

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPARTICIPAÇÃO NOS DELITOS CIVIS

Elsa Vaz de Sequeira^{1/2}

1. Considerações prévias

I. Contrariamente ao que acontece em sede de responsabilidade criminal, a comparticipação no delito civil não tem merecido um estudo sistematizado e aprofundado por parte da doutrina. O que é de estranhar se se pensar que não raro os factos geradores de responsabilidade penal são simultaneamente geradores de responsabilidade civil. O que equivale a dizer que os atos passíveis de originar responsabilidade criminal praticados em comparticipação por vários, na maior parte das vezes, vão dar igualmente azo à responsabilidade civil dos comparticipantes. Não se percebe, por isso, a escassez de tratamento jurídico do problema.

Mais incompreensível se torna se se tiver em conta que o próprio Código Civil dedica um artigo expressamente ao tema. O artigo 490.º, sob a epígrafe “responsabilidade dos autores, instigadores e auxiliares”, estabelece que, “se forem vários os autores, instigadores ou auxiliares do ato ilícito, todos eles respondem pelos danos que hajam causado”, vindo posteriormente o artigo 497.º determinar a sujeição da obrigação de indemnizar ao regime da solidariedade passiva.

¹ Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

² Este texto foi objeto de publicação no *Livro de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*.

II. A relevância prática da comparticipação no delito civil afigura-se indiscutível. A título de exemplo, pense-se nas seguintes situações:

1. A e B combinam matar C por envenenamento, cabendo a A dar a 1ª dose e a B a 2ª. C morre após a tomada da última porção. Nenhuma das doses isoladamente teria o poder de provocar a morte. Apenas as duas em conjunto produziriam esse efeito. A morte de C causou sofrimento aos familiares e a não prestação de alimentos aos filhos, para além da perda do próprio direito à vida. Quem responde por esses danos: A e B ou só B? Qual a lesão provocada pela conduta de A: ofensa à integridade física ou à vida? E na ação de B haverá nexo de causalidade?
2. Se A e B tivessem adquirido o veneno a D, sabendo este a utilização que lhe iria ser dada, responderia D civilmente pela morte de C?
3. Se E tivesse convencido A e B a matar C, seria E conjuntamente responsável pelos danos?
4. F e G querem assaltar uma ourivesaria. De acordo com o plano desenhado por ambos, F procede à vigilância do local durante a execução do assalto e assegura o transporte, cabendo G o arrombamento da porta e a recolha do material. F e G respondem os dois pelo valor da porta arrombada e das joias furtadas?
5. H persuade I a deixar de dar insulina a J, pai de I. J acaba por falecer, o que acarreta muito sofrimento para os restantes irmãos. Responderá H por esses danos?
6. L nunca trabalhou, vivendo das rendas provenientes dos imóveis de que é proprietário. Com o intuito de não pagar alimentos a M, sua ex-mulher, L coloca todos os seus bens em nome de N, atual companheira. Responderá apenas L pelo não cumprimento da obrigação de alimentos ou também poderá responder N?

III. A solução a dar a qualquer um destes casos está totalmente dependente da figura da comparticipação, dos seus contornos e respetivos efeitos. Nas linhas que se seguem tentar-se-á aclarar estas questões, bem sabendo, no entanto, que infelizmente ainda não será este o lugar para a análise minuciosa que o tema merece. A natureza desta obra e a escassez de tempo o impedem. O objetivo deste texto é, por isso, modesto, visando apenas sublinhar os principais aspetos do regime da comparticipação no delito civil.

2. Noção de comparticipação

Tradicionalmente tem-se descoberto a essência da comparticipação no vínculo subjetivo existente entre os diferentes participantes. Mais precisamente na consciência bilateral de cooperação. A forma de participação pode variar consoante o tipo de participante, mas todos eles têm a noção de que trabalham em conjunto³. Amiúde fala-se na existência de um conluio entre os agentes.

A única dúvida que se coloca neste domínio é a de determinar se essa consciência bilateral de cooperação é exclusiva dos delitos dolosos ou se é tal-qualmente compaginável nos delitos negligentes. A especificidade do problema justifica que se dedique um ponto expressamente à sua análise, tendo-se reservado para o efeito o ponto 5 deste estudo, para onde se remete.

3. Participantes

I. O Direito Penal, alicerçado no conceito restrito de autor⁴, conhece dois tipos de participantes: os autores e os participantes (em sentido estrito). Autores são os

³ V. BENICKE (1996), p. 127, LARENZ/CANARIS (1994), p. 567, BYDLINSKI (1959-1960), p. 411, WAGNER (2017), p. 2174, WECKERLE (1974), p. 60, BRAMBRING (1973), p. 17.

⁴ Não se encontram, consequentemente, consagrados nem o *conceito unitário de autor* – assente na causalidade e, segundo o qual, qualquer pessoa que tenha de alguma forma participado no facto seria autor, não distinguindo entre as diversas participações, os diferentes agentes –, nem o *conceito extensivo*. O qual, partindo da mesma premissa do anterior, isto é, qualquer pessoa que dê causa ao facto é autor, vai permitir, ao nível da punição, uma atenuação da pena para os agentes cuja actuação, apesar de causal, não foi essencial – surge a categoria dos participantes secundários. De acordo com esta orientação, as normas da parte geral sobre comparticipação teriam uma função restritiva do conceito de autor consagrado nos tipos criminais. Era esta a concepção seguida pelo projecto do Código Penal e defendida por Eduardo Correia, seu autor. Estes conceitos têm sido acusados de não atenderem às diferenças de execução e porem em causa

agentes previstos pelos tipos constantes da parte especial, enquanto participantes, como o próprio nome o indica, são aqueles que participam no facto do autor e que, não fora as normas sobre participação previstas na parte geral do código, não seriam punidos. O que equivale a reconhecer a estas últimas a “natureza de normas complementares extensivas da incriminação da norma especial”⁵, consubstanciando assim uma espécie de tipicidade indireta. O partícipe vai ser punido, não porque violou o tipo penal, mas porque incumpriu a proibição de impulsionar ou apoiar o facto ilícito contida na parte geral. Na base da dicotomia participante/autor subjaz o princípio da *accessoriedade*, por mor do qual a punição do participante está dependente da quantidade e/ou qualidade do facto do autor⁶.

Discute-se se o nosso ordenamento jurídico conhece duas modalidades de participação – a cumplicidade e a instigação – ou apenas uma, que seria justamente a cumplicidade. A qualidade de participante do cúmplice está explícita no artigo 27.º, sobretudo quando este se refere a “prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso” (n.º 1 *in fine*), prescrevendo que “é aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada” (n.º 2)⁷. Mais controvertida apresenta-se a figura do instigador. O artigo 26.º do Código Penal, sob a epígrafe autoria, estabelece que é instigador “quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto”, estatuidando a sua punição como autor “desde que haja execução ou começo de execução”. A não qualificação expressa do instigador como autor, limitando-se a lei a dizer que “é punido como” tal, e a subordinação desta punição ao início de execução por parte do autor (imediate) indiciam uma certa dependência daquele relativamente a este, legitimando por isso a dúvida sobre a sua real natureza. Com efeito, se fosse um verdadeiro autor, não necessitaria de mais ninguém para ser punido, sendo suficiente a sua ação.

Vários têm sido os critérios propostos pela doutrina para proceder à distinção entre autoria e participação⁸. Hoje em dia tem-se entendido, contudo, que nos crimes dolosos por ação

o princípio da legalidade, por renunciarem a uma delimitação típica do delito. Adequar-se-iam a um Direito Penal do autor, mas não do facto. Para maiores desenvolvimentos v. E. CORREIA (1965), pp. 245 e ss.; MARQUES DA SILVA (2015), p. 359, “Actas da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal”, pp. 39 e ss.; ROXIN (1983-1984) pp. 351 e ss. e S. MIR PUIG (1995) pp. 389 e ss..

⁵ V. G. BETTIOL (1973), p. 221.

⁶ Sobre o conceito de *accessoriedade* e sobre as suas modalidades, v. JAKOBS (1997), pp. 799 e ss. e 819 e ss., T. BELEZA (1997), pp. 425 e ss., H. SALINAS (1999), pp. 144 e ss., em especial, 307 e ss..

⁷ Contra, v. FARIA COSTA (1983), pp. 169 e ss..

⁸ Como critérios enunciados pela doutrina são de referir:

a) o *critério formal-objetivo*, segundo o qual é autor quem pessoal e diretamente executa o facto. Este critério é tido como insuficiente, por não explicar a autoria mediata, nem se adequar cabalmente aos tipos criminais de resultado de conduta desvinculada;

só um responde cabalmente àquelas interrogações: o critério do *domínio do facto*⁹. Aquilo que os autores têm e que falta aos partícipes é, portanto, o domínio do facto. Este conceito, proposto por Welzel e posteriormente desenvolvido por Roxin, é um conceito fenomenológico, aberto, criado a partir da análise do caso concreto, e não de índole puramente racional, abstrata e apriorística. Ter o domínio do facto, e conseqüentemente ser autor, significa ter o poder de determinar a consumação do crime ou de a evitar¹⁰. Nos crimes omissivos, por seu turno, tem-se identificado o autor com “aquele que detinha a possibilidade fáctica de intervenção no (e de domínio do) acontecimento e, apesar de sobre ele recair um dever jurídico de acção (dever de garante), não fez uso dessa possibilidade”¹¹.

II. O Direito Civil, acolhendo a distinção entre autores, instigador e cúmplice (ou auxiliar), não lhe concede, porém, tamanha relevância¹². Pelo contrário, nas relações externas entre lesantes e lesado procede à equiparação das várias modalidades de

b) o *critério subjetivo*, que, partindo da equivalência das condições de Von Buri, afirma a impossibilidade de objetivamente diferenciar autores e participantes. Só a nível subjetivo tal diferenciação será viável. O que vale por dizer que autor é aquele que age com vontade de autor – *animus auctoris* –, sendo participante aquele que atua com vontade de partícipe – *animus socii*. A principal crítica dirigida a esta posição prende-se com a possível falta de correspondência no mundo dos factos. Não só pode o agente que atuou com vontade de autor ter realizado algo sem importância, como pode acontecer o inverso. Ou seja, uma pessoa ter agido com vontade de partícipe, mas ter tido um desempenho fulcral na execução do facto. No fundo, busca amparo no conceito unitário de autor;

c) o *critério da consideração total*, de acordo com o qual, para se saber se se está diante de um autor ou de um participante, há que proceder a uma consideração global do facto e intuitivamente determinar a qualidade dos agentes. O grande defeito deste critério é exatamente a sua ausência. Não dá um critério, provocando insegurança;

d) o *critério material-objetivo* ou da *causalidade*, que considera autor aquele que dá causa essencial ao facto — *causam dans* — e participante (secundário) quem não lhe dá causa essencial — *causam non dans*. Apesar de sugestivo, é de difícil aplicação prática e não explica certas situações, como aquela, aludida por Figueiredo Dias, em que uma pessoa, querendo matar outra, adquire veneno a um farmacêutico, sabendo este o destino que lhe seria dado. Porquê, se na localidade só existisse uma farmácia onde se pudesse adquirir o veneno, o farmacêutico seria punido como autor, mas, caso houvesse mais farmácias onde o comprar, seria mero participante? Isto demonstra que, sendo as condutas em ambas as hipóteses iguais, a situação jurídica dos agentes não o é. Na primeira hipótese o farmacêutico tinha o *domínio do facto*, o que não acontecia na segunda. Aqui parece residir o cerne do problema.

Os critérios acima indicados servem como indícios para identificar quem tem o domínio do facto.

Para mais desenvolvimentos v. MARQUES DA SILVA (2015), pp. 359-360, T. BELEZA (1997), pp. 429 e ss., FIGUEIREDO DIAS (2007), pp.760 e ss., CAVALEIRO DE FERREIRA (1992), pp. 490 e ss., ROXIN (1983-1984), pp. 363 e ss., WESSELS (1976), pp.117 e ss..

⁹ V. Ac. STJ de 05.07.2012 (João Bernardo), in www.dgsi.pt.

¹⁰ V. ROXIN (1983-1984), pp. 364, 365, 369 e ss..

¹¹ V. FIGUEIREDO DIAS (2007), p. 971.

¹² V. BENICKE (1996), p. 127, LARENZ/CANARIS (1994), p. 567, BYDLINSKI (1959-1960), p. 411, WAGNER (2017), p. 2174, WECKERLE (1974), pp. 68 e 75, BRAMBRING (1973), p. 17, STAUDINGER/BELLING/EBERL-BORGES (2012), p. 10, KREUTZIGER (1985), pp. 138, 190-191.

comparticipantes (v.g. artigo 490.º do CC e §830 II do BGB). Compreende-se, por isso, que ocasionalmente se sustente nesta sede a rejeição do conceito restrito de autor e a sua substituição pelo conceito unitário¹³ ou pelo conceito extensivo de autor¹⁴. Não obstante, está-se em crer que a irrelevância nas relações externas da presente distinção não é motivo bastante para semelhante afirmação.

Não se acolheu o conceito unitário de autor na medida em que, pese embora o menor relevo conferido, a distinção em apreço encontra respaldo no Direito Civil a dois níveis. Por um lado, ela serve para fundamentar a presença de uma situação de participação, aceitando a existência de diferenças estruturais nos vários contributos para o facto comum. Sem ela dificilmente se justificaria a responsabilidade civil do instigador ou do cúmplice pelo danos sofridos pelo lesado. Por outro lado, ela é importante para a delimitação do grau de responsabilidade individual nas relações internas¹⁵.

Também não se afigura que o Direito Civil se alicerce no conceito extensivo de autor. É certo que esta noção de algum modo não padece dos inconvenientes acabados de indicar, ao reconhecer a distinção entre autores e participantes. O valor que lhe é conferido parece, contudo, ficar aquém da sua real importância. Ao limitar os efeitos desta distinção às consequências jurídicas sancionatórias – nomeadamente permitindo que um cúmplice, na relações internas, não responda na mesma medida que um autor –, descarta o significado que ela assume ao nível da aferição dos pressupostos da responsabilidade civil. Paralelamente, o critério utilizado para proceder a semelhante separação não se julga o mais adequado. O que vale por dizer que não se considera que a diferença entre um autor e um participante esteja na essencialidade ou não para a produção do resultado da participação individual de cada um. Como se teve oportunidade de observar, um comportamento absolutamente idêntico do ponto de vista físico ou natural pode consubstanciar, do prisma jurídico, ações diferentes, contributos de natureza diversa. A mesma conduta pode ser valorada numa situação como participação e noutras como autoria. Apenas a teoria do domínio do facto permite, em consonância com o que sucede no Direito Criminal, diferenciar autores, instigador e cúmplice¹⁶.

¹³ V. BENICKE (1996), p. 127.

¹⁴ V. KREUTZIGER (1985), p. 138.

¹⁵ V. ALMEIDA COSTA (2018), p. 607, SOUSA ANTUNES (2019), p. 310, ALBERTO GONZÁLEZ (2013), p. 59, 61, KREUTZIGER (1985), pp. 80,190-191.

¹⁶ V. WAGNER (2017), p. 2174. Importa referir que alguma doutrina, aceitando tal-qualmente a adopção do conceito restrito de autor no âmbito do Direito Civil, lança mão do critério subjetivo para proceder à distinção entre autores e participantes. V. BRAMBRING (1973), p. 47, WAGNER (2017), p. 8.

III. Em traços sumários, as características identitárias de cada uma destas formas de participação são as seguintes:

a) *Autor imediato*: aquele que tem o domínio da ação e que executa o facto por si mesmo;

b) *Co-autor*: aquele em cuja ação se verificam três requisitos cumulativos. Em primeiro lugar, o acordo expresso ou tácito quanto à execução e à repartição de tarefas. Este requisito, porém, não é unanimemente aceite pela doutrina, havendo quem sustente ser suficiente a consciência unilateral de cooperação para o facto ser comum. Se assim fosse, chegar-se-ia à conclusão de que teríamos um co-autor – o que tem a referida consciência – e um autor imediato, que não teria a noção de entreajuda¹⁷. O que, como se compreenderá, carece de sentido¹⁸. Em segundo lugar, requer-se ainda a execução conjunta ou junta do facto, ou seja, conforme com um plano de divisão de tarefas. Finalmente e em terceiro lugar, exige-se o co-domínio ou domínio funcional por qualquer um dos co-autores. Cada um deles tem o poder de consumir o delito ou impedi-lo, através da realização, ou não, da tarefa que lhe foi confiada¹⁹;

c) *Instigador*: aquele que determina outrem à prática do facto lesivo²⁰. Distingue-se da autoria mediata, por lhe faltar o domínio da vontade do executor. Enquanto o instrumento atua sem culpa dolosa, o instigado procede com dolo. Por outro lado, também não é co-autor porque, após ter conseguido convencer o instigado a agir, cessa a sua participação, não tendo deste modo qualquer domínio sobre a execução e a consumação. Por vezes, contudo, reconhece-se ao instigador o domínio da decisão de realizar o facto²¹;

d) *Cúmplice*: é aquele que auxilia o autor, mas nunca chega a ter o domínio do facto. Não é, pois, por o cúmplice não prestar o seu auxílio que o delito deixa de se executar e consumir. O auxílio do cúmplice tanto pode ser de ordem moral, como de ordem física²².

¹⁷ V. KREUTZIGER (1985), pp. 132-133, 273.

¹⁸ V. C. VALDÁGUA (1993), pp. 122 e ss., FIGUEIREDO DIAS (2007), p. 792.

¹⁹ V. BYDLINSKI (1959-1960), p. 411, WAGNER (2017), p. 2174, STAUDINGER/ BELLING/ EBERL-BORGES (2012), pp. 5-6, WECKERLE (1974), p. 60, BRAMBRING (1973), pp. 17, 50 e ss., ALBERTO GONZÁLEZ (2013), pp. 63-65. V. ainda Ac. do STJ de 12.11.2013 (Ana Paula Boularot), in www.dgsi.pt, que remete para o Ac. do STJ de 05.06.2012 (Armindo Monteiro).

²⁰ V. BENICKE (1996), p. 128, WAGNER (2017), p. 2177, STAUDINGER/ BELLING/ EBERL-BORGES (2012), pp. 10 e ss., KREUTZIGER (1985), pp. 142 e ss., ALBERTO GONZÁLEZ (2013), p. 66.

²¹ V. FIGUEIREDO DIAS (2007), p. 800.

²² V. ALBERTO GONZÁLEZ (2013), p. 67.

IV. Questiona-se se a estes se deverá juntar o *autor mediato*, ou seja, aquele que utiliza outrem como instrumento através do domínio da sua vontade. Este domínio da vontade alheia verifica-se sempre que o executor age sem culpa dolosa, designadamente, quando: i) está em erro sobre as circunstâncias do facto; ii) atua sob coação; iii) falta-lhe a capacidade para se motivar de acordo com a norma, por ser inimputável ou não ter consciência da ilicitude; iv) obra em estado de necessidade desculpante; v) procede de acordo com o direito. Indaga-se se esta figura estará ainda presente nas situações em que o agente opera dentro de um aparato de poder, isto é, quando, dadas as dimensões dessa estrutura, se torna fungível²³. Por não haver consciência bilateral de cooperação, nem sempre a autoria mediata é vista como forma de comparticipação, mas antes como um caso de autoria singular indireta²⁴.

4. Efeitos

4.1. Princípio da imputação objetiva recíproca

I. Um efeito essencial da comparticipação é a submissão dos comparticipantes ao princípio da imputação objetiva recíproca, por mor do qual a participação de cada agente é imputada aos demais, respondendo todos e cada um pela totalidade do facto²⁵. Por outras palavras, a comparticipação determina a unicidade da ação²⁶. Há uma ação praticada a várias mãos, composta pelos diferentes contributos dos diversos comparticipantes²⁷.

II. É justamente este princípio que, por exemplo, permite imputar ao A e ao B a morte de C, no caso n.º 1 em cima exposto. A ação ilícita de matar, realizada em dois atos, executados pelo A e pelo B, de forma concertada e sucessiva, não só produziu o evento, como era adequada para tal. O que permite afirmar que a ação de matar foi praticada por ambos, respondendo eles pelos danos dali provenientes.

²³ V. FIGUEIREDO DIAS (2007), pp. 805-806, ALBERTO GONZÁLEZ (2013), pp. 61-63.

²⁴ V. STAUDINGER/ BELLING/ EBERL-BORGES (2012), pp. 11 e 14, KREUTZIGER (1985), pp. 163-164.

²⁵ V. MARQUES DA SILVA (2015), pp. 347-348. V. ainda DEUTSCH (1972), p. 106.

²⁶ V. MENEZES CORDEIRO (2016), p. 739. V. ainda MIRANDA BARBOSA (2017), p. 294.

²⁷ V. BENICKE (1996), p. 127, LARENZ/CANARIS (1994), pp. 564-565, BYDLINSKI (1959-1960), p. 411, WAGNER (2017), p. 2172, WECKERLE (1974), p. 60, BRAMBRING (1973), p. 130, STAUDINGER/ BELLING/ EBERL-BORGES (2012), p. 8, KREUTZIGER (1985), pp. 41-42.

A existência de comparticipação entre F e G, no caso n.º 4, explica que os dois respondam civilmente pelo valor da porta arrombada e das joias furtadas. De acordo com o plano comum, cada um deles tinha a sua função. Ainda que apenas a de G desse azo à apropriação propriamente dita, a co-autoria presente entre eles determina a imputação recíproca dos respetivos atos. O que equivale a dizer que a ação de apropriação competiu conjuntamente ao F e ao G.

III. Igual solução merece a hipótese n.º 2. D, ao vender o veneno a A e B, sabendo que aquele se destinava a provocar a morte de C, torna-se participante do facto. A sua qualificação como co-autor ou como cúmplice depende única e exclusivamente de saber se ele detinha ou não o domínio do facto quando procedeu à referida alienação. Em situações deste tipo, regra geral o vendedor não possui tal domínio, aparecendo por isso como um simples cúmplice material. Não se pode, contudo, excluir de antemão a possibilidade de aí existir um verdadeiro co-autor. Basta que A e B não conseguissem obter o veneno de outro modo.

Se assim for, a questão jurídica colocada corresponde na íntegra ao problema suscitado pelo caso n.º 1, logrando idêntica resolução. Ou seja, a imputação objetiva recíproca da participação individual de cada co-autor aos restantes co-autores. A, B e D seria todos responsáveis como co-autores pela morte de C e pelos danos daí resultantes.

Se, pelo contrário, D não possuísse o domínio do facto, surgindo assim como cúmplice, poder-se-á debater se a sua responsabilização pela morte do C busca respaldo tal-qualmente no princípio da imputação objetiva recíproca ou se se trata de uma mera decorrência da natureza acessória da participação do cúmplice, em virtude da qual o cúmplice responde pelo facto do autor. Sob este prisma, se os co-autores causaram a morte de C, D, por participar no facto de A e B, também responderá por essa morte.

IV. O Código Civil dedica a este tema apenas o artigo 490.º e, de alguma forma, o artigo 497.º, no tocante à obrigação de indemnizar. O grau de desenvolvimento e de pormenor fica muito aquém daquele patente nos artigos 26.º a 29.º do Código Penal. Enquanto nestes se procede a uma descrição rigorosa da configuração jurídica de cada participante e do regime que lhes é aplicável, o artigo 490.º limita-se a declarar

laconicamente a imputação aos participantes do dano por eles provocado. Se dúvidas não há de que este preceito consagra uma norma de imputação, dela se extraindo o já mencionado princípio da imputação objetiva recíproca, o certo é que a diferenciação entre autores e participantes e, sobretudo, as consequências de regime decorrentes de semelhante contraposição não se apresentam de forma tão linear. Como se teve oportunidade de observar, apesar de a lei aludir a autores, instigadores e cúmplices, a verdade é que, com exceção do disposto no n.º 2 do artigo 497.º, não parece retirar grandes consequências dessa distinção. Julga-se, porém, que a circunstância de o artigo 490.º discernir estas categorias de participantes é suficiente para atestar a sua autonomia. Com efeito, careceria de sentido nomear separadamente os autores, os instigadores e os cúmplices, se com esses vocábulos se quisesse referir uma e a mesma coisa. O cariz normativo destes conceitos impede a sua indiferenciação. O que significa que a simples destriça semântica aí patente tem forçosamente de corresponder a uma simétrica separação material de papéis. Até se poderia sujeitar os vários sujeitos a um regime unitário – como parece decorrer da letra do artigo 490.º –, mas já não se poderia considerar verificar-se uma identidade genética e ontológica entre esses sujeitos.

Ora, a qualidade de cúmplice decorre, como se viu, da falta de domínio do facto por parte daquele que presta auxílio ao autor na prática do ato lesivo. Numa palavra, ao cúmplice cabe, por natureza, uma função acessória. A definição e os contornos do facto fundamentante da responsabilidade são dados pelo autor.

O carácter acessório da participação do cúmplice relativamente ao facto do autor é suficiente para imputar ao D a morte do C. Se o facto praticado pelos co-autores foi matar C, se D auxilia A e B na prática desse facto, então ele é cúmplice na ação de matar C, respondendo civilmente pelos danos provocados.

O reconhecimento da vocação acessória do participante relativamente à autoria faz com que também nesta sede se discuta o alcance da acessoriedade. Se é certo que dificilmente se concebe a responsabilização do participante sem que o autor pratique um ato lesivo – a menos que a conduta do participante consubstancie ela própria um delito *a se* –, indiciando assim uma eventual consagração da ideia de acessoriedade quantitativa, não se apresenta tão líquido precisar se a efetivação dessa responsabilidade está ou não dependente de certa qualidade do facto do autor. A referência no artigo 490.º a “ato

ilícito” pode, contudo, ser vista como um possível indício de uma acessoriedade qualitativa limitada²⁸.

V. Problema semelhante é suscitado pelo caso n.º 3. Neste, E determina A e B a matar C, estando por isso na origem da decisão de praticar o facto. Numa palavra, E instiga A e B. Também aqui se questiona se E, enquanto instigador, responde pela morte de C, executada pelos co-autores A e B. E também aqui a resposta é afirmativa. Neste sentido aponta, uma vez mais, o princípio da imputação objetiva recíproca plasmado no artigo 490.º do Código Civil.

A discussão em torno da natureza da instigação, em particular se esta consubstancia uma espécie de autoria ou antes um tipo de participação, tem, no entanto, repercussões neste âmbito. Na base da controvérsia está, como se disse, a dúvida sobre a existência ou não de domínio do facto por parte do instigador.

Quando assim se entenda, divisando aí o domínio da decisão, a solução a dar ao caso passa pura e simplesmente pela aplicação do já citado princípio da imputação objetiva recíproca. Os atos de A e B seriam imputados a E, em razão da instigação.

Quando, diferentemente, se concebe o instigador como mero participante, por, uma vez iniciada a execução, perder o controlo sobre esta, a resolução do problema pode ser encontrada novamente no carácter acessório da participação relativamente à autoria. Sob este ângulo, o instigador participa no facto do autor, respondendo em consonância pelo mesmo²⁹. Se E convence A e B a matar C, se A e B matam C, E é instigador da ação de matar C, respondendo pelos danos daí oriundos.

4.2. Âmbito do facto

²⁸ V. WECKERLE (1974), p. 74. STAUDINGER/ BELLING/ EBERL-BORGES (2012), n.º 61, DEUTSCH (1973), p. 107, BRAMBRING (1973), p. 51.

²⁹ V. BENICKE (1996), p. 128.

I. Outro aspeto extremamente relevante prende-se com o âmbito do facto juridicamente relevante para fundamentar o juízo de responsabilidade. A comparticipação acarreta a um tempo a antecipação da tutela civil e a ampliação do campo da execução.

II. Não fora a comparticipação e, em princípio, as atuações de um instigador e de um cúmplice não seriam passíveis de gerar responsabilidade civil. Ao se imputar ao instigador o facto danoso, está-se, no fundo, a dar relevância jurídica a um comportamento que temporalmente se deu antes da execução da conduta lesiva propriamente dita. A instigação de *per se* não gerou o dano nem seria capaz de o fazer. Não obstante, o instigador responde pelo dano. O que demonstra que a perigosidade e o incremento do risco inerente às situações de comparticipação justificam que o Direito dê relevância a algo que em si mesmo não é lesivo nem adequado a produzir o dano. A preparação do facto e o seu planeamento são assim erigidos a atos passíveis de fundamentar um juízo de responsabilidade, em forte contraste com o que acontece em sede de autoria singular, onde a preparação e a concepção não geram à partida a obrigação de indemnizar³⁰.

III. De igual modo acontece na cumplicidade. O auxílio moral ou material concedido ao autor representam, dependendo das circunstâncias, uma antecipação da tutela – sempre que a ajuda é prestada na fase preparatória – ou uma ampliação dos atos de execução passíveis de cimentar um juízo de responsabilidade. Os atos praticados pelo cúmplice, tomados isoladamente, não passariam as mais das vezes pelo crivo do nexo de causalidade. Não obstante, eles são tidos em consideração para fundamentar a imputação da obrigação de indemnizar enquanto elemento do facto unitário e complexo realizado por todos os participantes.

IV. Este fenómeno, pese embora muito característico das situações de participação, não é seu exclusivo, sendo igualmente possível ocorrer em hipóteses de autoria. Pense-se, por exemplo, no caso n.º 4. Neste, F vai responder pelo dano provocado pelo furto

³⁰ V. MARQUES DA SILVA (2015), p. 347.

(qualificado), mormente o arrombamento da porta e a perda da posse dos bens furtados, quando em rigor não praticou nenhum ato de arrombamento ou de apropriação. Em termos individuais, F limitou-se a intervir na fase de preparação do facto, contribuindo para a elaboração do plano, resumindo-se a sua participação na fase de execução a duas operações: vigilância e transporte. Nenhuma delas, tomadas isoladamente, seriam aptas a produzir o resultado. A comparticipação vai, no entanto, permitir dar relevância jurídica a tais operações, tendo-as como apoio bastante para alicerçar a responsabilização do seu autor.

Isto é ainda mais visível naquelas situações em que o agente reduz a sua intervenção à concepção do plano e ao controlo remoto da sua execução. Aqui o comparticipante atua na fase de preparação e à distância na fase de execução. Tal não impede, porém, que responda pelo resultado³¹.

A este propósito, cumpre aludir ao Ac. do STJ de 11.12.2013 (Proc. n.º 297/1999.E1.S1), que, citando o Ac. de 5.6.2012 do mesmo Tribunal, expressamente admite a existência de um co-autor, “cuja actuação, seja qual for a sua importância para a realização do plano criminoso comum, se processa toda ela na fase dos actos preparatórios”.

4.3. Nexo de causalidade

I. Um dos temas que mais tem chamado a atenção da doutrina e gerado polémica é a questão da aferição do nexo de causalidade dos factos lesivos praticados em comparticipação. *Grosso modo*, podemos divisar cinco orientações:

- 1.^a) A mais permissiva, que pura e simplesmente sustenta a irrelevância deste pressuposto da responsabilidade civil nas situações de comparticipação. A esta luz, a vontade comum serviria de esteio à imputação dos danos aos diversos participantes. Dito de outro modo, o pressuposto do nexo de causalidade seria substituído, nestes casos, pela presença de uma vontade comum. O que vale por afirmar que um pressuposto de natureza objetiva seria dispensado em razão da particular intensidade do pressuposto subjetivo³²;

³¹ V. FIGUEIREDO DIAS (2007), pp. 794-795.

³² V. BENICKE (1996), pp. 127-128, STAUDINGER/ BELLING/ EBERL-BORGES (2012), n.ºs 2, 8, 11, 12, 13, 14.

- 2.^a) A teoria da causalidade possível, segundo a qual não seria preciso demonstrar a causalidade efetiva da participação individual de cada comparticipante para a produção do resultado comum, bastando mostrar que essa atuação singular poderia ter originado o resultado³³;
- 3.^a) A teoria da inversão do ónus da prova, que defende que da imputação do dano a todos os comparticipantes decorre um regime de inversão do ónus da prova. Em tais hipóteses, o lesado é exonerado de provar a causalidade da conduta do comparticipante individual, por beneficiar de uma presunção de causalidade. Esta presunção é ilidível, podendo, por conseguinte, qualquer comparticipante arredar a sua responsabilidade demonstrando a falta de causalidade efetiva da sua participação³⁴;
- 4.^a) A teoria da causalidade individual, que faz depender a imputação da obrigação de indemnizar a um comparticipante da prova, a cargo do lesado, da causalidade do seu contributo para a produção do evento ou de uma parte deste³⁵;
- 5.^a) A última visão, negando a necessidade de se avaliar isoladamente a causalidade das participações individuais, não rejeita a exigência do preenchimento deste pressuposto para nascer uma situação de responsabilidade civil. Em seu entender, a contribuição do comparticipante singular não tem de ser obrigatoriamente *causal*, bastando que o seja o conjunto dos contributos dos diversos comparticipantes³⁶.

II. Um exame atento destas orientações permite verificar que elas não se colocam no mesmo plano. Um atentam na participação individual, enquanto outras observam o

³³ V. STAUDINGER/ BELLING/ EBERL-BORGES (2012), pp. 9 e 12, EBERL-BORGES (1996), pp. 493-494. V. ainda LARENZ/CANARIS (1994), pp. 564-565, CARNEIRO DA FRADA (2010), p. 106.

³⁴ V. BYDLINSKI (1959-1960), p. 422 e ss, em especial 430, KREUTZIGER (1985), pp. 79 e ss., em especial p. 117.

³⁵ V. BRAMBRING (1973), pp. 42 e 46.

³⁶ V. FIGUEIREDO DIAS (2007), p. 796. V. ainda WAGNER (2017), p. 2176. Dúvidas suscita a posição de WECKERLE (1974), p. 88, pois, se é verdade que afirma a desnecessidade de apreciar a causalidade da actuação de cada comparticipante individual, dada a relevância da ação conjunta e conseqüente incremento do risco de lesão, não é menos correcto que não esclarece se isso significa avaliar o nexo de causalidade da ação conjunta relativamente ao resultado ou, de forma mais radical, a dispensa deste pressuposto nesta sede.

facto comum. Tudo reside em precisar qual o plano mais adequado para analisar o problema do nexo de causalidade: o da ação singular ou o da ação comum.

Pensa-se que, em termos rigorosos, a questão nem se deveria levantar. A nota distintiva da comparticipação reside precisamente na circunstância de uma pluralidade de agentes praticar em conjunto um certo facto. O que denota a presença de uma multiplicidade de sujeitos, mas simultaneamente a unicidade do comportamento lesivo. Este é único, ainda que complexo, por ser composto pelos diferentes contributos individuais. A ação geradora de responsabilidade civil não é a conduta singular de cada participante, mas o facto comum. Se assim é, se apenas existe uma ação, então tudo indica que a apreciação do nexo de causalidade deve ser feita por referência a essa ação. Avaliar conduta a conduta equivaleria a considerar a presença de uma pluralidade de autores singulares – autoria paralela –, desprezando a autonomia da autoria coletiva ou da participação.

Recorde-se, por exemplo, os casos n.ºs 1 a 3 expostos no início deste texto. Em qualquer um deles, aquilo que se vai apurar é se a ação de envenenar C foi a causa (adequada) da sua morte. E a resposta será naturalmente afirmativa. O que revela o preenchimento do pressuposto ora em estudo. Se não fosse este o caminho, para além de se estar a rejeitar identidade e autonomia à comparticipação, tratando-a como uma mera amálgama de ações individuais, dificilmente se conseguiria responsabilizar o A, o D e o E pela morte de C. Com efeito, nenhuma das condutas empreendidas por estes sujeitos provocou a morte de C. A própria atuação de B, da qual adveio a morte de C, não era adequada *de per se* para produzir semelhante resultado. Tudo somado, isto significaria que nenhum deles responderia pela morte de C, pura e simplesmente por falta de nexo de causalidade.

A solução de remover este pressuposto também não se afigura correta. Nada na lei induz nessa direção, como seria de esperar se o caminho fosse esse. Ao que acresce não se descortinar em tal cenário um fundamento para apelar ao princípio da responsabilidade, arredando o princípio da imputação do dano³⁷. Se não foi o agente que causou o dano, por que razão deveria suportá-lo? Não se vislumbra um motivo para a pluralidade subjetiva justificar por si só um regime de exceção, com a imposição a outrem que não lesado da obrigação de arcar com um dano à revelia de qualquer ideia de causalidade. Com isto não se está a afirmar que a causalidade é um pressuposto indispensável em todas

³⁷ V. BYDLINSKI (1959-1960), p. 427.

as situações de responsabilidade. Não o é. Mas nos casos de responsabilidade civil por facto ilícito extracontratual, que é o que está aqui em consideração, acredita-se que assim seja.

A substituição do pressuposto pela vontade comum tão-pouco merece acolhimento. Não só não esclarece como é que um processo mental e volitivo desempenha de forma cabal a função de conectar física e naturalmente o resultado à ação, porquanto a exteriorização da vontade de produzir um determinado resultado não oferece qualquer tipo de garantia de que os atos praticados tiveram realmente o efeito pretendido, como conduz à indistinção entre autores, instigadores e cúmplices. A partir do momento em que não se olha para as condutas praticadas, mas unicamente para a vontade, dificilmente se consegue discernir um autor de um participantes, já que todos comungam da mesma vontade³⁸.

4.4. ilicitude: comunicabilidade das qualidades especiais

I. O artigo 490.º do Código Civil, enquanto norma de imputação, estabelece não apenas a imputação dos contributos individuais de cada participante aos demais, como também a imputação de certas qualidades ou posições fundamentadoras do juízo de ilicitude presente num ou nuns participantes (*intranei*) aos respetivos consortes que não comungam de tal qualidade ou posição (*extranei*). Numa palavra, a comunicabilidade das qualidades especiais do *intraneus* ao *extraneus*³⁹.

Por vezes discute-se se essa comunicabilidade se verifica indistintamente entre todo o tipo de participantes ou tão-somente entre autor e participante. O mesmo é perguntar se semelhante fenómeno opera entre co-autores ou entre participantes e autores ou apenas entre autores e participantes. Na base desta indagação está o fundamento para a referida comunicabilidade. Concretamente, saber se este se acha numa regra de imputação genérica prevista na lei ou se é uma mera decorrência da natureza acessória da participação relativamente à autoria.

³⁸ V. KREUTZIGER (1985), pp. 79-81.

³⁹ V. CARNEIRO DA FRADA (2010), p. 106. Esta parece ser a opinião de LARENZ/CANARIS (1994), p. 565, relativamente ao §830 I I, cuja redação é semelhante ao artigo 490.º do Código Civil.

II. De acordo com a primeira visão, o artigo 490.º desempenha um papel duplo. Por um lado, serve de esteio para imputar aos diversos comparticipantes as contribuições singulares de cada um. Por outro lado, determina ainda a comunicação aos *extranei* das qualidades exigidas por lei para fundar a ilicitude do facto comum e presentes nos *internei*. É certo que a letra da lei não distingue estes dois campos, limitando-se a prescrever a imputação do dano aos comparticipantes. Daí não se pode, contudo, extrair uma regra de incomunicabilidade. Não só não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não o fez, como se afigura que essa comunicabilidade é uma decorrência natural da comparticipação. Aliás, nem se perceberia muito bem como negar no Direito Civil algo que é pacificamente aceite e consagrado no Direito Criminal. Ou seja, careceria de explicação admitir que um comparticipante *extraneus* pudesse responder penalmente por um tipo específico próprio (ou impróprio), mas ficasse eximido da correspondente responsabilidade civil por falta da qualidade exigida pela norma. A ausência neste âmbito de um artigo semelhante ao artigo 28.º do Código Penal não constitui argumento bastante para arredar esta interpretação. Com efeito, o mérito do artigo 28.º não está tanto em fundamentar a comunicabilidade das qualidades, que de alguma forma poderia buscar amparo nos artigos 26.º e 27.º, mas em definir o modelo a seguir⁴⁰. Nomeadamente, frisando que: a comunicação em si mesma não apaga as diferenças de título de participação, respondendo cada um com “a pena respetiva”; que essa comunicação pode ser afastada sempre que “outra for a intenção da lei”; e ainda que o comparticipante *extraneus* pode ser punido com a pena que lhe seria aplicável não fosse a comunicabilidade da qualidade do *intraneus*, quando as circunstâncias do facto assim o justifiquem. Estas preocupações próprias da responsabilidade criminal e da sua índole punitiva não são sentidas pelo Direito Civil. Seria de estranhar que numa área dominada pelo princípio da tipicidade se aceitasse a responsabilidade penal de um agente que, em rigor, não preenche o tipo de ilícito por falta de uma qualidade e que noutra área não sujeita a tais constrangimentos a carência da qualidade permitisse desresponsabilizar esse agente.

III. A segunda visão, no fundo, não reconhece à norma de imputação prevista no artigo 490.º (ou no §830 I 1 do BGB) um carácter tão amplo, reduzindo o seu âmbito de

⁴⁰ V. T. BELEZA (1984), p. 598.

aplicação à imputação objetiva recíproca. De fora ficaria, portanto, a possibilidade de comunicar qualidades entre os sujeitos. Semelhante entendimento tem evidentemente consequências práticas, embora não tão vastas quanto à primeira vista se poderia pensar. Com efeito, ele apenas determina a não comunicabilidade das qualidades entre co-autores ou de um participante para um autor, não porém de um autor para um participante. O que vale por dizer que o cúmplice e o instigador (quando seja considerado partícipe) respondem sempre pelo ilícito especial, ainda que não possuam as qualidades por este exigidas. A sua presença no autor é suficiente. A natureza acessória da participação a isto conduz. Se o facto do autor consubstancia um ilícito especial em razão de uma determinada qualidade exigida por lei, então eles serão cúmplices ou instigadores desse ilícito especial⁴¹.

IV. Situação delicada é a da autoria mediata. Mais precisamente a hipótese de existir um autor mediato *extraneus* e um executor *intraneus*. O melindre não reside tanto na interpretação do alcance da imputação prevista no artigo 490.º do Código Civil, mas sim na configuração jurídica da autoria mediata⁴². Não obstante implicar necessariamente uma pluralidade de pessoas – o autor mediato e o instrumento ou executor –, não se mostra evidente estar-se aqui perante um caso de comparticipação. O cerne do problema reside em larga medida na própria definição de comparticipação⁴³. Quando se coloca o acento tónico na circunstância de o facto ser praticado, direta ou indiretamente, por uma multiplicidade de sujeitos, aceita-se com alguma facilidade a integração da autoria mediata no seu seio. Se, pelo contrário, se vislumbra a essência desta figura na consciência bilateral de cooperação entre os comparticipantes, a qualificação da autoria mediata como uma hipótese de comparticipação revela-se mais complicada, porquanto as mais das vezes o executor não tem essa consciência, em virtude de a sua vontade ser dominada pelo “homem-de-trás”. De igual modo, se se perspectivar estas situações de ilicitude fundadas em certas qualidades do agente como puros delitos de dever, na hipótese em estima, recaindo o dever apenas sobre o instrumento *intraneus*, o autor mediato *extraneus*, por não estar adstrito a tal dever, não seria responsabilizado⁴⁴.

⁴¹ V. STAUDINGER/ BELLING/ EBERL-BORGES (2012), p. 20. V. ainda BENICKE (1996), p. 128.

⁴² V. STAUDINGER/ BELLING/ EBERL-BORGES (2012), p. 11.

⁴³ V. T. BELEZA (1984), pp. 590-592, 621 e ss.

⁴⁴ V. FIGUEIREDO DIAS (2007), pp. 851-852.

V. Esta questão não assume, contudo, o relevo que possui no âmbito do Direito Penal, mercê da circunstância de o instituto da responsabilidade civil, opostamente ao da responsabilidade criminal, não ser informado pelos princípios da legalidade e da tipicidade. À luz destes princípios, só os factos tipificados na lei são passíveis de gerar responsabilidade penal, não podendo haver punição de condutas não tipificadas, ainda que tidas social ou juridicamente como profundamente desvaliosas. No crimes específicos, a delimitação do tipo reveste ainda contornos mais apertados, na medida em que “o círculo dos potenciais autores deixa de ser indeterminado, como é na generalidade dos casos em que a lei usa expressões como quem ou aquele que”⁴⁵. Não é este o modelo seguido pelo artigo 483.º do Código Civil, o qual não procede a uma delimitação subjetiva dos agentes. O que equivale a dizer que toda a pessoa, que pratique um ato ilícito nos termos do preceito em consideração, pode constituir-se na obrigação de reparar ou compensar os danos por si causados.

VI. A menor importância prática do problema nesta sede não significa o seu completo despropósito. Pelo contrário, a realidade mostra que facilmente podem existir situações de cumplicidade e de instigação. A co-autoria, não sendo de excluir, revela-se, contudo, de mais difícil concretização. Disto dão prova, por exemplo, os casos n.ºs 5 e 6.

No primeiro, se dúvidas não há de que I responde civilmente pelos danos existentes, o mesmo não se pode afirmar sem mais relativamente a H. No fundo, a pergunta que se coloca é se a qualidade de garante de I se comunica a H, permitindo que também ele responda pela omissão.

Se H se limitou a reforçar a vontade de I de não agir, H será um simples cúmplice (moral), ou seja, participante. O carácter acessório da participação permite justificar a responsabilização de H pelos danos sofridos por J. Se H participa no facto de I, se este facto é uma omissão, H participa na omissão.

Se, diversamente, H criou em I essa vontade, H já surgirá como instigador. Como se teve oportunidade de sublinhar, a qualificação do instigador como participante ou como autor é controversa. Quando se perfilhe a primeira concepção, o desenlace do caso será exatamente igual à resolução acabada de expor. Quando, diferentemente, se vislumbre no instigador um verdadeiro autor, então a responsabilização de H pela omissão só poderá

⁴⁵ V. T. BELEZA (1984), p. 593.

verificar-se mediante a comunicabilidade da qualidade de garante presente em I, ao abrigo do artigo 490.º.

No segundo caso, a qualificação da posição de N também não se apresenta isenta de embaraços. Indiscutivelmente poderá desempenhar o papel de cúmplice, sendo a solução em tudo idêntica à do caso 5. Mas poderá N responder como co-autor? Para que tal suceda, é preciso que lhe seja reconhecido o co-domínio do facto (juntamente com L) e que a qualidade de L, sobre a qual se alicerça o dever de prestar alimentos, lhe seja comunicada. A violação da obrigação de alimentos tanto pode dar-se mediante a não entrega da prestação, como através da criação de um impedimento a esse cumprimento. Naquela hipótese, confessa-se não se vislumbrar a possibilidade de ocorrer co-autoria. Na última, porém, a sua admissibilidade já se afigura mais viável. Na verdade, é perfeitamente concebível não só que a criação do impedimento seja levada a cabo por mais do que uma pessoa, como que a ausência do contributo do *extraneus* impeça a consumação do facto. Isto, de alguma forma, é o que decorre do caso 6.

A responsabilidade por omissão pressupõe que sobre o omitente recaia um dever jurídico de evitar a produção do resultado. L estava adstrito a tal dever, sendo por isso *intraneus*, ao passo que sobre N não impendia semelhante obrigação (*extraneus*). A interpretação do artigo 490.º como uma norma de dupla imputação determina a comunicabilidade da qualidade do *intraneus* ao *extraneus*, respondendo ambos pelo delito. O que equivale a dizer que, em princípio, N estará obrigada a ressarcir M pelos danos sofridos em virtude do não cumprimento da obrigação de alimentos.

VII. A questão, no entanto, revela-se mais complexa do que seria de supor. Em causa está a natureza obrigacional da responsabilidade de L pelo inadimplemento da obrigação de alimentos. O que força, desde logo, a precisar se o âmbito de aplicação do artigo 490.º compreende tão-somente a responsabilidade extra-obrigacional ou simultaneamente a responsabilidade obrigacional. A localização sistemática poderia induzir no primeiro sentido. Não se pensa, contudo, que seja esse o melhor entendimento. Os artigos 483.º e seguintes não se limitam a estabelecer o regime da responsabilidade aquiliana, instituindo outrossim o regime geral da responsabilidade por ato ilícito e culposo, a qual tanto pode envergar as vestes extra-obrigacionais como obrigacionais. A comparticipação é um fenómeno próprio da responsabilidade civil por ato ilícito, não se vislumbrando uma boa razão para restringir o seu campo de aplicação ao primeiro modelo. Se aquilo que

caracteriza esta figura é a consciência bilateral de cooperação, esta tanto pode estar presente numa como na outra modalidade⁴⁶.

VIII. Por vezes lança-se mão do princípio da relatividade dos contratos para excluir a responsabilidade obrigacional do âmbito de aplicação do artigo 490.º (ou do seu congénere § 830 do BGB)⁴⁷. Não se sendo indiferente ao argumento e percebendo a delicadeza do assunto, não se considera, todavia, que esse princípio seja suficiente para obstar à comunicabilidade. Várias são as razões que apontam nessa direção.

Desde logo, não se compreenderia que o artigo 28.º do Código Penal mande punir o agente *extraneus* por um crime específico próprio e que no Direito Civil esse mesmo agente ficasse isento do dever de indemnizar mercê do princípio da relatividade dos contratos. A incompreensão é tanto maior quando se pensa que no Direito Penal se admite a comunicação a um *extraneus* da qualidade de garante do *intraneus*, ainda que esta tenha por fonte o contrato⁴⁸. Sob este prisma, o princípio da relatividade dos contratos impediria a comunicação da qualidade dos *intranei* ao *extranei* para efeitos de responsabilidade civil, mas já não para efeitos de responsabilidade criminal. Não há como negar a estranheza desta conclusão.

Este princípio serve o propósito de impedir que o credor peça a um terceiro o cumprimento da obrigação assumida pelo devedor. Não constitui, porém, fundamento bastante para eximir de responsabilidade o “terceiro” que, conluiado com o devedor, ajude, instigue ou colabore no incumprimento dessa mesma obrigação. O princípio da relatividade dos contratos assume uma função de tutela dos terceiros. Ora, os participantes do devedor não são merecedores dessa tutela. Esta problemática não deve, por isso, ser confundida com a discussão em torno da chamada “eficácia externa das obrigações”. Enquanto nesta, o terceiro lesa autonomamente o direito de crédito, impedido a sua satisfação, naquela não há um ilícito autónomo e próprio do dito “terceiro”, antes coletivo, praticado conjuntamente com o devedor. Ali debate-se a aplicabilidade do artigo 483.º; aqui indaga-se sobre a aplicação dos artigos 798.º e ss.⁴⁹. Finalmente, ainda que se reconheça semelhante poder ao princípio da relatividade dos contratos, isso não representaria uma impossibilidade de aplicar o artigo 490.º à

⁴⁶ Em sentido aparentemente diferente, v. ALBERTO GONZÁLEZ (2013), pp. 59-60.

⁴⁷ V. WAGNER (2017), p. 2174.

⁴⁸ V. T. BELEZA (1984), pp. 628 e ss., em especial, p. 632.

⁴⁹ V. MIRANDA BARBOSA (2017), p. 154.

responsabilidade obrigacional. Excluídos do seu perímetro apenas ficariam os casos dos deveres especiais de origem contratual. Todas as restantes hipóteses permaneceriam de pé. Ou seja, sempre que o dever tenha por base a lei ou uma sentença judicial o artigo 490.º seria aplicável.

IX. Naturalmente que isto obriga a perguntar se nestas hipóteses o *extraneus* ficará submetido ao regime dos artigos 798.º e ss., em particular, se lhe poderá ser oposta a presunção de culpa (e, quando assim se entenda, ilicitude) instituída pelo artigo 799.º. A apreciação individual da culpa, explicitada no artigo 29.º do Código Penal e de alguma maneira secundada pelo artigo 497.º do Código Civil, poderia induzir na ideia da não aplicação da presunção de culpa (e de ilicitude) aos participantes *extranei*. Julga-se, contudo, não ser este o melhor caminho.

A comunicabilidade da qualidade do participante *intraneus* ao participante *extraneus* permite alicerçar o juízo de ilicitude relativo ao ato por este praticado. Não fora essa comunicação e a conduta do agente não seria ferida de ilicitude. Dito de outro modo, a justificação para se imputar uma omissão ao participante *extraneus* reside precisamente na comunicação a este do dever de ação a que se encontrava adstrito o *intraneus*. O que significa que, devido a essa comunicação, vai ser possível qualificar o comportamento do *extraneus* como violador do dever de ação e, por isso, ilícito. Se este dever consubstanciar um dever especial e não genérico, então o seu incumprimento determina a aplicabilidade do regime da responsabilidade obrigacional. Um dos aspectos mais emblemáticos deste regime reside justamente na presunção de culpa prevista no artigo 799.º. A aplicação desta presunção ao participante *extraneus* não viola o princípio da culpa, mormente a sua dimensão individual, circunscrevendo-se os seus efeitos a uma mera inversão do ónus da prova. Em tal conjuntura, ao lesado caberá demonstrar o dano, a existência de participação e o incumprimento do dever, presumindo a lei a culpa do agente e, quando se abrace essa visão, a ilicitude do facto. Em momento algum isto equivale a declarar o carácter coletivo da culpa ou a comunicabilidade do juízo de culpa ou, inclusivamente, a comunicabilidade da presunção de culpa. A culpa é e deve continuar a ser avaliada pessoalmente e não de modo coletivo. A aplicação da presunção de culpa consagrada no artigo 799.º a cada um dos participantes é uma mera decorrência legal do modelo de responsabilidade obrigacional vigente, não pondo em causa a singularidade do juízo de culpa. Qualquer

um dos agentes pode ilidir a presunção, provando que na sua situação concreta este pressuposto não está preenchido. O afastamento dos efeitos da presunção por um dos comparticipes não aproveita aos demais. O que só se compreende se o apuramento da culpa for efetivamente individual.

4.5. Solidariedade na obrigação de indemnizar

I. O n.º 1 do artigo 497.º do Código Civil submete a responsabilidade civil dos comparticipantes ao regime da solidariedade passiva, por mor do qual o lesado pode exigir a qualquer um dos autores ou participantes o cumprimento da integralidade da obrigação de indemnizar, estando este vinculado ao cumprimento. O adimplemento dessa obrigação por um dos comparticipantes determina a extinção dos deveres dos demais consortes.

II. Estruturalmente, as obrigações solidárias passivas caracterizam-se pela presença de uma multiplicidade de sujeitos passivos, uma pluralidade de obrigações e pela unidade prestação. Cada devedor pode ser interpelado pelo credor comum para cumprir na íntegra a prestação. Sem prejuízo de se aceitar a existência de uma pluralidade de vínculos, não raro discute-se se a solidariedade não dará origem a uma meta-relação obrigacional ou a uma relação superior a esses vínculos fundada na comunhão de fim⁵⁰.

III. A submissão dos agentes ao regime da solidariedade passiva é própria das situações de comparticipação, embora não exclusiva destas. Com efeito, o artigo 497.º do Código Civil tanto é aplicável a estas, como aos casos de autoria paralela. Naquelas há consciência bilateral de cooperação, nestes simples concausalidade. Melhor dito, ali os diversos comparticipantes agem de forma concertada em prol de um determinado fim, ao passo que aqui os diferentes agentes atuam isoladamente, embora as suas ações em conjunto

⁵⁰ J. COSTA GOMES (2000), pp. 241-242, VAZ SERRA (1957) p. 10, LARENZ (1987), p. 626, CUNHA E SÁ (2006), p. 379. Em sentido contrário, STAUDINGER, J. VON / LOOSCHELDERS, DIRK (2012), p. 701.

tenham provocado um resultado comum. Numa palavra, ocorre uma causalidade cumulativa necessária^{51/52}.

Em ambas as hipóteses, a estatuição é a mesma: a submissão da obrigação de indenizar imposta a cada um dos lesantes ao regime da solidariedade passiva, graças ao qual se permite ao lesado exigir a totalidade da indemnização devida a qualquer um dos lesantes.

IV. O n.º 2 do artigo 497.º reconhece um direito de regresso ao devedor que prestou, embora faça depender este direito do grau de culpa de cada um e “das consequências que delas advieram”. Este preceito serve a um tempo dois propósitos. Por um lado, evidencia a natureza individual do juízo de culpa. Por outro lado, reconhece significado nas relações internas aos diferentes tipos de participação, permitindo que a medida de responsabilidade de um participante varie em função do respetivo grau de culpa e da dimensão do seu contributo para a produção do resultado comum.

5. Participação nos delitos negligentes

I. Bastante controvertida apresenta-se a questão de saber se a participação é uma figura própria dos delitos dolosos ou se ela é igualmente admissível nos delitos por negligência. Se, por uma banda, a diminuta relevância da distinção entre dolo e negligência para efeitos de responsabilidade civil pode induzir nesta ideia, por outra banda, a exigência de consciência bilateral de cooperação típica da participação parece apontar na direção oposta.

Várias têm sido as respostas dadas a este problema. Basicamente podemos divisar três correntes de pensamento.

II. A visão maioritária considera a participação um fenómeno exclusivo dos delitos dolosos⁵³. Sob este ângulo, o modelo de responsabilidade civil foi desenhado e pensado

⁵¹ G. PÁRIS FERNANDES (2018), pp. 363-370.

⁵² V. Ac. da RL de 15.03.2011 (Maria João Areias).

⁵³ V. CARNEIRO DA FRADA (2010), p. 107, WAGNER (2017), pp. 2176, 2183-2184, BENICKE (1996), pp. 127-129, STAUDINGER/ BELLING/ EBERL-BORGES (2012), pp. 6, 10-11, 14-15, KREUTZIGER (1985), pp. 117-118, 124 e ss., 160, 267 e ss., BRAMBRING (1973), 18, 49-50.

para as hipóteses de autoria singular. É isto, aliás, que explica a vigência do artigo 490.º do Código Civil, cuja função é justamente a de ampliar o âmbito de aplicação das normas que conformam esse modelo. A indiferenciação patente no Direito Civil entre dolo e negligência, no tocante ao preenchimento dos pressupostos da responsabilidade por ato ilícito, respeita assim aos casos de autoria singular, não oferecendo qualquer espécie de elucidação quanto à estrutura subjetiva da comparticipação.

A pedra de toque da figura ora em apreço reside na tão aclamada “consciência bilateral de cooperação”, por vezes também referida como conluio entre os comparticipantes, assentando por isso numa decisão comum. De acordo com a maior parte dos autores, isto quer dizer que a comparticipação em termos subjetivos se caracteriza pela vontade comum de praticar o facto. Numa palavra, no dolo dos diversos comparticipantes relativamente a um determinado resultado.

A configuração do delito negligente como um delito de dever também é chamada à colação para explicar que a sua consumação pressupõe que o agente viole o dever de cuidado que lhe é imposto. O que denota que só pode ser autor desse facto a pessoa que esteja adstrita a tal dever. Por essa razão, não raro sustenta-se que nos delitos negligentes impera o conceito unitário de autor⁵⁴.

III. Próxima desta visão acha-se aqueloutra que, suportando tal-qualmente a natureza dolosa da compartição, aceita, contudo, em casos muito excepcionais, a possibilidade de haver comparticipação a título negligente. Nomeadamente, sempre que se verificasse: a) a contitularidade do dever de cuidado violado conjuntamente pelos agentes; b) a igualdade dos deveres desrespeitados pelos sujeitos; c) uma decisão comum dirigida justamente à violação dos deveres de cuidado. Em qualquer uma destas hipóteses, a pluralidade de agentes determinaria um incremento do risco de lesão do bem protegido. O que por si só constituiria fundamento bastante para a aplicação do regime da comparticipação⁵⁵.

⁵⁴ V. T. BELEZA (1997), pp. 527 e ss.

⁵⁵ V. LARENZ/CANARIS (1994), p. 567, BYDLINSKI (1959-1960), pp. 428-430. FIGUEIREDO DIAS (2007), pp. 894-895, apesar de não admitir comparticipação a título negligente, aceita a possibilidade de haver um “comportamento negligente conjunto”.

IV. A concepção minoritária, opostamente, não distingue para este efeito entre dolo e negligência, acolhendo ambos. “A razão de ser da responsabilidade pelo todo está no facto de o acto de cada um ser causa de todo o dano e, portanto, parece dever ser suficiente a cooperação culposa”⁵⁶. Em seu entender, a consciência bilateral de cooperação imposta pela comparticipação reporta-se à ação e não ao resultado. O que vale por dizer que basta os agentes comungarem da vontade de praticar determinado ato para se tornarem comparticipantes. Se não anteviram o resultado, ou se, tendo-o feito, não se conformaram com as suas possíveis consequências, isso não afasta o conluio, respondendo todos, em virtude da sua negligência, pelo resultado comum.

Quando levada ao extremo, esta orientação aceita a possibilidade de relativamente a um determinado facto uns comparticipantes responderem a título doloso e outros por negligência. A esta luz, a comparticipação emerge como uma simples atuação conjunta e não como forma de culpa, sendo por conseguinte de admitir participação dolosa com autoria dolosa, participação negligente com autoria negligente, participação dolosa com autoria negligente e participação negligente com autoria dolosa⁵⁷.

V. Um dos casos que tem dado azo a tantas dúvidas é aquele em que dois trabalhadores da construção civil atiram em conjunto uma viga de cima de um telhado, caindo esta sobre um transeunte. Aqui há consciência bilateral de cooperação relativamente à ação (de atirar a viga), mas não há uma vontade dirigida ao resultado. Ciente disso, a doutrina discute se a vontade ou decisão comum presente na comparticipação tem por objecto a mera conduta ou o resultado. Ali a consciência bilateral de cooperação bastar-se-ia com o dolo de ação, enquanto aqui seria requerido dolo de resultado

A questão verdadeiramente só parece ter relevância nos delitos de resultado, porquanto os delitos de perigo – típicos da 2.^a modalidade de ilicitude –, por natureza, bastam-se com o dolo de ação. Ou seja, que os agentes conheçam e queiram a ação, nos delitos de perigo abstrato, ou que conheçam e queiram a ação e o perigo concreto, tratando-se de

⁵⁶ V. VAZ SERRA (1957), pp. 136-137. V. ainda DEUTSCH (1972), pp. 105-106.

⁵⁷ V. WECKERLE (1974), pp. 64 e ss. V. ainda MARQUES DA SILVA (2015), pp. 349-350.

um delito de perigo concreto⁵⁸. O que significa que neste tipo de delitos o dolo de ação é efetivamente suficiente para cimentar a consciência bilateral de cooperação, não sendo por isso necessária uma imputação dolosa do resultado aos agentes.

Nos delitos de resultado – próprios da 1.^a modalidade de ilicitude –, a imputação dolosa requer que os agentes saibam e queiram a ação e a lesão⁵⁹. Ora é justamente aqui que o problema se coloca. Concretamente, pergunta-se se a existência de dolo de ação, sem que se verifique o concomitante dolo de resultado, é suficiente para firmar a consciência bilateral de cooperação exigida pela comparticipação. Se o dolo de ação é bastante para estribar a consciência de cooperação nos delitos de perigo, não se descortina uma razão para o não ser nos delitos de resultado. Em tal hipótese, o dolo de ação fundamentaria a consciência bilateral de cooperação, suportando assim a comparticipação entre os agentes, mas já não seria suficiente para justificar uma imputação dolosa do resultado aos participantes, os quais apenas poderiam responder por negligência caso esta se verificar. Cumpre, no entanto, reconhecer a dificuldade prática de numa situação concreta haver dolo de ação desacompanhado de dolo de resultado. As mais das vezes, nesta modalidade de ilicitude, o conhecer e querer a ação implica a aceitação do respetivo resultado.

No caso em estíma, são descortináveis dois possíveis fundamentos para o juízo de ilicitude: o incumprimento do dever genérico de respeitar a vida (ou integridade física) de outrem – 1.^a modalidade de ilicitude –, e a violação de normas de proteção, que impõem deveres de segurança neste domínio – 2.^a modalidade de ilicitude. Se a situação fosse analisada de acordo com o primeiro ângulo, dificilmente se conseguiria firmar neste cenário uma hipótese de comparticipação, por falta de consciência bilateral de cooperação. Os agentes não tinham a noção de estar a praticar conjuntamente (nem individualmente) uma ação de matar. Se, diferentemente, se examinar o problema à luz da segunda perspectiva, a solução já será outra. Sob este prisma, o comportamento fundamentador do juízo de responsabilidade não seria a ação de matar, mas a ação de arremessar a viga do telhado, em claro desrespeito das normas de segurança vigentes. Trata-se de um delito de perigo e não de resultado, cuja conduta prevista corresponde justamente ao dito arremesso. Relativamente a esta existe dolo de ação. Ambos sabiam o

⁵⁸ V. E. VAZ DE SEQUEIRA (2018), p. 282.

⁵⁹ V. E. VAZ DE SEQUEIRA (2018), p. 281.

que estavam a fazer e queriam fazê-lo. Mais, queriam fazê-lo em conjunto. O que significa que tinham consciência bilateral de cooperação. Aqui, o dolo de ação serve de esteio à comparticipação, permitindo, conseqüentemente, que os dois trabalhadores respondam pelos danos originados, desde que estes se encontrem dentro do âmbito de proteção das referidas normas, como parece acontecer.

A existência de mera negligência quanto à ação dificilmente será compatível com a ideia de consciência bilateral de cooperação, sendo, por conseguinte, de arredar em tais circunstâncias a figura da comparticipação.

Bibliografia

“Actas da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal”, *BMJ*, nº 144, pp. 39 e ss..

ANTUNES, Henrique Sousa, “Anotação ao Artigo 490.º”, *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, UCE, Lisboa, 2018. pp. 309-311.

BARBOSA, Ana Mafalda Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípia, Cascais, 2017.

BELEZA, Teresa, “Illicitamente Comparticipando – O Âmbito de Aplicação do Art. 28.º do Código Penal”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984, pp. 589-658.

BELEZA, Teresa, *Direito Penal*, II, A.A.F.D.L, Lisboa, 1997.

BENICKE, Christoph, “Deliktische Haftung mehrerer nach § 830 BGB”, *Jura*, 1996, pp. 127-135.

BETTIOL, Giuseppe, *Direito Penal - Parte Geral*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 1973.

BRAMBRING, Günter, *Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens bei Mitverschulden des Geschädigten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

BYDLINSKI, Franz, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, *Archiv für civilistische Praxis*, 158 Bd., Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959-1960, pp. 410-430.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, VIII, Almedina, 2016.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, II, Almedina, Coimbra, 1965.

COSTA, José Faria, “Formas do crime”, *Jornadas de Direito Criminal*, C.E.J., 1983, pp.169 e ss..

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. Almedina, Coimbra, 2018.

DEUTSCH, Erwin “Verhältnis von Mitäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht”, *Juristenzeitung*, 27, 4, Tübingen, 1972, pp. 105-107.

DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

EBERL-BORGES, Christina, “§ 830 BGB und Gefährdungshaftung”, *Archiv für civilistische Praxis*, 196 Bd., Heft 5, 1996, pp. 491-556.

- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Criminal*, I, 4.^a ed., Verbo, Lisboa-São Paulo, 1992.
- FERNANDES, Gabriela Páris, “Anotação ao Artigo 497.º”, *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, UCE, Lisboa, 2018. pp. 364-370.
- FRADA, Manuel Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2010.
- GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Almedina, Coimbra, 2000.
- GONZÁLEZ, José Alberto, *Responsabilidade Civil*, 3.^a ed., Quid Iuris, Lisboa, 2013.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal - parte general*, traduzido por Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- KREUTZIGER, Stefan, *Die Haftung von Mittätern, Anstiftern und Gehilfen im Zivilrecht – zugleich ein Beitrag zur deliktischen Haftung an unfriedlichen Demonstrationen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, 1985.
- LARENZ, Karl / CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schulrechts*, 2. Bd., 2. HBd., C.H. Beck, München, 1994.
- LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.^a ed., C. H. Beck, München, 1987, pp. 620-627.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal – parte general*, PPU, Barcelona, 1995.
- ROXIN, Claus, “Autoria e Participação”, *Textos de apoio de Direito Penal II*, A.A.F.D.L., Lisboa, 1983-1984, pp. 351 e ss.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha e, “Modalidades das Obrigações quanto aos Sujeitos”, *Estudos em Honra de Ruy Albuquerque*, I, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 357-420.
- SALINAS, Henrique, *A Comparticipação em Crimes Especiais no Código Penal*, UCE, Lisboa, 1999.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz de, “Anotação ao Artigo 483.º”, *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, UCE, Lisboa, 2018. pp. 272-284.
- SERRA, Adriano Vaz, “Pluralidade de Devedores ou de Credores”, *BMJ*, nº 70, 1957, pp. 5-231.
- SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, UCE, Lisboa, 2015.
- STAUDINGER, J. Von / LOOSCHELDERS, Dirk, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2. Buch – *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 397-432, Sellier – de Gruyter, Berlin, 2012, pp. 697-804.
- STAUDINGER, J. Von / BELLING, Detlev W. / EBERL-BORGES, Christina, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – *Recht der Schuldverhältnisse*, §§830-838, Sellier – de Gruyter, Berlin, 2012, pp. 1-39.
- VALDÁGUA, Conceição, *Início da Tentativa do Co-autor*, Lex, Lisboa, 1993.
- WAGNER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7. Bd., Teil IV, 7.^a ed., C.H. Beck, München, 2017, pp. 2169-2198.
- WECKERLE, Thomas, *Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer*, Verlag Versicherungswirtschaft e. V., Karlsruhe, 1974.