



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

Mestrado Forense

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre

A Negligência Na Participação

Orientadora: Professora Doutora Elsa Vaz de Sequeira

Morgana Emídio Rodrigues dos Santos

Lisboa, 31 de agosto de 2015

Índice

1. Introdução.....	3
2. Os diferentes Conceitos de Autor nos Crimes Negligentes.....	5
2.1. Conceito Unitário de Autor nos Crimes Negligentes.....	5
2.2. O Conceito Extensivo de Autor nos Crimes Negligentes.....	9
2.3. O Conceito Restritivo de Autor nos Crimes Negligentes.....	11
3. Teorias e concepções básicas sobre a Autoria e a Participação	13
3.1. Teoria Objetivo-Formal.....	13
3.2. Teoria Objetivo-Material.....	14
3.3. Teorias Subjetivas	15
3.4. Teoria do Domínio do Facto.....	15
3.5. Teoria da Determinação Objetiva do Facto.....	18
4. A Negligência no Código Penal – Direito Comparado e Direito Penal Português	21
5. A Negligência na Comparticipação.....	25
5.1. Algumas Considerações	30
5.2. A Negligência e a Coautoria.....	34
5.3. A Negligência e a Autoria Mediata	37
5.4. A Negligência e a Participação (Instigador e Cúmplice)	39
5.4.1. A hipótese da Autoria Negligente e Participação Dolosa: participação ou autoria mediata?.....	43
6. Conclusões.....	45
7. Bibliografia.....	48

1. Introdução

No âmbito da “Sociedade de Risco”, a negligência tem ganhado importância e é cada vez mais comum a realização de crimes através de condutas não dolosas (danos ambientais, circulação rodoviária)¹. Torna-se necessária uma análise aprofundada dos seus vários aspetos.

Por a negligência não se coadunar com a teoria do domínio do facto, tem-se considerado que não pode haver distinção entre autores e participantes: todos os agentes são considerados autores e punidos como autores singulares do crime negligente que praticam (adoção do conceito unitário de autor).

O que nos propomos fazer é uma abordagem aos vários conceitos de autor, às teorias sobre a autoria e uma avaliação do instituto da comparticipação no Código Penal Português, do ponto de vista dos crimes negligentes, de forma a perceber se os vários agentes negligentes apenas podem ser punidos de forma singular ou também em comparticipação, como ocorre nos crimes dolosos².

É de notar que ao longo dos vários capítulos será dada uma maior atenção à problemática do tema nos crimes de resultado. Isto deve-se ao facto de a maioria dos crimes negligentes presentes no nosso Código Penal serem crimes de resultado³. Apenas existe um crime de mera atividade negligente, o crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob influência de estupefacientes ou substâncias

¹ TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais da Teoria Geral do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2011 (Reimpressão), p. 524.

² SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 160.

³ FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA, *Crime Negligente e Culpa: Na Dogmática Penal e na Prática Judiciária*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 88 e 89, refere que a “própria origem histórica da responsabilidade criminal negligente reside na imputação de resultados e corresponde portanto à punição pelo desvalor do resultado”. Embora se creia que nos crimes negligentes haja um maior desvalor do resultado, não se vai tão longe como este autor que considera inadmissível a punição de um agente pela mera atividade negligente, fazendo corresponder os crimes negligentes a crimes de resultado. Como referem PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos Do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2.ª Edição, 2010, p. 111, e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2007, p. 869, existem crimes negligentes de mera atividade em que, embora não se coloque a questão da causalidade adequada, haverá sempre de se resolver o problema da violação do dever de cuidado.

psicotrópicas consagrado no artigo 292.º. Não obstante (e tendo em conta a sua acentuada presença em leis penais avulsas⁴), tentar-se-á tecer sempre considerações sobre os crimes de mera atividade, de forma a chegar a uma conclusão satisfatória também no âmbito destes crimes.

⁴ Como é o caso do Decreto-Lei n.º 28/84, de 10 de janeiro.

2. Os diferentes Conceitos de Autor nos Crimes Negligentes

2.1. Conceito Unitário de Autor nos Crimes Negligentes

Segundo o conceito unitário⁵, não há distinção entre autores e participantes. Todos os intervenientes são autores, independentemente da importância da sua colaboração para o sucesso do facto praticado⁶. A causalidade⁷ constitui, assim, o único critério de relevância jurídico-penal. Nos crimes negligentes, esta teoria sofre algumas alterações⁸. Aliada à causalidade, há que ter em conta o dever objetivo de cuidado. O tipo encontrar-se-á

⁵ Sobre o conceito unitário de autor ver: SALAZAR MARÍN, *Autor y Participe en el Injusto Penal*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, p. 144; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal: parte general*, Elcano, Aranzadi, 2002, p. 613; DÍAZ E GARCÍA CONLLEDO, *Autoria y Participación*, Revista de Estudios de la Justicia, n.º 10, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008, p. 14; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal: Parte Geral*, Granada, Editorial Comares, 1993, p. 587; MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 3.ª Edição, 1995, pp. 389-390; ROBLES PLANAS, *Participación en el Delito e Imprudencia*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época, n.º 9, 2002, p. 1; PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Participação Negligente: Esferas de Competência como Critério de Imputação Objectiva*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Figueiredo Dias, II, O Direito, Coimbra, Almedina, 2012, p. 118; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 111 – considerando aplicável este conceito aos crimes negligentes; MARÍA INÉS LENNON, *Autoría y Participación en el Delito Imprudente*, Seminario Internacional: Los Delitos Imprudentes en el ambito Empresarial, Revista de Estudios de la Justicia, n.º 10, 2007, p. 143; PÉREZ MANZANO, *Autoría y Participación Imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 23, 25; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid, Editorial Tecnos, 1990, pp. 260 e ss.; BARJA DE QUIROGA, *El delito imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid, Poder judicial, Outubro-Dezembro, 1995, p. 238.

⁶ Nesta teoria não faz sentido a distinção entre autor, cúmplice e instigador.

⁷ Nos crimes de resultado, surge o problema da imputação objetiva do resultado à ação praticada pelo agente. Se, num primeiro momento, o conceito unitário de autor esteve ligado a uma teoria da causalidade que considera que é causa do resultado qualquer *condição sem a qual o resultado não teria tido lugar* (FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 324), na atualidade, o conceito unitário de autor não terá em conta todas as condições que deram causa ao resultado, mas apenas aquelas em que se tenha verificado um verdadeiro nexo causal: “aquelas que, segundo as máximas da experiência e a normalidade do acontecer – e portanto segundo o que é em geral previsível -, são idóneas para produzir o resultado” (FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 328). Só assim se pode entender o conceito de causalidade.

⁸ Cfr., HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, Granada, Comares, 1996, p. 321. JOSÉ GOMES BENITEZ, *El Dominio del Hecho en la Autoria*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, Jan-Abril, 1984, pp. 120-121.

preenchido com a prática de um facto pelo agente que, ao desrespeitar um dever de cuidado a que estava adstrito, tenha realizado uma contribuição causal que origine o resultado típico⁹.

Não faz sentido, desta forma, falar-se em relação de acessoriedade. Uma vantagem deste conceito unitário é a supressão das lacunas de punibilidade: mesmo que o tipo não preveja, realizada uma contribuição que possa ser imputada ao resultado, o agente é suscetível de ser punido.

Desta forma, segundo o conceito unitário: Autor de um crime negligente é todo aquele que, mediante uma ação que infringe o dever de cuidado a que se encontra adstrito, criando um risco não permitido/ pondo em perigo um bem jurídico, contribui para a consumação do crime. Todos os atos dos agentes (de realização ou auxílio da conduta típica) que, de alguma forma, contribuíram, provocaram e foram determinantes para a execução do crime poderão ser punidos a título de autoria¹⁰.

Nesta linha de pensamento, a única forma de autoria que se admite é a autoria imediata. A autoria mediata é desnecessária pois a infração do dever de cuidado admite-se mesmo quando o crime seja consumado por conduta de terceiro. A coautoria também não terá aplicação pois a divisão conjunta de trabalho não excluirá que dois ou mais sujeitos que violaram um dever de cuidado possam vir a ser responsabilizados na integralidade, caso estejam reunidos todos os pressupostos. Estaremos pois perante casos de autoria paralela negligente¹¹.

No entanto, são apontados aspetos negativos a este conceito unitário.

⁹ Nos crimes de mera atividade, não se suscitando a questão da imputação objetiva, o crime consumar-se-á pela realização de uma ação praticada pelo autor que viole um dever de cuidado ao qual se encontrava adstrito.

¹⁰ STRATENWERTH, *Derecho Penal: Parte General I, El Hecho Punible*, Navarra, Civitas, 2005, p. 441, considera que a ação é definida de modo diferente nos crimes dolosos e nos crimes negligentes pois nos crimes dolosos existe uma realização voluntária com vista ao resultado final. Não é possível responsabilizar, de modo primário, nos crimes negligentes, um dos participantes, pela realização do tipo. Consequentemente, deve-se adotar um conceito unitário de autor, sendo autor negligente todo aquele que tenha contribuído descuidadamente, causando o perigo que originou o resultado. BARJA DE QUIROGA também considera que não é possível, nestes crimes, a separação entre autor e participante, ob. cit., p. 238.

¹¹ PEÑARANDA RAMOS, ob. cit., p. 278; PÉREZ MANZANO, ob. cit., pp. 25, 26.

Um caso importante na jurisprudência espanhola, que chamou a atenção para os problemas da aplicação do conceito unitário de autor nos crimes negligentes, é a Sentença “*Vinader*” do Supremo Tribunal Espanhol.

Um jornalista publicou uma reportagem numa revista onde incluía detalhes pessoais de indivíduos de extrema-direita que se dedicavam a atividades violentas. Duas das pessoas mencionadas na reportagem foram assassinadas dois dias depois. Como os autores imediatos não foram encontrados, o jornalista foi condenado a sete anos de prisão como autor negligente, mesmo não se tendo conseguido provar em tribunal que foi por causa da reportagem que as vítimas foram assassinadas.

Foi uma decisão muito criticada pela doutrina espanhola¹² que desde logo considerou que não havia sequer umnexo causal. E desta sentença ainda se extrai o perigo de considerar que qualquer agente que aja negligentemente seja punido (ao estarem reunidos os vários pressupostos) como autor, independentemente da sua contribuição. Está-se assim a subverter o princípio da autorresponsabilidade na vertente negativa (exclusão da responsabilidade por atos de terceiros) e positiva (fundamentação da sua responsabilidade pela conduta ilícita praticada). No máximo, se se conseguisse provar que entre o seu ato e o resultado existia uma relação de causalidade, o jornalista seria um mero participante moral, agindo de forma negligente, sendo inconcebível vê-lo como um autor imediato do crime de homicídio negligente.

Considera-se ainda que se, por um lado, a adoção deste conceito vem acabar com as lacunas de punibilidade no direito penal, por outro, oferece uma menor precisão nas fronteiras da tipicidade, conduz a um excesso de punibilidade, excluindo uma punibilidade mais atenuada no caso de estarmos perante participantes, concentrando todo critério da pena a aplicar no plano da culpa, da censura ao agente¹³. Está-se assim, de uma certa forma, a subverter princípios básicos estruturais do direito penal.

¹² ROBLES PLANAS considera que esta sentença é um bom exemplo dos perigos de transformar uma conduta de participação negligente numa conduta de autoria negligente (ob. cit., pp. 1, 5, 12, 13); do mesmo modo, PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 122; LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 904; FEIJÓO SÁNCHEZ, *La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español*, El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Professor José Manuel Valle Muniz, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 237.

¹³ Mesmo ROXIN é da opinião de que o conceito unitário leva a uma considerável ampliação de punibilidade, não aceitável num Estado de Direito - *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*,

No direito alemão, o conceito unitário de autor na negligência encontra forte presença na lei penal alemã¹⁴: nos artigos que regulam a participação, exige-se tanto o dolo dos autores como o dolo dos participantes. Esta teoria é ainda corroborada pelo uso de expressões que induzem à noção de causalidade, na construção do tipo dos crimes negligentes – em comparação com conceitos muito mais restritivos na descrição dos crimes dolosos¹⁵.

Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 489. Ver ainda PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 120 e QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 613.

¹⁴ Nos termos do § 25 do Código Penal Alemão (StGB) – “Autoria”: “1 – *É punível como autor quem comete o facto punível, por si mesmo ou por intermédio de outrem; 2 – Se vários cometem o facto conjuntamente, cada um é punido como autor (coautor)*”. O §26 – “Instigação” - prescreve que “*é punido, como instigador, do mesmo modo que um autor, quem dolosamente determinou outrem ao facto ilícito cometido, dolosamente, por este*”. O § 27, sob o título “Cumplicidade”, considera punível (1) “*como cúmplice quem prestou auxílio, dolosamente, a outrem, no facto ilícito cometido dolosamente, por este*. (2) “*A pena do cúmplice determina-se em função da pena cominada para o autor. Ela será atenuada nos termos do §49, n.º 1*”. – (tradução realizada por CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata*, in Estudos em Homenagem a Cunhas Rodrigues, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, notas de rodapé n.ºs 5 e 6, p. 918).

¹⁵ MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 144; PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 26; ROBLES PLANAS refere que se num crime surgem vários comportamentos negligentes dignos de reprovação legal, que não se interligam entre si, então é perfeitamente aceitável a teoria alemã: pune-se cada um como autor negligente, surgindo então o conceito de autoria paralela. Se, por outro lado, as ações negligentes praticadas se interrelacionam (o que é o caso mais comum), e que só apenas a sua junção origina o resultado típico, já existirão incongruências na teoria de autoria unitária consagrada na doutrina alemã (ob. cit., pp. 1,2).

2.2. O Conceito Extensivo de Autor nos Crimes Negligentes

O conceito extensivo de autor¹⁶ surge como uma forma de extensão da punição do autor para além dos factos descritos no tipo de crime. Partindo da mesma premissa que o conceito unitário, todo o facto praticado pelo agente, que se revele causal, poderá ser digno de tutela penal no âmbito da autoria, independentemente da contribuição do sujeito para a perpetração do crime: vai, no entanto, permitir uma atenuação da pena para os agentes que tenham praticado um ato causal, mas não essencial à prática do crime, nos casos em que se justifique^{17/18}.

Este conceito extensivo foi adotado por Eduardo Correia no projeto do Código Penal. Segundo este autor, será *autor de um delito aquela pessoa ou pessoas que tiverem levado a cabo qualquer comportamento que esteja em nexó de causalidade com o preenchimento do respetivo tipo legal*. A consequência da adoção deste modelo seria a desnecessidade de normas de extensão da tipicidade na parte geral¹⁹.

Para GERMANO MARQUES DA SILVA, o termo participação corresponde ao “*facto ou ação individual de cada agente, de cada participante, que se insere no facto ou ação coletiva*” (diferentemente de grande parte da doutrina que o utiliza para se referir à participação acessória)²⁰. Deste modo, todos os agentes do crime são considerados participantes: participantes principais (autores) e participantes secundários

¹⁶ Para mais desenvolvimentos, *vide* SÓNIA FIDALGO, *ob. cit.*, p. 160; QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, p. 614; FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 760; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 447 a 449.

¹⁷ SÓNIA FIDALGO, *ob. cit.*, p. 161; QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.* p. 615; MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 390; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.^a Edição, 2007, p. 760.

¹⁸ Uma parte da doutrina, ao expor este conceito, completa-o com teorias subjetivas, visto ser difícil a partir de teorias objetivas a distinção entre autor e participante. Assim, será autor quem aja com ânimo de autor (*animus auctoris*) e participante quem aja com ânimo de participante (*animus socii*) – adotada durante vários anos pelo Tribunal Alemão, principalmente influenciado pela Segunda Guerra Mundial. No entanto, chegou-se à conclusão de que estas teorias subjetivas acarretam vários problemas, desde logo a de condenação de participantes como autores, mesmo que o agente não tenha preenchido todos os elementos do tipo, e autores como participantes, ainda que tenha executado todos os atos típicos. Para maiores desenvolvimentos, ver MIR PUIG, *ob. cit.*, pp. 390-391; JESCHECK, *ob. cit.*, pp. 591-593.

¹⁹ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, Coimbra: Almedina, 1968, pp. 89-90.

²⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2.^a Edição, 2015, p. 344.

(cúmplice). Enquanto os participantes principais “*realizam a ação típica, direta ou indiretamente, isto é, pessoalmente ou através de terceiros (dão-lhe causa)*”, os participantes secundários, “*não realizando a ação típica nem lhe dando causa, ajudam os autores a praticá-la*”²¹.

FIGUEIREDO DIAS considera que não é a teoria adotada pelo código penal português vigente²². Para além da inexistência de expressões que remetam para a noção de causalidade no artigo 26.º que de alguma forma possam levar a essa conclusão, o artigo 27.º exclui claramente do âmbito da autoria a cumplicidade, vista como uma forma de participação acessória.

²¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit., p. 357.

²² Ob. cit., p. 761.

2.3. O Conceito Restritivo de Autor nos Crimes Negligentes

O conceito restritivo de autor procede a uma distinção entre autores e participantes, considerando que apenas os autores realizam o tipo²³. Só mediante cláusulas extensivas da tipicidade, presentes na parte geral do código penal, se pode responsabilizar criminalmente os participantes, responsabilidade esta acessória da do autor.

Diferente do conceito unitário de autor, o conceito restritivo põe a tónica da autoria não nonexo de causalidade (também importante) mas na violação do dever objetivo de cuidado: autor não é aquele que traz qualquer contribuição causal para o resultado, mas apenas quem haja infringido, com a sua contribuição causal, um dever de cuidado a que estava adstrito. Embora estes elementos possam ser comuns a todos os intervenientes, mesmo nos crimes negligentes, existem pessoas que realizam o facto típico e pessoas que apenas contribuem para o atingir da consumação do crime²⁴.

O conceito restritivo é aquele que melhor se coaduna com a aplicação do princípio da autorresponsabilidade, pois concebe que a responsabilidade de cada agente seja limitada pela sua própria atuação: autores e participantes serão punidos de acordo com o papel que desempenharam no *inter criminis*.

Também este conceito está em harmonia com o princípio da tipicidade que vem impedir o alargamento dos limites dos tipos da parte especial que resultaria na transformação de participantes em autores negligentes (dar uma pistola, embora seja uma contribuição causal ao resultado típico, não é matar)²⁵. Os crimes negligentes têm carácter excepcional no nosso ordenamento jurídico. São considerados menos gravosos e com um menor desvalor em comparação com os crimes dolosos e por isso só devem ser punidos em situações pontuais. Ao se optar por um conceito unitário de autor nos crimes negligentes, estar-se-á a punir, como autores negligentes, casos que seriam tratados no âmbito da participação, nos crimes dolosos: tratamento mais duro para casos menos graves, além de ocorrer uma ampliação do número de crimes negligentes.

No nosso ordenamento jurídico a participação negligente não é suscetível de ser punida nos termos do artigo 26.º e do artigo 27.º. Ao se adotar este conceito para os

²³ Sobre este conceito ver, JESCHECK, ob. cit., pp. 589 e 590; MIR PUIG, ob. cit., pp. 392 e ss.; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., pp. 14 e 15; PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 27; HERNÁNDEZ PLASENCIA, ob. cit., p. 324.

²⁴ HERNÁNDEZ PLASENCIA, ob. cit., pp. 325-326.

²⁵ PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 120.

crimes negligentes, estaríamos a deixar impunes os casos de participação. Caso aplicássemos o conceito unitário de autor a estes crimes, os agentes, autores ou participantes, seriam punidos como autores²⁶.

A aplicação do conceito restrito de autor a ambos os crimes, dolosos e negligentes, surge reforçada pela “*neutralidade subjetiva*”²⁷, patente no artigo 26.º do CP, na descrição das diversas formas de autoria: não se exige dolo ou qualquer outro elemento subjetivo para a caracterização da autoria. A falta de descrição dos instrumentos que constituem autoria mediata e a falta de exigência de acordo de realização do facto na coautoria também são argumentos a favor do conceito restritivo²⁸.

²⁶ Ver PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 62.

²⁷ Do mesmo entendimento, tendo em conta o código penal espanhol, PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 69.

²⁸ Antes da entrada em vigor do novo Código Penal Espanhol, a maioria da doutrina defendia, no âmbito do direito penal espanhol, a aplicação deste conceito restritivo de autor, tendo como forte argumento o antigo artigo 565º do Código Penal Espanhol que referia que aquele que executasse um facto com especial malícia seria punido a título de negligência grosseira. Deste artigo extrai-se que não basta que a ação realizada seja causal ao resultado – para o autor responder por crime negligente é necessário que tenha realizado um facto típico, da mesma forma que realizaria se fosse um facto típico doloso: a realização do tipo é requisito necessário para haver punição, salvo nos seus elementos subjetivos. Desta forma, não é qualquer tipo de contribuição para o resultado final que faz com que o infrator seja um autor negligente. Com a entrada do novo código penal espanhol de 1995, pode-se questionar se o direito penal espanhol ainda acolhe um conceito restritivo de autor nos crimes negligentes. Primeiro, pelo aparecimento em vários tipos negligentes do verbo ‘causar’, tal como ocorre no direito penal alemão (sendo este um dos seus argumentos fortes para defesa do conceito unitário de autor nos crimes negligentes). Segundo, pelo acolhimento de um modelo de *numerus clausus* nos crimes negligentes, o que faz crer que crimes dolosos e crimes negligentes são distintos, podendo-se desta forma chegar a diferentes conclusões no instituto da autoria e participação. PÉREZ MANZANO considera que mesmo com o desaparecimento do artigo 536.º, impera no direito penal espanhol o conceito restritivo de autor nos crimes negligentes. Sobre este artigo ver: PÉREZ MANZANO, ob. cit., pp. 28 e ss., pp. 38 e ss, pp. 78 e ss.; CUERDA RIEZU, *Estructura de La Autoria en los Delitos Dolosos, Imprudentes y de Omisión en Derecho Penal Español, Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Centro de Publicaciones, 1992, p. 503; MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 147; MIR PUIG, ob. cit., p. 397; DIEZ RIPOLLÉS, *Política penal e de direito penal: estudos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 450 e ss..

3. Teorias e concepções básicas sobre a Autoria e a Participação

No capítulo prévio, expusemos três conceitos diferentes de autor: no conceito unitário, todos os intervenientes são considerados autores, independentemente da sua contribuição para a perpetração do crime; partindo da mesma premissa, o conceito extensivo vê todos os agentes do crime como autores, embora admita que possa haver uma atenuação da pena para os agentes cuja atuação não foi essencial à realização do crime; no conceito restritivo de autor, ao contrário dos dois primeiros, distinguem-se os autores dos participantes. No entanto, esta breve exposição não basta para se conseguir delimitar autores e participantes. É necessário perceber as teorias que precedem/ subjazem a estes conceitos e que dão forma ao que se entende por autoria e o que se entende por participação e quais os seus critérios de distinção: objetivos, subjetivos, objetivos/ subjetivos. São estas teorias que vêm moldar os diversos códigos penais, as opções seguidas pelo legislador no âmbito da comparticipação e só através delas se pode realmente perceber qual o critério seguido pelo nosso Código Penal tanto nos crimes dolosos como nos crimes negligentes.

3.1. Teoria Objetivo-Formal

Esta teoria²⁹ atende ao teor literal das descrições das ações dos tipos, considerando autor todo aquele que realiza um ato executivo descrito no tipo de crime em causa da parte especial. Qualquer outro comportamento causal não tipificado só poderia ser punido como participante.

As críticas que se fazem a esta teoria partem da sua mesma premissa: dá-se por assente que em todos os tipos de crime se sabe quais os atos de execução que têm de ser praticados para realizar o crime. Nos crimes de execução livre não há uma descrição dos atos que têm de ser praticados (podendo estes ser ilimitados) – um determinado ato será suscetível de preencher o tipo em causa. A distinção entre autores e participantes é bastante difícil por não se saber quais os elementos comportamentais que assumem relevo para essa divisão. Apesar de aceitar o conceito restritivo de autor por considerar

²⁹ Para maiores desenvolvimentos, *vide* JESCHECK, ob. cit., p. 590; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 18; QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 616; FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., pp. 759 e 760; MIR PUIG, ob. cit., pp. 392 e 393; LUZÓN PEÑA, *La Determination Objetiva del Hecho – Observaciones sobre la Autoria en Delitos Dolosos e Imprudentes de Resultado*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, Set - Dez, 1989, p. 892.

autor apenas quem preenche o tipo do crime praticado, a excessiva literalidade, que se traduz na não-aceitação da autoria mediata e coautoria (em relação aos autores que não realizaram integralmente o tipo de crime), faz com que não possa ser adotada³⁰.

3.2. Teoria Objetivo-Material

Embora tenha o objetivo de suprir os defeitos apresentados pela teoria objetivo-formal, a teoria objetivo-material vem, da mesma forma, efetuar a distinção entre autores e participantes no âmbito objetivo. Tenta ir mais além do que a mera descrição típica, ressaltando a importância objetiva da contribuição: será autor quem tiver realizado a ação essencial ao resultado³¹.

Assim, de acordo com uma *causalidade necessária*, autor será aquele que realizar o ato mais importante: o agente seria autor se o crime não se tivesse realizado sem a sua ação; o agente seria participante se, mesmo que não atuasse, o sucesso do facto criminoso não ficasse posto em causa.

Tal como a teoria objetivo-formal, deixa de fora o conceito de autoria mediata³², sendo que o critério da importância da contribuição nem sempre nos dará uma distinção clara entre autor e cúmplice por ser um critério muito abstrato: muitas vezes a causalidade necessária subsume-se em puro acaso, além de ser, em vários casos, impossível determinar se uma ação causal ao facto será ou não necessária³³.

³⁰ Da mesma opinião, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.05.2009 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.06.2009: “A teoria objetivo-formal em que o decisivo é apenas mas sempre a realização de algum ou de todos os atos executivos previstos no tipo legal. Teoria esta que foi abandonada por não oferecer critério de distinção entre a causalidade do facto e autoria, conduzindo à mesma amplitude do conceito extensivo de autor.”, disponíveis em www.dgsi.pt.

³¹ Sobre esta teoria, ver QUINTERO OLIVARES, ob. cit., pp. 616-617; MIR PUIG, ob. cit., p. 393.

³² Ver Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.05.2009 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.06.2009, disponíveis em www.dgsi.pt: “A teoria objetivo-material em que seria autor quem contribuisse objetivamente da forma mais importante (causa essencial) para o facto. Esta teoria foi abandonada por desconhecer o aspeto subjetivo na caracterização da contribuição para o facto, como por exemplo na autoria mediata”.

³³ Caso do farmacêutico que vende um abortivo a uma mulher que o ingere, praticando o crime de aborto. É muito difícil determinar se o farmacêutico é autor ou cúmplice, se a sua conduta foi essencial para o resultado. Na cidade provavelmente não seria essencial porque existem mais farmácias, mas numa aldeia

3.3. Teorias Subjetivas

Se a autoria e a participação não são suscetíveis de ser diferenciadas objetivamente, poder-se-á recorrer às teorias subjetivas. Segundo este critério³⁴, é autor quem realiza o ato criminoso com vontade de autor (“*animus auctoris*” – quer o facto como próprio) e participante quem apenas tem vontade de participante (“*animus socii*” – quer o facto como alheio).

Várias críticas são tecidas a estas teorias. Considera-se que a teoria subjetiva da participação é atentatória do princípio estrutural do direito penal vigente que se manifesta em tipos descritivos e delimitados de modo objetivo. O critério da vontade e da atitude interna dos intervenientes faz com que se abandone o plano do tipo para se passar a uma consideração sentimental de culpabilidade. Com esta teoria corria-se o risco de distinguir entre autores e participantes, consoante a atitude de cada um fosse mais ou menos censurável: mesmo que o agente não tivesse realizado o ato típico poderia ser punido como autor se se considerasse que a sua conduta tivesse sido mais censurável do que o agente que preenche o tipo da parte especial³⁵.

3.4. Teoria do Domínio do Facto

A teoria do domínio do facto³⁶ tem emergido no nosso direito português, sendo considerada, por grande parte da doutrina³⁷ e jurisprudência portuguesa³⁸, como a que

onde só existe uma farmácia, já poderia ser considerada essencial. No entanto, este raciocínio não faz sentido – ver FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 762.

³⁴ Para mais desenvolvimentos ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 16, JESCHECK, ob. cit., pp. 593; FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 764; GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit., pp. 359 e 360.

³⁵ Sobre este assunto, para maiores desenvolvimentos *vide* FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 765.

³⁶ Foi a Teoria Finalista, nascida na doutrina alemã, que construiu e impulsionou a teoria do domínio do facto, pensada exclusivamente para os crimes dolosos. Só a ação dolosa é considerada finalista, isto é, dirigida para a realização da lesão: para ser autor negligente é necessário a contribuição causal assim como a violação do dever de cuidado - todo o grau de concausalidade que origina o resultado típico, mediante uma ação que não observa o cuidado devido, ocorrerá sempre no âmbito da autoria.

Assim sendo, Welzel considera que a teoria finalista não tem aplicação nos crimes negligentes. No entanto, só a partir desta teoria se poderá compreender os crimes negligentes. Apenas o acontecimento causal não chega para caracterizar este tipo de crimes. É preciso observar as finalidades adotadas pelos autores negligentes e, só a partir destas, só a partir do fim das ações se poderá concluir se o sujeito violou

melhor corresponde às exigências da comparticipação nos crimes dolosos. O autor é visto como a "*figura central do sucesso da ação*"³⁹. É considerado senhor dos factos "*aquele que domina a execução típica, de tal modo que a ele cabe o papel diretor da iniciativa, interrupção, continuação e consumação da realização, dependendo estas, de forma decisiva, da sua vontade*"⁴⁰.

Tem como ponto de partida o conceito restritivo de autor, sendo autor não qualquer pessoa que intente uma contribuição causal ao resultado, mas sim a que realizar uma ação típica. O facto aparece como obra de uma vontade que se guia ao sucesso tendo em conta objetivamente o seu papel no *inter criminis*. Assim, só poderá ser autor quem, segundo a importância da sua contribuição objetiva, tem o domínio do facto. É critério desta teoria para se ser autor, a realização de todos os elementos do tipo, mas não se pode limitar esta afirmação ao seu teor literal. A interpretação dos tipos é algo mais do que a descrição da ação quando esta é realizada por vários autores. Assim podem ser

ou não o dever de cuidado a que estava adstrito (não se proíbe o ato de conduzir mas o ato de conduzir negligentemente). "*Uma ação negligente só pode ser típica se a sua direção real não corresponder ao cuidado necessário no tráfico jurídico e em sua consequência se há produzido um resultado típico*" - *La doctrina de la acción finalista, hoy*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1968, pp. 227-229. Sobre esta teoria ver ainda SALAZAR MARÍN, ob. cit., pp. 142, 144, 147; MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 143; PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 117.

³⁷ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., pp. 765 e ss.; CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da Tentativa no Coautor*, pp. 921 e ss.; SÓNIA FIDALGO, ob. cit., pp. 162-163; MARIA MARGARIDA PEREIRA, *A Comparticipação Criminosa depois do Código Penal de 1982: um regime intocado pelas revisões legislativas. Ensaio de uma crítica*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 798; TEREZA BELEZA, *Ilicitamente participado: o âmbito de aplicação do art.28 do código penal*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1991, pp. 589-658.

³⁸ Adotando a Teoria do Domínio do Facto, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.05.2009 refere: "*A teoria do domínio de facto atualizou-se em teoria objectiva-subjectiva em que o controlo final não requer apenas a finalidade mas ainda uma posição objectiva que determine o efectivo domínio do facto, combinando o ponto de partida do conceito restritivo de autor com uma certa flexibilidade na integração da autoria que engloba não só o autor material mas também a autoria mediata e o caso de co-autoria*". Da mesma forma, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.06.2009.

³⁹ ROXIN, *Autoría e Dominio del Hecho*..., p. 367.

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 767.

considerados autores, o autor mediato e os coautores, desde que estes possuam um domínio do facto⁴¹.

Para Roxin⁴², só os crimes dolosos podem ser considerados crimes de domínio. Distinguem-se dos delitos de deveres, pois enquanto nestes existe a violação de um dever especial, a que apenas está sujeita e preenche o tipo uma determinada categoria de pessoas, nos delitos de domínio ocorre a violação de deveres a que está sujeita a maior parte das pessoas. Nestes crimes terão de emergir outros critérios de autoria⁴³.

Não existe quem seja a figura central do acontecimento ou sequer uma repartição dos papéis, logo nunca poderá ser aplicado o critério do domínio do facto aos crimes negligentes: a consciência e vontade cedem lugar à violação de um dever de cuidado que cria um risco não permitido pelo direito. Contém elementos subjetivos incompatíveis com a essência do delito negligente⁴⁴.

Esta teoria não é isenta de críticas⁴⁵. Por se negar a enquadrar nessa teoria os crimes negligentes, ter-se-á de aplicar dois conceitos de autor distintos: nos crimes dolosos,

⁴¹ JESCHECK, ob. cit., p. 593; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 19.

⁴² ROXIN afasta a adoção da teoria do Domínio do Facto nos crimes negligentes. Em anteriores edições considerava que se tratava de crimes onde existiam deveres especiais de cuidado, tal como ocorre nos crimes de mão própria e nos crimes omissivos. No entanto, nas edições mais recentes da sua obra, considera que os crimes negligentes não são crimes de violação de deveres de cuidado considerando que se trata apenas de um problema de imputação objetiva - *Autoría e Dominio del Hecho...*, p. 743. Por sua vez, LUZÓN PEÑA (ob. cit., pp. 891-892) considera que se está a sobrecarregar indevidamente o âmbito da imputação objetiva. Antes de se perguntar se um determinado resultado se pode imputar a uma ação típica, há que esclarecer se esta é verdadeiramente uma ação típica, e de que tipo de ação típica se trata: autoria ou participação (no caso da participação, pode uma ação ser típica e mesmo assim não se poder imputar objetivamente a conduta ao participante, nos termos do princípio da acessoriedade, se o ato praticado pelo autor não for ilícito, ou porque simplesmente o legislador decidiu não punir a participação negligente).

⁴³ ROXIN, *Autoría e Dominio del Hecho...*, pp. 385 e ss.; pp. 434 e ss.; 497 e ss. e CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da Tentativa no Coautor*, pp. 921, 922; HERNÁNDEZ PLASENCIA, ob. cit., p. 327. Refere ainda SÓNIA FIDALGO, ob. cit., pp.163-164, que o problema da autoria e participação negligente foi pouco tratado na teoria alemã que o subsume ao conceito unitário de autor, devido a uma grande influência do finalismo desenvolvido por Welzel.

⁴⁴ Para mais desenvolvimentos ver: FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 893; SÓNIA FIDALGO, ob. cit., p. 164; MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 148.

⁴⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., pp. 19; QUINTERO OLIVARES, ob. cit., pp. 618-619; FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 768; MIR PUIG, ob. cit., p. 395.

aplicação do conceito restritivo de autor; nos crimes negligentes, aplicação do conceito unitário de autor⁴⁶. Na coautoria, vai-se proporcionar uma ampliação do conceito de autor incoerente com o conceito restritivo de autor. Além disso, não é fácil determinar e definir qual o contributo de cada um para o resultado típico.

3.5. Teoria da Determinação Objetiva do Facto

Segundo esta teoria⁴⁷, autor é o sujeito que assume uma conduta que realiza integralmente um dos tipos da parte especial (só desta forma se encontra consonância com o conceito restritivo de autor). Para esta teoria autor é quem *determina/ domina objetivamente e positivamente o facto*.

Segundo a conceção clássica da Teoria do Domínio do Facto, são essenciais elementos subjetivos – visa a direção final – e, por isso, esta teoria não pode ser adotada aos crimes negligentes pois os seus agentes não visam o resultado final⁴⁸.

O que é certo é que também nos crimes dolosos existe um domínio objetivo do facto: a conduta realizada pelo agente terá de controlar ou determinar o curso dos acontecimentos até ao resultado. A este controlo objetivo se junta a componente subjetiva: a vontade consciente do autor. O que a teoria do Domínio Objetivo do Facto faz é manter a componente objetiva da teoria clássica e retirar a componente subjetiva: o dolo. Segundo esta doutrina, o domínio do facto não pressupõe o dolo do agente⁴⁹.

É verdade que as palavras “domínio do facto” dão a ideia de atuação querida e premeditada pelo agente, pelo dono do facto. Existe por isso uma dificuldade linguística de conciliação destes conceitos com a falta de vontade (e na negligência inconsciente, falta de conhecimento) que define os crimes negligentes. Dessa forma, LUZÓN PEÑA⁵⁰ considera que se deve renunciar a falar de um domínio objetivo do facto e sim

⁴⁶ LUZÓN PEÑA (ob. cit., p. 890) considera que a adoção do conceito unitário de autor, nos crimes negligentes, é um pensamento atrasado comparável a anteriores fases dogmáticas quando o finalismo negava a existência de ação reconduzindo-a ao puro processo causal.

⁴⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., pp. 19; LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 892; MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 148.

⁴⁸ LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 892.

⁴⁹ PÉREZ MANZANO, ob. cit., pp. 32 e ss.; LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 893; MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p.148.

⁵⁰ LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 895.

destacar a *base objetiva do domínio do facto como característica objetiva da conduta que permite apreciar a autoria e participação negligente*. Essa característica, aliada à vontade consciente, traduz-se num autêntico domínio do facto nos crimes dolosos. E a verdade é que por muito que se tenha consciência e vontade, se não se domina objetivamente o facto, não se é autor - se o sujeito quer dominar e controlar a ação, mas objetivamente não a domina, a sua conduta será meramente tentativa⁵¹.

Assim, só será autor negligente aquele cuja conduta determina objetivamente e positivamente a produção do resultado, o chamado *domínio potencial do facto*⁵². O domínio ou controlo objetivo do facto far-se-á independentemente da vontade do agente, se a conduta está apta a controlar e a determinar o curso dos acontecimentos até ao resultado típico⁵³.

Esta teoria considera que pode haver as mesmas classes de autoria que existem no dolo, desde que a conduta dos participantes determine objetivamente a produção do resultado⁵⁴.

Não faz sentido que um cúmplice que participe num crime doloso tenha uma atenuação da pena, enquanto que um cúmplice num crime negligente seja punido como autor⁵⁵.

Contudo, os mesmos autores que defendem esta teoria, consideram que a participação negligente não deve ser punida, nos termos do princípio da *ultima ratio* do direito penal.

Esta teoria concebe a coautoria negligente quando duas ou mais ações de pessoas distintas se entrelaçam e determinam objetivamente o resultado típico. O acordo que deve existir não é um acordo de realização do resultado típico, mas acordo na realização da ação e nomeadamente na violação do dever de cuidado que impende sobre os

⁵¹ Por outro lado, HERNÁNDEZ PLASENCIA considera aplicável a teoria do domínio do facto nos casos de negligência consciente pois o controlo do sucesso do resultado seria idêntico aos casos de dolo eventual, uma vez que segundo esta teoria não se dependeria da vontade do sujeito de querer ou não praticar o crime. Já isso não aconteceria na negligência inconsciente, ob. cit., pp. 339, 342. Ver ainda, PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 34; MARIA INÉS LENNON, ob. Cit., p. 149.

⁵² LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 895.

⁵³ MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 149.

⁵⁴ LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 898.

⁵⁵ SÓNIA FIDALGO, ob. cit., p.166, nota de rodapé.

intervenientes. Caso não haja esse acordo estaremos perante casos de autoria paralela negligente⁵⁶.

Esta teoria tem como vantagens a possibilidade da sua aplicação a crimes dolosos e negligentes, evitando ainda extensões na coautoria, que não se coadunam com o conceito restritivo de autor.

Por outro lado, críticas também lhe são apontadas. Existe uma desvalorização quase total da componente subjetiva, considerada, para muitos, imprescindível no domínio do facto⁵⁷, assim como oferece um conceito de autor demasiado restrito, principalmente na coautoria.

⁵⁶ MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 149.

⁵⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 20, não dúvida da importância do elemento subjetivo e da sua influência; trata-se apenas de destacar o que é próprio, característico e exclusivo da autoria.

4. A Negligência no Código Penal – Direito Comparado e Direito Penal Português

Autor de um crime negligente⁵⁸ é aquele que, infringindo o dever de cuidado exigido, cria ou potencia um perigo proibido que se concretiza na consumação do crime. Na negligência, o autor não ambiciona a concretização do delito. No entanto, uma desatenção ao dever de cuidado que impende sobre si, criando um perigo e violando um bem jurídico, faz com que a sua conduta, não premeditada, possa ser punida. Sempre que não se trate de um crime de execução livre, para ser punido, o agente tem de realizar também os elementos da ação.

A punibilidade da negligência é justificada politico-criminalmente quando está em causa a lesão de bens jurídicos dignos de tutela penal e a contenção de fontes de perigo para a comunidade. Cada vez mais, surgem crimes negligentes cujas consequências podem ser tão ou mais gravosas que os crimes dolosos⁵⁹.

Nos termos do artigo 13º do Código Penal, só será punível o facto praticado com negligência nos casos especialmente previstos na lei. Foi assim adotado, pelo nosso Código Penal, o modelo do *numerus clausus* (em contraposição ao modelo do *numerus apertus*). Nestes termos, só serão punidos os crimes negligentes taxativamente determinados na lei (princípio da tipicidade) e, regra geral, os factos praticados de forma negligente não serão punidos (princípio da intervenção mínima)⁶⁰.

⁵⁸ Sobre o conceito, ver JESCHECK, ob. cit., p. 596; FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 894; FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA, ob. cit., p. 87; MIR PUIG, ob. cit., p. 287. MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 143. Para QUINTERO OLIVARES (ob. cit., pp. 354-355), os crimes negligentes consistem “*na execução do tipo objetivo doloso, por violação de um dever de cuidado, seja porque o autor ignorou a existência desse dever, criando uma mesma situação de perigo, seja porque, conhecendo esse dever, o autor considerou que o resultado não se iria produzir, realizando uma ação que objetivamente pode ser imputada a si*”.

⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 355; FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 860, considera que no âmbito da “Sociedade de Risco” surgem fontes de perigo cada vez mais graves para as pessoas em comunidade - atos que resultam de um comportamento negligente podem ser tão nefastos como o resultado que advém dos crimes dolosos, discutindo-se até se moldura penal máxima dos crimes negligentes não deverá ir para além da pena mínima aplicável aos crimes dolosos.

⁶⁰ PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 34.

Uma questão controversa⁶¹ é saber se a cláusula de *numerus clausus* se aplica apenas à parte especial ou também se aplica aos artigos da parte geral. Se se aplicar apenas à parte especial, poderemos afirmar que, embora os artigos que regulam a autoria e participação não mencionem, no caso da autoria, a sua aplicação aos crimes negligentes, isso não implica que não possa existir comparticipação negligente. Caso se aplique também à parte geral, ao não mencionar a negligência, esta estará excluída das situações de comparticipação, imperando um conceito unitário de autor nos crimes negligentes⁶².

O certo é que se se concordasse com a incidência da cláusula também sobre a parte geral, isso implicaria a impunidade da negligência por omissão (o artigo 10.º não faz menção à negligência). Também este argumento serve para a tentativa: não valeria a pena a menção de dolo se a cláusula se aplicasse⁶³. E o mesmo raciocínio para outras normas da parte geral que não mencionam a negligência. Além disso, os próprios artigos 26.º e 27.º ao exigirem dolo nos participantes (instigador e cúmplice) corroboram esta teoria: não seria necessária a menção se a cláusula se aplicasse à parte geral.

No artigo 15.º do Código Penal, encontramos a distinção entre negligência consciente e negligência inconsciente. Se o autor considerar a consumação do crime como possível, embora não se conforme com esse desfecho, estaremos perante um caso de negligência consciente. Será negligência inconsciente se, por outro lado, o autor nem sequer chegar a representar que da sua ação possa advir determinada infração penal⁶⁴.

⁶¹ Debatida especialmente pela doutrina espanhola, embora com peculiaridades comparativamente com a cláusula do direito penal português: ver PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 90; MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 153 (considera que ao sistema de *numerus clausus* imposto aos crimes negligentes não é de aplicação na parte geral).

⁶² PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 82. A cláusula de *numerus clausus*, para quem adote um conceito unitário de autor, pode levar a consequências no princípio da intervenção mínima, pelo facto de se considerar todo e qualquer comparticipante como autor negligente por ação causal praticada na perpetração do crime.

⁶³ PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 90, citando Burgstaller, “Orz”, 1975, p. 29.

⁶⁴ Para a distinção ver MIR PUIG, ob. cit., p. 290.

Para uma parte da doutrina, a negligência consciente será mais digna de censura pois o agente ao representar o facto teria um poder maior no impedimento da sua concretização ou, pelo menos, de constatar o perigo que poderia estar a causar⁶⁵.

O tipo objetivo do crime negligente só estará preenchido caso o agente viole um dever de cuidado a que se encontrava adstrito.

Uma parte da doutrina, com especial relevo para ROXIN⁶⁶, considera que o crime negligente não é um crime de violação de deveres, tratando-se apenas de um problema de imputação objetiva: o elemento da infração do dever de cuidado é mais abstrato e dessa forma prescindível. O que está aqui em causa é a criação de um risco não permitido – que é o que realmente caracteriza o tipo objetivo destes crimes.

FIGUEIREDO DIAS⁶⁷ não concorda com o pensamento de Roxin, referindo que subsumindo simplesmente a tipicidade dos crimes negligentes a um problema de imputação objetiva, este não será um critério suscetível de aplicação aos crimes de mera atividade, já que a imputação não faz parte deste tipo de crimes⁶⁸. Além disso, o artigo 15.º do Código Penal do nosso ordenamento jurídico é claro quando refere que é punido quem não proceder com o cuidado, praticando um facto que preenche um tipo de crime: abarcando os crimes de resultado e de mera atividade. A violação do dever do cuidado

⁶⁵ ROXIN, *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*, Madrid, Civitas, 1997, p. 1019 considera a negligência consciente mais digna de censura. FIGUEIREDO DIAS (ob. cit., p. 862) considera que a distinção faz sentido para estabelecer *requisitos puramente psicológicos* que podem existir na ação negligente, não se estando perante uma conduta mais grave em caso de negligência consciente, pois o facto de o agente nem sequer ter representado, quando o era exigido, é tão digno de censura como o ter representado mas não o ter conseguido evitar. O próprio legislador não distinguiu, não atribuiu maior relevância à negligência consciente ou inconsciente: só na determinação da medida da pena, é avaliada a gravidade com que, concretamente, o arguido realizou o facto, o seu grau de ilicitude e de culpa. JESCHECK (ob. cit., p. 596) considera que esta distinção tem relevância no plano da autoria e participação, considerando que na negligência inconsciente não poderá haver distinção entre autor e participantes, porque não há previsão, pelos intervenientes, do resultado típico e, dessa forma, não se poderá falar no domínio do sucesso por qualquer deles. Por sua vez, na negligência consciente, já poderá haver distinção entre autoria e participação porque aqui os intervenientes preveem o resultado como possível. Simplesmente não é concretizável porque o código só pune a participação dolosa. Para FIGUEIREDO DIAS, o critério do domínio do facto não é aplicável nem à negligência consciente nem à inconsciente, ob. cit., p. 893.

⁶⁶ ROXIN, *Derecho Penal: Parte General...*, p. 1000; ROXIN, *Autoría e Dominio del Hecho...*, p. 743.

⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 869.

⁶⁸ Do mesmo modo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 111.

é, mais do que um simples critério de imputação objetiva, um momento do próprio conteúdo de toda a norma de comportamento⁶⁹.

A afirmação de que também existe violação de um dever de cuidado nos crimes dolosos não procede, pois quando se fala de violação de cuidado em crimes negligentes entende-se a *“violação das exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respectiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo objetivo de ilícito”*⁷⁰.

⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 869.

⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 870.

5. A Negligência na Participação

A participação, no código penal português, encontra-se regulada nos artigos 25.º a 29.º. Na parte especial, apenas se prevê a hipótese de o crime ser realizado por um único agente. Como nem sempre isso ocorre, existe na parte geral uma cláusula de extensão da tipicidade aos casos em que o crime é perpetrado por dois ou mais agentes. O artigo 26.º descreve e prevê os vários tipos de autoria: autor imediato (“*quem executar o facto, por si mesmo*”); autor mediato (“*quem executar o facto por intermédio de outrem*”); coautor (“*quem tomar parte direta na execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros*”). Prevê ainda a punição, como autor, do instigador (“*quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*”)⁷¹. No artigo 27.º pune-se o cúmplice (“*quem dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio moral e material à prática por outrem de um facto doloso*”).

Constata-se ainda que no artigo 26.º, nas formas de autoria, impera uma neutralidade subjetiva: não existe qualquer expressão que seja característica e sugestiva de aplicação exclusiva aos crimes dolosos⁷².

Nos crimes dolosos, o nosso sistema português não se coaduna com o conceito unitário de autor⁷³. Da análise dos artigos supra referidos, retira-se que o código penal

⁷¹ O Instigador embora seja punido como autor é participante: o que caracteriza a participação é a acessoriedade – a punição está dependente de uma determinada quantidade e qualidade do facto – o instigador, mesmo que aja, só poderá ser punido caso o instigado pratique atos de execução. No mesmo sentido, CONCEIÇÃO VALDÁGUA, ob. cit., pp. 918 e 919, nota de rodapé n.º 8; TEREZA BELEZA, *Ilicitamente Participado...*, p. 597; SÓNIA FIDALGO, ob. cit., p. 162. Por outro lado, FIGUEIREDO DIAS considera o instigador um verdadeiro autor que tem o domínio da decisão de praticar o facto, ob. cit., p. 797.

⁷² Ver MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 148 - embora no Código Penal espanhol nem se exija dolo nos participantes.

⁷³ Tal como ocorre no sistema alemão e espanhol.

Já elencados anteriormente os artigos do Código Penal Alemão que descrevem os vários agentes do crime, narram-se agora os artigos do Código Penal Espanhol de 1995. Nos termos do artigo 27.º, “*são responsáveis criminalmente, pelos factos praticados, os autores e os cúmplices*”. O artigo 28.º considera autores, “*quem realizar o facto por si, conjuntamente, ou por intermédio de outrem que sirva como instrumento. Também são considerados autores a) os que induzem diretamente outro ou outros a executar o facto; b) os que cooperam na execução do facto com um ato essencial para a sua realização*”. O artigo 29.º prescreve que “*são cúmplices os que, não se encontrando compreendidos no artigo anterior, cooperam na execução do facto com atos anteriores ou simultâneos*”.

português adota um conceito restritivo de autor, aceitando uma divisão entre autores e participantes.

A maioria da doutrina⁷⁴ e da jurisprudência⁷⁵ aplica aos crimes dolosos a teoria do domínio do facto, desenvolvida e aprimorada por Roxin⁷⁶, que se desdobra em três formas: domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade.

O número de crimes negligentes reconhecidos no código penal português é muito inferior comparativamente aos crimes dolosos. Aliás, para haver crime negligente, o agente tem de realizar o tipo integralmente, não havendo punição para a tentativa negligente⁷⁷.

Além disso, nos termos do artigo 27.º, o cúmplice, para ser punido, tem de agir dolosamente, auxiliando o autor a praticar um facto doloso. Daqui extrai-se que não pode existir cumplicidade negligente nem cumplicidade dolosa em autoria negligente. Da mesma forma, o instigador tem de agir de forma dolosa, nos termos do artigo 26.º⁷⁸.

Em relação a estes crimes, a maioria da doutrina portuguesa⁷⁹ considera que não existe nos crimes negligentes um controlo da vontade por parte do autor, elemento

⁷⁴ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa no co-autor...*, p. 922; SÓNIA FIDALGO, *ob. cit.*, p. 163; FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pp. 765 e ss. (que, como se viu, considera o instigador um verdadeiro autor tendo o domínio da decisão); PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 142; TERESA BELEZA, *A Estrutura da Autoria nos Crimes de Violação de Dever – Titularidade vs Domínio do Facto*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, Aequitas e Editorial Notícias, julho - setembro de 1992, pp. 338 e ss..

⁷⁵ Ver: Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18.06.2009; de 15.04.2009; de 31.03.2004; de 27.05.2009; de 18.10.2006; de 15.02.2007. Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 29.09.2010; de 03.07.2013; de 12.09.2007; de 27.06.2012; de 11.05.2011; de 23.05.2012; de 30.10.2013; de 04.05.2005. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17.06.2013 e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11.03.2014. Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁷⁶ ROXIN, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, pp. 151 e ss..

⁷⁷ FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pp. 866; CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, pp. 308-309.

⁷⁸ Questiona-se se os casos de participação negligente, cuja doutrina e jurisprudência punem como autoria negligente, adotando um conceito unitário de autor, devem ser punidos desta forma, tendo o legislador excluído a participação negligente, atendendo ao carácter excepcional de punição dos crimes negligentes.

⁷⁹ SÓNIA FIDALGO, *ob. cit.*, p. 165; FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 866; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 111; CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *ob. cit.*, p. 130 e ss.; TEREZA BELEZA, *Ilicitamente Comparticipado...*, p. 593; ELSA SEQUEIRA, *O Artigo 3.º do Decreto-lei n.º 28/84 de 20 de janeiro e o Regime Geral de Comparticipação*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa,

essencial à teoria do domínio do facto. Dessa forma, só o conceito unitário de autor consegue atender aos aspetos e justificar o papel de várias pessoas na realização de um crime negligente. Também a maioria da jurisprudência portuguesa considera que não é possível haver comparticipação nos crimes negligentes⁸⁰.

1997, pp. 57 e ss. Como vimos anteriormente, na doutrina espanhola, grande parte dos autores adota um conceito restrito de autor, embora considerando impune a participação negligente.

⁸⁰ No **acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03.02.2010** (disponível em www.dgsi.pt) tratava-se de um crime específico próprio presente no artigo 277.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, do Código Penal. O tribunal considerou que uma vez que “*o arguido não tinha nenhuma qualidade pessoal que lhe permitisse desenvolver uma daquelas atividades profissionais, a comunicabilidade dessa circunstância a um extraneus só poderia ocorrer se estivéssemos perante um caso de comparticipação, o que, como se sabe, apenas pode ocorrer nos crimes dolosos*”. Neste caso, estava-se perante uma “*combinação própria de dolo e de negligência (em que a ilicitude da conduta apenas existe se e quando for produzido o resultado de perigo negligente), não podendo haver lugar a situações de comparticipação e, conseqüentemente, não podendo ocorrer a comunicabilidade da qualidade especial do agente a um extraneus*”. Do mesmo modo, foi decidido no **Acórdão da Relação de Guimarães de 15.10.2012** (disponível em www.dgsi.pt). No **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.01.2009**, (disponível em www.dgsi.pt) teve como tema a negligência considerando que “*essencialmente, não admite tentativa, nem, segundo a doutrina alemã, comparticipação, porque apenas se coaduna com a atuação paralela, acessória ou colateral ou ainda com a autoria mediata (pela dolosa utilização da conduta negligente de outrem)*”. No **acórdão da Relação do Porto de 04.03.2015** disponível em www.dgsi.pt, os Arguidos J, I, K (médicos) e O (enfermeira) foram acusados, como autores materiais de um crime de homicídio por negligência nos termos do artigo 137/1/2. O Arguido I requereu a abertura da instrução, pronunciando-se o Juiz de Instrução pela não pronúncia do Arguido. O Ministério Público interpôs recurso dessa decisão. Neste acórdão considerou-se que o recurso se encontra limitado à apreciação da bondade ou correção do juízo *a quo* de não indicição da responsabilidade criminal do Arguido I, mas já não em relação aos outros arguidos. Mais acrescentou que “*a apreciação que infra se efetuará quanto a Arguido I... não é aqui de extrapolar ut art 403-3 do CPP quanto a Otorrino J... e Anestésista K... e Enfermeira O..., por não se verificar entre os 4 Arguidos a hipótese «comparticipação» do art 403-2-e do CPP, por inexistir a categoria lógica «coautoria material de negligência» [83] por aí não ser concebível uma consciência pelo menos bilateral de cooperação mútua e recíproca no iter criminis do resultado típico que então é objeto de «condomínio do facto» querido por todos os seus agentes.*”

Em contraposição com estes Acórdãos, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17/09/2014, disponível em www.dgsi.pt, veio negar provimento ao recurso interposto pelos arguidos “A... , Lda”, B... e C... e manter a douta sentença recorrida que decidiu condenar estes arguidos pela prática, em coautoria material e na forma consumada, de um crime de especulação (previsto e punido nos termos do 35.º, n.ºs 1, al.c), e 3, 4 e 5 do DL 28/84, de 20.01) praticado por negligência.

Cabe agora analisar os vários preceitos da parte especial do Código Penal Português que tipificam crimes negligentes.

Como é visível através da leitura da parte especial do Código Penal, várias vezes o legislador remete os crimes negligentes, indiretamente, para os crimes dolosos, ao utilizar o mesmo verbo típico ou a mesma expressão para descrever a modalidade dolosa e negligente⁸¹.

Outras vezes, deparamo-nos, na parte especial do Código Penal, com crimes negligentes em que o legislador não descreve o facto, simplesmente remetendo para os tipos dolosos⁸², tendo só a partir destes conhecimento do tipo negligente suscetível de ser punido criminalmente⁸³.

Ao contrário do que sucede no direito penal alemão⁸⁴ e mesmo no direito penal espanhol, nenhum dos crimes (de resultado) negligentes explanados no Código Penal Português, contém expressões associativas da relação de causalidade que justifiquem a adoção, para estes crimes, do conceito unitário de autor: existe uma identidade objetiva

⁸¹ Isso verifica-se no crime de homicídio negligente (artigo 137.º do Código Penal) – cuja expressão é idêntica ao tipo doloso do artigo 131.º (“quem matar outra pessoa... é punido...”). Da mesma forma, ver crime de ofensas à integridade física por negligência, artigo 148.º comparativamente ao tipo doloso do artigo 143.º (“Quem... ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido...”). Ver ainda, crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas - artigo 292.º (“quem, pelo menos a título de negligência, conduzir veículo...”), crime de embriaguez e intoxicação (artigo 295.º).

⁸² Ver PÉREZ MANZANO, ob. cit., pp. 46 e 47. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 870.

⁸³ É exemplo disso o crime de incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas por negligência (n.º 2 e 3 do artigo 272.º) que remete para o tipo doloso (artigo 272.º/1): “se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido...”; “se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência”. Outros exemplos podem ser encontrados no crime de incêndio florestal (artigo 274.º), no crime de infração de regras de construção, dano em instalações e perturbação de serviços (artigo 277.º), crimes de danos contra a natureza (artigo 278.º), crime de poluição (artigo 279.º), crime de perigo relativo a animais ou a vegetais (artigo 281.º), crime de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais (artigo 282.º), crime de propagação de doença, alteração de análise ou de receituário (artigo 283.º), crime de atentado à segurança de transporte por ar, água ou caminho-de-ferro (artigo 288.º), crime de condução perigosa de meio de transporte por ar, água ou caminho-de-ferro (artigo 289.º), crime de atentado à segurança de transporte rodoviário (artigo 290.º), crime de condução perigosa de veículo rodoviário (artigo 291.º).

⁸⁴ Ver artigo 26.º, 27.º e 28.º do Código Penal Alemão. Ver ainda MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 144.

da conduta entre o crime doloso e o crime negligente - também no crime negligente se exige a realização da conduta⁸⁵.

Tendo em conta que a punição dos crimes negligentes é excecional, não será uma contradição a aplicação deste conceito que vai alargar desmesuradamente o âmbito dos crimes negligentes?

⁸⁵ PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., pp. 123; CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início da tentativa do coautor...*, p. 154; Da mesma forma, mas em relação ao direito penal espanhol, ROBLES PLANAS, p. 6 (embora haja expressões que remetam para uma relação de causalidade no direito espanhol).

5.1. Algumas Considerações

Na sequência da análise que se fez dos vários conceitos de autor e das várias teorias sobre autoria e participação, da negligência e da comparticipação nos crimes negligentes no direito comparado e no direito português, sente-se a necessidade de fazer uma apreciação e estabelecer algumas considerações/ conclusões que, posteriormente, terão repercussão no modo como se abordarão as várias formas de autoria e participação.

Tendo como base os artigos 26.º e 27.º do Código Penal, podemos ver que o legislador optou pela adoção do conceito restritivo de autor. Existe uma clara distinção entre autores e participantes, não sendo qualquer comportamento causal punido a título de autoria. E essa é a opinião maioritária da doutrina e da jurisprudência portuguesa, pelo menos, em relação aos crimes dolosos.

Mesmo em relação aos crimes negligentes, este é o conceito que melhor se coaduna e responde às exigências que se vão formando. O próprio Código Penal harmoniza-se com a sua adoção aos crimes negligentes, ao prever a punição dos participantes apenas a título doloso, nada mencionando em relação aos autores. Se o conceito unitário de autor para os crimes negligentes estivesse patente e certo na nossa lei, escusava de constar na parte geral, na norma de extensão de tipicidade dos artigos 26.º e 27.º, a exigência da punição da participação apenas a título doloso. Isso resultaria da própria natureza dos crimes negligentes.

Nos crimes dolosos impera a teoria do domínio do facto: existe componente objetiva, mas também subjetiva - é imperioso que haja vontade e consciência. É o que os caracteriza: autor de um crime doloso é aquele que domina a ação, almejando a consumação do crime.

A componente subjetiva desta teoria não permite a sua adoção aos crimes negligentes: não se quer o resultado, não há vontade e consciência da prática de um crime. No entanto, isso não significa que, por os crimes negligentes não se poderem subsumir a esta teoria, se tenha necessariamente de os remeter para as puras teorias objetivas da causalidade e, nomeadamente, enquadrá-los, no conceito unitário de autor. Não existe uma única expressão que se refira à causalidade no nosso código penal (como anteriormente constatado através da exaustiva análise a cada um dos tipos negligentes da parte especial). A maioria dos crimes negligentes é construída linguisticamente da mesma forma dos crimes dolosos (ou através de remissão para estes). Além disso, se é

verdade que não existe um domínio do facto como nos crimes dolosos, pois aqui a consumação do crime não é desejada, há pelo menos um domínio objetivo da ação. O autor negligente, ou os autores negligentes, têm o poder de controlar o facto que praticam: se não tiverem o cuidado exigido e violarem um dever a que se encontram adstritos, vão realizar um dos tipos da parte especial. Particularmente, nos crimes materiais, os autores negligentes não querem o resultado, mas querem praticar o facto digno de reprovação. Não têm vontade do resultado, mas a conduta dos agentes determina *positiva e objetivamente [a]o resultado típico*.

Assim, em vez de se aplicar a teoria do domínio do facto e o conceito restritivo de autor para os crimes dolosos, e teorias objetivas e conceito unitário de autor para os crimes negligentes, aplicamos o mesmo conceito restritivo de autor para ambos, através da teoria do domínio do facto para os crimes dolosos e de uma teoria de *determinação objetiva da ação* para os crimes negligentes.

Embora se aplique o conceito restritivo de autor, estamos na mesma a recorrer a duas teorias distintas para crimes dolosos e crimes negligentes. A teoria da determinação objetiva foi criada com o propósito de unificar e explicar a autoria nos crimes dolosos e nos crimes negligentes. No entanto, não concordamos com a aplicação desta teoria a ambos os crimes. Não se pode esquecer a diferente estrutura existente entre crimes dolosos e crimes negligentes. O tipo subjetivo nos crimes negligentes é quase inexistente⁸⁶. Ao contrário, o tipo subjetivo nos crimes dolosos é essencial: para que o dolo do tipo se afirme é necessário que o agente tenha conhecimento e vontade. Desta forma, retirar toda a componente subjetiva dos crimes dolosos para fundamentar a autoria e a participação seria distorcer a realidade. Só a teoria do domínio do facto compreende e valoriza os elementos objetivos e subjetivos do tipo dos crimes dolosos.

Surge então a questão: como definir o(s) autor(es) de um crime negligente? Autor de um crime negligente é aquele que, realizando os vários elementos do tipo, violando um dever de cuidado a que se encontrava adstrito, pratica uma ação determinante para a consumação do crime: se não a realizasse, o curso dos acontecimentos que levaram à

⁸⁶ Cfr. STRATENWERTH nega a existência de um tipo subjetivo nos crimes negligentes, ob. cit., p. 418; FIGUEIREDO DIAS refere que o tipo negligente não fica completo com a violação do dever de cuidado, importando ainda uma representação imperfeita ou não representação da realidade. Não obstante, questiona se é possível falar num verdadeiro tipo subjetivo nos crimes negligentes, ob. cit., p. 887 e 888.

perpetração do crime seria interrompido, exercendo desta forma, um domínio objetivo sobre a ação.

Embora esta definição delimite o que se considera ser o autor negligente, isolada poderá implicar uma recaída para o conceito extensivo de autor: a linha entre autor e participante é ténue, não sendo a essencialidade ou a importância da conduta fatores suficientes para a distinção que se pretende fazer. Não obstante, a diferença entre autor e participante não precisa de ser encontrada em conceitos de determinação e essencialidade: se M deixa a arma na mesa, descuidadamente, P pega e, sem saber que estava carregada, dispara e mata S, M foi tão determinante para a produção do resultado quanto P. A diferença encontrar-se-á assim com ‘o auxílio’ da cláusula de extensão da tipicidade consagrada na parte geral do Código Penal. Se, no exemplo referido, as condutas de M e P fossem consideradas dolosas, P preencheria (em princípio) o tipo do artigo 131.º do Código Penal Português: homicídio doloso. M, por sua vez, não preencheria o tipo. Só com recurso à cláusula de extensão da tipicidade, consagrada na parte geral, M poderia ser punido: conjugação do artigo 131.º com o artigo 27.º do Código Penal (partindo do princípio de que M é um cúmplice). Não existem dúvidas de que M é participante. Não existem dúvidas de que M não matou S. Quem matou S foi P. Retrocedendo este exemplo a condutas negligentes, P facilmente preenche o tipo do artigo 137.º do Código Penal: homicídio negligente. M não. M efetivamente não matou S. Violou um dever de cuidado? Violou. Pode-se também afirmar que existe nexo de causalidade e relação de determinabilidade. Mas falta um elemento essencial objetivo do tipo do artigo 137.º - a ação: matar. Se existisse uma cláusula de extensão da tipicidade nos crimes negligentes, aceitar-se-ia que M seria cúmplice e poderia preencher o tipo do artigo 137.º em conjugação com o artigo 27.º. Não estando prevista no nosso Código Penal, só resta concluir pela ausência de tipicidade da participação negligente. É possível e necessária a distinção entre autores e participantes. Além de gerar uma maior justiça penal é a única forma correta de avaliar as várias condutas praticadas pelos vários agentes do crime.

Como referido anteriormente, todas as considerações e exposições que foram feitas até aqui tiveram por base, principalmente, os crimes materiais. No entanto, teve-se o cuidado de chegar a uma conclusão que se coadunasse com os crimes de mera atividade, muito escassos no nosso Código Penal, mas que têm a sua relevância, especialmente em leis penais avulsas (por exemplo, no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro – “Infrações Antieconómicas e contra a Saúde Pública”). O autor negligente tem o

domínio objetivo da ação, tendo o poder de controlar o facto que pratica. Dessa forma, neste tipo de crimes, que se realizam integralmente através da mera execução de um determinado comportamento pelo agente, nada implica que dois agentes que acordem no cometimento do facto ilícito não possam vir a ser responsabilizados como participantes de um crime negligente. Vejamos o artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro⁸⁷. Se F e G acordarem na exportação ilícita de bens, violando o dever a que se encontravam adstritos: requerer a licença, admite-se que possam vir a ser responsabilizados por este crime, como coautores negligentes.

É importante realçar que as consequências da adoção da participação nos crimes negligentes ultrapassam as barreiras do direito penal substantivo. Mesmo no âmbito do direito processual penal, o facto de se considerar que duas ou mais pessoas são ou não participantes gera consequências: nos termos do artigo 114.º do Código Penal, quando o procedimento criminal estiver dependente de queixa, a apresentação desta contra um dos participantes é extensiva aos restantes. Nos termos do n.º 3 do artigo 116.º, exceto nos casos de oposição dos participantes, a retirada da queixa em relação a um dos participantes estende-se aos restantes.

⁸⁷ “1 - *Quem exportar, sem licença, bens cuja exportação, por determinação legal, estiver dependente de licença de qualquer entidade será punido com prisão até 2 anos e multa não inferior a 100 dias. 2 – Havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 50 dias*”.

5.2. A Negligência e a Coautoria

Nos termos do artigo 26º do Código Penal, um dos elementos que compõem a coautoria é a realização do facto ilícito “*por acordo, ou juntamente com outro ou outros*”.

Grande parte dos autores e jurisprudência portuguesa considera que é necessário um conhecimento ou dolo comum para estarmos perante uma hipótese de coautoria. Na negligência não há uma decisão, entre os participantes, de realização do facto típico⁸⁸. Também a doutrina alemã considera que não existe necessidade de coautoria negligente uma vez que mesmo uma atuação conjunta não exclui que cada um dos autores possa ser punido como autor imediato, por o tipo negligente ficar preenchido pela violação do dever de cuidado e consequente lesão do bem jurídico, independentemente da conduta do outro⁸⁹.

Na sequência deste pensamento, quando o crime é praticado por dois ou mais autores que negligentemente violaram o dever de cuidado, originando a lesão de um bem jurídico, estamos perante casos de autoria paralela. A autoria paralela supõe factos realizados por distintos intervenientes, que dão origem a diferentes cursos independentes, embora cumulativos para a mesma realização típica. Não existe previamente uma decisão conjunta de realização do resultado. Não se trata verdadeiramente de um problema de autoria. Trata-se sim de um problema de imputação objetiva do resultado à ação de cada sujeito⁹⁰. Ao contrário do que se passa na autoria paralela dolosa, na negligente não servirá para impedir que o autor responda pelo crime consumado – se assim fosse, dar-se-ia lugar à impunidade visto que os crimes negligentes não admitem tentativa. Só terá influência na determinação do grau de negligência de cada um dos sujeitos⁹¹. A consequência é que cada um dos sujeitos só responde pela sua contribuição. Nos crimes negligentes, o agente é punido desde que

⁸⁸ BARJA DE QUIROGA, ob. cit., p. 238.

⁸⁹ MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 151.

⁹⁰ Cfr. CUERDA RIEZU, ob. cit., p. 501; SÓNIA FIDALGO, ob. cit., p. 172; SANCHEZ LÁZARO, *Breves Notas Sobre Autoría, Tentativa e Imprudencia, in Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Campus Universitario, 2006, p. 298; Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que considera que nos casos em que não se pode determinar qual dos autores provocou o resultado final se trata de uma tentativa inidónea punível, ob. cit., p. 35.

⁹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 35.

viole o dever de cuidado a que se encontrava adstrito, criando um risco não permitido que originou o resultado⁹².

Nos últimos tempos têm surgido adeptos da coautoria negligente, sobretudo devido às decisões dos órgãos colegiais, aos casos de responsabilidade do produto e aos crimes ambientais⁹³. São casos em que o ato negligente é praticado em conjunto e não se consegue determinar qual das pessoas implicadas realizou o crime. Argumento contrário é a não existência de decisão conjunta. No entanto, não faz sentido que na negligência singular haja critérios próprios distintos dos crimes dolosos e na negligência em comparticipação tenham de se aplicar os mesmos critérios dos crimes dolosos⁹⁴.

Não se exige coautoria dolosa no Código Penal; a decisão conjunta não é uma exigência, pode ser entendida como uma execução voluntária de uma ação contrária aos deveres de cuidado⁹⁵.

O acordo não tem de ser expresso nem prévio ao crime – pode ser tácito e simultâneo a este. Nos crimes negligentes, pode ser visto como um acordo sobre a realização da ação em que se dê uma violação do dever de cuidado a que ambos se encontravam adstritos, não tendo por isso que haver consciência e vontade em relação ao resultado típico⁹⁶.

Mesmo o artigo 26.º prevê esta hipótese na expressão: “*conjuntamente com outro ou outros*”, havendo uma *conjugação tácita de vontades*⁹⁷.

⁹² SÓNIA FIDALGO, ob. cit., p. 173.

⁹³ Para maiores desenvolvimentos vide ROXIN, *Autoría e Dominio del Hecho...*, p. 741; SÓNIA FIDALGO, ob. cit., p. 174; FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 895; CAVALEIRO DE FERREIRA, ob. cit., pp. 478-479; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 112.

⁹⁴ Cfr. SÓNIA FIDALGO, ob. cit., p. 176.

⁹⁵ ROXIN, *Autoría e Dominio del Hecho...*, p. 741.

⁹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 31; SALAZAR MARIN, ob. cit., p. 148; GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit., p. 350.

⁹⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 112. CAVALEIRO DE FERREIRA considera que desta expressão se conclui a exclusão da “*exigência na coautoria não só de acordo intencional de todos os coautores, como a exigência mesmo de dolo ou negligência em todos eles, ou em alguns deles. Haverá, deste modo, coautoria cuja estrutura subjetiva pode consistir em dolo de um e negligência de outro ou outros, ou dolo ou negligência de uns e ausência de culpabilidade em outro ou outros*”, ob. cit., pp. 478-479. Seguindo o pensamento deste autor, GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit., nota de rodapé n.º 1, p. 349.

Ao considerarmos que pode haver coautoria negligente, o autor será punido pela totalidade dos factos ilícitos praticados que deram origem ao crime, ao passo que, se fosse punido como autor único, só poderia ser punido pelos factos que praticou: se estes não fossem típicos, o sujeito não poderia ser responsabilizado⁹⁸.

FIGUEIREDO DIAS⁹⁹ admite a coautoria negligente, não com as características da coautoria negligente, mas como a *criação conjunta de um risco não permitido* que preenche um tipo da parte especial do Código Penal. Perfeitamente em consonância com o artigo 26.º - *comportamento negligente conjunto*.

Podem, no entanto, ocorrer casos em que não existe sequer um acordo de realização da ação que produz o resultado¹⁰⁰. Nesses casos, justifica-se que cada um dos autores negligentes seja punido pelo facto violador de um dever de cuidado, por si praticado, que preenche um tipo negligente da parte especial do Código Penal, em autoria paralela¹⁰¹.

⁹⁸ RAMÓN RIBAS critica uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça Espanhol que condenou dois polícias pelo crime de ofensas à integridade física por negligência (em autoria paralela). A decisão do tribunal é discutível porque, embora ambos tenham disparado, a bala que atingiu a vítima foi a de um dos polícias. O outro polícia não causou qualquer lesão à vítima e o crime de ofensas por negligência pressupõe que o resultado tenha sido produzido para poder estar preenchido o tipo. Para o autor, visto a participação negligente não ser aceite, a conduta do arguido que não acertou na vítima ficaria impune, embora considere que lhe possa ser imputado o crime de omissão de dever (RAMÓN RIBAS, *Autoría y Participación en los Delitos Imprudentes & Omisión del deber de socorro: Comentario de la sentencia 26/1998, de dieciséis de enero, de la Sala Segunda del TS*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2001, pp. 569 e ss.). Outra solução poderia ser considerar a aplicação da comparticipação negligente na forma de coautoria.

⁹⁹ Ob. cit., p. 894.

¹⁰⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 35.

¹⁰¹ Tendo o mesmo entendimento, GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit., p. 350.

5.3. A Negligência e a Autoria Mediata

É autor mediato quem realiza o tipo penal por intermédio de outrem. O domínio do facto requer que na autoria mediata todo o sucesso apareça como obra da vontade do “homem de trás”¹⁰².

A doutrina alemã nega o conceito de autoria mediata negligente pois considera que existe a infração do dever de cuidado mesmo quando o resultado seja ocasionado por terceiro. Quem motiva terceiro a realizar uma infração imprudente, responde diretamente como autor, pois se considera que o dever de cuidado inclui o dever de impedir que terceiro pratique uma conduta imprudente¹⁰³.

Embora o uso da expressão "por intermédio de outrem" possa suscitar dúvidas de admissão de autoria mediata negligente, é possível, através de uma forma objetiva, admitir-se esta modalidade¹⁰⁴.

Quem admite a autoria mediata refere que existem semelhanças na ação típica praticada nos crimes negligentes e nos crimes dolosos. Ao se aceitar que é autor mediato doloso quem realiza o tipo penal por intermédio de outrem, ter-se-á de admitir a autoria mediata imprudente¹⁰⁵.

GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁰⁶ considera que na “*autoria mediata, o autor pratica o facto através de terceiro, que age sem culpa, como mero instrumento do autor. Ora, é este atuar por intermédio de terceiro que pode também ser simplesmente negligente. O autor quer praticar um determinado facto por intermédio do agente instrumento e, porque não age com o cuidado que era devido e de que era capaz acaba por perpetrar o facto ilícito*”.

¹⁰² JESCHECK, ob. cit., p. 604.

¹⁰³ Cfr. MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 151; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 112.

¹⁰⁴ GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 38. O Código Penal Espanhol define a autoria mediata de uma forma ligeiramente diferente: quem executar o facto por intermédio de outrem que serve como instrumento, o que pode levar a reforçar (para os adeptos da aplicação do conceito unitário de autor nos crimes negligentes) o entendimento de que o autor mediato tem de realizar a ação de uma forma intencional, tendo consciência que instrumentaliza o executor (cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, ob. cit., p. 322).

¹⁰⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, ob. cit., p. 334.

¹⁰⁶ Ob. cit., p. 349.

Se uma enfermeira prepara um biberão para um recém-nascido, adicionando uma substância tóxica em vez da correta, equivocadamente, entregando posteriormente à mãe que administra o biberão ao bebê e este acaba por falecer, ou se um médico residente ordena, negligentemente, à enfermeira que administre ao paciente um medicamento que contém uma substância que lhe provoca uma reação alérgica e este acaba por falecer¹⁰⁷, nada obsta a que o agente seja punido como autor mediato negligente, pois era ele que tinha o domínio objetivo de impedir que a ação violadora do dever de cuidado a que se encontrava adstrito não se realizasse.

¹⁰⁷ Exemplos de CUERDA RIEZU, ob. cit., p. 501

5.4. A Negligência e a Participação (Instigador e Cúmplice)

Hoje é dominante a teoria do favorecimento que atribui a razão da punição do participante no seu contributo para a realização de uma ação típica e ilícita, levando o autor a praticá-la ou auxiliando-o mediante apoio moral ou material. Mesmo que o seu comportamento não seja típico, ele contribui para a violação de uma norma penal¹⁰⁸.

A participação depende da prática de um facto dotado de relevância penal pelo autor. A acessoriedade pode ser definida como uma certa relação de dependência do participante em relação ao autor. Questão pertinente é saber que elementos do crime, que condições jurídicas têm de estar preenchidas pelo autor para que o participante seja punido. O facto praticado pelo autor tem de ser pelo menos típico e ilícito para que o participante possa ser punível. É a que melhor se coaduna com o conceito restrito de autor e a que melhor responde ao fundamento da punição de autoria^{109/110}.

Não faz sentido que, se se tratar de um crime doloso, por força da acessoriedade, para que o participante seja punido, o facto praticado pelo autor tenha de ser típico e ilícito, mas se se tratar de um crime negligente já não se tenha em conta o facto praticado pelo autor¹¹¹.

ROBLES PLANAS¹¹² considera que existe uma razão para a não aplicação do princípio da acessoriedade, princípio que garante a limitação da responsabilidade, podendo assim ser aplicado tanto a crimes dolosos como a crimes negligentes. A conduta típica pertence ao autor. Aplicar a regra da acessoriedade é aceitar que uma

¹⁰⁸ JESCHECK, ob. cit., pp. 624-625.

¹⁰⁹ GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., pp. 42-44; JESCHECK, ob. cit., p. 598.

¹¹⁰ HENRIQUE SALINAS considera que as expressões constantes dos artigos 26.º e 27.º do Código Penal apenas revelam “*uma dependência fáctica*” que tem de existir necessariamente na relação entre os vários participantes, não implicando que tenha sido adotado um sistema de acessoriedade qualitativa da participação na instigação e na cumplicidade. No sistema alemão é defensável esta ideia de acessoriedade qualitativa pelo uso das expressões utilizadas (determinou outrem “*ao facto ilícito cometido, dolosamente por este*”; prestou auxílio “*ao facto ilícito cometido, dolosamente por este*”) – o nosso código não resolve esta situação: não se consegue extrair dos artigos 26.º e 27.º nada que faça exigir tipicidade e ilicitude por parte do instigador e do cúmplice como requisito essencial às suas responsabilizações (*A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1999, pp. 147-148).

¹¹¹ Com esta opinião, PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 120, considerando que uma forma de punição menos gravosa “*teria menos limites de imputação do que a forma mais gravosa – a dolosa*”.

¹¹² Ob. cit., p. 12.

conduta que não é por si só típica possa vir a ser punida. Para que possa ser superado o princípio da autorresponsabilidade, que refere que não se pode ser responsável por condutas alheias, a conduta do participante tem de oferecer uma razão que permita aferir que existe uma relação de conjunto entre autor e participante. Só assim uma ação do autor pode ser considerada também uma ação do participante.

Tanto a adoção do conceito unitário de autor, como a do conceito restritivo de autor e conseqüente impunidade da participação negligente consubstanciam problemas político-criminais de relevo. O primeiro, porque amplia desmesuradamente o conceito de autoria. O segundo, porque deixa impunes condutas de relevância criminal que deveriam ser consideradas puníveis¹¹³.

O principal argumento para refutar a aplicação do conceito unitário de autor aos crimes negligentes são as injustiças e incoerências que na prática podem ocorrer¹¹⁴. O que se considera ser um participante num crime doloso, não pode passar a ser autor num crime negligente. O que apenas colabora num homicídio não pode passar a ser autor, caso estejamos perante um crime negligente. FEIJÓO SANCHEZ¹¹⁵ dá um exemplo: aquele que coloca na mira do autor o veneno para este provocar o resultado morte não pode ser visto como participante doloso, caso tenha conhecimento e vontade de praticar o ato e como autor negligente, caso não tenha previsto o resultado.

Os autores que defendem um conceito restritivo consideram que a participação negligente deve ficar impune¹¹⁶: autor só poderá ser aquele em que concorrem todos os elementos da descrição típica; se não existe uma previsão normativa que pune a participação negligente, esta terá de ser impune.

A punição dos crimes negligentes quer prevenir perigos de lesão de bens jurídicos mais remotos em comparação com os crimes dolosos e, por isso, a impunidade da participação negligente, em comparação com a participação dolosa, não está desprovida de sentido ou de justiça. Deste modo, e atendendo ao Princípio da Intervenção Mínima e ao caráter da *ultima ratio*, consagrados no direito penal, a menor gravidade dos crimes

¹¹³ MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 155.

¹¹⁴ MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 152; PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 120.

¹¹⁵ Ob. cit., pp. 262 e ss.

¹¹⁶ Sobre este tema ver: PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 122; SÓNIA FIDALGO, ob. cit., p. 163; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 39; CUELLO CONTRERAS, *Dominio y Deber como Fundamento Común a todas las Formas de la Autoría y Modalidades del Delito*, Barcelona: InDret, 2011, p. 18; PÉREZ MANZANO, ob. cit., pp. 81, 82.

negligentes face aos crimes dolosos justificam a sua impunidade. Não sendo dignos de relevância penal, poderão sempre ser punidos noutros ramos de direito, como o civil e o administrativo.

Além disso, caso o legislador considere que a participação negligente deva ser punida, por violação de um bem jurídico digno de tutela penal, poderá sempre proceder à tipificação da participação negligente, como autor, na parte especial¹¹⁷.

Feitas estas considerações teóricas, o legislador, no Código Penal, nas regras de extensão da tipificação da autoria, apenas prevê a punição do cúmplice e do instigador¹¹⁸ que agem dolosamente (artigo 26.º e 27.º do Código Penal Português)¹¹⁹. Considerando a aplicação do conceito restritivo de autor aos crimes negligentes, e não

¹¹⁷ Da mesma forma, PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 123. No artigo 350.º está consagrado o crime de auxílio de funcionário à evasão. Este crime prevê a punição para o “*o funcionário encarregado da guarda de pessoa legalmente privada da liberdade que, a libertar, deixar evadir, ou facilitar, promover ou, por qualquer forma, auxiliar a sua evasão*”. O funcionário poderia ser punido nos termos do artigo 352.º, como cúmplice do crime de evasão, mas o legislador considerou que o crime é suficientemente grave para o participante ser punido a título de autor. O artigo 351.º pune o funcionário encarregado da guarda de pessoa legalmente privada de liberdade que, por negligência grosseira, permitir a sua evasão. Da mesma forma, um caso que seria de participação negligente, terá punição na forma de autoria. Embora não se possa daqui tirar conclusões precipitadas, porque o crime de evasão não está pensado na forma negligente (é necessário vontade e consciência para sair de uma prisão), estamos perante um caso em que o legislador decidiu punir um ato de participação negligente.

¹¹⁸ SALAZÁR MARIN (ob. cit., p. 142) considera que não é difícil conceber uma hipótese em que dois sujeitos desempenhem diferentes papéis, um como autor e outro como participante, num crime negligente. Se A diz a B, condutor, para este andar mais depressa porque não quer chegar atrasada e B, devido à pressão de A, ultrapassa o limite de velocidade permitido e mata C, B é quem tinha o domínio do carro e da velocidade a que andava e, por isso, era quem dominava a ação negligente. A, objetivamente, não mata C e por isso nunca poderia preencher o tipo do crime negligente. Assim sendo, não pode ser visto como autor, mas sim como participante. O que acontece é que, no nosso ordenamento jurídico, a participação não é punível e, por isso, B ficaria impune.

¹¹⁹ De notar que a consagração no Código Penal Português da punição de participação dolosa também pode induzir a não adoção de um conceito unitário de autor nos crimes negligentes, pois se o código apenas prevê a participação dolosa, a punição de um participante negligente como autor negligente estaria a subverter o que o legislador quis deixar impune. Da mesma forma, PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 123.

existindo uma previsão normativa¹²⁰ que puna a participação negligente, esta terá de ser impune¹²¹.

O artigo 26.º pune como autor “*quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*”. Ao contrário do que se passa na cumplicidade, o legislador apenas exige dolo do instigador, mas não do instigado. No entanto, tem de se considerar que também na instigação se exige um duplo dolo: do instigado e do instigador – caso contrário, poderíamos cair no âmbito da autoria mediata¹²².

Assim sendo, nos termos do artigo 26.º e 27.º do Código Penal e aplicando um conceito restrito de autor, o participante negligente, que auxiliou/ instigou o autor negligente, não será punível¹²³.

Do mesmo modo, também a participação negligente num crime típico doloso ficará impune¹²⁴.

¹²⁰MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 146; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 39; PÉREZ MANZANO, ob. cit., p. 81. Há que ter em conta que, embora a doutrina espanhola considere que a participação negligente terá de ficar impune, ao contrário do que sucede no Código Penal português e no código alemão, os preceitos da participação espanhola não exigem que os participantes tenham de agir dolosamente.

¹²¹ PERESTRELO DE OLIVEIRA (ob. cit., p. 129) considera que os artigos 26.º e 27.º deveriam ser alterados, eliminando a exigência de dolo nos participantes, de forma a permitir uma imputação adequada de várias situações de participação que se enquadram no âmbito da negligência.

¹²² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 145.

¹²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 39.

¹²⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 39; ROBLES PLANAS, ob. cit., p. 2; MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., p. 146 Nestes casos, estamos perante a teoria da proibição do regresso, primeiramente elaborada por Frank, em 1924. A questão coloca-se quando comportamentos negligentes proporcionam e facilitam, de alguma forma, a realização de um delito por parte de um autor doloso. Se se considerar que são dignos de punição, serão a título de autor ou de participante? O problema é que, como a participação negligente não é punida, estar-se-ia a considerar autor negligente uma pessoa que meramente auxiliou a prática do crime. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 110, considera que o nexo de causalidade é interrompido mesmo quando o facto cometido pelo agente deveria ter previsto que estaria a violar um dever de cuidado e a proporcionar a perpetração de um crime doloso. FIGUEIREDO DIAS, (ob. cit., p. 885 e p. 330) nos casos em que alguém age negligentemente e que, por essa ação descuidada, resulta a prática de um crime doloso por outra pessoa, considera que vale o princípio da confiança, na medida em que as pessoas podem contar que outras não cometam crimes dolosos. No entanto, distingue situações: caso a pessoa pudesse contar que, ao cometer esse facto, poderia facilitar a prática de um crime

5.4.1. A hipótese da Autoria Negligente e Participação Dolosa: participação ou autoria mediata?

Nos termos do artigo 27.º do Código Penal Português, o cúmplice será punido apenas agindo “*dolosamente e por qualquer forma*”, prestando “*auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso*”. Exige-se um duplo dolo: dolo no cúmplice e dolo no autor. Deste modo, também os casos de participação dolosa, realizada no âmbito da autoria negligente, não seriam puníveis¹²⁵.

No entanto, há quem diga que, neste caso, poderá haver punição do então considerado participante doloso, mas no âmbito da autoria mediata: o autor imediato age negligentemente.

Esta solução é facilmente aceite pelos adeptos da teoria do domínio do facto que rejeitam o conceito restritivo de autor nos crimes negligentes.

Todavia, várias críticas são apontadas a esta solução: problemas de congruência entre crimes de resultado e crimes de perigo, pois poderíamos estar a punir condutas mais leves de participação, por exemplo, instigando dolosamente outro a conduzir embriagado (crime de perigo), deixando impunes condutas mais graves, como é o caso de um participante contribuir negligentemente para a morte de uma pessoa¹²⁶. Além disso, geram-se disparidades entre crimes dolosos e crimes negligentes: se A atira uma pedra, que B lhe deu, e mata C, não se pode considerar que, caso A aja negligentemente,

doloso, essa pessoa preencheria o tipo de crime negligente que lhe fosse imputado; caso, do seu descuido, não fosse provável e propensa a realização de um facto doloso, imperaria o princípio da confiança e da autorresponsabilidade. O nexo de causalidade seria neste caso interrompido. Da mesma forma, ROXIN considera que não se trata de uma interrupção do nexo causal pois quando um autor negligente cria um perigo digno de censura não se pode simplesmente excluir a sua punição só porque existe um autor doloso. Não existe assim uma proibição absoluta do regresso: trata-se de aferir se a conduta negligente fomentou veementemente o acontecimento da conduta dolosa. Caso não o tenha feito, nem seja provável que a conduta negligente tivesse propensão para incitar a conduta dolosa, já haverá interrupção do nexo causal (*Derecho Penal: Parte General...*, ob. cit., p. 1006). Feitas estas considerações, a “não proibição absoluta do regresso” e consequente punição do agente negligente só se poderá dar caso haja um autor negligente e um autor doloso. Nos casos de participação negligente e autoria dolosa, a participação negligente, por mais que se considere que proporcionou a autoria dolosa, ficará impune.

¹²⁵ Da mesma forma, como se viu, ocorre na instigação.

¹²⁶ MARÍA INÉS LENNON, ob. cit., pp. 153-154.

B será autor mediato de um crime de homicídio, mas se A agir de forma dolosa, então B será mero cúmplice doloso¹²⁷.

A autoria mediata está pensada para outros casos que não se compaginam com esta hipótese: só poderá ser aplicada em casos que o autor mediato doloso exerce uma influência muito forte no autor negligente: A, médico, esperando que a enfermeira não verifique a dosagem de medicamentos, por ele prescrita, vê o seu objetivo de matar B realizado, quando a enfermeira, negligentemente, não verifica a dosagem, acabando por provocar a morte do paciente.

Nos casos em que isso não ocorre, cabendo apenas ao autor negligente o domínio da sua ação, então a pessoa que o auxilia não pode passar de mero participante.

¹²⁷ ROBLES PLANAS, ob. cit., p. 4.

6. Conclusões

I - O facto praticado com negligência apenas será punido nos casos especialmente previstos na lei (artigo 13.º do Código Penal). Foi assim adotado o modelo do *numerus clausus* nos crimes negligentes.

II – A cláusula do *numerus clausus* apenas tem aplicação na parte especial do Código Penal. Não abrange assim os vários preceitos da parte geral, nomeadamente o artigo 26.º e 27.º: o facto de não se prever a negligência nos vários tipos de autoria na comparticipação não exclui, *a priori*, a sua possibilidade.

III - O Conceito Restritivo de Autor é adotado pelo nosso Código Penal tanto nos crimes dolosos como nos crimes negligentes. Existe uma clara distinção entre autores: autor imediato, coautor e autor mediato (artigo 26.º do Código Penal) e participantes: instigador e cúmplice (artigo 26.º e 27.º do Código Penal, respetivamente).

IV – Há uma neutralidade subjetiva na autoria que não impede a comparticipação nos crimes negligentes. Por sua vez, o legislador considerou apenas punível a participação dolosa. Se o legislador tivesse adotado um conceito unitário de autor nos crimes negligentes, não necessitava de exigir o dolo por parte dos participantes – decorreria da própria estrutura dos crimes negligentes.

V – É aplicável, aos crimes dolosos, a Teoria do Domínio do Facto: o autor é a figura central do acontecimento, aquele que detém o domínio do facto e que almeja a consumação do crime.

VI – Nos crimes negligentes não existe vontade (e, nos casos da negligência inconsciente, conhecimento) de realização do crime. Ao não se desejar a concretização da infração, não se pode aplicar a teoria do domínio do facto (teoria concebida exclusivamente para os crimes dolosos).

VII – Os tipos negligentes da parte especial do Código Penal são construídos, linguisticamente, da mesma forma que os crimes dolosos ou remetem para estes.

VIII – Mesmo não desejando a realização do crime, existe um domínio objetivo da ação por parte dos autores negligentes. Existe um controlo do facto. Se não violassem o dever de cuidado a que estão adstritos, não existia a concretização da infração.

IX – Autor de um crime negligente é aquele que, realizando os vários elementos do tipo, violando um dever de cuidado a que se encontrava adstrito, pratica uma ação determinante para a consumação do crime: se não a realizasse, o curso dos acontecimentos que levaram à perpetração do crime seria interrompido, exercendo desta forma, um domínio objetivo sobre a ação.

X – A distinção entre autores e participantes far-se-á nos mesmos moldes dos crimes dolosos. O participante doloso só é punido com recurso à cláusula de extensão da tipicidade consagrada na parte geral. Do mesmo modo, o participante negligente só poderá ser punido com recurso a esta cláusula. Nunca poderá ser punido como autor, pois não se encontra preenchido o elemento fundamental do tipo: a ação (aquele que viola um dever de cuidado a que estava adstrito e entrega uma substância venenosa que B administra a C, acabando por matá-lo, nunca poderá preencher o elemento objetivo ação do tipo de homicídio: matar!).

XI – A participação negligente não é punível, pois o legislador exige dolo no cúmplice e no instigador. O princípio da *última ratio* do direito penal, o princípio da intervenção mínima e a menor gravidade destes crimes podem justificar a não punição da participação negligente: abrangem a participação dolosa e a participação negligente nos crimes negligentes.

XII – É admissível a coautoria nos crimes negligentes. A lei não exige um acordo prévio dos coautores. Basta que haja um entendimento mútuo de realização da ação e que se dê a violação de um dever a que ambos se encontravam adstritos. Assim, os sujeitos poderão ser responsabilizados pela totalidade dos factos ilícitos praticados. Quando não existe um acordo sobre a realização da ação, estaremos perante casos de autoria paralela.

XIII – A autoria mediata negligente também poderá ser admitida. A definição desta modalidade de autoria, no artigo 26.º, é neutra. Autor mediato negligente é aquele que

realiza o facto através de outro agente que age sem culpa, funcionando como mero instrumento.

7. Bibliografia

- **Autores Portugueses**

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos Do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2.^a Edição, 2010;

- BELEZA, Teresa Pizarro, *A Estrutura da Autoria nos Crimes de Violação de Dever – Titularidade vs Domínio do Facto*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa, Aequitas e Editorial Notícias, julho - setembro de 1992

- BELEZA, Teresa Pizarro, *Ilicitamente Comparticipado -- O âmbito de aplicação do Art. 28.º: do Código Penal*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984;

- CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais da Teoria Geral do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.^a Edição, 2011 (Reimpressão).

- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, Coimbra, Almedina, 1968;

- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.^a Edição, 2007;

- FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 1982;

- FIDALGO, Sónia, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

- OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Crime Negligente e Culpa: Na Dogmática Penal e na Prática Judiciária*, Coimbra, Almedina, 2010;

- OLIVEIRA, Madalena Perestrelo, *Participação Negligente: Esferas de Competência como Critério de Imputação Objectiva*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Figueiredo Dias, II, O Direito, Coimbra, Almedina, 2012;

- PEREIRA, Maria Margarida, *A Participação Criminosa depois do Código Penal de 1982: um regime intocado pelas revisões legislativas. Ensaio de uma crítica*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;
- SALINAS, Henrique, *A participação em crimes especiais no Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1999;
- SEQUEIRA, Elsa Vaz, *O Artigo 3.º do Decreto-lei n.º 28/84 de 20 de janeiro e o Regime Geral de Participação*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1997;
- SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2.ª Edição, 2015;
- VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Início da Tentativa no Coautor: contributo para a teoria da imputação do facto na coautoria*, Lisboa, Lex, 1993;
- VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Figura Central, Aliciamento e Autoria Mediata*, in Estudos em Homenagem a Cunhas Rodrigues, Coimbra, Coimbra Editora, 2001;

- **Autores Alemães**

- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal: Parte Geral*, Granada, Editorial Comares, 1993;
- ROXIN, Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Madrid, Marcial Pons, 2000;
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General, Tomo I*, Madrid, Civitas, 1997;
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal: Parte General I, El Hecho Punible*, Navarra, Civitas, 2005;
- WELZEL, Hans, *La doctrina de la acción finalista, hoy*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1968;

- **Autores Espanhóis**

- BENITEZ, José Manuel Gomez, *El Dominio del Hecho en la Autoría*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, Jan-Abril, 1984
- CONLLEDO, Miguel Díaz y García, *Autoría y Participación*, Revista de Estudios de la Justicia, n.º 10, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008;
- CONTRERAS, Joaquín Cuello, *Dominio y Deber como Fundamento Común a todas las Formas de la Autoría y Modalidades del Delito*, Barcelona, InDret, 2011;
- LÁZARO, Fernando Guanarteme Sanchez, *Breves Notas Sobre Autoría, Tentativa e Imprudencia, in Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Campus Universitario, 2006;
- LENNON, María Inés Horvitz, *Autoría y Participación en el Delito Imprudente*, Seminario Internacional: Los Delitos Imprudentes en el ambito Empresarial, Revista de Estudios de la Justicia, n.º 10, 2007.
- MANZANO, Mercedes Pérez, *Autoría y Participación Imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid, Civitas, 1999;
- MARÍN, Mario Salazar, *Autor y Participe en el Injusto Penal*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992;
- OLIVARES, Gonzalo Quintero, *Manual de Derecho Penal: parte general*, Elcano, Aranzadi, 2002;
- PEÑA, Diego-Manuel Luzón, *La Determination Objectiva del Hecho – Observaciones sobre la Autoría en Delitos Dolosos e Imprudentes de Resultado*, in Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, Set - Dez, 1989;
- PLANAS, Ricardo Robles, *Participación en el Delito e Imprudencia*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época, n.º 9, 2002;
- PLASENCIA, José Ulises Hernández, *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, Granada, Comares, 1996;

- PUIG, Santiago Mir, *Derecho Penal: Parte General*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 3.ª Edición, 1995;
- QUIROGA, Jacobo López Barja de, *El delito imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid, Poder judicial, Outubro-Dezembro, 1995;
- RAMOS, Enrique Peñaranda, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, Editorial Tecnos, 1990;
- RIBAS, Eduardo Ramón, *Autoría y Participación en los Delitos Imprudentes & Omisión del deber de socorro: Comentario de la sentencia 26/1998, de dieciséis de enero, de la Sala Segunda del TS*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2001;
- RIEZU, Antonio Cuerda, *Estructura de La Autoria en los Delitos Dolosos, Imprudentes y de Omisión en Derecho Penal Español, Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Centro de Publicaciones, 1992;
- RIPOLLÉS, José Luis Díez, *Política penal e de direito penal: estudos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003;
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo, *La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español*, El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Professor José Manuel Valle Muniz, Navarra, Aranzadi, 2001.