a simile* (analogia) — uma relação de «igualdade valorativa» das circunstâncias relevantes na situação. Esta condição faltaria precisamente ali onde se afirma que o dolo e a negligência são pólos de uma relação *aliud*, não de uma relação *plus-minus*<sup>106</sup> — como visto, a negligência é um substituto ou sucedâneo do dolo: ela constitui uma forma de imputação completamente diversa. Todavia, esta objecção erra o

---

depende não apenas a questão de saber se cada acto que foi realizado como último em estado de imputabilidade e que causou os outros eventos típicos deve ser punido como facto doloso, mas também a questão de saber se ele deve ser punido como facto negligente”. Também neste sentido: IDEM, *SK*<sup>7</sup>, § 323a, nm. 29; Hubert STÜHLER, *Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda - eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvorschlag*, Würzburg: Ergon, 1999, 118 s.; Gerd MÜLLER, *Fahrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung*, 81 s.; Kristian KÜHL, *AT*<sup>6</sup>, 545 s. De maneira exhaustiva: Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung*, 17 s., 35 s., 68 s., 97 s., Aparentemente seguindo a mesma direcção: Thomas RÖNNAU, *JA* 29 (1997) 715.

<sup>104</sup> Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung*, 40 e 41.

<sup>105</sup> À luz da teoria da imputação objectiva, segundo a fórmula «(i) criação de um risco permitido e sua (ii) realização em um resultado (iii) coberto pelo âmbito de protecção da norma» [vejam-se referências *supra* (nota 13)].

<sup>106</sup> Gunnar DUTTGE, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 132.

alvo. O *argumentum a maiori ad minus* só pressupõe uma relação de «igualdade valorativa» quando é mobilizado em seu registo mais tradicional, ou seja, no horizonte da razão teórica. Como o Direito Penal é uma disciplina que se move no horizonte da razão prática, as suas estruturas de operação não estão subordinadas aos esquemas lineares típicos da lógica formal: elas são influenciadas por considerações axiológicas que justificam um esquema de argumentação normativamente autónomo, especialmente atento às exigências de justiça. Uma vez acolhido no Direito Penal, o próprio argumento de maioria de razão se transforma em uma categoria valorativa. Assim, quando se sustenta que a partir da não-punibilidade da hipótese dolosa cabe afirmar também e com mais razão a não-punibilidade do facto negligente, isso significa apenas que a espécie de responsabilidade mais fraca (negligência) não pode ser temporalmente mais alargada do que a espécie de responsabilidade mais forte (dolo)<sup>107</sup>. Curto: o facto negligente não poderia começar antes do facto doloso.

Embora não falhe no plano metodológico, a tese em discussão fracassa no plano dogmático. Em primeiro lugar, ela ignora um dos aspectos que explicam por que o dolo fundamenta um juízo de desvalor ético-social acrescido. Com efeito, além de ser mais perigosa para os bens jurídicos e de mostrar um maior grau de participação interna e de hostilidade ao Direito, a conduta dolosa é evitável por um intervalo de tempo mais alargado: na medida em que conhece as circunstâncias relevantes, o agente responde por não aproveitar uma janela de evitação tipicamente

---

<sup>107</sup> O *argumentum a maiore ad minus* também costuma ser invocado nos casos de participação em suicídio, nos casos de participação em uma auto-lesão e nos casos de participação em uma auto-colocação em perigo. Assim, *u.g.*, quem induz ou facilita por negligência uma acção de suicídio ou uma acção de auto-lesão ou uma acção perigosa para quem a executa não pode ser punido quando aquela mesma conduta não poderia ser castigada se tivesse sido realizada com dolo. Nos sistemas jurídicos que criminalizam o incitamento e o auxílio ao suicídio (art. 135.º do Código Penal Português e art. 122 do Código Penal Brasileiro) tal raciocínio só vale na parte referente aos casos de auto-lesão e aos casos de auto-colocação em perigo. Sobre o carácter axiológico do argumento de maioria de razão e os referidos casos de participação: Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung*, 68 s., 90 s.

superior àquela que se estabelece na hipótese de ignorância<sup>108</sup>. Na base desta afirmação está uma essencial diferença em termos de domínio do facto: enquanto o autor doloso exerce a sua influência sobre o curso dos eventos ao menos até o estágio da tentativa acabada, o autor negligente «perde o controlo» muito antes. Vale dizer: na negligência os acontecimentos «escorregam das mãos» do agente bem mais cedo que no dolo<sup>109</sup>. Isso fica bastante claro na chamada «negligência inconsciente»: quem não conhece a incorrecção do seu comportamento e o perigo nele contido deixa de figurar como sujeito capaz de intervir no sentido da evitação do resultado, a não ser que passe a saber de maneira casual e ainda oportuna acerca do desenrolar dos factos; quem actua com dolo tem desde o início um conhecimento que o mantém em condições de evitar atempadamente a ofensa ao bem jurídico<sup>110</sup>. Assim, por exemplo, quem pretende cometer um homicídio envenenando a vítima durante uma refeição precisa, em conformidade com

<sup>108</sup> Segundo a concepção mais tradicional, a diferença não se dá no eixo cronológico, mas na dimensão do esforço físico investido para evitar o facto típico. A conduta dolosa seria mais facilmente evitável: ao representar as circunstâncias relevantes, o autor responderia por deixar de aproveitar um potencial de evitação caracteristicamente mais elevado em face daquele que emerge na situação de desconhecimento. Cf. Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko - Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln: Heymanns, 1983, 46 s., 96 s. Já nesta direcção: Günther JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 104 s. Mas esta lógica de energia não convence: ela se restringe ao momento do facto, ignorando precisamente aquilo que fundamenta a negligência, a antecedente inevitabilidade do defeito cognitivo. Assim: Carl-Friedrich STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 416: “talvez um facto negligente já possa ser evitado com um mínimo de atenção superior, enquanto o facto doloso de delinquentes firmemente decididos só pode ser evitado com um grande «esforço de vontade»”.

<sup>109</sup> Aliás, tal diferença constitui uma premissa central da teoria da imputação extraordinária. Cf. *supra* (nota 48).

<sup>110</sup> Wolfgang MITSCH, *JuS* 41 (2001) 112; Detlev STERNBERG-LIEBEN, *S/S-K*<sup>28</sup>, § 15, nm. 136. Para a construção do argumento: Wilfried KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 57 s., 67 s.; Hans-Ullrich PAEFFGEN, *ZStW* 97 (1985) 525: “nos delitos de resultado a censura do ilícito se baseia em um comportamento ao menos perigoso para o objecto do bem jurídico, que se realiza sem qualquer ou sem suficiente contramedida de controlo capaz de reduzir o perigo. Para promover a devida minimização do perigo, o período de tempo anterior à realização da acção propriamente dita é, em princípio, bem aberto para frente”.

o seu plano de acção, colocar a substância tóxica na comida e servir o prato à vítima. Até este momento o agente pode ainda suspender o seu empreendimento. Ainda não há tentativa se ele guarda o veneno na prateleira da despensa para no dia seguinte executar o seu projecto criminoso. Esta possibilidade de configuração desaparece quando o sujeito põe distraidamente o veneno na prateleira da despensa, se esquece disso e semanas depois utiliza a substância tóxica, acreditando se tratar de um condimento comum, para preparar uma refeição cuja ingestão culmina na morte de outrem. Logo, um mesmo comportamento externo — colocar o veneno na prateleira da despensa — significa um acto preparatório impunível para o autor doloso e um acto de homicídio para o autor negligente<sup>111</sup>.

Talvez fosse o caso de contra-argumentar que a diferença quanto ao instante da perda do domínio está desde o início embutida na valoração legal que fixa as margens de punição: o crime doloso recebe uma pena superior precisamente porque o seu autor tinha uma maior capacidade de evitação, na exacta medida em que pôde dominar o facto por mais tempo<sup>112</sup>. Nesta linha, invocar o menor período de controlo com o propósito de justificar a ampliação retrospectiva da responsabilidade a título de negligência para além da área de cobertura da responsabilidade a título de dolo significaria não apenas considerar em duplicata — agora como elemento negativo — uma circunstância que já foi levada em conta na moldura abstracta de sanção, mas também anular a originária relação de gradação normativa entre o facto doloso e o facto negligente. Contudo, tal raciocínio seria extremamente duvidoso. O problema do limite da imputação na coordenada do tempo não pode ser resolvido a partir da ideia simplista de que «o dolo recebe uma pena mais grave, mas, em contrapartida, a negligência pode ter um maior alcance temporal». Este arco cronológico estendido não é variante de uma singela equação matemática que pretende nivelar, mediante um juízo de desvalor global, as duas formas de imputação: ele não dissolve a matricial diferença

---

<sup>111</sup> Detlev STERNBERG-LIEBEN, *FS-Schlüchter*, 232.

<sup>112</sup> Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 97 s.

axiológica em uma igualdade valorativa incompatível com o sentido de proporcionalidade que preside a fixação dos marcos penais.

De acordo com a opinião em análise, a possibilidade de vincular a negligência a um instante no qual a punibilidade da correspondente execução dolosa já estaria de todo o modo descartada conduz a uma grosseira contradição axiológica. Afinal, para escapar da punição, o agente precisaria apenas alegar que agiu com dolo: a realização da conduta mais grave seria arbitrariamente transformada em um argumento de defesa que garantiria a sua absolvição. Isto significaria beneficiar o autor precisamente em função daquilo que torna o seu comportamento mais censurável<sup>113</sup>. Porém, esta reflexão ignora que a existência do dolo não depende exclusivamente daquilo que o agente declara *ex post facto*: se o dolo não é um fenómeno estritamente psicológico, a sua mera alegação não pode ser determinante ali onde não há nenhum perigo de dolo<sup>114</sup>. Além disso, como nos delitos aqui estudados a perturbação da paz jurídica surge somente com a produção do resultado típico, a exigência de uma maior proximidade — em comparação com a tentativa — relativamente ao momento da sua ocorrência pode ser «compensada» pela referência a uma determinada conduta situada no campo prévio<sup>115</sup>. Por fim, a restrição proporcionada através do raciocínio *a fortiori* pode ser excessiva ou mesmo injusta: em não raros casos os pontos mais distantes na pré-história do facto propriamente dito abarcam situações de perigo nas quais o danoso transcurso dos acontecimentos já pode ser facilmente assimilado, bastando que o agente esteja atento aos evidentes sinais de advertência que impõem a sua percepção<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung*, 69, 84 e 85.

<sup>114</sup> Devo este contra-argumento ao meu colega Wagner Marteleto Filho. Para a definição do dolo a partir da qualidade do perigo conscientemente realizado: Ingeborg PUPPE, *NK*<sup>3</sup>, §15, nm. 64 s.

<sup>115</sup> Detlev STERNBERG-LIEBEN, *S/S-K*<sup>28</sup>, § 15, nm. 136. Sendo certo, todavia, que a lógica da compensação possui um significado bastante reduzido na dogmática do comportamento prévio. Cf. Ulfrid NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*, 134 s., 207 s.; Sarah MACK, *Trunkenheit und Obliegenheit*, 126 s., 142 s.

<sup>116</sup> Contra o modelo de harmonização cronológica também se argumenta que a «relação de gradação normativa» é uma construção que se baseia unicamente em necessidades processuais, especialmente no propósito

## VII. Existência de um motivo concreto para conservar ou obter a capacidade de evitação no instante decisivo

Em virtude do princípio da responsabilidade pelo facto, as incumbências jurídico-penalmente relevantes não podem assumir um carácter geral ou universal, onerando todos os cidadãos em todos os momentos, como se fosse a espada de Dâmocles. Por outros termos ainda: no Direito Penal não existem incumbências genéricas ou abstractas, mas somente incumbências específicas ou concretas. A exigência de manutenção ou aquisição das capacidades necessárias para cumprir a regra de conduta subjacente ao tipo legal de crime ganha o seu verdadeiro sentido no horizonte de uma ética situacional. Ela não se forma indiferenciadamente, fora do respectivo contexto fáctico: a determinação do seu exacto conteúdo depende da necessária mediação enriquecedora que só a realidade do mundo da vida pode proporcionar. Defender o contrário seria admitir a responsabilidade pela condução de vida e assim consagrar um Direito Penal do agente: no final das contas, a incumbência geral de se preparar para seguir a norma típica equivaleria a uma proibição geral de acção ou a um mandato geral de abstenção e a imposição da pena não teria mais nenhuma ligação válida com o facto objectivamente desvalioso.

Deste modo, a imputação a título de negligência pode retroceder no máximo até ali onde o cenário dos eventos ofereça ao agente um *motivo fundado* (evidente) para examinar se ele está em uma situação na qual ainda pode evitar a realização do tipo legal de crime, vale dizer, uma *razão convincente* (manifesta) para contar com a possível ofensa ao bem juridicamente tutelado. Quanto maior for a distância temporal da conduta relativamente à «situação crítica» e por isso quanto maior for a capacidade individual

---

de evitar as insuportáveis lacunas de punibilidade criadas por absolvições injustas e, por isso, ela nada teria a ver com o problema da restrição temporal do crime doloso ao começo da realização do tipo. Assim, sobre a possibilidade de uma “apreciação alternativa” (*Wahlfeststellung*) dos factos: Detlev STERNBERG-LIEBEN, *FS-Schlüchter*, 230 s.; Gunnar DUTTGE, *MK<sup>2</sup>*, § 15, nm. 132. Mas esta crítica não acerta. Pois a relação de gradação normativa não tem uma natureza meramente instrumental: como indicado no texto, ela carrega um autónomo vector ético-social.

de configuração da realidade, mais difícil será afirmar a existência de um comportamento defeituoso. Assim, *v.g.*, quem sofre de epilepsia tem já no início da condução um motivo fundado para não empreender uma longa viagem de carro: a sua experiência lhe permite saber que na situação de estresse característica do tráfego rodoviário o risco de repetição de uma síncope convulsiva é considerável e por isso tem de contar com um ataque a qualquer momento. Se ainda assim o sujeito arranca com o veículo, ele deve responder por homicídio negligente quando metros depois provoca uma colisão que redundará na morte de outro motorista. Isso também vale na hipótese de inimizabilidade auto-provocada pelo consumo de bebida alcoólica, ao menos quando o autor sabe que precisará dirigir logo em seguida: já naquele instante existe uma razão específica para tomar distância da conduta que cria o defeito ou para adoptar contramedidas de protecção do bem jurídico exposto ao perigo<sup>117</sup>. O mesmo não se pode dizer, entretanto, a propósito do médico que não frequenta cursos de aprimoramento e do motorista que não presta atenção às aulas de direcção: aqui falta uma razão concreta para impor a abstenção ou a minimização do risco<sup>118</sup>. Reduzindo estas reflexões a uma fórmula: o agente só estará em condições de evitar a pena quando tiver um motivo específico ou concreto para prestar atenção ao curso dos acontecimentos e se habilitar de maneira eficaz para dar cumprimento à norma típica<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> *V.g.*, confiar as chaves do automóvel a um terceiro responsável.

<sup>118</sup> Assim, sublinhando a necessidade de um “ponto de referência concreto”: Gunnar DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungswerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 288, 293, 294 e 340; IDEM, *JRE* 11 (2003) 113 e 114; IDEM, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 132, 133 e 136, onde considera supérflua a figura da negligência por assunção: o agente merece a censura da negligência jurídico-penalmente relevante segundo os princípios gerais se já em um momento anterior ele tinha um motivo capaz de forçá-lo a perceber o curso lesivo. No mesmo sentido: Joachim VOGEL, *LK*<sup>12</sup>, § 15, nm. 57 e 306; Detlev STERNBERG-LIEBEN, *S/S-K*<sup>28</sup>, § 15, nm. 136; IDEM, *FS-Schlüchter*, 227 e 228, com ênfase (p. 238) na “suficiente previsibilidade do facto concreto”.

<sup>119</sup> Com uma formulação semelhante, mas agora no plano do erro de proibição evitável: Alair LEITE, *RPCC* 23 (2013) 220 s., onde arremata (p. 224): “apenas neste momento é que o Estado pode exigir legitimamente uma abstenção categórica por parte de seus cidadãos e puni-los em caso de violação dessa exigência”. Todavia, segundo a concepção sustentada neste trabalho, a existência do motivo concreto para manter ou adquirir as capacidades

A favor deste critério falam não só a sua correcção, mas também a sua clareza e a sua simplicidade<sup>120</sup>. Com efeito, o modelo de unificação cronológica assentando no argumento de maioria de razão complica desnecessariamente o processo de imputação. Isso fica evidente na análise das situações de resultado prematuro ou antecipado<sup>121</sup>. Basta pensar no seguinte exemplo. Descontente com a vida conjugal, R deseja matar S, seu marido. Para tanto, ela planeja envenená-lo. R tem o hábito diário de preparar e servir um copo de leite frio a S quando este chega do trabalho no fim do dia. Em uma certa manhã a esposa coloca cianureto de potássio no copo de leite e guarda a bebida envenenada no frigorífico, com a intenção de oferecê-la ao cônjuge no início da noite. Para controlar a ansiedade, R sai para fazer compras. Contrariamente ao esperado, S chega em casa mais cedo, abre o frigorífico, bebe o copo de leite e morre intoxicado. Como há um desvio essencial do curso causal<sup>122</sup>, R não pode ser punida por homicídio consumado: a morte não lhe pode ser imputada a título de dolo. Também fracassa a via da punição por tentativa. Pois a sua conduta ainda não havia ultrapassado a fase de preparação: de acordo com o seu plano, R ainda teria de servir o leite ao marido, o que deveria acontecer somente no fim do dia. Afinal, ela se afasta do lugar do facto considerando que S só retornaria muito tempo depois: apenas neste instante a esposa precisaria decidir em definitivo se daria ou não a bebida envenenada. À luz do *argumentum a maiore ad minus*, ela não poderia responder por negligência, já que a imputação a título de dolo estaria de todo o modo excluída. Mas esta conclusão geraria algum desconcerto. Se R não tivesse

---

necessárias para observar a norma não produz nenhum efeito sobre o conteúdo desta.

<sup>120</sup> Ainda a propósito da diferença entre «ter um motivo» e «ter um dever», embora no horizonte da culpa: Sarah MACK, *Trunkenheit und Obliegenheit*, 191 e 209.

<sup>121</sup> Estes casos surgem não apenas quando o agente já efectuou a última conduta necessária para a produção da ofensa ao bem jurídico, mas também quando a sua ocorrência depende ainda da realização de outra(s) conduta(s) do mesmo sujeito. Por todos: Karsten GAEDE, *StGB-K*, § 16, nm. 30.

<sup>122</sup> Ainda que o desvio não fosse essencial, a punição por crime doloso só seria possível se a conduta tivesse alcançado o estágio da tentativa.

a vontade de matar  $S$ , a sua conduta seria um típico caso de contrariedade ao cuidado exigido: actua negligentemente quem deixa um copo de bebida envenenada em um local de fácil acesso como um frigorífico<sup>123</sup>.

Contudo, ainda segundo o esquema de harmonização temporal criticado no item anterior, tal dificuldade só emerge quando o jogo de comparação se concentra equivocadamente na efectiva representação do curso dos acontecimentos e na efectiva vontade de causar o resultado. Para dissipar aquela contradição, a teoria sustenta que a base de comparação sempre deve ser o dolo hipotético: importa saber apenas se o agente seria responsável pela prática de um crime doloso se ele tivesse representado e querido os eventos tal como eles realmente sucederam. Ou seja: o dolo hipotético se liga ao momento em que os factos ocorreram, não ao momento para o qual a representação e a vontade do autor estavam orientadas. É irrelevante examinar se ele representou o transcurso dos factos e se ele quis produzir o resultado<sup>124</sup>, pois nas situações de prematuridade o conhecimento e a vontade reais assumem um ponto de referência totalmente diverso daquele que deflagra a responsabilidade negligente. A representação e a vontade reais de  $R$  se referem ao momento em que  $S$  chegaria em casa e a bebida envenenada lhe seria então servida. O acto de envenenar a bebida e guardá-la no frigorífico tem lugar em um instante anterior. Esta conduta e este momento estabelecem o ponto de referência para a comparação entre dolo e negligência. Neste horizonte, resta somente indagar se  $R$  deveria ser punida pela prática de um crime doloso se ela tivesse realizado aquele mesmo comportamento sabendo que o seu marido poderia regressar mais cedo e então ingerir antecipadamente o leite envenenado. Esta suposição permite concluir que já não haveria nenhum desvio causal e que  $R$  já teria ultrapassado o limiar do início da tentativa: naquele instante ela já teria se decidido em

<sup>123</sup> Isso também vale nos casos em que o agente não quer propriamente o resultado, mas tem consciência da sua possível ocorrência, ao reconhecer um perigo que devia ser levado a sério (dolo eventual).

<sup>124</sup> Uma informação que só teria importância para a questão de saber se o autor cometeu um crime doloso.

definitivo a favor da execução do facto, que já não estaria mais em suas mãos. Se R poderia ser punida a título de dolo, ela pode *também e com mais razão* ser punida a título de negligência. Assim, os casos de ocorrência antecipada ou prematura do resultado não levantam nenhum problema especial. A sua solução não postula nenhuma excepção: eles também devem ser resolvidos com apoio no *argumentum a fortiori*<sup>125</sup>.

Apesar da sua aparente sofisticação dogmática, tais considerações falham no essencial. Pois elas configuram uma inútil prorrogação do jogo discursivo. Se o acto de guardar a bebida envenenada em um lugar de fácil acesso já representa um caso típico de negligência isso se deve precisamente ao facto de já neste instante existir um motivo concreto ou específico para se abster daquele comportamento ou para tomar contramedidas de protecção do bem jurídico. É certo que a solução destes casos não suscita nenhum desvio relativamente ao critério geral. Mas não há nenhuma razão para procurar este parâmetro em uma abstracção. Na verdade, o recurso ao dolo hipotético constitui uma operação artificial que onera o processo de responsabilização com uma complexidade que ele originalmente não possui. Incide aqui o princípio da parcimónia: as categorias não devem ser multiplicadas sem necessidade. De resto, assim como o *objecto* da imputação não pode ser determinado a partir de cursos causais hipotéticos, o seu *fundamento* também não pode ser fixado a partir de representações e de vontades hipotéticas. A imposição da pena requer a conexão entre um fundamento *real* (conduta) e uma consequência *real* (ofensa ao bem jurídico), um vínculo que não pode ser encontrado fora das circunstâncias que moldam o específico cenário de acção: a ligação entre aqueles fragmentos de realidade pressupõe um ponto de referência *concreto*. Portanto, o acréscimo mental de acontecimentos meramente hipotéticos (não existentes) está desde logo excluído: a decisão sobre a punibilidade não pode depender de uma causa (física ou moral) imaginada,

---

<sup>125</sup> Sobre tudo isso: Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung*, 82-87.

de um fenómeno quase-real com uma consequência quase-real<sup>126</sup>. Isso vale tanto na dimensão objectiva (onde o fundamento é uma causa física) quanto na dimensão subjectiva (onde o fundamento é uma causa moral) do delito. Em suma: ao Direito Penal interessa unicamente um “conceito *realista* de negligência”<sup>127</sup>.

### VIII. Conclusão

Os crimes negligentes de resultados são delitos abertos para o passado. Contudo, esta abertura não se resume aos tradicionais casos de negligência pela assunção de uma actividade especialmente perigosa. Na verdade, todas as hipóteses de negligência se referem, *per definitionem*, a uma conduta que antecede o facto propriamente dito (penalmente típico). No instante do comportamento tipicamente relevante o autor não está em condições de evitar a realização do resultado, mas ele só está nesta situação porque não cumpriu a incumbência (*Obliegenheit*) de manter ou adquirir as capacidades necessárias para observar a norma subjacente ao tipo legal de crime. A responsabilidade pela situação de defeito — a responsabilidade pela ausência de um elemento constitutivo do crime — substitui o dolo e fundamenta uma

<sup>126</sup> Assim, examinando os vários significados do termo «fundamento»: Karl-Heinz GÖSSEL, *FS-Frisch*, 430 s.

<sup>127</sup> Gunnar DUTTGE, *GA* 150 (2003) 451 e 463. Ao contrário do que pretende Duttge [*supra* (nota 14)], a existência de um concreto (evidente) motivo de atenção não constitui um esquema autónomo de fundamentação da negligência, mas apenas um critério auxiliar que opera na densificação das incumbências jurídico-penalmente relevantes. É bem verdade que esta ideia enfrenta algumas dificuldades ali onde se torna necessário distinguir entre negligência simples e negligência grosseira (arts. 137.º, n.º 2, 156.º, n.º 3, 274.º, n.º 5, 351.º e 369.º, n.º 5 do Código Penal). Criticamente: Rolf Dietrich HERZBERG, *GA* 148 (2001) 577 s.; IDEM, «Grundprobleme der deliktischen Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch», *NSfZ* 24 (2004) 595; Claus ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, 1080. Com um esforço de separação, associando a negligência grosseira a um “momento de motivação reforçado”: Gunnar DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 388. Insistindo na viabilidade da diferenciação: IDEM, «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit - Erwiderung auf Rolf D. Herzberg *GA* 2001, 568 ff.», *GA* 150 (2003), 451 s.

imputação extraordinária<sup>128</sup>. Com isso emerge um esquema diacrónico capaz de explicar a diferença cronológica entre o objecto e o fundamento da responsabilidade, ou seja, entre o instante da

<sup>128</sup> A análise mais detida sobre a capacidade de rendimento do conceito de incumbência no Direito Penal escapa aos estreitos limites deste estudo. A este propósito, veja-se Sarah MACK, *Trunkenheit und Obliegenheit*, 255 s.; Juan Pablo MONTIEL, «Obliegenheiten im Strafrecht?», *ZStW* 129 (2014) 592 s. Para a crítica ao modelo de imputação extraordinária: Christoph HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, 115 s.; Ujala Joshi JUBERT, «Actio libera in causa: ordentliche oder außerordentliche Zurechnung», *JRE* 2 (1994), 334 s.; Rolf Dietrich HERZBERG, *FS-Spendel*, 228 s.; Volker HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung - Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, 79 e 80. Considerando este esquema supérfluo ao menos ali onde a norma assume as vestes de uma proibição de causação: Stephan AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 61 e 62. Também contra, no específico território dos crimes negligentes: René ZENKER, *Actio libera in causa*, 67 s.; Gerd MÜLLER, *Fahrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung*, 48 s.; Gottfried SEEBASS, «Handlungstheoretische Aspekte der Fahrlässigkeit», *JRE* 2 (1994) 403 (nota 53); António Manuel de Almeida COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal*, 670 s.; Gunnar DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 87 s., onde procura fundamentar a negligência (p. 277, 341, 354 s., 451, 476 e 493) no clássico mandamento «*alterum non laedere*». Utilizando a noção de *Obliegenheit* como elemento de imputação ordinária: Günther JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main: Klostermann, 2012, 67 s., 70, 79 s.; Michael PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers - Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, 302 s., 329 s., 341 s., 345 s., 353 s. No mesmo sentido, ao considerar a violação da incumbência como alicerce da culpa não só nas hipóteses em que o agente provoca a incidência de uma causa de exculpação, mas também nos demais casos em que ele viola o dever “indirecto” de exercitar (realizar) a capacidade de motivação fiel ao Direito objectivamente implicada no conceito de “pessoa jurídica responsável” no papel de destinatário da norma: Klaus GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit - Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main: Klostermann, 2005, p 109-114 e 211 (nota 212). Para o emprego da *Obliegenheit* como fundamento da medida de segurança ali onde o indivíduo não consegue oferecer uma garantia cognitiva suficiente para o reconhecimento da sua personalidade: Günther JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2008, 42 s. Desenvolvendo o conceito nas situações em que o evento lesivo cai no âmbito de responsabilidade da própria vítima: Gunther BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit*, 105 s., 252 s.

realização do tipo legal de crime e o momento da inobservância do ónus de cuidado. Todavia, se não quiser assumir uma lógica de imputação característica da ideia de censura pela condução de vida, aquela incontornável referência ao pretérito deve obedecer a limites mais ou menos claros e estáveis. Isso não significa, entretanto, que tais balizas precisam ser elaboradas a partir de um procedimento hipotético (análogo) que toma emprestado o regime legal da tentativa. O arco temporal da responsabilidade negligente pode ser maior do que o arco temporal da responsabilidade dolosa e não há nenhuma contradição axiológica nisso. No final das contas, a chave da solução reside em uma ideia tão simples quanto convincente: a incumbência de se preparar para evitar (intencionalmente) a conduta típica no instante decisivo só alcança um suficiente grau de determinação quando, à luz das específicas circunstâncias do caso, o agente tem um motivo concreto para se abster de praticar o comportamento anterior ou para adoptar medidas de minimização do perigo que acompanha a sua execução. É assim que a negligência encontra uma ligação real entre a conduta do autor e a ofensa ao bem jurídico.

Bem vistas as coisas, a formulação da negligência como uma espécie de substituto ou sucedâneo do dolo faltante não é nenhuma grande novidade. De acordo com Aristóteles,

“a própria ignorância, se o agente der sinais de por ela ser responsável, constitui matéria penal. Assim, os embriagados incorrem numa pena dupla, já que o princípio da falta reside no agente, pois é dotado da capacidade de não se embriagar e a sua embriaguez é responsável pela sua ignorância. A punição atinge também aqueles que ignoram alguma das disposições legais cujo conhecimento é obrigatório e não suscita dificuldades. Procedimento análogo ocorre nos outros casos, sempre que a ignorância pareça resultar da incúria. É que, na óptica do legislador, estando ao alcance dos negligentes serem cuidadosos, depende deles não permanecerem na ignorância”<sup>129</sup>.

<sup>129</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingue; trad. Dimas de Almeida, Porto: Edições Universitárias Lusófonas, 2012, III, 5 (1114a). Pormenorizadamente acerca da concepção aristotélica da negligência: Richard LOENING,

Além disso, em termos gerais, a rejeição à doutrina da antecipação da tipicidade<sup>130</sup> está na base da conhecida argumentação de Tomás de Aquino a propósito do caso do clérigo que se embebeda e no dia seguinte não consegue despertar a tempo de rezar as matinas:

“pode ser que uma pessoa se ache incapacitada para cumprir o seu dever neste momento. Se isso não é por sua culpa, não peca por omissão, como temos dito. Mas, se é por alguma culpa sua anterior (por exemplo, se se embriaga pela tarde e não pode se levantar pela manhã, como é seu dever), opinam alguns autores que o pecado de omissão começa quando este homem se entrega ao acto ilícito e incompatível com aquele outro acto a que está obrigado. Mas isso não parece ser exacto, porque, supondo que fosse despertada à força para acudir à prece matutina, não incorreria em omissão; donde resulta que a embriaguez antecedente não foi uma omissão, mas sim a causa da omissão. Por isso, devemos dizer que começa a ser imputável a culpa de omissão quando chega o instante de obrar, embora seja em razão da causa anterior que se faz voluntária a omissão consequente”<sup>131</sup>.

À dogmática do Direito Penal cabe determinar, com um mínimo de solidez, o arco temporal da imputação extraordinária. Neste horizonte, quem acredita na viabilidade de uma teoria geral

---

*Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1903, 210 s., 225 s.; Ellen SCHLÜCHTER, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit*, 44 e 45.

<sup>130</sup> Cf. *supra* (notas 32 e 65).

<sup>131</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica* (traducción presidida por Francisco Barbado Viejo), Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1954, 2-2, q. 79 (a3). Segundo a visão tomista, a negligência “implica a falta de solícitude ou diligência devida” [q. 54 (a1)]. Por isso «negligente» significa «o que não elege» (*nec eligens*): o sujeito pretere um acto exigido pela razão (prudência), omitindo a eleição recta dos meios conducentes ao fim [q. 54 (a2)]. Para além disso, a ideia de antecedência ou precipitação ocupa um lugar de destaque na doutrina católica da negligência: “o leviano e imprudente não espera o tempo oportuno” (Eclesiástico 20,7)

do comportamento prévio<sup>132</sup> mais cedo ou mais tarde se verá forçado a encarar o conceito de «facto»<sup>133</sup> e a sistematizar os diversos significados que ele assume não só na Parte Geral, mas também na Parte Especial.

---

<sup>132</sup> A propósito das condições de possibilidade desta construção, também recorrendo ao conceito de incumbência (*Obliegenheit*): Günter STRATENWERTH, «Vermeidbarer Schuldausschluß» / Gerhard DORNSEIFER, *et al.*, Hrsg., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Heymanns, 1989, 485, 495, 497 s. Considerando supérflua a elaboração de uma “dogmática especial” para os casos de culpa prévia: Georg FREUND, *GA* 161 (2014) 140.

<sup>133</sup> Mesmo fora da dogmática da conduta antecedente parecem faltar as condições para a elaboração de um conceito de facto válido em toda a Parte Geral. Basta observar a discussão sobre a possibilidade de o conceito de facto no sentido do art. 91.º («facto do inimputável», enquanto pressuposto da aplicação de uma medida de segurança) não se identificar com o conceito de facto no sentido do art. 20.º, n.º 1 do Código Penal («facto ilícito-típico»). A este propósito, rejeitando a mera transposição das características do crime do agente imputável para o facto do agente inimputável e se concentrando na definição autónoma das propriedades que este último deve possuir para configurar um facto criminalmente perigoso: Maria João ANTUNES, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, 365 s., 377 s., 433 s., 499 s.