

O PROBLEMA DA COMPARTICIPAÇÃO NEGLIGENTE NO EXERCÍCIO DA MEDICINA EM EQUIPA

Luís Correia da Silva

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação do Professor Doutor António Manuel de Almeida Costa.

M

2020



FACULDADE DE
DIREITO

**O problema da participação negligente
no exercício da medicina em equipa**

Ao Senhor Professor Doutor António Manuel de Almeida Costa, por ter aceitado a orientação apesar da intensa rotina da vida académica, pela partilha da sua sapiência, pelo constante incentivo e, sobretudo, pelas sábias palavras de amizade e preocupação.

Aos meus pais, pilares da minha formação como ser humano.

Ao Guilherme e à Andreia, fontes inesgotáveis de apoio durante todo este percurso, pelo amor incondicional.

Ao José e à Rebeca, companheiros de jornada, pela cooperação e incentivo.

RESUMO

O Capítulo I do presente estudo abarca a aproximação da matéria da comparticipação criminosa, o que ajuda a perceber os problemas a tratar nos capítulos seguintes e quais os parâmetros segundo os quais se arrumam os diferentes contributos no processo delituoso, em especial nos delitos negligentes. Depois, procede-se à introdução ao exercício da medicina em equipa como uma área de atuação social onde se levanta questões complexas no que respeita ao grau de responsabilidade criminal quando se atua em equipa.

No capítulo II demonstra-se a sobreposição dos temas da imputação objetiva e da definição do conceito de autoria em direito penal, tendo por base uma peculiar compreensão «pessoal» do ilícito. Neste, partimos da assimilação da ilicitude pessoal a um «juízo de culpa sobre o homem médio», adquirindo de tal sorte a sobreposição dos temas da imputação objetiva e da definição do conceito de autoria em direito penal uma índole pessoal-individual. Por outro lado, submete-se a questão a distintos regimes na esfera dos delitos dolosos e negligentes, *i.e.*, aos critérios do «domínio-do-facto» e da «violação do dever objetivo de cuidado», assumidos numa particular aceção.

Mas é no Capítulo III, em órbita da negligência, que o presente estudo conhece o seu cerne. Além de não se conferir relevância à categoria da participação, adere-se a uma noção restritiva de autor, diferente da proposta encontrada na literatura contemporânea. Por outro lado, aderimos à tese que substitui a distinção entre autoria imediata, autoria mediata e coautoria negligentes por um conceito «único» de autor, de que derivam importantes consequências ao nível das soluções.

Por fim, no capítulo IV, tomamos o exercício da medicina em equipa como mera decorrência prática da adoção de um conceito restritivo de autor. Aflorando o regime jurídico-criminal dos atos médicos e respetivas dificuldades práticas da respetiva subordinação aos princípios da divisão do trabalho e da confiança, é ao nível das soluções concretas que testamos a proposta disciplina da comparticipação. Assim, observam-se as consequências da solução no caso de existir um contributo negligente para um comportamento doloso de outrem, um contributo negligente para um comportamento negligente de outrem e, ainda, no (aparente) instituto da coautoria negligente, a que o presente estudo adere à sua recondução para «autorias paralelas».

ABSTRACT

First Chapter of the present study covers the approach of joint enterprise in criminal offences, which helps to understand the problems that will be addressed in the following chapters and what parameters according to which the different contributions to the criminal process fit, in particular within the negligence crimes. Then, we proceed introducing the practice of medicine as a team as a field of social action in which complex questions arise regarding the criminal responsibility degree.

Second Chapter highlights the overlap between the themes of objective imputation and definition of author in criminal law, based on a «personal» understanding of illicit. In this chapter, we initiate by the assimilation of «personal illicit» to the «middleman judgment», learning in such way the overlapping between the concepts of objective imputation and definition of author in criminal law a personal-individual status. On the other hand, this issue is subjected to distinct regimes in the sphere of intentional and negligence offences, *i.e.*, the criteria of «control of the act» and «breach of an objective duty of care», assumed in a particular interpretation.

But it is on the Third Chapter, within the law of negligence, that the present study meets his point. Besides not admitting the co-participation category, we characterized a «restrictive» conception of malfeasant, instead of what is proposed in contemporary literature. Moreover, we adhere to the replacement of the distinction between principal, secondary and joint negligent actors with a unique notion of actor, which may have important consequences for a set of solutions.

Finally, in the Forth Chapter, we take the practice of medicine as a team as a mere practical consequence of the adoption of the unique notion of actor. When we analyze the criminal regime of medical acts and the practical difficulties of subordination of segregation of duties and trust principles, we notice that it is on the level of concrete solutions that we test the criminal joint enterprise in criminal offences proposal. Thereby, the consequences of the present solutions are observed in the cases where there are a negligent contribution to other negligent crime act and on the (apparently) joint negligent actors, in which the present study adhere to the parallel acts qualification.

Siglas e abreviaturas

art.º, art.ºs – artigo, artigos

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

i.e. – id est

n.º, n.os – número, números

p. ex. – por exemplo

StGB – Strafgesetzbuch

v.g. – verbi gratia

Índice

Resumo	iii
<i>Abstract</i>	iv
Siglas e abreviaturas.....	v
Índice	vi
I. Introdução: âmbito e objetivos da investigação	1
1. Âmbito da investigação e aproximação ao problema da comparticipação criminosa no exercício da medicina em equipa.....	1
II. A definição do conceito de autoria em direito penal como um problema de imputação objetiva.....	5
1. A sobreposição dos temas de imputação objetiva e do conceito de autoria em órbita das situações de domínio do facto e violação do dever objetivo de cuidado.....	5
2. A teoria do domínio do facto em perspetiva crítica.....	9
3. O critério do domínio do facto em CLAUS ROXIN.....	13
4. O domínio da não impossibilidade do facto com princípio geral de autoria dolosa.....	15
5. Análise crítica e repúdio de outras conceções de autoria.....	19
III. O problema da comparticipação negligente e a respetiva subordinação a um conceito restritivo de autor.....	25
1. A subordinação do problema de autoria negligente a um conceito unitário e extensivo. Críticas.....	25
2. Proposta de uma noção restritiva de autoria como assimilação do critério de imputação do dever objetivo de cuidado.....	29

IV. Consequências da adoção de um conceito restritivo de autor negligente.....	32
1. Aproximação ao problema do exercício da medicina em equipa.....	32
a. Breve síntese do regime jurídico-penal dos atos médicos e respetivas dificuldades práticas.....	34
b. Os princípios da divisão do trabalho e da confiança.....	38
2. O contributo negligente para um comportamento doloso de outra pessoa.....	41
3. O contributo negligente para um comportamento negligente de outra pessoa.....	44
4. O (aparente) instituto da coautoria negligente.....	53
V. Síntese conclusiva e posição adotada.....	58
Bibliografia	64
Jurisprudência.....	67

I. Introdução: âmbito e objetivos da investigação

1. Âmbito da investigação e aproximação ao problema da participação criminosa no exercício da medicina em equipa

O desenho da esmagadora maioria dos ilícitos criminais plasmados na legislação faz parecer que toda e qualquer ação típica é tomada apenas por uma só pessoa, individual ou coletiva, adotando como referência situações de autoria singular. Contudo, quando alguém comete um delito, nem sempre o faz sozinho, podendo verificar-se a colaboração de uma pluralidade de agentes, então designados de «complicantes».

Na parte especial do Código Penal Português, a técnica legislativa usada assenta, no essencial, na conduta típica como ação singular, tomando como protótipo a conduta do agente individual. Mas sabemos que nem sempre é assim, pois a prática delituosa pode ser realizada em consórcio, *i.e.*, por uma pluralidade de agentes. Se avaliar e valorar a conduta individual não se afigura tarefa simples, a realização do ilícito por vários agentes faz nascer uma panóplia de possibilidades comportamentais tanto mais complexas quanto o número de agentes envolvidos. Desde logo, surge o problema da participação nesse mesmo delito, pois nem todos os participantes na comissão (por ação ou omissão) colaboram da mesma forma para a verificação do resultado típico, assumindo cada um dos agentes uma posição específica no *raio x* do ilícito. Se assim é, cumpre pensar o problema e estabelecer os parâmetros segundo os quais se devem hierarquizar os contributos de cada um no processo delituoso, fazendo refletir na responsabilidade criminal do agente o respetivo «grau» de participação no decurso do evento global.

Em harmonia com o que se pretende expor, o presente estudo assenta na definição do conceito de autoria como um problema de imputação objetiva. Na base do princípio que ao direito penal compete a preservação dos bens jurídicos essenciais à convivência comunitária e assentando no pressuposto de que o homem comanda os acontecimentos exteriores, estabelecem-se normas de determinação que proíbem a realização de condutas que, de um prisma *ex ante*, se mostrem suscetíveis de ofender bens jurídicos. Assim, perspetiva-se o sentido global do ilícito (doloso ou negligente) como um «ato de uma pessoa», adquirindo de tal sorte o carácter de ilícito pessoal. Em consonância com o que se expõe, o juízo sobre a

ilicitude pessoal deve refletir o conteúdo pessoal-objetivo de antinormatividade da «pessoa social», presumivelmente detentora das características do homem médio¹. Se assim é, como se verá, deixa de fazer sentido a autonomização do tipo objetivo. Assim, na assimilação da ilicitude pessoal a um «juízo de culpa sobre o homem médio», a imputação objetiva adquire uma índole pessoal-individual, envolvendo a sobreposição dos temas da imputação objetiva e da definição do conceito de autoria em direito penal².

Em função do limite temporal e espacial, o estudo centrar-se-á em aplicar o entendimento defendido na problemática da comparticipação negligente, em que se diverge da orientação dominante. Mas não sem antes se demarcar do âmbito do ilícito doloso. No plano do último, tem sido entendido pela atual doutrina e jurisprudência que a conceção do domínio do facto responde às exigências da comparticipação nos crimes dolosos quanto à demarcação do âmbito da autoria. No quadro da perspectiva de que se parte, propõe-se a demarcação do âmbito da autoria a uma peculiar conceção do domínio do facto, isto é, ao critério do «domínio-da-não-impossibilidade-do-facto», que se elege como princípio geral da imputação objetiva dolosa ínsito aos artigos 14.º e 18.º, ambos do Código Penal. Daqui resultará a postergação das tradicionais categorias da autoria imediata, autoria mediata e coautoria dolosas, elegendo como «tipos» fundamentais de autoria o «domínio concomitante, próximo ou imediato» e o «domínio não-concomitante, remoto ou mediato» do facto. Tais categorias pretendem exprimir as duas grandes formas que, em concreto, reveste o controlo do sujeito sobre o delito e percorrem, de modo transversal, as situações via de regra inseridas na autoria imediata, autoria mediata e na coautoria, evitando as dificuldades que as últimas suscitam ao nível da construção dogmática³.

Mas é na órbita dos crimes negligentes que o presente estudo encontra o seu foco. Nestes, a doutrina ainda hoje maioritária adere a um conceito unitário de autor, considerando autor todo aquele que, em violação do dever de cuidado, contribuiu para a criação do risco não permitido em que se concretizou o resultado. De modo diferente se passam as coisas à luz da perspectiva defendida, em que – considerando as dificuldades a propósito do entendimento atual do ilícito negligente ser demasiado extenso – se parte da assimilação do critério de imputação à «violação do dever de cuidado» para propor uma noção restritiva de autoria, em

¹ Sobre o conceito de homem médio adotado, cf. infra nota 12.

² Sobre a sobreposição dos temas da imputação objetiva e da definição do conceito de autoria em direito penal, cf. Cap. II, 1. e respetivas notas.

³ Para uma breve síntese do critério de autoria dolosa adotado no presente estudo, cf. Cap. II, 2. e 3., sem descuidar das respetivas notas bibliográficas para mais desenvolvimentos.

total coerência com o que se propõe ao nível dos delitos dolosos. Como se verá, deste ponto resultam importantes consequências, pois para a disciplina do concurso de agentes, a admissão de um conceito «único» de autor traduz-se no afastamento da categoria da «participação», envolvendo igualmente o repúdio da distinção entre autoria imediata, autoria mediata e coautoria negligentes, consagrando significativas diferenças no plano das soluções⁴.

O problema da comparticipação criminosa negligente e da respetiva subordinação a um conceito restritivo de autoria acarreta importantes consequências práticas cujo tratamento não poderia deixar de ter lugar no presente estudo. Assim, se a violação do dever objetivo de cuidado reveste uma *amplitude menor* do que aquela que lhe é conferida pela doutrina maioritária, conferindo à autoria do tipo negligente um critério restritivo, elegemos o exercício da medicina em equipa como mera decorrência lógica do que se pretende expor, ao contrário da doutrina maioritária que se apoia insistentemente no tráfego rodoviário⁵. Naquele campo, longe vão os tempos em que a atividade médica era exercida maioritariamente em regime de prática individual. A circunstância de a medicina ser hoje, na esmagadora maioria das situações, exercida em equipa, em conjunto ou sucessivamente – pois não raras vezes o agente se faz acompanhar por parceiros de equipa, dividindo estes as tarefas a levar a cabo – levanta questões complexas no que concerne ao grau de responsabilidade criminal de cada membro da equipa que se parecem ver ultrapassadas com a conceção proposta.

Entre os profissionais da medicina que, em conjunto ou sucessivamente, intervêm no processo de cura de um paciente, prima os princípios da confiança e da divisão do trabalho, cujo tratamento não se poderá descurar nesta sede⁶. A teia complexa de relações entre os agentes no exercício da medicina está muitas vezes associada à ineficácia na tomada de decisões. Ora, pese embora o direito penal reconheça a relevância e complexidade do tema dedicando um regime diferenciado e privilegiado às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, não poderá deixar de intervir quando se verifique a criação de um risco não permitido que venha a concretizar-se numa ofensa ao corpo ou à saúde ou mesmo na morte do paciente. Assim, revela-se igualmente fulcral perceber o que se deve entender por atos médicos e as dificuldades práticas que este conceito envolve. Por outro lado, encontra-se nos

⁴ Para uma breve síntese do contraponto do critério de autoria negligente maioritário e o que se adota, cf. Capítulo III, sem descuidar mais e melhores desenvolvimentos em referências bibliográficas que nas respetivas notas se podem encontrar.

⁵ Sobre o exercício da medicina em equipa, cf. infra Capítulo IV, 1. a) e b).

⁶ Sobre o princípio da divisão do trabalho e da confiança, cf. Cap. IV. 1. b) e respetivas referências bibliográficas.

artigos 150.º (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*), 156.º (*intervenções e tratamentos médico cirúrgicos arbitrários*) e 157.º (*dever de esclarecimento*), o regime jurídico-penal do direito médico, que reflete a preocupação em proteger o paciente da lesão no corpo, na saúde ou que coloque em causa a vida. Nestes moldes, a complexidade do entendimento da comparticipação negligente, aliada à reconhecida perigosidade da atuação médica em equipa motivou o presente estudo a oferecer um contributo para aquilo que se deve entender como responsabilidade criminal negligente no exercício da medicina em equipa⁷.

Assim, em ordem ao completo esclarecimento da perspetiva de que partimos, importará finalizar com uma breve desimplicação das soluções apuradas, designadamente quanto ao contributo negligente para um comportamento doloso de outrem, quanto ao contributo negligente para um comportamento negligente de outrem e quanto ao instituto da (aparente) coautoria negligente.

⁷ Cf. Capítulo IV, 2., 3., e 4. e respetivas notas para referência bibliográfica.

II. A definição do conceito de autoria em direito penal como um problema de imputação objetiva

1. A sobreposição dos temas de imputação objetiva e do conceito de autoria em órbita das situações de domínio do facto e violação do dever objetivo de cuidado

Na linha das várias reflexões a respeito da teoria geral do crime, designadamente com a conceção clássica, neoclássica e finalista, tornou-se corrente a distinção entre o *desvalor de ação* e o *desvalor de resultado* como modo de definição do crime e seus elementos, isto é, como uma tentativa de definir o crime com base em elementos objetivos (= ilícito objetivo) ou, além destes, tendo também em consideração elementos subjetivos (= ilícito pessoal). A tese do ilícito objetivo reconduz-se à simples ocorrência de um desvalor de resultado consistente na lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico. Muito explorado pelas conceções clássica e neoclássica, o desvalor de resultado traduz-se, assim, na criação de um estado juridicamente desaprovado e, deste modo, o conjunto de elementos objetivos do tipo de ilícito que perfeioam a figura do delito. Desta conceção resultam uma panóplia de incongruências dogmáticas que levaram a conceção finalista, por intermédio de H. WELZEL, a construir uma nova teoria geral do crime em que se consideram essenciais os elementos subjetivos como elementos integrantes da culpa que, por sua vez se traduz num dos elementos da caracterização do ilícito.

A teoria finalista consagrou um conjunto de elementos subjetivos que conformam o tipo de ilícito (subjetivo) e o tipo de culpa, nomeadamente a finalidade delituosa, a atitude interna do agente na perpretação do facto e o comportamento que exprime facticamente este conjunto de elementos, valorizando-se assim, o desvalor da ação⁸. Assim, ao contrário do que se disse a propósito do ilícito objetivo, o ilícito pessoal consubstancia um conteúdo objetivo de contrariedade a um imperativo ou norma de determinação, encontrando-se a respetiva matriz no desvalor de ação. Numa palavra, a ilicitude e a culpabilidade mais não representam do que diferentes perspetivas de valoração do facto, *i.e.*, a primeira comporta um juízo sobre a conduta, em si mesmo considerada, a última centra-se no desvalor de ação subjetivo,

⁸ Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, PGI, § 10, nm. 91 e ss., e, entre nós, em J. FIGUEIREDO DIAS, *O problema*⁶, § 6, IDEM, *Direito Penal. PG I*³, 11.º Cap., pp. 285 e ss.

assumindo o comportamento com o particular conteúdo de censurabilidade que lhe cabe enquanto desobediência do concreto indivíduo à norma.

Desde a conceção clássica, que assenta numa visão influenciada pelo naturalismo positivista, até à conceção neoclássica, com valores de origem neokantiana, os autores procuraram caracterizar o plano do ilícito de um prisma externo-objetivo da ação, perspetivando a ação típica como lógico-formalmente subsumível a um tipo legal de crime e desde que não se verificasse nenhuma causa de justificação. Nestes moldes, assentando a perspetiva material da construção de todo o ilícito numa visão estranha às intenções do agente, esta apresenta insuficiências insuperáveis do ponto de vista dogmático, não conseguindo enquadrar a relevância que o elemento subjetivo assume para a composição do ilícito, razão pela qual, desde logo, os autores que aderiam à tese em apreço, não conseguiam justificar a punibilidade da tentativa⁹.

Partindo desta perspetiva, é ao direito penal que compete a preservação das condições essenciais da vida comunitária, função que, assente no pressuposto da capacidade do homem para ver e comandar os acontecimentos exteriores, se cumpre no estabelecimento de normas de determinação que proíbem a realização de condutas que, de um prisma *ex ante*, se mostrem suscetíveis de ofender bens jurídicos, pelo que, no significado jurídico-penal do facto, concorrem não só as particulares intenções exigidas nalguns tipos legais (=delitos de intenção), mas, de um modo geral, o dolo e a negligência como elementos caracterizadores de todo o ilícito criminal. Assim compreendido, o «facto» converteu-se numa «unidade subjetivo-objetiva» que pretendia condensar o sentido global da situação como um «ato de uma pessoa», adquirindo, de tal sorte, o carácter de um ilícito pessoal.

Em consonância com o que se expõe, passou a adotar-se a distinção entre «ilícito doloso» e «ilícito negligente», não pela diversa estrutura óptica dos comportamentos dolosos e negligentes, mas por razões de índole axiológico-jurídica que apontam para a assunção das mencionadas figuras como consubstanciando diferentes núcleos de antinormatividade. De acordo com semelhante orientação, a configuração do acontecimento exterior em que consiste o crime e, portanto, o alcance do tipo objetivo, encontra-se condicionado pela «direção de

⁹ Para mais desenvolvimentos sobre a perspetiva clássica material, colhendo a teoria do ilícito objetivo, cf. CAVALEIRO FERREIRA, *Direito Penal Português*, PG. pp. 133 e ss. e 259 e ss., e FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, p. 409. Contrariando o ilícito objetivo, cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 7, nm. 15 e ss., J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 10.º Cap., pp. 239 a 243 e A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 170 e ss.

vontade» que subjaz à conduta do agente, o que, em rigor, implica que o conteúdo do tipo se esgote na unidade subjetivo-objetivo de ilícito.

Em traços essenciais, o quadro descrito reproduz o modo como costuma caracterizar-se a conceção do ilícito pessoal que integra hoje a orientação maioritária e como única que nos parece ajustar-se à teleologia do direito penal de «garantia» dos valores jurídicos essenciais e à assunção das proposições jurídico-criminais como normas de determinação. Em conformidade, o presente estudo adere ao entendimento que assimila a ilicitude pessoal a um juízo de culpa sobre o concreto agente na veste de «presumível» detentor das características do homem médio. Assim sendo, uma vez que constituem a expressão de diversificados conteúdos de desobediência a uma norma de determinação, os ilícitos doloso e negligente integram incidíveis unidades subjetivo-objetivas, cujo espectro fáctico (= tipo objetivo) varia consoante o agente atue com dolo ou negligência¹⁰. Por essa razão, ao invés do que pretende a orientação dominante, deixa de fazer sentido a operação de imputação ao tipo objetivo anterior e autónoma em relação à imputação do tipo subjetivo¹¹. Nos moldes em que se entende que a constituição de um tipo de ilícito exige a verificação tanto de um desvalor de ação como de um desvalor de resultado, a compreensão da ilicitude pessoal como um «juízo de culpa sobre o homem médio»¹² resulta na necessária sobreposição dos temas da imputação objetiva e da definição do conceito de autoria em direito penal.

¹⁰ Enquanto expressão de um sentido de antinormatividade, o «tipo objetivo» encontra-se condicionado pela «direção de vontade» que subjaz à conduta do agente, o que implica a configuração de um tipo subjetivo-objetivo. Seguimos de perto A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 574 e ss.

¹¹ No sentido da autonomização dos momentos de «imputação ao tipo objetivo» e «imputação ao tipo subjetivo», subordinando logo no primeiro momento o regime dos crimes dolosos e negligentes, C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 11, nm. 45-46 e 69, e § 12 nm. 155. Em sentido análogo, R. MAURACH, *Derecho Penal*, PG, I⁸, § 18, nm. 1 e ss., § 21, nm. 12 e ss., § 23, nm. 27 e ss., G. STRATENWERTH/L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I⁶*, § 8, nm. 25 e ss. e 86 e ss., e § 15, nm. 5 e ss e, entre nós, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I³*, 12.º Cap. §§ 21 e ss. Já em contraposição e no sentido do texto, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 13 e 578 e ss.

¹² No tocante à noção de «homem médio», encontram-se na doutrina duas noções fundamentais: a *primeira* circunscreve o núcleo do comando penal ao parâmetro do homem médio, *i.e.*, partindo do cidadão prudente e atento colocado na situação do agente, ao que a maioria dos autores diz tratar-se do «homem médio da posição socioexistencial do agente» (por todos, R. MAURACH, *Derecho Penal*, PG, I⁸, § 43. nm. 28 e ss., esp. 34, H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado⁵*, p. 578), e a *segunda*, que define aquele núcleo de antinormatividade penalmente relevante com base nas qualidades do «homem concreto» (neste sentido, H. WELZEL *Derecho Penal*, pp. 118 e ss., G. JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, § 9, nm. 6 e ss., G. STRATENWERTH/L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I⁶*, § 15., nm. 11 e ss. e, entre nós, A. TAIPA DE CARVALHO, *A legítima defesa*, pp. 86 e ss. e PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense CP I¹*, art.º 148, §§ 17-18). Corretamente compreendida, a segunda noção, ao contrário do que pode parecer, não se afasta do padrão de natureza objetiva, pois conceitua as capacidades intelectuais e físicas do particular agente (*i.e.*, as competências instrumentais-operatórias), não contemplando referências emocionais que nos remetem para a censurabilidade individual, cuja ponderação os adeptos remetem – e bem – para o plano da culpa. Assim, o plano é autónomo do concreto delincente e remete-nos para o concreto modelo de homem médio, a saber o «homem médio das qualidades intelectuais e físicas do agente». A orientação por último referida contempla ainda as hipóteses de o indivíduo possuir «capacidades *acima* da

Numa palavra, na base da conceção da ilicitude pessoal defendida, o instituto da imputação objetiva contempla os requisitos de que depende o «juízo de culpa sobre o agente na veste de pessoa social (=homem médio)¹³, pelo que, em harmonia com o exposto, o cerne da antijuridicidade de qualquer delito haverá de residir numa atuação humana que, ao encarnar um desvalor de ação entendido nos termos descritos, realize o tipo legal. A afirmação da ilicitude pessoal converte-se, assim, num «juízo de culpa sobre o homem médio» ou, mais precisamente, num juízo de culpa sobre o concreto agente enquanto presumível detentor das características, não da *pessoa individual*, mas na veste de *pessoa social*¹⁴.

A esta luz, os princípios da imputação objetiva circunscrevem o que deve considerar-se uma realização ou obra do sujeito como «pessoa social». Numa palavra, constituem sínteses categoriais das modalidades que reveste o assinalado juízo de culpa sobre o homem médio e, portanto, dos distintos conteúdos pessoais-objetivos de antinormatividade (=desvalores de ação) em que pode traduzir-se o facto ilícito em direito criminal. Assim, os ilícitos doloso e negligente consubstanciam autónomas unidades de sentido subjetivo-objetivo, dotadas de uma estrutura interna própria, a que sempre terão de corresponder, nos termos indicados, diferentes critérios de imputação.

Na ótica defendida, os referidos critérios assentam no «domínio-do-facto» para os delitos dolosos e na «violação do dever objetivo de cuidado» para os ilícitos negligentes, assumidos numa particular aceção normativa, que, por sua vez, diverge de qualquer das

média» (v.g., o cirurgião excecional que não salva o paciente porque, ao invés de utilizar uma técnica que só ele domina e que salvaria o doente, emprega os procedimentos de um «cirurgião-médio»), apresentando-se, nestes termos, como a conceção de «homem médio» que melhor se ajusta às valorações jurídico-penais, *i.e.*, da proteção de bens jurídicos essenciais. Por outro lado, a tese em apreço já não se pode aceitar quando a na delimitação da antinormatividade penalmente relevante se contemple a alternativa de o sujeito possuir capacidades *abaixo* da média, não se podendo aceitar que as condutas penalmente relevantes para o «homem médio da posição socioexistencial do agente», deixariam de o ser naquele caso, pelo que (em obediência ao art.º 18.º da CRP) sempre se deverá traçar um «limiar mínimo». Com efeito, com um tal critério «misto» – que combina a perspetiva do homem médio da posição socioexistencial do agente» com a consideração das «capacidades instrumentais-operatórias do concreto sujeito *superiores* à média» – se adere, no presente estudo, o conceito normativo-penal de homem médio que subjaz ao juízo de ilicitude pessoal e, portanto, à demarcação da antijuridicidade penalmente relevante. Eximiamente sobre o tema, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 582-584.

¹³ O que acontecia, desde logo, na *imputatio iuris*, que se limitava ao enunciado dos elementos de que dependia o «juízo de culpa sobre o agente enquanto pessoa individual» e consubstanciava, por conseguinte, uma *imputação subjetiva* (dolosa ou negligente). Neste sentido, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 13.

¹⁴ No sentido do presente estudo, a «pessoa social» consubstancia a pessoa presumivelmente detentora das qualidades normais do ser humano (= homem médio), enquanto a «pessoa individual» será aquela em que são atendidas as específicas características e capacidades do sujeito. Para mais desenvolvimentos sobre a distinção entre «pessoa individual» e «pessoa social», cf. nota 12 e, ainda, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 585 e respetivas notas.

correntes detetáveis na doutrina da atualidade. Como se disse, desta ordem de considerações deriva uma sobreposição dos problemas da imputação objetiva e da definição de conceito de autor em direito penal. Isto é, à caracterização do vínculo (doloso ou negligente) que deve interceder entre o sujeito e o acontecimento exterior para se estar em face de um conteúdo pessoal-objetivo de contrariedade a uma norma de determinação e, assim, perante um ilícito típico.

Por fim, sublinhe-se que a assimilação da ilicitude pessoal a um «juízo de culpa sobre o homem médio», nos termos expostos, ao envolver a sobreposição dos temas da imputação objetiva e da definição do conceito de autor em direito penal, não se limita a provocar a compreensão do tipo de ilícito como um «tipo de autoria». Na medida em que pretende exprimir o conteúdo pessoal-objetivo de antinormatividade subjacente a uma certa conduta, aquela imputação objetiva adquire uma estrita índole pessoal-individual, que converte todo o tipo-de-ilícito num tipo de autoria singular dolosa ou negligente. Como se verá, deste ponto resultam importantes consequências para a disciplina do concurso de agentes, em especial na negligência¹⁵.

2. A teoria do domínio do facto em perspetiva crítica

Segundo a opinião generalizada, o critério do domínio do facto (*Tatherrschaftstheorie*) reporta-se apenas à comparticipação dolosa. A esmagadora maioria dos adeptos da presente doutrina excluí a distinção entre autor e participante na esfera dos delitos negligentes, consagrando, assim, um conceito unitário de autoria¹⁶ que abrange todos os indivíduos cujas condutas preencham os requisitos da imputação a título de negligência, *i.e.*, comportem a violação jurídico-penalmente relevante do dever objetivo de cuidado¹⁷. De modo diverso, nos delitos dolosos, os adeptos partem da contraposição entre autoria e participação, limitando-se

¹⁵ Para mais desenvolvimentos sobre a sobreposição dos temas de imputação objetiva e autoria em direito penal, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 650 e ss. e, em especial, 674 e ss.

¹⁶ Veja-se, desde logo, C. ROXIN, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, pp. 352 e ss. e 392 e ss., o qual sustenta que o critério do domínio-do-facto não pode ser tomado como princípio universal desde logo como critério de autoria nos delitos negligentes, nos de omissão, nem dos «delitos de dever», uma vez que se considera que o que caracteriza o facto é, em primeira linha, não uma ação, mas uma violação do dever objetivo de cuidado.

¹⁷ Cf., *infra*, pp. 26 e ss. Da posição adotada no presente texto, muito embora se afaste o entendimento segundo o qual se deve partir de um conceito unitário de autoria, decorre que se deverá observar a dissolução das situações de comparticipação num «feixe» de processos criminosos autónomos, tantos quantos os intervenientes. Neste sentido, seguimos de perto A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 282.

a primeira aos intervenientes cuja vontade constitua o fator determinante e, assim, detenham o «domínio-do-facto». Ao invés da teoria subjetiva, que apenas considera a atitude interna do agente (*animus auctoris*)¹⁸, a orientação em apreço parte de um critério objetivo-subjetivo, fazendo depender a qualificação de alguém como autor do requisito de o respetivo dolo se condensar numa conduta que integre o elemento decisivo para a verificação do delito, constituindo, assim, «obra» da vontade do agente.

Por outro lado, a mera participação (*Teilnahme*) esgota-se num comportamento que, embora configure um contributo para a realização do crime, não se revela determinante para a sua verificação. Pressuposta a culpa dolosa do autor, tal categoria pode traduzir-se: a) em criar noutra pessoa a decisão de perpetrar a infração (instigação) ou; b) na colaboração prestada com vista à respetiva execução (cumplicidade). Em ambos os casos, o delito continua a encarnar da exclusiva vontade do autor. Nestes moldes, a teoria em apreço mais não representa do que dois autónomos e diversificados conteúdos objetivos de antinormatividade e, assim, de dois autónomos e diversificados desvalores de ação. Dentro da conjuntura atual, a teoria do domínio do facto constitui, em suma, o correlato da conceção do «ilícito pessoal» na órbita da comparticipação¹⁹.

Em harmonia com a conceção do ilícito pessoal subjacente à teoria do domínio-do-facto, o ilícito doloso esgota-se na produção de uma situação exterior de lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico que exprima uma específica decisão de vontade dirigida à correspondente verificação. Isso mesmo se concretiza na asserção de que o domínio-do-facto exprime a estrutura interna e, portanto, o princípio geral que preside à imputação objetiva dos delitos dolosos no entendimento maioritário. Não obstante, a tese é hoje considerada por grande parte da doutrina²⁰ e jurisprudência portuguesas²¹ como a que melhor responde às

¹⁸ Sobre a teoria subjetiva, cf., infra, pp. 21 e ss.

¹⁹ Ao contrário do que se disse a propósito do ilícito objetivo, o ilícito pessoal consubstancia um conteúdo objetivo de contrariedade a um imperativo ou norma de determinação, encontrando-se a respetiva matriz no desvalor de ação. Nestes moldes, a ilicitude e a culpabilidade mais não representam do que diferentes perspetivas de valoração do facto, *i.e.*, a primeira comporta um juízo sobre a conduta, em si mesmo considerada, a última centra-se no desvalor de ação subjetivo, assumindo o comportamento com o particular conteúdo de censurabilidade que lhe cabe enquanto desobediência do concreto indivíduo à norma. Assim, dado que a sua verificação não comporta, por si só, uma censura ao agente, o dolo e a negligência integram modalidades do ilícito, aí radicando a autonomização dos respetivos regimes da comparticipação. Ao traduzir a realização intencional do comportamento decisivo para a ocorrência do delito, o domínio do facto consubstancia o conteúdo nuclear do ilícito doloso.

²⁰ Como seus seguidores apontam-se, entre outros, R. MAURACH, *Derecho Penal. PG*, I⁸, § 47., nm. 84 e ss., H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado*⁵, pp. 651 e ss., G. STRATENWERTH/L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I^o*, § 12, nm. 15 e ss., C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 25 nm. 10 e ss. Na doutrina portuguesa, cf., p. ex., J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I³*, 30.º Cap. §§ 16 e ss., CONCEIÇÃO VALDÁGUA (M.), *Início da Tentativa do co-autor*,

exigências que se assentam na definição do critério de autoria no âmbito da comparticipação criminalmente relevante²².

Por outras palavras, para a conceção em apreço, autor é quem domina o facto, quem dele é «senhor», quem toma a execução «nas suas próprias mãos», de tal modo que se exige que o agente possua o efetivo controlo, dele dependendo o se e o como da realização típica, sendo nesta precisa aceção que se pode afirmar que o autor é a figura central do acontecimento²³. Assim, faz-se depender a qualificação de alguém como autor do requisito de o respetivo dolo se condensar numa conduta que integre o elemento decisivo da ocorrência do delito. Em consonância, o verdadeiro critério da autoria e a sua distinção face à participação não pode prescindir de momentos objetivos e subjetivos, pelo que para qualificar a autoria, não basta que qualquer pessoa intente uma contribuição causal ao resultado, mas sim que realize uma ação típica em todos os seus elementos. Assim dito, os defensores da teoria arrumam as diversas modalidades de domínio-do-facto sob as categorias da autoria imediata, da autoria mediada, da coautoria e das autorias paralelas²⁴. Por outro lado, quanto aos agentes que não controlam faticamente o «se» e o «como» da realização do delito, mas que, de alguma forma, contribuem, são desviados para a categoria da participação. No decorrer do que acaba de se dizer, os autores conservam a destrição entre instigação, onde cabem os agentes que, de qualquer forma, determinam a prática do crime e a cumplicidade, consistente no auxílio moral ou material prestado ao mesmo autor doloso. Nesta senda, a maioria dos autores da teoria do domínio do facto subordinam a punição dos participantes ao princípio da «accessoriedade limitada», isto é, à comissão de um ato típico e ilícito pelo autor, afastando a relevância jurídico-penal da «tentativa» de instigação ou cumplicidade.

pp. 157-158, SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, pp. 162-163, TEREZA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, pp. 393 e ss., IDEM, *Illicitamente participado*, pp. 589-658.

²¹ Adotando a teoria do domínio do facto, vejam-se, a título de exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.05.2009, proferido no âmbito do processo n.º 58/07.1PRLSB.S1, o acórdão de 18.06.2009, proferido ao abrigo do processo n.º 09P0305, o acórdão de 15-04-2009, proferido no âmbito do processo n.º 09P0583 e, ainda, o acórdão de 05.06.2012, proferido ao abrigo do processo n.º 148/10.3SCLSB.L1.S1, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

²² Para alguma doutrina, a perspetiva nasce do aproveitamento dos contributos oferecidos pelas teorias formal-objetiva (e o seu conceito restritivo de autor), material-objetiva assente na causalidade (e o seu conceito unitário e extensivo de autor) e das teorias subjetivas, o que a tornou, numa palavra, numa verdadeira doutrina «subjetivo-objetiva» A expressão é de C. ROXIN em C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 25 nm. 12. A este propósito cf. ainda A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 287 e 288.

²³ Cf. J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 30.º Cap. §§ 16

²⁴ Cf., por todos, H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado*, pp. 651 e ss., e 684 e ss. e, entre nós, com análise pormenorizada, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 326.

Em harmonia com alguns autores, a teoria em apreço foi o culminar da sucessiva evolução das construções subjetiva, formal-objetiva e material-objetiva²⁵. Contudo, ela significou, pelo contrário, uma rutura com a dogmática anterior, assente na causalidade naturalística e na conceção do ilícito objetivo, centrado no desvalor de resultado²⁶. Semelhante perspetiva desvirtuava o específico sentido das valorações jurídico-criminais, pelo que só num sentido metafórico se pode pensar que a ideia de domínio do facto se traduziu num «horizonte subconsciente» de toda a evolução sobre a matéria.

Tendo por base o que se disse, o critério do domínio do facto como princípio geral de autoria apresenta algumas fragilidades. Desde logo, o conceito foi pensado exclusivamente para os crimes dolosos de ação, pois o núcleo da conceção liga-se indissoluvelmente, de um ponto de vista psicológico, a um controlo do acontecimento pela vontade do agente e não terá cabimento nos crimes negligentes. Depois, o critério, quando responde à questão de saber quem dirigiu a execução da ação que realiza o tipo autolimita-se no âmbito dos delitos de omissão. Outro problema surge quando o tipo de ilícito exige elementos subjetivos ou objetivos adicionais, o que acontece em várias situações. Desde logo, nos casos em que o ilícito exige, além do dolo do tipo, elementos subjetivos especiais, nomeadamente certa intenção ou determinados motivos, a teoria do domínio-do-facto sofre uma entorse por se ver obrigada a acrescentar os elementos exigidos, pelo que autor é quem tem o domínio do facto acrescido dos elementos subjetivos exigidos pelo tipo de ilícito respetivo. Por outro lado, verifica-se que nos crimes específicos – em que sobre o autor recai uma qualidade ou relação especial – a doutrina maioritária resolve com o recurso ao adionamento da violação do dever especial por quem dele é titular, mais uma vez subvertendo o sentido tradicional da doutrina do domínio do facto. De igual modo, nos crimes de mão própria, o legislador pensou a construção do ilícito tendo em conta que só o autor o poderia realizar (v.g. crimes sexuais) pelo que só poderá ser cometido em autoria imediata.

Não obstante as dificuldades encontradas pela doutrina, o domínio-do-facto obteve a adesão maioritária enquanto critério da autoria na órbita dos crimes dolosos. Contudo, verifica-se, por outro lado, em C. ROXIN, uma recondução do domínio do facto a uma específica intenção normativa que, pela sua amplitude e originalidade, merece um particular tratamento.

²⁵ Assim, H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado*⁵, p. 234 e C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, pp. 64-65.

²⁶ Sobre a conceção de ilícito objetivo, cf. *supra*, o texto correspondente à p. 5 e, ainda, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 567 e ss.

3. O critério do domínio do facto em CLAUS ROXIN

O conceito de domínio-do-facto está longe de ser unívoco, desde logo quando ocorra a realização de um ilícito criminal por uma pluralidade de agentes em conluio, nem sempre é fácil definir e autonomizar com exatidão o contributo de cada um para a realização típica. Com vista a superar esta dificuldade, ROXIN qualifica o domínio do facto como *conceito aberto*, *i.e.*, suscetível de adaptar-se às variadíssimas situações concretas da vida e que só na concreta aplicação alcança a sua medida máxima de concretização²⁷. Para o autor, a demarcação do critério de autoria e de participação encontra a sua sede na esfera normativa, o que significa que o princípio conformador reside no direito positivo, remetendo para os preceitos relativos à comparticipação e para o teor dos concretos tipos incriminadores²⁸. Nestes moldes, ROXIN afirma que autor é a «figura central» (*Zentralgestalt*) do delito, o que equivale, em termos dogmáticos, a qualificar como autor o agente cuja intervenção realize a *fattispecie* legal. Assim, a autoria circunscreve-se ao plano do ilícito-típico e passa a constituir uma expressão alternativa para designar o ilícito-típico de cada delito plasmado na lei²⁹.

Seguindo esta via, ROXIN autonomiza três «tipos de tipicidade» a que correspondem aos modelos de autoria. Por um lado, depara-se com os chamados «delitos-de-domínio» (*Herrschaftsdelikte*), cujo conteúdo se traduz na criação de uma situação exterior de lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, pelo que autor só poderá considerar-se aquele que detenha o controlo sobre a produção de tal resultado, *i.e.*, o domínio do facto³⁰. Em segundo lugar, surgem os denominados «delitos-de-dever» (*Pflichtdelikte*), cuja categoria abarca os crimes específicos e de omissão impura, onde a infração radica na violação de um «dever de natureza extrapenal»³¹. Por fim, referem-se os «delitos de mão-própria» (*Eigenhandigedelikte*), em que o fundamento da incriminação reside no desvalor intrínseco da realização dolosa de «atos de execução», circunstância que reduz a «figura-central» ao autor imediato.

²⁷ Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 25 nm. 34 e, ainda, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*. PG I³, 30.º Cap. § 20.

²⁸ Cf. C. ROXIN, *Taterschaft u. Tatherrschaft*, pp. 22-23 e 26, *apud* A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 356.

²⁹ Cf. C. ROXIN, *Taterschaft u. Tatherrschaft*, pp. 328 e 329, *apud* A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 357.

³⁰ Cf. C. ROXIN, *Taterschaft u. Tatherrschaft*, pp. 335-337, *apud* A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 357.

³¹ Cf. C. ROXIN, *Taterschaft u. Tatherrschaft*, pp. 337-338 e 352 e, sobre a omissão, 458 e ss., *apud* A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 361.

Como consequência do exposto, o domínio-do-facto deixa de constituir o fundamento «universal» da autoria na esfera dos crimes dolosos. Depois de se identificar a «figura-central» do crime (associando a infração ao cerne do ilícito-típico), ROXIN separa a categoria de «delitos-de-domínio» dos «delitos de mão-própria» e dos «delitos-de-dever». Assim, no tocante ao primeiro domínio – cujo conteúdo reconduz à lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos – vincula a autoria ao critério do domínio do facto, pelo que autor só poderá considerar-se quem possui o controlo da respetiva produção. Quanto aos segundos, ROXIN afasta o domínio-do-facto como critério de autoria, assimilando a «figura central» à particular censurabilidade da atitude do agente na perpetração do facto, o que, desde logo, configura uma afronta aos pressupostos do direito penal do facto. Já quanto aos delitos-de-dever, o autor reduz a «figura central» à negação de um «dever extrapenal» de tutela de um bem jurídico, excluindo, assim, o critério do domínio do facto³². Neste último ponto, o autor acaba por associar o núcleo do correspondente ilícito à ofensa a um «dever pessoalíssimo», atribuindo-lhe um carácter «subjetivo-individual», também incompatível com os pressupostos de um direito penal do facto, centrado na proteção de bens jurídicos³³.

Assim – e em síntese – a «normativização» das categorias comparticipativas inerente à conceção em apreço traduz-se na particularidade de o domínio-do-facto deixar de constituir o princípio geral de autoria de todos os crimes dolosos, afastando-se o seu funcionamento na órbita dos assinalados delitos de mão-própria e dos delitos de dever. Não obstante constituir o critério para determinar a fronteira entre a autoria e participação nos denominados «delitos de domínio», o domínio do facto adquire contornos diversos do que se disse acima a seu propósito³⁴. Desde logo, o alcance atribuído ao domínio-do-facto esgota-se no puro e simples «domínio-de-um-processo-causal-naturalístico», excetuando-se do campo da autoria todas as hipóteses em que, entre o agente e o delito, ocorra a atuação livre de outrem, o que implica retirar do âmbito da assinalada autoria mediata e da coautoria grande parte das situações como tal tratada na doutrina e jurisprudência. Depois, no quadro da respetiva assimilação à categoria dos delitos-de-dever, continua a reconduzir o ilícito dos crimes específicos à

³² Cf. C. ROXIN, *Taterschaft u. Tatherrschaft*, pp. 353-354, *apud* A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 466 e ss.

³³ Com perspetiva crítica, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 485 e ss. e, ainda, 530 e ss.

³⁴ Cf., *supra*, pp. 9-13.

violação de um «dever pessoalíssimo» e, assim, a atribuir-lhe um significado que não se compagina com os pressupostos de um direito penal do facto³⁵.

4. O domínio da não impossibilidade do facto com princípio geral de autoria dolosa³⁶

Retomando o fio do que ficou dito, a orientação em epígrafe afasta-se da corrente maioritária quanto ao distinto significado que esta atribui às modalidades de autoria designadamente, autoria imediata, autoria mediata e coautoria. A este propósito, a conceção defendida representa também a desimplicação do sentido conferido ao ilícito pessoal e ao juízo pessoal individual de imputação objetiva, pois, ao acolher o princípio que subjaz à imputação objetiva dolosa (o domínio do facto), aponta para uma nova sistematização, o que resulta em importantes consequências na matéria.

Desde logo, as razões que apontaram ao repúdio do entendimento tradicional do critério do domínio do facto levam a assumir o ilícito doloso como uma atuação humana que, aferida à luz do padrão do homem médio³⁷, encarne a manifestação de uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser penal³⁸. Semelhante antinormatividade condensa-se na prática consciente e voluntária de uma conduta que, de um prisma *ex ante* (e na base dos conhecimentos que se esperam do homem médio), confira ao agente o controlo do «se» e do «como» da ocorrência da situação prevista num tipo incriminador³⁹. Neste prisma, o alcance da normativização do domínio-do-facto reside num duplo critério: de o comportamento do agente refletir fundada expectativa sobre o controlo do «se» e do «como» da produção da factualidade típica, assim como também espelhar o sentido de contrariedade/indiferença para com o dever-ser penal. Assim entendido, o critério converte-se na síntese categorial da unidade subjetivo-objetiva em que se consubstancia o «dolo-em-ato»

³⁵ Eximiamente, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 351-534.

³⁶ Uma exposição detalhada sobre os contornos do «domínio-da-não-impossibilidade-do-facto» como critério de imputação objetiva e da autoria nos delitos dolosos de ação pode ser encontrada em A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 659 e ss. Quanto ao problema da imputação objetiva, pp. 1080 e ss. sobre o «domínio da não impossibilidade do facto» e, sobre a caracterização do binómio «domínio concomitante/não concomitante do facto» e respetiva desimplicação dogmática, num registo que pretende evidenciar a sua transversalidade em relação aos casos de «autoria imediata/mediata e coautoria», pp. 1089 e ss. e 1102 e ss.

³⁷ Sobre o conceito de «homem médio», cf., *supra*, nota 12 e respetivas referências.

³⁸ A perspetiva adotada consiste na proposta de um novo entendimento do dolo e da negligência como elementos do ilícito típico e pode ser encontrada em A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 597 e ss. e, ainda, 922-923.

³⁹ Cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 923.

(*i.e.*, o ilícito doloso) e, por conseguinte, no respetivo critério de imputação objetiva. Aqui radica, pois, o nuclear juízo de imputação objetiva que subjaz à afirmação do domínio do facto e, portanto, à qualificação de alguém como autor.

Partindo do fiel entendimento da conceção do ilícito pessoal, a antijuridicidade criminalmente relevante traduz-se numa conduta humana que venha resultar na desobediência de dever ou norma de determinação, cujo conteúdo desta é aferido em função das capacidades e dos conhecimentos que se esperam do homem médio (=pessoa social). A afirmação da ilicitude num caso concreto é apreciada, portanto, através de um juízo de culpa sobre o homem médio ou, mais precisamente, num juízo provisório de culpa sobre o concreto agente na veste de presumível detentor das capacidades e dos conhecimentos do homem médio⁴⁰. Esta perspetiva resulta na autonomização de distintas unidades de desvalor jurídico-criminal, designadamente de duas formas pessoais objetivas de antinormatividade. Assim, o ilícito será doloso ou negligente consoante o comportamento do agente encarne, à luz do citado parâmetro do homem médio, um sentido de contrariedade/indiferença (=ilícito doloso) ou descuido (=ilícito negligente), perante o dever-ser penal, respetivamente.

Nestes moldes, o regime da imputação objetiva constitui uma decorrência da prévia demarcação dos contornos da antijuridicidade criminal, cujos critérios representam sínteses categoriais da unidade subjetivo-objetiva em que consiste o ilícito doloso e negligente. De harmonia com a perspetiva defendida, o alcance atribuído ao domínio do facto e à violação do dever objetivo de cuidado, atinge os correspondentes princípios de imputação objetiva. Questão que, em sintonia com o carácter individual que cumpre reconhecer ao juízo de ilicitude (=juízo de culpa sobre o homem médio), acaba por coincidir com o problema da definição do conceito de autor em direito penal⁴¹.

No quadro de uma dogmática assente na conceção de ilícito pessoal, a destrição entre autoria imediata, autoria mediata e coautoria deixa de fazer sentido, o que parece justificar a

⁴⁰ Cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal* pp. 567 e ss., em especial pp. 582 e ss., pp. 597 e ss. e 1080 e ss., e, sobre o conceito de «homem médio», cf., supra nota 12 e respetivas referências.

⁴¹ Partindo deste prisma, tendo em conta o carácter pessoal-individual do ilícito, as usuais espécies de autoria (autoria imediata, autoria mediata e coautoria) representam meros tipos coletivos, limitando-se a duplicar a estrutura global das diversas situações de comparticipação. Assim dito, as condutas de cada um dos agentes constituem o resultado *a posteriori* de imputação objetiva que presidem à afirmação do domínio do facto ou da violação do dever objetivo de cuidado e à correspondente qualificação dos arguidos como autores dolosos, autores negligentes ou simples participantes. A propósito desta questão, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal* pp. 656 e ss., e 666 e ss. A propósito da atribuição do «domínio-do-facto» e «violação do dever objetivo de cuidado» como princípios de imputação objetiva e, sobre o carácter pessoal-individual do juízo de ilicitude em coincidência com o problema de autoria em direito penal, pp. 674 e ss. 727 e ss.

respetiva postergação⁴². Para que a destrinça assuma significado dogmático, haveria que se exprimir uma diferença no particular modo em que o agente se comporta na verificação do delito. Numa tal hipótese deparar-se-ia com tipos de domínio-do-facto, entendidos como autónomas formas em que se condensa o controlo sobre a produção do delito. Posto isto, a orientação adotada estende o desvalor de ação⁴³ característico do ilícito doloso à perpretação consciente e voluntária de uma conduta que deixe antever, como consequência *não-impossível*, a realização do tipo legal. Partindo daqui, reconduz-se a teoria do domínio do facto como critério da autoria dolosa a um «domínio-da-não-impossibilidade-do-facto», ancorado nas regras da experiência social, o que se julga justificado à luz do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

Em síntese, o domínio-da-não-impossibilidade-do-facto vem conferir o sentido que a doutrina tradicional confere ao domínio do facto como fundamento de autoria dolosa, elegendo-se como respetivo princípio de imputação objetiva um domínio-da-não-impossibilidade-do-facto que adquire uma eminente índole normativo-penal e que consubstancia o critério que circunscreve as situações que permitem, do exclusivo ângulo do direito criminal, considerar a produção da factualidade típica na obra ou realização da vontade de um agente, desse modo contemplando um sentido pessoal-objetivo da antijuridicidade dolosa. Por conseguinte, em contraponto com o tradicional desenho do domínio do facto, o que se defende consagra todos os elementos que assinalam a antinormatividade dolosa, integrando o autónomo (e único) critério que intervém na solução das hipóteses controvertidas, isto é, reconduz-se as constelações que legitimam a qualificação do sujeito como autor à luz do assinalado domínio-da-não-impossibilidade-do-facto, às situações de domínio concomitante, próximo ou imediato⁴⁴ e de domínio não-concomitante, remoto ou mediato do facto⁴⁵.

⁴² A propósito das questões abordadas no texto, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal* pp. 922 e ss. e, especificamente sobre a coautoria, pp. 937 e ss.

⁴³ Para uma síntese da noção de desvalor de ação para a doutrina maioritária, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal* p. 924 e, *supra*, pp. 5 e ss.

⁴⁴ Compreendido nos termos adiante expostos, o conceito converte-se num tipo nuclear de toda a autoria dolosa, percorrendo transversalmente os campos das tradicionais autorias imediata, mediata e coautoria, deixando estas de ter cabimento. A primeira das modalidades do domínio-da-não-impossibilidade-do-facto, enquanto critério geral de imputação objetiva e da autoria dolosa, consiste no domínio concomitante, próximo ou imediato do facto. Para melhor compreensão do alcance do conceito, partimos do seguinte exemplo, avançado pela literatura que se cita: *A*, indivíduo de idade avançada e muito debilitado, que já só se move em cadeira de rodas, motivado pelo ódio que tem a *B*, decide matá-lo com um punhal. Dado que *B* se apresenta como uma pessoa de compleição média e está de perfeita saúde física, ser-lhe-ia fácil impedir a conduta de *A*. No entanto, porque (sem que ninguém o saiba) sofre de profundas tendências suicidas, nada faz para obstar ao comportamento do

último, que, embora a custo, consuma o crime. Suponha-se, ainda que, depois do falecimento de *B*, se descobre uma carta em que o mesmo revela, não apenas conhecer o plano de *A*, mas também desejar aproveitá-lo para pôr termo à vida. Perante o quadro descrito, poderia afirmar-se que o resultado, mais do que dever-se à decisão de *A*, constitui obra da vontade do ofendido *B*, que possui, nessa aceção, um genuíno domínio do facto. Todavia, não obstante o domínio do facto de *B*, para a generalidade da doutrina e à luz da própria lei, parece inquestionável a consideração de *A* como autor do crime. Como já houve oportunidade de se dizer, as normas de determinação subjacentes ao ilícito doloso traduzem-se na proibição da prática consciente e voluntária de condutas que deixem antever como efeito *não-impossível* a ocorrência de uma infração. Em consonância com o avançado entendimento da unidade subjetivo-objetiva em que consiste a antijuridicidade dolosa, a afirmação do domínio-do-facto e, portanto, a qualificação do agente como autor apenas se subordina à exigência de que a realização típica consubstancie a «materialização» ou «tradução em ato» (=dolo em ato) de uma autónoma decisão dirigida à correspondente produção. Satisfeito este requisito, mesmo que a conduta – como acontece no exemplo descrito – dependa da imprescindível anuência ou cooperação de outrem (do ofendido ou terceiro), depara-se com uma autoria dolosa. O que acaba de se referir não vale para o consentimento do ofendido penalmente relevante, em que a atuação do sujeito deixa de integrar um ilícito típico, sendo irrelevante do prisma jurídico-criminal. Há um ponto que importa realçar e que lança uma nova luz sobre os contornos do domínio do facto. É que, embora só atinja o resultado devido à «colaboração passiva» de *B*, enquanto *A* lhe crava o punhal no último, *A* não se limita a manifestar uma intenção criminosa. Durante cada passo da execução, *A* tem a experiência imediata ou concomitante (em ato) da inequívoca submissão livre de *B* à sua vontade e, assim, de um efetivo domínio do facto. Numa palavra, apesar da liberdade de *B*, o agente adquire a todo o momento a consciência de que possui o real controlo dos acontecimentos, *i.e.*, do «se» e do «como» do delito. A conduta em apreço preenche, deste modo, os requisitos objetivos e subjetivos do domínio-do-facto. Pelo que se expõe, retemos que a inovação do domínio concomitante reside na classificação de alguém como autor doloso desde que, durante a execução, este tenha a experiência imediata (=em ato) do controlo do crime, em termos de o mesmo consubstanciar, na situação, uma realização ou obra da sua vontade, o que permite também contornar grande parte das dificuldades que a doutrina maioritária se debate em sede de autor-atrás-do-autor (a-a-a). A este ponto, estamos já em condições para afirmar que o domínio concomitante reveste um grau de determinabilidade que satisfaz as especiais exigências de certeza e segurança que se colocam à justiça penal, pois a experiência concomitante (*i.e.*, confirmada na execução em ato) do efetivo controlo sobre a realização típica, integra o elemento que melhor exprime a fenomenologia das situações em análise. Outro ponto essencial reside, ainda, na circunstância de o domínio concomitante fornecer uma explicação lógica para a punição do agente de mão-própria, a título de autoria, quando a produção do resultado dependa da cooperação de outra pessoa. O critério parece também contornar as dificuldades sentidas pela doutrina maioritária no campo da coautoria. Nas situações em que diversos agentes atuem com um objetivo comum, é indiferente se o mesmo se alicerça num acordo prévio, simultâneo ou, inclusive, posterior ao início da prática do delito, pois todos os agentes têm a percepção imediata (=em ato) da espontaneidade de todos ao *pactum sceleris* e, assim, às particulares vontades individuais. Neste prisma, depara-se com a adoção de comportamentos conscientes e livres de todos ao serviço da consumação do delito que, por sua vez, contende com o objetivo comum. Na sequência da execução simultânea, a todos é permitido quer suprir as insuficiências das intervenções dos restantes, quer opor-se às respetivas ações, conferindo-lhe a experiência imediata, *i.e.*, o domínio/controlo concomitante. Aspeto que, corretamente considerado, justifica a imputação recíproca das condutas dos vários sujeitos e, a partir daí, a responsabilização de cada um deles como autor singular do facto global. Por fim, o domínio concomitante supre algumas dificuldades sentidas no âmbito da autoria mediata. Permite explicar não só muitas das constelações de autor atrás do autor (a-a-a), mas também o alargamento do respetivo campo de relevância a situações não contempladas pela orientação maioritária. Na presente esfera, a questão prende-se com a existência de casos em que o homem de trás experimenta em ato, durante a perpetração do delito, o efetivo controlo sobre o executor material, em termos de o início, a continuação e a interrupção da conduta do último se encontrarem por completo subordinados à sua vontade (um mero gesto ou palavra do primeiro se mostra suficiente para decidir da verificação ou ausência da prática criminosa) Ora, quando ocorra um tal condicionalismo, observa-se o preenchimento dos pressupostos objetivos e subjetivos do domínio do facto, *i.e.*, do ilícito doloso, havendo que considerar o homem de trás como autor da infração, como se houvesse sido praticado de mão-própria. Acerca das concretizações daquilo que se entende por domínio concomitante, próximo ou imediato do facto, que, enquanto concretização do domínio-da-não-impossibilidade-do-facto passam a consubstanciar as modalidades ou tipos fundamentais de autoria dolosa, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal* pp. 1089 e ss.

⁴⁵ O critério do domínio-da-não-impossibilidade-do-facto contempla também os casos em que entre a conduta e a produção do delito existe um lapso temporal ou espacial que retira ao agente a experiência «concomitante» do facto. Em tal possibilidade, divergem os fundamentos materiais de que o crime constitui uma obra da vontade do agente, pelo que várias alternativas são agora abarcadas pelo novo conceito de domínio não concomitante,

5. Análise crítica e repúdio de outras conceções de autoria

Na base da compreensão do «ilícito pessoal» que aqui se adere e acima aflorada⁴⁶, emerge a demarcação das insuficiências dos distintos critérios a que a doutrina clássica e neoclássica subordina o conceito de autoria nos delitos dolosos e negligentes. Com efeito, como ponto de partida histórico, na literatura germânica⁴⁷ encontramos uma teoria ancorada numa clara *conceção formal-objetiva*, que perspetiva a distinção entre autoria e participação consoante o agente execute, total ou parcialmente a conduta que realiza o tipo de ilícito, devendo a categoria da autoria ser reservada (restrita) para as condutas tipicamente

remoto ou mediato do facto. Ao invés do domínio concomitante, a introdução desta categoria prossegue uma intenção tão-só «classificatória», visando as hipóteses em que, de acordo com o critério pessoal-individual do domínio-da-não-impossibilidade-do-facto, continua a justificar-se a qualificação do agente como autor. Uma vez que inexiste o controlo direto sobre o «se» e o «como» da verificação do delito, nos casos de domínio não concomitante levantam-se as principais dificuldades. Vistas as coisas da perspetiva do domínio-da-não-impossibilidade-do-facto, o que se pretende é encontrar critérios que permitam delimitar as situações em que se verifica o «*grau mínimo*» de controlo do delito que legitime a imputação do facto ao sujeito e a assunção deste como autor. Assim, a autoria dolosa permanece subordinada a exigências de controlo empírico sobre o preenchimento do tipo, que se aferirá à luz da orientação defendida, não por padrões de mera experiência social, mas uma índole normativo-criminal, *i.e.*, o estritamente necessário para considerar o delito como obra da vontade daquela(s) concreta(s) pessoa(s). Neste prisma, as situações de domínio não concomitante percorrem igualmente de modo transversal, as clássicas categorias de autoria imediata, autoria mediata e coautoria. No respeitante à primeira, o domínio não concomitante do facto recobre as situações em que o agente de mão-própria se sirva de instrumentos de carácter naturalístico, mas não acompanhe a realização típica até ao momento da consumação, ou, embora se encontre presente durante todo o *iter criminis*, tenha recorrido a procedimentos que, uma vez ativados, escapem por completo ao seu controlo. Hipóteses que, não acompanhando o *iter criminis*, o agente aguarda as consequências (não-impossíveis) do meio adotado, o que, de harmonia com os quadros tradicionais, se qualificam de autoria imediata e de que está ausente, no tocante à globalidade da realização do delito, o efetivo domínio concomitante do sujeito. Assente a verificação do conhecimento e da vontade na realização da factualidade típica concreta, a punibilidade a título de autoria não suscita qualquer dificuldade à luz da orientação adotada. Uma vez que a realização típica se esgota na utilização de instrumentos de índole naturalística que, por si só e sem a necessidade de contributos adicionais do agente ou de terceiro, deixam antever a verificação do ilícito como consequência não impossível, a conduta toma o sentido de antinormatividade dolosa. Circunstância que permite entender a solução como uma decorrência direta dos próprios preceitos da parte geral que intervêm na modelação do ilícito doloso, *i.e.*, os artigos 14.º a 18.º do Código Penal e, nos termos definidos, condicionam a assunção do domínio-da-não-impossibilidade-do-facto como integrando o correspondente critério de imputação objetiva. Aí radica, pois, o decisivo fundamento e a base legal da assimilação das constelações de domínio não concomitante acima referenciadas à figura da autoria dolosa. O domínio não concomitante também inclui situações que a doutrina costuma tratar no âmbito da chamada autoria mediata e, na parte em que comportam entre a atuação do sujeito e a verificação do crime, a intervenção de outra pessoa levantam especiais dificuldades. O cerne do problema reside em saber quando, não obstante a existência de um executor material, deve continuar a assumir-se a infração como integrando uma realização ou obra da vontade do homem-de-trás e, assim, na eleição de critérios que permitem definir, na esfera em exame, os precisos contornos do domínio-da-não-impossibilidade-do-facto. Contudo, o cabal tratamento que aqui se imporia na análise da questão, implica longas dissertações, o que, conhecendo as limitações materiais, temporais e espaciais do presente estudo, nos impede de proceder a essa análise, remetendo, em tudo o que diz respeito à matéria, para o local adequado. Acerca das concretizações daquilo que se entende por domínio não concomitante, remoto ou mediato do facto, que, enquanto concretizações do domínio-da-não-impossibilidade-do-facto, passam a consubstanciar as modalidades ou tipos fundamentais de autoria dolosa, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal* pp. 1102 e ss.

⁴⁶ Cf. *supra*, pp. 5 e ss.

⁴⁷ Por intermédio de E. BELING, *Esquema de Derecho Penal*⁵, pp. 26-27 e 94 e ss., principal defensor da teoria formal-objetiva.

previstas⁴⁸, ou apenas contribua para a realização do ilícito, não cabendo na descrição da *fattispecie* legal. Numa palavra, a autoria distinguia-se da mera participação consoante o agente realizasse ou não um ato executivo descrito no tipo previsto na parte especial. Em caso contrário, a realização de um outro comportamento causal que não se encontre tipificado, só poderá ser punido a título de mera participação.

Contudo, a tese de que autor é quem realiza o ato descrito no tipo é excessivamente formalista, em todo indiferente à manifestação de contrariedade perante o dever-ser penal. Por outro lado, sendo a única distinção entre autor e participante o facto de apenas os autores realizam a conduta típica, carece da necessidade de existir uma fundada expectativa sobre o controlo do «se» e do «como» da produção da factualidade, espelhando em simultâneo o sentido de contrariedade penalmente relevante. Ou seja, só mediante cláusulas extensivas da tipicidade, presentes na parte geral do Código Penal – obrigando a partir da Parte Especial para a Parte Geral – se pode responsabilizar criminalmente os participantes⁴⁹.

Em face das dificuldades encontradas em determinar um critério objetivo para a conceção geral de autoria e respetiva distinção entre autor e participante, também do lado *subjetivo* se procurou o fundamento de toda a autoria. A este respeito, assente numa conceção do «ilícito objetivo», centrado no desvalor de resultado, a teoria em apreço associa o conceito de autoria ao plano da culpa, dele fazendo depender as diversas categorias da comparticipação penalmente relevante. Adotando semelhante ponto de partida, para a doutrina subjetiva seria autor quem realizasse o ato criminoso com vontade de autor (*animus auctoris*) e participante quem apenas tivesse vontade de participante (*animus socii*), isto é, autor é quem encara o facto punível como *próprio*, sendo participante quem entende o facto punível *como alheio*⁵⁰. Nestes moldes, a doutrina subjetiva encara a comparticipação como um problema de culpa, fazendo depender a distinção entre autoria e participação na consciência do agente perante o

⁴⁸ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 30.º Cap. pp. 759 e ss. e, ainda, G. JAKOBS, *Derecho Penal, PG*, p. 721.

⁴⁹ Colocadas as coisas nestes termos, a tipicidade que, por sua vez, comporta o sentimento de antinormatividade penalmente relevante, seria a principal característica das diversas infrações, pelo que a teoria formal objetiva e a consagração de um critério restritivo de autoria definiu o núcleo (=limite) obrigatório de toda a elaboração dogmática do conceito de autoria em torno da problemática do concurso de agentes, devendo por isso a tese ser entendida como *ponto de partida e limite* da consagração da definição do conceito de autoria. No mesmo sentido, 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.», ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁵⁰ Para mais desenvolvimentos, cf. H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado*⁵, pp. 593; e, entre nós, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 30.º Cap., p. 764 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal*², pp. 359 e 360.

delito, o que, ao se perspetivar as diversas modalidades da comparticipação como «tipos de culpa», nada tinham que ver com a configuração externa da conduta.⁵¹

Tendo por base o que se disse, os adeptos da presente doutrina dividiam-se em duas orientações fundamentais: a teoria do dolo (*Dolustheorie*) e a teoria do interesse (*Interessentheorie*). No que respeita à primeira, o agente seria autor ou de participante consoante a sua atitude interna presidisse a efetiva vontade de cometer o delito (*animus auctoris*) ou, pelo contrário, apenas intencionava colaborar num projeto criminoso de outra pessoa (*animus socii*), que, por sua vez e naqueles termos, detinha o controlo do «se» e do «como» da respetiva consumação. Diferentemente se passavam as coisas à luz da teoria do interesse, que distinguia autor do participante com base no interesse da consumação do delito: se o interesse fosse próprio, o agente seria autor; se o interesse fosse alheio, o agente seria participante. O que acaba de se dizer permite concluir que a teoria assimila a dicotomia entre «interesse autónomo»/«não-autónomo», sendo o agente autor ou participante consoante a prática do crime integrasse um fim pessoal ou de outro participante e cuja realização subordinava à vontade deste. Assim, por detrás de uma diferente terminologia, a teoria do interesse acaba por se resumir à dicotomia *animus auctoris/animus socii* como critério delimitador da autoria e da participação, coincidindo com a teoria do dolo.

As insuficiências e reservas da conceção subjetiva em ambas as vertentes levam a que esta não possa ser aceite. Desde logo, o sentimento pessoal do agente não pode, por si só, constituir critério de autoria, pois não é por alguém se sentir autor que tal qualidade lhe é de imediato atribuída⁵². Quer isto dizer que o critério da vontade e da atitude interna dos intervenientes obriga o abandono do plano do facto para se unicamente considerar o sentimento de culpabilidade, pelo que se corria o risco de distinguir entre autores e participantes, consoante a atitude de cada um fosse mais ou menos censurável, isto é, 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 especial⁵³.

⁵¹ Para uma síntese do que se escreve, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal* pp. 239 e ss.

⁵² A distinção entre autoria e participação baseada nesta tese limita-se a refletir um juízo de personalidade, em tudo independente do desvalor objetivo do comportamento. A expressão é de A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal* p. 248.

⁵³ Nestes exatos termos, a adoção da teoria subjetiva resulta na transformação da comparticipação num problema de medida da pena, em que a qualificação como autor ou participante passaria a depender de uma apreciação

Em contraposição com o que se disse a propósito da conceção restritiva de autor, os adeptos do *sistema unitário de autor* renunciam à distinção categorial entre autoria e participação, consagrando uma noção única e extensiva daquela. Com efeito, partindo da premissa de atribuição do resultado a todas as condições sem a qual este não teria lugar (*conditio sine qua non*)⁵⁴, aflora a conceção unitária que é autor todo aquele que intervém no facto punível oferecendo, sob qualquer forma, um contributo causal para a realização típica, seja qual for a importância e o seu significado para a realização do facto. Assim, a medida do contributo para a realização do tipo não assume conteúdo dogmático, tendo uma relevância penal *a se*, isto é, reconduz a comparticipação a um «feixe» de processos delituosos autónomos⁵⁵, cujo comportamento é valorado de forma autónoma e apenas releva no momento do apuramento da medida concreta da pena e só aí se notando as diferenças no tocante à punição⁵⁶. Para os seus adeptos, preenchido o requisito de integrar uma condição da infração, a atividade de cada participante constitui um *iter criminis* autónomo, pelo que os autores afirmam ajustar-se a uma maior justiça ao nível da solução dos casos concretos, envolve uma substancial simplificação da disciplina do concurso de agentes, permite evitar as dificuldades e, sobretudo, as lacunas de punição decorrentes da contraposição autor/participante⁵⁷.

Tudo ponderado, a conceção unitária afasta o princípio da acessoriedade que o sistema tradicional faz depender a punição dos participantes da prática pelo autor de uma ação típica, ilícita e culposa, tão-só típica e ilícita, ou, pelo menos, típica⁵⁸, o que significa a

global sobre a maior ou menor perversidade do agente o que envolve a completa dissolução dos momentos do ilícito e do tipo, não se mostrando compatível com um direito penal do facto.

⁵⁴ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 12.º Cap. pp. 323 e ss.

⁵⁵ Assim, a presente doutrina atribui às diversas modalidades comparticipativas uma relevância penal *a se* pelo simples facto de se encontrarem numa relação causal-naturalística com o evento, tornando a sua punição independente da natureza típica, ilícita ou culposa dos demais intervenientes. Nesta órbita, a tese acaba por reconduzir as situações de comparticipação a um feixe de processos delituosos autónomos (tantos quantos os agentes) que, por sua vez, constituem a produção de um resultado.

⁵⁶ Cf. H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado*⁵, pp. 645 e ss., G. JAKOBS, *Derecho Penal, PG*, § 21, nm. 4., C. ROXIN, *Derecho Penal, PG I*, § 25., nm. 2-3 ss. e, entre nós, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 30.º Cap. pp. 760 e ss.

⁵⁷ Tem sido muito difundido na literatura alemã a contraposição entre conceito unitário-*formal* e conceito unitário-*funcional*. Configurando a posição hoje dominante na interpretação do § 14 da Lei das Contraordenações Alemã, a principal diferença reside em o segundo sistema, pese embora igualmente autonomize as diversas formas de comparticipação, não prevê qualquer hierarquização valorativa entre estas, deixando de existir a subordinação de todos os agentes a uma mesma moldura abstrata.

⁵⁸ De harmonia com o princípio da acessoriedade, à figura da participação não corresponde um ilícito-típico autónomo, mas de uma simples colaboração secundária para a verificação do ilícito pelo autor. Nestes termos, a doutrina maioritária equaciona a punibilidade do instigador ou cúmplice (i.e., participante) no quadro da *fattispecie* preenchida pelo autor, subordinando a tentativa ao momento a partir do qual a conduta do autor assume relevância criminal. Por todos, H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado*⁵, pp. 655 e ss., G.

negação de um desvalor *a se* à categoria da participação e, por consequência, faz derivar a punição do participante na natureza ilícita ou culposa de um facto de outrem, não se mostrando, assim, compatível com o carácter individual da responsabilidade criminal⁵⁹. Por outro lado, o entendimento extensivo do tipo traduz-se na eliminação das fronteiras que o próprio tipo estabelece, pervertendo as soluções consagradas no tocante a delitos com contornos de natureza pessoalíssima. De outro ponto de vista, os defensores argumentam que através do critério unitário se ultrapassam as dificuldades de distinção categorial entre autor e participante. Contudo, a construção em apreço não está vinculada a nenhum critério valorativo específico, o que, por si só, se traduz uma afronta às particulares exigências de certeza e segurança que presidem ao direito penal. Em contrapartida à sua amplitude, a consagração do conceito unitário de autoria implicaria que a respetiva moldura penal abstrata se apresentasse demasiado ampla, em ordem a permitir o julgamento proporcional ao sancionamento das diversas condutas, o que também se revela incompatível com a certeza e segurança jurídicas exigíveis. A acrescer, do ponto de vista político-criminal, a conceção unitária de autoria revela-se inútil, pois sem critério que permita diferenciar as condutas típicas individuais, sobram as dificuldades em se fundamentar a punição diferenciada. Numa palavra, todas as críticas movidas ao conceito unitário de autoria constituem o afloramento de uma só ideia: a da sua incompatibilidade com o modelo do direito penal do facto⁶⁰.

Por outro lado, partindo de uma conceção objetiva do ilícito, a *teoria material objetiva* ancora a distinção entre autoria e participação em aspetos atinentes à configuração objetiva das condutas dos agentes na órbita do concreto *iter criminis*, designadamente na relevância das respetivas condutas para a verificação do crime. Assim, a teoria faz persistir a definição do conceito de autoria à ligação causal, consagrando como autor todo o agente que adota uma conduta constitutiva do resultado⁶¹. Assumindo um exclusivo significado metodológico, para a conceção extensiva é irrelevante a contribuição individual do agente para a verificação da

STRATENWERTH/L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. F.*, § 12., nm. 116 e ss. e 123 e ss., C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 26, nm. 6-7 e ss., e, entre nós, E. CORREIA, *Direito Criminal II*, pp. 247 e 255 e ss., J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG F*³, 32.º Cap. pp. 824 e ss., A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 730 e, em especial, pp. 737 e ss. e 745 e ss., H. SALINAS MONTEIRO, *A comparticipação em crimes especiais*, pp. 147 e ss.

⁵⁹ Não obstante o que se refere, existem ordenamentos jurídicos que aderem à conceção, consagrando a regra da acessoriedade quantitativa, o que subordina a punição dos vários agentes à ocorrência de um «começo de execução» entendido (veja-se) nos moldes da conceção «restritiva» do tipo. É o caso do Código Penal austríaco e da Lei das contraordenações alemã, diplomas que consagram um conceito unitário de autoria e punem a «tentativa de participação» e, assim, à verificação de um «começo de execução» do autor imediato. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 252 e respetivas notas.

⁶⁰ Neste sentido, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 258 a 260.

⁶¹ Neste sentido, cf. G. JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, p. 721

consumação do ilícito típico, pelo que é autor não só quem pratica a *fattispecie* legal, mas também quem, de qualquer forma, interfere (mediata ou acessoriamente) na verificação do resultado⁶², nos estritos moldes da teoria da adequação⁶³.

Nestes termos, a doutrina em apreço parte de uma conceção objetivista do ilícito, que reconduz à lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos (=desvalor de resultado). Aliado à adesão da teoria da adequação, tal ponto de partida envolve a imputação do delito à conduta que, de uma perspetiva *ex ante*, constitua um qualquer contributo causal para a verificação do ilícito. Numa palavra, nos comportamentos perpetrados que se mostrem (através de um juízo de prognose póstuma) idóneos a influir na configuração do *iter criminis*, inclui-se quer os atos de autoria, quer os atos de instigação ou cumplicidade.

Os defensores da teoria em apreço consagram, ainda que implicitamente, uma clara separação dogmática dos planos do «tipo» e da «imputação». O primeiro limita-se a definir o conteúdo nuclear do delito e, por conseguinte, os atos de execução suscetíveis de fundamentar uma punição a título de tentativa. Ao invés, na órbita da imputação, apelando para o critério da «causalidade adequada», demarca-se o círculo de pessoas a que pode atribuir-se a verificação da situação típica, procedendo-se a uma hierarquização do desvalor das suas atuações que se repercute na autonomização das diversas espécies participativas⁶⁴. O quadro descrito significa que, por um lado, a tese faz operar um conceito restritivo do tipo, cujo preenchimento considera indispensável para a aplicação de qualquer reação criminal e, por isso, faz presidir à caracterização do «começo de execução», enquanto pressuposto da tentativa. Por outro lado, a tese cai numa noção extensiva do mesmo, que recobre todo o âmbito de uma imputação ancorada na teoria da adequação e, assim, abarca a globalidade das hipóteses de participação jurídico-penalmente relevantes, sendo nesta segunda aceção que

⁶² Cf. DIAZ GARCIA CONLLEDO, *La autoría*, p. 253.

⁶³ Com diversa interpretação sobre o conceito extensivo de autoria, cf. G. JAKOBS, *Derecho Penal, PG*, p. 721, que, sem razão, além de infiel ao critério da equivalência das condições, em que se suporta a conceção, opera a uma inversão dos princípios metodológicos, partindo da parte especial para a parte geral. Para o penalista, é autor quem contribui para a verificação do resultado, cabendo à parte geral limitar a responsabilidade de cada um dos participantes.

⁶⁴ A corrente em análise põe em evidência a diferença entre o critério de distinção entre autoria e participação. Por um lado, o agente seria autor (*auxiliator causam dans*) conforme a possibilidade de se poder afirmar com certeza que o resultado não se teria verificado sem a sua atuação – o seu contributo é essencial. Por outro, seria mero participante (*auxiliator causam non dans*) se o facto criminalmente punível se verificasse independentemente da sua atuação, embora em circunstâncias de tempo, modo ou lugar diferentes – o seu contributo não é essencial. Para mais desenvolvimentos cf. EDUARDO CORREIA, *ProjPG*, pág. 103 e ss., e § 12, n.º 41 e ss. e, em síntese, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 32.º Cap. pp. 761 e ss. Para uma perspetiva crítica, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 269 e ss.

subjaz a ideia de que a corrente material objetiva consagra um conceito extensivo do tipo de autoria.

Da caracterização da teoria material-objetiva conclui-se que esta justifica a distinção entre autor e participante com base na menor perigosidade da conduta do último, medida nos termos da teoria da adequação. Mas é de notar que a importância da contribuição se mostra em abstrato e nem sempre permite uma distinção clara entre autor e participante. Não raras vezes, a causalidade necessária subsume-se em puro acaso, o que resulta, em várias situações, praticamente impossível precisar se uma determinada ação causal é ou não necessária para a realização do tipo. Ora, não faltarão hipóteses em que o critério da causalidade necessária chegue a ser impraticável, o que, tudo ponderado, resulta na postergação da referida doutrina.

III. O problema da comparticipação negligente e a respetiva subordinação a um conceito restritivo de autor

1. A subordinação do problema de autoria negligente a um conceito unitário e extensivo. Críticas

Em ordem a uma melhor compreensão do que se pretende expor, julgamos pertinente partir de uma situação prática que chegou ao Tribunal da Relação de Lisboa e que se afigurará como exemplo paradigmático do que se pretende expor. O caso remonta a 2005, quando *A*, cirurgião-chefe com recurso a uma equipa médica especializada, procedeu a uma intervenção cirúrgica em *B*, tendo a equipa médica deixado uma compressa no interior do doente, o que terá desencadeado diversas infeções urinárias e forçado à realização de uma nova cirurgia para a sua remoção. O arguido vinha acusado pelo Ministério Público e pelo assistente pela prática de um crime de ofensa à integridade física negligente na forma de autoria material tendo posteriormente em sede de instrução, sido proferido despacho de não pronúncia. Em sede de recurso desse mesmo despacho, afirmou o assistente que, embora não coubesse ao arguido a função específica de contar as compressas, a sua responsabilidade penal impunha-se pela violação do dever de controlo que lhe cabia na qualidade de chefe de equipa, pois, como

responsável pela sala de operações, deveria ter-se certificado da realização dessa contagem e suturado o paciente somente em caso de contagem coincidente⁶⁵.

No âmbito do ilícito negligente⁶⁶, a maioria da doutrina adere a um conceito unitário de autor em que se julga que qualquer intervenção no facto negligente é constitutivo de autoria. Partindo daqui, os autores considerando-se autor aquele que, em violação do dever de cuidado, contribuiu para a criação de um risco não permitido em que se concretizou o resultado. Nestes termos, definido por FIGUEIREDO DIAS como uma «forma básica de surgimento do crime»⁶⁷, a doutrina exclui da esfera dos delitos negligentes a distinção entre autor e participante em abono de um conceito unitário de autoria que abrange todos os indivíduos cujas condutas preenchem os requisitos de imputação a título de negligência, ou seja, que comportem a violação jurídico-penalmente relevante do dever objetivo de cuidado em que se analisa o conteúdo nuclear da figura⁶⁸. Numa palavra, para a orientação dominante, a comparticipação criminosa negligente redundará numa mera pluralidade de autorias paralelas em que qualquer comportamento negligente em violação de um dever objetivo de cuidado que sobre ele recaia, cujo conteúdo se traduz exigência de comportamentos obrigatórios, de modo a que mantenha a atenção necessária a evitar a lesão não dolosa de um tipo objetivo de ilícito e salvaguardando os respetivos bens jurídicos⁶⁹, equivale também a autoria.

Nestes moldes, a qualificação da conduta negligente inclui como elemento base o desvalor da ação que, para a doutrina dominante, consistirá na adoção de comportamentos que deixem antever, como consequência possível, a produção do resultado ou, em alternativa, encarne uma infração a determinadas regras de comportamento que vigoram nos setores de risco permitido. Em consonância, a doutrina junta ainda como elemento delimitador da contrariedade ao cuidado devido subjacente ao desvalor da ação, o princípio da confiança (*Vertrauensgrundsatz*), quando na realização típica negligente intervém uma pluralidade de agentes, pelo que quem se comporta no tráfego segundo as normas de cuidado, deve poder

⁶⁵ A este propósito veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06.07.2009, proferido no âmbito do processo n.º 6172/06.3TDLSB-3, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁶ Para uma perspetiva histórica sobre a natureza, estrutura e pressupostos do ilícito negligente, cf. H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado*⁵, pp. 511 e ss.

⁶⁷ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 35.º Cap., p. 859. Por outro caminho, definindo como um tipo especial de ação punível H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado*⁵, pp. 512.

⁶⁸ Cf., ainda, TAIPA DE CARVALHO (A.) — *Direito Penal Parte Geral*³, p.525 e ss.

⁶⁹ Cf., J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 35.º Cap., pp. 868 e ss., e PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A adequação social*, pp. 834, 871 e ss.

confiar que o mesmo se passa com os outros⁷⁰. Numa palavra, com esta linha de orientação em órbita dos delitos negligentes, a doutrina dominante consagra um conceito unitário de autoria – *i.e.*, autor só pode ser quem realiza o ilícito-típico, violando o cuidado devido e produtor de um perigo proibido que realiza o tipo objetivo⁷¹.

Com a adesão ao sistema unitário de autor, verifica-se a eliminação da distinção entre autoria e participação, passando a primeira a integrar a única categoria comparticipativa penalmente relevante⁷². Depois, a amplitude concedida ao dever objetivo de cuidado, a doutrina dominante qualifica como autor da prática do ilícito negligente todo o agente cuja atuação se mostre, de um prisma *ex ante*, suscetível de influir na particular configuração do *iter criminis*, ainda que tão-só no tocante ao «modo», «tempo» ou «lugar» da respetiva perpetração, pelo que a autoria negligente esgota-se na realização «descuidada» de uma qualquer «condição» do delito. Por outro lado, segundo esta conceção de autoria na órbita dos crimes negligentes, a pluralidade de processos resolutivos depende da forma como o acontecimento exterior se desenvolveu, atendendo fundamentalmente à conexão temporal que liga os vários momentos em que o agente revelou o descuido e renovou os respetivos processos de motivação, podendo abranger situações em que, entre a conduta e a consumação do ilícito, ocorra a intervenção negligente de outrem⁷³.

Relevante doutrina encontra confirmação à luz das soluções concretas. No caso acima exposto, durante a intervenção cirúrgica realizada por uma equipa médica, tendo esta deixado uma compressa no interior do corpo do doente, o que terá desencadeado diversas infeções urinárias e recidivas e obrigou à realização de uma nova intervenção cirúrgica por um outro médico para remoção desse objeto estranho. Condenado pelo crime de ofensa à integridade física na forma negligente, a situação fáctica descrita retrata fielmente a complexidade da problemática da responsabilidade criminal por factos realizados em divisão de tarefas constituir um assunto de comparticipação criminosa que tem precisamente o problema de saber quando, em contexto de pluralidade de agentes na prática do mesmo facto se pode

⁷⁰ G. STRATENWERTH/L. KUHLIN, *Strafrecht. Allg. T. I^o*, § 15, nm. 65 e ss., J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I^o*, 35.º Cap., pp. 881 e ss.

⁷¹ Cf., neste sentido, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I^o*, 35.º Cap., p. 893.

⁷² Cf. *ob. e loc. cit.* na nota anterior. e, ainda, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 248 e ss.

⁷³ Assim, cf. J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I^o*, 35.º Cap., p. 895.

imputar a alguém como próprio um facto que essa pessoa efetivamente não executou pessoal ou integralmente e do respetivo regime legal⁷⁴.

Assim definido, a adoção do conceito unitário de autoria no universo negligente permite a punição como autor daquele que perpetra condutas que, dada a ausência de um controlo do homem-de-trás sobre a atuação do executor imediato, consubstanciam (relativamente ao homem-de-trás) um perigo remoto em relação ao bem jurídico e que, quando transpostas para o universo da participação dolosa, integram, no máximo, situações de simples «participação»⁷⁵.

O quadro descrito realça a incongruência interna em que assenta a doutrina que adere à tese do ilícito pessoal e à teoria do domínio do facto, desde logo por inconciliável com a ideia de um tipo objetivo comum às infrações dolosas e negligentes⁷⁶. Note-se que o ponto mais importante contido com a circunstância de estender em demasia o campo da antinormatividade penalmente relevante, pondo em crise o equilíbrio exigido entre o ilícito doloso e negligente, o que, ao incluir na autoria negligente condutas que envolvem o perigo remoto para bens jurídicos, cujo sancionamento se encontra, mesmo em caso do agente atuar com dolo, subordinado a apertadas restrições (artigo 26.º, 4.º alternativa, e 27.º, n.º 1, ambos do Código Penal) e em sintonia com a índole excepcional da punição da negligência, suscita reservas no prisma do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º n.º 2 da CRP⁷⁷. Assim dito, numa interpretação conforme tal princípio, podemos assegurar que os artigos 26.º, 4ª alternativa e 27.º, n.º 1 do CP, não admitem a punibilidade dos comportamentos que não caibam no seu âmbito de aplicação e, assim, da produção negligente que representa um perigo remoto para bens jurídicos idênticos aos dos aludidos «atos de participação» nos crimes dolosos.

⁷⁴ Mas a problemática não se coloca só quando existe pluralidade de agentes. O que se expõe encontra confirmação nas mais diversas situações do quotidiano: pense-se no caso de *A* e *B* decidirem realizar uma corrida de carros, no âmbito do qual *A* procede a uma manobra perigosa em que resulta o atropelamento do peão *C* e que, na órbita maioritária, justifica a imputação a *B* as ofensas produzidas em *C* a título de autoria negligente; ou no conhecido episódio em que o cliente *D* que, com urgência na deslocação, faz com que o taxista *E* circule a alta velocidade e, ao observar-se um sinistro, considera *D* autor negligente dos danos provocados. Radicando na abordada noção extensiva do tipo negligente, as situações fácticas descritas retratam fielmente a excessiva amplitude do conceito unitário de autor consagrado na esfera da negligência quando confrontado com a noção de autoria no âmbito dos crimes dolosos, definida nos termos da teoria do domínio do facto. Para estes e outros exemplos cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 966.

⁷⁵ A este propósito, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 966-967.

⁷⁶ A este propósito, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 575 e ss., esp., 577-579.

⁷⁷ Eximamente, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 967. Sobre o princípio da proporcionalidade, cf., por todos, CANOTILHO (J. J. GOMES)/ MOREIRA (VITAL), *Constituição*⁴, VI, pp. 379 e ss.

Numa palavra, o conceito unitário adotado pela doutrina dominante expande a esfera dentro da qual se encontra o núcleo de antinormatividade penalmente relevante, ao arripio da simetria exigível entre o ilícito doloso e negligente. Este parece ser o entendimento que melhor se ajusta à teleologia de um direito penal ancorado na máxima subsidiariedade ou do mínimo de intervenção, ínsita no referido princípio da proporcionalidade⁷⁸. Tais considerações parecem desaconselhar, em definitivo, a consagração de um conceito unitário de autoria no tocante aos crimes negligentes⁷⁹.

2. Proposta de uma noção restritiva de autoria como assimilação do critério de imputação do dever objetivo de cuidado

Partindo da assimilação do critério de imputação à «violação do dever objetivo de cuidado», propõe-se a noção restritiva de autor, afastando-se, assim, da orientação prevalecente que adere ao conceito unitário e extensivo do mesmo⁸⁰.

O cabal esclarecimento da posição adotada exige que se comece pela demarcação dos contornos do ilícito-típico negligente. A contraposição entre os ilícitos dolosos e negligentes faz-se recorrendo à diferente relação que existe entre a ação e a realização típica (resultado)⁸¹: nos primeiros, a vontade do agente dirige-se à realização integral dos elementos do tipo de ilícito; nos segundos, inexistente a vontade do agente na verificação do resultado, pelo que a relevância jurídico-criminal daquela vontade resulta, não do seu conteúdo (que inexistente) mas da violação de um comportamento imposto. Assim, com o disposto no proémio do art.º 15.º do CP, o tipo de ilícito negligente traduz-se na violação pelo agente de um dever de cuidado que sobre ele juridicamente impende, ferindo um bem jurídico que, à luz do critério do homem médio, se apresenta como uma consequência previsível da conduta.

⁷⁸ Cf. *obs. e locs. cit.* na nota anterior.

⁷⁹ Encontramos ainda no universo germânico uma particular conceção, que igualmente redonda na postergação do conceito unitário de autoria no tocante aos crimes negligentes, mas com apelo ao princípio da «autoresponsabilidade», subordinando, assim, a autoria ao requisito do «domínio-do-facto-potencial. Quanto a esta orientação, cf. G. STRATENWERTH/L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I*⁶, § 15, nm. 71., R. MAURACH, *Derecho Penal. PG, I*⁸, § 47. nm. 102 e ss.

⁸⁰ A orientação proposta segue de perto A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 963 e ss. esp., 969-971.

⁸¹ Cf., G. STRATENWERTH/L. KUHLEN, *Strafrecht. Allg. T. I*⁶, § 15, nm. 3., J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 35.º Cap., p. 866.

Pese embora continue a ser dominante⁸², o entendimento descrito tem deparado com forte contestação, muito por razão das dificuldades avançadas a propósito do conceito de autoria negligente⁸³. Como se disse, o entendimento atual do ilícito negligente é demasiado extenso, desde logo porque o direito só pode exigir aquilo que cada um pode prestar (*ad impossibilita nemo tenetur*). Por outro lado, faz parecer a doutrina maioritária que se fica aquém do que é devido quando se nega a realização do ilícito típico negligente por um cirurgião que domina uma técnica sofisticada, mas não a usa em relação a um certo paciente, cuja operação decorre apenas de acordo com as capacidades do cirurgião “médio” e, em consequência, o paciente morre⁸⁴. Ora, no primeiro caso, a realização do ilícito deveria ser negada e, no segundo caso, deveria ser afirmada. Sendo irrelevantes as capacidades inferiores à média para se verifique a exclusão da tipicidade do facto negligente (relevam a nível da culpa) já as capacidades pessoais superiores à média devem ser tomadas em conta na verificação do tipo de ilícito negligente.

Relacionado com a assunção dos ilícitos doloso e negligente como autónomas e diferentes unidades de sentido, que por sua vez encontram expressão em independentes critérios de imputação objetiva e, por via disso, não têm de coincidir ao nível da configuração exterior dos atos em que se condensa a respetiva antinormatividade, nem todo o comportamento que consubstancie a prática de um crime doloso conserva, quando transplantado para o universo de negligência, uma natureza antijurídica, o que inviabiliza a afirmação de um tipo objetivo comum às duas espécies de infração⁸⁵.

Num outro prisma, veja-se que a negligência inconsciente, ao invés do dolo, apenas abrange os comportamentos cuja representação da produção do resultado se mostre possível à luz da atenção e da diligência que se esperam do homem médio⁸⁶ se revelem, na situação concreta, *i.e.*, o ilícito restringe-se às situações que, em concreto, se mostrem capazes de suscitar no homem médio a possibilidade de conduzir à realização do delito. Por sua vez, na

⁸² Cf., J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*, 35.º Cap., p. 872.

⁸³ Cf. *supra*, o texto corresponde às notas 59 e ss.

⁸⁴ Sobre o conceito de «homem médio da posição socioexistencial do agente» com a consideração das «capacidades instrumentais-operatórias do concreto sujeito *superiores* à média», adotada no presente estudo, cf. *supra* nota 12 e respetivas referências.

⁸⁵ Cf., A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 969 e ss.

⁸⁶ Sobre o conceito de «homem médio», cf., *supra*, nota 12 e respetivas referências.

negligência consciente – cuja fisionomia é idêntica à do dolo eventual – semelhante convergência será meramente acidental⁸⁷.

Assim dito, de acordo com a tese defendida, a violação do dever objetivo de cuidado adquire um significado e um alcance diversos dos que lhe atribui a generalidade da doutrina, revestindo uma *amplitude menor* do que aquela que lhe é conferida pela doutrina majoritária.

Sublinhe-se, ainda, que na órbita dos crimes negligentes, a tentativa (não punível) permite compreender o sentido e alcance da tese em apreço. Pela importância que assume quando se aborda o tema da participação negligente, revela-se primordial o seu esclarecimento. O sancionamento da tentativa encontra-se limitado aos «atos de execução», o que, aliado à regra da irrelevância dos atos preparatórios (cf. art.º 21.º CP), representa a total adesão ao princípio da subsidiariedade. Este, por sua vez, vincula a intervenção criminal à efetiva lesão de um bem jurídico ou, pelo menos, da sua colocação em perigo, o que fundamenta que a tentativa só seja punível quando a prática de atos que representem já um perigo para o bem jurídico. Em sintonia, a conceção da teoria do domínio do facto faz reconduzir a autoria aos agentes que tenham o controlo sobre a produção desse perigo para o bem jurídico, o que implica considerar a conduta dos participantes como integrando um perigo remoto não compreendido no tipo de ilícito em causa, só punível porque previsto expressamente na lei⁸⁸.

Assim dito, por maioria de razão e numa solução congruente, também no ilícito-típico negligente se deve obedecer a tal princípio da subsidiariedade. Para isso, deve entender-se por ilícito negligente o comportamento que encarne num «perigo próximo» em relação à consumação do delito. Na base do que se afirma, a violação do dever objetivo de cuidado terá de circunscrever-se às ações que, de acordo com as capacidades e os conhecimentos do homem médio, deixem antever o «perigo próximo» da aludida consumação.

Exige-se, portanto, para que exista total congruência com o regime estabelecido para os delitos dolosos, em virtude de as condutas dos participantes constituírem meros «atos preparatórios» (perigo remoto) do crime em questão, numa interpretação conjugada dos artigos 21.º, 26.º, 4.ª alternativa e 27.º, todos do Código Penal, o que força a impunidade da

⁸⁷ Daqui resulta a existência de diferentes juízos de ilicitude pessoal, pelo que, ao arpejo da doutrina dominante, nunca se poderá afirmar que às duas categorias subjaz um mesmo tipo objetivo. Cf. *ob. e loc. cit.* na nota anterior.

⁸⁸ Cf., A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 971.

«participação negligente», permitindo, ao mesmo tempo, concluir pela inadmissibilidade da adesão a um conceito unitário de autor.

Em harmonia com o que se diz, o tipo objetivo dos delitos negligentes (= atos de execução), deverão assentar num critério de índole material-objetivo, consistente no requisito de que «a conduta se mostre, na situação em concreto, capaz de suscitar no homem médio a representação de que envolve um perigo próximo de consumação do crime, desde que não se verifiquem os pressupostos do risco permitido e do princípio da confiança»⁸⁹.

Por tudo o que se disse, sabemos que a subordinação a um conceito restritivo de autoria acarreta importantes consequências práticas, cujo tratamento não poderia deixar de ter lugar na presente reflexão. Em ordem ao completo esclarecimento da perspectiva que partimos, importa proceder a uma breve desimplicação das soluções que da posição defendida resultam, designadamente quanto ao contributo negligente para um comportamento doloso de outrem, quanto ao contributo negligente para um comportamento negligente de outrem e quanto ao instituto da coautoria negligente, tomando como exemplo paradigmático o exercício da medicina em equipa, mas não sem antes de conhecer as especificidades que a matéria comporta.

IV. As consequências da adoção de um conceito restritivo de autor negligente

1. Aproximação ao problema do exercício da medicina em equipa

Resulta do capítulo anterior que a violação do dever objetivo de cuidado reveste uma amplitude menor do que aquela que lhe é conferida pela doutrina maioritária, conferindo à autoria do tipo negligente um critério restritivo. Nestes termos, impõe-se a verificação prática do critério que se adere, fugindo à tendência de analisar o critério sob o ponto de vista no direito rodoviário, para nos centrarmos no exercício da medicina em equipa como decorrência lógica do que se expôs, resultando importantes consequências para o tema.

⁸⁹ Neste quadro, qualifica-se como autor negligente todo o sujeito em cuja vontade leviana (não dolosa) resida o fator determinante do preenchimento do tipo objetivo, o que significa um alargamento da figura da autoria a agentes que não pratiquem, por si, atos de execução e integra a pedra angular do regime que se julga dever presidir à denominada participação negligente. Cf. *ob. e loc. cit.* na nota anterior.

Nos dias que correm, já não podemos contar com o médico generalista para cuidar de todos os problemas de saúde⁹⁰, vigorando uma (quase) regra de divisão de competências, reduzindo cada vez mais os respetivos campos de atuação e de especialização. Na esmagadora maioria das situações, a atividade médica é agora exercida em equipa, o que convoca uma teia complexa de relações (verticais ou horizontais) e maiores oportunidades de *erro médico*. Pese embora o direito penal reconheça a relevância e complexidade do tema, dedicando um regime diferenciado e privilegiado às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, não poderá deixar de intervir quando se verifique a criação de um risco não permitido que venha a concretizar-se numa ofensa ao corpo ou saúde ou mesmo a morte do paciente⁹¹. Na atividade médica estão em causa valores supremos da convivência comunitária, como a vida, integridade física e a liberdade do paciente. Mas não podemos ignorar que a prática da medicina comporta erros que – pese embora não se exclua a possibilidade de um (ou mais) médico praticar uma ação dolosa junto do paciente – comportam a lesão da integridade física ou da vida na forma negligente, pelo que o objeto do presente estudo focar-se-á somente no tipo negligente.

Como se disse, a doutrina maioritária adere a um conceito unitário⁹², que reduz o problema da execução negligente à mera interpretação dos tipos incriminadores aplicáveis ao caso concreto e a que as normas gerais da Parte Geral sobre participação criminosa são totalmente alheias. Nestes moldes, o médico que não intervém na cirurgia, mas incita o cirurgião a realizá-la em violação das regras da arte médica, é tão responsável como o cirurgião que executou materialmente o facto. Ora, atuando os profissionais de saúde em repartição de funções, coloca-se o problema de saber de que modo se determina a responsabilidade de cada um se da intervenção médica resultar um dano para o paciente, designadamente nas situações em que ao comportamento do executor advém um comportamento (doloso ou negligente) de outro agente ou mesmo perpetrado por vários agentes autonomamente. Neste campo, defende a doutrina maioritária que os princípios da divisão do trabalho e da confiança constituem o epicentro em que se determinará a responsabilidade dos diversos profissionais de saúde que, em conjunto, intervieram num

⁹⁰ Para o direito à saúde como um direito especialmente protegido, cf., por todos, CANOTILHO (J. J. GOMES)/MOREIRA (VITAL), *Constituição*⁴, VI, pp. 831 e ss.

⁹¹ (C.) ROMEO CASABONA, *El médico*, p. 15.

⁹² Cf., supra, pp. 26 e ss.

processo terapêutico de um paciente⁹³. Veremos, portanto, o sentido e alcance daqueles princípios delimitadores da responsabilidade médica para a final tomar posição, não sem antes de perceber o que se entende por «atos médicos» e que dificuldades práticas se suscitam.

a. Breve síntese do regime jurídico-penal dos atos médicos e respectivas dificuldades práticas

Se tradicionalmente o direito criminal punia o médico que não atuava, violando assim o seu dever de cuidado, nos dias que correm, pune aquele que atua contra a vontade do paciente. A tendência influenciou o Código Penal, em conformidade com a moderna doutrina dos direitos humanos e o impressionante papel do consentimento do paciente no contexto do ato médico. Por essa razão, encontramos nos artigos 150.º (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*), 156.º (*intervenções e tratamentos médico cirúrgicos arbitrários*) e 157.º (*dever de esclarecimento*), o regime jurídico-penal do direito médico, que reflete a preocupação em proteger o paciente da lesão no corpo, na saúde ou que coloque em causa a vida. O regime assinalado reflete dois enunciados fundamentais: a proclamação da atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas na direção dos crimes de ofensas corporais e de homicídio e a punição dos tratamentos arbitrários como autónomo e específico crime contra a liberdade⁹⁴.

Na esteira do que vem proposto por SCHMIDT⁹⁵, a lei portuguesa assumiu a solução que coloca a intervenção médica (que se pressupõe segundo a *leges artis*), fora do campo típico das ofensas corporais e de homicídio, quer exista ou não consentimento⁹⁶. O art.º 150.º é claro – quando afirma que *não se consideram ofensa à integridade física* – no sentido da *atipicidade* das condutas em análise na perspetiva de ofensas corporais⁹⁷, pelo que a produção do resultado não desejável sobre o paciente (morte, lesão física ou agravamento do estado de

⁹³ Cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade Penal por negligência*, p. 11.

⁹⁴ Assim, o artigo 150.º ganha um duplo alcance: por um lado, exclui as intervenções médico cirúrgicas do alcance das tradicionais ofensas corporais; por outro, define o sentido e alcance do significado do conceito jurídico-penal de intervenção médico-cirúrgica. Nesse sentido, delimita o círculo da autoria ao *médico ou pessoa legalmente autorizada* e circunscreve o tipo aos *tratamentos médico-cirúrgicos*. Cf., por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense CP P*, art.º 150, §§ 1-2.

⁹⁵ Cf. SCHMIDT (E.) — *Der Arzt im Strafrecht, MKrim*, pp. 69 e ss., *apud*, SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade Penal por negligência*, p. 42.

⁹⁶ O consentimento para a realização de intervenção médica é irrelevante do ponto de vista da atipicidade da conduta, no sentido em que, do mesmo modo que uma ação típica não deixa de o ser se existir consentimento do interessado, também uma ação atípica não se converte em típica por interessado poder contestar contra ela. Quanto muito, o consentimento pode ser valorado do ponto de vista da «violação da liberdade» do paciente.

⁹⁷ O autor refere ainda que a valoração da intervenção médica faz-se *ex ante*, não podendo ficar à mercê do concreto resultado.

saúde), só assume o carácter de ofensa à integridade física quando se traduz numa consequência da violação das regras médicas⁹⁸.

Posto isto, para interpretar o tipo é necessário saber quando estamos perante uma *intervenção médico-cirúrgica*. Para tal, exige-se a verificação cumulativa de quatro elementos: dois subjetivos e dois objetivos. Do lado subjetivo exige-se, não só a específica qualificação do agente (*médico ou pessoa legalmente autorizada*), como a *intenção terapêutica*, *i.e.*, que o paciente seja o beneficiário direto da intervenção (entendida em sentido amplo, desde o diagnóstico)⁹⁹. Assim, para integrar o regime especial do tipo, a intervenção médico-cirúrgica tem de ser realizada por um médico ou pessoa legalmente autorizada, pelo que à «intervenção» levada a cabo por um leigo ou curandeiro é aplicável o regime geral das ofensas à integridade física ou homicídio¹⁰⁰. Do lado objetivo, para a sua consumação, o tipo exige a *indicação médica*¹⁰¹ sobre o tratamento e a *realização segundo as leges artis*¹⁰². Primeiramente, será medicamente indicado o tratamento médico reclamado por uma doença que, de uma perspetiva *ex ante* seja considerado como idóneo¹⁰³. Mais difícil é determinar o que corresponde à realização médica segundo as *leges artis*. Em termos simples, poderíamos afirmar que se trata de regras gerais da medicina de carácter técnico, máximas da experiência e conhecimento adquiridos e aprovados pela comunidade científica em geral¹⁰⁴, mas assim não é. A constante evolução da ciência e das características de cada paciente tornam difícil determinar qual a atuação adequada ao caso concreto¹⁰⁵, pelo que se acha que as *leges artis* deverá assumir um significado que se aferirá no particular caso concreto, tendo

⁹⁸ A título de exemplo, o médico que age em respeito das *leges artis* amputa uma perna ao paciente, no qual resulta na morte do paciente, a sua conduta é atípica. Neste sentido, cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense CP P*, art.º 150, § 10 e SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, p. 42.

⁹⁹ Cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, p. 43.

¹⁰⁰ Cf. TERESA QUINTELA DE BRITO, *Responsabilidade penal dos médicos*, p. 372.

¹⁰¹ Alguns autores esclarecem que a indicação médica se traduz, desde logo, num juízo médico e que este deverá levar a cabo segundo as suas capacidades, conhecimentos e experiências, existindo, assim, um elemento subjetivo anexo à indicação médica. Neste sentido, Cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Aspetos jurídico-penais*, p. 59.

¹⁰² É nesta linha que se deve referenciar as constelações fácticas que a lei quer integrar ou deixar fora do regime jurídico-penal em análise. Por outro lado, existe uma fronteira muito ténue entre «finalidade terapêutica», «indicação médica» e «intervensões experimentais». Sobre este problema cf., por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense CP P*, art.º 150, §§ 14 e ss., IDEM, *Consentimento e acordo em direito penal*, pp. 467 e ss.

¹⁰³ Cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, p. 43. e respetivas notas.

¹⁰⁴ Cf. HAVA GARCIA (E.) — *La imprudencia médica*, pp. 56-57.

¹⁰⁵ Cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, p. 49.

em conta as especificidades que o caracterizam¹⁰⁶, tomando o padrão (de natureza objetiva) das capacidades instrumentais-operatórias do médico-médio, enfermeiro-médio, etc. *i.e.*, as *leges artis* que se impunham adotar numa particular situação afere-se de acordo com aquilo que um executor-médio decidiria naquela particular situação médica, o que se revela um critério em total consonância com o avançado a propósito dos delitos dolosos e negligentes e cuja verificação na presente matéria se afigura como aquela que melhor se adapta às constantes evoluções na ciência e na medicina, ou seja, não fica atada ao tempo e lugar da sua criação¹⁰⁷.

Por outro lado, o legislador veio acrescentar o n.º 2 do artigo 150.º, que pune o médico que num tratamento médico-cirúrgico viole as regras generalizadamente conhecidas da ciência médica, não se vislumbrando aqui qualquer reserva com o critério avançado. Não obstante os problemas que o tipo levanta¹⁰⁸, a *fattispecie* da norma traduz-se na intervenção aplicada por médico com *animus curandi*, projetada de acordo com as regras médicas, mas levada a cabo em violação das *leges artis* (assumido naquela particular aceção).

Da extensão e alcance da violação das práticas médicas, exclui-se a violação das *leges artis* que não cabem no processo terapêutico querido pelo médico (como por exemplo a mão que treme, e com o bisturi, atinge um órgão à margem da intervenção; ou o esquecimento de objetos estranhos no corpo do paciente), considerando-se estas normais lesões (negligentes ou dolosas) a ser tratada pelos termos gerais da ofensa à integridade física ou homicídio.

Pelo contrário, integram-se no tipo o recurso a procedimentos, técnicas, instrumentos, materiais ou medicamentos, conscientemente assumidos pelo médico como forma de execução do processo terapêutico embora sabendo que vão ao arrepio das *guidelines* para o tipo de caso¹⁰⁹. Nesta situação, o médico extravasa aquilo que se impunha realizar na situação fáctica concreta, não adotando os normais procedimentos a ter em situações semelhantes, ao contrário do que o executor-médio faria. Assim, também aqui se acha com enquadramento o entendimento avançado nos moldes do critério do homem médio acima avançado¹¹⁰. Assim,

¹⁰⁶ Por outro lado, parece que o legislador atira a conformidade com as *leges artis* para o momento da execução. Neste sentido, cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, p. 51. Em sentido diverso, cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense CP I*, art.º 150, § 25.

¹⁰⁷ Cf., *supra*, nota de rodapé n.º 12.

¹⁰⁸ Designadamente quanto ao âmbito de aplicação do preceito e o seu carácter subsidiário – cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense CP I*, art.º 150.º, §§ 31 e ss.

¹⁰⁹ O mesmo vale para a violação dos deveres de cuidado na execução de gesto ou operação no processo terapêutico. Neste sentido, cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense CP I*, art.º 150.º, § 36.

¹¹⁰ Cf. texto correspondente à nota 109.

parece de sufragar que integra o tipo o recurso a procedimentos de uma forma que o médico (executor) médio, com os conhecimentos normais exigíveis e acima da média, não levaria naquele concreto quadro clínico¹¹¹. Nestes moldes, a violação da *leges artis* não determinará, por si só, a tipicidade dos atos curativos, adquirindo o específico significado de constituir crime quando da sua violação resulta «um perigo para a vida ou para a saúde» do paciente, punível nos termos do n.º 2 daquele preceito¹¹².

Nos termos do que ficou dito, a lei é clara na descrição dos elementos cuja verificação entende ser necessária para que estejamos perante um tratamento ou intervenção médico-cirúrgica: específica qualificação do agente, intenção terapêutica, indicação médica e realização segundo as *leges artis*¹¹³. Do ponto de vista das dificuldades que o apuramento da responsabilidade médica assume por violação das *leges artis*, parece que a solução avançada é adequada a resolver os problemas que a área médica suscita, designadamente em saber os exatos termos em que um médico (ou um enfermeiro, auxiliar de saúde, etc.) pode ser responsável, não se encontrando a solução avançada sujeito às adversidades provocadas pela evolução da ciência e, em consequência, à prisão da evolução dos tempos.

Pelo que se disse, os problemas que não raras vezes se suscitam e as especificidades que dificultam a interpretação e aplicação do regime jurídico-criminal do direito penal médico (o que em muito se deve à constante evolução da medicina e à liberdade da ação médica e torna difícil determinar quando a intervenção médica é «medicamente indicada» ou «conforme as *leges artis*»), parecem impor a solução que se traduz na criação de um elemento que auxilie o aplicador da lei no momento de proferir o juízo decisório. E tal deverá ser feito em cada caso concreto, tendo em conta as especificidades de cada paciente. Aparentemente difícil, a tarefa de delimitar os casos que integram o tipo em análise ou os tipos de homicídio ou ofensa à integridade física ou nenhum tipo (se não assumir dignidade penal), parece tornar-se simples com a adoção do critério defendido.

¹¹¹ Se assim é, parece que o n.º 1 daquele preceito dirige-se ao fim curativo como exclusão da tipicidade, pelo que a falta de autorização legal apenas fundamenta a punição pela prática do crime de usurpação de funções.

¹¹² Neste preciso sentido, cf. RUI PEREIRA — *O dolo de perigo*, pp. 151-198, esp. nota 28.

¹¹³ No entanto, nem sempre a violação das *leges artis* constitui ofensa à integridade física, pois, ressalvando a hipótese da tentativa, poderá não se verificar os elementos do tipo respetivo (artigos 143.º, 144.º e 148.º do CP). Nestes moldes, se não existir uma ofensa no corpo ou saúde do paciente, não será o médico punido pelo *error artis*. Assim, cf. FIGUEIREDO DIAS (J.)/ SINDE MONTEIRO (J.) — *Responsabilidade médica em Portugal*, pp. 72-73.

b. Os princípios da divisão do trabalho e da confiança

O tratamento jurídico-penal dos problemas relacionados com o exercício da medicina em equipa sofreu profundas alterações com a crescente afirmação da divisão do trabalho, sendo hoje uma tendência irreversível. Por esse motivo, intervindo uma multiplicidade de profissionais de saúde num processo terapêutico, para que se possa afirmar a conformidade com as *leges artis* – cuja importância e critério já assumimos *supra* – é necessário que cada ato seja corretamente realizado e que, além disso, se articule com os demais, executados pelos restantes membros¹¹⁴. Por outro lado, a divisão do trabalho é uma fonte de perigos, podendo estes manifestar-se de várias formas. Desde logo, pode acontecer que uma ou mais pessoas que integram a equipa não sejam suficientemente qualificadas para a execução das tarefas que lhe foram distribuídas. Por outro lado, podem ocorrer falhas de comunicação quando um dos membros da equipa não dá uma instrução de modo suficientemente claro ou quando, em qualquer caso, o colaborador não percebe a instrução recebida. Além de tudo isso, podem ocorrer falhas de coordenação, que se traduzem numa harmonização insuficiente das várias medidas diagnósticas e terapêuticas, numa indevida repetição das mesmas ou na ausência de medidas necessárias.

Por tudo isso, urge encontrar um critério que permita fazer face aos problemas suscitados. A este propósito, em articulação com o princípio da confiança, acha-se com cabimento a delimitação da responsabilidade de cada membro da equipa com base no princípio da divisão do trabalho que, como facilmente se depreenderá, à semelhança do que se disse sobre as *leges artis*, só atendendo às especificidades do caso concreto é possível determinar que deveres que impendem sobre cada membro-medio da equipa médica, isto é, o cirurgião médio, o enfermeiro médio, auxiliar médio, etc.¹¹⁵.

Além disso, a doutrina tem estruturado a divisão de tarefas entre trabalho horizontal e trabalho vertical¹¹⁶. A divisão de trabalho horizontal é a que se verifica entre profissionais que, atendendo às suas competências, se encontram em situação de igualdade. Estes profissionais exercem conjuntamente funções complementares desenvolvendo cada um a sua

¹¹⁴ Cf. H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado*⁵, § 55.

¹¹⁵ Tem sido afirmado que o sentido da divisão do trabalho em medicina radica em permitir ao médico concentrar-se no cumprimento qualificado das suas tarefas específicas. Em rigor, a divisão do trabalho permite não só ao médico, mas a todos os elementos da equipa médica a dedicação exclusiva de cada um às tarefas que especificamente lhe competem. Cf., por todos, SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, p. 103.

¹¹⁶ Cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, p. 105.

atividade de acordo com os conhecimentos próprios das respectivas especialidades¹¹⁷. A divisão de trabalho vertical verifica-se quando há uma relação de hierarquia em que um dos profissionais recebe instruções de outro que se encontra num nível superior e é controlada por este. Assim, a divisão vertical é caracterizada pela existência de uma ordem hierárquica de distribuição de deveres, em que ao superior competem os deveres de instrução, controlo e vigilância, enquanto que sobre os subordinados recai a obrigação de obedecer às ordens do superior¹¹⁸.

Aliado à divisão de tarefas, o princípio da confiança tem assumido um particular relevo na doutrina da negligência. Como condição básica de toda a convivência em comunidade e de comunicação dirigida à paz jurídica¹¹⁹, o princípio da confiança tem sido assumido na doutrina como princípio delimitador do dever objetivo de cuidado¹²⁰, pois na interação com os outros, cada sujeito deve poder confiar que os demais se comportam de acordo com a norma de cuidado¹²¹, salvo se tiver razão concretamente fundada para pensar ou dever pensar de outro modo¹²², assumindo assim especial relevância prática na delimitação da violação do dever de cuidado.

Transplantado para o exercício da medicina em equipa, um médico que se preocupe com tudo com todos dificilmente será um bom médico¹²³, pelo que nas tarefas que são

¹¹⁷ Poderá ainda falar-se em divisão de trabalho horizontal em qualquer relação entre médicos de especialidades diferentes ou da mesma especialidade, desde que, neste caso, nenhum dos médicos assuma funções de chefia. E ainda, esta modalidade verificar-se-á em qualquer situação em que os profissionais atuem ao mesmo nível, em situação de igualdade, valendo, por isso, também nas relações entre pessoal não médico.

¹¹⁸ O exemplo que tradicionalmente se indica neste tipo de divisão do trabalho é o que se verifica na relação entre o médico cirurgião e os enfermeiros que com ele colaboram na cirurgia, podendo também verificar-se entre médicos da mesma especialidade em que um deles se encontra numa situação de superioridade em relação ao outro.

¹¹⁹ Cf. BATISTA MACHADO (J.), *Tutela da confiança*, p. 232.

¹²⁰ Cf. H.-H. JESCHECK/Th. WEIGEND, *Tratado*⁵, § 55, 1, e d) e, entre nós, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 35.º Cap., §§ 28 e ss. Em sentido diverso, entendendo o princípio da confiança como um princípio que serve para a negação da potenciação de um perigo inadmissível, cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 24, nm. 21 e ss. A acrescentar, alguma doutrina alemã vê o princípio da confiança como um princípio delimitador dos deveres de cuidado em caso de pluralidade de agentes, assumindo-o como uma particularidade da atuação do princípio do risco permitido. Neste sentido, cf. H. WELZEL *Derecho Penal*, p. 159., C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 24, nm. 22. O risco permitido abrange as condutas que sendo portadoras em si mesmas de perigo para bens jurídicos penalmente tutelados são, todavia, permitidas de um modo geral pela ordem jurídica, *i.e.*, os riscos em causa são tolerados pela sociedade dada a utilidade social das condutas a que eles são inerentes. Sobre o risco permitido, entre nós, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 12.º Cap., § 24.

¹²¹ Cada um de nós confia no outro porque sabe que ele também desenvolve cuidados em ordem a proteger de perigos os restantes membros da comunidade em que se insere. Neste sentido, cf. FARIA COSTA, *Perigo em Direito Penal*, p. 489.

¹²² Cf. H. WELZEL *Derecho Penal*, p. 159, C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 24, nm. 21. Entre nós, cf. J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 35.º Cap., §§ 28 e ss., FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, p. 18 e 466.

¹²³ Cf. G. STRATENWERTH, in: *Fest. Eb. Schidt*, p.400, *apud* SÓNIA FIDALGO, *Princípio da Confiança*, p. 156.

divididas pelos demais membros, qualquer um destes deve poder contar com uma atuação dos outros adequada à norma de cuidado, quer a intervenção destes seja anterior, simultânea ou posterior ao comportamento que se analisa¹²⁴. Se, por exemplo, para delimitar o seu dever de cuidado, cada membro da equipa cirúrgica tivesse de utilizar a experiência geral de que, por vezes, os seus colegas cometem erros, cada um deles teria de vigiar os demais durante a cirurgia, o que impediria a divisão de trabalho¹²⁵. Assim, o princípio da confiança vem traduzir a ideia de que aquele que atua de acordo com o dever de cuidado pode confiar, por regra, que os demais cumprirão os deveres de cuidado que sobre eles impendem, sendo que, no exercício da medicina, o sentido da divisão do trabalho radica em permitir a todos os membros da equipa a dedicação exclusiva de cada um a tarefas que especificamente lhe competem, em garantia de uma melhor assistência e proteção do paciente. Deste modo, tal princípio permitirá delimitar os riscos que, apesar da atuação de terceiros ou da própria vítima, podem ainda dizer-se criados pelo agente, radicando assim numa ponderação entre a liberdade da atuação humana e as vantagens sociais com ela relacionadas, por um lado, e os perigos inevitáveis a ela inerentes, por outro¹²⁶.

Entre nós, tem sido defendido que o âmbito de responsabilidade no exercício da medicina em equipa afere-se a partir da conjugação dos referidos princípios da divisão do trabalho e da confiança¹²⁷. Na divisão de trabalho horizontal, em que os profissionais se encontram numa situação de igualdade, tem-se entendido que o princípio da confiança vale na sua plenitude. Tal acontecerá, nomeadamente, quando no caso concreto um dos intervenientes se apercebe de uma falha grave de outro colega ou existam dúvidas fundadas sobre a sua qualificação ou capacidade de um colega para realizar a tarefa em causa. No âmbito da divisão de trabalho vertical, os diversos profissionais encontram-se numa relação de supra/infra ordenação, pelo que a relação de superioridade hierárquica determina o surgimento, para o superior, de uma série de deveres de organização e coordenação das tarefas dos vários membros da equipa, de modo a garantir a qualidade do serviço prestado¹²⁸.

¹²⁴ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*. PG I³, 35.º Cap., § 32.

¹²⁵ Neste sentido, cf. SÓNIA FIDALGO, *Princípio da Confiança*, p. 159.

¹²⁶ No sentido do entendimento do princípio da confiança como manifestação do princípio do risco permitido, cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, p. 122.

¹²⁷ Cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, pp. 149-150.

¹²⁸ Aqui, a doutrina dominante entende que o princípio da confiança vale em pleno, pois o superior hierárquico pode confiar que os seus colaboradores cumprirão corretamente as funções para o exercício das quais foram especificamente formados e os subordinados podem confiar na correção das instruções recebidas do superior hierárquico. Neste sentido, Cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, p. 156.

Estamos em crer, contudo, que a distinção entre divisão de trabalho horizontal e vertical, bem como a atuação do princípio da confiança nos dois tipos de relações auxilia no apuramento da responsabilidade criminal do executor negligente no âmbito exercício da medicina em equipa, mas não pode ser bastante. Há, portanto, ainda que ponderar a possibilidade de existir um comportamento anterior (doloso ou negligente) à consumação do delito, assumindo-se impreterível analisar o contributo negligente para um comportamento doloso de outra pessoa, um contributo negligente para um comportamento negligente de outra pessoa e ainda as situações em que existe coautoria negligente, analisados do estrito ponto de vista do critério avançado e que, analisados do estrito ponto de vista do critério avançado e que se pensa minorar os problemas suscitados no apuramento da responsabilidade no exercício da medicina em equipa.

2. O contributo negligente para um comportamento doloso de outra pessoa

Como já teve oportunidade de se dizer, a orientação dominante consagra um sistema unitário de autoria no tocante aos delitos negligentes, considerando-se autor negligente todo o indivíduo cuja atuação se mostre, de uma perspectiva *ex ante*, suscetível de influir na prática do crime, ainda que tão-só no tocante ao modo», «tempo» ou «lugar» da ação¹²⁹. Para esta doutrina, a autoria negligente esgota-se, assim, na atitude descuidada, leviana, de uma qualquer condição do delito. No quadro descrito, a noção extensiva do conceito de autoria defendida pela doutrina maioritária adquire uma maior amplitude do que a autoria dolosa, se definida nos com base na teoria do domínio do facto, o que traduz numa incongruência interna inaceitável¹³⁰.

Pelos motivos indicados, assentando na radical separação dos regimes da participação dolosa e negligente, partimos da assimilação do critério de imputação à «violação do dever objetivo de cuidado» em que se adere a uma noção «restritiva» de autoria, afastando-se a categoria da participação em ordem a consagrar, a final, um conceito único de autor. Aos nossos olhos, autor negligente é todo o sujeito em cuja vontade não dolosa resida o fator determinante do preenchimento do tipo objetivo, o que apresenta significativas

¹²⁹ Cf. *supra*, pp. 26 e ss.

¹³⁰ Sobre o tema, cf., *supra*, pp. 30 e ss., esp. 31.

diferenças no plano das soluções¹³¹, cuja desimplicação se impõe demonstrar nos três planos em torno dos quais gravita o debate sobre o tema, *i.e.*, no contributo negligente para um comportamento doloso de outra pessoa, no contributo negligente para o comportamento negligente de outra pessoa e na coautoria negligente¹³². Em primeiro lugar, observe-se a eventualidade de alguém colaborar, de forma negligente, na prática de um crime doloso de outra pessoa¹³³.

No presente âmbito, incluímos os exemplos do cirurgião chefe que abandona a sala de operações, momento em que o cirurgião executor aproveita para por termo à vida do paciente, seu inimigo de longa data, ou do médico que dá uma ordem ao auxiliar de saúde cujas capacidades técnicas esconde não possuir, aproveitando este para administrar um veneno no paciente que vem provocar a sua morte imediata, ou, ainda, o episódio do chefe de equipa que durante a cirurgia erra no diagnóstico e dá um comando errado ao seu subordinado e este, bem sabendo que não poderia efetivar aquela ordem, aproveita-se para executar e assim por termo à vida do paciente¹³⁴.

Em qualquer uma das hipóteses ilustradas, uma vez que as condutas são perpetradas pelo executor com dolo do tipo e pelo homem-de-trás sem o domínio do facto, justificariam no limite o sancionamento a título de mera participação. O que, numa primeira aproximação sobre o sentido e alcance dos artigos 26.º, 4.ª alternativa e 27.º do CP, aponta para a impunidade do mesmo homem-de-trás quando atue de forma negligente.

Partindo daqui, a adesão a um conceito «restritivo» (único) de autor no âmbito dos crimes negligentes parece, agora aplicada às soluções concretas, inegável. Assim, no âmbito da comissão por ação, afastam-se do campo da autoria negligente todas as situações em que o executor imediato atue com culpa dolosa, pois numa tal eventualidade nunca se poderá afirmar que a intervenção do homem-de-trás constitui o *elemento determinante* da realização do tipo objetivo de crime negligente, faltando, com isso, o requisito essencial em que assenta a noção de autoria nos moldes acima descritos. Com isto, o agente poderia ser punido, no

¹³¹ Cf. no estrito plano proposto para a comparticipação negligente e sua contraposição às principais construções que se encontram na doutrina, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 963 e ss. e, ainda, em síntese, texto correspondente às notas 69 e ss.

¹³² Circunscrevemo-nos às hipóteses de comissão por ação a fim de vincar as diferenças em relação à doutrina.

¹³³ Seguimos de perto A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 974 e ss.

¹³⁴ Embora com exemplos fácticos diversos, C. ROXIN restringe a punição do homem-de-trás como autor negligente aos casos em que a sua conduta constitua uma «reconhecível inclinação para o facto» de um potencial executor doloso, C. ROXIN, *Derecho Penal*, PGI, § 24, nm. 26 e ss.

limite, na esfera da omissão penalmente relevante, desde que verificados os respectivos requisitos.

Diferentemente se passam as coisas quando o executor do delito atue sem culpa. A este propósito, recupere-se o exemplo do médico do hospital psiquiátrico que dá alta a um doente portador de tendências agressivas, que vem mais tarde a cometer, em estado de inimputabilidade, um homicídio doloso, o que se afiguraria previsível se o médico houvesse procedido com o cuidado devido na elaboração do diagnóstico. Nesta situação, à luz da orientação defendida, tratando-se de uma situação capaz de suscitar no *médico-médio* a representação da possibilidade de conduzir à realização do ilícito típico, no descuido do homem de trás reside o elemento determinante do preenchimento do tipo objetivo, justificando a sua punição como autor negligente do delito¹³⁵.

Ao contrário do que a doutrina maioritária defende¹³⁶, o exposto não encontra fundamento no princípio da autorresponsabilidade, nos termos do qual, verificado um nexo de previsibilidade entre a conduta do homem-de-trás e a produção do ilícito, a simples falta de culpa dolosa do executor implica a regressão do delito ao primeiro e, assim, a respetiva qualificação como autor negligente. A perspetiva assenta, por outras palavras, na ideia de que a prática de *qualquer contributo causal* para a infração comporta já uma violação relevante do dever objetivo de cuidado, acabando por conferir à verificação da culpa dolosa do agente imediato o alcance de uma genuína interrupção do nexo de imputação do facto ao homem-de-trás.

De modo diverso, a posição adotada associa a emergência do dever de cuidado às particulares características da situação, *i.e.*, à forte probabilidade (desde logo perceptível pelo médico-médio) de o concreto inimputável vir a cometer ilícitos-típicos. Numa palavra, longe de significar a ausência de uma causa de interrupção de um nexo de imputação preexistente, de harmonia com a conceção avançada, a inimputabilidade perigosa do potencial executor representa o elemento constitutivo do próprio dever objetivo de cuidado e, portanto, do nexo de imputação em que se assenta a responsabilização do homem-de-trás como autor negligente¹³⁷.

¹³⁵ Seguimos de perto o exemplo e solução encontrada em A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 975-976.

¹³⁶ Cf. *supra*, pp. 26 e ss. e, ainda, 42.

¹³⁷ Eximamente, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 976, esp. nota 1141.

Por fim, quanto à admissibilidade do risco de lesão de bens jurídicos inerente a um estado de inimputabilidade perigosa como pressuposto aludido dever objetivo de cuidado, valem aqui, com os necessários ajuntamentos, as considerações expendidas a propósito do caso paralelo que se suscita na órbita da comparticipação dolosa¹³⁸.

3. O contributo negligente para um comportamento negligente de outra pessoa

Partindo da mesma lógica do que se disse no número anterior, cumpre referir os casos em que a prestação de um contributo negligente concorre uma conduta típica, também ela negligente, de outrem, o que parece à primeira vista indicar as situações de autoria mediata negligente.

A autoria negligente pode abranger situações em que, entre o agente e a consumação do crime, ocorra a intervenção negligente de terceiro, tudo dependendo de continuar a residir na conduta do homem-de-trás o decisivo elemento que condiciona a perpetração do facto¹³⁹. Por outro lado, já houve oportunidade de se indicar as razões que motivaram a postergação das modalidades de autoria imediata, mediata e coautoria¹⁴⁰, o que provoca também o repúdio da figura da «autoria mediata negligente» por alguns autores defendida e justifica que, no domínio em apreço, se abordem as questões no âmbito do conceito único de autor acima enunciado¹⁴¹. Assim dito, importa analisar as consequências que da perspectiva defendida derivam no tocante às situações de autoria negligente em que, entre a conduta do indivíduo e a perfeição do crime, ocorre a intervenção também negligente de outra pessoa, analisando-as do estrito prisma do conceito único de autor aqui preconizado e sustentando-as em alguns exemplos do exercício da medicina em equipa.

A) Em ordem a uma melhor elucidação da presente alínea, veja-se o seguinte exemplo prático: A, médico-cirurgião, dá um comando a B, enfermeiro, para este realizar a cirurgia,

¹³⁸ Cf., a este propósito, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 1107 e ss., 1160 e ss., texto de notas 539 e ss., esp. 549 e ss.

¹³⁹ A respetiva configuração aproxima-se das constelações e casos que, na terminologia corrente, integram a autoria mediata dolosa, pois a prática da infração constitui uma projeção da vontade descuidada do sujeito em causa. O que se disse a propósito da autonomia dos princípios em que assenta a imputação objetiva e autoria negligente, inviabiliza a sobreposição de regimes. Sobre o tema, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 977.

¹⁴⁰ Sobre o assunto, cf., *supra*, pp. 18-19. Uma exposição com detalhe pode encontrar-se em A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 922 e ss. e, sobre a coautoria, pp. 946 e ss.

¹⁴¹ Sobre o conceito único (restritivo) adotado, cf., *supra*, pp. 30 e e ss. e respetivas referências bibliográficas.

aplicar um procedimento inovador e recente no mercado no paciente, que se veio a revelar inadequado e lhe causa a morte imediata, para isso tendo usado sobre aquele uma pressão anímica.

A este propósito, parece de aceitar a punição como autor do agente (*A*) que, sem dolo, mas mediante *coação*, leve alguém a cometer um ilícito negligente (*B*). Com efeito, faz-se depender a qualificação de alguém como autor negligente do requisito de depender da sua vontade a realização do tipo¹⁴². Assim, uma vez que a vontade descuidada do homem de trás constitui, no caso concreto, o determinante fator da verificação do ilícito, adotando o critério avançado, nenhuma dúvida se suscita quanto à sua respetiva assimilação como autor negligente.

Por outro lado, conclusão inversa se impõe nos casos em que o agente é incentivado por outro à aplicação de novos procedimentos ou de procedimentos que não domina, em que o agente comete de mão-própria a *fattispecie* legal, em violação das *leges artis*, permanecendo livre de praticar ou não o comportamento negligente. Numa tal hipótese, a consumação do crime é consequência da leviandade tão-só imputável ao executor, consubstanciando a conduta do homem-de-trás (o que incentiva) um simples contributo causal-naturalístico para a produção do delito, portanto, um puro «ato de participação negligente», não punível à luz dos artigos 26.º, 4ª alternativa e 27.º, ambos do Código Penal¹⁴³.

B) Em segundo lugar, pese embora com parca aplicação no exercício da medicina em equipa (se não inexistente e por isso se retoma a tendência de exemplificar com uma situação fáctica), mas cuja ausência de tratamento significaria uma incompleta exposição da posição adotada, de acordo com o critério avançado para a determinação do conceito de autoria negligente, admite-se a responsabilização do homem de trás a título de autoria negligente quando se mostre previsível que a sua conduta integra um contributo para a realização de um ilícito também negligente por um *inimputável*.

Tome-se a seguinte situação como exemplo: *A*, bem sabendo que numa determinada rua não é costume circular peões, deixa *B*, seu filho de quinze anos, conduzir um automóvel, ao passo que surge inesperadamente o peão *C*, não conseguindo *B*, fruto da sua inabilidade para a condução, evitar o seu atropelamento e conseqüente morte de *C*. Ora, numa tal

¹⁴² Sobre o grau de coação necessário, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 977, nota 1144.

¹⁴³ Acompanhamos o raciocínio de A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 978.

situação, à luz do critério do homem-médio¹⁴⁴, propende-se para a qualificação do homem-de-trás como autor negligente, desde que se mostre perceptível a inimputabilidade do agente e, bem assim, se mostre perceptível a inimputabilidade do concreto indivíduo e se mostre previsível que a sua ação poderá conduzir à realização do ilícito típico. Uma vez que o executor atua sem culpa, no descuido do homem-de-trás radica o fator determinante da ocorrência do crime, o que, na ótica da perspectiva defendida, fundamenta a punibilidade de A como autor negligente.

C) Em terceiro lugar, assinale-se a hipótese em que tanto o homem de trás como aquele que pratica de mão-própria os atos de execução agem em estado de *erro*. Numa tal hipótese, a imputação do facto ao agente e, por conseguinte, a qualificação do homem de trás como autor negligente, dependerá da verificação do requisito de que na sua conduta resida o *elemento determinante* da prática dos atos de execução em que se verifica a violação do tipo. Só depois de se concluir pela existência desse elemento determinante se poderá afirmar com certeza que o ilícito ficou a dever-se ao descuido do agente e aí poderemos afirmar que se está perante um delito negligente do homem-de-trás, não concorrendo o maior ou menor grau do seu erro por contraposição ao do executor imediato¹⁴⁵.

Aos nossos olhos, quando o executor possua os conhecimentos suficientes para dever conhecer o perigo de vir a cometer um ilícito típico, independentemente se tais conhecimentos são inferiores, iguais ou superiores aos do homem-de-trás, e, por outro lado, atue com culpa negligente, salvo uma exceção, na sua conduta leviana radica o principal fator da verificação do ilícito. Nestes termos, ao invés do que se referiu a propósito da coação¹⁴⁶, o sujeito que realiza de mão-própria o tipo, é livre de levar ou não a cabo a sua conduta negligente, pelo que se apresenta como único autor do delito, sendo o homem-de-trás a um «mero participante negligente», irrelevante do prisma jurídico-criminal¹⁴⁷.

Assim dito, entendemos que a correta compreensão das questões em exame, impõe a distinção entre dois grupos de casos, em que parece de ponderar a punibilidade do homem-de-trás a título de autoria negligente.

¹⁴⁴ Para o conceito de homem médio e respetivas referências cf. texto correspondente à nota 12.

¹⁴⁵ Por outra via, existem autores que inscrevem na autoria negligente todos os casos em que, não obstante atue em erro, o homem de trás possua um melhor conhecimento da situação e, assim, um superior poder de evitar a consumação do crime. Neste sentido, cf. J. RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 267 e ss. *apud* A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 979-980.

¹⁴⁶ Cf., *supra*, p. 45.

¹⁴⁷ Só assim não será na específica situação tratada no ponto seguinte.

AA) A primeira das situações ocorre quando se afigure, em concreto e à luz do critério do homem médio¹⁴⁸, previsível que o comportamento perpetrado pelo homem-de-trás causará no executor de mão própria um erro que, também à luz do homem médio, se mostre «não censurável» e, por conseguinte, não imputável à violação do dever objetivo de cuidado. Neste quadro enquadram-se as situações em que o comportamento do homem de trás produz no executor um sentimento de confiança tal que o faz crer pela inexistência de perigosidade nos seus atos e, de uma perspetiva *ex ante*, se apresentem de tal modo que faz esperar uma «subordinação cega» à vontade negligente do homem de trás¹⁴⁹. Uma vez que a atuação do executor se revela «quase automática» da conduta do homem de trás, não se traduz numa ofensa ao dever objetivo de cuidado e, por isso, revela-se *atípica*. Ao invés, o comportamento do homem de trás é determinante da consumação do ilícito, o que justifica a correspondente punibilidade nos quadros da autoria negligente.

A possibilidade de uma tal subordinação «cega» ao homem de trás, em termos de se mostrar consentânea com o dever objetivo de cuidado e, assim, levar à afirmação da «atipicidade» do comportamento do executor, torna-se sobretudo evidente na situação em que a ação do homem de trás ocorre no exercício de competências ou conhecimentos especializados, como por exemplo médico ou enfermeiro, que lhe confirmam uma credibilidade tal que gera no executor de mão-própria um sentimento de confiança *dispensando* o homem de trás de indagar sobre a perigosidade da conduta¹⁵⁰.

Aos nossos olhos, nos termos do que se expôs, o regime aplicável no presente grupo de situações e tendo por base os critérios avançados, a conduta do executor não preenche, sequer, o tipo legal de crime, pelo que a mesma se mostra irrelevante do ponto de vista jurídico-criminal. Já a responsabilidade criminal da conduta do homem-de-trás dependerá da verificação do requisito de que na sua conduta resida o elemento determinante da prática dos atos de execução pelo executor de «mão própria» em que se verifica a violação do tipo.

BB) O segundo grupo de casos em que parece de ponderar a punibilidade do homem-de-trás a título de autoria negligente diz respeito à circunstância de o erro do executor se mostrar evitável em função da atenção e da diligência que se espera do homem-médio e,

¹⁴⁸ Sobre o critério de homem-médio adotado, cf., *supra*, nota 12 e respetivas referências.

¹⁴⁹ Distintamente sobre o tema, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 980.

¹⁵⁰ Também nos casos do produtor e do comerciante que sempre terão de ser responsabilizados no tocante aos danos, que não se mostram previsíveis à luz do critério do homem médio, resultantes da utilização de bens defeituosos ou adulterados lançados por aqueles no mercado.

assim, envolver a violação do dever objetivo de cuidado, deparando-se com um comportamento que consubstancia, em si mesmo, um ilícito negligente.

Não levantando grandes problemas as situações em que o executor atue sem culpa¹⁵¹, o mesmo já não acontece quando a conduta do executor se revelar culposa. Numa tal situação, entendemos que o sujeito que preencha de mão-própria o tipo objetivo integra o único autor da infração, encarnando o comportamento do homem-de-trás uma simples «participação negligente», não punível à luz dos artigos 26.º, 4ª alternativa e 27.º, ambos do Código Penal. Só assim não acontecerá¹⁵² em dois casos, a saber: *a)* quando se verifique a experiência imediata de uma incondicional submissão do executor à vontade negligente do homem de trás ou; *b)* quando se verifique a circunstância de o último se encontrar vinculado à proteção dos interesses ameaçados, alternativa em que a questão transita para o universo dos delitos omissivos. Fora das referidas situações, observando-se a culpa do executor, afigura-se de concluir no sentido da impunidade da atuação do homem-de-trás.

Esta ordem de considerações permite também clarificar o enquadramento dogmático nos casos em que o desempenho da medicina é adstrito a um conjunto de pessoas que operam de forma articulada, sob a orientação de um superior hierárquico, a quem se conferem os deveres de controlo e fiscalização. Ora, na eventualidade de ocorrer no exercício da medicina em equipa a prática de crimes, a doutrina e a jurisprudência aceitam (desde que preenchidos os respetivos requisitos) o sancionamento, não só dos executores, mas também do superior hierárquico a título de negligência¹⁵³. Não obstante, na linha do que se tem vindo a afirmar, a respeito dos casos em que o executor (aqui subordinado) atue com culpa negligente, entende-se que a responsabilização do homem-de-trás (chefe de equipa ou superior hierárquico) como autor negligente só parece ser admissível nos quadros da omissão e, mesmo assim, apenas quando se verifica a inobservância de alguns dos seus deveres, *máxime* de coordenação, controlo e fiscalização. O que se refere vale também para os casos em que o superior hierárquico (sem dolo) dá um comando ao subordinado para a realização de tarefas para a qual este não tem conhecimentos ou capacidades técnicas e que, em consequência, culmina na

¹⁵¹ Como se disse a propósito da inimputabilidade, desde que a atuação não culposa do executor configure, de harmonia com o critério do homem médio, uma consequência previsível da intervenção do homem de trás (recuperamos o exemplo do médico que dá alta hospitalar ao doente com tendências agressivas que, por sua vez, mata outra pessoa), esta converte-se no fator determinante da realização do tipo objetivo e justifica a sua punição a título de autor negligente. A este propósito, cf., *supra*, p. 44 e, para mais desenvolvimentos, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 977 e ss. esp. 982.

¹⁵² Isto é, admite-se a qualificação do homem de trás como autor negligente.

¹⁵³ Por todos, cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, pp. 214 e ss.

realização de um ilícito típico. Ainda aqui, a qualificação do primeiro como autor negligente apenas se compreende ao abrigo dos princípios que regem a omissão jurídico-criminalmente relevante. Por outro lado, no tocante aos incentivos (não dolosos) que o executor porventura receba de um colega de trabalho, em consonância com o que se expôs, uma vez que aquele permanece livre de perpetrar ou não a conduta, depara-se, em relação ao primeiro, com uma simples «participação negligente», não punível à luz do disposto nos artigos 26.º, 4.ª alternativa e 27.º, ambos do Código Penal.

Pelo que se expôs, do estrito prisma da comissão por ação, o significado material das aludidas ordens ou instruções do superior hierárquico não se distingue do que acaba de atribuir-se aos incentivos de um colega de trabalho. Em sintonia com a máxima da autonomia individual, consubstanciam um contributo ancilar ou secundário e, nessa aceção, um «perigo remoto» para a consumação do delito, *i.e.*, um mero ato de «participação negligente», irrelevante do ponto de vista jurídico-criminal. Nestes moldes, não obstante as ordens ou instruções que o superior hierárquico dirija ao subordinado, a sua qualificação como autor negligente só poderá justificar-se com base no incumprimento do dever de impedir a produção do ilícito em causa, *i.e.*, a título de omissão¹⁵⁴.

Caracterizada a orientação proposta para as hipóteses contempladas na presente alínea C), importa testá-las ao nível dos casos concretos com alguns exemplos do exercício da medicina em equipa.

— Em recuperação do que se disse a propósito de quando se afigura, em harmonia com o padrão do homem médio, previsível que o comportamento do homem-de-trás produz no executor um erro «invencível», de tal modo que cria no executor um sentimento de confiança capaz de afastar a violação do dever objetivo de cuidado, imagine-se o exemplo em que *A*, fiel conselheiro do médico *B*, administra ao filho um remédio inadequado, de que derivam graves danos para a saúde ou, inclusive, a morte do último. A tese avançada aponta para a responsabilização do médico *B* como autor negligente do crime em apreço. Efetivamente, dada a especialização técnico-científica da matéria, o dever objetivo de cuidado por parte de *A* consiste, precisamente, na aplicação da terapia definida pelo médico *B*, o que permite concluir, desde logo, na «atipicidade» da respetiva conduta. Por outro lado, a referida especialização técnica, além de conferir à conduta de *A* um erro não censurável, se apresenta

¹⁵⁴ Para uma cabal explicação sobre a orientação apresentada, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 982 e ss.

de modo a fazer esperar uma subordinação acrítica das prescrições de *B*¹⁵⁵. Nestes moldes, na atuação do médico, aferida de uma perspetiva *ex ante* e à luz do padrão do homem-médio (=médico-medio), reside o fator determinante da produção do resultado, o que justifica a afirmação da correspondente punibilidade a título de autoria negligente¹⁵⁶.

— Por outro lado, recupere-se o caso em que o chefe de equipa médica *E* que, por lapso, deixa instruções para que o subordinado *F* (médico, enfermeiro ou assistente médico) aplique a certo paciente uma substância em absoluto desajustada à doença, o que vem na realidade a suceder, provocando graves lesões na saúde do último. Em harmonia com a solução adotada, tudo depende da alternativa de *F* possuir ou não as capacidades e os conhecimentos necessários para representar que a conduta encarna (pelo menos) um perigo próximo da consumação do delito¹⁵⁷.

Isto posto, tratando-se de uma nova metodologia terapêutica, ignorada pela generalidade dos elementos do serviço, aí incluindo *F* – e existindo todos os motivos para confiar na competência técnico-científica do chefe de equipa –, nenhuma dúvida suscita a afirmação de que a conduta do primeiro não envolve a violação de qualquer dever de cuidado e, portanto, se revela «atípica», havendo que punir *E* como autor negligente. Distinto será, porém, o regime aplicável se, ao invés, se estiver perante uma enfermidade e um procedimento clínico conhecidos pelo comum dos membros da categoria profissional a que pertence *F*. Dado que possui as capacidades que, à luz do critério do homem-médio, lhe permitiriam aperceber-se do erro de *E* e, assim, representar a perigosidade do comportamento no descuido/leviandade de *F* radica o fator determinante do preenchimento do tipo. Circunstância que, de modo congruente com a máxima da autonomia individual, justifica a correspondente assunção como único autor do delito e converte a atuação do chefe de equipa

¹⁵⁵ Ressalvamos a situação em que *C* que procura o seu advogado *D* e este, detentor da capacidade técnico-científica, aconselha aquele a proceder de um determinado modo que, afinal, configura a prática de um crime. Neste caso, parece contender com a matéria do erro sobre a ilicitude, pelo que se remete, por força do regime estabelecido no art.º 17.º do CP, para a esfera da participação dolosa. Sobre o tema, cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 981 e 990 e ss.

¹⁵⁶ Se, ao invés, *A* tivesse recorrido à opinião do vizinho *E*, leigo em medicina, estar-se-ia perante um procedimento que não fornece quaisquer garantias quanto à correção do tratamento, pelo que *A* incorria na violação do dever objetivo de cuidado. Aspeto que, aliado ao carácter livre da decisão de administrar o remédio ao filho, ao mesmo tempo que contribui para a qualificação de *A* como autor negligente, contribui para a qualificação do comportamento de *C* como uma simples «participação negligente», irrelevante no âmbito jurídico-criminal.

¹⁵⁷ Seguimos de perto A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 985-987.

E numa simples «participação negligente», irrelevante da esfera jurídico-criminal¹⁵⁸. Com as necessárias adaptações, as soluções avançadas permaneceriam válidas na eventualidade de *E* ser, não o chefe de equipa, mas apenas um médico pertencente ou não ao mesmo serviço de *F*¹⁵⁹. Aqui, sempre que o executor atue com culpa negligente – e desde que não se verifique o condicionalismo da alínea seguinte¹⁶⁰ –, entende-se que a responsabilização do homem-de-trás só pode derivar da violação dos deveres de coordenação, controlo e fiscalização que sobre ele impendem, assumindo uma veste de uma autoria negligente de um delito omissivo¹⁶¹.

Com efeito, se *F* possuir os conhecimentos suficientes para representar a perigosidade da conduta, atuando com culpa negligente, no seu descuidado/leviandade reside o fator determinante que levou à consumação do crime. Do estrito prisma da comissão por ação, já se referiu que o comportamento do chefe de equipa *E* constitui, por isso, uma «participação negligente», irrelevante na esfera jurídico-penal.

Por outro lado, no tocante aos aludidos deveres de coordenação e controlo, afigura-se que não abrangem a fiscalização direta das ações que correspondam ao normal exercício das capacidades e competências dos profissionais em causa¹⁶². Esfera onde se inclui a não administração de uma substância que, segundo os conhecimentos do médico/enfermeiro-médio, se sabe prejudicial à saúde do doente. Embora surja na sequência de instruções equivocadas de *E*, a supervisão da *concreta* atuação de *F*, considerada em si mesma, não cabe, por isso, nos deveres de fiscalização de qualquer chefe de equipa médica. Facto que impede a afirmação de um delito omissivo e, também aqui, aponta para a impunidade de *E*¹⁶³.

¹⁵⁸ Pelo contrário, parecendo apontar no sentido da responsabilização cumulativa do superior e do inferior hierárquico a título de negligência, em sintonia, aliás, com os pressupostos causalistas subjacentes ao conceito «unitário» de autoria de que parte no âmbito da matéria, cf. SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, pp. 237-242 e, quanto à adesão ao conceito unitário de autoria, 171-172 e 172 e ss.

¹⁵⁹ Cf., a este propósito, p. 49.

¹⁶⁰ Cf., *infra*, p. 53.

¹⁶¹ Cf., *supra*, texto correspondente à nota 146.

¹⁶² Sobre a natural conexão com a divisão do trabalho, cf. texto correspondente às notas 113 e ss.

¹⁶³ Numa primeira aproximação, a conclusão a que se chegou pode convocar alguma estranheza, tanto mais que o elemento desencadeador de todo o processo consistiu numa ordem «errada» do superior hierárquico. Uma tal reflexão apenas se compreende, porém, no contexto de uma perspetiva puramente causalista do ilícito-típico, que remete para a adesão a um conceito «unitário» de autoria na órbita da negligência e, pelos motivos indicados, se revela inconciliável com a teleologia das valorações criminais. Bem vistas as coisas, do mesmo passo que integra a consequente desimplificação da noção de autor negligente aqui defendida, a solução avançada apresenta-se como aquela que se ajusta a uma genuína teoria do ilícito pessoal e à máxima da autonomia individual que lhe subjaz. Não obstante o tema que nos convoca ser o exercício da medicina em equipa, o que se disse vale para a globalidade das hipóteses em que a prática da infração deriva do cumprimento de ordens ou instruções do superior hierárquico pelos seus subordinados. Pelo que se expôs, parece que só o regime adotado se harmoniza com o preceituado nos artigos 272.º, n.º 3 e 36.º, n.º 2 CP, a propósito da matéria das «ordens oficiais ou de

D) Por fim, analisem-se as situações em que o homem-de-trás «*não doloso*» tem a experiência concomitante (=imediate) da completa e incondicional submissão do executor, também não doloso, em termos de se poder afirmar que a prática ou a abstenção do comportamento típico se encontra em definitivo dependente da vontade do primeiro. Nesta situação, desde que a conduta do agente imediato deixe antever, à luz do critério do homem-médio, um «*perigo próximo*» de consumação do ilícito, no descuido do homem de trás radica o elemento determinante da verificação do crime, circunstância que justifica a correspondente qualificação como autor negligente¹⁶⁴.

Para ilustrar o que acaba de se dizer, pense-se na situação em que o cirurgião *G* que assiste à intervenção do estagiário *H* e – errando sobre o estado clínico do paciente – lhe recomenda um particular procedimento, de que resultam danos para a saúde do mesmo. Numa tal eventualidade, o médico *G* possui durante todo o tempo a experiência em ato do controlo sobre o comportamento do executor (médico estagiário), ficando a dever-se, assim, ao seu descuido e leviandade, a realização do ilícito típico, o que constitui, nos moldes defendidos, fundamento suficiente para a punibilidade dos dois intervenientes nos quadros da autoria negligente.

À luz do que se disse, semelhante regime importa subordinar, também, o caso do incentivo (=coação positiva) concomitante à atuação do executor imediato, como acontece no episódio em que o médico *G* promete promover o médico-estagiário *H* se conseguir salvar aquele paciente, levando-o a empreender uma conduta medicamente temerária que culmina com a morte do paciente. De harmonia com o exposto, também *G*, terá de considerar (tal como o executor *H*) autor do ilícito negligente em causa. Assim, desde que se verifiquem os demais pressupostos da categoria, *G* figurará como autor negligente, apenas excepcionando-se a possibilidade de *H* atuar com culpa dolosa¹⁶⁵.

O que se disse vale ainda para as constelações de «erro», em que *G*, perante a dificuldade de *H* (fruto da sua inexperiência) para realizar um ato médico, o orienta a fazê-lo, mas em termos que motivam a ofensa à integridade física do paciente. Na eventualidade de se

serviço», o que radica igualmente na ideia de autonomia individual enquanto princípio nuclear que preside na demarcação do âmbito de responsabilidade. Para mais e melhores desenvolvimentos, cf. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 985 e ss.

¹⁶⁴ Cf. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 989 e ss.

¹⁶⁵ Trata-se, aqui, das situações de «autor-negligente-atrás-do-autor-negligente», em que, em virtude da experiência imediata que tem sobre o facto, o homem de trás possui o controlo sobre um comportamento alheio que preenche a *fattispecie* legal.

demonstrar, em concreto, a incondicional subordinação de *H* à vontade de *G*, este último cumpre, além do executor do ato material, os requisitos de autoria negligente¹⁶⁶.

Pelo que se disse, o critério da experiência imediata ou concomitante (em ato), pelo homem-de-trás, da submissão do executor à sua vontade consubstancia uma decorrência da ideia de que no descuido/leviandade do agente tem de radicar o fator determinante do preenchimento do tipo, enquanto princípio nuclear da imputação objetiva e da autoria dos delitos negligentes¹⁶⁷.

Assim, quando se conclua no sentido da incondicional submissão do executor ao homem-de-trás e, de um prisma *ex ante*, que o último deveria representar (com base no critério do homem-médio) que possui o cabal controlo da conduta do primeiro, no respetivo descuido reside o *elemento decisivo* do preenchimento do tipo, pelo que, no domínio em apreço se admite a existência de um «autor-negligente-atrás-do-autor-negligente».

4. O (aparente) instituto da coautoria negligente

Num outro prisma, a doutrina tem consagrado a figura da coautoria negligente como categoria participativa autónoma. Esta tendência justifica-se pelo facto dessa doutrina aceitar a adoção de um conceito extensivo de autoria no âmbito da negligência, o que resulta na admissão da figura da coautoria negligente, não sob a forma que assume nos delitos dolosos, isto é, como decisão conjunta dirigida à realização do tipo objetivo, mas como criação conjunta de um risco não permitido que se exprime na realização típica. Partindo desta perspetiva, a doutrina admite que tal é compatível com o teor literal do art.º 26, 3.ª alternativa, pois basta-se com que o agente, conjuntamente com outro ou outros, tome parte direta na execução do facto, não exigindo que este tenha de ser doloso. Admite, portanto, em face da diferença normativa entre a autoria dolosa e negligente, a existência de um comportamento negligente conjunto¹⁶⁸. Assim, na coautoria negligente incluem-se as pessoas que colaboram, de forma não dolosa, na realização de um comportamento, que se mostra previsível de uma perspetiva *ex ante* de que decorre a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico.

¹⁶⁶ Com exemplo fáctico perto, cf. H. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 115, apud A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 990, nota 1176.

¹⁶⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o tema, cf. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 988 e ss.

¹⁶⁸ Cf. J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 35.º Cap., pp. 894.

No passado, a figura não era acolhida pelos autores, uma vez que a inexistência de um acordo ou plano delituoso conjunto, só observável nos casos de dolo, traduzir-se-ia na inadmissibilidade da figura por carecer de sentido. Em discordância, os adeptos desta tese defendem que a ausência dos requisitos da coautoria dolosa não poderia constituir fundamento bastante para a exclusão da mesma órbita dos delitos negligentes, uma vez que a responsabilidade dolosa e negligente obedeceria a regimes diferenciados. Em conformidade com o que acaba de se dizer, a diversidade dos pressupostos do dolo e da negligência significa que esta última categoria tem de assumir diferentes contornos, pois uma vez que os agentes atuam sem dolo, em harmonia com o respetivo critério de imputação objetiva no universo da negligência, a coautoria consistiria na simples realização coletiva de uma situação que, na base das capacidades que se esperam do homem-médio, deixe antever o perigo que se conduziu à produção do resultado¹⁶⁹. Por outro lado, a doutrina nota que o artigo 26.º, 3ª alternativa, do CP, refere-se apenas à necessidade de se verificar a realização conjunta do tipo legal, não fazendo referência ao dolo dos sujeitos, razão pela qual parece não existir obstáculo legal na consagração do instituto¹⁷⁰.

Não obstante o que acaba de se dizer, a introdução da coautoria negligente no ordenamento jurídico prossegue uma exclusiva finalidade prático-normativa, unicamente com o fito de ultrapassar lacunas de punição que derivam do princípio da autorresponsabilidade, aderido pela doutrina maioritária. Neste prisma, a coautoria negligente reveste para aquela o significado de um expediente confortável com vista a alargar a punibilidade a título de negligência condutas que, no plano material, parecem justificá-lo, mas, de acordo com o pressuposto adotado (princípio da autorresponsabilidade), não cabem na respetiva noção de autoria¹⁷¹. Ora, em virtude de tal incoerência dogmática, os olhos desta doutrina, o instituto da coautoria negligente releva-se imprestável no quadro de um entendimento da imputação objetiva conforme aos postulados da teoria do ilícito pessoal¹⁷².

¹⁶⁹ Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 25, nm. 242., e, entre nós, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 35.º Cap., § 49-50., SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, pp. 174 e ss.

¹⁷⁰ Sobre o § 25 II StGb, em todo semelhante ao artigo 26.º, 3ª alternativa, do CP, cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, PG I, § 25, nm. 242., e, sobre último artigo, cf. J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. PG I*³, 35.º Cap., § 49., SÓNIA FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência*, p. 177.

¹⁷¹ A conclusão é de A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 992-993, a qual se adere no presente estudo.

¹⁷² Cf. ob. e loc. citados na nota anterior.

Para evidenciar aquilo que se diz, vejamos os seguintes exemplos:

A) *A* e *B*, médicos, administram vários fármacos durante a cirurgia ao paciente *C*, ao passo que este produz reação alérgica que provoca a sua morte, mostrando-se inviável determinar se foi um dos fármacos administrado por *A* ou por *B* que produziu o evento.

B) *D* e *E*, médicos-cirurgiões, procedem a uma operação de *F*, ao passo que um deles se esquece de uma compressa dentro do corpo do doente, o que vem a provocar uma infeção que afeta gravemente a integridade física deste, não sendo possível provar, contudo, qual dos sujeitos deixou a compressa.

C) Por fim, refiram-se as situações dos corpos coletivos, *v.g.* do conselho de administração de um hospital, que dá um comando interno de distribuição de pacientes, o que vem a dificultar e prejudicar o tratamento dos pacientes, podendo neste caso qualquer um dos membros do referido conselho de administração invocar que o respetivo voto não foi decisivo para a verificação do facto, uma vez que na sua falta, a vontade da maioria teria prevalecido.

Neste quadro, aos olhos da orientação em apreço, não poderia ocorrer a imputação aos sujeitos da produção do delito nos quatros da autoria singular negligente («autorias paralelas»), porquanto, em obediência ao princípio *in dubio pro reo*, apenas se tornaria admissível um sancionamento a título de tentativa, o que, na ausência de dolo, se traduz na impunidade dos agentes¹⁷³.

Nos moldes expostos, o princípio da responsabilidade afasta a responsabilização individual pelos comportamentos perpetrados quando os sujeitos atuem de forma livre, o que implica uma consequência político-criminalmente insuportável da impunidade de qualquer um dos participantes. Posto isto, a doutrina recorre ao instituto da coautoria negligente, para contornar esse mesmo princípio, o que faz prescindir da existência de um nexos causal entre a conduta e o evento, enquanto requisito da atribuição da globalidade da infração a cada um dos intervenientes, como se de um caso de autoria singular se tratasse¹⁷⁴. Assim, de modo a ultrapassar as dificuldades decorrentes do princípio da responsabilidade acima caracterizado, a doutrina remete para uma figura que nunca poderá fundamentar, por força

¹⁷³ Além disso, em alguns exemplos se verifica o contributo parcial com vista à consumação, o que inviabilizaria a sua responsabilização pelo resultado global. Fora de medicina, recuperamos o exemplo de *F* e *G*, trabalhadores da construção civil que procedem à reparação de um telhado, pegam conjuntamente numa trave e lançam-na para a rua, atingindo o transeunte *H*. Cf. E. MEZGER, *Strafrecht*³, p. 422, *apud* A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 993.

¹⁷⁴ Cf. C. ROXIN, *Derecho Penal*, PGI, T. II § 25 nm. 241.

deste mesmo princípio da responsabilidade, a responsabilidade criminal de cada um dos agentes das ações dos demais, e, assim, do *iter criminis* na sua totalidade, o que em boa verdade força o repúdio da solução.

Sem querermos minimizar os desenvolvimentos anteriores, parece-nos inconciliável com a natureza pessoal-individual que o juízo de antijuricidade adquire no quadro de uma genuína doutrina do ilícito pessoal, que a presente conceção equacione a coautoria negligente em termos análogos ao da autoria dolosa, *i.e.*, como um «tipo coletivo», ancorado num ilícito comum aos vários intervenientes. Ao invés do que se tem defendido, entendemos que se justifica que o comportamento do coautor corresponda a um ilícito típico autónomo, que se esgotará no seu respetivo contributo para a verificação do delito levado a cabo em conjunto. Por outro lado, a vida proporciona uma panóplia de situações em que as pessoas se submetem, de modo livre, a outras pessoas e respectivas ideologias, planos, projetos e afins, acabando por nestes últimos residir o elemento decisivo para a atuação dos primeiros. Nesta perspetiva, logra fundamento a admissibilidade das hipóteses de «autor-negligente-atrás-do-autor-negligente» acima preconizado¹⁷⁵. A mesma ideia se aplica, a nosso ver, aos casos que a corrente em exame remete para o âmbito da coautoria negligente, permitindo chegar – dentro dos quadros do conceito único de autor aqui defendido – às soluções materialmente adequadas, sem incorrer nas dificuldades e contradições e à luz de uma correta compreensão do ilícito pessoal.

Com efeito, aos nossos olhos, a coautoria negligente incidirá sobre as constelações em que dois ou mais agentes colaboram, de forma não dolosa, na consecução de um projeto que deixe antever, como consequência possível, a produção de um ilícito-típico. Assim, uma vez que a adoção das condutas decorre de um acordo, este consubstancia, em si mesmo, uma concretização da vontade de qualquer dos intervenientes, pelo que todos dependem de todos e nenhum dos sujeitos envolvidos assume, em princípio, o papel de mero instrumento dos restantes, atuando de modo livre. À primeira vista, parece incoerente a imputação recíproca do resultado global às condutas perpetradas pelos participantes em causa, uma vez que os sujeitos são livres e agem com autonomia (=máxima de autonomia individual). Não obstante, não faltam situações em que, apesar de agirem livremente e com autonomia, todos possuem o controlo sobre os comportamentos de todos, o que vem legitimar a atribuição ao descuido de

¹⁷⁵ Cf., *supra*, p. 53.

cada um a realização do delito e, portanto, a respetiva qualificação como *autor singular negligente*¹⁷⁶.

A demarcação dos contornos de semelhantes hipóteses exige particular cautelas, até por força das especiais exigências de certeza e segurança jurídicas. Ainda assim, importa salientar dois grupos de casos que confirmam a procedência da tese avançada¹⁷⁷.

A) Em primeiro lugar, veja-se a eventualidade de os agentes colaborarem, de forma concomitante/imediata, na execução do projeto coletivo e, nesse contexto, terem a experiência imediata da submissão espontânea dos demais participantes aos exatos termos do plano acordado. Neste caso, proporcionando uma perceção «em ato» da conversão de *todos* ao serviço de *todos*, justifica-se a imputação recíproca das correspondentes condutas e, por conseguinte, a responsabilização de cada um dos sujeitos como autor singular negligente do delito em questão¹⁷⁸.

No quadro exposto enquadram-se as situações em que a doutrina afirmaria a necessidade da introdução da coautoria negligente¹⁷⁹. Mas veja-se que, em qualquer das situações descritas, existe o denominador comum de uma cooperação concomitante na realização do projeto conjunto, o que legitima a qualificação dos agentes como autores singulares negligentes.

B) Em segundo lugar, além das constelações fácticas em que todos os agentes têm a perceção «em ato» ou «concomitante» e de cooperação de modo «livre» na prossecução de um plano conjunto tornando dispensável o recurso à figura da coautoria negligente, o mesmo acontece no domínio técnico-científico, como é o caso do exercício da medicina, em que o projeto comum fixa o *iter* da execução, não deixando qualquer margem de discricionariedade aos agentes envolvidos. No presente âmbito, sempre que, em obediência estrita ao plano acordado e desde que não ocorra uma falha da responsabilidade de um (ou mais, mas não todos) dos intervenientes, a ação leve à produção de um ilícito-típico, este

¹⁷⁶ Eximamente, A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, pp. 996-997.

¹⁷⁷ Cf. A. M. ALMEIDA COSTA, *Ilícito pessoal*, p. 998.

¹⁷⁸ Além de constituir a mesma ideia de fundo que subjaz ao reconhecimento dos casos de «autor-negligente-atrás-do-autor-negligente», o regime defendido encontra igual correspondência com o que se disse a propósito do chamado «domínio concomitante, próximo ou imediato do facto», supra enunciado. Na verdade, neste último, as situações descritas permitem tratar nos quadros da autoria singular as situações de coautoria em que se observe a sincronia das intervenções dos sujeitos, evitando ao mesmo tempo as dificuldades que a consagração de tal categoria comporta no contexto de uma doutrina assente no ilícito pessoal (cf., *supra*, nota 44).

¹⁷⁹ Cf., *supra*, p. 56.

deverá ser imputado, desde que preenchidos os requisitos da negligência, a todos os participantes, aí incluídos os que não perpetraram o comportamento que, de modo direto, levou à verificação do resultado.

Nestas situações, também aqui os agentes se autoconvertem em puros instrumentos do projeto comum, *i.e.*, das vontades individuais que sustentam a sua efetivação. Motivo que parece justificar a imputação recíproca das correspondentes condutas e, portanto, a punibilidade de cada um dos sujeitos como autor singular negligente (autoria paralela). Nesse sentido, se atentarmos no mencionado carácter quase automático que a atuação dos executores assume em relação ao plano acordado, as considerações anteriores apontam no sentido de se qualificarem igualmente como autores negligentes os participantes que apenas tenham intervindo durante a elaboração do projeto e não já na concreta realização do mesmo. A solução que se aponta, à luz da lei portuguesa (art.º 26.º, 3ª alternativa, do CP), não cabe nos quadros da coautoria. Circunstância que, embora de um ângulo diverso, continua a revelar a inutilidade da figura, constituindo mais um argumento para a adoção do conceito único de autor negligente acima defendido.

V. Síntese conclusiva e posição adotada

Conforme resulta dos capítulos anteriores, conferimos às normas de determinação um âmbito de imposição assente critérios objetivos, o que, de acordo com a intervenção subsidiária do direito penal decorrente do princípio da proporcionalidade (art.º 18.º, § 2, CRP), traduz-se na limitação da antinormatividade relevante àquilo que se afigure, na situação concreta, exigível ao «homem médio». Daqui resultou a autonomização de dois momentos de valoração do facto, que se mostram reconduzíveis à distinção dos juízos de ilicitude e de culpabilidade, nos moldes em que os equaciona a teoria do ilícito pessoal¹⁸⁰.

Deste modo, no contexto de uma conceção pessoal do ilícito, o presente estudo aderiu à posição que atribui à ilicitude o significado de um juízo de culpa sobre o concreto agente na veste de presumível detentor das características do homem médio. Em negação da existência

¹⁸⁰ O primeiro plano encara a conduta sem atender às peculiares qualidades do sujeito e, assim, como um humano em geral ou, se quisermos, na veste de presumível detentor das características do homem médio. Nestes moldes, o ilícito consubstanciará a expressão de um conteúdo pessoal-*objetivo* de contrariedade a uma certa norma de determinação, alheio a considerações de culpa individual. Ao invés, a última contempla uma avaliação do comportamento do ângulo da censura que merece enquanto realização do particular delinquente e, por conseguinte, como integrando a violação pessoal-*subjetiva* da mesma norma de determinação.

de um tipo objetivo comum aos delitos dolosos e negligentes, uma vez que constituem expressão de diversificados conteúdos de desobediência a uma norma de determinação, entendemos que os ilícitos doloso e negligente integram autónomas unidades subjetivo-objetivas, o que resulta em que apenas se possa falar de um tipo subjetivo-objetivo de ilícito cujo «tipo objetivo» varia consoante o agente atue com dolo ou negligência. Dotadas de uma estrutura interna própria a que terão de responder diferentes critérios de imputação, designadamente no «domínio do facto» e na «violação do dever objetivo de cuidado», assumidos na aceção descrita, resultou na sobreposição dos problemas de imputação objetiva e da definição do conceito de autoria em direito penal. Nestes moldes, deixa de fazer sentido a consagração de uma imputação ao tipo objetivo anterior e autónoma em relação ao tipo subjetivo, entendendo-se que o instituto da imputação objetiva contempla os requisitos de que depende o juízo de culpa sobre o agente na veste de pessoa social¹⁸¹.

De harmonia com o que se expôs, o presente de estudo assentou na radical separação dos regimes da participação dolosa e negligente, tendo o último conhecido maior aprofundamento. Neste, consagramos a violação do dever objetivo de cuidado partindo de um conceito restritivo de autoria, o que resultou postergação da categoria da participação, da autoria imediata, autoria mediata e coautoria negligentes, revestindo uma *amplitude menor* do que aquela que lhe é conferida pela doutrina maioritária. Nestes moldes, aderimos à tese que qualifica como autor negligente todo o sujeito em cuja vontade não dolosa resida o fator determinante do preenchimento do tipo objetivo. Assim, o tipo objetivo dos delitos negligentes (= atos de execução), deverão assentar num critério de índole material-objetivo, consistente no requisito de que «a conduta se mostre, na situação em concreto, capaz de suscitar no homem médio a representação de que envolve um perigo próximo de consumação do crime, desde que não se verifiquem os pressupostos do risco permitido e do princípio da confiança».

Assim, na base do que se afirma, a violação do dever objetivo de cuidado terá de circunscrever-se às ações que, de acordo com as capacidades e os conhecimentos do homem médio, deixem antever o «perigo próximo» da aludida consumação. Exige-se, portanto, para que exista total congruência com o regime estabelecido para os delitos dolosos e em virtude de as condutas dos participantes constituírem meros «atos preparatórios» (perigo remoto) do

¹⁸¹ A esta luz, os princípios de imputação objetiva circunscrevem-se, numa palavra, em sínteses categoriais das modalidades que reveste o juízo de culpa sobre o homem médio e, portanto, dos distintos conteúdos pessoais-objetivos de antinormatividade em que se pode traduzir o ilícito.

crime em questão, uma interpretação conjugada dos artigos 21.º, 26.º, 4.ª alternativa e 27.º, todos do Código Penal, o que força a impunidade da «participação negligente», permitindo, ao mesmo tempo, concluir pela inadmissibilidade da adesão a um conceito unitário de autor.

Quanto à atividade médica, vimos que com o exercício em equipa comporta acrescidos riscos de erro, pelo que, atuando os profissionais de saúde em repartição de funções, coloca-se o problema de saber de que modo se determina a responsabilidade de cada um se da intervenção médica resultar um dano para o paciente, designadamente nas situações em que ao comportamento do executor advém um comportamento (doloso ou negligente) de outro agente ou mesmo perpetrado por vários agentes autonomamente.

Entre nós tem sido defendido que o âmbito de responsabilidade no exercício da medicina em equipa realiza-se a partir da conjugação dos princípios da divisão do trabalho e da confiança. Estamos em crer, contudo, que a conjugação dos princípios auxilia no apuramento da responsabilidade criminal do executor negligente no âmbito exercício da medicina em equipa, mas não pode ser bastante. Para ultrapassar as dificuldades que daí advêm e para que não se fique sujeito à constante mutação da medicina e do seu modo de exercício, cremos que se impõe a análise da responsabilidade médica do estrito prisma comportamental subjetivo-objetivo. Por isso, ponderamos a possibilidade de existir um comportamento anterior (doloso ou negligente) à consumação do delito, assumindo-se impreterível analisar o contributo negligente para um comportamento doloso de outra pessoa, um contributo negligente para um comportamento negligente de outra pessoa e ainda as situações em que (parece) existir coautoria negligente.

Na primeira das situações referidas, uma vez que as condutas são perpetradas pelo executor com dolo do tipo e pelo homem de trás sem o domínio do facto, justificariam no limite o sancionamento a título de mera participação, não punível nos termos dos artigos 26.º, 4.ª alternativa e 27.º do CP, quando o homem de trás atue de forma negligente¹⁸². Numa palavra, a perspetiva assenta na ideia de que a prática de *qualquer contributo causal* para a infração traduz já uma violação relevante do dever objetivo de cuidado, o que confere à verificação da culpa dolosa do agente imediato o alcance de uma genuína interrupção do nexos de imputação do facto ao homem de trás.

¹⁸² Diferentemente se passam as coisas quando o executor do delito atue sem culpa. À luz da orientação defendida, tratando-se de uma situação capaz de suscitar no *médico-médio* a representação da possibilidade de conduzir à realização do ilícito típico, no descuido do homem de trás reside o elemento determinante do preenchimento do tipo objetivo, justificando a sua punição como autor negligente do delito.

Vimos também que a autoria negligente abrange situações em que ocorre a intervenção negligente de terceiro. Aqui, tudo depende de continuar a residir na conduta do homem de trás o decisivo elemento que condiciona a perpetração do facto. Partindo do critério assinalado, faz-se depender a qualificação de alguém como autor negligente do requisito de depender da sua vontade a realização do tipo, pelo que, nos casos em que o executor atua de forma «não-livre», uma vez que a vontade descuidada do homem de trás constitui o determinante fator da verificação do ilícito, nenhuma dúvida se suscita quanto à sua respetiva assimilação como autor negligente daquele homem de trás. Já nos casos em que o agente é incentivado por outro à aplicação de novos procedimentos ou de procedimentos que não domina, em que o agente comete de mão-própria a *fattispecie* legal, em violação das *leges artis*, permanecendo livre de praticar ou não o comportamento negligente, o crime é única e exclusivamente consequência da leviandade do executor, consubstanciando a conduta do homem de trás (o que incentiva) um simples contributo causal-naturalístico para a produção do delito, portanto, um ato de participação negligente, não punível à luz dos artigos 26.º, 4ª alternativa e 27.º, ambos do Código Penal¹⁸³.

Nestes moldes, à luz do critério do homem médio avançado, ponderamos a punibilidade do homem de trás quando, em concreto, se mostre previsível que o seu comportamento desencadeia no executor um qualquer elemento determinante para que este cometa o ilícito criminal.

Em terceiro lugar, vimos ainda as hipóteses da (aparente) coautoria negligente. Assinalada a incoerência dogmática que se verifica na doutrina maioritária, afirmamos que o instituto se revela imprestável no quadro do entendimento da imputação objetiva conforme os postulados da teoria do ilícito pessoal. Vimos que, aos olhos da orientação maioritária não poderia ocorrer a imputação aos sujeitos da produção do delito no quadro das «autorias paralelas», pois tal significaria a impunidade dos agentes, em obediência ao princípio *in dubio pro reo*, o que se revela uma consequência político-criminalmente insuportável. A nosso ver,

¹⁸³ Pese embora não se aplique ao exercício da medicina em equipa, de acordo com o critério avançado, para a determinação do conceito de autoria negligente, admite-se a responsabilização do homem de trás a título de autoria negligente quando se mostre previsível que a sua conduta integra um contributo para a realização de um ilícito também negligente por um inimputável. Por outro lado, assinalamos a hipótese em que tanto o homem de trás como aquele que pratica de mão-própria os atos de execução agem em estado de *erro*. Numa tal hipótese, a imputação do facto ao agente e, por conseguinte, a qualificação do homem de trás como autor negligente, dependerá da verificação do requisito de que na sua conduta reside o *elemento determinante* da prática dos atos de execução em que se verifica a violação do tipo. Só depois de se concluir pela existência desse elemento determinante se poderá afirmar com certeza que o ilícito ficou a dever-se ao descuido do agente e aí poderemos afirmar que se está perante um delito negligente do homem de trás.

desde logo por equacionar a coautoria negligente em termos análogos ao da autoria dolosa, a tese em apreço parece ser inconciliável com a natureza pessoal-individual que o juízo de antijuricidade adquire no quadro de uma genuína doutrina do ilício pessoal.

Pelo contrário, justifica-se que o comportamento do coautor corresponda a um ilícito típico autónomo, que se esgotará no seu respetivo contributo para a verificação do delito levado a cabo em conjunto. Partindo da perspetiva, admite-se as hipóteses de «autor-negligente-atrás-do-autor-negligente», o que justifica ainda a aplicação aos casos que a corrente em exame remete para o âmbito da coautoria negligente. Nestes moldes, dentro dos quadros do conceito único de autor aqui adotado, com o devido respeito por orientações diversas, chegamos às soluções materialmente adequadas, sem incorrer nas dificuldades e contradições e à luz de uma correta compreensão do ilícito pessoal.

A nosso ver, a coautoria negligente incidirá sobre as situações em que dois ou mais agentes colaboram de forma não dolosa na consecução de um projeto que deixe antever, como consequência possível, a produção de um ilícito-típico. Partindo daqui, dado que as condutas são perpetradas com base num acordo, este consubstancia, em si mesmo, uma concretização da vontade de qualquer dos intervenientes, pelo que todos dependem de todos e nenhum dos sujeitos envolvidos assume, em princípio, o papel de mero instrumento dos restantes, atuando de modo livre.

Depois, vimos que a eventualidade de os agentes colaborarem de forma imediata na execução do projeto coletivo e, nesse contexto, terem a experiência imediata da submissão espontânea dos demais participantes aos exatos termos do plano acordado, proporciona uma perceção «em ato» da conversão de *todos* ao serviço de *todos*. Assim dito, justifica-se a imputação recíproca das correspondentes condutas e, por conseguinte, a responsabilização de cada um dos sujeitos como autor singular negligente do delito em questão.

No quadro exposto existe sempre o denominador comum de uma *cooperação concomitante na realização do projeto conjunto*, o que legitima a qualificação dos agentes como autores singulares negligentes. Aqui, os agentes autoconvertem-se em puros instrumentos das vontades individuais que sustentam a sua efetivação, o que justifica a imputação recíproca das correspondentes condutas e, portanto, a punibilidade de cada um dos sujeitos como autor singular negligente. A solução que se aponta, à luz da lei portuguesa (art.º 26.º, 3ª alternativa, do CP), não cabe nos quadros da coautoria. Circunstância que, embora de

um ângulo diverso, continua a revelar a inutilidade da figura, constituindo mais um argumento para a adoção do conceito único de autor negligente aqui adotado.

Por último, o mesmo parece acontecer no domínio técnico-científico, como é o caso do exercício do exercício da medicina, em que o projeto comum fixa o caminho para a execução, não deixando qualquer margem de discricionariedade aos agentes envolvidos. Aqui, desde que os agentes envolvidos obedeçam ao plano acordado e não ocorra uma falha da responsabilidade de um dos intervenientes, pressupostos os requisitos da negligência, o ilícito-típico deverá ser imputado a todos os participantes, aí incluídos os que não perpetraram o comportamento que, de modo direto, levou à verificação do resultado. Também aqui os agentes se autoconvertem em puros instrumentos das vontades individuais que levam a cabo a ação, o que parece justificar a imputação recíproca das correspondentes condutas e, portanto, a punibilidade de cada um dos sujeitos como autor singular negligente (autoria paralela).

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA (A. M.) — *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Comparticipação em Direito Penal*, Reimp., Coimbra, 2017;
- BATISTA MACHADO (J.) — *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium*, RLJ, 117, 1984;
- BELING (E. VON) — *Esquema de Derecho Penal*, (de *Grundzüge des Strafrechts*, 11. Aufl., Tübingen, 1930, por SEBASTÍAN SOLER), Buenos Aires, 2002;
- CANOTILHO (J. J. GOMES)/ MOREIRA (VITAL) — *Constituição da República Portuguesa. Anotada, Vol. I*, 4.^a ed., Coimbra, 2007;
- CAVALEIRO DE FERREIRA (M.) — *Direito Penal Português, Parte Geral*, 2 vols. 1981, Verbo Editora;
- CONCEIÇÃO VALDÁGUA (M.) — *Início da Tentativa no Coautor: contributo para a teoria da imputação do facto na coautoria*, Lisboa, Lex, 1993;
- CORREIA (E.) — *Direito Criminal*, vols. I e II (com a colaboração de J. FIGUEIREDO DIAS), Reimp., Coimbra, 1993;
- *Código Penal. Projecto da Parte Geral. Separata do Boletim do Ministério Justiça n.º 127*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1963;
- COSTA ANDRADE (M.) — *Comentário Conimbricense do Código Penal (Dirigido por J. FIGUEIREDO DIAS) TI*, 2.^a edição, Coimbra, 2012, arts.º 149.º e ss.;
- *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990;
- DIAZ GARCIA CONLLEDO (M.) — *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991;
- FARIA COSTA (J. F.) — *O perigo em Direito Penal*, 1992, Coimbra Editora;
- FIDALGO (S.) — *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Editora, 2009

- *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Almedina, 2018;
- FIGUEIREDO DIAS (J.) — *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I (Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime)*, 3.^a ed., Coimbra, 2019;
- *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*. 6.^a ed., Coimbra Editora, 2009;
- FIGUEIREDO DIAS (J.)/SINDE MONTEIRO (J.) — *Responsabilidade médica em Portugal*, Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, (332), 1984;
- HAVA GARCIA (E.) — *La imprudencia médica*, Valência, Tirant lo Blanch, 2001;
- JAKOBS (G.) — *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos Y Teoria De La Imputacion* (trad. de *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. Aufl., Berlin, 1993, por JOAQUIN CUELLO CONTRERAS/JOSE LUIS SERRANO GONZALES DE MURILLO), Marcial Pons, 2013;
- JESCHECK (H.-H.)/WEIGEND (Th.) — *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, por MIGUEL OLMEDO CARDENETE), 5.^a ed., Granada, 2002;
- MARQUES DA SILVA (G.) — *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, 2.^a ed., Universidade Católica Editora, 2015;
- MAURACH (R.)/ZIPF (H.) — *Derecho Penal. Parte General* (tradução da 8.^a ed. alemã de *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband II*), Buenos Aires, 1994;
- PEREIRA (R.) — *O dolo de perigo (contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto)*, Lisboa, Lex – Edições Jurídicas, 1995;
- PIZARRO BELEZA (M. T.) — *Ilicitamente participando: o âmbito de aplicação do art.º 28.º do Código Penal*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1991
- *Direito Penal, 1.º Vol.* AAFLD Editora, 1998;
- QUINTELA DE BRITO (T.) — *Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores*, Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, 2002;

- RIBEIRO DE FARIA (P.) — *Comentário Conimbricense do Código Penal (Dirigido por J. FIGUEIREDO DIAS)* TII, Coimbra, 1999, arts.º 143.º e ss.;
- *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal – Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Universidade Católica Editora, 2005;
- *Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Universidade Católica Editora, 1995;
- ROMEO CASABONA (C. M.) — *El médico y el derecho penal, I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981;
- ROXIN (C.) — *Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. de *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2. Aufl. Munchen, 1994, por DIEGO MANUEL LUZÓN PENA/MIGUEL DÍAZ GARCÍA CONLLEDO/JAVIER DE VICENTE REMESAL), Reimp., Madrid, 2001;
- *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2000;
- SALINAS MONTEIRO (H.) — *A participação em crimes especiais*, Universidade Católica Editora, 1999;
- SCHMIDT (E.) — *Der Arzt im Strafrecht, MKrim*, Leipzig, Theodor Weicher, 1939;
- STRATENWERTH (G.)/KUHLEN (L.) — *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 6. Aufl. Koln/Berlin/Munchen, 2011;
- TAIPA DE CARVALHO (A.) — *A Legítima Defesa*, Coimbra Editora, 1995;
- *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3ª ed. Universidade Católica Editora, 2016;
- WELZEL (H.) — *Derecho Penal. Parte General* (trad. do alemão, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*), Buenos Aires, 1956.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em 27 de maio de 2009, proferido ao abrigo do processo n.º 58/07.1PRLSB.S1, rel: Henriques Gaspar.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em 18 de junho de 2009, proferido ao abrigo do processo n.º 09P0305, rel: Pires de Graça.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em 15 de abril de 2009, proferido ao abrigo do processo n.º 09P0583, rel: Fernando Fróis.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em 05 de junho de 2012, proferido ao abrigo do processo n.º 148/10.3SCLSB.L1.S1, rel: Armindo Monteiro.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 06 de Julho de 2009, proferido ao abrigo do processo n.º 6172/06.3TDLSB-3, rel: Carlos Almeida.

Todos disponíveis em www.dgsi.pt.