

PAULO DE SOUSA MENDES

CAUSALIDADE COMPLEXA
E PROVA PENAL

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS	9
NOTA PRÉVIA	13
SIGLAS E ABREVIATURAS	23
INTRODUÇÃO GERAL.....	29

PRIMEIRA PARTE

A PESSOA ACUSADA, A SUA RESPONSABILIDADE NO PROCESSO PENAL E A PROVA DA CAUSAÇÃO DO RESULTADO

Introdução à Primeira Parte	39
I. A RESPONSABILIDADE.....	41
1. Os significados de responsabilidade.....	41
1.1. A responsabilidade funcional.....	42
1.2. A responsabilidade causal	42
1.3. A responsabilidade-capacidade.....	42
1.4. A responsabilidade-sujeição	43
1.5. A responsabilidade-resposta	43
1.6. A responsabilidade-sujeição como menor denominador comum do positivismo jurídico.....	44
1.7. A responsabilidade-sujeição como paradigma do utilitarismo penal	47
Conclusões intermédias	53

II. A CAUSA	54
1. A causa (<i>aitia</i>) como identificação do responsável (<i>aitios</i>)	54
2. A causa e o senso comum.....	57
Conclusões intermédias	58
III. A IMPUTAÇÃO.....	59
1. A imputação, a causa e a responsabilidade	60
2. As desconstruídas interpretações hodiernas da imputação.....	70
Conclusões intermédias	70
IV. A IMPUTAÇÃO E A TEORIA PROCESSUAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL	73
1. A estrutura substantiva da moderna teoria da infração criminal e o princípio inquisitório do processo penal	75
2. A teoria processual da infração criminal e a distribuição do ónus da prova	80
3. A imputação-acusação e a sua derrotabilidade.....	85
Conclusões intermédias	92
V. O SISTEMA INTEGRAL DO DIREITO MATERIAL, PROCESSUAL E PROBATÓRIO	93
1. O princípio da evitabilidade como fundamento da causalidade intervencionista no sistema tripartido da imputação-acusação, responsabilidade-resposta e imputação-decisão (ou responsabilidade- -sujeição)	102
2. A rejeição das modernas teorias da imputação objetiva.....	104
Conclusões intermédias	108
VI. A CAUSALIDADE EPISTÉMICA	110
1. As quatro causas aristotélicas.....	110
2. O estreitamento da noção de causa.....	111
3. A causalidade como regularidade.....	113
4. A causalidade como categoria do entendimento	114
5. A controvérsia contemporânea sobre a causalidade.....	116
5.1. As teorias reducionistas humianas	116

5.1.1. As teorias reducionistas humianas anti-singularistas	116
5.1.2. As teorias reducionistas humianas singularistas	118
5.2. As teorias reducionistas anti-humianas.....	118
5.2.1. As teorias reducionistas anti-humianas anti-singularistas	118
5.2.2. As teorias reducionistas anti-humianas singularistas	119
5.3. As teorias anti-reducionistas	120
5.3.1. As teorias anti-reducionistas anti-singularistas	120
5.3.2. As teorias anti-reducionistas singularistas	120
6. As leis causais	120
6.1. As leis da natureza	120
6.2. As leis determinísticas	122
6.3. As leis probabilísticas	123
7. A definição lógica de causação	124
7.1. A causa como soma das condições positivas e negativas consi- deradas conjuntamente suficientes para a produção do efeito..	125
7.2. A causa como fator relevante necessário para a produção do efeito	127
7.3. A causa como parte insuficiente mas necessária de um conjun- to não necessário mas suficiente de condições para a produção do efeito.....	129
7.4. A causa como elemento necessário de um conjunto suficiente para a produção do efeito	131
8. O raciocínio contrafactual como heurística causal.....	132
8.1. O problema dos contrafactuais.....	133
8.2. A explicação dos contrafactuais como argumentos telescópicos	134
8.3. A explicação dos contrafactuais através da semântica dos mun- dos possíveis.....	136
8.4. Os contrafactuais probabilísticos	142
Conclusões intermédias	147
VII. A CAUSALIDADE JURÍDICA	150
1. Os primórdios da causalidade jurídica	151

1.1. A causalidade jurídica no direito romano	151
1.2. A distinção entre ferimentos mortais e não mortais.....	155
1.3. A atribuição causal na doutrina das imputações	159
1.4. A mudança de paradigma com a emergência da ação humana como movimento corporal causador de um resultado no mundo externo	167
2. As modernas teorias da causalidade jurídica.....	171
2.1. A teoria da equivalência das condições	172
2.2. A receção jurídica da condição INUS.....	175
2.3. A teoria da condição suficiente mínima.....	178
3. As fórmulas jurídicas da determinação da causação do resultado	178
3.1. A fórmula da <i>conditio sine qua non</i>	179
3.1.1. As fórmulas positiva e negativa da <i>conditio sine qua non</i>	182
3.1.2. A fórmula negativa da <i>conditio sine qua non</i> e o princípio <i>in dubio pro reo</i>	183
3.2. O teste a-não-ser (<i>but-for test</i>)	184
3.3. A fórmula da condição segundo as leis científicas	184
3.4. O teste do elemento necessário de um conjunto suficiente (<i>NESS-test</i>)	187
Conclusões intermédias	187
VIII. A FRAGILIDADE DOS EVENTOS.....	190
1. A delimitação do resultado.....	190
1.1. A delimitação abstratizante do resultado	191
1.2. A delimitação concretizante do resultado	193
2. As afinidades e oposições eletivas entre juristas, historiadores e cientistas	196
3. A individuação e a descrição do resultado	197
3.1. A individuação do resultado	197
3.2. A descrição do resultado	199
Conclusões intermédias	203

SEGUNDA PARTE

A CAUSALIDADE COMPLEXA E A PROVA PENAL

Introdução à Segunda Parte	205
I. A CAUSALIDADE ALTERNATIVA.....	206
1. Análise do acórdão do 1.º Tribunal Militar Territorial de Lisboa, de 31 de julho de 1980	206
2. A causalidade alternativa em autorias paralelas quando dois ou mais agentes morais atingiram a vítima.....	214
3. A causalidade alternativa em coautoria aditiva quando dois ou mais agentes morais atingiram a vítima.....	220
Conclusões intermédias	223
II. A SOBREDETERMINAÇÃO CAUSAL OU CONCORRÊNCIA EFETIVA DE CAUSAS	225
1. A sobredeterminação causal redundante ou causalidade cumulativa	227
2. A codeterminação causal ou concausalidade	227
3. A sobredeterminação causal supérflua ou causalidade excedentária	229
3.1. Delimitação negativa.....	229
3.2. As ações decididas coletivamente.....	230
Conclusões intermédias	232
III. A PREEMPÇÃO CAUSAL.....	233
1. A preempção precoce com resultado procrastinado.....	235
2. A preempção precoce com resultado sincrónico.....	239
3. O caso da Clínica Psiquiátrica.....	240
3.1. Análise da decisão do Bundesgerichtshof (BGHSt 49, 1)	242
3.2. Comentário à decisão do Bundesgerichtshof (BGHSt 49, 1)....	244
3.3. Um novo olhar sobre a decisão do Bundesgerichtshof (BGHSt 49, 1).....	248
Conclusões intermédias	252
IV. A INTERRUÇÃO DE PROCESSOS CAUSAIS SALVADORES ..	253
1. O escândalo dos transplantes de Göttingen.....	254

2. Análise da decisão do LG Göttingen (Urt. v. 06.05.2015, Az. 6 Ks 4/13 Göttingen).....	257
2.1. Sobre a punibilidade do arguido por onze crimes tentados contra a vida (§§ 212, 22, 23 Abs. 1 StGB) – Os chamados casos de manipulação	257
2.1.1. Sobre a causação de mortes ou ofensas à integridade física de outros pacientes	258
2.1.2. Nenhuma interrupção de um processo causal salvador..	259
2.1.3. Sobre o início da execução do crime.....	260
2.1.4. O incumprimento das Orientações-BÄK não preenche o tipo objetivo da tentativa de homicídio.....	260
2.1.5. Sobre a força normativa das Orientações-BÄK	261
2.1.6. Sobre a inconstitucionalidade material das Orientações-BÄK	262
2.1.7. Sobre a abstinência de álcool	263
2.1.8. Sobre as chamadas doenças malignas	265
2.1.9. Sobre o registo como residente num Estado-Membro da Eurotransplant	266
2.1.10. As informações falsas não configuram uma decisão criminosa de homicídio	267
2.1.10.1. Sobre a falta de dolo necessário de homicídio em relação ao primeiro paciente ultrapassado	268
2.1.10.2. Sobre a falta do elemento cognitivo do dolo de homicídio em relação ao segundo, ao terceiro e aos demais pacientes ultrapassados	268
2.1.10.3. Sobre a falta do elemento volitivo do dolo de homicídio em relação ao primeiro paciente ultrapassado	269
2.2. Sobre a punibilidade do arguido por três crimes de ofensas à integridade física agravadas pelo resultado de morte (§§ 223 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGB) – Os chamados casos de indicação médica	270

2.3. Sobre a punibilidade do arguido por outros crimes	271
2.4. Decisão do 5. (Leipziger) Strafsenat des Bundesgerichtshofs (Urteil v. 28.06.2017 – 5 StR 20/16).....	272
3. Comentário à decisão do LG Göttingen (Urt. v. 06.05.2015, Az. 6 Ks 4/13 Göttingen)	272
3.1. Roteiro da doutrina que diz haver causação de vítimas mortais na manipulação dos dados clínicos de um paciente a transplantar	275
3.2. Roteiro da doutrina que diz haver tentativa de homicídio na manipulação dos dados clínicos de um paciente a transplantar	279
3.3. Roteiro da doutrina que diz não haver tentativa de homicídio na manipulação dos dados clínicos de um paciente a transplantar	280
3.4. Um novo olhar sobre a decisão do LG Göttingen.....	282
3.4.1. O modelo de causalidade aplicado ao caso	283
3.4.2. O modelo de tentativa aplicado ao caso	283
3.4.3. O modelo de perigo aplicado ao caso.....	286
3.4.4. O modelo de contrafactual aplicado ao caso	287
3.4.5. A teoria da equivalência não resiste à prática judicial ...	288
Conclusões intermédias	288
V. A CAUSALIDADE PROBABILÍSTICA.....	289
1. As espécies de causalidade probabilística	290
1.1. A causalidade epidemiológica	290
1.2. A causalidade psíquica.....	291
2. A catástrofe de L’Aquila	291
2.1. Análise da decisão do Tribunal de L’Aquila Grandi Rischì (Trib. di L’Aquila, 22 ottobre 2012, imputato Barberi e a.).....	292
2.2. Análise da decisão do Tribunal de Apelação de L’Aquila Grandi Rischì (Corte d’Appello, sent. 10 novembre 2014, n. 3317, imputato Barberi e a.).....	301

2.3. Análise da decisão do Supremo Tribunal de Cassação Grandi Rischi (Cass. sez. IV, 19 novembre 2015, imputato Barberi e a., in: CED, Rv nr. 267811)	305
2.4. Comentário às decisões de Trib. di L’Aquila, Corte d’Appello e Suprema Corte di Cassazione Grandi Rischi.....	308
Conclusões intermédias	317
VI. AS SITUAÇÕES DE EROÇÃO DA CAUSALIDADE.....	319
1. A causalidade virtual	319
2. O comportamento errado posterior de terceiro ou da vítima.....	320
2.1. A causalidade interrompida	321
2.1.1. A recusa da causalidade interrompida na doutrina alemã	324
2.1.2. A recusa da causalidade interrompida na jurisprudência alemã	326
2.1.3. A interrupção da causalidade na doutrina italiana.....	326
2.1.4. A interrupção da causalidade na doutrina e jurisprudên- cia portuguesas	327
2.2. A teoria da proibição de regresso.....	328
2.2.1. A teoria da proibição de regresso na formulação atual ..	330
2.2.2. A teoria da proibição de regresso na doutrina portuguesa	331
2.3. O comportamento errado posterior de terceiro ou da própria vítima.....	334
2.3.1. A ação errada posterior de terceiro ou da própria vítima	335
2.3.2. A omissão errada posterior de terceiro ou da própria vítima.....	337
3. Análise da decisão do Supremo Tribunal austríaco (OGH SSSt Nr. 1 – Entscheidung v. 07.01.1976, 10 Os 146/54)	337
4. Análise da decisão do Supremo Tribunal austríaco (OGH SSSt Nr. 25 – Entscheidung v. 28.05.1980, 11 Os 42/80)	340
Conclusões intermédias	343
CONCLUSÕES GERAIS	345
BIBLIOGRAFIA CITADA	353

INTRODUÇÃO GERAL

A lei criminal – seja o Código Penal português, o Código Penal (*Strafgesetzbuch*) alemão ou o Código Penal Modelo (*Model Penal Code*) norte-americano, entre outros – descreve muitos crimes através de verbos causativos, tais como ‘matar’, ‘ofender’ e ‘subtrair’.¹ Supondo que esses verbos causativos funcionam como paráfrases de ‘causar’ a morte, ‘causar’ a ofensa à integridade física ou ‘causar’ a subtração da coisa móvel de outra pessoa, então a lei criminal faz depender necessariamente a consumação desses crimes, pelo menos, da verificação de uma conexão causal entre a ação do agente moral e o resultado referido no tipo de crime.²

A doutrina penal de língua alemã reserva a designação de delitos de resultado (Al. *Erfolgssdelikte*)³ para essa espécie de infrações e a literatura anglo-saxónica chama-lhes igualmente crimes de resultado (Ing. *result crimes*).⁴

A noção de causalidade subjacente a todos e a cada um desses delitos de resultado não é consensual. Sendo o nexu de causalidade um elemento desses tipos de crime que é sujeito a prova no caso particular, tão-pouco há consenso sobre como se faz essa prova. A presente monografia visa dar resposta desenvolvida ao problema da definição da causalidade no contexto da imputação da agência moral em delitos de resultado, bem como à questão da prova da causação

1. Cf. MICHAEL S. MOORE, *Causation and Responsibility – An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2009, p. 5.

2. Cf. MICHAEL S. MOORE, “Causation in the Criminal Law”, in: AA.VV., *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law* (org.: John Deigh e David Dolinko), Oxford/New York: Oxford University Press, 2011, (pp. 168-193) p. 168.

3. Cf. HANS-HEINRICH JESCHECK e THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996 (1.ª ed., 1969), p. 260.

4. Cf. DAVID ORMEROD QC e KARL LAIRD, *Smith and Hogan’s Text, Cases, and Materials on Criminal Law*, 11.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2014 (1.ª ed., 1975), pp. 134-135.

no caso particular. Para este efeito entendemos a prova como resultado da atividade probatória do juiz de facto (Al. *Tatrichter*, Ing. *trier of fact*) que se expressa na fundamentação da sentença penal.

Atualmente não é vulgar o tratamento integrado do direito material, do direito processual e do direito probatório.⁵ Há um preconceito juspositivista por detrás da tendência dominante, que censuramos, de tratamento isolado do direito material, como se a aplicação da justiça ao caso concreto fosse uma atividade de pura cognição dos factos e de declaração das normas de direito material que lhes correspondem, ficando o direito material imutável na sua dimensão geral, abstrata e alheia não só às especificidades e complexidades probatórias, como também à própria dialética das razões invocadas pelas partes e demais intervenientes na tramitação do processo penal.

Já dizia Samuel von Pufendorf (1632-1694) que a principal propriedade das ações humanas produzidas e dirigidas pelo entendimento e pela vontade é a suscetibilidade de imputação. Vale por dizer que o agente moral pode ser legitimamente visto como sendo o seu autor, deve responder por causa delas e deve pagar pelos efeitos que provêm das mesmas.⁶

Se o crime for visto como imputação de um facto punível, e não como uma mera ação humana ocorrida no mundo,⁷ então vem ao caso lembrar a categoria das proposições ascriptivas ou atributivas (Ing. *ascriptive sentences*)⁸ de responsabilidade (ou de direitos) usada por Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) para caracterizar as frases cuja função principal não é descrever objetos, eventos

5. Criticando a separação entre tais dimensões do Direito, cf. R. A. DUFF, "Responsibility and Liability in Criminal Law", in: AA.VV., *The Legacy of H. L. Hart – Legal, Political, and Moral Philosophy* (org.: Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn e Antony Hatzistavrou), Oxford/New York: Oxford University Press, 2008, (pp. 101-119) p. 102.

6. Cf. SAMUEL PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils sont prescrits par la loi naturelle traduits du Latin du Baron de Pufendorf par Jean Barbeyrac*, 5.ª ed. (fac-símile da ed. de Amsterdão: chez la Veuve de P. de Coup, & G. Kuyper, 1735), Hildesheim/Zürich/New York: Georg Olms, 1992, pp. 22-23 (Liv. I, chap. I, §. XVIII). Também cf. SAMUEL PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, ou systeme general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique par le Baron de Pufendorf, traduit du Latin par Jean Barbeyrac*, vols. I-II, Basle: Emanuel Thourneisen, 1771, p. 79 (Liv. I, chap. V, §. V).

7. Ao contrário da teoria juspositivista da infração criminal criada por Franz von Liszt (1851-1919), austríaco por nascimento e formação e alemão por carreira e obra, precisamente no seu Tratado de Direito Penal alemão (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*) e logo na 1.ª ed. de 1881. Na verdade, o novo paradigma da teoria da infração criminal como ação antijurídica, culposa e punível rompeu com a tradição das imputações, inaugurando uma definição do crime meramente substantiva e independente do próprio processo trifásico de imputação da ação (ofensa), chamada à responsabilidade do acusado (defesa) e imputação da consequência jurídica (decisão judicial). Sobre a mudança de paradigma na teoria da infração criminal de origem alemã, cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposos como condição necessária da imputação da pena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 273-363.

8. Do Lat. *ascribere*, com o significado de adição escrita.

ou estados de coisas, mas sim fazer imputações de factos axiologicamente relevantes.⁹⁻¹⁰

Segundo Hart, a lógica das proposições ascriptivas é completamente diferente da do silogismo judicial, pois uma imputação ficará completa com a dedução da acusação, mas é revogável (ou derrotável). A palavra revogável (Ing. *defeasible*) foi usada por Hart para definir o carácter da norma que lida com situações insuscetíveis de perfeita universalização: “[o] Direito tem uma palavra que, depois de alguma hesitação, decidi tomar de empréstimo para lhe ampliar o significado: é a palavra ‘revogável’ [...]”.¹¹

Nunca se consegue dar uma definição de todos os pressupostos da punibilidade. Na verdade, as atribuições axiológicas (*i.e.*, éticas e jurídicas) são sempre definições falhadas porque, por mais que alguém se esforce por conseguir listar completamente os seus elementos constitutivos, sobressaem afinal os conceitos vagos, indeterminados e abertos. Por exemplo: o que é matar outrem? O que é causar a morte de outrem? O que é matar outrem por omissão? O que é o dolo de matar outrem? O que é ter justificação para matar outrem? Há sempre um ponto a partir do qual só se pode explicar essas questões através de casos-padrão, além disso rematados por um *et caetera*. Por exemplo: matar é causar fisicamente a morte de outrem, mas às vezes é deixar morrer outrem, ou então impedir o salvamento de outrem, etc.; por sua vez, causar fisicamente a morte de outrem

9. Cf. H. L. A. HART, “The Ascription of Responsibility and Rights”, originalmente in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948-1949): pp. 171-194 e agora in: AA.VV., *Logic and Language* (org.: Antony Flew), Oxford: Basil Blackwell, 1968, pp. 145-166. No prefácio à reedição dos seus artigos sobre filosofia do direito penal, Hart renegou expressamente as suas considerações sobre as proposições atributivas de responsabilidade, explicando aí que não as reeditava por lhe parecer que o seu conteúdo já não era defensável, aliás reconhecendo como justificadas as críticas que lhe foram feitas, por exemplo, por P. T. GEACH, “Ascriptivism”, *Philosophical Review* 69 (1960), pp. 221-225 e por G. PITCHER, “Hart on Action and Responsibility”, *Philosophical Review* 69 (1960), pp. 226-235 (H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2008 [1.ª ed., 1968], p. v). É verdade que as opiniões expressas por Hart nesse artigo eram muito pouco juspositivistas. Não admira, pois, que o mais ardente dos modernos defensores do juspositivismo se tenha arrependido das suas opiniões iniciais. Mas isso não prejudica a valia do próprio artigo e o mérito das tomadas de posição nele contidas. A propósito, cf. MICHAEL MARTIN, *The Legal Philosophy of H. L. A. Hart – A Critical Appraisal*, Philadelphia: Temple University Press, 1987, p. 9. Também cf. JOHN JACKSON, “The Concept of Fact”, in: AA.VV., *The Jurisprudence of Orthodoxy – Queen’s University Essays on H. L. A. Hart* (org.: Philip Leith e Peter Ingram), London: Routledge, 1988, (pp. 61-84) pp. 63-69. Entre nós, cf. BRUNO DE OLIVEIRA MOURA, *Ilicitude penal e justificação – Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 123-130.

10. Na literatura recente, por todos, cf. THOMAS MEYER, “Metaphysische und ascriptivistische Aspekte der Verantwortlichkeit”, in: AA.VV., *Handbuch Handlungstheorie – Grundlagen, Kontexte, Perspektiven* (org.: Michael Kühler e Markus Rüter), Stuttgart: Metzler, 2016, (pp. 219-227) pp. 224-227.

11. Em língua original: [t]he law has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the word ‘defeasible’ [...] (H. L. A. HART, *Logic and Language*, cit., p. 148).

pode referir-se à administração dissimulada de arsénico, mas também pode ser a sabotagem do sistema de travagem do automóvel, ou... Como não podia deixar de ser, a explicação dada através de exemplos é incompleta. A explicação exemplificativa não satisfaz as características que a premissa maior deve ter na inferência silogística porque o esquema de subsunção pressupõe que o conceito superior possa ser definido mediante a indicação de todos os elementos cuja verificação é não só necessária, mas suficiente para nele se subsumir o enunciado factual (*i.e.*, o enunciado do caso da vida concreto).¹²⁻¹³

Acresce que o procedimento de decisão judicial tão-pouco segue a forma dedutiva¹⁴. Os juspositivistas defendem um modelo da aplicação judicial da justiça *more syllogistico* (*i.e.*, por meio de raciocínio subsuntivo-dedutivo), como se o juiz de facto, no momento da redação da sentença, estivesse ocupado numa espécie de solilóquio para chegar à delimitação do conteúdo da premissa menor, meramente factual, e assim pudesse juntá-la à premissa maior, meramente normativa e pré-dada, a fim de obter, como conclusão do silogismo judicial, através de *modus ponens* ou *modus tollens*, a liberdade ou a punição do arguido.¹⁵ Acontece que não é este o procedimento real do juiz de facto, que não chega de mente aberta ao momento da redação da sentença, nem faz tábua rasa da audiência de julgamento, mas, pelo contrário, decide quais são os factos provados e não provados com base nos meios de prova produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz de facto, ao abrigo dos seus poderes autónomos de investigação, devendo ademais motivar de facto e de direito a sua decisão com base nas alegações das partes, sobretudo aquelas alegações que são explicativas e não meramente conclusivas. Nada disto corresponde a um silogismo judicial, mas corresponde antes a complexas ponderações de facto e de direito que o juiz de facto vai fazendo durante a audiência de julgamento defronte dos elementos resultantes da retórica adversarial.¹⁶

12. Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*, cit., p. 362.

13. Acerca das dificuldades de conciliação do modelo de inferência silogística com o raciocínio derrotável, cf. GIOVANNI SARTOR, “Defeasibility in Legal Reasoning”, OUP Uncorrected Proof – First Proof, 6/6/2012, SPI, (pp. 108-136) pp. 132-136.

14. Cf. HENRY PRAKKEN e GIOVANNI SARTOR, “A Logical Analysis of Burdens of Proof”, in: AA.VV., *Legal Evidence and Proof – Statistics, Stories, Logic* (org.: Hendrik Kaptein, Henry Prakken e Bart Verheij) Farnham: Ashgate, 2010, (pp. 223-253) p. 223.

15. Cf. JOSÉ LAMEGO, *Elementos de metodologia jurídica*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 178-180.

16. Os defensores do modelo dedutivista de aplicação do Direito acabam reconhecendo que é um modelo ideal, inspirado na convicção de que os juízes devem decidir os casos com base em normas jurídicas preexistentes: uma vez comprovados os factos, há que subsumi-los nas normas aplicáveis. O modelo dedutivista não trata do problema empírico de como os juízes estabelecem as premissas normativas e fácticas, nem de como efetivamente decidem: diz respeito tão-só à estrutura racional do processo de aplicação do Direito (cf. JOSÉ LAMEGO, *Elementos de metodologia jurídica*, cit., pp. 178-180). Diante disto perguntamos então para que serve um modelo de decisão que não tem aplicação na prática decisória dos juízes? Só tem valor ideológico no sentido de afirmar a vinculação dos juízes à lei positiva? Se assim for, é, por definição, um modelo panfletário sem conteúdo efetivo.

Tão-pouco é defensável que o juiz de facto possa separar o procedimento mental de decisão do procedimento material de redação da sentença, como se no momento de escrever pudesse finalmente proceder como um puro lógico, descrevendo o seu pensamento conforme aos cânones do silogismo judicial.¹⁷ Tal separação entre um sistema interno de decisão e um sistema externo de exposição despreza o facto de a linguagem ser o espelho do pensamento, ainda que o momento da redação da sentença contribua marginalmente para ampliar as capacidades cognitivas do juiz de facto através do esforço de autodisciplina envolvido no ato de escrita.¹⁸

Finalmente, a própria estrutura tradicional da sentença, designadamente no tocante ao relatório, fundamentação e dispositivo, não coincide com a forma do silogismo judicial.¹⁹ Na fundamentação da sentença penal, o juiz de facto enumera

17. Sobre o método do silogismo judicial, cf. KARL ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8.ª ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: W. Kohlhammer, 1983 (1.ª ed., 1956), pp. 43-63. Do mesmo A., *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, 3.ª ed., Heidelberg: Winter, 1963 (1.ª ed., 1943), p. 3 ss. Também cf. CARSTEN BÄCKER, “Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?”, *Rechtstheorie* 40 (2009), (pp. 404-424) p. 424. Igualmente pertinente, cf. JOCHEN BUNG, “Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre von Larenz”, in: AA.VV., *Subsumtion* (org.: Gottfried Gabriel e Rolf Gröschner), Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, (pp. 215-225) pp. 218-219. Segundo Neumann, o silogismo, porém, não é adequado à práxis judicial (cf. ULFRID NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, pp. 19-28). Entre nós, cf. JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “‘Juízo ou decisão?’: Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do discurso jurídico contemporâneo”, in: AA.VV., *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do Direito* (org.: Fernando José Bronze, José Manuel Aroso Linhares, Mário Alberto Reis Marques e Ana Margarida Simões Gaudêncio), Coimbra: Instituto Iuridico, 2016, (pp. 226-249) pp. 238-249.

18. Entre os vários modelos do raciocínio decisório judicial, a nossa simpatia no plano da questão-de-direito vai para o modelo analógico (neste sentido, cf. LLOYD L. WEINREB, *Legal Reason – The Use of Analogy in Legal Argument*, 2.ª ed., Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2016 [1.ª ed., 2005], pp. 37-74).

19. Este não é um argumento paroquial, ainda que o disposto no art. 374.º do Código de Processo Penal (CPP) português não tenha estrito paralelo noutros ordenamentos jurídicos nacionais. Mas há disposições comparáveis. Por exemplo, o art. 546 al. e) do Código de Processo Penal italiano (*Codice di Procedura Penale – CPPi*), de 1988, sob a epígrafe geral de requisitos da sentença, obriga o tribunal a fazer “a concisa exposição dos motivos de facto e de direito sobre os quais se fundou a decisão, com a indicação das provas utilizadas na própria decisão e a enunciação das razões pelas quais o juiz considera não atendíveis as provas contrárias”. Em língua original (art. 546 al. e) CPPi): “*la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l’indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie*”. De resto, o dever de fundamentação da sentença é uma garantia de um julgamento justo e equitativo (Ing. *fair trial*) como tem sido sucessivamente afirmado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), desde o acórdão Hadjianastassiou v. Grécia, de 16.12.1992, proferido relativamente a um processo criminal. O dever de fundamentação do tribunal é particularmente importante quando se trata de reverter a decisão do tribunal recorrido (acórdão Salov v. Ucrânia, de 06.09.2005). Para desenvolvimentos, cf. PAOLO COMANDUCCI, “La motivazione in fatto”, in: AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale* (org.: Giulio Ubertis), Milano: Giuffrè, 1992, pp. 215-244. Entre nós, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica

os factos provados e não provados, expõe completamente, mas de maneira concisa, os motivos de facto e de direito que justificaram a decisão e indica, examinando-as criticamente, as provas que serviram para formar a convicção do tribunal. Na motivação não pode aceitar-se a cisão material entre um domínio não-normativo de prova, segundo uma racionalidade científica (ainda que vulgarizada pelo senso comum), e um domínio normativo de enquadramento legal dos factos, segundo uma racionalidade jurídica.²⁰ A regra de julgamento da prova não pode abstrair da estreita relação que se há de estabelecer entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, enquanto concreto problema jurídico que suscita a decisão do tribunal. A separação formal entre a questão-de-facto e a questão-de-direito corresponde apenas a uma exigência práctico-processual de limitação dos poderes de cognição do tribunal de revista em matéria de facto.²¹ A exigência de motivação

Editora, 2011, pp. 963-970. Também cf. ROSA VIEIRA NEVES, *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 132-146. Finalmente, cf. NOELI FERNANDES, “A realização do Direito através da sentença judicial devidamente fundamentada”, in: AA.VV., *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do Direito* (org.: Fernando José Bronze, José Manuel Aroso Linhares, Mário Alberto Reis Marques e Ana Margarida Simões Gaudêncio), Coimbra: Instituto Iuridico, 2016, (pp. 309-331) pp. 311-314.

20. Neste sentido, cf. JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “Evidence (or proof?) as law’s gaping wound: A persistent false aporia?”, *BFDUC* 88 (2012), (pp. 65-89) pp. 73-77.

21. Uma terminologia desde há muito consolidada no domínio processual chama questões-de-direito às conclusões suscetíveis de reexame por um tribunal de revista com poderes de cassação ou de substituição da sentença recorrida e questões-de-facto àquelas que não são reexamináveis. A revista fica assim limitada aos vícios de legalidade, seja por verificação de alguma nulidade, seja por desaplicação ou por incorreta aplicação de normas jurídicas. Mas a distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito não implica que haja uma separação lógica entre conceitos fácticos pré-jurídicos e conceitos jurídicos. Por exemplo, o conceito de dolo eventual é seguramente um conceito jurídico, ainda que tenha de ser preenchido no caso singular através da avaliação dos factos. A decisão sobre o dolo eventual revelado pelo arguido durante a prática do facto punível é da competência exclusiva das instâncias não porque a questão não seja jurídica, mas porque se entende que o tribunal de revista não deve revisitar a prova dos factos. Sobre a origem da distinção entre a questão-de-facto (Al. *Tatfrage*) e a questão-de-direito (Al. *Rechtsfrage*), cf. HORST-EBERHARD HENKE, *Die Tatfrage – Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, pp. 11-14. Sobre a atual crise desta distinção, cf. HENNING ROSENAU, “Die Revision: Qualitätskontrolle und Qualitätssicherung im Strafverfahren”, in: AA.VV., *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften – Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag* (org.: Heinz Schöch, Helmut Satzger, Gerhard Schäfer, Alexander Igor e Christoph Knauer), München: Carl Heymann, 2008 (pp. 521-543) pp. 529-531. Entre nós, cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma repositio crítica)*, vol. I (A crise), Coimbra: Almedina, 1967, pp. 466-467. Também o texto extraído da monografia anterior: “Matéria de Facto – Matéria de Direito”, in: do mesmo A., *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, (pp. 483-530) p. 522. Também cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre o sistema do facto punível”, in: AA.VV., *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo* (org.: Fernando Alves Correia et alii), Coimbra: Almedina, 2013, (pp. 405-421) p. 407. Igualmente, cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, “Um exercício metodológico polarizado no juízo-julgamento (Algumas questões pressupponentes)”, in: AA.VV., *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do Direito* (org.: Fernando José Bronze, José Manuel Aroso Linhares, Mário Alberto Reis Marques e Ana Margarida Simões Gaudêncio), Coimbra: Instituto

da convicção probatória do juiz de facto, enquanto princípio da objetividade, não deixará de ser controlável mesmo pelos tribunais de recurso com competência apenas ‘de direito’ sempre que, como diz Castanheira Neves, a violação desse princípio for evidente sem outras investigações probatórias – assim, por exemplo, quando a motivação for contraditória (ilógica), quando estiver em flagrante e insanável contradição com os elementos adquiridos nos autos, quando for impossível ou evidentemente errada a sua conclusão, de acordo com as regras válidas da experiência, etc.²²

Na fundamentação da sentença penal, a questão da causação do resultado surge como concreto problema jurídico que suscita a decisão do tribunal. Tal não significa, porém, que não remanesça uma dimensão puramente descritiva de factos na prova do nexa causal, mas ela expressa-se sobremaneira no regime dos meios de prova, em especial na prova pericial. Na prova do nexa causal os peritos operam com os métodos do seu específico saber científico-forense e analisam os dados empíricos segundo a sua própria perspectiva idiomática. Mas um relatório pericial reporta-se apenas a proposições factuais fragmentárias que só ganham sentido numa cadeia de argumentos que caberá ao juiz de facto analisar na perspectiva do problema jurídico concreto.

A Primeira Parte da presente monografia versa sobre a função, o alcance e os limites da causalidade na teoria da infração criminal. Começamos por esclarecer os vários usos dos termos responsabilidade, causalidade e imputação. São três termos que aparecem frequentemente relacionados na teoria da infração criminal, mas raras vezes são usados em função de conceitos previamente definidos. Qualquer um dos três termos poderia ser escolhido como ponto de partida para a desambiguação dos sentidos que lhes correspondem na dogmática do direito penal, mas preferimos partir do conceito de responsabilidade porque é o mais polifacetado. De seguida refazemos a genealogia do conceito de causalidade em ordem a revelar um sentido ainda hoje comum de causa como razão da acusação contra alguém por ter produzido um resultado determinado, designando-o assim como responsável no sentido de ter de responder (*i.e.*, impugnar, excepcionar ou confessar o facto acusado) diante de uma instância formal de controlo social e, eventualmente, ter de pagar pelo que fez. Se quisermos, onde se menciona a causa deve ler-se que alguém imputa a um agente moral uma ação com determinadas consequências no mundo atual, o que equivale a uma acusação (*i.e.*, querela, libelo) apresentada diante de uma autoridade competente num procedimento que antecede o julgamento do imputado. Não é por acaso que a palavra causa também tem o sentido de causa do litígio. Depois de estabelecermos as múltiplas relações

Ivridico, 2016, (pp. 9-27) pp. 17-18. Finalmente, cf. RUI SOARES PEREIRA, *O nexa de causalidade na responsabilidade delitual – Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 489-491 e 516-522.

22. Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, Coimbra: Dactilog. por João Abrantes, 1968, pp. 50-51.

entre os conceitos, entretanto polidefinidos, de causa(ção), imputação e responsabilidade, desconstruímos as utilizações hodiernas do termo imputação na dogmática do direito penal. Tornou-se um termo da moda, mas sem qualquer conteúdo no quadro de uma teoria da infração criminal meramente substantiva e que abandonou, portanto, a tradição clássica das imputações como procedimento retórico e adversarial de realização da justiça penal. A redescoberta da dimensão processual das imputações obriga-nos a pensar na relação entre a imputação-acusação e a sua derrotabilidade. A representação diacrónica e sequencial desta relação como uma argumentação racional contraditória entre a acusação e a defesa tem impacto direto nas regras de distribuição do ónus de prova pelas partes adversárias e na valoração final da prova pelo juiz de facto em situações de dúvida persistente. Nesta base propomos a reconstrução de uma teoria processual da infração criminal como sistema tripartido de imputação-acusação, responsabilidade-resposta e imputação-decisão (ou responsabilidade-sujeição). Este sistema tripartido opera como modelo de aplicação do direito penal global, recuperando a unidade intrínseca dos direitos material, processual e probatório. De seguida, analisamos o fim do direito penal global como uma instituição de direito público que promove as condições necessárias ao livre desenvolvimento da personalidade humana no quadro de uma sociedade aberta ou comunidade liberal. Daí retiramos a corresponsabilidade que recai sobre cada cidadão de preservar as condições das liberdades individuais, em especial não prejudicando o nível de integridade da esfera jurídica atribuída a cada concidadão. O princípio da evitabilidade da lesão da esfera jurídica alheia justifica que a causação sirva de base à imputação-acusação nos crimes de resultado. A necessidade de explicar a prova judicial da causação leva-nos à análise da causalidade epistémica e sua relação com a causalidade jurídica, quanto mais não seja porque a causalidade juridicamente relevante não pode deixar de ter alguma vinculação aos contextos explicativos da causalidade na filosofia e nas diversas disciplinas científicas e forenses, se quisermos que uma alegação sobre o nexo causal entre a ação e o resultado dada como provada no caso particular corresponda, em alguma medida, ao estado de coisas realmente acontecido. Concluímos que a interpretação relevante da causação é a da teoria intervencionista, ou seja, a causação ligada à ação humana. A noção de causalidade intervencionista não pode dispensar o raciocínio contrafactual em ordem a descobrir se a lesão teria sido evitada se o agente moral não tivesse atuado da maneira em questão. A Primeira Parte termina com uma explicação da fragilidade dos eventos, a fim de apontar critérios para a delimitação do resultado que interessa à valoração jurídica nos crimes de resultado. Cada um dos capítulos tem conclusões intermédias que permitem compreender a sua inserção no plano geral da presente monografia.

A Segunda Parte incide sobre a prova penal em situações de causalidade complexa. A causalidade complexa não é um novo conceito jurídico. É apenas uma designação que reúne um conjunto indeterminado de situações em que os problemas lógicos e jurídicos da prova da causalidade suscitam especiais dificul-

dades na prática judicial. Optando por uma tipologia aberta dos casos de causalidade complexa, diríamos que cabem nesta categoria a causalidade alternativa, a sobredeterminação causal ou concorrência efetiva de causas, a preempção causal, a interrupção de processos causais salvadores, a causalidade probabilística e as situações de erosão da causalidade. Analisamos processos judiciais reais em que surgiram questões de prova do nexos causal no âmbito de delitos de resultado. Estudamos a jurisprudência de vários países, a saber: Alemanha, Áustria, Itália e Portugal. O estudo comparado da causalidade jurídica ocorre assim no contexto do direito em ação, o que contribui para se perceber as semelhanças e as diferenças nos planos do direito positivo, da jurisprudência e da doutrina juspenalista. Alguns desses processos terminaram com decisões absolutórias, o que não os torna menos interessantes para as nossas pretensões analíticas. Pelo contrário, as dificuldades de prova do nexos causal evidenciam-se muito claramente nessas absolvições, o que não deixa de ser instrutivo para a presente investigação. Nada impediria que considerássemos como causalidade complexa também as situações de causalidade linear em que a prova da causação é difícil de se fazer no caso particular. Não daremos exemplos desta espécie tão-somente porque a casuística é muito variada, o que limitaria enormemente a possibilidade de se retirar ilações de uns para os outros casos. Na verdade, a dificuldade de se fazer a prova da causalidade advém muitas vezes da quantidade de variáveis que têm de ser consideradas no caso particular e que suscitam a intervenção de diferentes saberes científicos para amparar o tribunal na decisão da matéria de facto e de direito. Mas não são casos de especial dificuldade lógica ou jurídica. Não trataremos dos delitos de comissão por omissão, também chamados de omissão imprópria ou impura, porque implicariam a utilização de um acervo de doutrina substancialmente diferente, não havendo vantagem imediata em acrescentar ao leque dos temas tratados na presente monografia também a discussão do estatuto ontológico das ações e omissões humanas. A Segunda Parte também apresenta conclusões intermédias no final de cada um dos capítulos, as quais nos permitem extrair ideias gerais da análise dos casos reais apresentados.

Seguem-se as Conclusões Gerais.

PRIMEIRA PARTE

A PESSOA ACUSADA, A SUA RESPONSABILIDADE NO PROCESSO PENAL E A PROVA DA CAUSAÇÃO DO RESULTADO

INTRODUÇÃO À PRIMEIRA PARTE

Muitos AA. atuais reconhecem a importância seminal da monografia de Hart e Honoré sobre *Causation in the Law* (1959)¹ no aprofundamento do conceito de causação na responsabilidade moral e na responsabilidade jurídica (civil e criminal), mas costumam depois resumir essa importância ao mapeamento dos enigmas da preempção e sobredeterminação causais e à apresentação de um teste adequado à sua resolução. Do mesmo passo, os AA. repudiam o próprio conceito de causação proposto por Hart e Honoré, considerando-o ambíguo por incluir situações em que já não estaria em discussão a causalidade natural, mas sim problemas de delimitação da responsabilidade do agente moral.²

Importa, porém, perceber a razão por que Hart e Honoré incluíram na causação critérios de imputação da agência moral. Há aqui uma questão semântica, que advém da tendência do senso comum para apontar o agente responsável

1. Cf. HERBERT L. A. HART e TONY HONORÉ, *Causation in the Law*, 2.^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1985 (1.^a ed., 1959).

2. Cf. RICHARD W. WRIGHT, “The Nightmare and the Noble Dream: Hart and Honoré on Causation and Responsibility”, in: AA.VV., *The Legacy of H. L. A. Hart – Legal, Political, and Moral Philosophy* (org.: Mathew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn e Antony Hatzistavrou), Oxford/New York: Oxford University Press, 2008, (pp. 165-177) pp. 165-166.

como causa independente do evento lesivo, uma aceção de causa, aliás, que tem raízes no uso primitivo da palavra grega para ‘causa’ (Gr. *aitia*), que é de origem moral ou jurídica³ e significava justamente uma acusação⁴ contra alguém por ter produzido um resultado determinado, designando-o assim como responsável (Gr. *aitios*). Se quisermos, onde está ‘causa’ deve ler-se agora ‘imputação’ da ação e suas consequências. Mas, vendo bem, não é somente uma questão de palavras ou de rótulos diferentes para o mesmo conceito. Suspeitamos que a abordagem de Hart e Honoré ao conceito de causalidade revela uma consistência profunda com o modelo atributivo de responsabilidade que Hart desenvolvera antes no artigo publicado em *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948-49). Se for este o caso, é algo que não deixa de ser surpreendente, considerando que Hart renegou precocemente as suas primitivas considerações sobre as proposições ascriptivas de responsabilidade e, ao mesmo tempo que escrevia (em coautoria com Honoré) *Causation in the Law*, escreveu também as suas famosas defesas do positivismo jurídico (Ing. *legal positivism*).⁵ Ora, a própria ideia de atribuição de responsabilidade é incompatível com o modelo juspositivista de aplicação subsuntiva-dedutiva de regras jurídicas ao caso concreto. As proposições ascriptivas suscitam um direito de resposta do acusado e uma dinâmica adversarial diante de um julgador imparcial cuja decisão final se escora numa ponderação material dos argumentos esgrimidos pelas partes, uma decisão que é assim totalmente alheia à lógica silogística do modelo juspositivista.

Mais importante do que discutir palavras e saber se é preferível falar de ‘causa’ quando se quer falar de ‘imputação’ é reconhecer que o modelo atributivo de responsabilidade pode e deve constituir uma alternativa ao modelo juspositivista de aplicação silogística do direito penal. É intenção deste trabalho explorar em profundidade o primeiro modelo na discussão da causação e da prova penal, o que não foi feito até hoje na doutrina juspenalista da Europa continental.

3. Cf. JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *Estudos para a dogmática do crime omissivo*, vol. I, Lisboa: Diss.: FDL (dactiloscrito), 1965, p. 165. Também cf. VINCENT CARRAUD, *Causa sive ratio – La raison de la cause, de Suarez à Leibniz*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002, pp. 22, 28 e 36.

4. Cf. MANUEL ALEXANDRE JÚNIOR, *Gramática de Grego*, Lisboa: Alcalá/Sociedade Bíblica de Portugal, 2003, p. 134. Também cf. VINCENT CARRAUD, *Causa sive ratio*, cit., p. 23.

5. Cf. RICHARD W. WRIGHT, *The Legacy of H. L. A. Hart*, cit., p. 166. Também cf. MICHAEL MARTIN, *The Legal Philosophy of H. L. A. Hart*, cit., p. 9.

I. A RESPONSABILIDADE

Há três noções que se entrelaçam na linguagem dos juristas e que carecem de desambiguação, a saber: responsabilidade, causa e imputação (ou ascripção). Mais do que nenhum outro A., Hart cuidou de estabelecer as afinidades conceituais entre esses três termos, procurando defini-los através da filosofia da linguagem comum (Ing. *ordinary language philosophy*), num programa de investigação assumidamente herdeiro da escola de John L. Austin (1911-1960).⁶ Hart estudou a fundo a jurisprudência dos países de *common law* (o que é notável, tanto mais por se tratar de um filósofo do Direito⁷), já que era seu objetivo desfazer as confusões conceituais decorrentes do fraco conhecimento dos usos das palavras na linguagem comum, designadamente na linguagem dos operadores de Justiça. Não terá conseguido estabilizar os conceitos sem entrar algumas vezes em contradição consigo próprio, mas estamos em crer que deixou pistas que merecem ou até mesmo exigem, hoje mais do que nunca, a revisitação atenta por parte da doutrina juspenalista, mesmo aquelas que o próprio Hart aparentemente deixou fechadas.

1. Os significados de responsabilidade

A chave para a compreensão das pontas soltas no pensamento de Hart está, segundo cremos, em “Postscript: Responsibility and Retribution” (1967-1968), onde Hart respondeu a algumas críticas que lhe foram dirigidas por conta dos vários significados que propusera para os termos retribuição (Ing. *retribution*) e responsabilidade (Ing. *responsibility*).⁸⁻⁹ Naturalmente, no presente contexto, só

6. Cf. JOSÉ LAMEGO, *Elementos de metodologia jurídica*, cit., p. 247.

7. Embora convenha lembrar que Hart exerceu como advogado (Ing. *barrister*) desde 1932 a 1940, lidando com questões jurídicas complexas, tais como negócios fiduciários (Ing. *trusts*) e dívidas fiscais, o que lhe deu necessariamente um espírito prático e uma especial atenção à jurisprudência.

8. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 211.

9. O substantivo responsabilidade tem a mesma origem que o verbo responder. Segundo a etimologia, a palavra responsabilidade vem do Lat. *respondeo*, que deriva do Lat. *spondeo*. O *spondeo* significava algo como assumir um compromisso solene: por exemplo, o pai que se compromete (Lat. *spondet*) a oferecer a filha para esposa (Lat. *sponsa*). Por sua vez, o composto latino *respondeo* significava a obrigação de responder pelo compromisso assumido. O *spondeo* entroncava no Gr. *spendo*, que significava fazer libações em cumprimento de algum compromisso ritual, ou mesmo no Hitita *spand-*, que designava as próprias libações sacrificiais. Para confirmação dessas etimologias, cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e responsabilidade”, *RPCC* 6 (1996), (pp. 9-43) p. 10.

nos interessam os possíveis significados, ou melhor, os usos do termo responsabilidade, tendo Hart identificado, pelo menos, os seguintes: responsabilidade funcional (Ing. *role-responsibility*),¹⁰ responsabilidade causal (Ing. *causal responsibility*)¹¹, responsabilidade-sujeição (Ing. *liability responsibility*)¹² e responsabilidade-capacidade (Ing. *capacity responsibility*).¹³⁻¹⁴⁻¹⁵

1.1. A responsabilidade funcional

A responsabilidade funcional aplica-se a qualquer pessoa que ocupe um cargo ou posição que acarreta deveres específicos da função.¹⁶ Assim, cumprir com as suas responsabilidades (Ing. *responsibilities*), ser uma pessoa responsável (Ing. *responsible person*) ou atuar responsavelmente (Ing. *behaving responsibly*) são expressões afins da responsabilidade funcional.¹⁷

1.2. A responsabilidade causal

A responsabilidade causal usa-se naquelas situações em que se quer identificar um particular fator como origem de um certo resultado, dizendo-se que foi responsável por (Ing. *responsible for*) esse resultado. Hart referia que a responsabilidade causal tanto se aplica às pessoas e respetivas ações ou omissões como também a coisas, condições ou eventos (por exemplo: ‘a longa seca foi responsável pela fome na Índia’). Segundo Hart, a responsabilidade causal, neste sentido, é sempre referida ao pretérito (Ing. *past tense*), já que, se for referida a uma pessoa e ao presente (Ing. ‘*X is responsible for Y*’), acaba por se equiparar à responsabilidade-sujeição do agente à consequência moral ou jurídica.¹⁸

1.3. A responsabilidade-capacidade

A responsabilidade-capacidade corresponde ao nosso conceito de imputabilidade, enquanto capacidade de ser responsável. Ou melhor, é a condição de

10. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., pp. 212-214.

11. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., pp. 214-215.

12. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., pp. 215-227.

13. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., pp. 227-230.

14. Cf. JOHN GARDNER, “Hart and Feinberg on Responsibility”, in: AA.VV., *The Legacy of H. L. Hart – Legal, Political, and Moral Philosophy* (org.: Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn e Antony Hatzistavrou), Oxford/New York: Oxford University Press, 2008, (pp. 121-140) pp. 121-122.

15. Chamando a atenção para a importância das distinções apresentadas por Hart, cf. STEFAN GOSEPATH, “Politische Verantwortung und rechtliche Zurechnung”, in: AA.VV., *Zurechnung und Verantwortung – Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 22.-24. September 2010 in Halle (Saale)* (org.: Mathias Kaufmann e Joachim Renzikowski), Stuttgart: Franz Steiner, 2012, (pp. 17-30) p. 19, n. 4.

16. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 212.

17. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 213.

18. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., pp. 214-215.

todo aquele que possui, no momento do facto, certas capacidades vulgares (e.g., entendimento, razão, autocontrolo) de que depende o ser responsável pelas suas ações (Ing. *being responsible for his actions*).¹⁹

1.4. A responsabilidade-sujeição

Há um mínimo denominador comum a todas as noções de responsabilidade, que é a possibilidade de desembocarem na sujeição do agente à consequência moral ou jurídica. Como se diz na linguagem comum, o agente vai ter de ‘pagar por isso’ (Ing. *‘he’ll pay for it’*).²⁰⁻²¹ A responsabilidade-sujeição tem maior amplitude no Direito do que na Moral, uma vez que o primeiro prevê que alguém possa ter de responder por ações ou omissões alheias, inclusivamente na base da responsabilidade objetiva (Ing. *strict responsibility*) ou da responsabilidade vicarial (Ing. *vicarious responsibility*).²² Em especial, a noção de responsabilidade-sujeição jurídica (Ing. *legal liability-responsibility*), segundo Hart, explica-se pela circunstância de a responsabilidade (Ing. *responsibility*) e a sujeição (Ing. *liability*) serem plenamente equiparáveis quando a responsabilidade pelo ato ou pela sua consequência for suficiente para que o sujeito deva pagar por isso.²³

1.5. A responsabilidade-resposta

É pena que Hart, numa nota final ao pós-escrito, tenha desvalorizado expressamente o significado da responsabilidade como estatuto de alguém que é chamado a responder a questões (Ing. *to answer questions*) e sobretudo a refutar acusações (Ing. *to rebutte accusations or charges*). Hart reparara que o verbo grego *apokri-nesthai* e o verbo latino *respondere* significavam primitivamente o ónus que pesa sobre alguém de refutar uma acusação, sob pena de ser declarado culpado e sofrer punição ou outra consequência adversa. Só que Hart acrescentou imediatamente que essa ideia de refutar uma acusação podia simplesmente ser substituída pela ideia de pagar pelo facto cometido, o que se traduziria afinal na concretização da consequência jurídica.²⁴ O abandono da responsabilidade-resposta e a sua superação pela responsabilidade-sujeição, digamos assim, traduzem a reorientação do pensamento de Hart para o juspositivismo que haveria de marcar duradouramente o seu pensamento. Em Hart, a ordem jurídica não se confronta eticamente com a pessoa chamada a prestar contas e é por isso mesmo que não sobra margem para

19. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 227.

20. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 215.

21. Ronald Dworkin (1931-2013) designava por responsabilidade consequencial (Ing. *consequential responsibility*) esta espécie de responsabilidade, conforme é destacado por JOHN GARDNER, *Offences and Defences – Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 177.

22. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 216.

23. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 222.

24. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 265.

uma troca de razões com o acusado, graças à qual se reatualizem os temas que não devem cair no esquecimento e se abram novas perspectivas para os problemas da vida social. Em vez disso, a ordem jurídica, reiterada pela acusação, descreve os factos geradores da responsabilidade e anuncia ao acusado as consequências adversas que lhe advirão, a menos que consiga desmontar os factos acusados ou produzir justificações e desculpas convincentes. O único confronto que resta é meramente factual, na medida em que o acusado consiga preencher com sucesso os itens factuais que a ordem jurídica releva como impedimentos à responsabilidade-sujeição. Chegamos assim ao típico modelo juspositivista do silogismo judicial, segundo o qual a decisão judicial é pura subsunção dos factos numa norma jurídica, correspondendo a premissa menor à descrição do caso concreto e a premissa maior ao enunciado do caso genérico acompanhado da respetiva consequência jurídica. Neste modelo, o papel da defesa fica confinado à discussão da premissa menor, num plano totalmente cognitivo. A formulação da premissa maior é da competência do acusador público, na fase instrutória, e do julgador, na fase de julgamento, ambos personificando a ordem jurídica.

Supondo que acabámos de perceber as razões de Hart para a eliminação da responsabilidade-resposta, então conseguiremos finalmente perceber também as suas razões para o abandono das chamadas proposições ascriptivas, o que não se conseguia adivinhar das parcas linhas que dedicou ao assunto no prefácio à primeira edição de *Punishment and Responsibility* (1967-1968).²⁵ Não é de crer que a remissão para as confusas críticas de Peter Thomas Geach (1916-2013) e George Pitcher (Professor Emérito da Universidade de Princeton) fosse suficiente para Hart abandonar sem resistência as conclusões que tirara na sua precoce incursão ao tema das proposições ascriptivas. Mais crível é que o próprio Hart se tenha dado conta do radical antagonismo entre o modelo das proposições ascriptivas, que implica a responsabilidade-resposta, e o modelo do silogismo judicial, que se exaure na responsabilidade-sujeição.

1.6. A responsabilidade-sujeição como menor denominador comum do positivismo jurídico

A visão de Hart sobre a responsabilidade-sujeição assemelha-se à dos outros cultores do positivismo jurídico, incluindo AA. de outros tempos e espaços jurídicos e culturais, assim se demonstrando que o conceito de responsabilidade-sujeição funciona como menor denominador comum do positivismo jurídico. Cabe aqui destacar a presença tutelar de Franz von Liszt, reconhecido, entre outros aspetos de igual relevo, como o pai da teoria geral da infração criminal que triunfou nos países de *civil law*.

25. Cf. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. v.