

O conceito de perigo nos crimes de perigo concreto*

PAULO SÉRGIO PINTO DE ALBUQUERQUE

- Em homenagem ao Senhor Professor Cavaleiro de Ferreira

Este trabalho tem por tema a delimitação do conceito de perigo nos crimes de perigo concreto. O que se pretende saber é em que consiste a situação de perigo concreto. O Professor Cavaleiro de Ferreira chamou recentemente a atenção para esta "tarefa melindrosa", que resulta na doutrina e jurisprudência alemãs numa "teoria obscura e difícil"¹. Tanto justificaria o tratamento deste tema. O escasso desenvolvimento desta matéria na doutrina portuguesa mais recente impõe que a discussão se faça fundamentalmente com os Autores alemães, que foram aliás os que mais profundamente trataram esta questão.

Tendo em conta que os crimes de perigo concreto são crimes de resultado podia à primeira vista parecer que todas as dificuldades se resolveriam aplicando aqui as conclusões da doutrina em sede de imputação objectiva do resultado dos crimes de dano. Não é assim. Há quem, atendendo à materialidade da incriminação de perigo concreto, aproxime este género de crimes da tentativa e resolva a questão da delimitação do perigo de acordo com os cânones da teoria da tentativa, nomeadamente

* Relatório de Mestrado concluído sob orientação do Senhor Professor CAVALEIRO DE FERREIRA e apresentado em Outubro de 1990, à Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Vide *Lições de Direito Penal*, Volume I, 1987, páginas 63 e 87 (1992, páginas 141 e 143).

segundo uma prognose ex ante do risco de perigo (as teorias extensiva e restritiva do risco de perigo). Mas mesmo partindo de um conceito de perigo que respeite o seu carácter de resultado nos crimes de perigo concreto (teorias do resultado de perigo), o que não acontece com as teorias do risco de perigo, como veremos, ainda assim a delimitação do perigo concreto não é fácil, antes se complica. A complicação não resulta só do confronto entre a teoria normativa do resultado do perigo e a teoria científica de Horn mas também da tendência revelada por alguns Autores em considerarem, numa tentativa de garantir o máximo de verdade no juízo de perigo, circunstâncias que fundamentam o resultado sem que elas fossem objectivamente reconhecíveis no momento da verificação do facto (teoria do modelo de perigo de Jakobs e a de Spendel, ambas desenvolvidas em relação aos crimes de dano, mas cujos resultados valerão logicamente também aqui, e as teorias de Gallas e Schroeder, estas delineadas especificamente a propósito dos crimes de perigo).

Com isto fica já traçado o percurso da investigação. Fica também claro desde já aquilo que me não irá ocupar. Não merecerão a minha atenção problemas que, embora vivam paredes meias com este da delimitação do conceito de perigo concreto, fogem já a esta temática específica, nomeadamente a incriminação de perigo abstracto e a sua delimitação, assim como a subsistência autónoma dos crimes de perigo abstracto-concreto ou os contornos próprios do dolo próprio dos crimes de perigo concreto.

Começemos então pela teoria extensiva do risco de perigo². Esta recorre para delimitação de uma situação de perigo a uma estrita prognose ex ante. O observador coloca-se na posição do autor e no momento em que este actuou, perguntando tão-só se era previsível que o resultado de perigo ocorresse. Se for previsível a ocorrência desse resultado, verificou-se uma situação de perigo, mesmo que posteriormente se venha a estabelecer a inexistência do objecto do crime. Welzel³ decidia, no caso da bomba nos correios, pela verificação de uma situação de perigo quando, segundo uma prognose ex ante (altura em que se colocou a bomba), se esperaria que no momento da explosão alguém se encontraria nos correios, embora efectivamente por acaso ninguém se lá encontrasse nessa altura.

² Vide essencialmente EB. SCHMIDT, *Niederschriften*, Volume VIII, 1959, página 430.

³ Citado em WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, página 200, nota 558.

A crítica de fundo que se dirige a esta tese é a de que esquece o carácter de resultado do conceito de perigo concreto, pois afirma a verificação de um crime de perigo concreto mesmo quando se estabelece posteriormente a falta do objecto do crime. A doutrina alemã é praticamente unânime na exclusão do perigo nestes casos. Quando alguém que conduz perigosamente numa estrada movimentada ultrapassa no cume de uma montanha, não havendo casualmente contra as expectativas objectivas ninguém que venha em sentido contrário, não há em princípio perigo, pois não há sequer um objecto que pudesse incorrer nesse perigo. A tese em análise levaria a afirmar aqui a verificação do perigo descrito no artigo 278.º do Código Penal, se ocorressem também os outros requisitos do preceito. Isto consistiria em restringir os crimes de perigo concreto a crimes potenciais de perigo. Para afirmar a existência de um resultado de perigo não basta que ele seja um risco previsível de perigo (perspectiva *ex ante*), antes é necessário que o objecto do crime tenha efectivamente entrado no círculo de perigo, o que só pode ser a posteriori determinado, como se verá melhor adiante. Mas se é necessário que o objecto entre no círculo de perigo, por maioria de razão é necessário que haja um objecto do crime. Se não houver objecto não pode haver perigo.

A teoria restritiva do risco de perigo⁴ foge a esta crítica, reconhecendo que se tem de fazer uma diagnose *ex post* relativamente ao objecto do crime (no momento do julgamento) combinada com uma prognose *ex ante* do risco de perigo. A doutrina divide-se, no entanto, no entendimento a dar a este risco de perigo. Uns afirmam que é exigível a criação de um risco adequado de lesão, outros que é suficiente a criação de um risco de menor qualidade, isto é, de um risco que ainda não seja adequado à lesão. A afirmação da irrelevância do facto do risco de perigo não se ter condensado num perigo adequado de lesão, ou seja, de que o objecto do crime não tenha efectivamente entrado no círculo de perigo, como resulta desta última tese, implica que para o perigo basta a perigosidade do comportamento exigível para a tentativa possível de perigo. Os efeitos desta menor exigência relativamente ao risco de perigo são evidentes com este exemplo: no caso da inundação de Binding⁵, já há perigo concreto segundo esta tese quando a água, solta pela inundação provocada pelo autor, desce a colina em direcção à aldeia mas está ainda a horas de

⁴ Vide JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1978, página 211, Maurach, *Deutsches Strafrecht*, 1971, página 324.

⁵ Vide *Die Normen und ihre Übertretung*, Volume I, 1922, página 389.

distância de a alcançar. Será assim? Se as águas pudessem ser e tivessem efectivamente sido facilmente desviadas a meio da encosta e portanto a aldeia poupada à inundação, não se justificaria em termos criminológicos e seria dificilmente sustentável em termos dogmáticos punir aqui por crime de perigo concreto consumado. Em termos criminológicos tal punição surgiria aos olhos do homem médio como exagerada e em termos dogmáticos ela consistiria numa inadmissível intromissão da punibilidade no campo do perigo do risco adequado da verificação do resultado de perigo. Parece mais razoável entender que, desviadas facilmente as águas que corriam pela colina abaixo, se deve punir o autor por tentativa do crime de perigo concreto do artigo 261.  do nosso Código Penal. Veremos adiante em que termos as circunstâncias que fundamentam a exclusão do resultado danoso devem ser consideradas no juízo de perigo, ou seja, qual a relevância no caso do desvio das águas de este ter sido de fácil realização. É bem de ver que com a solução sugerida não se trata de alargar a punibilidade por via da punição da tentativa de perigo mas sim de diminuir o campo da punição por consuma o do crime de perigo⁶.

Se esta versão da teoria restritiva do risco de perigo acaba por identificar o perigo já com a tentativa inacabada possível de perigo, a

⁶ A punição da tentativa de perigo só pode ser assim justificada. A crítica do Professor CAVALEIRO DE FERREIA em *Lições...*,..., página 300 (1992, página 428), de que nos crimes de perigo comum não há tentativa, pois a tentativa tem como elemento essencial a intenção de cometer o crime consumado, ou seja o dolo de dano e naqueles crimes a intenção é só a de causar o perigo tem implícita uma certa perspectiva sobre a materialidade das incriminações de perigo. O dolo de perigo materialmente não seria mais do que a negligência consciente de dano. E portanto o crime de perigo concreto não seria mais do que uma tentativa negligente de dano. Ora punir qualquer momento prévio a esta tentativa negligente de dano seria antecipar inadmiss velmente a tutela penal. Não se vai aqui discutir, como se disse a questão da configuração do dolo de perigo. Mas com o que ficou dito, o problema de que se trata aqui permanece sem resolução. Havendo algo mais do que a acção perigosa mas ainda não o evento de perigo, como punir no caso do tipo exigir a ocorrência deste evento? Não há ainda evento de perigo, portanto não se justifica punir pelo crime de perigo consumado, já que o tipo exige um resultado. Mas também não se pode falar em actos preparatórios quando o autor já fez tudo o que tinha a fazer para alcançar o seu intento. O problema não é o da fronteira entre os actos preparatórios e a tentativa, ou seja, o do limite mínimo da punibilidade, mas sim o das fronteiras da consuma o, isto é, o da restrição da punição por consuma o a favor da punição por tentativa.

Também aqui RUI PEREIRA em *Dolo de Perigo* (tese de mestrado não publicada), 1986, página 181, ainda que partindo da configuração do dolo de perigo como uma forma de negligência consciente de dano, conclui pela punibilidade da tentativa do crime de perigo concreto.

outra versão não vai muito além. Ela equipara o perigo com a tentativa acabada possível de perigo⁷. É verdade que se admite que a verificação do objecto do crime resulta de uma diagnose *ex post*, mas o carácter de resultado do perigo nos crimes de perigo concreto sai ainda desrespeitado. Senão vejamos: no caso do autor que a alta velocidade na autoestrada persegue durante bastante tempo tão de perto o carro da frente que a mais pequena distração ou diminuição de velocidade do condutor da frente quase inevitavelmente provocaria um acidente, não ocorrendo esta pequena diminuição de velocidade, esta tese leva a concluir que já há uma situação de perigo concreto, pois o autor com o seu comportamento criou o risco adequado de ocorrência do resultado de perigo do artigo 278.º do nosso Código Penal (pressupondo-se que estavam reunidos os outros requisitos do preceito). Deve concluir-se que não. Porquê? Porque o objecto do crime ainda não entrou no círculo de perigo. Só entrará no círculo de perigo aquando do abrandamento do condutor da frente, verificando-se o perigo se, apesar daquele abrandamento, por força de uma medida de salvamento adoptada pelo autor (travagem ou desvio) ou pelo ameaçado (súbita aceleração), contra aquilo que se esperava nada vier a ocorrer. Aqui está claro que há um objecto do crime, mas isso não basta para afirmar a verificação do perigo. Não tendo o objecto entrado efectivamente no círculo de perigo não se poderá dizer que se está perante uma situação de perigo concreto.

Não basta portanto que o resultado lesivo ocasionalmente não tenha ocorrido, pois quer quando não há objecto, quer quando o objecto, ainda que existente, não tenha entrado efectivamente no círculo de perigo, apesar do resultado lesivo não se verificar não há contudo uma situação de perigo. Este critério, da ausência ocasional da lesão, não serve pois como meio de delimitação da situação de perigo e deve por isso ser afastado. As teorias do risco de perigo perdem a sua base de apoio prática^{8,9}.

⁷ Assim WOLTER, *Objektive.....*, páginas 203 e 204.

⁸ Daí ser também insustentável a posição de RUI PEREIRA em *Dolo de Perigo,*, páginas 30 e 37, que define o juízo de perigo como um juízo *ex post*, mas entende que o risco atinge logo o nível do resultado de perigo quando a não verificação do resultado danoso depende do acaso. Entende também, com Schroeder, que este juízo deve ter em conta qualquer novo conhecimento, o que dá o flanco a outra crítica, a apontar adiante.

⁹ A punição por crime de perigo concreto supõe, além da verificação do resultado de perigo, a imputação objectiva desse resultado. É fundamental distinguir estas duas questões: o juízo de imputação objectiva é uma coisa, o juízo de verificação concreta de

Atentas estas críticas as teorias de resultado de perigo têm como fundamento um critério mais exigente: o do salvamento (activo) ocasional do objecto do crime. Dito de outro modo, quando o objecto do crime se salva, não ocorrendo portanto o dano, interessa saber se as medidas ou circunstâncias que possibilitaram o salvamento foram ocasionais.

Desta forma se insere no juízo de perigo a consideração das circunstâncias que fundamentaram a exclusão da lesão, aspecto fundamental que as teorias do risco de perigo não tomavam em conta. Esclareçamos esta ideia: para que o objecto do crime entre efectivamente no círculo de perigo, é necessário que só por força de circunstâncias inesperadas ou esforços extraordinários e não objectivamente exigíveis de salvamento não se verifique o dano.

Foram os trabalhos de Schünemann¹⁰ e Cramer¹¹ que deram corpo à primeira versão elaborada desta tese, a teoria normativa do resultado de perigo. Schünemann afirmava no seu estudo que na impossibilidade de se estabelecer um grau certo de probabilidade de lesão do objecto do crime necessário para afirmar a existência de perigo, só um critério que assentasse na insuficiência dos meios normais de resolução da situação e na necessidade de recurso a medidas extraordinárias poderia dizer-nos quando estava alcançado o grau de risco necessário para se afirmar a existência desse perigo¹². Os meios que fundamentam a não ocorrência

um resultado é outra. A este trabalho interessa só esta última questão. Quanto à primeira questão só uma palavra. Ela resultará aqui, em sede de crimes de perigo concreto, como nos crimes de dano, num juízo *ex ante* a efectuar no momento em que o autor agiu.

Neste sentido também veja-se PAULO MENDES, *Raciocínios Hipotéticos e Processos Causais Atípicos* (Tese de Mestrado não publicada), 1986, página 191, que distingue clara-mente entre o juízo *ex ante* relativamente à criação do risco e o juízo *ex post* relativo à realização desse risco, juízo este realizado “com o acesso ao conhecimento de todas as circunstâncias de facto que propiciaram a ocorrência do resultado nocivo”. CURADO NEVES em *Comportamento Lícito Alternativo e Concurso de Riscos* (Tese de Mestrado publicada), 1989, página 173, distingue também entre a recondução das circunstâncias do caso ao tipo de perigo, reportando-se a apreciação ao momento da prática do facto, e a verificação real de tais circunstâncias, apurada com auxílio dos conhecimentos disponíveis posteriormente à verificação do evento.

A estes Autores interessava essencialmente a questão da imputação objectiva do resultado. Daí não se terem preocupado em delimitar rigorosamente o perigo quando resultado.

¹⁰ Vide *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, StR páginas 793 e segs.

¹¹ Em *Strassenverkehrsrecht*, Volume I, 1977, notas 53 e segs. ao parágrafo 315c do StGB.

do dano que resultam de aptidões extraordinárias do ameaçado ou de uma incontrolável sequência de circunstâncias não afastam o carácter de perigo concreto a uma determinada situação de facto: antes só os meios de salvamento geralmente controláveis afastam esse carácter.

Em resumo, o juízo resulta assim da combinação de uma prognose *ex post* limitada e de uma diagnose *ex post* alargada. A prognose já não se realiza no momento em que o autor actuou (momento *ex ante* do perigo de resultado), mas sim no momento em que o objecto entra no círculo de perigo (momento *ex post* do resultado de perigo). É limitada porque só tem em conta as circunstâncias que fundamentam a exclusão do dano nessa altura existentes e reconhecíveis. A diagnose *ex post* alarga-se. Vale não só para o objecto do crime como também para a entrada do objecto no círculo de perigo.

Já a teoria normativa modificada do resultado de perigo de Wolter¹³ e de Demuth¹⁴ considera ao lado do objecto do crime e da entrada do objecto do círculo de perigo, as circunstâncias que fundamentam a exclusão do dano (as circunstâncias criadoras de hipóteses de salvamento) já existentes mas não reconhecíveis ao tempo da entrada do objecto no círculo de perigo. O juízo de perigo resulta então da combinação de uma prognose *ex post* alargada e de uma diagnose *ex post* também clara alargada.

Há pois resultado de perigo quando para o objecto do crime numa prognose *ex post* no momento da sua entrada no círculo de perigo não havia mais hipóteses sérias de salvamento¹⁵ ou, noutra formulação, a impressão de desvalor de resultado de perigo desaparece quando *ex post* se pode afirmar a existência ao tempo do facto de causas de salvamento, mesmo que não fossem conhecidas do autor nem do ameaçado¹⁶.

A diagnose *ex post* leva-nos a concluir pela falta do perigo se não houver objecto do crime, se o objecto não entrou efectivamente no círculo de perigo e se a salvação do objecto do crime pelo ameaçado ou por terceiro resulta de circunstâncias já existentes ao tempo da entrada do

¹² No já citado artigo da JA 1975, página 797.

¹³ Vide *Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht*, JuS 1978, páginas 748 e segs. e, em especial, a sua tese de doutoramento, já citada, *Objektive...*, ..., páginas 223 e segs.

¹⁴ Vide *Der Normative Gefahrbegriff*, 1980, páginas 189 e segs. e em especial páginas 203 e segs.

¹⁵ WOLTER, *Objektive...*, ..., página 220.

¹⁶ DEMUTH, *Der Normative...*, página 212.

objecto no círculo de perigo mas só depois confirmadas. Um exemplo deixará clara a diferença entre esta tese e a anteriormente apresentada: no caso do cume da montanha, de que já se falou, em que para o condutor que vem em sentido contrário é fácil evitar o acidente que resultaria da condução perigosa do autor, porque é um profissional de acrobacia automóvel, a primeira das teorias, a teoria normativa na sua versão inicial, puniria aqui pelo crime de perigo comum consumado enquanto a outra, a teoria normativa modificada, só pune pela tentativa do mesmo crime, pois considera a circunstância criadora da possibilidade de salvamento (a especial perícia do ameaçado) embora ela não fosse nem conhecida nem reconhecível pelo autor mas sim só posteriormente estabelecida. A versão inicial não toma em conta este aspecto relativo às circunstâncias excludentes do resultado, a versão modificada ao contrário considera-o.

A consideração destas circunstâncias no juízo de perigo justifica-se por força de dois princípios: o princípio do óptimo de garantia de verdade e o princípio da confiança jurídica. O primeiro impõe essa consideração pois só assim se respeita o carácter de resultado do perigo concreto. Não tendo o objecto nunca chegado a incorrer no círculo de perigo ou tendo ele sido facilmente salvo por iniciativa do próprio ameaçado ou de terceiro, não se justifica que se fale de perigo. O sentido da palavra “facilmente”, que aliás ficou já atrás por esclarecer, deve ser agora aclarado e com isso entramos também no tratamento do segundo princípio. A circunstância que possibilitou o salvamento não deve parecer ao cidadão repetível, controlável, “de fácil exercício” ou “normal”. Só assim, se o salvamento surgir aos olhos do homem médio como irrepetível, incontrolável, de “difícil realização” ou “extraordinário”, se poderá concluir que houve uma situação de perigo concreto. Só então o homem médio tem a impressão da existência de um perigo. De outro modo estaríamos a violar o princípio da confiança jurídica.

Este princípio tem também uma grande relevância no que toca às pretensões de alguns Autores de, relativamente à delimitação do perigo concreto, procurar o máximo de garantia de verdade, favorecendo, como o faz a teoria científica do resultado de perigo de Horn, uma diagnose expost estrita do perigo ou fazendo mesmo incluir no juízo de perigo *circunstâncias que fundamentam o resultado de perigo* só posteriormente conhecidas. Repare-se que estes últimos Autores se referem a circunstâncias cuja tomada em consideração nos leva a concluir pela existência de um perigo que ao tempo da prática do facto o autor não poderia reconhecer. Estas circunstâncias fundamentam o próprio resultado de

perigo, ao contrário das tidas em conta pela teoria normativa do resultado de perigo, que são *circunstâncias que criam hipóteses de salvamento*.

Começamos então pela tese científica do resultado de perigo de Horn. Esta tese não atende a qualquer elemento de prognose *ex post*. Ela analisa o perigo do ponto de vista do juízo de julgamento e conclui pela existência de um resultado de perigo quando ou a não entrada do objecto no círculo de perigo ou o salvamento do objecto do crime permanecer posteriormente sem explicação científica. A explicação científica assenta nos conhecimentos ao tempo do julgamento. Expliquemos um pouco mais detalhadamente esta ideia.

Perigo concreto haverá-se a situação fáctica não poder ser esclarecida como não-*causa de lesão* e como não-*causa de lesão* deve ser entendida uma situação quando ela não preenche as condições de uma determinada lei de impossibilidade relativa à lesão¹⁷. Essa lei falta quando é certo que as coisas correram da melhor maneira mas é impossível explicar a razão de as coisas terem corrido assim (no caso de decisões humanas súbitas ou reacções) ou quando a multiplicidade das circunstâncias da vida afasta desde logo a possibilidade da formulação de uma lei da qual se possa esperar que inclua a situação fáctica concreta (uma lei que inclua todas as circunstâncias que têm de existir ou não devem existir para que o condutor da frente, no caso da perseguição na autoestrada, não tome a decisão de abrandar)¹⁸. Tomemos como exemplo dos resultados a que esta tese chega o caso da condução perigosa no cume da montanha. Ela leva-nos a concluir pela inexistência de perigo pois a não ocorrência do resultado é explicável pela seguinte lei de impossibilidade: um condutor profissional de acrobacia automóvel domina sem problemas uma situação em que subitamente lhe surge em sentido contrário alguém que conduz perigosamente.

A grande crítica que se faz a esta teoria é a de que, mesmo quando a causa de não ocorrência da lesão é cientificamente explicável, pode o expectador retrospectivo dizer: “podia ter-se passado alguma coisa”. Esta crítica certaíra fê-la Schünemann¹⁹, vindo ela a ser insistentemente repetida por outros críticos de Horn²⁰. O princípio da impressão no autor do desvalor do seu comportamento ou no cidadão de que algo mais se

¹⁷ Vide HORN, *Gefährdungsdelikte*, 1973, página 182.

¹⁸ Vide HORN, *Gefährdungsdelikte*, página 190.

¹⁹ Vide JA 1975, página 796.

²⁰ Entre eles WOLTER, *JuS* 1978, página 753 e *Objektive...*, ..., página 240 e DEMUTH, *Der Normative...*, ..., página 211.

poderia ter passado não pode depender da possibilidade de ser posteriormente esclarecida cientificamente a salvação do objecto do crime!

A crítica de Schünemann não fica por aqui. Além de repetir o argumento que Horn apresenta contra si próprio, o da impraticabilidade da sua tese, pois ela depende fundamentalmente de um modo de determinação exclusivamente concreto do perigo e de um esclarecimento global de todas as circunstâncias que constituem a situação excludente da lesão, Schünemann acusa-o de ter uma visão causalista-determinista, que esquece a evolução da moderna teoria científica. Esta crítica não partilha Wolter, pois salienta este Autor que a concepção de Horn vive do não esclarecimento das decisões humanas e dos fenómenos naturais e procura mesmo, ainda que falhe, assentar na impressionabilidade do autor e do cidadão médio, o que remete em última instância para um conceito normativo de perigo e não, como resulta da acusação, para um conceito próximo do da velha teoria subjectiva do perigo. Também esta via o resultado do perigo “como um filho da nossa ignorância”, já que partia do pressuposto de que objectivamente só há a alternativa entre a integridade ou a lesão do bem²¹.

Não é só a tese científica do resultado de perigo que cede ao princípio do óptimo da garantia de verdade. Também as teses que fazem incluir no juízo de perigo as circunstâncias que fundamentam o resultado de perigo posteriormente conhecidas, isso mesmo pretendem. Exemplo disso será a consideração do facto da vítima de uma agressão física ser um hemofílico sem que o autor o soubesse ou pudesse saber, sendo essa circunstância posteriormente conhecida no julgamento.

Dois linhas teóricas se desenharam entre estes Autores. Os que tendo em conta estas circunstâncias pretendem punir pelo crime consumado, como Jakobs e Spindel, e os que defendem antes a punição nestes casos por tentativa possível, como Gallas e Schroeder.

Jakobs aplicará coerentemente também aqui os resultados a que chega nos crimes de dano com a sua teoria do modelo de perigo, dizendo que, se ao tempo do julgamento se puder afirmar que as condições específicas de um modelo de perigo se realizaram num resultado, no caso resultado de perigo, então podemos punir pelo crime de perigo concreto consumado, mesmo que as circunstâncias que constituam o modelo de perigo só venham a ser conhecidas depois do autor ter actuado.

²¹ Vide FINGER, *Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht*, Frank — Festschrift, Volume I, 1900, página 239.

Spendel não deixará também de fazer valer aqui os resultados da sua investigação no âmbito dos crimes de dano sob forma tentada, afirmando que entre as circunstâncias que fundamentam o resultado de perigo se deve distinguir aquelas que se encontrem em desenvolvimento e devem sujeitar-se a uma perspectiva *ex ante* e aquelas que ao tempo do facto já existam embora não sejam objectivamente reconhecíveis e devem ser sujeitas a um juízo *ex post*.

Ambas estas teses constituem alargamentos inadmissíveis da punibilidade, pois pune-se por um resultado mesmo que não haja lugar à imputação objectiva desse resultado. Assim retira-se de um resultado fáctico a sua própria imputação objectiva. Ora, a responsabilidade pelo resultado tem de assentar na responsabilidade pelo perigo, a partir do qual aquele resultado se constituiu. Isto é assim também nos crimes de perigo concreto, como crimes de resultado que são²². Não sendo o facto imputável objectivamente, porque nem sequer era ao tempo da sua prática previsível, não havendo portanto responsabilidade pelo risco criado da verificação do resultado, não poderá haver responsabilidade pelo resultado, mesmo que posteriormente se venha a determinar a causa que fundamentou esse resultado.

Também aqueles que pretendem punir nestes casos por tentativa possível, afirmando haver imputação objectiva do resultado de perigo mas falta de imputação subjectiva, se submetem à mesma crítica.

Gallas²³ estabelece este princípio: todas as mudanças ontológicas que se seguirem ao momento da prática do facto pertencem ao domínio do juízo *ex ante*, enquanto não puderem ser tratadas como certas com base num conhecimento *ex post* adquirido. Pertencem também ao domínio *ex ante*, não devendo portanto ser tidas em conta no juízo feito sobre a situação de perigo os factos já existentes no momento da prática do facto que não estavam ao alcance do conhecimento humano.

Schroeder²⁴, argumentando que não tem sentido considerar a situação como não perigosa quando é certo que provocou um resultado danoso, entende que se devem tomar em consideração todas as circunstâncias existentes no momento da prática do facto mesmo que não acessíveis ao conhecimento humano logo que tenham sido conhecidas entre aquele

²² Vide SCHÜNEMANN, *JA* 1975, página 794 e WOLTER *JuS* 1978, página 761 e *Objektive...*, ..., página 230.

²³ *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, Heinitz-Festschrift, 1972, página 179.

²⁴ *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, ZStW 81, página 12.

momento e o momento do juízo. Busca amparo no facto de a teoria da equivalência das condições valer para os crimes de dano e na limitação dos efeitos da sua tese, que reconhece gravosos, através da culpa (o dolo e a negligência restringiriam os efeitos de um reconhecimento tão alargado da imputação objectiva).

A estas teorias deve opôr-se o seguinte: o princípio da garantia da verdade do juízo de perigo deve ter como limite os princípios da imputação objectiva e da confiança jurídica. Não deve poder responsabilizar-se alguém por um resultado que não pode ser-lhe (ex ante) objectivamente imputado. A confiança jurídica do homem médio no sistema penal sairia grandemente prejudicada e o princípio da prevenção geral sofreria com tão profunda incursão no âmbito da responsabilidade penal meramente objectiva.

Se como vimos estas teses da garantia máxima de verdade não valem e se a outra tentativa de alcançar o máximo de garantia de verdade, a de Horn, que opera pelo afastamento do juízo de perigo de toda a abstracção e generalização, o consegue mas a custo da desistência de um conceito normativo de perigo, sobra-nos a tese normativa (modificada) do resultado de perigo como aquela que poderá permitir delimitar com maior rigor uma situação de perigo concreto.

A tese normativa na sua primeira versão peca ainda, como vimos também, pela desconsideração de um aspecto importante na situação de perigo: as circunstâncias excludentes da lesão existentes no momento da prática do facto mas não conhecidas ou reconhecíveis não são consideradas.

A crítica de que a teoria normativa é demasiado genérica e abstracta²⁵ não vinga pois a abstracção e a generalização são iminentes a qualquer prognose. Pelo contrário, ao juízo de perigo está garantido um forte vínculo à situação concreta²⁶. Também a crítica de que se trata de um critério exclusivamente quantitativo²⁷ ou de que não há forma de distinguir entre as circunstâncias conhecidas no momento da efectivação do juízo de perigo aquelas que se deve ter em conta e aquelas que interessa afastar da consideração²⁸ não têm melhor sorte.

O juízo de perigo é um juízo normativo, social-objectivamente orientado, no sentido de que depende da confiança do expectador

²⁵ Vide HORN, *Gefährdungsdelikte*, ..., página 107 e SCHROEDER, *ZStW 81*, página 9.

²⁶ Vide DEMUTH, *Der normative...*, ..., página 224 e WOLTER, *Objektive...*, ..., página 236.

²⁷ Assim SCHROEDER, *ZStW 81*, página 8.

²⁸ Neste sentido HORN, *SK*, nota 7 da introdução ao parágrafo 306 do StGB.

retrospectivo na possibilidade séria da verificação de um dano, ou seja, na afirmação de que o objecto entrou no círculo de perigo e portanto as possibilidades de salvamento são já de natureza extraordinária, as acções de terceiro ou do próprio ameaçado são de difícil realização, as circunstâncias criadoras de possibilidades de não verificação do dano são incontrolláveis e irrepelíveis (dependem por exemplo da natureza ou de reacções súbitas do ameaçado)²⁹.

A já apontada crítica da impraticabilidade dirigida à tese científica é também aceite por Wolter para a tese normativa modificada³⁰. Wolter acaba por afirmar que embora as teorias restritiva e extensiva do risco de perigo sejam as mais praticáveis, como elas não são de lege lata defensáveis, impõe-se uma solução de lege ferenda que estabeleça o acento da punição no comportamento perigoso³¹. Assim se tratariam todos os casos em que o objecto não entra no círculo de perigo ou mesmo não existe ocasionalmente objecto. Ou seja, como o legislador exige nos tipos de crimes de perigo concreto algo mais do que a apetência perigosa do comportamento, determinada ex ante, não podem ser defendidas as teses do risco de perigo, sob pena de se desrespeitar a intenção clara do legislador ao exigir um resultado de perigo. A solução seria transformar por via de lei os crimes de perigo concreto em crimes potenciais de perigo concreto. O critério seria o da não ocorrência ocasional da lesão e o juízo consistiria numa mera prognose ex ante (no momento da prática do facto).

Não me parece que deva ser assim. A tese normativa modificada não obriga ao esclarecimento global do conjunto de factores excludentes do dano mas tão-só exige que se procure saber se as circunstâncias que no tráfico jurídico valem como causas normais de salvamento esclarecem a exclusão do dano³². Isto é, não se trata de justificar cientificamente o complexo de circunstâncias que levou à exclusão do dano mas sim de verificar se essa exclusão se encontra em conexão com circunstâncias repetíveis e controláveis de salvamento do objecto do crime.

²⁹ Esta é a tese, como já foi repetidamente dito no texto, de DEMUTH, *Der normative...*, ..., página 229, WOLTER, *Objektive...*, ..., página 236 e SCHÜNNEMANN, *JA 1975*, página 795.

³⁰ Já em *JuS 1978*, página 753 e *Objektive...*, ..., página 241.

³¹ WOLTER, *Objektive...*, ..., página 249, segue então uma solução já proposta por HORN, *Gefährdungsdelikte...*, página 213.

³² Neste sentido DEMUTH, *Der normative...*, ..., página 219.

Siglas

JA - Juristische Arbeitsblätter

JuS - Juristische Schulung

ZStW - Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

SK - Systematischer Kommentar