

## DOUTRINA INTERNACIONAL

---

### SOBRE O ESTADO ACTUAL DA DOUTRINA DO CRIME

#### 1ª Parte\*

#### *Sobre os fundamentos da doutrina e construção do tipo-de-ilícito\*\**

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Catedrático da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra

*À lembrança do meu Mestre,  
Prof. Doutor Eduardo Correia*

I — A generalidade dos *tratamentos globais* da doutrina do crime em Portugal pode transmitir a impressão de que eles se não afastam, de forma sensível, dos que se tornaram correntes nas exposições sistemáticas subsidiárias do *normativismo* de raiz neokantiana. Poderia assim parecer que o pensamento jurídico-penal português sobre a doutrina do crime não teria tomado em conta — ou na conta devida — a crítica a que, sobretudo por obra da *doutrina da acção final*, foi submetido o sistema construtivo do conceito de crime.

\* Esta primeira parte foi publicada na Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano I, n. 1, 1991.

\*\* Algumas das idéias em seguida propostas foram por mim defendidas já no Relatório que apresentei a provas para catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, em 1977, e depois no meu artigo “Direito Penal e Estado-de-Direito Material. Sobre o Método, a Construção e o Sentido da Doutrina Geral do Crime”, publicado na Revista de Direito Penal, 31, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 38. A 2ª parte do presente artigo — sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade — será publicada noutro número do ano I desta Revista.

Uma tal impressão seria enganadora. Com efeito, uma análise mais próxima dos referidos tratamentos mostra<sup>1</sup> que as concepções neles perfilhadas são, pelo contrário, produto da atenção dispensada às teses da doutrina da acção final e ao poderoso movimento dogmático que a partir delas se desenvolveu, na Alemanha e fora dela. E uma tal conclusão ainda mais se radica se se tiver em conta, para além dos tratamentos de carácter global, a já extensa — e na generalidade dos casos altamente meritória — actividade de investigação *monográfica* de temas da doutrina geral do crime ou com ela estreitamente relacionados que, sob a forma de dissertações, de doutoramento e de mestrado, e de artigos de revista, de há duas décadas a esta parte vem tendo lugar nas Faculdades de Direito das Universidades portuguesas.

Pode mesmo perguntar-se se do conjunto daqueles tratamentos e destas investigações não resulta uma *imagem global do sistema jurídico-penal* diferente da que derivava quer da construção de raiz normativista, quer da de raiz finalista; e justamente caracterizada por levar em conta tanto as objec-

ções críticas levantadas à perspectiva finalista, como as proposições que resistiram ao confronto desta perspectiva com a normativista. Mas nem por isso se qualificaria com razão de “intermediário” um tal esboço sistemático, como se ele quisesse limitar-se a representar uma qualquer *via per mezzo* entre aquelas construções. Decerto, esta nova concepção acabará por traduzir-se ou numa certa “normativização da finalidade”, ou inversamente numa certa “finalização da normatividade”, consoante o acento tônico da construção se ponha naquela ou nesta estrutura (permitindo-me sugerir não dever ver-se aqui apenas um jogo de palavras<sup>2</sup>). Mas a intenção nela implícita não deve reduzir-se à vontade de cortar ao meio entre dois extremos, antes, no meu modo de ver, radica numa posição de céptico *relativismo*<sup>3</sup> tanto sobre a estrutura ontológica, ou mesmo só ôntica, dos conceitos jurídicos, como simultaneamente sobre o domínio ilimitado das valorações normativas.<sup>4</sup> Mais do que isso, o sistema emergente parece comandado pela profunda convicção de que a construção do conceito de crime há-de apresentar-se como decisivamente *teleológica, funcional e racional*, possuindo a partir daqui os seus próprios postulados e as suas próprias convicções.<sup>5</sup>

Devo dizer ser também deste terreno que se nutre o meu pensamento. Em todo o caso com especialidades que creio de algum significado; e que não se estranhará que existam num momento da evolução em que não pode ainda falar-se de um *novo* paradigma da doutrina do crime já perfeitamente definido e estabilizado, senão que de tentativas de repensamento de antigos paradigmas. Tendo em todo o caso a ligá-las certas concepções básicas sobre o fundamento, o sentido e os limites da intervenção penal; ou, se quiséssemos dizê-lo de forma mais directa

mas não por isso menos correcta, certas concepções básicas da *política criminal*.<sup>6</sup> Não é minha intenção, nas considerações seguintes, operar uma tentativa de revisão de todo este núcleo de pensamento, ou sequer determinar em que ponto estamos hoje, a nível tanto da dogmática jurídico-penal portuguesa como das dos países mais despertos para este tipo de questões, quanto à construção de — se me é lícito parafrasear o título da conhecida obra escrita há quatro décadas por Welzel — uma “nova imagem do sistema jurídico-penal”.<sup>7</sup> Proponho-me, bem mais modestamente, discutir e tornar, se isso for possível, um pouco mais claro o fundamento de algumas opções dogmáticas que, em meu juízo, devem ser tomadas no contexto de uma concepção teleológica, funcional e racional da doutrina do crime; bem como chamar a atenção para um ou outro ponto até agora insuficientemente discutido e que todavia reputo de grande relevo neste contexto. Fá-lo-ei de maneira fragmentária, lacunosa e despidida de intenção polémica; procurando desta forma auxiliar, na medida em que tal se torne possível, o prosseguimento de uma discussão frutuosa à roda da doutrina do crime.

II — A discussão a que venho de aludir constitui prova de vitalidade da nossa disciplina. Se perspectivas houve que pareciam ir ganhar, em certas épocas, predominância absoluta — a perspectiva “positivista-naturalista”, primeiro; a perspectiva “normativista de raiz kantiana”, depois; a perspectiva “ontológico-finalista”, por último —, nunca faltaram orientações divergentes a porem em causa as conclusões obtidas. Isto é fruto, em boa parte, de a teoria do crime constituir um dos mais ingentes esforços de abstracção a que até hoje se abalançou o pensamento jurídico: impossibilitada, até agora, de lograr com êxito uma apreciação unitária e sincrética do seu objecto essencia-

al,<sup>8</sup> viu-se sempre perante a necessidade de análise e de dissociação, cindindo aquele objecto numa pluralidade de elementos parcelares e transformando a simultaneidade entitativa numa sucessão lógica.<sup>9</sup> Daqui que os pontos de vista filosóficos, metodológicos e materiais com os quais se parte para a análise e a posterior justaposição daqueles elementos venham a reflectir-se, com força potenciada, na arquitectura do crime. Mas daqui também que se torne possível influenciar a construção sistemática pela teleologia própria de um pensamento que, ao fim e ao cabo, há-de servir necessidades muito concretas de prevenção, controlo e domínio do fenómeno social da criminalidade.<sup>10</sup> Neste contexto o problema metodológico volta a ganhar particular ressonância, nomeadamente quanto à questão de saber — para me exprimir através de uma fórmula aproximativa, mas que ganhou foros de cidadania — até onde o pensamento do “problema” pode introduzir-se no (ou mesmo sobrepor-se ao) pensamento do “sistema”, até há não muito tempo dominante na doutrina do crime. Há todavia nesta questão uma dupla vertente que valerá a pena evidenciar.

1. Uma das vertentes, logo contemplada desde os primórdios da crítica à doutrina da acção final, respeita à decisão sobre se a doutrina do crime deve apresentar cunho estritamente normativo ou se, pelo contrário, deve considerar-se ontologicamente — melhor se diria: onticamente — predeterminada de forma absoluta. Na resposta continua ainda hoje válida uma consideração crítica de toda a alternativa. A “matéria” de regulamentação jurídica e de consideração dogmática não retira o seu conteúdo de sentido da valoração do legislador ou do aplicador, antes é “previamente dada” através de princípios e de estruturas de desenvolvimen-

to ônticas, éticas e — sobretudo — sociais. Mas com o reconhecê-lo não fica resolvido o *problema* jurídico: importará sempre ainda escolher entre os diversos sentidos de juridicidade que os dados apriorísticos permitem, através de uma *valoração autónoma*, aquele que deve constituir o fundamento da regulamentação ou da valoração jurídicas do concreto problema em causa.

Assim se erige a autonomia da valoração — pelo menos uma autonomia *relativa*, dentro das “possibilidades” que lhe são oferecidas pela pré-determinação não jurídica do substrato — em momento essencial do pensamento jurídico-penal. Quando porém, em seguida, se afronta a questão do *critério ou critérios da valoração*, não parece suficiente dizer que o legislador os escolhe em inteira liberdade e que o intérprete só terá de os ir buscar à lei.<sup>11</sup> A solução terá antes de alcançar-se por uma via apontada para a “descoberta” (ou “criação”) de uma solução *justa* do caso concreto e simultaneamente *adequada* ao (ou comportável pelo) sistema jurídico-penal. Isto supõe o que tenho chamado<sup>12</sup> de “penetração axiológica” do problema jurídico concreto e que, no âmbito do direito penal, tem de ser feita por apelo ou com referência a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal.<sup>13</sup>

Por esta via se rejeita o puro dedutivismo conceitual (típico de uma “jurisprudência dos conceitos”, ainda que “teleológica”) que infelizmente se não pode dizer de todo ultrapassada na doutrina do crime. Mas rejeita-se por igual a legitimidade de, a partir de estruturas ônticas ou lógico-materiais pré-jurídicas, se extrair delas, por necessidade, a solução de problemas jurídicos prático-normativos. Também nas questões de que trata a doutrina do crime a atenção prioritária deve ser concedida a considerações de concreta justiça material no seio do sistema político-

criminalmente dirigido, não a ilações retiradas dos dados pré-jurídicos ou do sistema formal-legal. Também relativamente àquelas questões a função primordial da dogmática haverá de consistir em — partindo de uma casuística tão larga mas escolhida quanto possível<sup>14</sup> — estabelecer a formulação de critérios de valor funcional-teleologicamente orientados, que não serão, no fim de contas, coisa substancialmente diversa de “princípios” ou “tópicos”<sup>15</sup> servidores do discurso, da argumentação e do consenso.

A previsível objecção de que o conteúdo de sentido do princípio da legalidade jurídico-penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) conduziria à recusa, ao menos em extensas zonas da doutrina do crime, do essencial do pensamento tópico e argumentativo;<sup>16</sup> ou, ainda mais, obrigaria mesmo a uma metódica conceitualista e subsuntiva, para a qual a lei formal constituiria em todos os casos o fundamento e o limite<sup>17</sup> — uma tal objecção não consegue a meus olhos prevalecer. Há de facto em toda a construção da doutrina do crime um momento “inicial” de mera subsunção formal, imposto pelo aludido princípio (aliás, ele mesmo, político-criminalmente fundado e participando por isso da específica teleologia do sistema)<sup>18</sup> e justificado pela função de garantia que lhe cabe nos quadros do Estado de Direito. Uma vez ultrapassado, porém, este momento inicial — correspondente à subsunção do comportamento no *tipo-de-garantia*<sup>19</sup> que o princípio da legalidade jurídico-constitucionalmente postula —, toda a construção da doutrina do crime não se encontra submetida a qualquer limitação ou exigência de ordem formal-subsuntiva e pode integrar-se completamente na orientação metodológica sugerida.

2. A outra vertente do problema metodológico da doutrina do crime reside

na indispensabilidade, apesar do que atrás ficou dito, do *sistema* e do *pensamento sistemático*. Na frase paradigmática de Roxin, “o sistema é um elemento irrenunciável do direito penal de um Estado de Direito”.<sup>20</sup> O trabalho com os “casos” jurídico-penais seria, sem ele, irrealizável: e não só por razões ligadas à *segurança* na aplicação do direito, aliás particularmente imposta tanto pela ordem de legitimação como pela própria teleologia da intervenção penal; mas porque fora do sistema ou independentemente dele não haveria nunca garantia de ser encontrada a solução *justa e adequada* para um caso jurídico-penal. Por isso o pensamento do problema tem, no âmbito de que aqui se trata, de coexistir forçosamente com o pensamento do sistema. De que forma tal se torna possível é uma questão cuja resposta, para poder ser por um lado convenientemente explicitada e por outro concludentemente fundamentada, exigiria desenvolvimentos aqui descabidos. Bastar-me-ei com algumas notas breves que, espero, mostrarão ao menos a possibilidade de uma tal coexistência e indicarão a possibilidade de uma via (indispensável) de interpenetração ou integração.

O sistema jurídico-penal — constituindo embora um subsistema do sistema jurídico como um todo, o qual constitui por sua vez um subsistema do sistema social global — possui de todo o modo a sua teleologia própria, a sua específica índole funcional e a sua racionalidade estratégica. Ele é, nesta acepção e nesta medida, mais que um sistema autónomo, na verdade, um *sistema autopoiético*.<sup>21</sup> Esta confissão a favor de um sistema teleológico-funcional e teleológico-racional da doutrina do crime não significa porém a recusa de intervenção de considerações axiológicas, de pontos de vista de valor, de critérios de validade e de intencionalidade normativas naquela doutrina e o

pronunciamento a favor de argumentos de pura “engenharia social”.<sup>22</sup> Quem conheça, mesmo que perfunctoriamente, os desenvolvimentos mais recentes da doutrina do crime e dos seus pressupostos fundamentais sabe que uma tal oposição não se dá e que, em vez dela, o que entre aquelas concepções intercede é uma relação dialéctica capaz de conduzir, no fim, a uma *unidade axiológico-funcional*. A menção de dois pontos procurará revelar exemplarmente o bom fundamento desta conclusão.

a) A legitimação da intervenção penal não pode hoje ser vista como advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores — como derivada, *hoc sensu*, de exigências “metafísicas” —, mas unicamente de critérios funcionais de *necessidade* (e de consequente *utilidade*) social. Por isso a aplicação da pena não mais pode fundar-se em exigências de retribuição ou de expiação da culpa, mas apenas em propósitos preventivos de estabilização contrafactica das expectativas comunitárias na validade da norma violada.<sup>23</sup> O que por sua vez permite (ou mesmo impõe) uma directa ligação desta via de legitimação à questão da função do direito penal, agora definitivamente dessacralizada ou secularizada: uma tal função não reside na defesa ou realização de uma qualquer ordem moral, mas tão-só na tutela da ordem legal dos bens jurídicos, necessariamente referida à ordem axiológica jurídico-constitucional.<sup>24</sup> Aquele ponto de vista fundamental, que todavia poderia ser-se tentado a desqualificar como relevando da pura tecnologia ou engenharia social, é o primeiro responsável pelos ganhos axiológicos do sistema jurídico-penal mais significativos da última década; ao mesmo tempo que tem contribuído da forma mais decisiva para um tratamento *justo e adequado* dos casos jurídico-penais. Resultados dogmáticos

muito recentemente alcançados em temas como os do âmbito de protecção (ou área de tutela) da norma, da extensão das causas de justificação (nomeadamente da legítima defesa, do direito de necessidade e do consentimento), da falta de consciência do ilícito, do estado de necessidade desculpante, da tentativa impossível, do domínio do facto, etc., constituem exemplos frisantes do que acaba de afirmar-se.

b) Para definição de um sistema teleológico-funcional e teleológico-racional da doutrina do crime é, como disse, decisivo o estabelecimento das finalidades político-criminais primárias do sistema. Neste contexto já eu pude — participando na tentativa de erigir o que amanhã poderá vir a ser a Constituição Político-Criminal da Europa Comunitária — apontar cinco princípios básicos: o da legalidade, o da congruência entre a ordem legal dos bens jurídicos e a ordem axiológica constitucional, o da culpa, o da socialidade e o da preferência pelas reacções criminais não detentivas face às detentivas.<sup>25</sup> É difícil excogitar princípios mais claramente do que estes determinados finalisticamente segundo um programa de estratégia e de utilidade sociais. E no entanto este mesmo programa, se condiciona — como hoje seguramente se sabe<sup>26</sup> — todo o sistema da doutrina do crime (devendo os conceitos integrantes desta doutrina ser, todos eles, teleológico-funcionalmente determinados *a partir daquele programa*), radica por outro lado em claras ideias axiológicas, critérios de valor e intencionalidades normativas. O que se passa com o *tournant* hoje experimentado pelo conceito de culpa como elemento integrante da doutrina do crime constitui disso prova evidente: são justamente a secularização sofrida pelo fundamento da intervenção penal e o ver-se a função desta na estabilização contrafactica de expectativas

comunitárias que conduzem a eliminar a compensação da culpa (ou retribuição) do âmbito das finalidades da pena. Mas é por sua vez esta eliminação — e a correspondente função de *limite* da intervenção penal que à culpa se assinala<sup>27</sup> — que permite dissociar o conceito jurídico-penal de culpa das querelas irresolúveis sobre o livre-arbítrio e do (pernicioso e político-criminalmente insustentável) dogma da “culpa da vontade”, para a ancorar na exigência (absoluta!) de respeito pela *dignitas humana*.<sup>28</sup> Idéia esta que todos certamente considerarão a menos finalística, pragmática e tecnológica e, pelo contrário, a mais terminantemente axiológica e normativa de todo o sistema jurídico próprio de um Estado de Direito.

3. Dito isto, parece-me apontado o essencial para a assunção de uma atitude metodológica correcta no trabalho sobre a doutrina do crime. Do que nela se trata é, em último termo, de encontrar soluções *justas e adequadas* para concretos problemas da vida de relação comunitária. Esta tarefa não pode porém ser cumprida com êxito apelando *directamente* para objectividades ou intencionalidades adequadas à Ideia de Direito, ou mesmo para puros princípios ou considerações de valor fundados em uma qualquer axiologia pressuposta. Pois assim se tornaria a resolução do caso e o alcance da almejada “justiça material” função de um puro *jogo de lotaria*,<sup>29</sup> individual e comunitariamente insuportável e que representaria o retrocesso de mais de um século na evolução da ciência do direito penal. Antes o caso concreto tem de ser funcionalmente projectado no contexto do sistema teleológico-racional do direito penal, aí tratado e — ao menos de forma provisória — resolvido. Não fica com isto de todo excluída a possibilidade (decerto, em todo o caso, rara e excepcional) de a solução encontrada se re-

velar injusta ou disfuncional à luz da própria teleologia político-criminal imanente ao sistema. Nesta hipótese a “justiça do caso” deve sempre sobrepor-se a considerações puramente sistemáticas; mas também conduzir ao reexame ou ao reajustamento do significado, meramente operacional e coadjuvante, dos conceitos para a aplicação ou realização do direito. Assim se revela verdadeiramente o sistema jurídico-penal, antes que “cerrado”, um “sistema aberto”;<sup>30</sup> um sistema que em cada dia se vai refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da racionalidade e da funcionalidade do sistema, reclamam novas soluções.

Um exemplo ilustrará esta situação.<sup>31</sup> Um advogado comete uma infração cambial, provando-se todavia que actuou no convencimento errôneo de que a sua conduta constituía não um crime, mas uma mera contra-ordenação. Como deve o agente ser tratado? O que equivale a discutir a questão da relevância ou irrelevância jurídico-penal do erro e, eventualmente, da sua forma de relevância (arts. 16º e 17º do CP). Pretender resolver este “caso” sem apelo ao *sistema* jurídico-penal, às suas categorias e aos seus conceitos — o tipo-de-ilícito, o dolo, a culpa... —, seria tarefa vã: só por essa via se alcançará a conclusão de que o *problema* ali suscitado interroga a mesma zona problemática que a doutrina do crime conhece sob a epígrafe de “falta de consciência do ilícito”. Chegados aí, porém, a solução parece óbvia: a consciência cuja falta releva em direito penal não se dirige ao “ilícito” como momento constitutivo do conceito de *crime* e do respectivo sistema, mas unicamente à “ilicitude” (geral) como sentido de desvalor ligado pela ordem jurídica

como um todo a uma concreta conduta.<sup>32</sup> Assim pois, no nosso caso, o erro do agente será jurídico-penalmente irrelevante. E todavia, tanto a justeza como a funcionalidade desta solução podem hoje legitimamente ser postas em causa; chamando-se sobretudo a atenção para que as exigências político-criminais da punição (ou não-punição) do agente são aqui substancialmente *as mesmas* que naqueles casos em que ele actua sem consciência da antijuridicidade (geral), pelo que o erro deverá ter a mesma relevância e a mesma forma de relevância. E se essa for a solução correcta do caso, lembrar-se-á então, por um lado, que o sistema jurídico-penal português assenta numa distinção *material* entre crime e contra-ordenação;<sup>33</sup> e sairá reforçada, por outro lado, a ideia de que o ilícito de que no sistema jurídico-penal se trata não se dissolve numa “antijuridicidade geral” (como quer que ela deva conceber-se em definitivo), mas é um ilícito “especificamente jurídico-penal”.<sup>34</sup> Que esta última ideia pode constituir ponto de charneira para revisões significativas da doutrina do crime — logo por aqui se revelando a “abertura” do sistema respectivo, em função de um “caso” jurídico-penal — é indiscutível.<sup>35</sup>

Em conclusão, continua ainda hoje válida a asserção<sup>36</sup> segundo a qual é do problematismo próprio de cada “caso” que há-de partir-se para a determinação da totalidade normativa, sistematicamente enquadrada ou enquadrável. Foi v. Savigny quem ensinou ser tarefa da dogmática jurídica “estabelecer os princípios que subjazem a um direito positivo e explicitá-los sistematicamente”. Mas foi ele também quem afirmou que “cada caso deve ser tomado como se fosse o ponto de partida de toda a ciência, a qual deveria ser forjada a partir dele”.<sup>37</sup> Não existe aqui qualquer dissonância ou contradição: a dialéctica já assim assinalada entre “siste-

ma” e “problema” deve valer completamente para a doutrina do crime.

**III** — A discussão dos fundamentos de uma certa concepção sobre a doutrina do crime, por mais que queira restringir-se ao essencial, não pode omitir por completo uma referência à perspectiva que se assuma na questão do *sentido e função da punição*. Desde logo porque existe uma conexão inextricável — infelizmente por muito tempo descurada na doutrina — entre a justificação da punição (a sua legitimação e as suas finalidades) e a *função do direito penal*,<sup>38</sup> função esta à luz da qual hão-de ser tomadas algumas das mais difíceis opções da doutrina do crime e que há-de por sua vez ser reconduzida, em último termo, ao étimo fundante da concepção do Estado e do sistema jurídico-constitucional em que aquela se traduz.<sup>39</sup> E depois porque se encontram mutuamente imbrincados os princípios que presidem à teoria da “imputação” (é dizer, à doutrina do crime) e aqueles que regem a teoria da “consequência jurídica” (é dizer, a doutrina das penas e das medidas de segurança): só a partir do sentido e das finalidades da consequência jurídica se pode alcançar a razão por que os princípios da imputação — da responsabilidade jurídico-penal — hão-de ser estes e não outros.<sup>40</sup> Uma referência a esta conexão material-sistemática oferece um apoio metodológico muito fecundo a uma reorientação da dogmática jurídico-penal.

Abandonada, quase por toda a parte, uma justificação factual-retributiva ou objectivo-expiatória da pena,<sup>41</sup> a doutrina surgia-nos, até há não muito tempo, claramente bipolarizada.<sup>42</sup> De um lado deparava-se com o pensamento — subsidiário da escola neoclássica e largamente dominante, por exemplo, na doutrina alemã-ocidental — que reconduzia a justificação da pena à fórmula “prevenção geral através de justa retri-

buição", enquanto a prevenção especial constituiria uma exigência de segunda ordem e teria o seu campo de eleição no domínio das medidas de segurança. Do outro lado encontrava-se a ideia — tão cara aos corifeus da *défense sociale*, em qualquer das suas manifestações — de que a finalidade de ressocialização do delinquente, ligada ao pensamento da prevenção especial, constitui o primeiro e decisivo fundamento da pena, sem prejuízo de esta dever continuar a distinguir-se da medida de segurança por outras vias, nomeadamente através da co-actuação do fim retributivo em relação àquela e não a esta.

Mas a situação evoluiu sensivelmente nos últimos anos, tornando-se extremamente complexa. Por um lado operou-se a já mencionada transformação radical da compreensão da ordem de legitimação e da função da intervenção penal. Por outro lado, e conseqüentemente, a compreensão tradicional de cada uma das finalidades da pena entrou em crise e tornou-se questionável. Pode duvidar-se da oportunidade de todos os decênios se provocar uma inversão das rotas da nossa ciência, para, anos mais tarde, nos encontrarmos de novo no ponto de partida. Mas é lícito perguntar se, com as transformações acima referidas, é só disso que agora se trata ou de algo bem mais profundo e provavelmente duradouro: de se ter perdido — de forma irreversível — a continuidade com as matrizes de legitimação tradicional de índole teocrática ou jusnaturalista, onde a legitimidade material podia ser referenciada a uma ordem axiológica reificada, preexistente, oferecida à revelação e à contemplação.<sup>43</sup>

Isto vale, de forma particular, para o pensamento retributivo. É hoje geralmente reconhecido, na verdade, que a pena só pode ter por fundamento não a retribuição do mal do crime ou a sua

expição pelo agente, mas considerações de pura *prevenção*.<sup>44</sup> Aceitar a concepção de uma pena retributiva significaria sempre sacrificar a argumentos de *schlechte Metaphysik* e esquecer que a existência e a aplicação da pena vão em último termo buscar a sua razão de ser a motivos de *utilidade social*. Mais do que isso: assinalar à pena uma qualquer função retributiva significaria desligá-la por completo da função do direito penal como ordem de protecção de bens jurídicos.<sup>45</sup> Pode ainda, neste contexto, continuar a defender-se a exigência de culpa como *conditio sine qua non* da aplicação da pena e *limite* inultrapassável da sua medida: aquela será então *pressuposto* da pena, radizando a sua indispensabilidade em razões de limitação do poder punitivo do Estado, ligadas à necessidade de garantia dos direitos e liberdades do cidadão e impostas pela vertente liberal e democrática do Estado de Direito. A função da culpa não mais residirá todavia em fundamentar a aplicação da pena, mas unicamente em evitar — até por razões ligadas à desejável eficácia da prevenção — que uma tal aplicação possa ter lugar onde não exista culpa ou numa medida superior à suposta por esta<sup>46</sup>.

Aceite este ponto de vista fica só para discutir se a primazia na fundamentação da pena deve ser conferida à ideia da prevenção geral ou antes à da prevenção especial. Mas curiosamente, quando esta questão se discute mais a fundo é precisamente quando o próprio pensamento preventivo, em qualquer das suas vertentes, parece entrar em grave crise.

A ideia da prevenção geral com o seu conteúdo tradicional — como *prevenção geral de intimidação*, na esteira do sentido que se lhe atribuiu desde Feuerbach — não consegue ultrapassar as reservas que desde há muito lhe são feitas. Nomeadamente a de que, se se

reputa em todos os casos legitimado o *quantum* de pena necessário a afastar do crime a generalidade dos cidadãos, se corre o risco de a qualquer momento a pena poder descambar em instrumento de terror e a pessoa que a sofre em objecto de medidas heterônomas que violam a sua dignidade. E são, com isto, os próprios fundamentos do Estado de Direito democrático que se vêem postos em causa.<sup>47</sup> Ao que acresce, noutra perspectiva, algo de muito importante: as investigações empíricas que vêm sendo dedicadas à valoração estatística do efeito de prevenção geral de intimidação não deixam de suscitar a maior perplexidade. Segundo tais investigações, e no essencial, a severidade da pena não teria qualquer efeito sensível de intimidação, enquanto o inverso sucederia com a certeza da sua aplicação e os efeitos da prontidão desta aplicação continuariam pura e simplesmente a ser ignorados.<sup>48</sup>

Quanto à prevenção especial, não tem faltado quem queira ver nela o mais autêntico e significativo fundamento da pena; sobretudo quando aquela se concebe sob a sua forma mais relevante de prevenção especial de socialização e se passam para segundo plano as formas subordinadas da inculcação, da segurança e da advertência individual. O que estaria justificado por uma dupla consideração: a de que um direito penal socializador preenche já, no essencial, a função de prevenção geral — na medida em que, mesmo quando as sanções são pensadas primariamente em função da socialização e não da intimidação, as normas penais continuam a servir de padrão de representações da generalidade sobre o lícito e o ilícito;<sup>49</sup> e a de que o ingresso do delinquente numa vida conforme ao direito constitui afinal o indicador mais seguro do êxito da missão de um direito penal humano, social e protectivo.<sup>50</sup> Só que — é por demais sabido e não

precisa de ser aqui mais longamente explicitado —, também o pensamento da socialização do delinquente como fundamento primário da pena se encontra hoje, um pouco por toda a parte, na defensiva e se chega a falar, de várias perspectivas, da “queda do mito da ressocialização”. E isto não tanto ou não só pelos medíocres resultados que parecem ter sido até agora em geral obtidos na luta contra a reincidência, mas pela consideração básica de que é incompatível com os fundamentos do Estado de Direito qualquer intervenção *coactiva* no sentido da emenda, da reforma ou da mera socialização do delinquente.

De que forma podem e devem ser ultrapassadas as dificuldades que assim se suscitam neste campo é coisa que já em vários lugares tive ocasião de expor e me abstenho, por isso, de repetir aqui em pormenor.<sup>51</sup> Basto-me com começar por reacentuar que, à luz de uma concepção do direito penal como ordem de *protecção de bens jurídicos* — ligada, por sua vez, a uma ordem de legitimação da intervenção penal fundada na *necessidade* de preservação das condições indispensáveis de livre realização de cada pessoa na comunidade —, a esta luz, as finalidades da pena só podem ser de natureza exclusivamente *preventiva* e não retributiva; e entre aquelas o predomínio absoluto não pode deixar de ser concedido à finalidade de manutenção, apesar da violação da norma ocorrida, da confiança comunitária na prevalência do direito face ao ilícito; ou dito de outra forma: à ideia da estabilização contrafactica das expectativas comunitárias na manutenção da validade da norma violada.<sup>52</sup> Nisto consiste essencialmente a ideia, hoje fundamental e irrenunciável, da *prevenção geral positiva* (ou de *integração*, no preciso sentido do restabelecimento, através da punição, da paz jurídica comunitária)<sup>53</sup> como finalidade básica da aplicação da pena.<sup>54</sup>

Problema é só saber se esta idéia, uma vez ligada àquela outra segundo a qual a retribuição não constitui finalidade da pena, se torna ainda passível da objecção, sempre repetida, de que coloca irremediavelmente a pessoa do delinquente ao serviço de fins heterônomos, leva a considerá-la, no sentido kantiano, como mero "objecto" e, por conseguinte, viola a sua eminente dignidade. Uma tal objecção é de repudiar. É que, como variamente tenho acentuado,<sup>55</sup> se a retribuição não pode constituir finalidade da pena, isso em nada contraria a idéia de que toda a pena — primariamente fundada embora em considerações de prevenção geral positiva — é simultânea e institucionalmente,<sup>56</sup> num sentido muito determinado, *pena da culpa*: esta, não constituindo uma finalidade da aplicação da pena, constitui todavia um *limite* inultrapassável da sua medida, de tal modo que toda a pena preventiva é do mesmo passo suportada pela culpa; e por esta via, atendendo à unidade dialéctica ou institucional que a pena constitui, perde sentido a objecção apontada. Como igualmente resulta daqui que a culpa de que se trata — e é justamente uma das categorias constitutivas do conceito de crime — não pode deixar de fundar-se num *juízo autônomo de censura ético-jurídica*,<sup>57</sup> para passar a modelar-se exclusivamente a partir de considerações de prevenção geral (ainda que positiva),<sup>58</sup> quando não mesmo para ser substituída pelo conceito de "proporcionalidade".<sup>59</sup> Pois só daquele modo a culpa se constitui na mais válida e eficaz limitação possível ao poder punitivo do Estado.

Tomando como base a idéia da prevenção geral positiva como fundamento de aplicação da pena, a institucionalidade desta reflecte-se ainda na capacidade para abranger, sem contradição, o essencial do pensamento da prevenção especial, máxime da prevenção es-

pecial de socialização. Esta, já ficou dito, não mais pode hoje conceber-se como socialização "forçada", mas tem de surgir como dever estadual de proporcionar ao delinquente as melhores condições possíveis para alcançar voluntariamente a sua própria socialização (ou a sua própria *metanoia*); o que de resto supõe que seja feito o possível para que a pena seja "aceite" pelo seu destinatário — o que, por seu turno, só será viável se a pena for uma pena suportada pela culpa pessoal e, nesta acepção, uma pena "justa". Urge ponderar, por outro lado, que a pena orientada pela prevenção geral positiva, se tem como máximo possível o limite determinado pela culpa, tem como mínimo possível o limite comunitariamente indispensável de tutela da ordem jurídica. É dentro destes limites que podem e devem actuar pontos de vista de prevenção especial — nomeadamente de prevenção especial de socialização —, os quais, deste modo, acabarão por fornecer, em último termo, a medida da pena.<sup>60</sup>

Assim não apenas se fecha, em uma unidade, a questão das finalidades da pena e do seu relacionamento com a culpa, como do mesmo passo se constrói — uma das tarefas mais difíceis e mais sensíveis de toda a dogmática e de todo o sistema penal! — o modelo de determinação concreta ou de medida da pena. É ainda em último termo uma certa concepção sobre a ordem de legitimação e a função da intervenção penal que torna tudo isto possível: parte-se da função de tutela de bens jurídicos; atinge-se uma pena cuja aplicação é feita em nome da estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada; limita-se em seguida esta função pela culpa pessoal do agente; para se procurar atingir a socialização do delinquente como forma por excelência de realizar eficazmente a proteção dos bens jurídicos. Assim, creio,

se alcança um critério frutuoso — e, em certos pontos de crise, verdadeiramente decisivo — na penetração teleológica, funcional e racional de muitos dos problemas da doutrina do crime.<sup>61</sup>

IV — Uma discussão actual da doutrina do crime não pode ainda furtar-se por inteiro aos ecos da controvérsia, tão acesa nas últimas décadas e até há bem pouco, à roda do conceito de acção; mas não é lícito duvidar de que a querela perdeu já muito da sua virulência.

1. Nos últimos anos, com efeito, só muito raramente têm surgido tratamentos da doutrina do crime que arranquem de um conceito “puro” de acção imediatamente relevante da perspectiva jurídico-penal; quero eu dizer com isto, que arranquem de um conceito de acção puramente naturalista, normativista, finalista ou social.<sup>62</sup> Pelo contrário, poderá dizer-se que os conceitos de acção recentemente avançados são na sua generalidade, e em um determinado sentido, “intermédios”. Mas nem por isso deixam de verificar-se entre eles marcadas diferenças, a ponto de ser ainda, quase sempre, da posição assumida perante um tal conceito que resulta a fisionomia do sistema do crime a que se chega. A razão está em que continua simultaneamente a subscrever-se a ideia tradicional do conceito de acção como base autónoma e unitária de construção do sistema, capaz de suportar as “posteriores” predicacões da tipicidade, da antijuridicidade, da culpa e da punibilidade, sem todavia as pré-determinar. Continua (na sistematização de inexcédível clareza que Jescheck conferiu à questão)<sup>63</sup> a exigir-se do conceito de acção que ele cumpra simultaneamente as funções de *classificação*, de *definição e ligação* e de *delimitação*.

As aludidas doutrinas “intermédias” que actualmente se sufragam em maté-

ria de conceito de acção reconduzem-se, em todo o caso, a duas orientações fundamentais. Uma delas, argumentando que as coordenadas básicas do comportamento humano são insusceptíveis de ser apreendidas unitariamente no domínio ontológico (*rectius*, no domínio ôntico), recusa uma doutrina do crime por inteiro derivada da categoria da “finalidade” e acaba por subscrever um *conceito social de acção* como comportamento humano socialmente relevante.<sup>64</sup> A outra orientação mantém-se fiel à ideia — pedra-angular da doutrina “ortodoxa” da acção final — de que o comportamento humano é, sem excepções, finalisticamente conformado, de sorte que a acção se traduz sempre numa “supradeterminação final de processos causais”.<sup>65</sup>

Continuo a pensar<sup>66</sup> que não é indispensável para a construção do sistema tomar, em termos alternativos, posição definitiva nesta controvérsia, antes importa em alguma medida superá-la. Tanto o “finalismo” como o “objectivismo social”, desde que em um certo sentido “*normativizados*”,<sup>67</sup> constituem aceitáveis concepções sobre a essência do actuar humano e têm uma palavra de relevo a dizer na doutrina do crime. Ponto é apenas que o primeiro alivie a categoria da finalidade de tarefas que ela não pode cumprir e escape, em último termo, à conclusão de que aquela há-de constituir o único fundamento de toda a relevância jurídico-penal; e que o segundo, não ignorando a dimensão final de muitos comportamentos, evite o reducionismo sociológico, dando o relevo devido à carga ético-pessoal que ao comportamento advém do seu centro ético de autoria ou de imputação.<sup>68</sup> Deste modo pode esperar-se de qualquer destas orientações um contributo decisivo para a obtenção de uma síntese de factores ônticos e teleológicos, uma correspondência de ser e dever-ser que permita novas e frutuosas aqui-

sições hermenêuticas na doutrina do crime.

2. O problema, do ponto de vista do sistema jurídico-penal, é porém outro. É o de saber se, de uma qualquer destas maneiras, se logra a obtenção de um conceito que sirva simultaneamente a pluralidade de funções que ele deve cumprir como suporte de todo o sistema do crime. E, no caso em que se suscitem fundadas dúvidas sobre uma tal possibilidade, se não importa ainda acentuar mais fortemente o *thelos* político-criminal das nossas categorias dogmáticas fundamentais, mesmo que assim se vá até ao ponto de furtar autonomia ao conceito de acção.

As exigências que deste ponto de vista metódico se fazem ao conceito de acção continuam a parecer-me, em definitivo, contraditórias, no sentido de que mutuamente se excluem. Se o conceito há-de assumir o que Jescheck chama “função de classificação” — de modo a abranger todas as espécies do actuar humano que possam, em geral, relevar para o direito penal —, parece certo que a sua conformação haverá de ser imputada a um *sistema pré-jurídico*, seja ele o sistema ontico-final ou antes o normativo-social. Mas pode então o conceito exercer simultaneamente a “função de definição e de ligação”, arrogando-se o conteúdo material necessário para que as determinações posteriores da tipicidade, da antijuridicidade, da culpa e da punibilidade possam ser conexcionadas com o conceito de acção, sem que todavia este em medida alguma as anticipe e pré-determine? Eis do que não consigo convencer-me.

a) Quanto ao conceito final de acção, a sua insuficiência neste preciso contexto patenteou-se claramente no preciso momento em que Welzel levou a cabo a mais séria tentativa de lhe oferecer um estatuto definitivo, através do esclarecimento das relações entre fina-

lidade e dolo.<sup>69</sup> Pois ou bem que se mantém a equiparação entre finalidade e dolo, mas se perde para sempre a “função de ligação” do conceito de acção, na medida em que se opera a sua pré-tipicidade (*Vortatbestandlichkeit*) — por isso que o dolo só pode referir-se ao tipo e este é normativamente conformado, contém em si os elementos que dão à supradeterminação final um *sentido* que a torna “esclarecida” e “socialmente relevante”. Ou bem que se cinde a finalidade do dolo, bastando então, para que de acção final possa falar-se, que o agente “tenha querido alguma coisa”, mas sem que releve para as posteriores valorações jurídico-penais o conteúdo da vontade. Poderá então falar-se porventura de finalidade “potencial” como “capacidade de dirigir e dominar, dentro de certos limites, os processos causais”,<sup>70</sup> de finalidade “inconsciente”,<sup>71</sup> de finalidade como “evitabilidade”<sup>72</sup> ou de finalidade dirigida às circunstâncias fundamentais do risco não permitido.<sup>73</sup> Mas o conceito terá perdido de todo o modo — e como mesmo do campo finalista amplamente se reconhece<sup>74</sup> — a capacidade para desempenhar as suas funções de definição e de classificação. O conceito de acção final não pode deixar de conduzir à distinção de várias formas básicas de aparecimento do crime; e se não há dúvida de que ele poderá abranger os crimes positivos dolosos (para os quais de resto, queira-se ou não, foi pensado), já terá de deixar de fora os crimes de omissão (perda da função de definição)<sup>75</sup> e não possui conteúdo material bastante para que uma parte do tipo dos crimes negligentes — máxime, no que toca ao evento — possa ser conexcionado com ele.<sup>76</sup>

b) O que assim se passa com o conceito final de acção verifica-se igualmente, em parte, com o conceito social de acção. Decerto que também a omissão, antes mesmo da sua predi-

acção jurídica, pode já de si possuir *relevo social*: o social pode constituir em si mesmo um sistema normativo extrajurídico. Mas assim como ao conceito final de acção se opõe, com razão, que deixa fora da acção negligente um dos mais relevantes elementos das posteriores determinações da tipicidade e da antijuridicidade (o evento), também o conceito social de acção que reivindique, como deve, autonomia pré-jurídica deixará fora da omissão o elemento que verdadeiramente “constitui” o ilícito típico do crime omissivo: a acção positiva omitida e juridicamente imposta, devida ou esperada. A questão reside em que o critério decisivo do ilícito (e que, segundo a função de definição, deveria ter logo guarida no conteúdo material do conceito de acção) é *juridicamente* fundado e, só por isso, também *socialmente* relevante. Ou, vistas as coisas de outro ponto de vista: a acção “esperada” só o é através de uma imposição jurídica de acção que nasce do tipo, pelo que o conceito social de acção que quisesse englobar a omissão perderia necessariamente a sua função de ligação, na medida em que também aqui se daria a sua pre-tipicidade.<sup>77</sup>

A esta dificuldade do conceito social de acção acresce porém outra, porventura ainda de maior alcance. Se, para ser conforme com a sua função de ligação, a acção social nada deve antecipar do tipo e dos seus critérios de imputação, então ao nível da acção geral ou *qua tale* só poderá ser decisiva como critério (indispensável!)<sup>78</sup> de imputação, a teoria da causalidade naturalística, é dizer, a doutrina das condições equivalentes.<sup>79</sup> Mas não deverá recusar-se, como de todo estranha à realidade da vida e portanto imprestável, uma doutrina que vê uma acção social — e, na verdade, uma acção (mesmo que só social e ainda não ne-

cessariamente jurídica) de homicídio — no acto de geração de uma criança que mais tarde vem a matar outra pessoa? Dir-se-á que também ao nível da acção geral se devem fazer logo intervir critérios mais apertados de imputação, ao estilo, *v.g.*, da causalidade adequada, das condições relevantes, da inevitabilidade, da potenciação do risco, ou de qualquer outro análogo. Estes critérios porém — eles sim<sup>80</sup> — só podem provir do âmbito e do fim de protecção que a si mesma assinala a norma incriminadora e, assim, da ordenação jurídico-penal dos tipos; não de uma qualquer ordenação extra-jurídica, mesmo a social. De sorte que, desta maneira, de novo teria o conceito social de acção perdido a sua neutralidade e o seu carácter prévio e autónomo perante a doutrina da tipicidade.

3. Em data recente vem Roxin<sup>81</sup> ensaiar uma tentativa nova de erecção de um conceito geral de acção capaz de realizar a totalidade das funções sistémicas que dele se esperam. Um tal *conceito — pessoal — de acção* residiria em ver esta como “expressão da personalidade”, em abarcar nela “tudo aquilo que pode ser imputado a um homem como centro de acção anímico-espiritual”.<sup>82</sup> Se bem que existam nesta concepção muitos e relevantes pontos a merecerem inteiro aplauso — e que representam, na verdade, a criação de um instrumento hermenêutico fecundo para a resolução de alguns problemas da doutrina do crime —, nomeadamente o cunho *normativo* (não normativista!, previne o próprio Roxin<sup>83</sup>) que assim se lhe atribui, bem como o cariz pessoal de que se reveste, a pô-lo de acordo com uma doutrina pessoal do ilícito que deve sufragar-se; se bem que assim seja, não parece que um tal conceito, quando erigido em base geral e unitária de construção do sistema, logre libertar-se de algumas das aporias

que ao conceito social de acção foram apontadas. E isto essencialmente porque<sup>84</sup> o comportamento só pode muitas vezes — sobretudo, uma vez mais, no campo da omissão — constituir-se como “expressão da personalidade” na base de uma sua prévia valoração como juridicamente relevante, antecipando-se nesta medida, também aqui, a sua tipicidade e perdendo-se, nesta precisa medida, a sua função de ligação. Ao que acresce que a caracterização da acção como expressão da personalidade, por mais correta que em si mesma possa considerar-se, não remete para qualquer sistema pré-jurídico e não tem por isso aptidão para se constituir em *genus proximus* de todo o subsistema jurídico do crime. A menos, é claro, que se diga que uma tal caracterização actua pura e simplesmente dentro do sistema social da acção; caso em que, porém, se torna ainda mais claro que as críticas de que a concepção pessoal da acção é passível são precisamente aquelas mesmas que podem validamente dirigir-se ao conceito social de acção.

4. É em vista do complexo de considerações que ficam pouco mais que sugeridas que continuo a reputar preferível que a doutrina do crime renuncie, neste ponto, a encontrar a sua *ultima Thule* nos resultados da abstracção generalizadora e classificatória que vai implicada na erecção de um conceito geral de acção: tenho cada vez mais por seguro não ser esse o terreno de que deve nutrir-se a nossa disciplina. É um preconceito — e, na verdade, um preconceito de raiz idealista — pensar que os fenômenos deste mundo hão-de por força reconduzir-se a conceitos de maior abstracção e, em definitivo, formar uma “ordem” pré-estabelecida que só importaria “conhecer”. Deixemos em paz — se é lícito exprimir-me assim — a acção em geral, com as suas típicas funções de classificação, de defi-

nição e de ligação; e ocupemo-nos das acções e das omissões, das acções e omissões dolosas como das negligentes, tal como nos são dadas nos tipos-de-ilícito. Com o que acabará por verificar-se que nem se terá perdido necessariamente, afinal, a “função de delimitação” que ao conceito de acção vem tradicionalmente atribuído.

Vale isto por dizer, de forma conclusiva, que a doutrina da acção deve, na construção do conceito de crime, ceder a primazia<sup>85</sup> à doutrina da “ação típica” ou da “realização do tipo”, passando a caber ao conceito de acção apenas “a função de integrar, no âmbito da teoria do tipo, o meio adequado de prospecção da espécie de atuação”,<sup>86</sup> ou, dito dentro das expressões de Jescheck que venho utilizando, passando a caber-lhe apenas a função de delimitação. Até porque — e é esta, do meu ponto de vista, uma consideração fundamental — só assim se está a corresponder à *teleologia própria do conceito de acção dentro de um sistema funcional e racional*. Quando se pergunta qual o *thelos* ou a função que este conceito serve dentro do sistema, a resposta só pode ser a de que com ele se pretende excluir tudo aquilo que desde o início não pode releva para as posteriores valorações jurídico-penais, nomeadamente para as categorias do proibido e do permitido. Mas justamente por esta razão, a determinação conceitual da ação encontra-se *a priori prejudicada* pela função e pela categoria do tipo, pois que é esta — como quer que em último termo se preencha — que se apresenta decisiva para traçar a fronteira entre o proibido e o permitido.

Mas — é a última questão —, deverá esta função de delimitação ser desempenhada por um conceito *geral* de acção (um conceito, isto é, que cumpra ainda a clássica função de classificação) ou antes por vários conceitos tipi-

camente conformados? É inarredável a sensação de que não é o conceito geral de acção a que se chegue que vai cumprir depois uma função de delimitação mas, pelo contrário, são os resultados de delimitação que se consideram corretos que depois vão ser imputados ao conceito, ao seu conteúdo e aos seus limites. Isto vale mesmo para um conceito de acção como “expressão da personalidade”, tal como disse ser em data recente defendido por Roxin. Desde logo, “expressão da personalidade” tanto podem a *priori* considerar-se as acções provenientes de pessoas individuais como de pessoas colectivas, ficando sempre por compreender a razão por que — ressalvada, naturalmente, a razão de o direito alemão, diversamente do português,<sup>87</sup> assentar no princípio da responsabilidade penal individual! — aquele conceito não abrangeria estas últimas.<sup>88</sup> Por outro lado, se expressão da personalidade são só as atuações que podem reconduzir-se a um centro ético de imputação, então não se percebe porque é que são acções os comportamentos de pessoas sofrendo de anormalias psíquicas as mais graves (v.g., paralisia cerebral!), mas já não os actos reflexos ou os atos inconscientes. A asserção de Roxin segundo a qual “quem cai inconsciente e parte assim um vaso não agiu”<sup>89</sup> deve frontalmente contestar-se: pode perfeitamente conceber-se que o agente devesse ter tomado um remédio para evitar o ataque, sabendo que se o não fizesse poderia praticar um certo facto ilícito típico; neste caso a pessoa “agiu” e pode mesmo, em certas condições, ser juridicopenalmente responsabilizada e punida.

Tudo parece assim confirmar a idéia de serem justificadas as objecções que cada vez mais se levantam contra o conceito geral de acção e contra a sua hipervalorização no sistema. Um tal conceito não é — não pode ser —, como durante muito tempo se pensou,

algo de previamente dado ao tipo, mas apenas um elemento, a par de outros, integrante do cerne dos tipos-de-ilícito. A partir daqui torna-se inevitável<sup>90</sup> assinalar ao conceito o desempenho de um papel secundário no sistema teleológico, essencialmente correspondente à função de delimitação ou função “negativa” de excluir da tipicidade comportamentos *ab initio* jurídico-penalmente irrelevantes —, enquanto a primazia há-de ser conferida, sem reboços, ao conceito de *realização típica do ilícito* e à função por ele desempenhada na construção teleológica do crime.<sup>91</sup>

V — 1. A conclusão acabada de obter em nada faz perder relevo ao debate, que continua em aberto, entre uma construção bipartida e uma construção tripartida da doutrina do crime.<sup>92</sup> Não quero, com isto, conferir actualidade a teses como as que são ainda correntes na doutrina francesa e que, sob influência claramente cartesiana, pretendem espalhar a construção do crime entre um *élément matériel* e um *élément moral*;<sup>93</sup> ou mesmo em parte da doutrina italiana que, na esteira de Carrara,<sup>94</sup> continua a individualizar no crime apenas o elemento *materiale* e *oggettivo* e o elemento *psicologico* e *soggettivo* (ou a *iniuria* e a *culpa*).<sup>95</sup> Pois num caso como no outro — e ainda quando acabe por defender-se um sistema “tripartido”, v.g., porque a doutrina francesa acrescenta aos elementos referidos o *élément légal*,<sup>96</sup> ou a italiana, seguindo a lição de Delitala, adicione aos momentos mencionados o da base real do *fatto umano*<sup>97</sup> — está a desvalorizar-se em medida inadmissível a categoria do tipo (*Tatbestand*) que a partir das investigações de Belling, e como quer que em rigor deva conceber-se, não mais pode ser afastado das discussões sobre a construção do conceito de crime e desempenha nesta um papel insubstituível.<sup>98</sup>

Quando menciono o debate entre uma construção bipartida e uma construção tripartida do crime quero sim referir-me ao que, dando em qualquer dos casos relevo à figura do tipo, visa decidir se a tipicidade alcança o lugar de especial e autônomo degrau valorativo na construção do crime ou se ela se refere a um tipo que é só precipitado, concretização ou mostração de um ilícito pré-existente. No primeiro caso o resultado do debate apontará para uma construção tripartida — com os elementos da tipicidade, da antijuridicidade (ou do ilícito<sup>99</sup>) e da culpa —, no segundo para uma construção bipartida — com os elementos do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa ou, se preferirmos, do ilícito-típico e da culpa.

A querela confundiu-se as mais das vezes, no pensamento jurídico-penal alemão das décadas de 60 e 70 e até aos nossos dias, com a questão de saber se o *Tatbestand* haverá de configurar-se como tipo-indiciado (*Indiztatbestand*), contendo apenas a descrição do comportamento (da matéria) proibido(a) ou os elementos individualizadores da respectiva espécie de crime,<sup>100</sup> ou antes como tipo-de-ilícito (*Unrechtstatbestand*) ou tipo-total (*Gesamttatbestand*) que, de acordo com os conhecidos termos da doutrina dos elementos negativos do tipo, conteria a totalidade dos elementos relevantes para o concreto juízo de antijuridicidade.<sup>101</sup> Com esta identificação dos dois problemas dá-se porém, de forma inadmissível, uma desvalorização do primeiro e uma hipervalorização do segundo. Na verdade, a questão dos elementos negativos do tipo constitui, dentro de uma perspectiva teleológico-funcional, um problema sem significado, que só poderia releva para o tratamento da errônea aceitação pelo agente dos pressupostos de uma causa de justificação.<sup>102</sup> Nem isso, porém, pois que do que nesta questão realmente se trata é de um pro-

blema de culpa material e de modo algum de extensão formal do tipo.<sup>103</sup> Diferentemente, a questão da construção bipartida ou tripartida do conceito de crime, nos termos acima expostos, é decisiva para o sistema teleológico.

O que impressiona mais desfavoravelmente na aludida dogmática alemã é que, na divergência apontada sobre a conceitualização do *Tatbestand* — como acertadamente nota Stratenwerth, mas sem qualquer entono crítico!<sup>104</sup> —, “não se trata substancialmente de uma verdadeira alternativa”. Para uma como para outra concepção, como já de há muito venho acentuando,<sup>105</sup> o tipo é o substantivo, a causa, o *prius*, a antijuridicidade (e com ela o próprio ilícito) apenas a predicação, a consequência, o efeito, o *posterius*. Um tal entendimento das coisas falha, a meu ver, o essencial.

O essencial reside, se bem vejo, em determinar se a prioridade teleológica, funcional e racional na construção do sistema há-de pertencer ao tipo ou antes ao ilícito. Postas assim as coisas, a larguíssima maioria da doutrina alemã vota no primeiro sentido: o tipo continua a ser “o primeiro degrau valorativo da doutrina do crime”.<sup>106</sup> O que, sublinha agora Roxin, se justifica à luz de um sistema teleológico-funcional e racional. Pois que a tipicidade se distinguiria da ilicitude precisamente porque aquela traduz “a acção avaliada sob o ponto de vista da necessidade abstracta da pena” (i. é, “independentemente da pessoa do agente e da situação concreta da acção”) e assenta assim na finalidade político-criminal, de natureza geral-preventiva, de motivar a omissão das acções proibidas (ou a realização das acções impostas);<sup>107</sup> enquanto no ilícito se trata da consideração da acção típica concreta, com a inclusão nela de todos os seus elementos reais caracterizadores, baseada, entre outras, na fina-

lidade político-criminal de solucionar conflitos de interesse jurídico-penalmente relevantes.<sup>108</sup>

Não me parece porém que as coisas devam ser vistas assim. Uma determinação teleológico-funcional do *Tatbestand* como a que fica exposta continua a incidir em inconveniente confusão entre aquilo que pode chamar-se, na esteira da terminologia de Engisch, o *Unrechtstatbestand* e o *Garantietatbestand*,<sup>109</sup> ou, dito de outra forma talvez mais clara, entre o “tipo” que é elemento constitutivo do crime e o “tipo” que é só uma precipitação do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. A aludida função de dar a entender, mesmo em abstracto, onde passa a fronteira entre o permitido e o proibido é cumprida justamente pelo princípio da legalidade e não precisaria de ser repetida ao nível de um dos elementos constitutivos do conceito de crime;<sup>110</sup> o que se comprova amplamente pela circunstância de a função que assim é atribuída aos elementos típicos dever ser repetida, sob pena de violação da legalidade, relativamente aos elementos da culpa e mesmo às condições de punibilidade. Fosse esta a verdadeira função do tipo no sistema e toda a categoria da tipicidade poderia (deveria) ser banida sem resto da construção da doutrina do crime, para ser tratada em sede de aplicação da lei penal e da exigência correspondente de legalidade!

É outra a forma por que vejo as coisas. A função do direito penal — de protecção de bens jurídicos — e a justificação da intervenção penal — a estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada — juntam-se na determinação funcional da categoria do ilícito: a esta categoria, *assim materialmente estruturada*, pertence por isso prioridade teleológica e funcional sobre a categoria do tipo, a ela advém o *primado na construção teleológico-funcional do crime*.<sup>111</sup> Com a

categoria do ilícito quer-se traduzir o específico sentido de desvalor jurídico-penal que atinge um *concreto* comportamento humano numa concreta situação, atentas portanto todas as condições *reais* de que ele se reveste ou em que tem lugar. E só a partir daqui ganha o tipo o seu verdadeiro significado: nesta acepção, na verdade, “sem ilícito não há tipo”;<sup>112</sup> ou, de outro modo, todo o tipo é tipo-de-ilícito. O tipo surge assim — como em certo momento a doutrina dominante pareceu claramente dar-se conta, antes que a questão se complicasse (e obscurecesse) com a querela à volta dos “elementos negativos do tipo” — como “tipicização”, “sedimentação concreta” ou “irradiação” de um ilícito, é um ilícito “cunhado tipicamente”,<sup>113</sup> é o “interposto da valoração jurídico-criminal”, o “portador da valoração” de um comportamento como ilícito.<sup>114-115</sup> Critérios hoje decisivos de delimitação da extensão e do sentido do tipo como os da imputação objectiva, da área de tutela, do fim de protecção da norma, do acordo, etc., são claramente critérios obtidos a partir da essência mesma do *ilícito jurídico-penal* e da sua função no sistema.

A mencionada concretização, revelação ou mostração serve-se em todo o caso, para se realizar, de dois instrumentos diferentes ou mesmo de sinal contrário, mas em todo o caso *funcionalmente complementares*. Um deles é o que chamo *tipos-incriminadores*, isto é, o conjunto de circunstâncias fácticas que directamente se ligam à fundamentação do ilícito<sup>116</sup> e onde, por isso, assume primeiro e indisputável papel a configuração do *bem jurídico protegido* e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode ser considerado ilícito. O outro são os *tipos-justificadores* (ou causas de justificação) que, servindo igualmente a concretização do conteúdo ilícito da conduta, assumem o carác-

ter de limitação (“negativa”) dos tipos-incriminadores. Também os tipos-justificadores constituem, no seu *modus particular*, formas delimitadoras do conteúdo de ilícito (e, na verdade, formas que possuem os seus elementos constitutivos, os seus pressupostos, mesmo uma certa descrição fáctica e são assim elas próprias, em suma, susceptíveis de tipificação)<sup>117</sup> e podem por isso ser vistos como verdadeiros (*contra*) tipos, funcionalmente complementares dos tipos-incriminadores. Estruturalmente porém apresentam-se como entidades diversas, na precisa medida em que só os tipos-incriminadores são *portadores do bem jurídico protegido*, por isso mesmo delimitando o ilícito por forma concreta e positiva, enquanto os tipos-justificadores são em princípio estranhos à ordem legal dos bens jurídicos e delimitam assim o ilícito por forma geral e negativa.<sup>118</sup> Uma tal diversidade estrutural não é afectada pela consideração — correcta! — de que tipos-incriminadores e justificadores não podem distinguir-se como se naqueles se tratasse só de descrever a lesão de um bem jurídico e nestes apenas de apontar as hipóteses em que uma tal lesão é ainda lícita. É verdade que tanto uns como outros se destinam a circunscrever o condicionalismo sob o qual a lesão de um bem jurídico é ilícita; mas enquanto a esta função se liga, nos tipos-incriminadores, a de descrever o bem jurídico de que se trata, é ela por inteiro estranha aos tipos-justificadores.

A conclusão a retirar do que fica dito é a de que não há lugar, num sistema funcional-teleológico da doutrina do crime, a uma construção que separe, em categorias autónomas, a tipicidade e o ilícito. Categoria sistemática, com autonomia conferida por uma teleologia e uma função específicas, é só a *categoria do ilícito-típico ou do tipo-de-ilícito*;<sup>119</sup> tipos-incriminadores e ti-

pos-justificadores são apenas instrumentos conceituais que servem, *hoc sensu* sem autonomia e de forma dependente, a realização da intencionalidade e da teleologia próprias daquela categoria constitutiva. A partir daqui uma construção “bipartida” da doutrina do crime continua a parecer-me por inteiro merecedora de concordância.<sup>120</sup>

2. Não incorrerei no erro — absolutamente contrário aos pressupostos metodológicos que sob II esbocei — de sustentar que o princípio sistemático posto em matéria de relações entre o ilícito e o tipo serve para, por extensa cadeia lógico-dedutiva, obter conclusões decisivas relativamente ao tratamento de casos prático-normativos. Mas talvez se possa acreditar na sua aptidão para, no horizonte político-criminal que supõe, dar nova luz a muitas e fundamentais questões que a actual doutrina suscita — para além da já referida das relações entre tipo-incriminador e tipo-justificador — em sede de tipo-de-ilícito. É o caso, se bem julgo, da matéria doutrinariamente discutida sob as epígrafes dos tipos abertos, das características especiais do dever jurídico e da adequação social.<sup>121</sup>

Seja qual for a forma exacta que estes instrumentos conceituais devam assumir — e mesmo a aceitação que em definitivo devam merecer, seja à luz da sua intrínseca correcção,<sup>122</sup> seja à luz de um critério de imprescindibilidade<sup>123</sup> —, o seu denominador comum parece residir em que eles se dirigem *ao tipo como um todo*, não a singulares elementos típicos.<sup>124</sup> Com o que fica próxima a ideia segundo a qual tais instrumentos actuam não ao nível da tipicidade, mas ao da antijuridicidade como tal; o que, na orientação sistemática “tripartida”, aqui combatida, conduziria a dissociar estas questões dos tipos-indiciadores e a formar com elas, ao menos na medida possível, verda-

deiras causas de justificação. Tal não é, de modo algum, correcto ou sequer possível. Como Roxin justamente acentua, “a remissão da adequação social para a antijuridicidade só seria possível da perspectiva de um tipo axiologicamente neutral, o que destruiria a especial função deste”.

Mas se, por outro lado, não é possível ver estes instrumentos como atinentes a singulares elementos típicos, é isso sinal de que a solução da problemática só se encontra quando se toma verdadeira consciência de que estamos aqui perante entidades *consequenciais à determinação de critérios do ilícito*, que a partir dele hão-de ser estabelecidos. Assim, no que toca à adequação social, a idéia básica é a de que não pode constituir um ilícito jurídico-penal uma conduta que *ab initio* e em geral se revela como socialmente aceite e reconhecida; enquanto, no que respeita aos tipos abertos e às características especiais do dever jurídico, a asserção fundamental reside em que casos há em que, não se tornando infelizmente possível exprimir de forma esgotante os elementos fundadores do ilícito, este é apreendido imediatamente *como um todo*, através de uma “avaliação conjunta” do acontecimento. Nada seria menos exato do que, em casos tais, defender (em virtude de estarem em causa — e só — critérios do ilícito) que em nada se revelaria afectada a tipicidade dos comportamentos respectivos. Pelo contrário, não tem sentido, em todas estas hipóteses, discutir a tipicidade de tais comportamentos, justamente porque não constituem logo um ilícito os comportamentos socialmente adequados, aqueles em que falta uma característica do dever jurídico ou em que a abertura típica se não encontra preenchida.

3. Num plano distinto do considerado até aqui, mas em todo o caso ligado

ainda aos problemas da construção do tipo-de-ilícito, situa-se a questão da localização sistemática do *dolo* e da *negligência* no tipo-de-ilícito ou antes na culpa. Questão que, é sabido, constituiu o pomo de discórdia por excelência entre adeptos e adversários da doutrina da ação final e que levou uma vez Engisch a testemunhar assim o seu espanto perante tal facto: “Mal se acredita, mas a verdade é que este problema sistemático está hoje no centro da investigação criminalista”!.

Uma coisa pode dar-se por segura: a eventual “pertinência” do *dolo* e da *negligência* ao tipo-de-ilícito não pode resultar da posição que se sufrague quanto à doutrina da ação, nomeadamente — como durante muito tempo se pensou — de se aceitar ou recusar o conceito final de acção.<sup>125</sup> Isto deriva já do que disse supra, sob II,1: decisiva não poderá ser a relação do *dolo* e da *negligência* com categorias ónticas como as de “causalidade” ou da “finalidade”, mas só o poderá ser — se for — a natureza do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa.

Tão-pouco creio que a inclusão do *dolo* no tipo-de-ilícito derive ou possa deduzir-se logo da exigência de determinabilidade dos tipos própria do Estado de Direito,<sup>126</sup> ou que seja uma lúdima consequência do princípio segundo o qual os elementos do ilícito devem ser desenvolvidos a partir da essência da antijuridicidade.<sup>127</sup>

O primeiro argumento radica de novo, em meu juízo, na confusão entre tipo-de-ilícito e tipo-de-garantia. Decerto que *dolo* e *negligência* são elementos delimitadores do âmbito do punível. A punibilidade não pode ligar-se pura e simplesmente, nos quadros de um Estado de Direito, a um comportamento “causal”, como o não pode também a um comportamento “final”: ela só pode ligar-se a um comportamento *culpável*, doloso ou negligente. A própria culpa, tanto como *dolo* ou a *negligência*, é uma exigência do Estado de

Direito e há-de reflectir-se por isso, ela também, no tipo-de-garantia. A partir daqui é portanto impossível decidir da sediação sistemática do dolo e da negligência no âmbito do tipo-de-ilícito ou antes no da culpa.

Por outro lado, serei eu — como supra, sob V,1, procurei revelar — o último a pôr em dúvida que a essência do ilícito seja decisiva na determinação dos elementos do tipo. Mas daqui só consigo retirar a conclusão de que importa tomar em conta, para além do desvalor do resultado do comportamento, os elementos configuradores do desvalor da acção, através do qual esta surja como obra de uma pessoa ou, neste sentido, ligada a um “centro ético de imputação”.<sup>128</sup> Para tanto não é indispensável porém fazer apelo ao dolo ou, sequer, à categoria da finalidade. O desvalor da acção constitui-se logo que a realização típica era objectivamente dominável ou evitável, ou que o agente violou um dever objectivo de cuidado — o que tudo constitui denominador comum tanto das acções negligentes como das dolosas.<sup>129</sup> Pode por conseguinte localizar-se no tipo-de-ilícito unicamente esse denominador comum e sediar na culpa o dolo e a negligência. A partir da essência do ilícito (ou, ainda menos, da antijuridicidade) não é possível obter nenhuma determinação vinculante da localização sistemática do dolo e da negligência.

Decisivas me parecem ser, pelo contrário, duas considerações, uma sugerindo a localização do dolo e da negligência ao nível do tipo-de-ilícito, outra ao nível do tipo-de-culpa.

A primeira provém, ainda e sempre,<sup>130</sup> da função que ao dolo deve ser assinalada no domínio da tentativa. Sem uma referência ao dolo, ao menos (antecipo) como “dolo-do-tipo”, i. é, como conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo, não é possível fundamentar tipicamente o

ilícito da tentativa, não é possível, por outras palavras, realizar, relativamente à tentativa, a função de tipicização do ilícito. E se é assim no estágio de realização da tentativa, não pode ser de outro modo no crime consumado que, também ele, passou pelo estágio da tentativa. Nada mais é necessário para poder considerar-se então provado que o dolo-do-tipo é elemento constitutivo de todo e qualquer tipo-de-ilícito subjectivo.

Por outro lado, porém, o princípio da culpa, para ser dotado de eficácia prático-normativa, há-de vincular a uma essencial correspondência da pena com o conteúdo material de culpa do facto ao qual aquela seja aplicada. Daí que, prevendo a lei diferentes molduras penais que se distinguem na sua aplicação apenas porque os factos a que cabem foram cometidos com dolo ou antes com mera negligência; ou, como muitas vezes acontece, punindo a lei o facto doloso e deixando impune o facto negligente correspondente, isso só possa significar que o que distingue as duas formas de comportamento haja de ser (ou, pelo menos, haja de ser também) uma *diferença de culpa*.<sup>131</sup> Dolo e negligência têm pois, deste ponto de vista, de ser considerados como entidades que em si e por si mesmas exprimem ou revelam diferentes conteúdos materiais de culpa, cada um com o seu significado e os seus critérios próprios.

Mas como, então, conceitualizar e integrar sistematicamente dolo e negligência, perante exigências à primeira vista contraditórias? Se se vir com atenção a situação das coisas, o que atrás ficou exposto só exclui duas posições extremas: uma é que aquelas entidades possam ser — como sustentava a doutrina mais ortodoxa da acção final<sup>132</sup> — de todo estranhas à valoração da culpa ou ao tipo-de-culpa e relevar exclusivamente ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo; outra é que — como sustentava

a doutrina no tempo do sistema normativista<sup>133</sup> — dolo e negligência sejam exclusivamente elementos da culpa, sem qualquer relevância ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo. Dentro destas posições extremas ficam porém ainda em aberto possibilidades diversas de conceitualização e sistematização. Pode nomeadamente defender-se que dolo e negligência constituem primariamente elementos do tipo-de-ilícito subjectivo, que mediatemente relevam também como graus de culpa; e nesta acepção se fala hoje na doutrina alemã, cada vez com maior insistência, de uma *localização*, de uma *função* e de uma *valoração dupla*, sobretudo do dolo (mas também da negligência) no sistema.<sup>134</sup> Como pode sustentar-se que dolo e negligência são entidades complexas, englobando um conjunto de elementos constitutivos dos quais *uns* relevam ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo, *outros* ao nível do tipo-de-culpa.<sup>135</sup>

Por minha parte, reputo esta última a forma teleologicamente mais correcta e funcionalmente mais adequada de decidir a questão sistemática aqui implicada, de harmonia com os dados jurídico-substanciais do problema. Considero exacto que o conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo (o “dolo-do-tipo” ou “dolo do facto”) — correspondente aliás a uma das possíveis compreensões da categoria da finalidade<sup>136</sup> — deve ser visto como elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo doloso; enquanto a violação do dever objectivo de cuidado deve ser tida como elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo negligente. Por outra forma não se dá resposta cabal e convincente às exigências de compreensão hoje postas por numerosos problemas da doutrina do crime. Mas, da mesma forma que — como é em geral reconhecido<sup>137</sup> — a negligência se não esgota na violação

de um dever objectivo de cuidado, também o dolo se não reduz ao conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo; antes, num caso como no outro, a estes elementos acresce uma autónoma *atitude interior*, um específico *Gesinnung* pessoal, que não podem ser retirados à culpa. No dolo trata-se do elemento que torna o conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo em expressão, documentada no facto, de uma atitude pessoal contrária ou indiferente à violação do bem jurídico protegido; na negligência, do elemento que torna a inobservância do dever objectivo de cuidado em expressão, documentada no facto, de uma atitude pessoal descuidada ou leviana face à violação do bem jurídico protegido.

Não se trata, em suma, de afirmar que dolo e negligência enquanto elementos do tipo-de-ilícito subjectivo devam relevar *automaticamente*, ao nível da culpa, como expressões respectivas de uma certa atitude pessoal perante as exigências jurídico-penais. Do que se trata é, sim, de encontrar um conteúdo material de culpa cabido, não como puro reflexo das respectivas formas do tipo-de-ilícito subjectivo, mas como algo de autónomo relativamente a elas, algo que as completa, as afeiçoa e as conforma praticamente e se torna assim em momento decisivo de aplicação das molduras penais respectivas. Desta perspectiva se aceitará que a doutrina da “dupla valoração” do dolo e da negligência no sistema, se bem que apontando para uma meta construtiva essencialmente correcta, não seja a que melhor exprime a realidade das coisas: não é o dolo e a negligência que sofrem uma dupla valoração no sistema, uma em sede de tipo-de-ilícito e outra em sede de tipo-de-culpa; é sim a dupla valoração do ilícito e da culpa que intervém na completa modelação do dolo e da negligência.

## NOTAS

1. Neste sentido Hünerfeld, "Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa", ZStW 93 (1981), p. 992 e Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal, Nomos: Baden-Baden, 1982, pp. 202 e ss.

2. Se isso pode clarificar a afirmação do texto direi que aquilo que chamo uma certa "normativização da finalidade" é para mim reconhecível, v.g., no pensamento de Stratenwerth, p. ex. em *Derecho penal*, PG I, Madrid: Edersa, 1982 (trad. de G. Romero da 2ª ed. alemã), enquanto uma finalização da normatividade a diviso num pensamento como o de Roxin, "Contribuição para a Crítica da Teoria Finalista da Acção", *Problemas Fundamentais de Direito Penal* (trad. de Ana Paula dos Santos e L. Natscheradetz), Lisboa: Vega, 1986, p. 91.

3. Tão cara a um autor como Engisch, p. ex. em *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München: Hueber, 1963, pp. 20 e ss. Cf. depois também Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1987 (1969), pp. 329 e ss. e 346 e ss.

4. Ponto este muito acentuado pelo pensamento metodológico português desde há duas décadas. Cf. Castanheira Neves, *Questão-de-facto e Questão-de-direito*, Coimbra: Almedina, 1967, tít. II B; Baptista Machado, *Sobre o Discurso Jurídico*, Lisboa: Gulbenkian, 1967; e o meu trabalho citado na nota anterior, pp. 8 e ss. e 22 e ss.

5. Típico desta nova postura — e quase com o carácter de um "manifesto" ou "programa" da nova orientação — é o estudo de Schünemann, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", bem como a generalidade das restantes publicações contidas na colectânea *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin: de Gruyter, 1984, dedicada a Claus Roxin por ocasião do seu 50º aniversário. Sobre este *approach*, entre nós, Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal. (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1990, pp. 21 e ss.

6. Sobre elas permito-me remeter para o meu estudo "O Sistema Sancionatório do Di-

reito Penal Português no Contexto dos Modelos da Política Criminal", *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*, I, Coimbra: Faculdade de Direito, 1989, p. 783.

7. Welzel, *El nuevo sistema de derecho penal* (trad. de Cerezo Mir), Barcelona: Bosch, 1964. (A 2ª ed. alemã é de 1952.)

8. Como o atestam os poucos resultados obtidos pelas orientações de inspiração neo-hegeliana, bem como pela tentativa de lograr neste domínio uma *Ganzheitsbetrachtung*. Com uma análise cuidada de tais resultados depara-se já, entre nós, em Eduardo Correia, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra: Atlântida, 1945, pp. 92 e ss.; cf. depois Sousa e Brito, "Sentido e Valor da Análise do Crime", in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Lisboa: AAFI, 1983/4, pp. 69 e ss.

9. Assim Gallas, *La teoria del delito en su momento actual* (trad. de Cordoba Roda), Barcelona: Universidad, 1959, p. 5. Isto não tem de significar "desmembramento" do comportamento criminoso em compartimentos estanques: aquele comportamento é sempre realmente uma unidade e os diversos "elementos" constitutivos do crime são apenas, verdadeiramente, momentos do comportamento analisados sob diferentes pontos de vista de valor juridicamente significativos. Assim já Roxin, "Rechtsidee und Rechtsstoff", *Radbruch-GS*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, pp. 260 e ss.; e depois Schild, *Die "Merkmale" der Straftat und ihrer Begriffe*, Edelsbach: Gremer, 1979.

10. Com particular ênfase, nesta direcção, Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. de Muñoz Conde), Barcelona: Bosch, 1972, pp. 23 e ss. e passim.

11. À maneira preconizada por Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg: de Gruyter, 1963, p. 20.

12. Na esteira de Engisch, como na nota 3, p. 20, mas com uma intenção diversa pela teleologia político-criminal logo em seguida referida no texto.

13. Nesta medida coincidindo essencialmente com a lição de Roxin, no seu *Tratado em vias de publicação*, § 7 n. m. 51 e 52. (Devo agradecer calorosamente ao querido Colega Claus Roxin o ter-me possibilitado o

conhecimento do dactiloscrito desta sua obra fundamental e permitido a discussão das posições ali assumidas.) No sentido da recusa, que aqui vai implicada, da força normativa das estruturas lógico-materiais também Hünnerfeld, *Strafrechtsdogmatik* como na nota 1, pp. 207 e ss.

14. Sobre o seu significado no contexto metodológico jurídico-penal merecem destaque as investigações de Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg: Winter, 1953, e de Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Berlin: Heymanns, 1968.

15. No sentido respectivamente de Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (trad. de Valenti Fiol), Barcelona: Bosch, 1961 e de Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (trad. de Díez-Picazo), Madrid: Taurus, 1964.

16. Assim Roxin, como na nota 13, § 7 n. m. 49.

17. Assim ainda Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts* AT, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 36. Se bem acrescentando logo (p. 37), muito exactamente, que "a dogmática do direito penal exige (...) também uma lógica material que, partindo dos valores protegidos, argumente com considerações jurídico-substanciais e, assim, com a erecção e fundamentação de novos princípios jurídicos". E a propósito da doutrina do crime anota (p. 175): "Decisiva há-de ser sempre a solução da questão *substantial*, enquanto exigências de sistemática devem recuar para questões de segunda ordem".

18. Cf.-Figueiredo Dias, "Principes généraux de la politique criminelle portugaise", RScC (1987), p. 89; e como na nota 6, p. 814. Fundamental sobre a questão Castanheira Neves, "O Princípio da Legalidade Criminal. O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático", *Estudos E. Correia* como na nota 5, pp. 307, 399 e ss.

19. Na acepção da Lang-Hinrichsen, "Die irrthümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH", JZ (1953) p. 362 e de Engisch, "Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht", Mezger-FS, München: Beck, 1954, p. 131. Não parece diferente a concepção de Sousa e Brito,

como na nota 8, p. 100, ao concluir a sua análise pela forma seguinte: "É pois a própria lei que nos convida a começar na prática a tarefa de subsumir pelo estabelecimento daquele provisório juízo de punibilidade que vai implícito na 'tipicidade'. Não se determina ainda nenhum elemento da infracção, e, por isso, não se pode falar com rigor de um primeiro momento ou fase de análise. Pelo contrário, é o resultado final da análise que se antecipa globalmente com a afirmação da 'tipicidade'. A autêntica análise começará depois, como quem tira a prova dos nove".

20. Roxin, como na nota 13, § 7 n. m. 50.

21. Na acepção de Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1989.

22. Sobre esta oposição Castanheira Neves, "O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito", sep. dos *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia*, vol. em curso de publicação, Coimbra: Faculdade de Direito, 1990, pp. 9 e ss.

23. Nestes precisos termos Jakobs, *Strafrecht*, AT, Berlin: de Gruyter, 1983, 1º Cap. n. m. 4 e ss.; e, entre nós, Figueiredo Dias, "Carrara e l'attuale paradigma penale. Una lettura alla luce dell'esperienza portoghese", RitalDPP 31 (1988), p. 788 (a versão portuguesa deste artigo encontra-se na RDE 14 (1988), p. 3). Fundamentalmente no mesmo sentido Costa Andrade, como na nota 5, pp. 110 e ss. Cf. depois infra, sob III.

24. Idéia esta presente e acentuada em vários dos meus trabalhos: cf. p. ex. "Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário", RLJ 117 (1984-5), pp. 10 e s.; e "Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht. Eine Betrachtung im Lichte der neuen portugiesischen Rechtsordnung", *Jeschek-FS*, Berlin: Duncker & Humblot, I, 1985, pp. 100 e s.

25. Cf. o meu trabalho citado na nota 18.

26. Fundamental Roxin, como na nota 10.

27. Fundamental Roxin, "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip", MSchrKrim 56 (1973), p. 316. E depois, do mesmo, "Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa", BFDC 49 (1983), p. 1.

28. Nestes termos Figueiredo Dias, "Schuld und Persönlichkeit. Für eine rechtsethische

Erneuerung des Schuldbegriffs im Strafrecht", ZStW 95 (1983), p. 220 e ss. (a versão portuguesa deste artigo encontra-se publicada como Posfácio à 2ª ed. do meu *Liberdade — Culpa — Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, pp. 233 e ss.).

29. De que falou Gimbernath Ordeig, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca: Universidad, 1971, p. 93. Cf. depois Roxin, como na nota 13, § 7 n. m. 31).

30. Destaque-se (no âmbito de uma bibliografia vastíssima e que não precisa de ser aqui lembrada) o carácter pioneiro do estudo de Engisch, "Sinn und Tragweite juristischer Systematik", *Studium Generale* (1957), pp. 173 e ss.; e depois, como fundamentais, Esser, como na nota 14, p. 44, 239; Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (trad. de Menezes Cordeiro da 2ª ed. alemã, 1983), Lisboa: Gulbenkian, 1989, pp. 103 e ss.; e Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. de J. Lamego da 5ª ed. alemã, 1983), Lisboa: Gulbenkian, 2 1989, pp. 195 e ss. e 542 e ss. Entre nós cf. sobre o tema Castanheira Neves, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra: J. Abrantes, 1968-9, copilog., pp. 328 e ss. e "A Unidade do Sistema Jurídico: o seu Problema e o seu Sentido", *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Teixeira Ribeiro*, II, Coimbra: Faculdade de Direito, 1979, p. 150 e ss. A propósito justamente do sistema penal cf. Hünnerfeld, *Strafrechtsdogmatik* como na nota 1, pp. 249 e ss.

31. O caso é pois em seguida apontado apenas como isso mesmo: um exemplo, e não tratado em si mesmo e por si mesmo. Ele corresponde no essencial (não em todos os seus pormenores!) a um caso recentemente tratado na jurisprudência portuguesa: cf. Sentença do 9º Juízo Correccional de Lisboa, de 27.4.1988 e Ac. do Trib. da Rel. de Lisboa, de 29.3.1989, ainda não publicados. Sobre ele, no contexto problemático da falta de consciência do ilícito, Figueiredo Dias, "Der Irrtum als Schuldaußschließungsgrund im portugiesischen Strafrecht", em curso de publicação dos relatórios apresentados ao Colóquio *Rechtfertigung und Entschuldigung* (Junho de 1990), organizado pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, de Freiburg i. Br.

32. Nestes termos, reportando-se à doutrina e à jurisprudência então praticamente indiscutidas, o meu trabalho citado na nota 3, pp. 314 e ss.

33. Fundamental Eduardo Correia, *Direito Criminal* (com a colab. de Figueiredo Dias), I, Coimbra: Almedina, 1963, pp. 27 e ss., *Código Penal Projecto da Parte Geral*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1963, pp. 68 e ss. e "Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social", BFDC 49 (1973), pp. 217 e ss. Cf. depois, com outras referências bibliográficas, os meus trabalhos citados na nota 24.

34. Como sempre defendeu entre nós Eduardo Correia, *Dir. Crim.*, como na nota 33, II, 1965, pp. 3 e ss..

35. E foi agora concludentemente demonstrado por Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln: Heyman, 1983.

36. Como se segue, no essencial, já Figueiredo Dias, como na nota 3, 1969, pp. 6 e ss., 21 e s.

37. V. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Nachdruck der Aufl. v. 1914: Thibaud und Savigny. Ein programatischer Rechtsstreit), Aalen: Scientia, 1959, p. 89 [30].

38. Deve concordar-se com Roxin, como na nota 13, § 3 n. m. 1, quando assinala que se trata ali, em todo o caso, de duas questões distintas (ao menos de um ponto de vista formal-sistemático e expositivo). Mas é a própria exposição de Roxin sobre os fins das penas a confirmar plenamente a conexão estabelecida em texto (p. ex. § 3 n. m. 8 e 28).

39. Como é hoje geralmente reconhecido. Cf. por outros Mir Puig, *Funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho*, Barcelona: Bosch, 1982.

40. Pioneiro neste reconhecimento revela-se Schmidhäuser, "Zur Systematik der Verbrechenslehre", Radbruch-GS como na nota 9, 1968, p. 276. Cf. depois também Figueiredo Dias, *Direito Penal 2. Parte Geral. As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito, 1988, § 1 n. m. 3. A crítica segundo a qual o ponto de vista de Schmidhäuser silenciaria "a problematização da função — e da legitimação — do direito penal enquanto

tal", feita por Costa Andrade, como na nota 5, p. 221 (v. tb. p. 21) parece-me impropriedade e radicada num equívoco que *infra*, sob VIII, procurarei pôr a claro.

41. Em todo o caso recentemente reabilitada pela já famosa — mas, sob qualquer perspectiva, inaceitável — concepção chamada dos *just deserts*. Para a crítica cf., por outros, o meu trabalho citado na nota 6, p. 803.

42. A intenção das considerações seguintes não é de modo nenhum a de apresentar uma exposição histórica ou jurídico-comparada da questão das finalidades da pena, ou sequer a de levar a cabo um tratamento minucioso de algumas facetas do tema. Sobre tudo isso já eu tive ocasião de me exprimir múltiplas vezes, por último como na nota 5, *passim*, e, sobretudo, como na nota 40, § 8. A intenção é unicamente a de apontar alguns problemas que no tema se suscitam e que especialmente relevam na perspectiva da construção da doutrina do crime. Também a bibliografia apresentada foi escolhida nesta mesma perspectiva.

43. Assim já eu me exprimi em "O Novo Código de Processo Penal", *BMJ* 369 (1987), p. 22

44. Em Itália esboça-se timidamente a tentativa de revivescência do pensamento retributivo através de uma concepção que a si mesma se designa de nova retribuição. Assim Eusebi, "La 'nuova retribuzione'", in Marinucci/Dolcini (orgs.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano: Giuffrè, 1985, p. 119. Mas esta concepção ou nada acrescenta à da prevenção geral positiva, ou fica mesmo atrás dela ao ver-se impossibilitada de estabelecer a ligação entre prevenção e culpa (sobre estes temas v. a seguir no texto): cf. o meu trabalho citado na nota 6, p. 816 e nota 79.

45. Na verdade, como bem acentuou Maurach, *Tratado de derecho penal* (trad. de Córdoba Roda), I, Barcelona: Ariel, 1962, § 7 I B, a pena retributiva é, por sua própria natureza, uma pena cindida de fins, uma *zwecklose Majestäät*!

46. Com particular ênfase, nesta direcção, as obras de Roxin citadas na nota 27 e ainda "Wandlungen der Strafrechtswissenschaft", *JA* 12 (1980), p. 221.

47. Contra todavia Luzon Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid: Complutense, 1979.

48. Fundamentais neste contexto os estudos de Andenaes, "Theory and practice of general prevention through threatening, enforcement and execution of punishment", in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Milano, 1979; e já antes "General prevention revisited: research and policy implications", *JCL&Crim*, 1975, p. 338. No sentido do texto por último Pagliaro, "Aspetti giuridici della prevenzione", *IndP*, 1976, pp. 5 e ss. e "La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi", *RitalDPP*, 1979, pp. 1190 e ss. Diferentemente Schoch, "Empirische Grundlagen der Generalprävention", Jescheck-FS como na nota 24, II, p. 1081, considera "a função geral-preventiva do direito penal em larga medida empiricamente fundada"; mas parece ter em vista, ao afirmá-lo, muito mais a prevenção geral positiva (cf. a seguir, no texto) do que a prevenção geral negativa ou de intimidação.

49. Assim o nota Roxin, como na nota 46, pp. 225 e s.

50. Assim, com particular ênfase, Eduardo Correia, *Código Penal* como na nota 33, pp. 62 e ss.

51. Cf. por último os meus trabalhos citados na nota 6 e na nota 40, deste último sobretudo o § 8.

52. Jakobs, como na nota 23.

53. De "um efeito de satisfação quando a consciência jurídica geral se acalma perante a violação do direito e vê sanado o conflito com o agente" fala neste mesmo sentido Roxin, como na nota 12, § 3 n. m. 27. Foi aliás este autor, deve anotar-se, o primeiro a usar o conceito com este preciso conteúdo: Roxin, "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", Bockelmann-FS, München: Beck, 1979, pp. 305 e ss.

54. Sobre o ponto, por último, Moos, "Positive Generalprävention und Vergeltung" e Zipf, "Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)", ambos em Pallin-FS, Wien: Manzche, 1989, resp. pp. 283 e 479.

55. Por último no meu trabalho citado na nota 40, § 8 n. m. 23 e ss.

56. Sobre a idéia da "pena como instituição" v. Eduardo Correia, "A Influência de Franz v. Liszt Sobre a Reforma Penal Portuguesa", *BFDC* 46 (1970), pp. 17 e ss.

57. Assim o defendi no meu trabalho citado na nota 28, pp. 237 e ss. da edição portuguesa, na esteira aliás de Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Karlsruhe: Müller, 1977.

58. Assim Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen: Mohr, 1976.

59. Assim Ellscheid/Hassemer, "Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung", in Lüderssen/Sack (orgs.), *Seminar: Abweichendes Verhalten. II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Bd. 1, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1975, p. 266.

60. Nestes termos, e em pormenor sobre o último tema referido, o meu trabalho citado na nota 39, § 8 n. m. 23 e ss.

61. Uma outra questão que apresentaria o maior interesse, mesmo para a consecução dos propósitos que presidem a este escrito, seria a relativa às finalidades da *aplicação das medidas de segurança*. Dado o já referido carácter fragmentário deste estudo, uma tal questão — à qual a doutrina não tem prestado, em minha opinião, a atenção que merece no contexto aqui relevante — terá de ser encarada noutra oportunidade.

62. Coloco por ora entre parênteses os conceitos ditos "negativos" e "pessoais" de acção, que *infra* nota 72 e sob 3, serão ainda em alguma medida considerados.

63. Jescheck, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff im dogmengeschichtlicher Entwicklung", Eb. Schmidt-FS, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 140; e como na nota 17, § 23 I 2. Cf. aliás já antes Maihofer, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen: Mohr, 1953, pp. 6 e ss. E por último Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 1-4.

64. Pioneiros desta concepção foram, como é geralmente sabido, Eb. Schmidt, Engisch e Maihofer. Cf. agora, por outros, Jescheck, como na nota 17, § 23; e em Portugal, Eduardo Correia, *Aspectos Fundamentais*

*da Problemática do Direito Criminal*, Coimbra: J. Abrantes, copiog., 1975, pp. 150 e ss.

65. Pioneiro e principal defensor desta orientação Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin: de Gruyter, 1969, pp. 33 e ss.

66. Cf. já a minha dissertação citada na nota 3, p. 162, espec. notas 56 e 57.

67. Com efeito, se o conceito de acção quiser assumir algum valor para a construção do sistema jurídico-penal (aquilo que Jescheck chama "função de definição"), terá de aceitar, como de há muito se exprimiu Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, p. 245, "uma referência a sentidos e a valores". A acção não poderá então reduzir-se à supradeterminação final de processos causais — a qual, sem si mesma, é tão "cega" quanto a categoria da causalidade, uma vez que independente de qualquer referência axiológica significante; nem tão pouco poderá esgotar-se numa direcção psicológica da vontade — que só de uma perspectiva naturalista poderia considerar-se como tal relevante. Ela terá de conter, sim, também os elementos que dão àquela supradeterminação final um sentido que a torne socialmente esclarecida e significativa. Com o que poderia parecer ter-se aceitado, no essencial, os fundamentos do conceito social de acção. Cf. no entanto a seguir, no texto.

68. Este ponto de vista, que de há muito venho defendendo, oferece agora justamente base à concepção de Roxin de uma conceito *pessoal* de acção: cf. Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 42 e ss, 58 e ss., e *infra*, sob 3.

69. Welzel, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg: Elwert, 1964. No sentido da crítica que se segue, quase textualmente, já a minha dissertação citada na nota 3, pp. 164 e ss. Coincidem no essencial agora Hünerfeld, *Strafrechtsdogmatik* como na nota 1, pp. 212 e ss. e Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 24.

70. Cf. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Schwarz, 1959, p. 83; e agora também Stratenwerth, como na nota 2, p. 59 e 63.

71. Cf. sobre o ponto Stratenwerth, "Unbewusste Finalität?", Welzel-FS, Berlin: de Gruyter, 1974, p. 289.

72. Cf. Jakobs, "Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem", Welze-FS como na nota anterior, p. 307. Sobre a categoria da

"evitabilidade" pretende agora construir-se o chamado "conceito negativo de acção": cf. Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 32.

73. Cf. Struensee, "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts" e "'Objektives' Risiko und subjektiver Tatbestand", ambos em JZ 1987, pp. 53 e 541.

74. Cf. por outros Stratenwerth, como na nota 1, p. 63; e já antes Cerezo Mir, "Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems", ZStW 71 (1959), p. 135.

75. Isto é hoje doutrina dominante (cf. só Jescheck, como na nota 17, § 23 III 2 b; e Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 19 e ss.), ao menos enquanto se concebe a finalidade apenas como actual e se não confunde, através da finalidade potencial, a acção — que é o que pretende definir-se — com a "capacidade de acção".

76. Assim Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, p. 247; e Cerezo Mir, como na nota 74, p. 141.

77. Fundamentalmente neste sentido Stratenwerth, em recensão ao Lehrbuch de Jescheck; e agora também Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 29.

78. Tanto Jescheck, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff im dogmengeschichtlicher Entwicklung", Eb. Schmidt-FS como na nota 63, p. 153, como agora Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 30, sustentam que as questões do nexo de causalidade e da sua previsibilidade são questões do tipo, não da acção. Mas há aqui, salvo melhor juízo, um equívoco: se o conceito de acção *qua tale* for uma categoria autónoma do sistema, então logo em face dele se têm de pôr — e, na verdade, de forma autónoma relativamente ao degrau da tipicidade — aquelas questões. Está nesta medida em absoluto justificada a sistemática com que a este propósito se depara em Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, §§ 14 e 18 e espec. p. 290.

79. Dir-se-á que o argumento repousa na asserção, não provada, de que no sistema social só há lugar para uma doutrina do tipo da das condições equivalentes. É verdade que se tem procurado fazer investigação ao nível do sistema social sem auxílio do pensamento causa/efeito: cf. p. ex. Gellner, *Cause and Meaning in the Social Sciences*, London:

Routledge & Kegan Paul, 1973. Mas certo é também que quando e onde aquele pensamento causal continue a utilizar-se, ao nível do sistema social, o esquema condicionalista está presente no essencial: cf. Maciver, *Social Causation*, New York, Harper & Row, 1964, e Sorokin, *Sociological theories of today*, New York, Harper & Row, 1966, p. 17.

80. Cf. nota 78.

81. Outrora defensor de uma conclusão céptica sobre o valor do conceito geral de acção para o sistema do crime, inteiramente paralela à que, sob 4, será retirada: cf. Roxin, como na nota 2, p. 108.

82. Um esboço desta concepção encontra-se já em Roxin, como na nota 9, p. 262; e agora, como desenvolvimento, como na nota 13, § 8 n. m. 42 e ss.

83. Como na nota 13, § 8 n. m. 67.

84. Reconhece-o aliás, com notável probidade científica, o próprio Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 51 e s., defendendo todavia que tal não torna de todo inexecutível o cumprimento da função de ligação.

85. Como já de há muito foi sugerido por Radbruch, "Zur Systematik der Verbrechenslehre", Frank-FG, Tübingen, I, 1930, p. 162.

86. Gallas, como na nota 9, p. 23.

87. Cf. sobre o ponto Figueiredo Dias, *RLI* como na nota 24, pp. 772 e ss.

88. Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 55 e s.

89. Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 58.

90. Não se trata pois aqui, como pretende Roxin, como na nota 13, § 8 n. m. 40, de consequências de uma atitude descoroçoada de "resignação", mas de uma posição teleologicamente positiva e funcionalmente fundada.

91. Esta concepção que, no essencial, defendi já na minha dissertação citada na nota 3, pp. 167 e ss., encontra-se hoje razoavelmente difundida em recentes exposições dedicadas ao conceito jurídico-penal de acção: cf. além das posições fundamentais de Radbruch e de Gallas, como nas notas 85 e 86, os tratamentos de Roxin, como na nota 2, v. Bubnoff, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung des*

*Hegelschule*, Heidelberg: Winter, 1966, pp. 149 e ss., Bockelmann, *Strafrecht AT*, München: Beck, <sup>1</sup>1975, p. 50 e s., e de Schmüdhausser, *Strafrecht AT*, Tübingen: Mohr, <sup>2</sup>1975, p. 177 e s. O continuar a jornada pelo caminho assim aberto representa, em meu modo de ver, uma instantânea tarefa da dogmática jurídico-penal, cujos resultados compensarão amplamente algumas das dificuldades que devem ainda ser superadas.

92. Quando se põe a questão de uma construção "bipartida" ou "tripartida" opera-se sempre um certo reducionismo, na medida em que se entra em conta com as categorias da tipicidade, da ilicitude e da culpa, mas não com a da punibilidade. Só porque é esta a designação tradicional da controvérsia continua ela a ser usada aqui.

93. Cf. muito claramente já Donnedieu de Vabres, *Précis de droit criminel*, Paris: Souflot, 1946, pp. 25 e ss. E depois Merle/Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris: Cujas, <sup>3</sup>1984, distinguindo a *infraction* e a *culpabilité*. Em novíssima data v. J. Pradel, *Droit pénal général*, <sup>7</sup>1990, pp. 328 e ss. que, como "elementos constitutivos da infracção" distingue apenas "o comportamento" e o "resultado". E sobre o todo Hünerfeld, *ZStW* como na nota 1, pp. 993 e s.

94. nestes termos também Hünerfeld, *ZStW* como na nota 1, p. 988.

95. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, I, Lucca, <sup>5</sup>1877, p. 53 e s.; e o próprio Rocco, "L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale", *Opere giuridiche*, I, 1933, pp. 443 e ss.

96. Assim tanto Donnedieu de Vabres como Pradel, como na nota 93.

97. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova: Cedam, 1930.

98. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 e *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930. E em Portugal Cavaleiro de Ferreira, *A Tipicidade na Técnica do Direito Penal*, Lisboa, 1935.

99. Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 57, vem agora acentuar (em meu juízo com razão, num certo sentido que o texto procurará à frente tornar claro) que "só acções típicas podem ser ilícito jurídico-penal", enquanto a antijuridicidade (= ilicitude, = Rechtswidri-

gkeit) "não é nenhuma categoria especial do direito penal".

100. Assim Welze, como na nota 65, § 10 I; e depois Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund*, Bonn: Rörscheid, 1960.

101. Assim Engisch, "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht", *Deutschen Juristentag-FS*, I, Karlsruhe: Müller, 1960, p. 404; e já Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg: Cramer, de Gruyter, 1959, pp. 173 e ss.

Em Portugal Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, II, pp. 4 e ss.; e já de algum modo Cavaleiro de Ferreira, como na nota 98, pp. 77 e ss.

102. Por último Stratenwerth, como na nota 2, p. 69.

103. Neste sentido já a minha dissertação citada na nota 3, pp. 88 e ss. e 416 e ss.

104. Bem pelo contrário, ao que parece: Stratenwerth, como na nota 2, p. 69.

105. Desde a minha dissertação citada na nota 3, pp. 89 e ss.

106. A expressão é de Welzel, como na nota 65, § 10 III. Cf. também Hirsch, "Sozialadäquanz und Unrechtslehre", *ZStW* 74 (1962), p. 109, nota 108.

107. Roxin, como na nota 13, § 7 n. m. 54 e § 10 n. m. 20.

108. Roxin, como na nota 14, § 7 n. m. 57 e ss.

109. Cf. *supra*, nota 19.

110. Neste sentido tendo razão Pradel, como na nota 93, p. 271, quando reconduz toda esta matéria a um *préalable légal de l'infraction*.

111. "In una concezione teleologica del diritto penale il primato spetta indubbiamente all'antigiuridicità", afirmava já Bettiol, *Diritto penale*, Padova: Cedam, <sup>11</sup>1982, p. 292: não directamente no contexto, é certo, das relações entre ilícito e tipo, mas em todo o caso num sentido em último termo próximo do assinalado em texto.

112. A expressão — avançada em todo o caso num contexto não de todo coincidente

com o do texto — é como se sabe de Hardwig, “Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht”, *ZStW* 68 (1956), p. 36, nota 27.

113. A primeira designação surge em logo Sauer, “Zur Grundlegung des Rechts zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands”, *ZStW* 36 (1915), p. 463 e as restantes em Sauer, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts — und Sozialphilosophie*, Berlin, 1921, pp. 307, 309-310.

114. Designações que surgem em Eduardo Correia, *Unidade e Pluralidade de Infrações*, Coimbra: Atlântida, 1945, pp. 108 e ss., nota 1.

115. Por isso, se bem que as expressões sejam em si mesmas correctas, não basta dizer, com Jescheck, como na nota 17, § 24 III 4 c), que “os elementos do ilícito têm que ser desenvolvidos a partir da essência da antijuridicidade”; ou com Stratenwerth, como na nota 2, n. m. 174, que “se deve ter consciência de que já na tipicidade se trata — substancialmente — da antijuridicidade”.

116. Acentua correctamente este aspecto das coisas Stratenwerth, como na nota 2, n. m. 173.

117. Este aspecto, que venho pondo em evidência em vários escritos a partir da minha dissertação citada na nota 3, p. 95 e nota 84, fora já evidenciado por Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, p. 10. Cf. agora também Costa Andrade, como na nota 5, p. 245.

118. Devo por isto, nesta parte, corrigir a minha concepção anterior (como na nota 3, pp. 70-97, espec. 83-85) segundo a qual os tipos-incriminadores e os tipos-justificados concorreriam na determinação do *bem jurídico*, surgindo este como resultado da actuação dos tipos e contra-tipos relativamente a uma conduta concreta. Com o que cometia o erro de transformar o bem jurídico em elemento sistemático e não, como deve, em elemento *transsistemático* imediatamente ligado ao fundamento e à função da intervenção penal. Com inteira correcção Costa Andrade, como na nota 5, pp. 81 e ss., 217 e ss.

119. O que acaba por ser reconhecido pelo próprio Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 18 quando afirma que, em último termo, “fundamentação do ilícito e exclusão do ilf-

cito são só peças de uma unidade mais alta”. E mais à frente, n. m. 23: “é absolutamente legítimo” conceber “o ilícito como uma unidade mais alta de tipo e antijuridicidade”!

120. Assim concluem também, em data recente, Schünemann, como na nota 5, p. 56 e ss. e Herzberg, “Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau”, *JA*, 1989, p. 294 e ss. E em Portugal Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal* PG, I, Lisboa: Verbo, 1988, p. 35 e ss.

121. Sobre toda esta matéria já a minha dissertação citada na nota 3, p. 76 e ss. E em Portugal Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal* PG, I, Lisboa: Verbo, 1988, pp. 35 e ss.

122. Muitos autores continuam de facto a sustentar que, de acordo com a regra do Estado de Direito, não podem existir tipos abertos e que as características especiais do dever jurídico ou são só menções redundantes da antijuridicidade ou são insustentáveis. Cf. sobre toda esta problemática, por último, Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 43 e ss.

123. Assim por exemplo Sax, “Tatbestand und Rechtsgutsverletzung”, *JZ* 1976, p. 9, 80, 429, defende que a idéia da adequação social pode ser substituída vantajosamente pelo critério da “limitação da responsabilidade através do fim de protecção da norma”; enquanto muitos outros autores sustentam que ela acaba inevitavelmente por dissolver-se em puros critérios de interpretação do tipo adequada ao bem jurídico: Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 41.

124. Assim Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 37.

125. Existe hoje largo consenso quanto a esta conclusão, mesmo entre os autores receptivos a uma concepção final da acção ou à localização do dolo e da negligência no tipo-de-ilícito. Cf. só Stratenwerth, como na nota 2, n. m. 230 e ss.; Jescheck, como na nota 17, § 24 III 4 c); e por último Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 67.

126. Assim Roxin, como na nota 9, pp. 50 e ss. O argumento já não consta porém, tanto quanto me foi dado ver, do seu último tratamento da matéria: como na nota 13, § 10 n. m. 62 e ss.

127. Assim, Jescheck, como na nota 125.

128. Esta afirmação pode suscitar dificuldades no que toca ao "facto dos inimputáveis", pondo em questão uma das funções que, segundo Roxin, como na nota 13, § 7 n. m. 60, estaria teleologicamente destinada a ser cumprida pela categoria do ilícito: a de constituir ponto de enlace das medidas de segurança. Mas também esta questão só pode ser decidida num estudo especificamente destinado ao esclarecimento dos problemas jurídico-penais dos inimputáveis e das medidas de segurança.

129. Conclusão excelentemente posta em evidência por Engisch, como na nota 101, p. 416.

130. O argumento que se segue foi, no essencial, apresentado logo na minha dissertação de 6º ano *Responsabilidade Pelo Resultado e Crimes Preterintencionais*, Coimbra: J. Abrantes, dactilog., 1961, pp. 57 e ss., cf. agora, por último, Roxin, como na nota 13, § 10 n. m. 64.

131. Fundamental nesta linha de pensamento Roxin, como na nota 2, pp. 109 e ss; cf. porém agora, de forma mais atenuada, como na nota 13, § 10 n. m. 69.

132. Cf. sobretudo Welzel, como na nota 65, § 22 III e Hirsch, como na nota 100, p. 345.

133. Assim Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, pp. 252 e 321 e ss. e ainda agora Cavaleiro de Ferreira, como na nota 120, pp. 206 e ss.

134. Pioneiro, nesta via, Gallas, como na nota 9, p. 63. Agora sobretudo Jescheck, como na nota 17, § 24 III 5 e Hünerfeld, como na nota 1, *Strafrechtsdogmatik* p. 233 e ss., e ZStW p. 1000 e ss. (sendo eu contado por estes dois autores, expressamente, como adepto desta concepção).

135. Assim o anunciava já eu, na esteira de Gallas, na minha dissertação citada na nota 131, pp. 55 e ss. e 64 e ss.

136. E na verdade correspondente à sua compreensão mais lata, que abrange o conteúdo de ilícito da própria negligência consciente. No mesmo sentido Gallas, como na nota 9, pp. 57 e ss.

137. Entre nós, p. ex., mesmo Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, p. 423, para quem, como se assinalou *supra*, nota 134, dolo e negligência são todavia elementos da culpa.