

NEGLIGÊNCIA IMPLICA ERRO-IGNORÂNCIA

E

TENTATIVA IMPLICA ERRO-SUPOSIÇÃO

NEGLIGENCE IMPLIES IGNORANCE-MISTAKE

AND

ATTEMPT IMPLIES ASSUMPTION-MISTAKE

IMPRUDENCIA IMPLICA ERROR-IGNORANCIA

Y

TENTATIVA IMPLICA ERROR-SUPOSICIÓN

RICARDO TAVARES DA SILVA

Professor Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Professor Auxiliar Convidado do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da

Universidade de Lisboa

Membro do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais da

Universidade de Lisboa

ricardo.silva@campus.ul.pt

Draft de 11/09/2019

Resumo: Contrariamente ao defendido habitualmente, negligência (nomeadamente, consciente) e dolo (nomeadamente, eventual) não se distinguem com base no elemento volitivo mas, sim, com base no elemento cognitivo, já que negligência implica erro-ignorância, sendo o elemento volitivo comum a ambas as figuras. Por outro lado, se, na negligência, a representação do facto típico é algo que existe a menos face ao que se verifica objetivamente, já na tentativa, contrariamente, é algo que existe a mais. Daí que tentativa implique erro-suposição. Concluindo, sempre que há erro e há lugar a responsabilidade penal, ficam afastados os casos “normais” de responsabilidade, os associados à prática de um crime doloso e consumado.

Palavras-chave: negligência – erro-ignorância – tentativa – erro-suposição – implicações

Abstract: Contrary to what is commonly held, negligence (namely, conscious negligence) and willfulness (namely, recklessness) are not distinguished on the basis of the volitional element but on the basis of the cognitive element, since negligence implies ignorance-mistake, being the volitional element common to both figures. On the other hand, if, in negligence, the representation of the typical fact is something that exists less than what objectively exists, in the attempt, on the contrary, it is something that exists more. Hence, attempt implies assumption-mistake. In conclusion, whenever there is a mistake and criminal liability occurs, the “normal” cases of liability, those associated with the commission of a willful and consummate crime, are excluded.

Keywords: negligence – ignorance-mistake – attempt – assumption-mistake – implications

Resumen: Contrariamente a lo que comúnmente se sostiene, la imprudencia (en particular, la imprudencia consciente) y el dolo (en particular, el dolo eventual) no se distinguen en función del elemento volitivo sino en función del elemento cognitivo, ya que imprudencia implica error-ignorancia, siendo el elemento volitivo común a ambos. Por otro lado, mientras que, en la imprudencia, la representación del hecho típico es algo que existe menos de lo que se verifica objetivamente, en la tentativa, por el contrario, es algo que existe más. Por lo tanto, tentativa implica error-suposición. En conclusión, cada vez que hay un error y hay responsabilidad penal, se excluyen los casos "normales" de responsabilidad, aquellos asociados con la comisión de un delito doloso y consumado.

Palabras clave: imprudencia – error-ignorância – tentativa – error-suposición - implicaciones

I – Negligência implica erro-ignorância

É comumente aceite entre os penalistas que o dolo possui um elemento volitivo e um elemento cognitivo. Se preferirmos, podemos dizer que há um só elemento, o volitivo, fazendo o elemento cognitivo parte dele. Porém, dever-se-á autonomizar um elemento do outro, como se verá.

Também é comum proceder-se à distinção entre dolo eventual e negligência consciente com base no elemento volitivo, inexistente, diz-se, nesta última: em ambos os casos, representa-se como possível a realização do facto típico (elemento cognitivo) mas, enquanto, no dolo eventual, o agente se conforma com essa possibilidade, na negligência consciente, não.

Fica, assim, afirmada a existência, também, de um elemento cognitivo na negligência consciente. Esse elemento cognitivo faltará na negligência inconsciente, na qual nem sequer se representará a possibilidade da realização do facto pelo agente.

Mas esta posição encerra, desde logo, uma contradição: por um lado, diz-se que, na negligência consciente, tal como no dolo eventual, o agente representa a possibilidade da realização do facto típico; por outro lado, diz-se que, na negligência consciente, contrariamente ao que acontece no dolo eventual, o agente “não leva a sério” essa possibilidade, não se conformando com a realização do facto típico. É que esta última afirmação significa que, afinal, o agente não representa a dita possibilidade: se a tivesse representado, então, ao agir, agiria “levando a sério” a possibilidade da realização do facto típico.

Se, na negligência consciente, o agente não se conforma com a possibilidade da realização do facto típico, então, se o realiza, não pode, no momento da realização, estar a representar uma tal possibilidade, sob pena de haver, não negligência (consciente), mas dolo (eventual), pois que, para que haja dolo eventual e, como tal, conformação com a possibilidade da realização do facto, basta que se verifiquem duas condições: representação dessa possibilidade (elemento cognitivo) e volição que origina o facto típico (elemento volitivo).

Em suma: se, simultaneamente, o agente representa a possibilidade da realização do facto típico e não se conforma com essa possibilidade, então nada faz (não age nem omite) e não realiza esse facto; se o realiza, será porque, afinal, ou se conforma com essa possibilidade (dolo), ou não representa a dita possibilidade (negligência).

Há um argumento simples contra a posição segundo a qual a negligência consciente, tal como o dolo, possui um elemento cognitivo: o erro-ignorância acerca da realização do facto típico afasta o dolo (falta o elemento cognitivo)¹; porém, fica ressalvada a hipótese

¹ Entre nós, o artigo 16.º/1, primeira parte, do Código Penal.

de punição por negligência²; como tal, pode haver erro-ignorância e, simultaneamente, negligência, nomeadamente, negligência consciente³.

Mas pretendendo ir mais além e afirmar mais do que a mera compatibilidade entre negligência consciente e erro-ignorância: negligência (consciente ou inconsciente) implica, mesmo, erro-ignorância⁴. Com isto, estou a defender que, na negligência consciente, tal como na inconsciente, não há o elemento cognitivo: o agente desconhece que realiza o facto típico (nem sequer representa essa possibilidade, não “a leva a sério”). E, igualmente, que, em qualquer uma delas, há o elemento volitivo. Acontece que a vontade de realização do agente negligente não diz respeito ao facto típico (ele acaba por “comandar” a realização do facto típico sem consciência de que o faz)⁵.

O meu argumento a favor da implicação apresentada tem duas premissas. A primeira é a seguinte: sob um determinado pressuposto, e havendo lugar a responsabilidade penal, a ausência de dolo implica a existência de erro-ignorância, isto é, a inexistência do elemento cognitivo. O pressuposto é este: só pode haver responsabilidade se o facto típico for imputado a um agente, isto é, se o mesmo se ligar a uma volição do agente, nisso que é o comportamento (ação ou omissão) penalmente relevante. O facto típico tem de ter sido “iniciado” por uma volição do agente, mesmo que desacompanhada da consciência da realização desse facto, sob pena de não se poder responsabilizar o agente. Portanto, o elemento volitivo é comum a dolo e negligência.

Sem este pressuposto, a ausência de dolo não implicaria a existência de erro-ignorância, pois poder-se-ia dever à ausência do elemento volitivo. Porém, o mínimo indispensável para que haja responsabilidade, tanto por dolo como por negligência, é a de que haja a intervenção de uma volição do agente na realização do facto típico. Sempre que nos movemos no domínio da imputação subjetiva, o elemento volitivo não pode faltar.

Ter-se-á de entender o elemento volitivo como um puro querer “despido” de representação cognitiva. Como tal, não vale, aqui, o entendimento de ‘volição’ de acordo

² Artigo 16.º/3 do Código Penal.

³ Será, no mínimo, estranho que, caso não haja dolo devido a erro, só possa haver negligência inconsciente.

⁴ Já o converso não é verdadeiro: pode haver erro-ignorância sem negligência (o agente pode ter sido diligente, isto é, ter cumprido o dever de cuidado que lhe era exigido).

⁵ Por exemplo: profere um conjunto de frases sem saber que tal tem a significação social de uma injúria; dispara uma arma sem saber que mata uma pessoa.

com o qual, sem o elemento cognitivo, já não há volição, por aquele fazer parte do elemento volitivo. Não é que, na linguagem comum, esta não seja uma via válida: dizemos que ‘age sem querer’ quem age sem consciência do que faz. Mas, para efeitos da concebilidade de um elemento volitivo em Teoria da Infração, ainda age com querer quem age sem consciência do que faz⁶.

A segunda premissa assenta na incompatibilidade entre dolo e negligência: só há negligência se não houver dolo ou, o que é o mesmo, a inexistência de dolo constitui uma condição necessária da existência de negligência. Portanto, a existência de negligência implica a inexistência de dolo.

A conclusão segue-se da transitividade da implicação: se negligência implica ausência de dolo e se ausência de dolo implica erro-ignorância (sob o pressuposto de não faltar o elemento volitivo), então negligência implica erro-ignorância.

Em suma: tanto no dolo como na negligência, há o elemento volitivo, condição necessária da responsabilidade penal do agente; mas, enquanto, no dolo, também está presente o elemento cognitivo, na negligência, seja ela consciente ou inconsciente, esse elemento falta, estando o agente em erro (ignorância).

Como tal, a negligência distingue-se do dolo – mais especificamente, a negligência consciente distingue-se do dolo eventual –, não por via do elemento volitivo, que é comum a ambas as figuras, mas por via do elemento cognitivo, que existe no dolo e falta na negligência.

Roxin (1994, p. 433) objeta que pode haver negligência mesmo se o agente representar a possibilidade da realização do facto típico: basta que confie que esse facto não se vai mesmo realizar. Se supuser que “vai tudo correr bem” não obstante ter consciência da possibilidade de isso não acontecer, então, se atuar e violar, com capacidade para o cumprir, um dever de cuidado, será (conscientemente) negligente. O elemento diferenciador face ao dolo eventual estará neste ‘confiar na não-realização do facto típico’.

Mas o que será este ‘confiar na não-realização do facto típico’? Para Roxin, só pode consistir na ausência do elemento volitivo – não querer a realização do facto típico. Mas, como disse atrás, não pode faltar o elemento volitivo em qualquer caso de responsabilidade penal do agente, sob pena de o facto típico não poder ser imputado ao agente. Portanto, não podendo o ‘confiar na não-realização do facto típico’ em questão

⁶ É claro que, no sentido de ‘querer’ no qual o elemento cognitivo faz parte do elemento volitivo, na negligência o agente não quer a realização do facto típico, precisamente porque está em erro.

reduzir-se à ausência de volição, tratar-se-á da ausência de representação mental⁷.

Há outra hipótese: poder-se-á dizer que, na negligência consciente, o agente *representa* cognitivamente a possibilidade da realização do facto típico mas *acredita* na sua não-realização, operando-se a cisão entre *juízo* e *crença*. A crença não é um estado mental volitivo ou, pelo menos, não o é de tal forma que se identifique com o elemento volitivo do dolo.

Se adotarmos esta via, tanto no dolo eventual como na negligência consciente, o agente representa cognitivamente a possibilidade da realização do facto típico mas, no dolo eventual, ele não acredita nem deixa de acreditar nessa realização (se acreditasse na sua realização, haveria dolo direto) e, na negligência consciente, ele acredita na sua não-realização. Há que acrescentar um terceiro elemento, o dóxico, ao elemento volitivo e ao elemento puramente cognitivo, de maneira a dar conta da diferença entre dolo e negligência (e, também, entre dolo intencional e dolo eventual)⁸.

Mas a discussão em questão não tem, ainda, em consideração esta eventual distinção entre juízo e crença e suas implicações, pois é uma discussão prévia: pretende-se diferenciar o dolo da negligência tendo em consideração ou o elemento volitivo, ou o elemento cognitivo; depois, se se decidir por este último, fará sentido avançar com a distinção entre juízo e crença e perceber o que daí resulta.

Somos forçados a defender que pode haver negligência ainda que o agente represente a possibilidade da realização do facto típico se considerarmos que o facto de negligência

⁷ Não é demais lembrar que esta representação constitui uma previsão, ou seja, uma representação antecipada da realização do facto.

⁸ Em alternativa, poder-se-á recorrer à noção de “aposta” em sentido pascaliano: independentemente da probabilidade da realização do facto típico representada pelo agente, no dolo eventual, ele não “aposta” nem deixa de “apostar” na sua realização (se “apostasse” na sua realização, haveria dolo intencional) e, na negligência consciente, ele “aposta” na sua não-realização.

Aproveitando a distinção introduzida por Schmidhäuser entre possibilidade abstrata (a possibilidade de se realizar aquele *género* de facto típico naquele *género* de condições) e possibilidade concreta (a possibilidade de se realizar aquele facto típico *específico* naquelas condições *específicas*), pode dar-se o caso de o agente negligente, efetivamente, representar a possibilidade abstrata, não representando a possibilidade concreta. Mas não é a representação abstrata que é a chamada à colação quando se fala no elemento cognitivo (nem na distinção entre negligência consciente e inconsciente).

implicar erro-ignorância anula a distinção entre negligência consciente e negligência inconsciente e se quisermos manter essa distinção. Porém, o facto de negligência implicar erro-ignorância não anula a distinção entre negligência consciente e negligência inconsciente.

É verdade que os primeiros proponentes da chamada ‘teoria (da representação) da possibilidade’, como Schröder e Schmidhäuser, defenderam que toda a negligência é inconsciente (o primeiro) ou que não se pode falar desta como se tem falado até agora (o segundo)⁹. Mas não precisavam de o fazer: pode manter-se a distinção mesmo negando que pode haver negligência ainda que o agente represente a possibilidade da realização do facto típico.

Então, como distinguir negligência consciente de negligência inconsciente? No momento da prática do facto – que, nos crimes de resultado, não se confunde com o momento da (eventual) verificação do resultado –, não há qualquer diferença: o agente não representa a possibilidade da realização do facto típico. A distinção tem de ser antecipada para um momento anterior ao da prática do facto: na negligência consciente, o agente, antes de praticar o facto típico, representa como possível essa realização, representação, esta, que, depois, “abandona” (se a mantivesse, haveria dolo); na negligência inconsciente, o agente não representa como possível a realização do facto típico nem mesmo num momento anterior ao da realização.

Como se vê, a similitude entre dolo eventual e negligência consciente só existe neste momento anterior ao da prática do facto, no qual o agente, em ambos os casos, representa como possível a realização do facto típico. Porém, no momento em que o realiza, há um afastamento: no dolo eventual, essa representação mantém-se, subsistindo um elemento cognitivo junto do elemento volitivo; na negligência consciente, o agente “desiste” dessa representação, subsistindo, apenas, o elemento volitivo.

II – Tentativa implica erro-suposição

No significado da palavra ‘tentativa’, encontramos a referência a dois estados de coisas: à realização incompleta de um facto (o facto típico) e à decisão de realizar o facto

⁹ Também dispensaram por completo o recurso ao elemento volitivo para caracterizar tanto o dolo (pelo menos o eventual) como a negligência. Mas o mesmo não pode ser dispensado, como foi argumentado atrás.

(completo). No primeiro caso, temos aquilo que corresponderá à tipicidade objetiva característica da tentativa, a existência de atos de execução – facto típico iniciado mas não finalizado –; no segundo caso, temos aquilo que corresponderá à tipicidade subjetiva característica da tentativa, a existência de dolo – querer e representar a realização do facto típico.

Há, portanto, duas situações a ter em consideração na tentativa: o facto típico não se realizou (na sua totalidade); o agente representa, no momento da prática dos atos de execução, a realização (completa) desse facto. Isto só pode significar uma coisa: que o agente, no momento da prática do facto, representa erroneamente que o realiza. Isto nada mais é que o erro-suposição: o agente supõe que está a realizar o facto típico (elemento cognitivo do dolo) mas não o está¹⁰.

Em suma: se tentativa implica dolo, se este implica o elemento cognitivo e se tentativa implica, também, não-ocorrência do facto típico, então tentativa implica erro-suposição¹¹.

A existência de erro-suposição, comum a toda a tentativa, não é co-extensível com a existência de tentativa impossível. Na tentativa, o agente supõe estar a realizar o facto típico, que pode não ocorrer (na sua totalidade) mesmo que, por exemplo, exista o objeto essencial à consumação do crime: por exemplo, *A* dispara sobre *B*, com o intuito de o matar, mas *B* consegue desviar-se a tempo, evitando ser atingido. Há tentativa de homicídio porque há atos de execução – o disparo de *A* – e há dolo – *A*, quando dispara, quer e representa a morte de *B*. Havendo apenas atos de execução, sem consumação, não há facto típico (na sua integralidade); e, havendo dolo, há representação errada da realização de um tal facto. Porém, existe o objeto essencial à consumação do crime, isto é, *B*. A suposição diz respeito à realização do facto típico, não à existência do objeto (é claro que, se houver a suposição da existência de um objeto inexistente, também haverá suposição de um facto típico inexistente).

Para haver tentativa, mesmo se apenas com dolo eventual, o agente não pode “desistir” da representação da realização do facto típico que eventualmente já possuía no momento anterior à prática dos atos de execução. Se representa como meramente possível essa

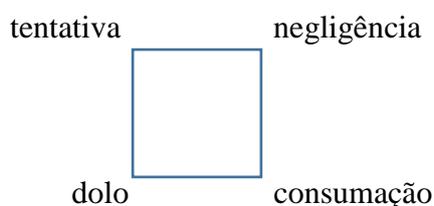
¹⁰ O erro-suposição (ou, simplesmente, erro) distingue-se do erro-ignorância (ou, simplesmente, ignorância) por, neste, existir facto típico mas não existir a sua representação mental, enquanto, naquele, não existe facto típico mas existe a sua representação mental.

¹¹ O converso também não é verdadeiro: pode haver erro-suposição sem tentativa (o agente pode nada ter feito, ou seja, podem nem sequer existir atos de execução).

realização e se, quando age, não “leva a sério” essa possibilidade, ou seja, “abandona” a representação anterior, então não há dolo, por falta do elemento cognitivo, com a consequente inexistência de tentativa.

Há que acrescentar que, se já existir começo da realização do facto típico, então também erro-suposição implica tentativa, pois o que distinguirá a tentativa da consumação será, precisamente, a existência de erro-suposição na primeira e a sua inexistência (acerto da representação com a realidade) na segunda.

O argumento aqui utilizado a favor da tese de que tentativa implica erro-suposição pode tornar-se perceptível de um modo mais visual recorrendo a um quadrado da oposição que relaciona os dois pares de conceitos discutidos (dolo e negligência, de um lado, consumação e tentativa, do outro). Pressupondo que há lugar a responsabilidade penal, obtemos as seguintes relações:



As relações de subalternidade, como se sabe, representam implicações. Ora, tentativa implica dolo. Por contraposição, a ausência de dolo (negligência) implica a ausência de mera tentativa (consumação). Mas a mera tentativa também implica ausência de consumação, visto estarmos perante uma relação de contradição. A conjunção de ambos os *outputs*, dolo e não-consumação – e colocando de lado o elemento volitivo – constitui o erro-suposição.

Já agora, também se pode tornar perceptível de um modo mais visual que negligência implica erro-ignorância. Por um lado, já se disse, negligência implica consumação e, por contraposição, ausência de consumação (tentativa) implica ausência de negligência (dolo). Por outro lado, negligência também implica ausência de dolo, por a relação em questão ser de contradição. A conjunção de ambos os *outputs*, consumação e não-dolo – e colocando de lado o elemento volitivo – constitui o erro-ignorância.

III – Responsabilidade e erro

Os tipos penais da parte especial foram pensados para os crimes dolosos e consumados. Estes podem ser vistos como os casos normais de responsabilidade penal. A responsabilidade fora destes casos pode ser vista, então, como uma anomalia: há algo que ocorre e que “afasta” o dolo ou a realização completa do facto típico mas que, ainda assim, não afasta a responsabilidade penal.

Esse algo consiste numa perturbação cognitiva, num erro de conhecimento. Mas, concebendo-se dois tipos de perturbação cognitiva, o erro-ignorância e o erro-suposição, existem duas vias pelas quais pode haver responsabilidade fora dos casos normais: se houver erro-ignorância, é afastado o dolo e a responsabilidade que existe (se existir) será a título de negligência; se houver erro-suposição, é afastada a realização completa do facto típico e a responsabilidade que existe (se existir) será a título de tentativa¹².

Em suma: se não há dolo ou não há consumação mas há responsabilidade, então há erro; se não há erro, e havendo responsabilidade, então há dolo e há consumação.

Bibliografia Consultada

- . Anscombe, G.E.M. (1957). *Intention*. Massachusetts: Harvard University Press (2nd ed.)
- . Brentano, Franz (1874). *Psychology From an Empirical Standpoint*. Translated by Antos C. Rancurello, D.B. Terrell and Linda L. McAlister, 1973. New York: Routledge
- . Davidson, Donald (2001). *Essays on Actions and Events*. Oxford: Clarendon Press (second edition)
- . Cavaleiro Ferreira, Manuel (1987). *Lições de Direito Penal*. Lisboa: Editorial Verbo (2.^a edição)
- . Correia, Eduardo (1968). *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina (reimpressão)
- . Coutinho, Jorge (2003). *Filosofia do Conhecimento*. Lisboa: Universidade Católica Editora
- . Demetrio Crespo, Eduardo; Yagüe, Cristina (2016) (Coord.), *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Experiencia (3^a ed.)

¹² Porventura, será preferível dizer que, havendo erro-suposição, é “introduzido” o dolo e haverá responsabilidade a título de tentativa.

- . Espinar, Jose Miguel (1986). “La Demarcation entre el Dolo y la Culpa: El problema del Dolo Eventual”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 39, Fasc/Mes 2*, págs. 395-422
- . Figueiredo Dias, Jorge de (2007). *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora (2.ª edição)
- . Jescheck, Hans-Heinrich (1978). *Tratado de Derecho Penal, Parte General, I, II*. Traducción de la 3.ª edición alemana por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, 1981. Barcelona: Bosch, Casa Editorial
- . Hausman, Alan, Kahane, Howard and Tidman, Paul (2010). *Logic and Philosophy – A Modern Introduction*. Boston: Wadsworth, Cengage Learning
- . Lynch, Michael (Ed.) (2001). *The Nature of Truth*. Massachusetts: MIT Press
- . Liszt, Franz von (1881). *Tratado de Direito Penal Allemão*. Tradução por José Hygino Duarte Pereira, 1899. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C.
- . Palma, Maria Fernanda (1981). *Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal: Justificação de um Critério de "Vontade"*. Lisboa: não publicado (datilografado)
- (2017). *Direito Penal, Parte Geral. A Teoria Geral da Infração como Teoria da Decisão Penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (3.ª edição)
- . Perkins, Rollin (1939). “Ignorance and Mistake in Criminal Law”. *88 U. Pa. L. Rev.*, 35
- . Pita, Maria del Mar (1993). *Los Limites del Dolo Eventual*. Tesis Doctoral. Sevilla: Facultad de Derecho de Sevilla
- . Roxin, Claus (1994). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. Traducción de la 2.ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1997. Madrid: Civitas
- . Schröder, Horst (1949). “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”. *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem, 70*. Reprint, 2016. Berlin: De Gruyter.
- . Searle, John (1983). *Intencionalidade – Um Ensaio de Filosofia da Mente*. Tradução de Madalena Costa, 1999. Lisboa: Relógio D’Água Editores
- . Stratenwerth, Günter (1976). *Derecho Penal, Parte General, I – El Hecho Punible*. Traducción de la 2.ª edición alemana por Gladys Romero, 1982. Madrid: Edersa
- . Veloso, José António (1999). *Erro em Direito Penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (2.ª edição)

. Vilches, Nicolás Oxman (2016). *El Elemento Volitivo del Dolo: Una Investigación de Derecho Penal Comparado y Filosofía del Lenguaje*. Tesis Doctoral. Valencia: Facultat de Dret, Universitat de València

. Zilhão, António (2001). *40 Lições de Lógica Elementar*. Lisboa: Edições Colibri