

# A alternatividade em direito penal: dolo alternativo e determinação alternativa do facto

João Varela (\*)

**Resumo:** pretende-se no presente estudo indagar sobre as consequências jurídico-penais da alternatividade em direito penal, especificamente nos casos de *dolus alternativus* e “determinação alternativa do facto” (*Wahlfeststellung*). Assim e se na primeira hipótese, partimos da caracterização dogmática da estrutura típico-subjetiva do ilícito criminal, já na segunda analisamos a conformidade constitucional da figura jurídico-processual penal da “determinação alternativa do facto”, discutida desde há largo tempo na Alemanha e aplicada reiteradamente pelos tribunais superiores deste país. Ao final, conclui-se pela especial relevância prática da alternatividade penal, conduzindo esta, porém, a soluções distintas nas duas situações *sub judicio*: dolo alternativo e determinação alternativa do facto.

**Palavras-chave:** dolo; negligência consciente; alternatividade fáctica; princípio da legalidade penal; *in dubio pro reo*.

---

\* Investigador integrado do Centro de Estudo & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS) da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

## I

### INTRODUÇÃO

Não obstante o dolo alternativo (*dolus alternativus*) e a determinação alternativa do facto (*Wahlfeststellung*) se inscreverem em sectores distintos do direito penal – o primeiro, na teoria geral do crime (direito penal substantivo ou material), a segunda, no direito processual penal (direito penal adjetivo ou formal) – e serem, também, diferentes os respetivos protagonistas – num caso, o agente criminoso, no outro, o juiz -, ambas as figuras jurídicas apresentam ou podem apresentar certos aspetos comuns, a saber:

- a) a dúvida no que respeita ao tipo legal de crime, efetivamente, cometido;
- b) a certeza da prática de uma conduta criminosa;
- c) a alternatividade, traduzindo-se esta na exclusão recíproca dos crimes em confronto.

Vejam-se os exemplos seguintes:

- a) O indivíduo *A*, que se evadiu do estabelecimento onde cumpria uma pena de prisão, é perseguido pelo guarda *B*, que se faz acompanhar de um cão. Numa dada altura, vendo mexer uns arbustos que lhe estão próximos, *A* dispara um tiro naquela direção, não sabendo, porém, se por detrás deles se encontra *B* ou o cão, mas não admitindo a morte simultânea de ambos;
- b) esgotados em audiência de julgamento todos os meios de prova, o juiz que preside à sessão está convicto de que o acusado *C* praticou um crime de furto ou de recetação, mas não consegue determinar com uma certeza acima de qualquer dúvida razoável qual desses crimes ele, efetivamente, realizou<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Segundo RAGUÉS i VALLÈS, Ramon, “Las condenas alternativas y su discutida legitimidad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, p. 7, “éste ha sido históricamente en Alemania el caso más característico de aplicación de la condena alternativa y (...) también se ha planteado en tiempos recientes a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”.

Configurando a primeira hipótese um caso de *dolus alternativus*, já a segunda vem sendo discutida há várias décadas na Alemanha sob a designação de *Wahlfeststellung*, que significa em tradução literal “constatação alternativa”. Assim e embora esta última problemática tenha a sua origem na prática dos tribunais, a verdade é que a sua discussão dogmática convoca certos princípios jurídico-constitucionais estruturantes de um Estado de direito democrático, mas, também, constitutivos do direito penal moderno. Tratando-se do dolo alternativo e sendo, agora, esta figura jurídica uma construção teórica inscrita na doutrina geral do crime, tal não obsta a que o seu esclarecimento assuma uma inegável relevância prática na apreciação judicial do caso *sub judicio* em que tal dolo se manifesta.

Neste estudo, propomo-nos abordar ambas as construções, dedicando-lhes, porém, capítulos separados e desenvolvendo em cada um deles uma análise que nos há de permitir, a final, concluir por aquela solução de entre as propostas pela doutrina que nos parece mais ajustada à realidade fáctica que lhes está subjacente.

## II

### DOLO ALTERNATIVO

A alternatividade que caracteriza esta modalidade particular de dolo poderá ser determinada por uma duplicação do objeto da ação (*vide* exemplo anterior) ou de certas qualidades tipicamente relevantes do mesmo objeto. É exemplo da segunda hipótese a situação seguinte: A apropria-se de um colar valioso que não lhe pertence, duvidando, porém, se esta joia corresponde àquela que fora entregue à sua guarda por B (abuso de confiança: art. 205.º, CP) ou simplesmente perdida por alguém (apropriação ilegítima em caso de coisa achada: art. 209.º, n.º 2, CP).

Chegados aqui e antes de avançarmos, julgamos que se justifica uma análise mais detalhada da estrutura típico-subjetiva do dolo alternativo, iniciando-a pela investigação do conceito dogmático de dolo, também na sua demarcação face à negligência consciente.

### 1. Dolo e negligência consciente

De acordo com a doutrina penal largamente maioritária, o dolo do tipo consiste no conhecimento e vontade que tem por objeto a realização de elementos constitutivos do tipo legal. Discute-se, todavia, a extensão desse objeto. Assim e tratando-se de crimes materiais, Roxin, entre outros, integra no objeto do dolo a ação típica na sua totalidade: i. é, além da criação do perigo concreto, também a sua realização causal num resultado típico, sustentando que “(...) la ‘realización del plan’ constituye la esencia del dolo<sup>2</sup>”. Outros consideram esta definição demasiado abrangente, como é o caso de Silva Sánchez, que afirma:

“El dolo consiste en conocer y querer los elementos del tipo, pero en la medida en que constituyen lo *injusto típico objetivo* del hecho. Así resulta que el objeto del dolo ha de ser básicamente el *riesgo* contenido y determinable ex ante en la conducta del sujeto. El *curso causal* y el *resultado* en tanto que, aunque elementos del tipo punible de los delitos de resultado consumados, no configuran su *injusto típico*, no son objeto del dolo<sup>3</sup>”.

Há ainda penalistas que admitem um objeto mais ou menos amplo consoante a forma concreta de dolo em causa<sup>4</sup>. Neste sentido, Jeschek e Weigend

---

<sup>2</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tradução da 2.ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas Ediciones, 1997, Tomo I, § 12, 6.

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “‘Aberratio ictus’ e imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 37, n.º 2, 1984, p. 367.

<sup>4</sup> Comumente, diz-se que são três as formas ou classes de dolo, a saber: a) dolo intencional direto ou de 1.º grau, que se verifica quando o agente persegue imediata ou diretamente

subscrevem a opinião segundo a qual “(...) el resultado típico sólo integra el contenido de la voluntad en la intención (*Absicht*)<sup>5</sup>, mientras que en el dolo directo y eventual dicha voluntad se limita a la ejecución de la acción típica que pone en peligro el objeto de la acción<sup>6</sup>”. Por sua vez, Jakobs, tendo por base a distinção entre consequências principais e secundárias da ação, defende que só as primeiras integram o conteúdo da vontade: “Las consecuencias principales son (...) contenido tanto del conocimiento como de la voluntad; las consecuencias secundarias son contenido del conocimiento, y se perciben como dependientes de la voluntad. (...) Esto quiere decir que en el ámbito de las consecuencias principales, el autor se ha desmarcado volitiva e intelectualmente de la evitación de las consecuencias, y en el ámbito de las consecuencias secundarias sólo se ha demarcado intelectualmente, mientras que el aspecto volitivo se queda sin objeto<sup>7</sup>”.

Será, também, em função da classe de dolo que varia a relação anímica que intercede entre os momentos cognitivo e volitivo constitutivos do respetivo conteúdo. Tratando-se de dolo intencional direto ou de 1.º grau, é a vontade que impera: efetivamente e mesmo que o autor represente a realização do facto somente como possível, diz-se que há dolo de 1.º grau caso aquele atue querendo de modo imediato ou direto essa realização. Sirva de exemplo a situação seguinte: A, que tem grande experiência no uso de armas de fogo, mas está muito distante do seu inimigo B, dispara a sua carabina de longo alcance querendo causar a morte deste último.

---

(intencionalmente) a realização do facto (cfr. art. 14.º, n.º 1, CP); b) dolo intencional necessário ou de 2.º grau, consistindo esta forma na representação pelo agente da realização do facto como consequência necessária da sua conduta (cfr. art. 14.º, n.º 2, CP); dolo eventual, que respeita à representação pelo agente da realização do facto como consequência possível da sua conduta, conformando-se aquele com essa realização (cfr. art. 14.º, n.º 3, CP).

<sup>5</sup> A expressão *Absicht* é usada pelos penalistas alemães para designar o dolo direto intencional ou de 1.º grau.

<sup>6</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tradução de Miguel Olmedo Cardenete, 5.ª ed. (renovada e ampliada), Granada, Editorial Comares, 2002, § 29, II, n.º 2.

<sup>7</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2.ª ed. (corrigida), Madrid, Marcial Pons, 1997, 8/8.

No caso de dolo intencional necessário ou de 2.º grau, o agente atua sabendo que a conduta imediatamente querida há de ter como consequência necessária a realização de um ilícito criminal. Apesar do agente representar a ocorrência deste último ilícito como certa ou altamente provável caso se verifique o facto principal<sup>8</sup>, ele não deixa de ser por essa razão uma consequência secundária no seu plano de ação. É dizer que o momento determinante é, agora, o cognitivo, estando a vontade de algum modo refém do resultado verdadeiramente perseguido.

Mais controversa é a caracterização dogmática do dolo eventual, particularmente no que respeita à sua diferenciação face à negligência consciente. Efetivamente e em ambas as situações, o agente tem consciência da possível realização do facto. Entretanto e segundo Roxin, tratando-se do dolo eventual existe ainda uma decisão pela lesão (possível) do bem jurídico, diferentemente do que se verifica na negligência consciente em que essa decisão está ausente: neste último caso, o resultado é estranho à vontade do sujeito ativo, sendo, porém, objetivamente imputável à respetiva conduta em virtude desta se revelar contrária ao dever de cuidado *in concreto* exigível. Assim, p. ex., se A, insultado por B, empunha uma arma não sabendo se quer usá-la para ameaçar este último ou para matá-lo e ela por razões alheias à vontade de A acaba por disparar causando a morte de B, o autor incorrerá na prática de um crime de homicídio por negligência p. e p. no art. 137.º, CP.

Numa perspetiva só parcialmente coincidente com a dominante, Welzel e os outros finalistas veem no dolo o elemento final da ação, uma vez que esta não se reduz a um simples processo causal, devendo antes ser descrita como uma atividade humana conscientemente dirigida a um fim. Não surpreende, portanto, que estes penalistas, sem ignorar totalmente o momento intelectual, atribuam

---

<sup>8</sup> A doutrina costuma distinguir dois grupos de hipóteses, sendo certo que em ambas as situações o dolo necessário deve ser afirmado: a) o agente representa como certo o facto principal, ao qual se segue, inevitavelmente, o resultado não imediatamente querido; b) o agente representa como incerta a consequência principal, mas verificando-se esta o facto secundário ocorrerá seguramente [*vide*, por todos, JAKOBS (nota 7), 8/18].

uma relevância particular ao elemento volitivo, em termos de Welzel afirmar que “dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito<sup>9</sup>”.

Nos tempos mais recentes, assiste-se a uma sobrevalorização do elemento intelectual do dolo, negando-se um significado dogmático especial à vontade<sup>10</sup>. Destarte e em benefício desta compreensão, convoca-se, frequentemente, o instituto do “erro sobre as circunstâncias do facto” (cfr. art. 16.º, CP), na medida em que segundo este instituto basta à exclusão do dolo do tipo o desconhecimento de elementos de facto ou de direito que integram a factualidade típica, sem que se preveja a mesma consequência para a falta de vontade<sup>11</sup>.

Outros autores vão, porém, ainda mais longe, atribuindo ao conhecimento inscrito no dolo um sentido exclusivamente normativo<sup>12</sup>. Mais precisamente:

---

<sup>9</sup> WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Tradução da 11.ª edição alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, 4.ª ed, Santiago do Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 77.

<sup>10</sup> Em termos categóricos, RAGUÉS i VALLÈS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 4, 2004, p. 13, afirma: “Aunque tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y por los tribunales, hasta el punto de poderse afirmar que, hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, *el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento*” (os “itálicos” são do autor). Também, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Montevideo, Editorial B de f, 2012, p. 649, contrariando a posição assumida em estudo anterior (*vide* nota de rodapé n.º 3) e distinguindo entre objeto e conteúdo do dolo, afirma a respeito deste último que “(...) debe optarse por un contenido cognoscitivo. La voluntariedad no es elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes”.

<sup>11</sup> Criticamente, ROXIN, (nota 2), § 12, ns.º 38 e ss.: “Una interpretación que reduce el dolo exclusivamente al componente de saber es demasiado intelectualista”. Por outro lado e tendo por referência a jurisprudência alemã, o mesmo autor assinala a divergência seguinte: “Mientras que en la literatura científica cada vez existe más oposición al elemento volitivo del dolo, la jurisprud. de los años ochenta muestra una tendencia contraria: se rechaza el dolo por falta de ‘querer’ aun cuando el sujeto se hubiera percatado de la considerable peligrosidad de su conducta y hubiera dejado que las cosas siguieran su rumbo” [ROXIN (nota 2), § 12, n.º 68]. Já DÍAZ PITA, María del Mar, “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”, *Revista Penal*, n.º 17, 2006, p. 71, sustenta que “la eliminación del elemento volitivo en el dolo representa un claro ejemplo de una dogmática penal, en contradicción con la racionalidad cotidiana, que permite una expansión de los supuestos dolosos, diluyendo la barrera entre el dolo y la imprudencia”.

<sup>12</sup> Assim, v.g., CARO JOHN, José Antonio, “La normativización del tipo subjetivo en el ejemplo del dolo”, *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 39, 2012, p. 24: “En la dogmática jurídico-penal se han esbozado diversas teorías para concebir y dar contenido a la faceta subjetiva que completa el juicio

segundo esta tendência doutrinária, o conhecimento e a vontade são simples dados psíquicos (estados mentais) eventualmente indiciadores da existência de dolo, mas que não se prestam à caracterização normativa deste último: tal “(...) es metodológicamente inadecuado, porque ningún dato empírico puede ser *a priori* un candidato relevante para subsumirse en un concepto si éste aún no ha sido esclarecido<sup>13</sup>”. Sendo, portanto, o dolo uma propriedade normativa que nos permite definir o caso genérico doloso (premissa maior) a que há de subsumir-se o caso individual (premissa menor), sustenta-se que a aproximação semântica ao respectivo conceito obedece a critérios, por um lado, teleológico-funcionais de tutela penal (estabilização de expectativas normativas) e, por outro, derivados da *ratio legis* que fundamenta a punição agravada dos crimes praticados com dolo. A respeito deste fundamento e tendo por base o axioma seguinte: “La orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas<sup>14</sup>”, afirma-se que, atuando o agente deste modo, o desvio que protagoniza encerra uma intensidade comunicativa idêntica à do preceito jurídico-penal violado e deve ser, assim, severamente punido.

Nestes termos e tendo, assim, por base a maior ou menor intensidade comunicativa que o sujeito ativo empresta, objetivamente, à sua ação, diz-se que o “*dolo es la especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento*<sup>15</sup>” (o “itálico” é

---

de tipicidad. Estos planteamientos se pueden dividir en dos grandes grupos: por un lado, las teorías *psicologicistas*, que parten de una concepción naturalista del mundo y llevan ese razonamiento al ámbito del Derecho penal, para concluir que la imputación subjetiva ha de verificar la psique del actuante y determinar la existencia de ciertas representaciones mentales para configurar la imputación subjetiva. Y, por otro lado, se encuentran las teorías *normativistas* que, partiendo de una premisa totalmente distinta, entienden que el conocimiento que le interesa al Derecho penal no es un dato psíquico que se halla en la mente del autor, sino que es el resultado de una atribución de sentido normativo a una forma del conocimiento humano” (os “itálicos” são do autor).

<sup>13</sup> PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 6, 2012, p. 14.

<sup>14</sup> Assim, PÉREZ BARBERÁ (nota 13), p. 20.

<sup>15</sup> PÉREZ BARBERÁ (nota 13), p. 32.



do autor). Dito de outro modo: decisivo para a afirmação ou não do dolo é a capacidade de previsão (logo, evitação) da conduta proibida revelada *ex ante* por um observador médio, inscrito no contexto social concreto da ação.

Trata-se, portanto, de uma compreensão estritamente normativa do dolo que priva o respetivo conteúdo das referências empíricas que a dogmática penal, comumente, lhe atribui e o converte numa simples hipótese objetivo-probabilística<sup>16</sup> que serve de conclusão a um raciocínio lógico-indutivo. É dizer que se parte da análise empírica do contexto social concreto da ação típica, investigando aí os dados psíquicos que interessam, mas apenas indiciariamente e numa perspectiva normativa<sup>17</sup>, à qualificação objetivamente dolosa da conduta do agente: “(...) ‘si se da un conocimiento x del autor, una voluntad y, una entidad del peligro z, etc., entonces existe (objetivamente) una probabilidad p de previsión de la realización del tipo’<sup>18</sup>”. Todavia e para que os sobreditos dados empíricos – físicos e psíquicos – sejam os objetivo-normativamente corretos, é necessária a existência de certas regras de relevância, a saber:

“La primera (...) reza lo siguiente: *para que un dato empírico – psíquico o físico – pueda ser relevante, es necesario que sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos, en el grado de posibilidad objetiva de previsión del apartado de una regla jurídico-penal.* (...) Mucho más importante es la segunda regla de relevancia, que (...) rige sólo para determinar la relevancia de los estados mentales. Ella dice: *para que un estado mental pueda ser considerado relevante es necesario que sea*

---

<sup>16</sup> Segundo PÉREZ BARBERÁ (nota 13), p. 36, “estas hipótesis de probabilidade son objetivas, en el sentido de que es irrelevante qué se representa una persona particular acerca de esa probabilidad”.

<sup>17</sup> Acentuando a primazia da dimensão normativa, CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.º 7, 2006, p. 252, afirma: “(...) la imputación subjetiva adquiere sentido normativo cuando la pregunta acerca de lo subjetivo comienza por lo que el autor debía saber en el contexto social concreto de su actuación. Los conceptos de dolo y culpa no se estructuran de este modo sobre el mero conocer psico-biológico de los elementos objetivos del tipo, sino sobre el deber-conocer dichos elementos”.

<sup>18</sup> PÉREZ BARBERÁ (nota 13), p. 36.

*epistémicamente racional, o – lo cual es lo mismo – que el estado mental en cuestión tenga un origen o fuente racional<sup>19</sup>* (os “itálicos” são do autor).

Portanto e em conclusão, a factualidade típica – vista, habitualmente, como objeto do dolo – assume-se como hipótese explicativa deste último, significando isto que a tradicional estrutura normativa tipo objetivo/tipo subjetivo é substituída por outra alteridade: tipo de explicação/tipo de imputação. A este respeito, afirma o autor que temos vindo a citar: “El dolo deja de ser, pues, un ‘concepto referencial’ (en el sentido de que su extensión viene determinada por la extensión de su objeto: el ‘tipo objetivo’ al que el dolo ‘se refiere’), para, en todo caso, passar a ser un concepto *de referencia*: él determina qué datos empíricos resultan relevantes para su realización<sup>20</sup>”.

Também a negligência consciente tem sido objeto de uma ampla discussão doutrinária, havendo quem sustente, *de lege ferenda* e em virtude das dificuldades de delimitação desta figura jurídica face à do dolo eventual, a inscrição de ambas numa nova e única categoria dogmático-normativa, inspirada na *recklessness* anglo-saxónica<sup>21</sup>. Entretanto e se adotarmos uma perspetiva normativista, deveremos concluir que o critério decisivo da distinção em causa deve ser procurado de fora para dentro: i. é, objetivamente<sup>22</sup>. Neste sentido e tendo em consideração as regras de relevância a que nos referimos acima, poder-se-á definir a negligência como “*la especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento*<sup>23</sup>”. É o que

---

<sup>19</sup> PÉREZ BARBERÁ (nota 13), p. 39.

<sup>20</sup> PÉREZ BARBERÁ (nota 13), p. 42.

<sup>21</sup> Em conformidade com o “dispositivo de aplicação” adstrito ao artigo 9.º (*mens rea*) do projeto comunitário *Corpus Juris* (versão de 2000), “the offender acts recklessly if he is aware of the risk that the circumstances that amount to the constituent elements of the offence exist and that it is unreasonable, having regard to the circumstances known to him, to take that risk”.

<sup>22</sup> Assim, entre outros, CARO JOHN (nota 12), p. 25: “(...) la visión normativista parte de lo externo de la conducta para llegar a la mente del autor”.

<sup>23</sup> PÉREZ BARBERÁ (nota 13), p. 32.

sucede, designadamente, se o agente atua em virtude de uma crença irracional, dado que “(...) entonces la imputación a título de dolo queda excluida, pues ésta, por imponer una pena mayor, requiere una intensidad también mayor en el apartamiento de la regla, intensidad que no se alcanza con una génesis irracional de esa clase de estado mental<sup>24</sup>”. Sirva de exemplo a situação seguinte: A, estando convencido que B não sabe nadar (este é hindu e para esta etnia religiosa a água é sagrada), atira a vítima para dentro de uma piscina de águas profundas, vindo B a morrer afogado, mas simplesmente porque nunca aprendeu a nadar. Ao autor apenas poderá ser imputado um crime de homicídio por negligência.

Já aqueles penalistas que veem no dolo a vontade de realização do tipo objetivo do crime (doutrina da ação final), admitem, também, a existência de vontade na negligência consciente, só que essa vontade está, agora, orientada a evitar a materialização do resultado representado como possível<sup>25</sup>. É dizer que “todas las circunstancias que el autor toma en cuenta como posiblemente existentes o como de posible producción, son abarcadas por su dolo, a no ser que su voluntad de realización esté dirigida precisamente a evitar una consecuencia accesoria reconocida como de posible producción<sup>26</sup>” (“auto-delimitação da vontade de realização”). Em todo o caso, “sólo existe una eficaz voluntad de realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias si el autor, a la puesta de su dirección, y a su *propria* habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado<sup>27</sup>” (critério externo ou objetivo). Sirva de exemplo o conhecido caso de Lackmann: numa barraca de feira, A aceita o desafio de um amigo disparando contra uma bola de cristal que uma rapariga – B – segura entre as mãos, acabando por errar o tiro e ferindo esta última no braço. Caso A tenha posto toda a sua atenção e usado de toda a sua habilidade no sentido de evitar a lesão

---

<sup>24</sup> PÉREZ BARBERÁ (nota 13), p. 28.

<sup>25</sup> Assim e pela primeira vez, KAUFMANN, Armin, “El dolo eventual en la estructura del delito: las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 13, n.º 2, 1960, pp.185 e ss.

<sup>26</sup> KAUFMANN (nota 25), p. 201.

<sup>27</sup> KAUFMANN (nota 25), p. 197 (o “itálico” é do autor).

de **B** e esta sua atitude tenha sido manifesta<sup>28</sup>, o resultado só lhe poderá ser imputado a título de negligência (consciente); se, pelo contrário, abandonou à sorte a não verificação da consequência lesiva, terá atuado com dolo (eventual).

Na perspectiva das teorias tradicionais (intelectivo-volitivas), a caracterização dogmática da negligência consciente é realizada contrapondo esta figura jurídico-penal ao dolo eventual. Destarte e de entre as várias expressões usadas a respeito deste último: “estar de acordo com” (teoria da aprovação), “admitir como possível” (teoria da possibilidade), “ter como provável” (teoria da probabilidade), “correr o risco” (teoria do risco), etc<sup>29</sup>, destacamos a “indiferença” por nos parecer que se ajusta melhor à definição *a contrario sensu* da negligência consciente. Quer se trate do dolo eventual ou da negligência consciente, em ambas as situações o autor representa como possível a ocorrência do resultado. Todavia, na primeira hipótese e em razão da indiferença que manifesta (é-lhe irrelevante a produção do resultado), o agente atuará com dolo eventual, diversamente do que sucede na outra situação: efetivamente e não agindo, agora, o sujeito ativo com indiferença face à possível lesão do bem jurídico, antes se limitando a confiar na sua não verificação, esta consequência só lhe poderá ser imputada a título de negligência (consciente). Ver-se-á adiante porquê e como.

### 1.1. A nossa opinião

De um modo que nos parece irrefutável e tendo, particularmente, em vista a teoria de Armin Kaufmann respeitante à delimitação do dolo, afirma Hassemer:

“Qué tipos de comportamientos dolosos se deben diferenciar, cuáles se deben deslindar de los no dolosos, cuáles se deben sancionar

---

<sup>28</sup> A este respeito, KAUFMANN (nota 25), pp. 198 e s., diz: “(...) el ‘confiar’ en *poder* evitar un resultado solo es voluntad de realización, y excluye, por tanto, el dolo, si, por la forma de elección de los medios y de la dirección, se hace patente en el *curso de la acción* misma” (os “itálicos” são do autor).

<sup>29</sup> Uma descrição muito completa destas e outras teorias encontra-se em ROXIN (nota 2), § 12, ns.º 32 e ss.

penalmente, todas estas perguntas no se pueden discutir desde un punto de vista ontológico sino sólo desde una perspectiva deontológica, es decir, son cuestiones que quedan abiertas a las expectativas de justicia históricamente variables<sup>30</sup>.

Acontece ainda que dispomos, na legislação penal vigente e ao contrário do que sucede em muitos outros países, de uma definição de dolo e negligência, estando, destarte, os tribunais vinculados ao conteúdo normativo dos preceitos jurídico-penais que preveem essa definição (cfr., respetivamente, arts. 14.º e 15.º, CP).

Tomando em consideração aquele pressuposto deontológico, por um lado, e o enquadramento legal em vigor entre nós, por outro, somos levados a concluir que subjacente a todas as formas de dolo está uma decisão do agente pela realização do facto. Em todo caso, isto é ainda claramente insuficiente para uma compreensão mais precisa e ajustada deste conceito normativo-legal. Efetivamente e desde logo, convém que se aprofunde o que é uma decisão *stricto sensu*.

Diz Aristóteles, na sua *Ética a Nicómaco*<sup>31</sup>: “(...) a decisão será uma intenção deliberante das coisas que nos dizem respeito e que dependem de nós<sup>32</sup>”. É dizer que, sendo a decisão, na sua essência, um ato de natureza volitiva (intenção deliberante), ela não fará, todavia, sentido se a privarmos do conhecimento do mundo (das coisas que nos dizem respeito e dependem de nós): não se pode querer o que não se conhece<sup>33</sup>. Daí se deduz, também, a

---

<sup>30</sup> HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 43, n.º 3, 1990, p. 913.

<sup>31</sup> Por referência à clarificação e articulação de certos conceitos: decisão, desejo e anseio, desenvolvida por Aristóteles em a *Ética a Nicómaco*, RICOEUR, Paul, *O Discurso da Ação*, Lisboa, Edições 70, 2014, p. 150, considera que o célebre filósofo grego “é ao mesmo tempo o pai do método fenomenológico e da análise linguística aplicada ao agir”.

<sup>32</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Tradução do grego de António de Castro Caeiro, 2.ª ed, Lisboa, Quetzal Editores, 2006, p. 67.

<sup>33</sup> De igual modo, HASSMER (nota 30), p. 920: “El componente intelectual es simplemente una condición necesaria de la decisión porque sólo podemos hablar de una decisión cuando aquél que

inaceitabilidade teórico-prática das teses, exclusivamente, cognitivas ou volitivas de dolo.

Por outro lado e como é implícito ao que acabamos de afirmar, a decisão inscreve-se por inteiro no foro íntimo daquele que a adota, respeita apenas à sua consciência e às motivações em que funda a vontade própria, inferindo-se destas circunstâncias pessoais que uma análise objetiva ou externa do dolo não se presta a uma delimitação precisa do respetivo conteúdo. Efetivamente e ao contrário do que defendem os normativistas, a indagação acerca do *animus delinquendi* do autor à data dos factos é decisiva para a afirmação *in casu* do dolo do tipo, sem prejuízo dessa indagação tomar, sobretudo, como base os factos indiciários resultantes da investigação feita às circunstâncias do crime e que se connexionam com ele, desde que tais factos permitam segundo as regras da experiência (cfr. art. 127.º, Código de Processo Penal) a imputação ao agente dos elementos (conhecimento e vontade) constitutivos de uma atitude pessoal dolosa<sup>34-35</sup>.

Tendo, agora, presente o particular objeto da decisão em causa, parece-nos que ela abarca *ex ante* – tanto no plano cognitivo como volitivo – todas as consequências (principal e acessórias) desde que constantes do plano de ação do agente, assim como o curso causal que conduz a elas, e ainda independentemente dos sentimentos que as mesmas possam despertar no autor. Damos, assim, razão

---

la toma sabe lo que asume, porque la voluntad se refiere al mundo, a lo querido, porque no se puede concebir una voluntad vacía de contenido”.

<sup>34</sup> Apesar de partir de um conceito de dolo distinto do nosso, vendo nele apenas o conhecimento dos elementos que integram o tipo objetivo, RAGUÉS i VALLÈS (nota 10), p. 20, considera, acertadamente, que “sólo cuando el juez encuentre en la interacción social una regla de experiencia de vigencia indiscutible según la cual, presupuestos ciertos datos objetivos, una persona por fuerza ha sido conocedora de determinados hechos, podrá atribuir correctamente dichos conocimientos al concreto acusado”.

<sup>35</sup> Acentuando a natureza indiciária da prova recolhida em juízo, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 10.ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 182, nota 25, afirma: “En realidad, si se excluyen los delitos cometidos durante la audiencia, donde el hecho probatorio se identifica con el hecho que se ha de probar, las *pruebas directas* no existen” (o “*itálico*” é do autor). De igual modo, GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II)”, *Jueces para la democracia*, n.º 47, 2003, p. 45, considera que “probablemente, la distinción entre prueba directa e indirecta es una cuestión de grado, que dependerá del número de inferencias que haya que realizar y del carácter más o menos evidente de las máximas de experiencia”.

a Armin Kaufmann quando sustenta que “se debe partir de que la voluntad de realización se *puede* extender a *todas* las consecuencias y modalidades del obrar, si el autor cuenta con la posibilidad de su existencia o de su producción<sup>36</sup>” (os “*itálicos*” são do autor).

Finalmente e no caso específico da negligência consciente, o sujeito ativo, representando embora a possível realização do facto<sup>37</sup>, não se decide por ela, na exata medida em que lhe falta a vontade para tanto. Destarte, o resultado típico que acaba por se concretizar e é, portanto, alheio à sua vontade, só lhe poderá ser subjetivamente imputado desde que se faça prova de que nele se materializa o risco não permitido derivado da violação de um especial dever de cuidado a que o agente está concretamente vinculado<sup>38</sup>. Dito ainda de outro modo: o autor negligente sobreavalia – contrariando a regra de cuidado que lhe é concretamente exigível – a sua capacidade de ação, consistindo, destarte, o desvalor de ação – não numa atividade finalmente determinada, como no dolo –, mas, sim, numa insuficiente previsibilidade subjetiva.

De qualquer modo e na determinação do dever de cuidado *in casu* sindicável, importa atender, por um lado, a critérios normativos, com eficácia para a ação, exigíveis, no âmbito da situação em causa, a uma pessoa razoável e prudente (figura-barómetro)<sup>39</sup>, mas sem ignorar, por outro, as capacidades

---

<sup>36</sup> KAUFMANN (nota 25), p. 194.

<sup>37</sup> ROXIN (nota 2), § 24, n.º 63, esclarece que “(...) por grande que sea el peligro, sólo concurre una imprudencia consciente si el sujeto se ha representado al menos la posibilidad de una lesión típica de bienes jurídicos; no basta con que hubiera debido ser consciente de esta posibilidad”. Diversamente, JAKOBS (nota 7), 9/3: “(...) toda imprudencia, tanto consciente como inconsciente, está caracterizada negativamente: Falta el conocimiento de la realización del tipo. La separación de imprudencia consciente e inconsciente carece de sentido (...)”.

<sup>38</sup> JAKOBS (nota 7), 9/6, manifesta-se contra a existência de um dever de cuidado na negligência, nos termos seguintes: “Por lo que se refiere a la supuesta existencia de un *deber* de cuidado o de una *infracción* de cuidado que caracterice la imprudencia, en ésta no hay – como en el dolo – más deber que el que surge de la norma, y sólo este deber se infringe: En la comisión imprudente, el autor debe omitir el hecho, y en la omisión imprudente debe realizarlo (cuidadosamente)” (os “*itálicos*” são do autor). Por sua vez, ROXIN (nota 2), § 24, n.º 12, considera que “el elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación. Es más vago que éstos y por tanto prescindible”.

<sup>39</sup> Assim, p. ex., as normas jurídicas que disciplinam a circulação rodoviária. Neste e noutros sectores da vida em sociedade, impera, portanto e *a contrario sensu*, um princípio de confiança,



especiais – i. é, acima da média – do autor<sup>40</sup>. Veja-se o exemplo seguinte: um cirurgião, cuja invulgar competência técnica é conhecida de todos, opera um paciente de um modo que apenas seria expectável de um especialista, medianamente, habilitado, vindo o doente a morrer. Tendo em consideração os conhecimentos invulgares do profissional de saúde em causa, este deve ser considerado autor de um crime de homicídio por negligência.

## 2. Dolo alternativo: estrutura típico-subjetiva

A larga maioria dos autores sustenta que a alternatividade não dispensa antes nos obriga a considerar abarcados pelo dolo do tipo ambos os crimes representados pelo autor, precisamente porque este atua não afastando a realização de nenhum deles. Discute-se, todavia, se o “dolo duplo” compreende qualquer classe ou forma de dolo ou apenas alguma(s) dela(s). Neste sentido e diferentemente, v.g., de Jescheck e Weigend de acordo com os quais “las tres clases de dolo también pueden aparecer en forma de ‘dolo alternativo’<sup>41</sup>”, outros, como Roxin, entendem que “(...) los dolos alternativos pueden existir sin más uno junto al otro, cuando al menos uno de ellos aparece en forma de *dolus eventualis*<sup>42</sup>”. Já Jakobs sustenta que “en el dolo alternativo se pueden vincular todos los dolos que no tengan por contenido la producción segura de la consecuencia de la acción...<sup>43</sup>”.

---

em conformidade com o qual aqueles que se comportam devidamente podem confiar em que os outros ajam de igual modo, sempre e quando não existam indícios concretos em sentido contrário [vide, por todos, ROXIN (nota 2), § 24, ns.º 21 e ss.]. JESCHECK; WEIGEND (nota 6), § 54, I, n.º 3, sustentam, todavia, que “(...) la concreción de los deberes de cuidado, en continuo y permanente desarrollo, no es imaginable de otro modo que por la vía de la praxis judicial, circunstancia ésta que además permite que el ciudadano también pueda instruirse más fácilmente por su propia experiencia que por medio del contenido de las leyes”.

<sup>40</sup> Tendo por objeto a acesa polémica entre as concepções generalizadora e individualista em sede de negligência típica, ROXIN (nota 2), § 24, n.º 50, opina: “(...) la solución materialmente correcta discurre entre medias de las dos concepciones extremas: las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben sin embargo emplearse. Por tanto, se ha de generalizar hacia ‘abajo’ e individualizar hacia ‘arriba”.

<sup>41</sup> JESCHECK; WEIGEND (nota 6), § 29, III, n.º 4.

<sup>42</sup> ROXIN (nota 2), Claus. § 12, n.º 8o.

<sup>43</sup> JAKOBS (nota 7) 8/33. Esta é, também, a opinião de WELZEL (nota 9), § 13, I, n.º 2, al. e).



Diferentemente, entendemos que – caso se queira ser, inteiramente, coerentes no que respeita ao conceito (que subscrevemos) de dolo como conhecimento e vontade – dever-se-á concluir que, embora o agente não ignore antes conheça as consequências tipicamente distintas da ação que empreende, na realidade este conhecimento vai, assumidamente, para além da sua vontade de realização: efetivamente, ele exclui *ab initio* a realização simultânea dos resultados por ele representados, admitindo apenas a verificação de um ou de outro, mas não de ambos. É dizer, portanto, que o dolo do tipo somente pode ser afirmado no que respeita a um dos resultados em alternativa, devendo o outro – caso se verifique – ser-lhe imputado, mas a título de negligência consciente.

Que sucede, porém, se não houver consumação? Nesta hipótese e porque um dos comportamentos alternativos será penalmente irrelevante (não há tentativa negligente), haverá um único crime na forma tentada.

### 3. Dolo alternativo: tratamento jurídico-penal

Alguns dos autores que subscrevem a tese do “dolo duplo”, acabam por negar qualquer relevância específica à alternatividade no que respeita às suas consequências jurídico-penais, advogando, portanto, que o autor seja condenado, a título de dolo e em concurso de crimes, nos termos gerais. É dizer e como refere Roxin, “(...) en tales constelaciones hay que castigar por cada uno de los tipos alternativos, imputándose como delito consumado el tipo realizado y como tentativa de delito el no realizado; si ni siquiera se ha producido ningún resultado (...), entonces existe una doble tentativa<sup>44</sup>”.

Existem, porém, outros penalistas que, sustentando embora a mesma tese do “dolo duplo” (no sentido de o dolo do tipo compreender os vários resultados alternativos), recusam, todavia, a solução punitiva proposta, por violadora do princípio da culpa. Assim e considerando o comportamento do agente na sua globalidade, afirma-se que havendo dolo alternativo a atuação do sujeito ativo

---

<sup>44</sup> ROXIN (nota 2), § 12, n.º 8o.

será menos contrária ao direito que a daquele outro que se decide pela consumação de todos os crimes representados. É dizer que se este último deve responder por todos os ilícitos criminais cometidos, já ao primeiro apenas deverá ser imputado um dos crimes alternativos, divergindo, todavia, na sua identificação<sup>45</sup>.

Efetivamente, há quem opte pelo tipo realizado ou – não havendo consumação – a menos grave das tentativas praticadas. Outros, criticando a benevolência excessiva da solução em caso de não consumação, defendem que nesta hipótese o agente deve ser punido pela tentativa mais grave. Finalmente e por entenderem que esta última proposta padece de uma incongruência punitiva evidente (existindo consumação do crime mais leve, apenas este releva para a determinação da pena, contrariamente ao que se verifica não havendo consumação, caso em que prevalecerá a tentativa mais grave), um terceiro grupo opina que, não apenas na hipótese de não consumação, mas, também, quando o tipo realizado seja o mais leve, o autor deverá responder pela prática do crime mais grave, na forma tentada.

Não é difícil concluir que todos estes três pontos de vista ficam aquém do necessário, na medida em que não refletem a totalidade do ilícito típico realizado. Destarte, alguns autores têm procurado construir uma solução que permita abarcar melhor o desvalor penal subjacente ao *dolus alternativus*. É o caso, v.g., de Schmitz, propondo este penalista que a pena concreta seja fixada tendo por referência as penas abstratas aplicáveis aos tipos legais de crime em alternativa, de modo a que os correspondentes limites inferior e superior correspondam, respetivamente, aos mais elevados limites mínimo e máximo daquelas penas abstratas. De fora ficariam as situações relativas a crimes de gravidade igual ou idêntica, como sucede, v.g., se alguém representa com dolo alternativo o homicídio de duas pessoas, situações essas em que se deveria apreciar a prática

---

<sup>45</sup> No que se segue acompanhamos a análise feita por GALÁN MUÑOZ, Alfonso. “El denominado ‘dolo alternativo’: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos”, *Revista Penal México*, n.º 5, setembro 2013-fevereiro 2014, pp. 146 e 149 e ss.

de um só crime, mas tendo em conta, não apenas que ele resulta da conexão alternativa de dolos, mas, também, a intensidade concreta destes dentro da referida conexão. Neste último sentido, o sobredito autor vai ao ponto de estabelecer uma tabela tripartida para auxiliar o juiz na tarefa de determinar se o facto *sub iudice* é cometido com dolo direto ou eventual<sup>46</sup>.

Em nossa opinião e tendo presente a estrutura típico-subjetiva que subscrevemos e analisámos atrás, o autor que atue com dolo alternativo deverá ser punido por um único crime doloso consumado, exatamente aquele que corresponde ao tipo realizado. Se, porém e ao arrepio da vontade do agente, ambos os resultados se efetivarem e estes não forem tipicamente equivalentes, deverá responder pela prática dolosa do crime mais grave, eventualmente em concurso com o outro ilícito típico, caso este seja punível na forma negligente. Esta última solução aplicar-se-á, também, na hipótese de os resultados produzidos evidenciarem uma gravidade idêntica, ainda que, agora, seja relativamente indiferente qual deles se predica de doloso. Por último e inexistindo consumação, também só se poderá apreciar – nos termos gerais – a prática de uma única tentativa, considerando-se dolosa a execução que representa uma maior danosidade social ou, sendo a ofensividade semelhante, qualquer das ações em alternativa desde que haja execução ou início de execução.

---

<sup>46</sup> Assim, a primeira alternativa respeita à situação seguinte: caso o autor considere como certa a realização de um dos resultados alternativos, a probabilidade de produzir um ou outro seria de 50%, mas atuaria representando a 100% a possibilidade de verificação de um desses resultados: isto é, dois dolos atenuados somariam um dolo direto.

### III DETERMINAÇÃO ALTERNATIVA

#### 1. “Determinação alternativa do facto” (*stricto sensu*)

No presente capítulo, ocupar-nos-emos da figura de direito processual penal que designamos por “determinação alternativa do facto”, havendo, todavia, quem prefira outras denominações: v.g., “subsunção alternativa na condenação”, “constatação processual alternativa”, “eleição da qualificação”, “condenação alternativa”, etc. Em todo o caso e em sentido estrito, estará em causa a problemática seguinte: em audiência de julgamento e após se esgotar a produção de prova, o juiz, estando embora convencido da prática pelo acusado de um ilícito criminal e da sua subsunção a um de dois tipos legais abstratamente elegíveis, não tem a certeza qual destes tipos é *in casu* aplicável. Para além do exemplo referido no início deste estudo, poder-se-á adiantar um outro, a saber: A, que tem uma relação estreita com uma organização criminosa dedicada ao tráfico de droga, recebe desta uma certa quantia em dinheiro. Todavia, o juiz não consegue determinar se está em causa uma operação de branqueamento ou a liquidação antecipada de uma entrega de estupefacientes.

Segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes na Alemanha<sup>47</sup>, o recurso judicial à figura da “determinação alternativa do facto” só deverá ocorrer caso se verifiquem os requisitos seguintes<sup>48</sup>:

- a) haja a certeza de que a conduta do acusado configura a prática de um ilícito criminal, não sendo, assim, admissível qualquer hipótese fáctica alternativa desprovida de relevância penal (*tertium non datur*);

---

<sup>47</sup> Tendo por referência a admissibilidade da “determinação alternativa do facto” fora da Alemanha, JESCHECK; WEIGEND (nota 6), § 16, III, n.º 2, al. b), reconhecem que “(...) por motivos derivados del Estado de Derecho, (...) sólo se sostiene su defensa dentro de unos límites muy estrechos”.

<sup>48</sup> Acompanha-se a análise feita por VERDE, Alejandra, “Subsución alternativa en la condena (*Wahlfeststellung*)”, *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2016, pp. 9 e s.

- b) sejam dois os tipos legais elegíveis, traduzindo-se a respetiva aplicação na exclusão recíproca dos ilícitos criminais neles subsumíveis: isto é, o acusado só poderá ter cometido um ou outro dos crimes aí previstos, nunca ambos;
- c) tendo em consideração as hipóteses legais em confronto, não exista relativamente a nenhuma delas qualquer circunstância – designadamente uma causa de exclusão – que obste à condenação do acusado;
- d) tenha sido esgotada a produção de todos os meios de prova necessários à boa decisão da causa, subsistindo, todavia, a dúvida quanto ao concreto ilícito criminal praticado pelo acusado;
- e) a acusação tenha sido formulada respeitando a alternatividade em causa.

Assim e em sentido estrito, esta figura jurídico-processual não se confunde com outras, nomeadamente a chamada “alternatividade fáctica pura”<sup>49</sup> que se verifica quando a dúvida recai sobre duas ou mais ações do agente, sendo uma delas necessariamente típica ou todas elas, tipicamente, equivalentes. De facto e ao contrário do que sucede com a “determinação alternativa do facto” (*stricto sensu*), em ambas as sub-hipóteses desta outra entidade jurídico-penal verifica-se a subsunção inequívoca num certo e determinado tipo legal de crime. É exemplo da primeira alternativa a situação seguinte: no decurso do mesmo processo, A é chamado a depor por duas vezes e fá-lo contraditoriamente; embora se desconheça qual dos dois testemunhos é falso, ele incorre necessariamente na prática do crime de “falsidade de testemunho” (cfr. art. 360.º, n.º 1, CP). Ilustra já a outra sub-hipótese o caso em que há incerteza sobre se B, que se sabe ter coagido C, usa de violência ou ameaça com um mal importante (cfr. art. 154.º, n.º 1, CP).

---

<sup>49</sup> Cfr., entre outros, JESCHECK; WEIGEND (nota 6), § 16, III, n.º 2, al. c).

A “determinação alternativa do facto” distingue-se, também, da alternatividade fáctica que resulta da incerteza sobre o tipo legal *in casu* aplicável, estando, porém, as normas elegíveis numa relação de subsidiariedade<sup>50</sup>. É que, agora e diversamente do que se verifica na figura processual penal em análise, as possibilidades legais *in abstracto* convocadas não se excluem reciprocamente. A respeito desta outra alternatividade, Jescheck e Weigend anotam:

“Anteriormente, la jurisprudencia limitó el principio ‘in dubio pro reo’ a relaciones graduadas lógicamente en las que la situación benéfica para el autor está contenida conceptualmente en la más perjudicial, como sucede, por ejemplo, en la relación entre tipo básico y cualificado. Sin embargo, esta limitación innecesaria sólo conduce a *soluciones evasivas* que son evitadas cuando la proposición ‘in dubio pro reo’ es extendida a graduaciones valorativas<sup>51</sup>” (o “itálico” é do autor).

Destarte e quando por insuficiência insuperável da prova realizada, não há a certeza se a conduta sindicada integra a *lex primaria* ou preenche apenas a *lex subsidiariae*, sendo, porém, certo que é subsumível numa das duas, o autor só poderá ser punido por força do princípio *in dubio pro reo* pelo crime mais leve. Por exemplo: A conduz um veículo automóvel à revelia do respetivo proprietário B, não chegando, contudo, a demonstrar-se, cabalmente, se o faz com a intenção de se apropriar dele ou apenas para usufruir daquele carro “topo de gama” (cfr., respetivamente, arts. 204.º, n.º 2/a e 208.º, n.º 1, CP).

---

<sup>50</sup> Por relação de subsidiariedade, entende-se a existente entre tipos legais quando um deles deva ser aplicado apenas na hipótese de não se verificar *in abstracto* a aplicabilidade de outro tipo legal que comine pena mais grave: *lex primaria derogat legi subsidiariae* (cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, Tomo I, pp. 997 e ss.).

<sup>51</sup> JESCHECK; WEIGEND (nota 6), § 16, II, n.º 2.

## 2. A tese intermédia de admissibilidade da “determinação alternativa do facto” (*stricto sensu*)

Maioritariamente, tanto a doutrina como a jurisprudência alemãs excluem, quer a extensão da “determinação alternativa do facto” (*stricto sensu*) a todas as hipóteses em que estejam em confronto tipos legais de crime que se excluem entre si (tese afirmativa extrema), quer a negação de aplicabilidade desta figura jurídica em todas essas mesmas situações (tese negativa extrema). De facto, e para além dos requisitos já referidos, tem-se procurado estabelecer outros critérios de admissibilidade que permitam a compatibilização do instituto de direito penal processual em causa com certos princípios estruturantes de um Estado de direito: *maxime*, princípio da legalidade criminal.

De entre estes últimos critérios de aplicação da “determinação alternativa do facto” em sentido próprio, destacaremos um saído da prática dos tribunais – “equivalência ético-jurídica e psicológica” –, outro criado pela doutrina: “identidade do núcleo de ilícito”. Assim e se tomarmos por referência a jurisprudência alemã, verificaremos no que respeita ao primeiro destes critérios que ela admite a sobredita alternatividade, entre outras, nas hipóteses seguintes: furto e recetação (cfr., respetivamente, arts. 203.º e 231.º/233.º, CP); inclusivamente, furto e recetação profissional (cfr. respetivamente, arts. 203.º e 231.º, n.º 4, CP) e furto e peculato (cfr. arts. 203.º e 375.º, CP); roubo e extorsão (cfr., respetivamente, arts. 210.º e 223.º, CP) e burla e infidelidade (cfr., respetivamente, arts. 217.º e 224.º, CP)<sup>52</sup>; exclui-a, todavia, estando em confronto, entre outros, os tipos legais de crime de aborto e burla (cfr., respetivamente, arts. 140.º e 217.º, CP); suborno e burla (cfr., respetivamente, arts. 363.º e 217.º, CP); roubo agravado e recetação (cfr., respetivamente, arts. 210.º, n.º 2 e 231.º, CP); furto e extorsão (cfr., respetivamente, 203.º e 223.º, CP) e furto e burla (cfr., respetivamente, arts. 203.º e 217.º, CP)<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Vide JESCHECK; WEIGEND (nota 6), § 16, III, n.º 2, al. b), nota 24.

<sup>53</sup> JESCHECK; WEIGEND (nota 6), § 16, III, n.º 2, al. b), nota 25.

Trata-se de um critério – como resulta dos exemplos indicados – demasiado vago que é fonte de insegurança jurídica. Não admira, portanto, que o mesmo tenha sido abandonado e substituído pelo da “identidade do núcleo de ilícito”, acentuando-se, agora, a paridade jurídica entre os tipos legais, abstratamente, aplicáveis: ela deve afirmar-se, não apenas no que respeita ao bem tutelado, mas, também, quanto à forma como este é posto em perigo ou lesionado. Em todo o caso e embora se pronunciem a favor deste último critério, Jescheck e Weigend alertam no sentido de que “(...) los puntos de referencia para una prueba consistente de los hechos no pueden ser menoscabados con vistas a una determinación alternativa que en sí misma resulta admisible<sup>54</sup>”.

### 3. A lei mais favorável (*lex mellior*)

Verificando-se todos os requisitos formais e materiais de uma “determinação alternativa do facto” (*stricto sensu*), existem, simultaneamente, uma certeza e uma dúvida processuais: a primeira consiste em saber que o acusado praticou um ilícito criminal, sendo este, substancialmente, idêntico em ambas as alternativas; a segunda respeita à indefinição sobre o tipo legal, concretamente, aplicável. A questão que se coloca, agora, é a seguinte: nestas circunstâncias, deve ou não o princípio *in dubio pro reo* conduzir à absolvição do acusado ou, pelo contrário, o mesmo postula apenas que se aplique *in casu* a lei mais favorável?

Na Alemanha, a larga maioria dos autores reflete a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof / BGH*) no sentido de que a justiça do caso concreto obsta, em definitivo, à absolvição, pois tal equivaleria à impunidade de um comportamento consabidamente criminoso. É dizer que as exigências materiais, constitucionalmente, consagradas da presunção de inocência (cfr. art. 32.º, n.º 2, CRP) não são contrariadas, ainda que se atribua à sua dimensão processual – vertida no mandado *in dubio pro reo* – somente o

---

<sup>54</sup> JESCHECK; WEIGEND (nota 6), § 16, III, n.º 3 (*in fine*).



alcance normativo de obrigar o juiz a sancionar o réu, em caso de dúvida, pela violação do tipo legal em confronto que preveja a pena mais leve, mas não a absolvê-lo.

Entretanto, o próprio BGH (2.<sup>a</sup> Sala)<sup>55</sup> veio, recentemente, a questionar o entendimento adotado nesta matéria, afirmando que ele viola o princípio da legalidade em direito penal, designadamente o corolário da lei prévia (*lex prævia*). Neste sentido, argumenta-se que, não sendo possível subsumir a conduta sindicada num certo e determinado tipo legal de crime, o juiz acaba por resolver a dificuldade probatória com que se depara criando *ad hoc* uma norma que integra os elementos constitutivos dos tipos alternativos. Ora, isto está-lhe vedado, desde logo pelo princípio da reserva de lei (cfr. 165.º, n.º 1/c, CRP), pois doutro modo estará posta em crise a segurança jurídica das pessoas, compreendida esta como a proteção que o Estado de direito se compromete a conceder a todos contra as decisões que possam prejudicar a confiança dos cidadãos nas suas instituições públicas. Ou seja: em casos de impossibilidade de subsunção inequívoca, ao tribunal não restará outra alternativa senão absolver o acusado, ainda que em prejuízo das exigências de justiça material da situação *sub judice*.

#### 4. A nossa opinião

Entre nós e ao contrário do que se verifica na Alemanha, a questão processual penal *sub judicio* tem sido ignorada tanto pela doutrina como pelos tribunais. Diz, todavia, Wolter que “no es ningún secreto que (...) los tribunales (...) se liberan a menudo del dilema de la alternatividade buscando evitar absoluciones injustas, aparentando una suerte de ‘falsa seguridad’, esto es,

---

<sup>55</sup> Sentença 2 StR 495/12 do BGH, de 28 de janeiro de 2014.

‘decantándose por una de las alternativas como inequívoca pese a la dudosa situación probatoria’<sup>56</sup>.<sup>57</sup>

Em todo o caso, esta figura jurídica de criação jurisprudencial suscita uma perplexidade fundamental e incontornável que explica em larga medida a desconsideração que lhe é votada: é ou não a “determinação alternativa do facto” – em sentido estrito e na sua versão intermédia (“identidade do núcleo de ilícito”) – compatível com o ordenamento jurídico de um Estado de direito, designadamente com certos princípios estruturantes de *ius puniendi*, constitucionalmente consagrados?

#### 4.1. Princípio da legalidade em direito penal

Wolter sustenta que, estando, por um lado, excluída a hipótese de uma qualquer terceira possibilidade fáctica sem relevância penal, em termos de ser possível afirmar que os tipos penais em confronto se encontram numa relação de “alternatividade exclusiva”, e sendo certo, por outro lado, que estes tipos constam de leis prévias, certas, estritas e escritas, não há qualquer razão para argumentar no sentido de que a “determinação alternativa do facto” viola o princípio *nullum crimen sine lege*.

Tal sucede, também e segundo o mesmo penalista alemão, no que respeita ao princípio *nulla poena sine lege*, pois “cuando se determina la pena con la ayuda del principio *in dubio pro reo* partiendo de la norma penal que en el caso concreto

---

<sup>56</sup> WOLTER, Jürgen, “Principio de legalidad e imperio de la ley: interpretaciones erróneas del derecho constitucional a propósito de la aplicación alternativa de leyes”, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María *et aleri* (coords.), *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al professor Santiago Mir Puig*, Montevideo, B de f, 2017, p. 420.

<sup>57</sup> Tendo por referência a experiência jurisdicional alemã, JESCHECK; WEIGEND (nota 6), § 16, III, n.º 1, anotam que, após alguma hesitação quanto à admissibilidade da “(...) alternatividade em la comprobación de los hechos (...) la exigencia político-criminal y la experiencia de que los tribunales de instancia no absuelven en casos que admiten diversas interpretaciones, sino que buscan alcanzar una comprobación inequívoca más o menos forzada, dieron el impulso definitivo”.

prevé una pena más benigna, no se está recurriendo a una vaga ‘comparación cuantitativa de marcos penales’, sino a una concreta pena bien determinada<sup>58</sup>”.

A verdade, porém, é que há um elemento do tipo – particularmente decisivo – que resulta indeterminado: a autoria. Efetivamente e apesar de se ter provado em juízo a natureza criminosa da conduta do agente, não se tem a certeza sobre o tipo de ilícito alternativo à luz do qual aquela lhe deve ser imputada. Ora, o princípio da legalidade em direito penal, além de se constituir na expressão primeira do respeito que é devido à dignidade humana (vertente axiológico-normativa), remete-nos para certas estruturas básicas da ação humana lógico-materialmente determinadas (vertente ontológico-normativa)<sup>59</sup>.

Neste contexto e sendo *auctor* a pessoa que determina a *actio* – integrando-a através do seu conhecimento e vontade<sup>60</sup> –, dever-se-á concluir que, tal como não existe *crimen sine actione*<sup>61</sup>, também não há *crimen sine auctore*. É dizer que a particular relevância prático-normativa do princípio *nullum crimen sine lege* na determinação da matéria proibida – tanto em sede legislativa como judicativa<sup>62</sup> – nos permite afirmar que a “determinação alternativa do facto” traduz-se numa erosão, constitucionalmente, inadmissível das garantias penais

<sup>58</sup> WOLTER (nota 56), p. 426.

<sup>59</sup> Mais desenvolvidamente, VARELA, João Athayde, *Os limites de punibilidade em sede de autoria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 76 e ss.

<sup>60</sup> No âmbito da sua concepção final de ação, também WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Tradução e notas de José Cerezo Mir, Montevideo, B de f, 2004, p. 42, afirma: “La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción” (o “itálico” é do autor).

<sup>61</sup> Segundo FERRAJOLI (nota 35), p. 93, os dez axiomas ou princípios gerais – sistematicamente ordenados – que definem o modelo das garantias penais num Estado de direito são os seguintes: *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege*, *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, *nulla necessitas sine iniura*, *nulla iniura sine actione*, *nulla actio sine culpa*, *nulla culpa sine iudicio*, *nullum iudicium sine accusatione*, *nulla accusatio sine probatione* e *nulla probatio sine defensione*. Assim e porque através de simples silogismos [v.g., *nullum crimen sine lege* (premissa maior); *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (premissa menor); *nullum crimen sine necessitate* (conclusão)] cada termo previsto nestes axiomas é enunciável como antecedente de todos os outros que o seguem, há uma série de teoremas dedutíveis desses mesmos axiomas, designadamente *nullum crimen sine actione* (*ibidem*. p. 94).

<sup>62</sup> Diz WELZEL (nota 9), p. 27: “La columna vertebral de la determinación legal en un Estado de Derecho reside en la descripción típica mediante la mención de ‘circunstancias del hecho’ y de ‘características de autor’. Esta descripción típica tiene que ser tan clara y determinada que el juicio de antijuridicidad del legislador sea señalado inmediatamente a través de ella (‘indiciado’)”.

impostas pelo princípio da legalidade criminal, designadamente no que respeita à materialidade da ação.

Acresce que só uma lei penal suficientemente determinada (*lex certa*) assegura, num Estado de direito democrático, a proteção que é devida às liberdades fundamentais. Neste sentido, convirá referir a distinção que se deve a Ferrajoli entre os princípios de mera legalidade – comuns a todo o direito público – e legalidade estrita – específicos do direito penal: diferentemente dos primeiros, que se limitam a exigir a forma de lei como condição da vigência desta, os segundos postulam a taxatividade do respetivo conteúdo como pressuposto da sua validade. É que “la ley (...) si bien es *exigida* en cualquier caso para la configuración del delito en virtud del primer principio, *exige* a su vez, en virtud del segundo, una técnica legislativa específica para la válida configuración legal de los elementos constitutivos del delito<sup>63</sup>” (os “*itálicos*” são do autor).

Em suma: ainda que cada tipo legal em confronto cumpra os ditames do princípio da legalidade em direito penal, a alternatividade que fundamenta e justifica a sua convocação simultânea na resolução do caso decidendo “abre as portas” à analogia *in malam partem*, contrariando, destarte, as exigências prático-normativas do sobredito princípio: a interpretação permitida termina quando se inicia a analogia proibida. Dito de outro modo, numa perspetiva estritamente operativa ou decisória: ainda que seja legítimo e até indispensável o poder que assiste ao juiz de verificação e avaliação das concretas circunstâncias do caso *sub judice*, está-lhe, todavia, vedado servir-se desse poder desconsiderando os elementos constitutivos essenciais (v.g., autoria) que permitem à lei definir o tipo de crime em causa e determinar – conseqüentemente – os factos singulares a que ele se aplica.

---

<sup>63</sup> FERRAJOLI (nota 35), p. 38o.

#### 4.2. Princípio da culpa

Wolter sustenta que o princípio da culpa “sólo podría verse afectado en lo que atañe a la prohibición de penas excesivas, pero ello se evita mediante la selección de la pena más baja<sup>64</sup>”. É dizer que segundo este penalista alemão a aplicação alternativa da *lex mellior* em cumprimento do mandado *in dubio pro reo* providencia a satisfação requerida pelas exigências axiológico-normativas da culpa em direito penal. Será, todavia, assim?

Como dissemos já, a “determinação alternativa do facto” importa a não concreção do tipo do autor no sentido de não ficar provada – de entre as que lhe são alternativamente imputadas – a conduta, concretamente, protagonizada pelo agente. Consequentemente, também no plano subjetivo não resulta determinada a relação que medeia entre o sujeito ativo e o fato praticado, tanto em sede da ação típica como da culpa.

Assim sendo e atendendo ao princípio constitucional da presunção de inocência (cfr. art. 32.º, n.º 2, CRP), a aplicação de uma pena – ainda que seja a mais leve das alternativamente previstas – traduz-se na violação da garantia penal inscrita naquele princípio: *nulla poena sine culpa*. Dito de outro modo, agora numa perspetiva processual: face à insuficiência dos meios de prova no que respeita à demonstração cabal da culpa do agente – uma vez que esta demonstração pressupõe a determinação inequívoca do facto que lhe é imputável<sup>65</sup> – o mandado *in dubio pro reo* (que é o correlativo processual da presunção de inocência) obriga o juiz a absolver o arguido<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> WOLTER (nota 56), p. 426.

<sup>65</sup> Assim, também VERDE (nota 48), p. 23: “O bien el acusado, según la prueba, es culpable de un delito, o bien no lo es. Y sólo lo será si de la prueba surge, con seguridad, cual es el delito determinado que cometió. Es decir, no basta que de esa prueba surja que el acusado cometió un delito, sino que es necesario que esa prueba determine *qué* delito cometió” (os “itálicos” são da autora).

<sup>66</sup> A este respeito, FERRAJOLI (nota 35), p. 106, afirma: “La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está (...) en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune”. Acrescentando, no parágrafo seguinte: “La certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio *in dubio pro reo*”.

### 4.3. Alternatividade e direito de defesa

A lei processual penal confere ao juiz o poder de decidir sobre a verdade dos factos em conformidade com a sua livre convicção (cfr. art. 127.º, CPP). Ainda que todos sejam unânimes em reconhecer que a verdade processual, ao contrário da certeza científica, assume uma natureza irremediavelmente probabilística ou histórico-empírica<sup>67</sup>, tal não significa que o sobredito poder judicial não deva traduzir-se numa discricionariedade objetivo-racionalmente condicionada, designadamente às regras da experiência suscitadas pelos meios de prova postos *in casu* à apreciação da entidade competente. É dizer que a sobredita “livre convicção” está sujeita a critérios empíricos resultantes da “leitura” que o comum dos mortais faz dos factos evidenciados pela prova obtida<sup>68</sup>.

Destarte, se a prova *contra reo* apresentada em juízo permitir apenas uma fundamentação alternativa da sentença, acabando, porém, o acusado por ser condenado pela prática de um dos crimes em confronto, estar-se-á, porventura, mais próximo de um sistema de “íntima convicção” – não de “livre convicção”<sup>69</sup> –, de acordo com o qual o tribunal deve atender na sua decisão somente à visão própria (subjéctiva) que tem dos factos. Todavia e para além do dito acima, tal

---

<sup>67</sup> Vide, por todos, VARELA, J. Antunes *et alteri*, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 392: “(...) a prova, no domínio do direito (processual), ao invés do que ocorre com a demonstração, no campo da matemática, ou com a experimentação, no âmbito das ciências naturais, não visa a certeza lógica ou absoluta, mas apenas a convicção (o grau de probabilidade) essencial às relações práticas da vida social (a certeza histórico-empírica)” (os “itálicos” são do autor).

<sup>68</sup> Neste sentido, também FERRAJOLI (nota 35), p. 121, dizendo: “ (...) la verificabilidad fáctica [de la tesis judicial] está condicionada por la semántica del lenguaje común no técnico del que también hacen uso los discursos judiciales” (o “itálico” é do autor).

<sup>69</sup> Representando a superação moderna do antigo sistema das “provas legais”, o princípio da livre convicção não dispensa, antes postula, a produção de prova a cargo da acusação e a respetiva refutação por parte da defesa (*iuxta alligata et probata*). Todavia e como anota FERRAJOLI (nota 35), p. 139, este princípio “(...) ha terminado por transformarse en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces. Así, ha ocurrido que el rechazo de las pruebas legales como condiciones suficientes de la condena y de la pena se ha convertido de hecho en la negación de la prueba como condición necesaria de la ‘libre’ convicción sobre la verdad de los presupuestos de una y otra; y que el principio de la libre convicción, en vez de actuar como presupuesto indispensable de la garantía de la carga – o, cuando menos, de la necesidad – de la prueba, ha entrado en contradicción con ella, haciendo vana toda su función normativa” (os “itálicos” são do autor).

representaria a violação da garantia processual penal *nulla culpa sine probatione*, não só em manifesto desrespeito pela estrutura acusatória do processo criminal (cfr. art. 32.º, n.º 5, 1.ª parte, CRP), mas, também, convertendo a simples suspeição em motivo suficiente de condenação.

Por outro lado e na ausência de uma acusação fundada em asserções unívocas sobre um determinado facto (cfr. art. 283.º, n.º 3, CPP), sendo a mesma substituída pela ambivalência semântica inerente a uma sua formulação alternativa, estará seriamente prejudicado o direito de defesa (cfr. art. 32.º, n.º 1, CRP), tanto mais que o respetivo exercício pressupõe a verificabilidade fáctica da tese contrária: isto é, a clara demonstração empírica das circunstâncias que integram um certo tipo de ilícito criminal. Mais: sem uma acusação suficientemente determinada, decai outra garantia processual penal, precisamente a que prescreve *nulla probatio sine defensione* (cfr. art. 32.º, n.º 5, 2.ª parte, CRP).

#### 4.4. Justiça do caso concreto

Tendo presente, em especial, a natureza comprovadamente criminoso da conduta do agente, os partidários da “determinação alternativa” argumentam que só ela assegura uma decisão judicial adequada às exigências de justiça que se fazem sentir na situação da vida *sub judicio*. Assim, Wolter afirma que a condenação alternativa, desde que se observem todos os requisitos, é “(...) el resultado de una ponderación entre seguridad jurídica y justicia del caso concreto realizada de conformidad con el principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal y, en consecuencia, el principio de Estado de Derecho (...)”<sup>70</sup>.

Esta compreensão material da justiça penal significa, todavia, a erosão irreversível das garantias formais asseguradas pelo princípio constitucional da legalidade criminal, tanto em sede de direito penal substantivo como processual. Não se compreende, assim, como uma justiça feita à custa das liberdades

---

<sup>70</sup> WOLTER (nota 56), p. 424.

fundamentais do cidadão possa ser ainda compatível com a ideia de Estado de direito democrático consagrada, expressamente, no art. 2.º, CRP: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado (...) no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”. Como Ferrajoli, também nós tendemos a considerar que “esta justicia formal, al coincidir con la seguridad y la verdad legal de las decisiones jurisdiccionales, es sin embargo el presupuesto necesario, aunque insuficiente, de cualquier remedo de justicia sustancial<sup>71</sup>”.

### 5. Breve análise da jurisprudência portuguesa

Apesar de – conforme dito atrás – a “determinação alternativa do facto” não ter sido ainda adotada pelos nossos tribunais<sup>72</sup>, não deixam de existir situações que se aproximam, tematicamente, da problemática em causa. Assim e em termos puramente ilustrativos, daremos conta dos acórdãos seguintes:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11 de maio de 2005<sup>73</sup>

Relatado por Oliveira Mendes, o caso *sub judicio* respeita a um indivíduo que, não obstante ter sido absolvido pelo tribunal *a quo* da prática do crime por que vinha acusado – furto qualificado p. e p. pelos arts. 203.º, n.º 1 e 204.º, n.º 2, al. e), CP -, vendeu comprovadamente a terceiros um dos objetos subtraídos que lhe terá vindo parar às mãos em circunstâncias concretamente não apuradas (já o adquirente, assim que desconfiou da proveniência ilícita do bem comprado, entregou-o à G.N.R.).

Na sequência do recurso interposto pelo Ministério Público, o representante desta entidade judiciária junto da Relação sustenta que “de acordo com as regras da experiência, a quem é imputado o furto de determinado objeto, que

---

<sup>71</sup> FERRAJOLI (nota 35), p. 169.

<sup>72</sup> Ao contrário do que sucede na vizinha Espanha, verificando-se aí a assunção da doutrina alemã da “determinação alternativa do facto” (*Wahlfeststellung*) por parte da jurisprudência desse país ibérico [*vide* RAGUÉS i VALLÈS (nota 1), *passim*].

<sup>73</sup> Este e os restantes dois acórdãos referidos em texto estão disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



comprovadamente vendeu, quando confrontado judicialmente com essa imputação, caso não seja o autor do crime, não se remeterá ao silêncio sobre a obtenção e posse do objeto<sup>74</sup>”, tese esta que o tribunal *ad quem* acaba por subscrever na íntegra, condenando o arguido como autor do sobredito crime.

Como parece resultar da descrição da situação em análise, o tribunal de 1.<sup>a</sup> instância confronta-se com a dúvida sobre a autoria de dois possíveis delitos: furto ou recetação (cfr., respectivamente, arts. 203.<sup>o</sup> e 231.<sup>o</sup>, CP), delitos estes que estão entre si numa relação excludente. Assim e perante a simples prova da venda pelo arguido de um dos objetos furtados, decide-se pela absolvição, considerando que deste facto não se pode concluir para além de qualquer dúvida razoável, quer pela sua participação no furto em causa nos autos, quer, em alternativa e uma vez que são desconhecidas as circunstâncias que lhe permitiram a posse do referido objeto, a favor da prática pelo mesmo de um crime de recetação.

Diversamente, o tribunal de recurso afirma a autoria de um crime de furto qualificado, servindo-se para o efeito do raciocínio probatório seguinte:

- se o arguido não esclarece em juízo as razões da posse e venda comprovadas de um objeto furtado, provavelmente é autor do furto (regra da experiência / premissa maior);
- o acusado não esclarece em juízo as razões da posse e venda comprovadas do objeto furtado (facto / premissa menor);
- o acusado é autor do furto (conclusão)

Todavia, este raciocínio está ferido de ilegalidade, na medida em que o Código de Processo Penal (CPP) reconhece ao arguido o direito ao silêncio, sem que tal possa desfavorecê-lo (cfr. arts 61.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, al. *d*) e 343.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, CPP). É dizer que face à prova produzida e não sendo possível imputar nenhum dos crimes em

---

<sup>74</sup> Acórdão do TRE, de 11-05-2005, 1.<sup>a</sup> parte (*in fine*).

confronto ao réu, o tribunal *ad quem* deveria ter confirmado a decisão recorrida, absolvendo o acusado em conformidade com o princípio *in dubio pro reo*.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19 de janeiro de 2009

Dando corpo a uma orientação jurisprudencial de sentido oposto à sufragada na decisão judicial anterior, o presente Acórdão, relatado por Cruz Bucho, sustenta que “a simples detenção dos objetos furtados não permite induzir a forma como as coisas foram obtidas pelo arguido nem que este as obteve nas condições requeridas pelo artigo 203.º do Código Penal<sup>75</sup>”. Está em causa a factualidade seguinte: dois indivíduos entraram num posto de abastecimento de combustíveis e obrigaram o funcionário – servindo-se um deles de uma arma branca, tipo canivete – a entregar-lhes cerca de € 550,00, bem como um telemóvel. De seguida, puseram-se em fuga.

O tribunal *a quo* fundado no reconhecimento pessoal efetuado em sede de inquérito, no depoimento em juízo da vítima, mas, sobretudo, no facto do telemóvel roubado ter sido encontrado na posse do pai do acusado, que o recebera das mãos do filho, condena este último como coautor de um crime de roubo p. e p. pelos arts. 210.º, ns.º 1 e 2, al. b), em conjugação com o art. 204.º, n.º 2, al. f), ambos do CP.

Por sua vez, o tribunal *ad quem*, na apreciação que faz do recurso interposto pelo arguido, para além de considerar “manifestamente insuficientes para ilidir a presunção de inocência<sup>76</sup>”, quer o reconhecimento pessoal, quer as declarações prestadas pelo ofendido, desconstrói à luz da lógica e das regras da experiência a prova indiciária. Assim e no que respeita a este último aspeto, afirma-se que a detenção por parte do arguido do objeto roubado poderá dever-se a diversas e variadas causas: encontrou-o, adquiriu-o, foi-lhe cedido, etc., não permitindo essa incerteza quanto às reais circunstâncias da posse que se conclua sem mais

---

<sup>75</sup> Acórdão do TRC, de 19-01-2009, parte II (Fundamentação), 4, §5.

<sup>76</sup> Acórdão do TRC, de 19-01-2009, parte II (Fundamentação), 4, §3 (*in fine*).

ter sido aquele o autor do crime em causa nos autos. Em suma: perante a fragilidade da prova em que assenta a decisão recorrida, dá-se provimento ao recurso, absolvendo o réu da prática do crime por que vinha acusado.

Também, neste caso, parece pairar a dúvida quanto à imputação ao arguido – entre dois crimes alternativos: roubo e recetação – do delito concretamente praticado, cenário este que permitiria à doutrina da “determinação alternativa do facto” sustentar que o acusado deveria ser punido pelo crime mais leve, precisamente o previsto no tipo legal de recetação. Julgamos, porém, e pelas razões já expostas, que o tribunal de recurso decide bem quando, face à incerteza incontornável que subsiste *in casu* sobre a responsabilidade penal que se pretende apurar, absolve o réu.

- *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de janeiro de 2009*

Porventura, o caso concreto apreciado neste Acórdão, relatado por Isabel Pais Martins, será aquele que melhor poderá ilustrar as pretensas “virtualidades” da aplicação jurisdicional da doutrina que temos vindo a comentar. Senão vejamos: tendo o tribunal de 1.<sup>a</sup> instância absolvido o arguido da prática de um crime de furto qualificado, p. e p. pelos arts. 203.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1 e 204.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, al. f), CP, por entender que dos factos provados não se pode inferir, para além de qualquer dúvida razoável, que o acusado é o autor do referido crime, o Ministério Público – inconformado com essa decisão judicial – interpõe recurso, fazendo constar das respetivas conclusões, entre outras, as razões seguintes:

- a) fez-se prova “que a subtração dos objetos e a interceção do arguido se verificaram num período de tempo não superior a oito, nove horas<sup>77</sup>”;
- b) conforme o respetivo auto de apreensão, o arguido trazia dentro do automóvel que conduzia vários objetos suspeitos (chaves de fenda, martelo parte vidro, navalha multifunções, autorrádios, carregadores de

---

<sup>77</sup> Acórdão do TRP, de 28-01-2009, parte I, 2 (conclusão VII).

- telemóveis, carteiras, etc. etc.), encontrando-se entre esses objetos os subtraídos do veículo da vítima;
- c) atenta a natureza dos objetos apreendidos, sua quantidade e o modo como eram transportados, não é verosímil que os mesmos “tenham sido adquiridos licitamente pelo arguido<sup>78</sup>”;
- d) tendo-se provado que os objetos em causa nos autos foram subtraídos após o agente ter partido o vidro lateral da frente do carro da vítima, a existência de um martelo parte vidros entre os bens apreendidos, assim como o pouco tempo decorrido entre o furto e a apreensão, afastam a hipótese daqueles objetos terem sido adquiridos pelo arguido a terceiros;
- e) a partir da prova produzida, “resulta, assim, com grau de certeza, para além de toda a dúvida razoável, que foi o arguido que se apropriou (...) dos objetos que se encontravam no veículo da vítima<sup>79</sup>”.

O tribunal *ad quem*, após reconhecer a particular relevância da prova indireta (“o sistema probatório alicerça-se em grande medida no raciocínio indutivo de um facto conhecido para um facto desconhecido<sup>80</sup>”) e de que “a detenção das coisas subtraídas, pouco tempo após o furto (algumas horas), é, de facto, um indício de que o arguido cometeu – em autoria singular ou em coautoria – o crime de furto, indício que é reforçado pelo facto de o arguido também deter instrumentos adequados à prática do crime<sup>81</sup>”, acaba, todavia, por considerar que tais indícios não podem ser tidos como suficientemente categóricos para deles se extrair a conclusão de que o acusado é o autor do crime de furto sindicado. Efetivamente e segundo o mesmo tribunal, “*se não se apresentam dúvidas razoáveis sobre a ilicitude da detenção das coisas, já sobre as causas dessa*

---

<sup>78</sup> Acórdão do TRP, de 28-01-2009, parte I, 2 (conclusão IX).

<sup>79</sup> Acórdão do TRP, de 28-01-2009, parte I, 2 (conclusão XII).

<sup>80</sup> Acórdão do TRP, de 28-01-2009, parte II, 2.1.

<sup>81</sup> Acórdão do TRP, de 28-01-2009, parte II, 2.2.

detenção se apresentam outras hipóteses que não exclusivamente a subtração realizada pelo próprio arguido<sup>82</sup> (o “*itálico*” é nosso).

Parece, portanto, que este órgão judicial coloca em confronto dois possíveis tipos legais de crime: furto vs recetação, tanto mais que afirma, logo a seguir e em alternativa à tese do recorrente: “apresentando-se, com igual grau de verosimilhança, a hipótese de o arguido ter sido autor de um crime de recetação, sendo várias as modalidades de ação que preenchem este tipo de ilícito<sup>83</sup>”.

Estão, assim, reunidos (à exceção da acusação alternativa) os requisitos de que a “determinação alternativa do facto” (*Wahlfeststellung*) faz depender a solução que propõe, designadamente a certeza sobre a relevância penal da conduta do agente e a dúvida quanto ao tipo legal de crime alternativo praticado por este. É dizer que, nas circunstâncias concretas do caso *sub judice* e sendo exatamente a mesma a pena abstrata correspondente aos delitos em confronto: pena de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias (de contrário, optar-se-ia pela *lex mellior*), a sobredita orientação jurisprudencial condenaria o acusado pela prática de um deles, diferentemente da posição adotada pelo tribunal de recurso que – face à incerteza jurídica subsistente e em obediência ao “princípio *in dubio pro reo*, enquanto expressão, ao nível da apreciação da prova do princípio político-jurídico da presunção da inocência<sup>84</sup>” – confirma a decisão do tribunal *a quo*, absolvendo o réu.

#### IV CONCLUSÃO

Tanto no *dolus alternativus* como na “determinação alternativa do facto” a alternatividade coloca-nos face a um problema de subsunção da conduta

---

<sup>82</sup> Acórdão do TRP, de 28-01-2009, parte II, 2.2.

<sup>83</sup> Acórdão do TRP, de 28-01-2009, parte II, 2.2. (*in fine*).

<sup>84</sup> Acórdão do TRP, de 28-01-2009, parte II, 2.4. (*in fine*).

criminosa do agente. Todavia, se no primeiro caso esse problema nos remete para uma questão atinente ao conteúdo dogmático da ação típica, já no segundo está em causa a extensão fáctica dessa mesma ação. Ou seja: diferentemente do dolo alternativo – cuja dilucidação compete antes do mais à doutrina juspenal –, a sede privilegiada da determinação alternativa respeita à jurisprudência criminal.

Nesta última hipótese e conforme procurámos demonstrar, a solução proposta pela corrente dominante nos tribunais alemães traduz-se na denegação de garantias constitucionais de limitação do *ius puniendi* do Estado, em prejuízo das liberdades individuais dos cidadãos. Efetivamente, a imputação alternativa ao acusado da prática de crime distintos significa a atribuição aos órgãos judiciais de um poder de denotação fáctica que vai além da permitida pelas conotações taxativas dos elementos constitutivos de cada um dos tipos de ilícito *per se*<sup>85</sup>. Daí que a presunção de inocência deva ser afirmada, implicando o correlato processual desta – *in dubio pro reo* – a absolvição do arguido, não somente a sua condenação à luz da lei mais favorável.

Tratando-se do dolo alternativo, a alternatividade respeita, agora, aos resultados tidos como possíveis pelo agente, mas cuja verificação simultânea não é admitida pelo mesmo. Destarte e contrariamente à larga maioria dos penalistas que imputa ao sujeito ativo, a título de dolo, a realização – efetiva ou na forma tentada – de ambos os resultados, entendemos implicar a exclusão recíproca das consequências alternativas da ação típica a negação dessa conotação dolosa à verificação – consumada ou não – de uma dessas consequências. É que não compreendendo a vontade delituosa a prática concomitante dos ilícitos criminais em confronto, haverá um que só poderá ser punido a título de negligência, nos termos gerais. Daí resulta que deverá considerar-se somente como doloso o tipo

---

<sup>85</sup> A este respeito, FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.* p. 121, anota que “en los sistemas penales evolucionados estas connotaciones, propiedades o características esenciales pueden ser identificadas con las que la doctrina penalista llama *elementos constitutivos del delito*: la *acción*, que debe ser exterior y empíricamente visible; su efecto o *resultado*, que debe consistir en un daño tangible; la *culpabilidad*, que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que es su autor” (os “itálicos” são do autor).

realizado ou, na hipótese de a expensas da vontade do agente ambos os resultados se consumarem, aquele a que corresponde a pena abstrata mais severa. Não havendo consumação, será punida a tentativa mais grave, mas, se tanto neste caso como no anterior, a lesividade se revelar idêntica caberá ao juiz a escolha, nos termos que satisfaçam melhor o mandado de esgotante valoração.