

**O ADMINISTRADOR QUE ASSINA,
SEM PRÉVIA CONFIRMAÇÃO, DOCUMENTO
COM CONTEÚDO ILÍCITO: CASO DE CONHECIMENTO
OU IGNORÂNCIA DO FACTO TÍPICO?**

JOÃO MATOS VIANA

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa, Advogado

Introdução

No âmbito da imputação subjectiva de uma infracção penal ou contra-ordenacional, quer o dolo quer a negligência consciente implicam sempre um *elemento cognitivo*, o qual está preenchido quando, pelo menos, o agente «*representa como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime*» (artigos 14.º, n.º 3, e 15.º, alínea *a*), do Código Penal). Apenas se dispensa tal *elemento cognitivo* quando a imputação subjectiva se realiza a título de negligência inconsciente pois, nesse caso, o agente «*não chega sequer a representar a possibilidade de realização do facto*» (artigo 15.º, alínea *b*), do Código Penal).

No presente texto pretende-se avaliar se aquele *elemento cognitivo* está preenchido quando o dirigente de uma empresa assina um documento cujo conteúdo é falso, enganador ou violador de segredo ou direito legalmente tutelado, desconhecendo tais características ilícitas, mas não tendo feito qualquer esforço de informação para as identificar e eliminar, uma vez que não confirmou previamente aquele mesmo conteúdo.

Numa pergunta: o dirigente empresarial que desconhece o significado do documento que assina, mas não se informa sobre o conteúdo desse mesmo documento, «*representa como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime*», no caso de tal conteúdo ser falso, enganador ou violador de segredo ou direito legalmente tutelado?

Vem isto a propósito de uma sentença proferida, em Dezembro de 2009, pelo Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (TPICL) ⁽¹⁾, num processo contra-ordenacional em que o arguido vinha acusado da violação dolosa do artigo 7.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários (CdVM) ⁽²⁾ ⁽³⁾.

Esclarece-se que, não obstante o referido processo ser de natureza contra-ordenacional, tal circunstância não impede que a questão em causa seja analisada, também, e principalmente, da perspectiva do direito penal. E isto porque, nesta sede, as soluções propostas pelo direito penal e pelo direito de mera ordenação social são equivalentes (aliás, o TPICL resolveu esta questão por referência aos artigos 14.º e 15.º do Código Penal).

I. Um caso exemplar

O arguido vinha acusado pelo facto de, enquanto presidente do conselho de administração das sociedades *A* e *B*, entre os anos de 2002 e 2005, ter assinado ⁽⁴⁾ um conjunto de documentos de prestação de contas daquelas sociedades ⁽⁵⁾,

⁽¹⁾ TPICL, 1.º Julzo, 1.ª Secção, Processo n.º 642/08.6TFLSB, já transitado em julgado, não tendo havido recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.

⁽²⁾ O artigo 7.º do CdVM estabelece os parâmetros de qualidade da informação a prestar no âmbito do mercado de valores mobiliários, independentemente do meio de divulgação em causa. Determina, no seu n.º 1, o seguinte: «a informação respeitante a instrumentos financeiros, a formas organizadas de negociação, às actividades de intermediação financeira, à liquidação e à compensação de operações, a ofertas públicas de valores mobiliários e a emitentes deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita».

⁽³⁾ A violação do artigo 7.º do CdVM é punida com coima pelo artigo 389.º do CdVM, sendo certo que, no presente caso, estava em causa o n.º 1, alínea *a*), desta disposição legal, a qual determina o seguinte: «constitui contra-ordenação muito grave a comunicação ou divulgação, por qualquer pessoa ou entidade, e através de qualquer meio, de informação que não seja completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita».

⁽⁴⁾ A sentença do TPICL nunca afirma que o arguido assinou aqueles documentos. Ao invés, nos factos dados como provados, é sempre afirmado que o comportamento do arguido consiste em «ter assumido a responsabilidade» pelos documentos em causa [p. ex. facto n.º 3: «Na qualidade de Presidente do Conselho de Administração da *A* o arguido assumiu a responsabilidade pelas informações constantes dos seguintes documentos de prestação de contas: (...)» e facto n.º 4: «Na qualidade de Presidente do Conselho de Administração da *B* o arguido assumiu a responsabilidade pelas informações constantes dos seguintes documentos de prestação de contas: (...)»].

⁽⁵⁾ Os documentos de prestação de contas em causa eram o Relatório, Balanço e Con-

nos quais se realizava, incorrectamente, a imputação de direitos de voto, prevista no artigo 20.º do CdVM ⁽⁶⁾.

Em particular, o que estava em causa era o facto de, naqueles documentos de prestação de contas, e em violação do artigo 20.º do CdVM, não se ter imputado à sociedade *C*, os direitos de voto inerentes às acções representativas do capital social das sociedades *A* e *B* que pertenciam às sociedades *D* e *E*.

Para os efeitos agora pretendidos, ou seja, para saber se o agente «*representa como possível a realização de um facto que preenche um tipo de [contra-ordenação]*», é necessário destacar três factos, de entre a lista dos “factos provados” constante da sentença do TPICL. Note-se que destacamos estes três factos pois são estes que a sentença convoca, na sua “Motivação da decisão de facto”,

tas Individuais; o Relatório de Gestão e Contas; e a Informação Semestral Individual relativa ao 1.º semestre dos anos em causa.

⁽⁶⁾ O artigo 20.º do CdVM — cuja epígrafe é «Imputação de direitos de voto» — determina, no seu n.º 1, o seguinte: «no cômputo das participações qualificadas consideram-se, além dos inerentes às acções de que o participante tenha a titularidade ou o usufruto, os direitos de voto:

- a) *Detidos por terceiros em nome próprio, mas por conta do participante;*
- b) *Detidos por sociedade que com o participante se encontre em relação de domínio ou de grupo;*
- c) *Detidos por titulares do direito de voto com os quais o participante tenha celebrado acordo para o seu exercício, salvo se, pelo mesmo acordo, estiver vinculado a seguir instruções de terceiro;*
- d) *Detidos, se o participante for uma sociedade pelos membros dos seus órgãos de administração e de fiscalização;*
- e) *Que o participante possa adquirir em virtude de acordo celebrado com os respectivo titulares;*
- f) *Inerentes a acções detidas em garantia pelo participante ou por este administradas ou depositadas junto dele, se os direitos de voto lhe tiverem sido atribuídos;*
- g) *Detidos por titulares do direito de voto que tenham conferido ao participante poderes discricionários para o seu exercício;*
- h) *Detidos por pessoas que tenham celebrado algum acordo com o participante que vis, adquirir o domínio da sociedade ou frustrar a alteração de domínio ou que, de outro modo, constitua um instrumento de exercício concertado de influência sobre a sociedade participada;*
- i) *Imputáveis a qualquer das pessoas referidas numa das alíneas anteriores por aplicação com as devidas adaptações, de critério constante de alguma das outras alíneas.»*

para resolver o problema do *elemento cognitivo* da imputação subjectiva da infracção em causa. Tais factos são os seguintes:

- «O arguido não participava activamente na vida comercial e societária das empresas D e E ⁽⁷⁾, não se ocupando de questões relacionadas com a sua gestão corrente» — facto n.º 8.
- «O arguido representou a possibilidade de as informações por si prestadas não serem correctas» — facto n.º 9.
- «O arguido não procedeu com o cuidado a que se encontrava obrigado, e de que era capaz» — facto n.º 10.

Face a estes “factos provados”, o TPICL entendeu que o arguido havia actuado com negligência consciente.

Importa então analisar a já referida “Motivação da decisão de facto”, constante da sentença, para se perceber qual o fundamento utilizado pelo Tribunal para concluir que o arguido representou a possibilidade de as informações por si prestadas não serem correctas.

Diz assim o Tribunal: *«para dar como provado que, ao prestar as informações supra consideradas, o arguido representou a possibilidade de as mesmas não serem correctas, e que, ao actuar dessa forma, não procedeu com o cuidado a que se encontrava obrigado, e de que era capaz, teve-se em conta, não só os depoimentos das testemunhas R... e J... (na parte em que afirmaram que, de facto, o arguido não participava, realmente, na “vida comercial” das sociedades D e E) como, fundamentalmente, as regras normais e básicas da experiência (e na ausência de produção de meio probatório demonstrativo do que, em contrário, se sustenta na decisão recorrida), segundo as quais, a informação prestada pelo próprio punho de um presidente do conselho de administração de sociedade aberta, impõe que o mesmo, ao subscrevê-la, se inteire da sua veracidade, ou, caso não o faça, por ausência de ligação real à sociedade, represente necessariamente a hipótese de tal informação não ser verdadeira».*

Assim, de acordo com a lógica da sentença do TPICL, ao prestar informação pelo seu *próprio punho*, o presidente do conselho de administração de

⁽⁷⁾ Recorde-se que as sociedades D e E eram as sociedades titulares dos direitos de voto inerentes às acções representativas do capital social das sociedades A e B que deveriam — e não foram — ter sido imputados à sociedade C, nos documentos de prestação de contas em causa, ao abrigo do artigo 20.º do CdVM.

uma sociedade tem duas alternativas: (i) ou confirma previamente a veracidade da informação que presta ou (ii) não fazendo tal confirmação, e desconhecendo a efectiva veracidade da informação em causa, por exemplo, por ausência de ligação real ao assunto em questão ⁽⁸⁾, necessariamente representa a possibilidade de tal informação não ser verdadeira (ou seja, e para os presentes efeitos, necessariamente representa a possibilidade de praticar o facto típico).

A sentença do TPICL estabelece assim o seguinte critério: o facto de o agente actuar, sem se informar sobre as circunstâncias da sua actuação e sabendo que as desconhece, constitui fundamento da *representação da possibilidade de realização do facto típico* ⁽⁹⁾.

Antes de se iniciar a análise desta solução (deste critério), é necessário deixar sublinhado que, nas infracções que se consubstanciam na falsificação ⁽¹⁰⁾ de um documento de prestação de contas de uma sociedade ⁽¹¹⁾, a representação do facto típico implica que o agente conheça o «*objecto de comparação*».

Ou seja, a falsidade de um documento de prestação de contas apenas existe *por relação* com a forma verdadeira de elaborar e apresentar esse mesmo documento, a qual funciona como «*objecto de comparação*».

Nessa medida, para que o agente represente o facto típico é necessário que ele conheça a forma verdadeira de elaborar e apresentar o documento em causa

⁽⁸⁾ Recorde-se que, conforme referido anteriormente, foi dado como provado que o arguido não participava activamente na vida comercial e societária das empresas *D* e *E*, não se ocupando de questões relacionadas com a sua gestão corrente.

⁽⁹⁾ Na “Motivação da decisão de facto” *supra* citada, o TPICL faz ainda referência à «ausência de produção de meio probatório demonstrativo do que, em contrário, se sustenta na decisão recorrida». Tratando-se este de um processo de natureza contra-ordenacional, por violação das regras que disciplinam o mercado de valores mobiliários, a decisão recorrida havia sido proferida pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM). O arguido impugnou judicialmente tal decisão (condenatória) para o TPICL. Tal decisão (condenatória) da CMVM havia imputado ao arguido um comportamento doloso. Nessa medida, a expressão *supra* citada apenas pode significar que o TPICL entendeu que, em julgamento, não obstante ter ficado demonstrada a representação do facto típico, não se fez prova do dolo imputado pela CMVM.

⁽¹⁰⁾ É aqui estamos a pensar, essencialmente, na falsificação de um documento de prestação de contas de uma sociedade que resulte da violação das regras (de natureza contabilística ou outra) que disciplinam a forma de elaboração e apresentação desse mesmo documento.

⁽¹¹⁾ No processo agora em análise, a infracção contra-ordenacional traduzia-se na prestação de uma informação falsa ao mercado, a qual estava incrita nos documentos de prestação de contas das sociedades em causa.

(*rectius*, conheça as regras — de natureza contabilística ou outra — que disciplinam a respectiva forma de elaboração e apresentação) e conheça a divergência que existe entre aquele «*objecto de comparação*» e o documento por si elaborado e apresentado ⁽¹²⁾.

1. Objecto do presente estudo

O TPICL acabou por entender que o arguido agiu com negligência.

Nessa medida, em rigor, o facto de ter afirmado que existiu *representação da possibilidade de realização do facto típico* não assume especial relevância prática pois a lei não distingue, quanto aos respectivos efeitos, nomeadamente em termos de medida (legal ou concreta) da pena, entre a negligência consciente e a negligência inconsciente.

No entanto, a verdade é que a *representação da possibilidade de realização do facto típico* constitui, de igual forma, o *elemento cognitivo* do dolo eventual.

Como tal, sempre será necessário verificar se o critério utilizado pelo TPICL, para concluir que «*o arguido representou a possibilidade de as informações por si prestadas não serem correctas*», se revela legítimo e adequado pois, em tese, o mesmo critério poderá ser igualmente utilizado para preencher o *elemento cognitivo* do dolo eventual. Nesse caso, a (hipotética) utilização de tal critério já assumiria relevância especial, atendendo à substancial diferença dos regimes associados à imputação dolosa e à imputação negligente.

Assim, no presente trabalho, pretende-se avaliar, apenas, se o facto de o agente actuar, sem se informar sobre as circunstâncias da sua actuação e sabendo que as desconhece, por si só, ainda pode corresponder, ou não, à *representação da possibilidade de realização do facto típico* que é exigida pelo dolo eventual e pela negligência consciente.

Note-se que uma eventual conclusão positiva nunca seria suficiente para esclarecer se o agente actuou com dolo eventual ou com negligência consciente (tal operação corresponderia a um segundo momento de análise). Por um lado, porque o dolo eventual não se basta com a *representação do facto típico* exigindo também a *conformação* com o mesmo. Por outro lado, porque a negligência

⁽¹²⁾ Exactamente nesse sentido, KLAUS TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil; mit wichtigen Rechtstexten*, Heymann, 2004, p. 115, com exemplos da jurisprudência alemã.

consciente também não se basta com a *representação do facto típico* exigindo cumulativamente a violação de deveres objectivos de cuidado. Mas deste segundo problema não se tratará no presente estudo (que se limitará ao primeiro momento de análise que tem a ver com a concretização do *elemento cognitivo*).

2. Apreciação preliminar

Numa análise preliminar, o critério apresentado pela sentença aparenta ser razoável.

Com efeito, se o presidente do conselho de administração desconhece, e não confirma previamente, se aquilo que está a assinar é verdadeiro, então, o referido presidente não poderá garantir, para além de qualquer dúvida, a veracidade daquilo que está a assinar.

Assim sendo, pelo menos em certo sentido, e em termos de mera decorrência lógica, o referido presidente terá de admitir como possível que aquilo que está a assinar seja falso.

Contudo, basta percorrer a jurisprudência portuguesa para se perceber que tal critério não se compatibiliza com o entendimento que tem vindo a ser assumido pelos tribunais portugueses a propósito da negligência inconsciente (recorde-se que, nesta, o agente nem sequer representa a realização do facto típico como uma possibilidade).

Por exemplo, veja-se o caso do arguido que abriu «*a porta do seu veículo, que acabara de estacionar, sem se certificar de que à sua retaguarda e no mesmo sentido circulava um ciclomotor cujo condutor, que se preparava para efectuar a ultrapassagem, acabou por chocar contra a porta, aberta inesperada e repentinamente*»⁽¹³⁾. Pela mesma ordem de ideias, não se poderia também dizer que, neste caso, ao abrir com o seu *próprio punho* a porta do automóvel o condutor tem duas alternativas: (i) ou confirma previamente que não vem nenhum outro veículo atrás de si ou (ii) não fazendo tal confirmação, e desconhecendo a efectiva existência de outro veículo atrás de si, necessariamente representa a possibilidade de ocorrer um acidente⁽¹⁴⁾?

⁽¹³⁾ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28/11/2001, Processo n.º 110752, em www.dgsi.pt.

⁽¹⁴⁾ Igual pergunta poderia também ser feita a propósito da situação da condutora que, «*ao chegar próximo de um entroncamento existente junto ao Hotel ..., pretendeu mudar de direcção para a esquerda, para entrar no parque de estacionamento existente em frente do referido hotel*» e «*uma vez*

Outro caso ainda (onde a dinâmica do acontecimento é menos abrupta): um médico dá alta a um doente, vítima de atropelamento, que veio posteriormente a falecer, sem ter realizado os testes médicos indicados para quem é projectado à distância, por desconhecer se, após o embate, tal projecção tinha ocorrido. O Tribunal entendeu o seguinte: «*Foram ainda consideradas as declarações do arguido, o qual, muito embora haja defendido ter diligenciado pela realização de todos os exames médicos que — em seu entender e face ao quadro que se lhe apresentava — se impunham, reconheceu igualmente que, em bom rigor, desconhecia que quadro era esse. Isto porque, não obstante saber que a sua paciente havia sido vítima de atropelamento, o arguido não se inteirou da dinâmica do mesmo. Este desconhecimento adveio, por um lado, do facto de a vítima não lho ter contado de forma espontânea, por outro, da circunstância de o arguido não lho ter perguntado, conforme o próprio afirmou, e isso apesar de a vítima se encontrar lúcida e colaborante no momento em que foi atendida*»⁽¹⁵⁾. Ora, ao ter dispensado a realização de exames médicos, indicados para os casos em que existe projecção à distância da vítima, após atropelamento, não terá este médico *representado a possibilidade* de praticar o facto típico, na medida em que desconhecia se tal projecção efectivamente ocorrera e não se informou, junto do doente (que até estava lúcido para o efeito), sobre aquela mesma circunstância? Não se poderá dizer, também neste caso, e seguindo o critério adoptado pela sentença do TPICL, que ao ter dado alta, com o seu *próprio punho*, a um doente vítima de atropelamento, o médico tem duas alternativas: (i) ou confirma previamente se houve, ou não, projecção à distância da vítima ou (ii) não fazendo tal confirmação, e desconhecendo a efectiva existência de tal projecção à distância, então, necessariamente representa a possibilidade de o seu diagnóstico estar incorrecto?

Um último caso: um grupo de alunos de um estabelecimento de ensino inicia uma actividade que envolve, entre o mais, passeios de canoa. Verifica-se um acidente e o Tribunal refere o seguinte: os arguidos, professores que organi-

ali, sem atentar no trânsito que circulava em sentido contrário, avançou, mudando de direcção para a esquerda, atento o seu sentido de marcha, invadindo a faixa de rodagem contrária onde circulava o motociclo, indo assim embater com a parte da frente lateral direita do seu veículo, na frente do motociclo». Não estará esta condutora igualmente limitada pela alternativa acima referida? Ou confirma se existe trânsito a circular em sentido contrário ou, não o confirmando, e desconhecendo esta circunstância, necessariamente representa a possibilidade de ocorrer um acidente — Acórdão da Relação de Évora, de 18/11/2008, Processo n.º 1115/08, em www.dgsi.pt.

⁽¹⁵⁾ Acórdão da Relação do Porto, de 12/11/2008, Processo n.º 813421, em www.dgsi.pt.

zavam e vigiavam a actividade em causa «*sabiam que a actividade de canoagem é uma actividade perigosa por natureza, que obriga à adopção de medidas de segurança, e que naquelas condições concretas, com alunos muito jovens e inexperientes, impunha, nomeadamente, a verificação prévia das condições de navegabilidade e a existência de uma embarcação de apoio*»⁽¹⁶⁾. Tal verificação prévia não foi realizada. O critério utilizado na sentença do TPICL agora em análise também não teria aqui serventia? Não se poderia dizer que os professores em causa, sabendo que a canoagem é uma actividade perigosa, tinham que verificar previamente as «*condições de navegabilidade e a existência de uma embarcação de apoio*» de tal forma que, não o tendo feito, e desconhecendo se tais condições efetivamente existiam, necessariamente representaram a possibilidade de praticar o facto típico?

Contudo, nos três casos acima indicados, o Tribunal entendeu que os arguidos actuaram com negligência inconsciente (ou seja, excluiu a existência do *elemento cognitivo* da imputação subjectiva).

Nessa medida, se outras razões faltassem, ficaria assim justificada a necessidade de esclarecer se o facto de o agente actuar, sem se informar sobre as circunstâncias da sua actuação e sabendo que as desconhece, por si só, ainda pode corresponder, ou não, à *representação da possibilidade de realização do facto típico*.

Sendo assim, de seguida, procede-se à avaliação da razoabilidade e suficiência do critério utilizado pela sentença do TPICL. Tal avaliação será realizada por referência a três concepções distintas de “conhecimento penalmente relevante”. No capítulo seguinte (capítulo II), recorre-se a uma concepção atributivo-normativa de “conhecimento”, convocando para o efeito, em especial, o entendimento de JAKOBS. No capítulo III, utiliza-se uma concepção psicológica de “conhecimento”. Finalmente, no capítulo IV, faz-se alusão à concepção anglo-saxónica do *wilfull blindness*.

II. A concepção atributivo-normativa de conhecimento (em especial, o funcionalismo de Jakobs)

A matéria de facto dada como provada na sentença, bem como a respectiva fundamentação, não revelam qualquer circunstância de facto que, sendo conhecida pelo arguido, indiciasse ou sugerisse que a informação contida nos docu-

⁽¹⁶⁾ Acórdão da Relação de Lisboa, de 28/04/2005, Processo n.º 2207/2005, em www.dgsi.pt.

mentos em causa não era verdadeira e que, portanto, o alertasse e despertasse para tal possibilidade. Com efeito, de acordo com a sentença — factos dados como provados e respectiva motivação —, naqueles documentos de prestação de contas, não existia nenhuma informação que, em si mesmo considerada, ou considerada no contexto do documento em que estava inserida, (i) se revelasse desrazoável perante o *status* específico daquela empresa ou sector de actividade (ii) se revelasse incompatível com outros conhecimentos de que o arguido já dispunha anteriormente, (iii) sugerisse a violação de qualquer procedimento interno da empresa sobre a forma ou competência para a elaboração daquele tipo de documento, (iv) implicasse qualquer dificuldade de compreensão (por incompletude) da declaração pretendida, entre muitos outros exemplos possíveis.

Para além disso, a matéria de facto dada como provada na sentença, bem como a respectiva fundamentação, também não revelam qualquer circunstância de facto que indiciem que o arguido, por qualquer razão, e mesmo antes de ter acesso aos documentos em causa, já pudesse, pelo menos, desconfiar que os mesmos iriam conter alguma falsidade.

Nessa medida, ainda que convocando as regras de experiência comum, não é possível afirmar que, psicologicamente, no seu universo mental, o arguido tenha efetivamente representado a possibilidade de as informações em causa serem falsas.

Em particular, não é possível afirmar, de forma segura, com base nas regras de experiência comum, que alguém representou psicologicamente, no seu universo mental e de forma efetiva, uma falsidade, quando não foram dadas como provadas circunstâncias objectivas (como as *supra* referidas) que pudessem alertar ou despertar o agente para essa mesma falsidade.

Obviamente que estamos a pressupor, por ser essa a situação mais frequente em termos do *normal acontecer* (e ainda que a sentença nada diga sobre esta matéria), que, muito embora o presidente do conselho de administração tenha assinado os documentos de prestação de contas em causa, a selecção e preparação material da informação que consta dos mesmos tenha sido realizada pelos departamentos competentes dentro da sociedade (direcção financeira, departamento de contabilidade, direcção de auditoria, ...).

Assim, ao dar como provada a *representação do facto típico*, a sentença parece estar a referir-se, não a um efetivo estado psíquico do presidente do conselho de administração, mas antes a uma atribuição de sentido e significado ao comportamento daquele arguido.

Ou seja, o Tribunal entende que, por força da violação dos seus deveres de informação prévia, a melhor forma de interpretar e compreender o com-

portamento do arguido é aquela que, valorativamente, lhe atribui o sentido e significado de *representação do facto típico* ⁽¹⁷⁾.

A demonstração de que o Tribunal não atendeu à dimensão psicológica do comportamento do arguido, mas antes ao seu significado normativo-valorativo, resulta da circunstância de o Tribunal, nos factos dados como provados, nunca mencionar qual o comportamento material e factual do arguido. Assim, o Tribunal não deu como provado que o arguido “elaborou” ou “leu” ou “assinou” ou “divulgou” os documentos em causa. Ao invés, o Tribunal deu como provado que o arguido «*na qualidade de presidente do conselho de administração da sociedade A e B assumiu a responsabilidade pelas informações*» ⁽¹⁸⁾. A expressão «*assumiu a responsabilidade*» tem uma conotação essencialmente normativa que revela, não a descrição do comportamento físico do agente, mas antes o seu significado valorativo.

Face ao exposto, justifica-se que a análise do critério utilizado na sentença se faça, num primeiro momento, à luz da doutrina funcionalista de JAKOBS, a qual tem defendido uma concepção *atributivo-normativa* (ou seja, baseada no significado atribuído pelo direito, e não no universo psíquico experimentado pelo sujeito) da imputação subjectiva.

1. Introdução

JAKOBS começa por sublinhar a sua perplexidade pelo facto de existir uma diferença substancial entre o regime do erro sobre os elementos constitutivos do facto típico e o regime do erro sobre a ilicitude. Enquanto que o primeiro provoca sempre uma diminuição da responsabilidade do agente, pois exclui o dolo, ficando ressalvada apenas a negligência, o segundo apenas poderá provocar uma diminuição da responsabilidade do agente, no caso de o erro ser inevitável (existindo um atenuação facultativa da pena para o erro evitável).

Face a esta aparente incongruência, JAKOBS pretende então demonstrar que, à semelhança do que acontece nas situações de erro sobre a ilicitude, também no que diz respeito aos elementos constitutivos do tipo, nem toda a

⁽¹⁷⁾ Sobre o conceito *psicológico-descritivo* e sobre o conceito *atributivo-normativo* de conhecimento, ver LUIS GRECO, «Dolo sem vontade», in Augusto Silva Dias *et al.* (org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário*, Almedina, 2009, p. 886 e ss. Ver igualmente INGEBORG PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Muller, Heidelberg, 1992.

⁽¹⁸⁾ Cfr. nota de pé de página n.º 4.

ignorância ou falsa representação do agente permite diminuir a sua responsabilidade ⁽¹⁹⁾.

Em particular, no que diz respeito aos elementos constitutivos do tipo, JAKOBS pretende demonstrar que, para se saber se o agente merece, ou não, uma diminuição da responsabilidade (que, neste caso, se traduz na exclusão do dolo e na ressalva, apenas, da punibilidade da negligência), não interessa para nada analisar se, psicologicamente, enquanto estado mental efetivamente vivido, o agente representou a possibilidade de praticar o facto típico.

Ao invés, a análise deve incidir sobre o significado que, em termos normativos, deve ser atribuído ao comportamento do agente.

JAKOBS apresenta o exemplo de um terrorista que conduz o seu automóvel, a grande velocidade, contra uma barreira policial montada na faixa de rodagem, não lhe passando sequer pela cabeça que poderia atropelar um agente da autoridade, na medida em que estava exclusivamente concentrado na condução, de forma a não perder o controlo do seu veículo. E pergunta de seguida: seria despropositado aplicar a pena do homicídio doloso, caso o terrorista atropelasse mortalmente o polícia? Ainda que, psicologicamente, o terrorista nunca tenha representado a possibilidade de matar o polícia, e o dolo implique tal representação, seria despropositado *atribuir* ao terrorista um título doloso, considerando que o seu comportamento tem esse sentido e significado ⁽²⁰⁾?

Para se perceber a concepção de JAKOBS é necessário, no entanto, fazer uma breve explicação da sua concepção sobre crime e pena, o que se fará de seguida.

2. O significado do crime e da pena

Para efeitos de análise dos pressupostos da responsabilidade penal, JAKOBS parte do pressuposto que o crime e a pena são eventos comunicativo-sociais pois têm um determinado significado na sociedade ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto», in Jacobo Lopez Baja de Quiroga (coord.), *Dogmática y lei penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Inst. Univ. de Investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons, 2004, pp. 345-358.

⁽²⁰⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto» (como na nota 19), p. 347.

⁽²¹⁾ Os fundamentos da concepção de GÜNTHER JAKOBS que de seguida se expõe podem ser encontrados, entre o mais, nas seguintes obras do autor: «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 42, n.º 2, Mayo-Agosto 1989, p. 633-652; «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 45, n.º 1, Enero-Abr.1992, p. 213-234; «El

O crime tem o significado comunicacional de contestação da vigência da norma, ou seja, através do crime, o autor expressa que, para ele, não são vigentes aquelas normas que constituem a identidade normativa da sociedade.

A pena tem o significado de contra-prova de vigência da norma pelo que, através da mesma, a sociedade contesta a comunicação do autor e reafirma que as normas básicas da sociedade valem para todas as pessoas ⁽²²⁾ ⁽²³⁾.

Assim, a pena prossegue uma finalidade de manutenção da confiança na vigência da norma ⁽²⁴⁾. Explicando melhor: a complexidade das relações que se estabelecem na sociedade implica que *eu* só consiga orientar o *meu* comportamento se puder contar, em cada momento, com a expectativa de que os outros actuarão de certa forma, contando igualmente com a expectativa de que os outros também têm uma determinada expectativa quanto à *minha* actuação. As expectativas essenciais para a convivência social estão plasmadas nas normas.

Contudo, as expectativas podem ser frustradas (em particular, as normas podem ser violadas). E neste caso, existem duas possibilidades: ou se refor-

principio de culpabilidad», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 45, n.º 3, Septiembre-Diciembre 1992, p. 1051-1083; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Editorial Civitas, 1996, p. 17 e ss., 55 e ss. e 69 e ss.; «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», *Revista del poder judicial*, 3.ª Época, n.º 49, Primer Trimestre 1998, p. 297-319; *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, 2003. Mais recentemente, do mesmo autor, *La pena estatal: significado y finalidad*, Civitas, 2006, onde, entre o mais, o autor explica por que razão, dentro da sua concepção, a pena implica que se cause “dor” ao condenado.

⁽²²⁾ No mesmo sentido, HEIKO LESCH, «Intervención delictiva e imputación objetiva», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 48, 1995, p. 920, dá o seguinte exemplo para demonstrar que crime e pena são actos simbólicos de comunicação que devem ser entendidos como discurso e resposta: «*X vai a andar na rua com uma carteira. Ele espera — expectativa! — poder andar na rua com a carteira sem que ninguém a roube. O autor Z, que rouba a carteira, concebe o mundo de forma diferente: ele diz exactamente o contrário, a saber, que não se pode andar na rua com a carteira, sem que ninguém a roube. Através da pena, fica demonstrado que a visão do mundo do autor Z não serve de padrão e que a expectativa que orientou o comportamento de X é efectivamente vigente, quer antes, quer depois da actuação de Z. A pena tem como função demonstrar que o comportamento contrário à norma não serve de padrão e que, ainda assim, a norma mantém a sua vigência.*»

⁽²³⁾ No mesmo sentido, URS KINDHÄUSER, «Cuestiones fundamentales de la coautoría», *Revista Penal*, n. 11 Enero 2003, p. 57 e 59, afirma que «o crime é uma construção de imputação que tem como conteúdo uma contradição com a norma: o autor é censurado por ter declarado, através da sua conduta, que a norma não é para ele um motivo de actuação vinculativo».

⁽²⁴⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» (como na nota 21), p. 214.

mulam as expectativas iniciais ou se reafirmam essas mesmas expectativas. Como é óbvio, as relações sociais seriam caóticas — incontrolláveis e imprevisíveis — se os indivíduos, por cada vez que uma norma fosse violada, tivessem de reformular as suas expectativas.

Nessa medida, o Direito permite garantir a segurança nas expectativas (reafirmando-as), pois a pena assegura a vigência da norma ⁽²⁵⁾.

Esta linha de pensamento determina, desde logo, um novo entendimento sobre o próprio conceito de acção. Ou seja, o conceito de acção deixa de ser, apenas, o substracto básico da imputação penal e passa a traduzir «*uma tomada de posição responsável a propósito do ordenamento jurídico*», exprimindo, de forma comunicativa, o entendimento (a negação) do agente sobre a própria vigência da norma ⁽²⁶⁾.

Percebe-se assim, por exemplo, por que razão JAKOBS entende que a *teoria do domínio do facto* (dominante na Alemanha, a propósito dos problemas de autoria e participação ⁽²⁷⁾) é excessivamente naturalística. Com efeito, na concepção de JAKOBS, se o crime não traduz um ataque externo-causal a bens jurídicos ⁽²⁸⁾, mas antes um ataque à vigência da norma, então, o critério da

⁽²⁵⁾ A este propósito, ver RAFAEL ALCACER GUIRAO, «Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico?», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15, n.º 4, Out-Dez 2005, p. 523 e ss.

⁽²⁶⁾ URS KINDHÄUSER, «Cuestiones fundamentales de la coautoría» (como na nota 23), p. 60.

⁽²⁷⁾ CLAUS ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8.ª edição, De Gruyter Recht, Berlim, 2006, capítulo 12.º, p. 546 a 762.

⁽²⁸⁾ Note-se que, actualmente, a doutrina maioritária continua a entender que a função do Direito Penal — e simultaneamente o conceito material de crime — está associada à protecção de *bens jurídicos*. Nesse sentido, em Portugal, entre outros, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 106 e ss.; MANUEL DA COSTA ANDRADE, «A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 2, n.º 2 (Abr-Jun 1992), p. 173-205; MARIA FERNANDA PALMA, *Constituição e Direito Penal, as questões inevitáveis*, in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, 2.º Vol., Coimbra Editora, 1996, p. 227 e *Direito constitucional penal*, Almedina, 2006; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português*, Tomo I, Parte Geral, Verbo, 1997, p. 22; MARIA CUNHA, *Constituição e Crime — Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, pp. 71 e ss.; SUSANA AIRES DE SOUSA, «Direito penal nas sociedades comerciais. Qual o bem jurídico?», *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano 12, n.º 1, Janeiro-Março, 2002, pp. 49 e ss. Em Espanha, por todos, SANTIAGO MIR PUIG, «Bien jurídico e bien jurídico-penal como limites del Ius puniendi», *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Com-

autoria não pode ser o *domínio* real e fáctico sobre esse mesmo ataque externo-causal a bens jurídicos (o qual, em si mesmo, não define o crime).

Ao invés, o critério teria de ser normativo, baseando-se no sentido e significado comunicacional de uma conduta. O mesmo é dizer que a pessoa deverá responder, sempre e apenas, pelo contexto de sentido e significado do seu comportamento.

Por exemplo, se um juiz dá um despacho em processo judicial, apesar de terroristas ameaçarem matar um ministro caso tal despacho fosse proferido, ainda assim, se esta morte efetivamente ocorrer, nem por isso o homicídio do ministro se converte em *assunto* da competência do juiz. O andamento do processo traduz uma manifestação comunicativa típica do Estado de Direito, não podendo assumir qualquer sentido e significado de incentivo ao homicídio, ainda que existam terroristas que, arbitrariamente, lhe queiram atribuir esse significado ⁽²⁹⁾.

3. O significado comunicativo-social do dolo e da negligência

No comportamento doloso, e do ponto de vista comunicativo-social, o agente contesta directamente a vigência da norma, declarando a concepção do mundo que ele considera correcta, contra a declaração da norma. Assim, por exemplo, «*a norma que declara que deve ser respeitada a integridade física alheia é contrariada pelo agente doloso, o qual considera, agredindo o seu inimigo, que a integridade física alheia não conta tanto como a satisfação da sua vingança*» ⁽³⁰⁾.

Nessa medida, como conclusão, é possível afirmar que, do ponto de vista comunicativo-social, o autor doloso nega a vigência da norma, na medida em

postela, 1991, p. 205 e FRANCISCO MUÑOZ CONDE, «Protección de bienes jurídicos como limite constitucional del Derecho Penal, El Nuevo Derecho Penal Español», Estudios Penales en Memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi Editorial, 2001, p. 561. Na Alemanha, por todos, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, tradução da 2.^a edição de Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Tomo I, Civitas, 2003, p. 51.

⁽²⁹⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Crítica à teoria do domínio do fato», Coleção Estudos de Direito Penal. Vol. 9, LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro (trad.), Manole, São Paulo, 2003, p. 12.

⁽³⁰⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» (como na nota 21), p. 225.

que entende, de acordo com a sua valoração pessoal, que o risco de realização do tipo não é relevante (*rectius*: é indiferente) para a sua decisão de agir. Para efeitos de decisão de agir, o autor doloso entende como relevante, apenas, a satisfação do seu próprio interesse (por exemplo: «*quem abandona uma criança no caminho declara que a sua urgência em chegar a um determinado sítio é mais importante do que a integridade física da criança*»⁽³¹⁾).

Ao invés, o agente que age negligentemente contesta a vigência da norma, mas apenas indirectamente. JAKOBS explica esta circunstância como se tratasse de um diálogo entre o sujeito e a norma: «*A norma, por exemplo, declara que a integridade física alheia deve ser respeitada. O sujeito que conduz embriagado responde 'é verdade, e eu não vou violar a integridade física alheia' e de seguida provoca um acidente em resultado do estado de embriaguês*»⁽³²⁾.

Desta forma, em rigor, o autor negligente não se pronuncia contra a própria norma mas sim contra as condições cognitivas em que a mesma deve ser aplicada. Utilizando o exemplo de JAKOBS, a propósito das normas religiosas do Islão, o agente imprudente não contesta a validade da norma que manda ajoelhar em direcção a Meca, a uma determinada hora, antes manifesta uma ideia equivocada sobre onde está Meca ou sobre a hora em que é obrigatório rezar⁽³³⁾.

O autor negligente define e avalia, de modo incompleto, as circunstâncias do seu comportamento, pois não incorpora na sua decisão o risco de realização do facto típico⁽³⁴⁾.

4. O desconhecimento por indiferença

Chegamos então ao ponto essencial da questão que se pretende tratar. No seguimento do exposto, JAKOBS vem defender que a caracterização do comportamento doloso, e sua contraposição com o comportamento negligente,

⁽³¹⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» (como na nota 21), p. 225.

⁽³²⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» (como na nota 21), p. 227.

⁽³³⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» (como na nota 21), p. 227.

⁽³⁴⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» (como na nota 21), p. 353.

não deve estar baseado num conceito psicológico de “conhecimento” (enquanto estado mental do agente, existente no seu universo cognitivo).

Por um lado, nem todo o “conhecimento” psicológico é penalmente relevante. Por exemplo, os conhecimentos especiais que não estão associados ao estatuto (ao *papel* social) assumido pelo agente, são irrelevantes para a imputação penal⁽³⁵⁾. Assim, o padeiro não responde por participação num homicídio, ainda que, quando vende os pães ao cliente, saiba que ele os vai envenenar, antes de os servir aos convidados, da mesma forma que o taxista não responde pelos actos criminosos praticados pelo seu passageiro, no local de destino, ainda que os tenha previsto^{(36) (37)}.

Por outro lado, o dolo pode existir mesmo quando tal “conhecimento” psicológico não se verifique. Em particular, JAKOBS defende que o “conhecimento” psicológico do facto típico deve ser irrelevante para a responsabilidade penal, nos casos em que seja seguro que tal “conhecimento” também seria irrelevante para a decisão do agente.

⁽³⁵⁾ Com efeito, diz JAKOBS que o ordenamento jurídico atribui a cada pessoa que intervém na interacção social um determinado papel (*role*), o qual determina um *standard* pessoal de actuação que deve ser cumprido pelo respectivo titular. Nessa medida, a interacção social poderá ser realizada e orientada com base em padrões gerais de comportamento, independentemente do conhecimento mútuo das características e intenções pessoais dos indivíduos que, em concreto, interagem. Só assim será possível estabelecer contactos sociais anónimos ou parcialmente anónimos, não sendo necessário averiguar o perfil individual do interlocutor, bastando assumir que tal pessoa é titular de um determinado papel (*role*) no contexto de interacção social.

⁽³⁶⁾ Entende JAKOBS que «ninguém pode responder pelas consequências do cumprimento pontual de uma obrigação» — cfr. *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, 1997, 24/17. Ver igualmente RICARDO ROBLES PLANAS, «Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos Jesús-Maria Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, 2003, pp. 17-68.

⁽³⁷⁾ GÜNTHER JAKOBS, *La Imputación Objetiva em Derecho Penal* (e um estudo preliminar de CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ e MANUEL CANCIO MELIÁ intitulado *La Reformulación de la Tipicidad a través de la Teoría de la Imputación Objetiva*), Editorial Civitas, 1996, p. 97. Regressando ao exemplo do padeiro: «para o padeiro, o comprador de um pão é apenas comprador. Para o padeiro não interessa se o indivíduo pensa em apenas comer o pão, sem causar dano algum, ou se o pretende envenenar maliciosamente. Do mesmo modo, o comprador não tem de preocupar-se se o padeiro vai incluir, ou não, em conformidade com o seu dever, as vantagens obtidas com a venda do pão na sua declaração de impostos».

Ou seja, segundo JAKOBS, não é razoável sustentar que o “desconhecimento” das circunstâncias do facto típico diminui a responsabilidade do agente (por excluir o dolo, ressaltando-se apenas a negligência) se for seguro que o “conhecimento” dessas mesmas circunstâncias não forneceria ao agente nenhuma informação relevante para a sua decisão.

Porquê atribuir relevância ao conhecimento psicológico das circunstâncias do facto típico, para efeitos de diminuição da responsabilidade penal, se tal conhecimento «*não é nem mais nem menos que supérfluo*»⁽³⁸⁾?

Por exemplo, «*muitas pessoas não representam que provocam ruídos intoleráveis ou que destroem o meio ambiente porque os seus concidadãos e o meio ambiente lhes são indiferentes*»⁽³⁹⁾. Mais: retomando um exemplo anteriormente apresentado, pense-se agora que o terrorista que conduz contra a barreira policial colocada na faixa de rodagem não representa a possibilidade de matar um polícia porque «*a vida de um polícia nem sequer é digna de consideração ou atenção*»⁽⁴⁰⁾.

Em ambos os casos apresentados, dizer-se que o agente pode beneficiar da falta de representação psicológica do facto típico seria um benefício injustificado, uma vez que tal falta de representação não resulta de uma diminuição da «*sua capacidade de orientação no mundo*», não resulta de uma avaliação incompleta das circunstâncias do seu comportamento, pois aquilo que o agente desconhece simplesmente não lhe interessa (é-lhe indiferente).

Assim, JAKOBS vem afirmar que o regime do erro sobre os elementos constitutivos do tipo⁽⁴¹⁾ (que exclui o dolo) apenas foi pensado para as situações em que o conhecimento psicológico de tais elementos seria relevante para a decisão do autor. Nesses casos, o desconhecimento produz uma diminuição da responsabilidade individual pois revela um *deficit* de competência do agente, que não consegue compreender as consequências do seu comportamento, por não conhecer as circunstâncias associadas ao mesmo.

⁽³⁸⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto» (como na nota 19), p. 346

⁽³⁹⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» (como na nota 21), p. 225.

⁽⁴⁰⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas» (como na nota 21), p. 225.

⁽⁴¹⁾ O regime do erro sobre os elementos constitutivos do tipo está previsto no artigo 16.º, n.º 1, do Código Penal português.

Ao invés, aquela diminuição de responsabilidade, por exclusão do dolo, já não será justificada naquelas situações em que o agente não representa — em termos psicológicos — a realização do facto típico porque, simplesmente, tal facto é-lhe indiferente e irrelevante (não lhe merecendo qualquer tipo de consideração).

Esta conclusão resulta daquilo que se disse anteriormente sobre o sentido e significado comunicativo-sociais do dolo e da negligência: do ponto de vista comunicativo-social, o autor doloso nega a vigência da norma, na medida em que entende, de acordo com a sua valoração pessoal, que o risco de realização do tipo não é relevante (*rectius*: é indiferente) para a sua decisão de agir.

Sendo assim, nos casos em que o agente não representa, em termos psicológicos, a realização do facto típico porque, simplesmente, tal facto é-lhe indiferente e irrelevante, ainda existirá aquele sentido e significado comunicativo-social característico do dolo, o qual, por esse motivo, não será excluído.

Em conclusão, e naquilo que interessa para efeitos de análise do critério utilizado pelo TPICL na sua sentença: segundo o entendimento anteriormente exposto, não é a concepção psicológica do “conhecimento” — enquanto estado mental efetivamente representado pelo agente, no seu universo cognitivo — que se mostra relevante para o direito penal.

5. A sentença do TPICL

Dissemos anteriormente que a sentença agora em análise não pode significar que o arguido, em termos psicológicos (enquanto estado mental efetivamente formado no seu universo cognitivo), tenha representado que as informações que prestava eram falsas, uma vez que o Tribunal não deu como provado nenhum facto ou circunstância objectivos que pudessem indiciar ou sugerir ao arguido tal falsidade.

No entanto, concluímos agora que existem autores que defendem a irrelevância penal daquela concepção psicológica do conhecimento.

Ainda assim, entendemos que tais autores — que sustentam concepções normativas do dolo e da negligência, e dos quais JAKOBS é o exemplo mais sonante — não podem ser convocados para apoiar o critério utilizado pela sentença para afirmar que o agente *representou a possibilidade de praticar o facto típico*.

Antes de se explicar porquê, faça-se uma nota prévia: conforme se deixou anteriormente explicado, a concepção da *indiferença perante a realização do facto típico*, em JAKOBS, surge como fundamento da imputação dolosa. Nesses termos, poder-se-ia pensar que tal concepção sempre seria inaplicável ao caso

judicial agora em análise pois o TPICL chegou à conclusão que o arguido actuou com negligência (consciente).

Contudo, conforme também afirmámos em introdução ao presente estudo, a relevância do critério utilizado pelo TPICL não se coloca apenas, nem sequer principalmente, nos casos em que o tribunal o utilize para preencher o *elemento cognitivo* da negligência consciente (como efetivamente aconteceu). Tal relevância coloca-se, isso sim, se o mesmo critério vier a ser utilizado para preencher o *elemento cognitivo* do dolo eventual, o qual, pelo menos de acordo com a letra da lei, é simétrico ao *elemento cognitivo* da negligência consciente. A análise dos movimentos jurisprudenciais noutros sistemas jurídicos demonstram que tal hipotética transposição não é inverosímil ⁽⁴²⁾.

Voltando à questão inicial: a concepção de JAKOBS — não obstante a sua extrema normativização — não pode ser convocada para suportar o critério utilizado pela sentença ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorância deliberada en Derecho penal*, Atelier libros jurídicos, 2007, p. 21 a 62, apresenta um exemplo ilustrativo de como um determinado critério pode ser utilizado, inicialmente, para efeitos de preenchimento de uma determinada realidade jurídica e, entretanto, por evolução, passar a ser utilizado para efeitos de preenchimento de uma outra realidade jurídica, conexas com a primeira. Em particular, RAMON RAGUÉS I VALLÈS apresenta um recenseamento completo das sentenças proferidas pelos tribunais espanhóis que fazem referência à figura da ignorância deliberada, a qual, como se verá adiante, tem relevância para a presente problemática. Nesse recenseamento, surpreende-se uma evolução relevante. Nas decisões iniciais, a jurisprudência fazia referência à ignorância deliberada para efeitos de preenchimento do elemento volitivo do dolo eventual, nomeadamente, através da ideia da “aceitação” das possíveis consequências do comportamento adoptado (p. ex. Sentencia de 10 de enero de 2000: «*quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias*»). Posteriormente, a jurisprudência passou a fazer referência à ignorância deliberada para efeitos de preenchimento do próprio elemento intelectual do dolo eventual, sustentando que, quem está em ignorância deliberada, em rigor, não está numa verdadeira situação de ignorância (p. ex. Auto de 22 de julio de 2002: «*quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna, y debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar*»).

⁽⁴³⁾ Recorde-se que tal critério é o seguinte: o facto de o agente actuar, sem se informar sobre as circunstâncias da sua actuação e sabendo que as desconhece, constitui fundamento da *representação da possibilidade de realização do facto típico*.

Pela seguinte razão: é certo que JAKOBS dispensa o tribunal de dar como provados factos objectivos que revelem, à luz das regras de experiência comum, que o arguido conhecia psicologicamente o facto típico. Mas já não dispensa o tribunal de dar como provados factos objectivos que revelem, à luz das regras de experiência comum, que o conhecimento do facto típico era irrelevante (indiferente) para a decisão do autor.

Assim, a necessária demonstração da indiferença do agente perante a realização do facto típico, pode resultar, por exemplo, da prova de que «o arguido, de entre um conjunto de eventos possíveis, evita sempre aqueles que podem afectar os seus interesses. Estes interesses, por definição, têm de assumir uma importância para o arguido, de um ponto de vista subjectivo, pois caso contrário não se trataria, para ele, de interesses»⁽⁴⁴⁾.

Acrescenta JAKOBS que tal prova deveria ser feita nos termos gerais⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾.

Em conclusão: mesmo para a concepção *atributivo-normativa* de conhecimento (ou seja, a concepção que *atribui* normativamente o conhecimento ao arguido, independentemente do seu estado psicológico, tendo em conta o sentido e significado do seu comportamento), não é suficiente — apenas — a demonstração de que o arguido não confirmou previamente a veracidade da informação que prestava e desconhecia.

É ainda — e sempre — necessário demonstrar, igualmente, que tal violação dos deveres de informação justificou-se, não por um *deficit* de competência ou por uma incorrecta avaliação do problema, mas antes porque o arguido apenas dava relevância (apenas era sensível) à protecção dos seus próprios interesses — daqueles fins que para si eram valiosos — tendo actuado em conformidade, com o objectivo de os satisfazer, com absoluta insensibilidade face ao interesse na vigência da norma.

⁽⁴⁴⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto» (como na nota 19), p. 355. O autor acrescenta: «se o arguido caprichosamente persegue apenas fins e objectivos que não têm valor para o direito e que só a ele interessam, e o faz de forma planificada, sem tomar em consideração a realização do facto típico que o impediria [de prosseguir os tais objectivos pessoalmente valiosos], a planificação para a prossecução dos seus próprios interesses indica a indiferença perante a realização do facto típico».

⁽⁴⁵⁾ GÜNTHER JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto» (como na nota 19), p. 354.

⁽⁴⁶⁾ Para a prova do dolo, em processo penal, ver RUI PATRÍCIO, «O dolo enquanto elemento do tipo penal (no direito português actual): questão-de-facto ou questão-de-direito?», Revista da Ordem dos Advogados, ano 58, n.º 1, Janeiro de 1998, p. 147.

Ora, quanto a este último ponto, não parece que a sentença contenha elementos necessários e suficientes. Senão veja-se.

A este propósito, RAMON I VALLÈS — que, no essencial, adopta a perspectiva de JAKOBS sobre o crime e a pena — faz uma lista não exaustiva de possíveis significados que podem ser atribuídos aos comportamentos dos agentes que actuam, ainda que desconheçam as circunstâncias concretas da sua actuação e não se tenham informado sobre as mesmas ⁽⁴⁷⁾.

Pode o agente ter renunciado a informar-se porque tinha a certeza de que, ainda que procurasse esclarecimentos, não ia receber qualquer resposta (é o caso, por exemplo, do testa-de-ferro contratado, mediante remuneração, para assumir formalmente o cargo de administrador de uma empresa e, nessa qualidade meramente formal, assinar documentos cujo conteúdo ignora, sem fazer perguntas).

Pode o agente ter renunciado a informar-se, em cumprimento de uma política de comunicação estabelecida dentro da empresa que visa impedir que a administração possa tomar conhecimento, em concreto, de qualquer acto ilícito praticado pelos seus subordinados, assegurando assim a possibilidade de invocar uma causa de exclusão ou diminuição de responsabilidade — o desconhecimento — em caso de procedimento sancionatório (é o caso, por exemplo, do administrador da sociedade que estabelece uma política de comunicação entre os quadros intermédios e a administração da sociedade, que implica que esta apenas tenha informação sobre cumprimento genérico de objectivos programáticos, nunca recebendo informação específica sobre os meios que estão a ser concretamente utilizados para atingir aqueles objectivos).

Pode o agente ter renunciado a informar-se por razões de comodidade (é o caso do condutor que ouve um barulho estranho no carro mas como não lhe é conveniente ir naquele dia à oficina porque tem uma reunião, segue o seu caminho e tem um acidente).

E pode o agente ter renunciado a informar-se por razões de mera eficácia de serviço, pois o documento que lhe é dado a assinar foi preparado por quem era técnica e organicamente competente sobre o assunto, pretendendo-se evitar *duplicação* de trabalho (é o caso, por exemplo, do vereador da câmara municipal que despacha, por dia, centenas de autos de notícia, por alegadas

⁽⁴⁷⁾ RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorância deliberada en Derecho penal* (como na nota 42), pág. 188 e ss.

infracções a regras camarárias, preparados pelos respectivos serviços de fiscalização, sem conhecer se o respectivo conteúdo é razoável ou abusivo ⁽⁴⁸⁾).

Todos estes casos têm um aspecto em comum, a saber: o agente violou sempre os seus deveres de informação, actuando sem conhecer as circunstâncias associadas à sua actuação. Contudo, no que diz respeito ao respectivo significado normativo, o comportamento dos quatro agentes atrás referidos (o testa-de-ferro, o administrador, o condutor e o vereador da câmara municipal) é substancialmente distinto.

O comportamento do administrador (que dá prevalência absoluta à protecção da sua própria liberdade e segurança, pretendendo apenas garantir a sua *imunidade* face a possíveis actos ilícitos dos subordinados) e o comportamento do testa-de-ferro (que dá prevalência absoluta ao seu interesse pessoal em receber um rendimento pela assunção formal de um estatuto de administrador), revelam, seguramente, uma indiferença face à possível realização do facto típico, pois o agente apenas se preocupa com os seus próprios interesses, desconsiderando em absoluto o interesse da vigência da norma.

Já a situação do condutor é diferente. Como é óbvio, na medida em que o condutor (e eventualmente a sua família) também vai dentro do carro, ele expõe-se imediatamente a uma *pena natural*, que consiste no perigo de vida que ele próprio experimenta, em caso de acidente. Não é assim possível afirmar que este agente actuou com o propósito de satisfazer os seus interesses, que seriam a única realidade à qual o agente dava relevância, sendo-lhe indiferente o interesse na vigência da norma. Tendo em conta que o seu interesse mais valioso é a própria vida, a exposição a esta *pena natural* implica necessariamente que este agente tenha actuado de forma descuidada e incompetente, mas não de forma *indiferente*.

Por fim, a situação do vereador da câmara municipal também não permite revelar qualquer indiferença perante a realização do facto típico. Não é possível dizer-se que aquele vereador tenha *cegado* diante do interesse na vigência da norma, porque pretendia apenas satisfazer os seus próprios interesses. Aqui, e ao invés, até se poderia dizer que a actuação do vereador resultava de uma incorrecta interpretação do interesse público, em particular, no que diz respeito à eficiência dos procedimentos.

⁽⁴⁸⁾ Exemplo dado por RAMON RAGUÉS I VALLES, *La ignorância deliberada en Derecho penal* (como na nota 42), p. 112.

Em todos os casos acima considerados, o agente praticou um facto, desconhecendo as respectivas circunstâncias, e não se tendo informado sobre as mesmas. Mas nem todos os factos acima considerados revelam *indiferença perante a realização do facto típico*, a qual tem de ser demonstrada autonomamente.

Em conclusão: não basta a mera violação dos deveres de informação para se poder *atribuir* normativamente o “conhecimento” do facto típico ao agente.

Ora, o critério utilizado pela sentença do TPICL baseia-se, exclusivamente, na violação dos deveres de informação por parte de quem actua em desconhecimento das circunstâncias. Sendo assim, mesmo que se adotasse uma concepção atributivo-normativa do conhecimento nunca se poderia entender, em nossa opinião, que o critério utilizado pelo TPICL na sua sentença era suficiente para *atribuir* normativamente o “conhecimento” do facto típico ao arguido.

III. A concepção psicológica do conhecimento (associação entre Conhecimento e Domínio)

1. Introdução

A concepção de JAKOBS — radicalmente normativizada — sobre o significado do crime e da pena está longe de ser pacífica e tem sido alvo de críticas profundas ⁽⁴⁹⁾.

Em particular, tem generalizada aceitação — por exemplo, em Portugal — a concepção de crime como um *ataque* externo a um bem jurídico com dignidade penal e a concepção da pena como um instrumento que visa proteger (em termos preventivos) a integridade desses mesmos bens jurídicos ⁽⁵⁰⁾.

A este propósito, SCHÜNEMANN sustenta que a função social do direito penal não consiste em organizar discursos abstractos (*rectius*: declarações e contra-declarações estritamente normativas, sem correspondência no *discurso real* das pessoas) sobre o valor da norma e sobre o desvalor da sua violação. A organização de tais discursos poderia ser realizada nas universidades, nos meios de comunicação social e até nas igrejas. Ao invés, a função do direito

⁽⁴⁹⁾ Por exemplo, em BERND SCHÜNEMANN, «De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo», in Bernd Schünemann, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, 2002, p. 107.

⁽⁵⁰⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral* (como na nota 28), p. 43 a 85 e 106 a 154.

penal consiste em impedir que os indivíduos violem bens jurídicos, com dignidade penal ⁽⁵¹⁾.

A concepção de crime e de pena baseada na prevenção dos *reais e efectivos* ataques externos a bens jurídicos implica que a ideia de conhecimento (ou representação) dos elementos constitutivos do facto típico tenha um enquadramento diferente daquele que analisámos anteriormente.

No quadro desta concepção, o conhecimento dos elementos constitutivos do facto típico tem relevância jurídico-penal pois implica *domínio e controle* sobre aquele *ataque* externo a bens jurídicos. Quem conhece aquilo que faz, em certo sentido, domina aquilo que faz. Quem não conhece aquilo que faz, em certo sentido, aquilo que faz surge como uma casualidade fortuita e arbitrária ⁽⁵²⁾.

O conhecimento (ou representação) dos elementos constitutivos do facto típico é assim condição essencial para que um indivíduo possa conduzir e dirigir o seu comportamento, sendo certo que o *domínio* sobre o próprio comportamento é o ponto de partida básico para imputar a alguém a autoria de um crime ⁽⁵³⁾.

Em estudo recente, GRECO ⁽⁵⁴⁾ explica que o domínio (resultante do conhecimento) faz surgir duas razões para que aquele que domina (*rectius*: aquele que conhece) seja punido de forma mais severa.

Por um lado, existe um razão *consequencialista*, que tem a ver com «*a conveniência, com as boas consequências que podemos esperar se punirmos mais gravemente quem atua com conhecimento*» ⁽⁵⁵⁾. Assim, se os recursos existentes para a prevenção de crimes são limitados, é racional que tais recursos sejam

⁽⁵¹⁾ BERND SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objectiva común para todas las formas de autoria incluyendo el actuar en lugar de otro», in AA.VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, p. 986. SCHÜNEMANN naturalmente que reconhece, para o Direito penal, uma função de estabilização de expectativas, em particular, de manutenção da expectativa na vigência das normas, mas tal função será sempre secundária.

⁽⁵²⁾ BERND SCHÜNEMANN, «De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo» (como na nota 49), p. 105.

⁽⁵³⁾ BERND SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objectiva común para todas las formas de autoria incluyendo el actuar en lugar de otro», (como na nota 51), p. 987.

⁽⁵⁴⁾ LUIS GRECO, «Dolo sem vontade» (como na nota 17), p. 892.

⁽⁵⁵⁾ LUIS GRECO, «Dolo sem vontade» (como na nota 17), p. 892.

preferencialmente dirigidos para a prevenção de condutas que (i) por serem dominadas, e mantendo-se o resto constante, são tanto mais perigosas e (ii) por serem dominadas são susceptíveis de serem repensadas e interrompidas pelos respectivos autores ⁽⁵⁶⁾.

Por outro lado, existe uma razão deontológica, que tem a ver com a maior responsabilidade associada às acções dominadas e controladas, uma vez que estas «*pertencem àquele que as pratica de uma forma mais íntima do que as acções praticadas sem esse conhecimento*».

Basta verificar, por exemplo, que quem conhece os elementos constitutivos do facto típico, por regra, fica já suficientemente orientado para o desvalor jurídico do seu comportamento, ou seja, tal conhecimento constitui, desde logo, um *estímulo* e um *alerta* para que o agente, de seguida, resolva correctamente o problema da ilicitude, tomando consciência da mesma ⁽⁵⁷⁾ ⁽⁵⁸⁾. Já quem não conhece os elementos constitutivos do facto típico não tem as condições de informação suficientes para, de seguida, tomar consciência da ilicitude do seu comportamento (p.ex., no bengaleiro de um restaurante, se alguém não sabe que um casaco pertence a terceiro, pensando que é próprio, por ser igual ao seu, então, por definição, essa pessoa nunca será capaz de tomar consciência da ilicitude do seu comportamento, se se apropriar do casaco em causa, pois falta-lhe uma informação essencial para aceder a tal consciência. Falta-lhe a informação sobre o carácter alheio da coisa) ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ LUÍS GRECO, «Dolo sem vontade» (como na nota 17), p. 892.

⁽⁵⁷⁾ Em rigor, ter-se-ia de acrescentar que, para receber o tal *estímulo* e *alerta*, o agente deverá levar a sério aquele conhecimento (naquilo que se poderia entender como sendo o elemento volitivo do dolo eventual).

⁽⁵⁸⁾ AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro*, Coimbra Editora, 2008, p. 136, que afirma que «*aquele que realiza com conhecimento e vontade as circunstâncias do facto que fundamentam o ilícito tem formado, em regra, o quadro representativo necessário para aceder à consciência de que actua ilicitamente*». No mesmo sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral* (como na nota 28), p. 351, e GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, AT, I, § 11, n.º 58, ed. Stämpfli, 1996.

⁽⁵⁹⁾ Assim, a questão do conhecimento da factualidade típica está antes e fora do problema da consciência da ilicitude. Está antes porque tal conhecimento é um pressuposto cognitivo da consciência da ilicitude, ou seja, fornece ao agente as informações necessárias para que ele possa orientar a sua consciência para o desvalor do ilícito. Está fora porque é

Em conclusão: o conhecimento penalmente relevante é aquele que permite ao agente ser o *senhor* do facto objectivo praticado, controlando-o e dirigindo-o, de tal forma que o mesmo não surja como uma casualidade, mas antes como o produto do poder do agente de conformar a realidade. Dentro dessa lógica, o conhecimento penalmente relevante desperta o agente para o problema da ilicitude e orienta-o na sua correcta resolução.

Sendo assim, para se constituir como o fundamento do *domínio* (real) sobre o comportamento e para se constituir como o *alerta* (real) para o problema da ilicitude, o conhecimento não pode ser normativamente construído ou atribuído. Ao invés, o conhecimento tem de ser uma realidade psicológica, que exista enquanto estado mental, no universo cognitivo do agente ⁽⁶⁰⁾.

2. A sentença do TPICL

A sentença agora em análise afirma que *«a informação prestada pelo próprio punho de um presidente do conselho de administração de sociedade aberta, impõe que o mesmo, ao subscrevê-la, se inteire da sua veracidade, ou, caso não o faça, por ausência de ligação real à sociedade, represente necessariamente a hipótese de tal informação não ser verdadeira»*.

Ora, este critério — utilizado pela sentença para concretizar o *elemento cognitivo* da imputação subjectiva — apresenta uma característica muito significativa, a saber: o objecto, exclusivo e único, do alegado conhecimento (representação) do agente é, exactamente, o seu desconhecimento.

À pergunta *«por que motivos o agente conhece?»*, a resposta será, apenas e tão só, *«porque o agente desconhece»*. Ou seja, o agente conhece (representa) que a informação em causa pode ser falsa porque desconhece se ela é verdadeira.

Ora, em nossa opinião, à luz da concepção (anteriormente apresentada) que associa conhecimento e domínio do facto, e que portanto exige um conhecimento psicológico, e não normativamente atribuído, tal critério não é sufi-

possível que exista dolo do tipo (ou seja, o agente dispõe das informações necessárias para orientar a sua consciência) mas, ainda assim, verifica-se uma falta de consciência da ilicitude, pois o agente valorou erradamente a situação.

⁽⁶⁰⁾ LUIS GRECO, «Dolo sem vontade» (como na nota 17), p. 893.

ciente para se poder concluir que o agente *representou a possibilidade de praticar o facto típico*. Por dois motivos:

Em primeiro lugar, por uma razão lógica. Com efeito, o facto de o arguido ter violado o seu dever de informação (em particular, o dever de se informar, previamente, sobre a veracidade do documento que assinava), em si mesmo considerado, é absolutamente insusceptível de lhe atribuir qualquer tipo de conhecimento (representação) relevante. Tome-se em consideração o seguinte exemplo:

A descobre uma pedra e acredita que se trata de um diamante, porque tem o aspecto, o peso e o brilho de um diamante, embora não tenha nenhuma forma credível de o confirmar. Todas as ourivesarias estão fechadas àquela hora. Na mesma altura, *B* também descobre uma pedra e também acredita que se trata de um diamante, pelos mesmos motivos que *A*, ou seja, porque a pedra tem o aspecto, o peso e o brilho de um diamante. Contudo, *B* tem uma forma de o confirmar, uma vez que ele sabe que apenas os diamantes conseguem riscar os rubis e *B* tem um rubi consigo. Ainda assim, *B* não realiza esse teste.

Ora, não obstante a óbvia diferença entre os dois sujeitos, na medida em que um pode verificar se o facto em causa é verdadeiro ou falso e o outro está impossibilitado de o fazer, não existe nenhuma razão para entender que o segundo tem mais ou melhor conhecimento do que o primeiro.

Ambos acreditam num determinado facto, e fazem-no com base nos mesmos motivos. O facto de *B* ter uma forma de o confirmar, não a utilizando, não lhe dá mais razões ou justificações para acreditar, não lhe dá nem mais nem menos conhecimento ⁽⁶¹⁾. Em termos de conhecimento, ou falta dele, ambos os sujeitos estão na mesma situação, ainda que um deles tivesse possibilidade de confirmar e validar o facto, não o tendo feito.

A conclusão parece então ser a seguinte: o facto de o agente poder confirmar um facto, e não o fazer, em si mesmo considerado, não é susceptível de lhe dar conhecimento, ou de lhe dar mais ou melhor conhecimento.

Aliás, a violação do dever de informação consubstancia uma «*violação do dever de cuidado*» que também é constitutiva da negligência inconsciente, pelo que, por si só, nenhuma serventia poderia ter ao nível da consciência do facto típico.

⁽⁶¹⁾ A discussão deste exemplo encontra-se em DOUGLAS HUSAK e CRAIG CALLENDER, «Wilful ignorance, knowledge and the “equal culpability” thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality», *Wisconsin Law Review*, 29, 1994, p. 10.

Em segundo lugar, por uma razão valorativa. Com efeito, o facto de o presidente do conselho de administração ter assinado os documentos em causa, desconhecendo se o respectivo conteúdo era verdadeiro, e sem antes ter confirmado a respectiva veracidade, por si só, não significa que o tal presidente tenha, em termos psicológicos, representado a possibilidade de praticar o facto típico.

Note-se que, conforme anteriormente referido, ao abrigo das concepções de crime e pena agora considerados — que associam o conhecimento ao *domínio* do facto que pode violar bens jurídicos —, o conhecimento implica uma dimensão psicológica, implica que exista um determinado estado mental do agente, porque só representando no seu universo cognitivo os elementos constitutivos do facto típico é que o agente terá um controle real sobre o seu comportamento, ficando orientado sobre o problema da respectiva ilicitude.

Ora, a este propósito, recupere-se agora a lista não exaustiva de situações em que um agente actua, desconhecendo as circunstâncias concretas da sua actuação e não se tendo informado sobre as mesmas ⁽⁶²⁾ (recorde-se: o caso do testa-de-ferro, do administrador, do condutor e do vereador da câmara municipal).

Mais uma vez, e como é evidente, no que diz respeito à possível representação psicológica da possibilidade de praticar um facto típico, a situação dos quatro agentes atrás referidos é substancialmente distinta.

O testa-de-ferro, por exemplo, tendo em conta as regras de experiência comum, seguramente que terá representado, em termos psicológicos, a possibilidade de praticar o facto típico. Já o vereador municipal, em princípio, tendo em conta as regras de experiência comum, nem sequer terá equacionado como possível estar a praticar um facto típico.

Nessa medida, o simples facto de se dizer que o agente não confirmou previamente se a informação em causa era verdadeira ou falsa, em si mesmo, e por si só, é insignificante para a questão da representação do facto típico.

Independentemente da violação daquele dever de informação, o agente pode ter representado, ou não, o facto típico, dependendo da existência, ou não, de outros elementos — que acresçam àquela violação do dever de informação — e que sugiram ou indiciem ao agente que a realização do facto típico é possível.

⁽⁶²⁾ RAMON RAGUÉS I VALLES, *La ignorância deliberada en Derecho penal* (como na nota 42), p. 188 e ss.

No caso da sentença agora em análise, tais elementos adicionais podiam existir se, por exemplo, a informação constante dos documentos em causa, em si mesma ou em conjugação com o respectivo contexto, se revelasse desrazoável perante o *status* específico daquela empresa ou sector de actividade, se revelasse incompatível com outros conhecimentos de que o arguido já dispunha anteriormente, sugerisse a violação de qualquer procedimento interno da empresa sobre a forma ou competência para a elaboração daquele tipo de documento ou implicasse qualquer dificuldade de compreensão (por incompletude) da declaração pretendida.

Tais elementos adicionais podiam ainda existir se, por exemplo, ficasse provado que o arguido, por qualquer razão, e mesmo antes de ter acesso aos documentos em causa, já pudesse, pelo menos, desconfiar que os mesmos poderiam conter alguma falsidade (ficcionalando uma hipótese, baseada no caso judicial agora em análise, mas que não resulta da matéria dada como provada na sentença: seria o caso de o arguido nem sequer ter lido os documentos em causa, antes de os assinar, mas já ter sido previamente alertado pela CMVM, ou pelo órgão de fiscalização da sociedade, que a imputação de votos realizada nos documentos de prestação de contas dos anos anteriores estava incorrecta).

Contudo, nada disso é dito na sentença agora em causa.

Nessa medida, caso se adotasse um critério psicológico de conhecimento, sempre se deveria entender, em nossa opinião, que o critério utilizado pelo TPICL na sua sentença — não apelando a nenhum outro elemento para além da própria violação do dever de informação — não tem fundamento suficiente.

IV. A *Wilfull blindness* e os sistemas anglo-saxónicos

1. A delimitação da figura

No sistema jurídico norte-americano, são identificados quatro títulos de imputação subjectiva (ao contrário dos sistemas jurídicos continentais, que adoptam um sistema dualista, exclusivamente baseado nas figuras do dolo e da negligência).

Assim, de acordo com o Model Penal Code ⁽⁶³⁾, em particular a sua sec-

⁽⁶³⁾ O Model Penal Code consiste num texto proposto em 1962, pelo American Law Institut, como possível denominador comum (standard) da legislação penal dos vários Estados

ção 2.02 ⁽⁶⁴⁾, o autor do facto criminoso pode actuar *Purposely, Knowingly, Recklessly* ou *Negligently*. Acresce que, quando a lei não estabelece, em relação

federados. Não assumiu a forma de lei, mas assumiu influência relevante na codificação dos diversos Estados federados, bem como na jurisprudência e na doutrina, que recorre frequentemente ao mesmo, como modelo interpretativo — ROBINSON, *An Introduction to the Model Penal Code*, consultado em 13.08.2010, em <http://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf>

⁽⁶⁴⁾ 2.02 *General Requirements of Culpability.*

(1) *Minimum Requirements of Culpability.* Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.

(2) *Kinds of Culpability Defined.*

(a) *Purposely.*

A person acts purposely with respect to a material element of an offense when:

- (i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and
- (ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.

(b) *Knowingly.*

A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:

- (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and
- (ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

(c) *Recklessly.*

A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

(d) *Negligently.*

A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.

(3) *Culpability Required Unless Otherwise Provided.* When the culpability sufficient

a uma específica infracção, qual o título subjectivo exigido, entende-se que será necessário que se verifique um dos três primeiros, pelo que a punição do autor a título de *Negligently* será, desta forma, excepcional (parágrafo 3). Em qualquer caso, quando a lei determina que é suficiente um determinado título de imputação subjectiva, a infracção em causa pode ser praticada com qualquer um dos títulos subjectivos que sejam mais intensos (parágrafo 5.).

Feito este breve enquadramento — e entrando directamente na questão em análise no presente estudo — é necessário referir que a jurisprudência e a doutrina dos Estados Unidos tem revelado especial preocupação com a análise da relação entre *Knowledge* e *willful blindness*.

Em particular, pretende-se avaliar se o agente que não conhece efectivamente as circunstâncias do facto, mas cujo desconhecimento resulta de uma decisão voluntária de não conhecer, pode ser condenado por uma infracção que, ao nível subjectivo, depende daquele conhecimento.

Adiante, apresentaremos uma maior densificação deste conceito mas, para já, basta referir que a *willful blindness* está relacionada com a circunstância de o agente se colocar conscientemente numa situação de cegueira (*blindness*) perante os factos.

No sistema norte-americano, esta questão tem sido colocada com mais insistência a propósito do crime de tráfico de estupefacientes, o qual implica

to establish a material element of an offense is not prescribed by law, such element is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly with respect thereto.

(4) (...).

(5) Substitutes for Negligence, Recklessness and Knowledge. When the law provides that negligence suffices to establish an element of an offense, such element also is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly. When recklessness suffices to establish an element, such element also is established if a person acts purposely or knowingly. When acting knowingly suffices to establish an element, such element also is established if a person acts purposely.

(6) (...).

(7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.

(8) (...).

(9) (...).

(10) (...)

que o agente “conheça” o facto de estar a praticar actos materiais — produção, distribuição, venda ou detenção — sobre uma substância proibida (*controlled substance*).

Assim, os tribunais norte-americanos, bem como a doutrina, consideram de forma pacífica que o pressuposto do “conhecimento” fica preenchido sempre que o estado mental do agente corresponda a uma situação de *willful blindness* ⁽⁶⁵⁾.

O caso judicial de referência, nesta matéria, é o *United States v. Jewell* ⁽⁶⁶⁾ ⁽⁶⁷⁾, no qual o tribunal estabeleceu a doutrina da *willfull blindness* nos seguintes moldes: «*The Government can complete their burden of proof by proving, beyond a reasonable doubt, that if the defendant was not actually aware that there was marijuana in the vehicle he was driving when he entered the United States his ignorance in that regard was solely and entirely a result of his having made a conscious purpose to disregard the nature of that which was in the vehicle, with a conscious purpose to avoid learning the truth*» ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ DOUGLAS HUSAK e CRAIG CALLENDER, «*Wilful ignorance, knowledge and the “equal culpability” thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality*» (como na nota 61), p. 3.

⁽⁶⁶⁾ Tratava-se de um caso em que o arguido atravessou a fronteira entre o México e os EUA, conduzindo um carro onde se encontravam escondidos, dentro de um compartimento, 110 libras de marijuana. O arguido veio alegar que tal serviço lhe tinha sido encomendado por terceiro e, embora suspeitasse que se tratava de algo ilegal, nunca pensou que envolvesse drogas.

⁽⁶⁷⁾ Para mais detalhes sobre o caso ver <http://openjurist.org/532/f2d/697/united-states-v-jewell> e http://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/calendar/Class_19_2001_Jewell.htm (consulta a 12.08.2010).

⁽⁶⁸⁾ E o Tribunal ainda acrescenta: «*The legal premise of these instructions is firmly supported by leading commentators here and in England.... “One with a deliberate antisocial purpose in mind... may deliberately ‘shut his eyes’ to avoid knowing what would otherwise be obvious to view. In such cases, so far as criminal law is concerned, the person acts at his peril in this regard, and is treated as having ‘knowledge’ of the facts as they are ultimately discovered to be.”... “For well-nigh a hundred years, it has been clear from the authorities that a person who deliberately shuts his eyes to an obvious means of knowledge has sufficient mens rea for an offence based on such words as... ‘knowingly.’ “... “To the requirement of actual knowledge there is one strictly limited exception.... (T)he rule is that if a party has his suspicion aroused but then deliberately omits to make further enquiries, because he wishes to remain in ignorance, he is deemed to have knowledge.”... “The rule that wilful blindness is equivalent to knowledge is essential, and is found throughout the criminal law».*

O conceito de *wilfull blindness* tem natureza técnica, pois não encontra paralelo na linguagem corrente, ao contrário dos conceitos de “conhecimento” ou “representação”, os quais têm um valor de uso na comunicação da vida quotidiana. Com efeito, a utilização do termo *wilfull blindness* não é frequente fora dos contextos legais, pelo que se revela impermeável a considerações semânticas.

Por força de tal circunstância, as propostas de densificação deste conceito, apresentadas pela jurisprudência e pela doutrina norte-americana, nem sempre se revelaram coincidentes, o que resultou num quadro de indefinição sobre os exactos contornos desta figura.

HUSAK e CALLENDER, em estudo sobre a *willful blindness*, defendem que este conceito deve ser preenchido através de quatro elementos ⁽⁶⁹⁾.

Em primeiro lugar, é necessário que o agente tenha uma suspeita de que pode estar a praticar o facto típico. Note-se que este primeiro elemento não é pacífico, pois há autores que entendem que o mesmo é insuficiente e outros que é excessivo.

Por exemplo, MARCUS ⁽⁷⁰⁾ entende que o mesmo é insuficiente, sustentando que o conceito de *wilfull blindness* não se basta com a mera suspeita, implicando antes que o agente preveja a realização do facto típico como altamente provável ⁽⁷¹⁾. Para além disso, este autor faz coincidir o conceito de *wilfull blindness* com aquela probabilidade elevada, pois não exige mais nada (em particular, não exige o *elemento motivacional* a que adiante se fará referência) ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ DOUGLAS HUSAK e CRAIG CALLENDER, «Willful ignorance, knowledge and the “equal culpability” thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality» (como na nota 61), p. 5 e ss.

⁽⁷⁰⁾ JONATHAN MARCUS, «Model Penal Code Section 2.02(7) and willful blindness», *The Yale Law Journal*, 102, 1993, p. 2237.

⁽⁷¹⁾ Desta forma, este autor faz coincidir o conceito de *wilfull blindness* com o parágrafo 7. da anteriormente citada secção 2.02 do Model Penal Code. Não é caso único. ROBIN CHARLOW, «Willful ignorance and criminal culpability», *Texas Law Review*, 70, 1992, p. 1415, também exige a alta probabilidade.

⁽⁷²⁾ DOUGLAS HUSAK e CRAIG CALLENDER, «Willful ignorance, knowledge and the “equal culpability” thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality» (como na nota 61), p. 4, contestam a exigência da alta probabilidade com um exemplo. Se *A* pede a *B* que lhe transporte uma mala, numa viagem de avião, a troco de uma quantia relevante, não informando do respectivo conteúdo, é plausível sustentar que *B* se encontra numa situação

Ao invés, LUBAN⁽⁷³⁾ entende que a exigência de uma suspeita prévia é excessiva, não se compatibilizando com as formas de *wilfull blindness* típicas das estruturas empresariais. Nestas, muitas vezes, o dirigente empresarial desconhece a realização do facto típico — e nem sequer suspeita da realização do mesmo — porque, propositadamente, criou uma estrutura organizativa que, através da selecção da informação, impede que as notícias sobre operações concretas que possam vir a consubstanciar factos típicos alguma vez cheguem ao nível da administração, garantindo assim a sua *imunidade* face a possíveis perseguições penais. Tal estrutura garante que, ao nível da administração, só cheguem, por exemplo, dados genéricos sobre cumprimento dos objectivos programáticos.

Em segundo lugar, é necessário que tal suspeita seja fundamentada⁽⁷⁴⁾. Ou seja, é necessário que o agente tenha indícios factuais suficientes que suportem, de forma razoável, a sua suspeita, de modo a que a mesma não surja como arbitrária⁽⁷⁵⁾.

Em terceiro lugar, é necessário que o agente pudesse obter a informação em falta, em tempo útil, de forma credível e através de um esforço razoável. Dessa forma, não se pode exigir ao agente que utilize meios de informação inúteis ou desrazoavelmente onerosos.

de *wilful blindness*, caso aceite a tarefa e a mala contenha droga. Imagine-se agora que *A* pede a *B*, *C* e *D* que cada um lhe transporte uma mala, numa viagem de avião, a troco de uma quantia relevante, garantindo-lhes que duas das malas contém roupa, e não os informando do conteúdo da terceira. Se *B* for detido no aeroporto por a sua mala conter droga, continuará a ser plausível, tal como no exemplo anterior, admitir que *B* se encontra numa situação de *wilful blindness*. Contudo, *B* apenas representa uma probabilidade de 33,3% de a sua mala conter droga, o que dificilmente poderá ser equiparado a uma alta probabilidade.

⁽⁷³⁾ DAVID LUBAN, «Contrived Ignorance», *The Georgetown Law Journal*, 87, 1999, p. 963.

⁽⁷⁴⁾ DOUGLAS HUSAK e CRAIG CALLENDER, «Wilful ignorance, knowledge and the "equal culpability" thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality» (como na nota 61), p. 5.

⁽⁷⁵⁾ Tal requisito corresponde a uma ideia de justificação que, segundo a epistemologia (ciência do conhecimento), é própria do conceito de conhecimento — cfr. JOHN POLLOCK & JOSEPH CRUZ, *Contemporary Theories of Knowledge*, second edition, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999; TIMOTHY WILLIAMSON, *Knowledge and its limits*, Oxford University Press, 2000; SVEN BERNECKER & FRED DRETSKE, *Knowledge. Readings in contemporary epistemology*, Oxford University Press, 2000; MICHAEL WILLIAMS, *Problems of knowledge, a critical introduction to epistemology*, Oxford University Press, 2001; PAUL MOSER, *The Oxford Handbook of Epistemology*, Oxford University Press, 2002.

Por fim, exige-se um *elemento motivacional*, o qual está relacionado com as razões pelas quais o agente não se informou sobre as circunstâncias do seu comportamento. Assim, tal falta de informação não pode ter resultado de mera preguiça, incompetência, cansaço, falta de tempo ou falta de curiosidade. Tal falta de informação deve antes ter resultado de uma intenção específica (motivação) de preservar um meio de defesa — exactamente, a alegação de desconhecimento — em caso de procedimento sancionatório ⁽⁷⁶⁾.

2. A sentença do TPICL

As concepções de *wilfull blindness* analisadas dependem sempre (i) ou da alta probabilidade de verificação do facto típico, conforme, por exemplo, a concepção anteriormente referida de MARCUS (ii) ou da existência de um elemento motivacional do arguido, conforme, por exemplo, a concepção anteriormente referida de HUSAK e CALLENDER.

Da sentença agora em análise não resulta nenhum desses dois elementos, pelo que a concepção norte-americana do *wilfull blindness* não pode ser convocada para fundamentar o critério utilizado pelo Tribunal.

3. A eventual relevância da figura nos sistemas continentais

Questão interessante — mas que escapa aos limites do presente estudo, por nada ter a ver com o critério utilizado na sentença agora em análise — é a de saber se a figura da *wilfull blindness* pode ter, ou não, alguma serventia nos sistemas continentais (os quais, recorde-se, adotam, no mais das vezes, um sistema dualista, exclusivamente baseado nas figuras do dolo e da negligência, tripartindo frequentemente o conceito de dolo, entre dolo directo, necessário e eventual).

De forma muito sintética, pode-se afirmar que o conceito de *wilfull blindness* apenas teria serventia, no quadro dos sistemas continentais, nas condições apresentadas por LUBAN, ou seja, caso se entenda que tal figura não depende da existência de uma suspeita prévia. Caso contrário — ou seja, caso se defenda que a *wilfull blindness* implica uma prévia suspeita da prática do facto típico —, então, tal figura sempre seria inútil pois seria consumida pela figura do dolo eventual.

⁽⁷⁶⁾ DOUGLAS HUSAK e CRAIG CALLENDER, «Wilful ignorance, knowledge and the “equal culpability” thesis: a study of the deeper significance of the principle of legality» (como na nota 61), p. 7; DAVID LUBAN, «Contrived Ignorance» (como na nota 73), p. 969.

Assim, a potencial serventia de tal figura teria a ver com o caso apresentado por LUBAN, a saber: o caso do administrador da sociedade que, intencionalmente, monta um esquema de comunicação dentro da empresa que o impede de tomar conhecimento — ou sequer de formar qualquer suspeita — sobre a eventual prática de factos ilícitos.

Nesse caso, colocar-se-ia o seguinte problema: será que por força da verificação do *elemento motivacional* (conforme anteriormente descrito) se poderia chegar à conclusão de que o tal administrador actuou com dolo eventual, ainda que não tivesse nenhuma suspeita da prática daquele acto ilícito em concreto?

Note-se que esta situação não se verificava no caso da sentença agora analisada, pelo que nada tem a ver com o critério utilizado pelo TPICL, na sua sentença, o qual, recorde-se, permitia a atribuição ao arguido da “representação da possibilidade de praticar o facto típico”, exclusivamente, com fundamento na violação prévia dos deveres de informação. Nessa medida, aquilo que sumariamente se deixará dito de seguida tem a ver com um problema distinto daquele que até aqui se deixou analisado (o problema da suficiência do critério utilizado pelo TPICL), e não prejudica, em nada, o que anteriormente se deixou defendido.

Respondendo muito sumariamente à interrogação anteriormente colocada (e que está relacionada com a solução, no que diz respeito à eventual imputação dolosa, do caso apresentado por LUBAN):

Por um lado, para o funcionalismo de JAKOBS, nesta situação, seria possível justificar uma imputação dolosa, na medida em que a intenção do administrador de não receber qualquer informação sobre eventuais violações das normas aplicáveis — embora seja ele o responsável pelo bom funcionamento da empresa — é uma demonstração sólida da sua absoluta indiferença e insensibilidade face ao direito, demonstrando igualmente que o agente pondera e considera relevantes, apenas, os seus próprios interesses.

Por outro lado, para as concepções que recusam a absoluta normatização do dolo e sustentam uma associação entre conhecimento (psicológico) e domínio do facto, a justificação de uma imputação dolosa sempre exigiria que se avaliasse se, por força da primeira acção de implementação intencional de uma *cortina de fumo* sobre os seus próprios comportamentos futuros (activos ou omissivos), o administrador manteria o domínio e a orientação suficiente sobre o problema da ilicitude, em relação a esses mesmos comportamentos futuros. Ora, a este propósito, parece-nos que se deve partir do princípio de que ninguém pode beneficiar de uma causa de diminuição ou exclusão da responsabilidade, criada pelo próprio, com esse exacto propósito. Sendo assim, esta-

ríamos aqui perante um problema pelo menos equivalente ao da *actio libera in causa*, especificamente relacionado com o dolo do tipo ⁽⁷⁷⁾.

Note-se que, em qualquer caso, na situação agora sumariamente analisada, o problema da imputação dolosa não dispensa a prévia determinação do carácter activo ou omissivo do comportamento penalmente relevante do administrador. Com efeito, no caso concreto, a caracterização da imputação dolosa será diferente (desde logo, no que diz respeito ao “objecto” sobre o qual incide o “conhecimento” do agente), consoante se atribua ao administrador um comportamento activo ou um comportamento omissivo. Ainda assim, a este propósito, actualmente, a doutrina tem sublinhado, no quadro da criminalidade da empresa, uma certa indiferenciação entre o comportamento activo e omissivo ⁽⁷⁸⁾.

Em qualquer caso, nunca seria a própria definição literal de dolo, constante do artigo 14.º do Código Penal português, a impedir, nesta situação, uma eventual imputação dolosa do administrador em causa ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho penal*, Barcelona, 1992, p. 83 e ss., entende que os casos de provocação de erro ou ignorância em relação aos elementos constitutivos do tipo têm uma estrutura idêntica aos casos de provocação da imputabilidade. De acordo com o artigo 20.º, n.º 4, do Código Penal português, «a imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto».

⁽⁷⁸⁾ AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro* (como na nota 58), p. 197. Afirma o seguinte o autor: «o domínio da organização por parte dos dirigentes da empresa conduz a uma aproximação dogmática entre acção e omissão na caracterização da respectiva actuação».

⁽⁷⁹⁾ Nos artigos 14.º e 15.º do CP português é possível encontrar uma definição legal de dolo e negligência. Assim, coloca-se o problema de saber qual o valor jurídico dessa mesma definição legal. A primeira ideia que deve ser sublinhada é a de que tais artigos, contêm uma definição jurídica construtiva, no sentido de que, através de tal definição, o legislador pretendeu assumir uma determinada opção legislativa de fundo. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 111, sustenta que «mesmo que incompleta ou imperfeita, a definição do legislador não é como que uma simples noção provisória e revisível de uma realidade que se pretende categorizar: ela compreende sempre uma vontade ou intenção normativa, uma decisão — por isso que o legislador, ao dar de certa situação de facto uma definição, o que faz antes do mais é formular a sua resposta a uma questão normativa». Como tal, é com base na definição legal consagrada pelo legislador, e tendo em consideração os seus critérios, que o intérprete tem de desenvolver a sua actividade. Contudo, não se deve perder de vista que a definição legal desempenha sempre, em certa medida, uma função auxiliar, não representando um bem em si mesmo. Sendo assim, se a definição legal, aplicada a um caso concreto, apresenta contradições ou incongruências teleológico-sistemáticas, face ao todo unitário que a ordem jurídica representa, então, nesse caso, o intérprete poderá desligar-se, na medida do necessário,

V. Ponderação final

1. Embora o Tribunal, na sentença agora analisada, tenha chegado à conclusão de que o arguido actuou com negligência (consciente), em tese, o critério utilizado para sustentar que o arguido *representou a possibilidade de praticar o facto típico* também poderia ser utilizado para o preenchimento do elemento intelectual do dolo eventual. Nesse caso, as suas implicações seriam extraordinárias.

2. O critério utilizado pelo Tribunal foi o seguinte: o facto de o agente actuar, sem se informar sobre as circunstâncias da sua actuação e sabendo que as desconhece, constitui fundamento da *representação da possibilidade de realização do facto típico*.

3. Tal critério, sob a perspectiva de uma conceção atributivo-normativa de “conhecimento”, em nossa opinião, revela-se insuficiente, pois, em si mesma, não demonstra uma indiferença ou insensibilidade do agente face à realização do facto típico.

4. Tal critério, sob a perspectiva de uma conceção psicológica de conhecimento, em nossa opinião, revela-se insuficiente, pois, em si mesmo, não demonstra que o arguido sequer tenha equacionado a possibilidade de praticar o facto típico.

5. A doutrina norte-americana da *wilful blindness* também não é susceptível de suportar este critério.

da opção legislativa de fundo, e reconstruir a mesma, dentro do ambiente normativo em que está a trabalhar. Face ao exposto, e seguindo as palavras de FARIA COSTA, *As definições legais de dolo e de negligência*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXIX, Coimbra, 1993, p. 377, e RUI PEREIRA, *O dolo de perigo*, Lex, 1995, p. 87, entendemos que a definição legal traduz uma “proposição normativa não autónoma”, na medida em que, por princípio, deve orientar e balizar a actividade do intérprete mas que, revelando incongruências ou contradições inultrapassáveis com outras opções legislativas, deverá ser reconstruída (na medida do necessário). Na mesma linha, SCHUNEMANN, *De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo* (como na nota 49), p. 106 e 107. Entende este autor que o conceito de dolo traduz um conceito-tipo. Ou seja, trata-se de um conceito com diversas dimensões graduáveis, que apenas pode ser concretizado através da aplicação a casos análogos, casos esses que, obviamente, revelam diferentes intensidades das diferentes dimensões. Sendo assim, é admissível que, perante um caso concreto, uma das dimensões do conceito-tipo surja como especialmente débil, mas tal debilidade seja compensada pela intensidade especialmente elevada de outra das suas dimensões, de tal forma que ainda se possa reconduzir aquele caso concreto a este conceito-tipo.