

DOCTRINA INTERNACIONAL

SOBRE O ESTADO ACTUAL DA DOCTRINA DO CRIME

2ª Parte

Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade*

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

VI

1. Se nos voltarmos agora para a temática da *culpa* como elemento constitutivo do conceito de crime, haveremos de reconhecer que é neste lugar (ou, talvez, mais exactamente, a partir dele) que continuam a revelar-se as maiores incertezas e dificuldades de (re)construção do sistema jurídico-penal. Bem podendo logo afirmar-se¹³⁸ que em matéria de culpa, depois de um período de relativa acalmia, tudo ou quase tudo foi, nas duas últimas décadas, de novo posto em questão. Isto fica a dever-se em geral, se vejo exactamente a situação das coisas, a duas ordens de razões:

a) A primeira e mais importante deriva do *tournant* que, como assinalai acima, sob *III*, sofreu no nosso tempo a temática relativa aos *fins das penas*.

A evolução e a estabilização da doutrina da culpa em direito penal correram, até há pouco, de par com a acentuação da finalidade retributiva da pena. Quer no período de afrontamento entre a escola clássica e o positivismo,¹³⁹ quer no tempo mais recente da controvérsia entre a escola neoclássica e a da *défense sociale*¹⁴⁰, a exigência de culpa como elemento constitutivo essencial do conceito de crime era carac-

terística do retribucionismo; enquanto os adversários deste, por seu turno, tendiam a menosprezá-la (quando pura e simplesmente dela não prescindiam), na base de que também um tal conceito sacrificaria na ara daquela *schlechte Metaphysik* em que se ancoravam as doutrinas de cunho expiatório. E a razão deste extremar de campos residia obviamente em que se pressupunha que culpa e retribuição tinham como denominador comum a crença na liberdade da pessoa, concebida em termos indeterministas (ao menos em termos daquilo que se chamava o “indeterminismo relativo”), enquanto as concepções basicamente preventivas se escoravam numa crença determinista, negadora daquela liberdade.¹⁴¹

Mas se assim é, dir-se-á, tanto basta para explicar as aludidas dificuldades — e mesmo a eventual desconsideração — com que hoje de novo depara a doutrina da culpa jurídico-penal. Se o sistema funcional, teleológico e racional do direito penal é político-criminalmen-

* A 1ª parte do presente artigo — “Sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo-de-ilícito” — foi publicada no n. 1 do ano I da *Revista RPCC*, 1/9, 1991 e esta segunda parte igualmente na mesma *Revista*, ano 2, fasc. 1, p. 7 — V no mesmo número especial de lançamento desta *Revista*, p. 23 a primeira parte.

te fundado, de forma essencial, a partir da consideração das finalidades da pena; e se estas finalidades são, como se defendeu, exclusivamente preventivas; se isto é assim, bem se aceitará então que o dilema se ponha: ou bem se chega ao ponto de eliminar a culpa como elemento integrante do sistema, substituindo-a porventura por outras categorias, máxime a da “proporcionalidade”, à qual se quer reconhecer a possibilidade de cumprimento de uma função análoga à da culpa no que toca à limitação da intervenção estadual de carácter penal, em nome da defesa das liberdades individuais; ou bem se mantém a categoria da culpa, mas despida do elemento da censura pessoal a ela co-natural, concebendo-a como um puro “derivado da prevenção” e das específicas exigências desta.¹⁴²

A procedência deste dilema constituiria, a meus olhos, uma perda irreparável da doutrina do crime e do sistema jurídico-penal; e não é de modo algum imposta pelas premissas de que arranca. Se as finalidades da pena são, na verdade, exclusivamente preventivas, só o são — só o podem ser legitimamente — se e na medida em que do mesmo passo se chame a debate, para cabal legitimação da intervenção penal, o *princípio da culpa* enquanto elemento limitador do poder e do intervencionismo estatais,¹⁴³ comandado por exigências irrenunciáveis de respeito pela dignidade pessoal. Decerto, a via da exigência da culpa não é a *única* forma pensável de defesa daquela dignidade. Se o fosse, forçoso seria conceder — o que é inadmissível — que aos inimputáveis, por definição insusceptíveis de culpa, não seria reconhecida a eminente dignidade que é característica de *toda* a pessoa, sejam quais forem as suas deficiências ou incapacidades. Também o princípio da proporcionalidade, que deve valer sem reservas para as medidas de seguran-

ça,¹⁴⁴ é uma exigência que cumpre substancialmente uma função análoga à cumprida pelo princípio da culpa relativamente às penas. Mas o reconhecimento desta circunstância (que, em minha opinião, deve ser feito sem tergiversações) em nada justifica que, no âmbito da pena, se substitua o princípio da culpa pelo da proporcionalidade. Se a exigência de culpa não é a *única* forma pensável de defesa da dignidade da pessoa, ela é, em todo o caso, *a mais perfeita*¹⁴⁵ e a mais forte com que o pensamento jurídico-penal próprio do Estado de Direito até hoje operou, pelos requisitos limitativos acrescidos e incomparáveis que nele se contém; e é assim o penhor mais seguro de legitimação, no âmbito de aplicação da pena, das necessidades preventivas face ao homem delinquente. Por isso se deve persistir¹⁴⁶ em ver no princípio da culpa uma autêntica máxima de civilização e de humanidade, para a qual se não descortina ainda hoje alternativa.

b) A segunda razão das dificuldades actuais do pensamento da culpa jurídico-penal vejo-a eu radicada (se bem que esta circunstância não seja, em regra, salientada pela doutrina corrente neste enquadramento) numa ordem completamente diferente de considerações. Continua a ser frequente a afirmação doutrinal de que, com a comprovação do carácter ilícito-típico do facto, fica também afirmado *prima facie* o seu carácter culposo,¹⁴⁷ sobretudo quando se tenham considerado já o dolo e a negligência como elementos constitutivos do tipo subjectivo de ilícito. De modo que a “questão da culpa” vem assim a reduzir-se — e não só numa perspectiva prático-jurídica, se não que também teórica e construtiva — à questão da sua *negação* ou *exclusão* em certas situações específicas: na situação de inimputabilidade, de falta de consciência do ilícito não censurável ou de

inexigibilidade legalmente prevista, máxime de estado de necessidade, de conflito de deveres e de excesso de legítima defesa desculpantes. Dando-se ainda um passo mais e considerando a possibilidade, quando não a conveniência, de tratar algumas daquelas situações fora dos quadros conceituais da culpa, bem se percebe que possa ceder-se à tentação de acabar por eliminá-la enquanto momento autónomo da construção do crime e do sistema jurídico-penal.

Também esta consideração, porém, não deve prevalecer. Na minha perspectiva, de forma paralela ao que sucede com o ilícito, também a culpa é dada através da articulação entre *tipos-de-culpa* e *causas de exclusão da culpa*; e se se tiver em conta o que atrás, sob V, 3, ficou escrito acerca do lugar sistemático do dolo e da negligência, logo daí decorrerá a necessidade de distinguir — segundo os diferentes tipos de atitude interior do agente manifestados no facto — entre tipos-de-culpa dolosos e tipos-de-culpa negligentes, cada um com os seus pressupostos próprios e que se não esgotam nos pressupostos do dolo e da negligência como conformadores dos tipos subjectivos de ilícito, que são também. A argumentação não é, pois, concludente. Mas importa reconhecer que nela se contêm elementos ou sugestões que exigem uma consideração particular e que estão, na verdade, quando as coisas se vêem mais de perto, na base de alguns dos desenvolvimentos mais recentes da doutrina da culpa. São alguns destes desenvolvimentos que agora — de forma, ainda aqui, sincopada e lacunosa, visando mais sugerir do que demonstrar — passarei a considerar.

2. Uma revisão que se quisesse completa e fundada da temática da culpa jurídico-penal não poderia furtar-se a uma opção terminante em matéria

de *conteúdo material* do conceito de culpa jurídico-penal. Teria, por outras palavras, de dizer e justificar, de forma concludente, se conteúdo da culpa é a vontade antijurídica realizada, a personalidade do agente expressa no facto, a atitude interna que lhe preside e o fundamenta ou a própria realização do ilícito-típico apesar da permeabilidade do agente ao apelo normativo. E convir-se-á sem dificuldade que as soluções de concretos problemas que apelam para a culpa jurídico-penal poderão acabar por se revelar — sem conceitualismo insuportável — função das posições que naquela sede se tomem.

Não me demorarei, todavia, em demasia sobre este tema. Continuo a pensar que, do ponto de vista da filosofia jurídico-penal, bem como — por mais estranho que pareça — da perspectiva político-criminal, é importante decidir se o pensamento da culpa jurídico-penal aceita como seu ponto de partida a liberdade da pessoa ou antes a sua “necessidade”. E posta a questão, só posso responder-lhe no sentido da primeira alternativa: a liberdade, como característica da pessoa, é o *pressuposto* irrenunciável de toda a culpa jurídico-penal e do modelo político-criminal próprio de um Estado de Direito democrático. Só assim se pode falar da dignidade pessoal como o valor mais alto e o bem mais digno de protecção de toda a ordem jurídica constitucional.

Esta, porém, é uma questão — uma questão de “pressuposto”; outra diversa (e, de um ponto de vista prático-normativo, bem mais importante) a de saber se é legítimo transferir uma tal liberdade para o conteúdo material da culpa e concebê-la como um mau uso, feito pelo agente, do seu *liberum arbitrium indifferentiae*, do seu poder de agir de outra maneira na situação. A resposta a esta pergunta não pode deixar de ir no sentido de uma negativa rotunda: nem a existência de um tal poder pode

ser aferida em situação; nem, quando o pudesse ser, as consequências que dela deveriam ser retiradas dariam resposta minimamente suficiente às exigências político-criminais, correctamente entendidas, que devem ser dirigidas ao princípio da culpa. Sobre tudo isto tive eu já ocasião de me pronunciar em pormenor e e em mais que uma ocasião;¹⁴⁸ e às conclusões que então logrei¹⁴⁹ não me sinto na necessidade de acrescentar ou retirar o que quer que seja.

Fica deste modo definitivamente condenada a tese da “culpa da vontade”, que queria ver no poder de agir de outra maneira em situação o conteúdo da culpa jurídico-penal e, por aqui, o seu critério e a determinante da sua medida concretos. Como condenada fica qualquer concepção de culpa que teime em repousar num critério *ético-individual*, para o qual só relevasse o condicionamento efectivamente existente na pessoa do agente e no momento do facto e em nada relevassem as exigências ético-sociais da comunidade e da sua ordem jurídica; com o argumento (improcedente) de que, de outro modo, se negaria o carácter “ético” da culpa e se cairia numa confusão inextricável entre os juízos de ilicitude e de culpa jurídico-penais.¹⁵⁰ Toda a culpa jurídico-penal é, na acepção aqui propugnada, uma culpa *ético-social*, comandada por critérios *pessoais-objectivos*, vale dizer, pelas exigências de conformação que a comunidade e a sua ordem jurídica podem ainda legitimamente fazer à pessoa do agente sem com isto pôr em causa a sua dignidade pessoal, mas antes justamente em nome dela.¹⁵¹

Que, a partir daqui, se defenda que em direito penal o agente tem que responder, a título de culpa, pela personalidade ético-socialmente censurável documentada no facto,¹⁵² pela atitude interna face ao dever-ser jurídico-penal que no facto exprimiu e o fundamen-

ta;¹⁵³ ou directamente pelo ilícito-típico cometido na base do poder de agir de outra maneira que — através da abstracção da situação concreta e a correspectiva generalização para o poder que do homem do tipo concreto do agente, ou mesmo do “homem médio” — a ordem jurídica dele espera ou exige (e não é outra coisa de essencialmente diferente, da perspectiva aqui relevante, a “permeabilidade do agente ao apelo normativo” de que agora fala Roxin);¹⁵⁴ que as coisas se concebiam de uma ou de outra forma, é decisão do maior relevo para a compreensão das relações teóricas que intercedem entre liberdade e culpa,¹⁵⁵ mas que possui efeitos em larga medida coincidentes para as grandes decisões político-criminais e sistemáticas que nesta sede deviam ser tomadas. Porque qualquer delas acaba por confirmar o ponto de vista segundo o qual a essência e o critério da culpa são entidades pessoais objectivo-socialmente (e não subjectivo-individualmente) determinadas.¹⁵⁶

Por mim, continuo a pensar que o conteúdo material da culpa jurídico-penal se apreende pelo melhor quando se combinam as idéias de que toda a culpa é culpa da atitude interior (*Gesinnungsschuld*) e, do mesmo passo, ter que responder pela personalidade documentada no facto e que o fundamenta. Desta forma se acorre à crítica — de outro modo procedente — de que a afirmação segundo a qual a culpa é culpa da atitude interna “não vai, substancialmente, para além do carácter formal da censurabilidade”.¹⁵⁷ Pelo contrário, deve afirmar-se que esta concepção, ligada à idéia de que também a culpa jurídico-penal é oferecida através de tipos-de-culpa, dá claramente a perceber que o que se censura em direito penal é a circunstância de o agente ter documentado no facto — no facto que é “expressão da personalidade” — uma atitude de contrariedade ou de indife-

rença (no tipo-de-culpa doloso) ou de descuido ou de leviandade (no tipo-de-culpa negligente) perante a violação do bem jurídico-protégido. E que o agente responde, na base desta atitude interior, pelas qualidades jurídico-penalmente desvaliosas da sua personalidade que se exprimem no facto e o fundamentam.

“Que, atrás desta visão do conteúdo material da culpa, esteja uma concepção, como a que venho defendendo,¹⁵⁸ sobre a liberdade como característica irrenunciável de toda a pessoa humana, como um “ser livre” ou um “princípio pessoal” enquanto modo característico de toda a realização humana; ou antes uma concepção mais céptica sobre a liberdade, que não afirma nem a nega, antes a aceita apenas como “postulado político-criminal dirigido ao juiz”,¹⁵⁹ como “proposição normativa de que um homem, cuja capacidade de comando psíquico permanece, numa determinada situação, intacta, pode agir livremente, porque a imagem espontânea que tem de si mesmo o homem normal assenta nesta consciência de liberdade e porque não é possível um ordenamento da vida do homem em sociedade que faça sentido sem uma atribuição recíproca de liberdade”,¹⁶⁰ que seja de uma ou de outra forma é coisa que, em meu modo de ver, conduz a uma diferença teórica importante (a de que, no primeiro caso, a culpa é uma “realidade” do existir humano, enquanto, no segundo, do que se trata é simplesmente de uma “suposição que assegura a liberdade”¹⁶¹ — uma “liberdade” também ela “suposta”!), mas não a qualquer divergência prático-normativa incontornável.

Não o entende assim Roxin, que acusa a minha concepção — crítica esta extensível, de resto, a todas as que vêem o conteúdo material da culpa em ter o agente que responder pela personalidade — de sossobrar perante o problema da *inimputabilidade*; ainda e sempre na base da contradição¹⁶² que à luz daquela

concepção, para a qual a liberdade é uma característica de todo o modo de ser humano, residiria em se considerar inimputável o doente mental, mas já imputável, por exemplo, o agente onerado por uma pesada tendência para o crime, por um deficiente desenvolvimento espiritual ou moral, ou mesmo por um estado de afecto derivado de uma situação conflitual duradoura. A esta objecção — que, desde o momento em que formulei a minha concepção, senti como inevitável — tenho eu respondido¹⁶³ que, se bem que de um ponto de vista dogmático não haja óbice a que a inimputabilidade seja contabilizada entre as causas de exclusão da culpa, todavia ela surge materialmente numa vertente diversa daquela em que se inscrevem a falta não censurável de consciência do ilícito e a inexigibilidade: a inimputabilidade constitui, mais que uma causa de exclusão, um verdadeiro *obstáculo* à determinação da culpa. E isto porque o chamado substrato biopsicológico da inimputabilidade — principalmente uma anomalia mental, mas mesmo também uma idade jovem —, aliado a um certo efeito sobre a personalidade, destrói as conexões reais e objectivas de sentido que ligam o facto à pessoa do agente, a tal ponto que o seu acto pode ser “explicado”, mas não pode ser “compreendido” como “facto de uma pessoa”.

Roxin opõe, por um lado, a impossibilidade — e, de todo o modo, a inconveniência — de se introduzir por esta via a exigência de um acto “de comunicação pessoal” entre o juiz e o arguido, que não cabe nos pressupostos da concepção da culpa de que se parte, nem será viável em certas hipóteses e surgirá, em todos os casos, como necessariamente subjectivo; e, por outro lado, a circunstância de situações se poderem dar em que a inimputabilidade não furta a personalidade à compreensão do juiz, nomeadamente situações em que aquela

resulta de uma falta de inibições. Mas estas objecções não me parecem decisivas. E a categoria normativa (não necessariamente naturalística ou natural) da *incompreensibilidade* do facto como facto do agente, traduzida na impossibilidade de apreensão das conexões *reais e objetivas* de sentido que ligam o facto à pessoa, que constitui o verdadeiro critério da inimputabilidade:¹⁶⁴ aquela incompreensibilidade não afecta a qualificação do facto como ilícito-típico, mas impede em definitivo a sua qualificação como culposos, sobretudo à luz de uma culpa como o ter que responder pelas qualidades desvaliosas da personalidade que no facto *se exprime* e o *fundamentam*. Quanto aos factos que têm na sua base um estado duradouro de afecto — e que, nesta acepção, podem na verdade imputar-se a uma “falta de inibições”, — uma de duas: ou o estado de afecto se liga a uma anomalia psíquica determinante da inimputabilidade — e então é a anomalia psíquica, não o estado de afecto, que obsta à comprovação da culpa; ou não se liga e então a exclusão da culpa não pode ocorrer por via da inimputabilidade, mas só (eventualmente) pela da inexigibilidade”.¹⁶⁵

3. Dito isto, abre-se, porém, um largo campo de discussão à roda de opções dogmáticas fundamentais, tanto sobre o tipo-de-culpa, como sobre as causas de exclusão da culpa.

a) No que toca à *construção dos tipos-de-culpa*, uma das questões à qual — até pelas consequências sistemáticas fundamentais que acarreta — tendo a atribuir maior relevância é a que (espero que com propriedade) poderei chamar da *congruência* entre tipos-de-ilícito dolosos e negligentes, por um lado, e tipos-de-culpa dolosos e negligentes, por outro lado. Mesmo naqueles autores — e já avancei antes, sob V,

3, serem eles hoje porventura maioria, depois que amainou a controvérsia entre adeptos e adversários da doutrina da acção final — que defendem que dolo e negligência não esgotam o seu significado ao nível do tipo-de-ilícito, antes relevam também para a culpa; mesmo nesses autores, é indiscutivelmente maioritária — quando não mesmo praticamente unânime — a opinião segundo a qual é total a acima questionada “congruência”. O que vale por dizer que a linha fronteira que, em sede de tipo-de-ilícito subjectivo, tenha sido traçada entre dolo e negligência, já em nada deve (ou porventura mesmo pode) ser corrigida na construção dos respectivos tipos-de-culpa, verificando-se uma sobreposição perfeita entre uns e outros. Esta opinião está, porém, muito longe de ser líquida e não é, porventura, mesmo a melhor.

A sua questionabilidade logo se intui quando se repare que faltam completamente pontos de vista — teleológicos, funcionais e racionais — capazes de evitar que em sede de tipo-de-ilícito, dolo e negligência se *sobreponham* numa certa parte da sua extensão. Quando, por um lado, definimos a negligência, nesta sede, como violação de um dever objectivo de cuidado, não deve ser isto servir para obnubilar o bom fundamento da asserção de que também o facto (ilicitamente) doloso viola um dever objectivo de cuidado;¹⁶⁶ o que logicamente significa que, se quisermos traçar uma fronteira nítida entre dolo e negligência, o elemento decisivo há-de ser procurado naquele e não nesta. Só que, por outro lado, qualquer dos elementos de que se lance mão para traçar a fronteira do dolo-do-tipo confinante com a negligência-do-tipo é irremediavelmente polissémico, sobrepõe-se a elementos da negligência e, sobretudo, não pode com sentido ser posto em correlação com a essência do dolo-da-culpa. Fale-se na verdade, a propósito do dolo-

do-tipo, de finalidade (actual) ou de vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo, qualquer destes elementos, na sua máxima extensão pensável, abarca os casos em que o agente se representou como *possível* a realização;¹⁶⁷ representação esta que, como se tem considerado indiscutível, está igualmente presente em hipóteses que devem ser punidas a título de negligência.

A solução para a dificuldade residiria em encontrar um critério de delimitação daquela vontade ou finalidade que, servindo para definir a fronteira entre dolo e negligência, ainda pudesse ser imputado com sentido ao tipo-de-ilícito. Mas essa tarefa revela-se de cumprimento impossível. Seja qual for a fórmula que se decida eleger como preferível em matéria de dolo eventual — e o legislador português optou, como é sabido, pela fórmula dita da “conformação do agente com a realização do tipo-de-ilícito objectivo” (art. 14º, n. 3, do CP) —, ao menos nos casos mais difíceis e duvidosos não é possível lograr uma afirmação do dolo teleologicamente fundada sem apelar, em último termo, para a *indiferença* do agente perante a realização do tipo,¹⁶⁸ o que remete a questão para a *espécie de atitude interior* plasmada no facto e que o fundamenta e, deste modo, para a matéria relativa à culpa jurídico-penal. A razão está em que, vistas as coisas de uma vertente, a qualificação do dolo como eventual não pode depender apenas da afirmação de um elemento psicológico (volitivo) que se inscreve legitimamente ainda no plano do tipo-de-ilícito subjectivo, mas tem de depender também de um elemento emocional que se inscreve já no tipo-de-culpa.

É minha opinião, pois, que, em sede de tipo-de-ilícito subjectivo a distinção entre dolo, como conhecimento e vontade de realização do tipo-objectivo, e negligência, como violação do dever objectivo de cuidado, não pode obstar

à aceitação da existência de uma zona comum aos dois tipos subjectivos de ilícito e onde, por conseguinte, qualquer deles pode ser afirmado; ficando a sua distinção nestes casos — nos casos que põem em causa a distinção entre dolo eventual e negligência consciente — em último termos dependente de considerações de *culpa* jurídico-penal.

b) Um outro ponto em que uma exacta delimitação entre o tipo-de-ilícito subjectivo e o tipo-de-culpa entra de certo modo em crise tem a ver com a problemática do *erro* (censurável). A questão contende, *na sua expressão sistemática*, com saber se a problemática do chamado erro que exclui o dolo (artigo 16º do CP) pode ser definitivamente decidida ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo — como é hoje doutrina praticamente indiscutida pelos autores que aceitam a existência de um tal tipo; ou se, pelo contrário, essa problemática contende ainda, sempre ou em certos casos, de uma forma autónoma e constitutiva, com a questão da culpa. Tenho por exacta a segunda alternativa; e talvez que ao considerá-la eu possa esperar que se torne mais clara a minha posição em toda a matéria respeitante à culpa jurídico-penal.

Sempre defendi que a temática do erro é, e só pode ser, especificamente atinente à culpa: o problema do erro é, em todas as suas formas de relevância, um problema de culpa jurídico-penal, radicando aquelas diversas formas e a sua diferenciação, em último termo, em considerações de culpa material¹⁶⁹. Mas nem por isso me sinto vinculado, partindo dali, a sustentar que — de forma paralela à que acabei de defender em matéria de dolo eventual — os problemas do erro não podem nunca ser decididos logo em sede de tipo-de-ilícito. Tal como, *v.g.*, a distinção entre dolo directo e negligência pode receber solução definitiva logo naquela sede,

nada *a priori* exclui que isso possa igualmente acontecer com certas formas de erro e que, nestas, a sua refracção ao nível dos tipos-de-culpa seja só mediata e, em todo o caso, não autónoma.

É isso que, em meu juízo, efectivamente sucede com o erro sobre a factualidade típica, a que se refere a 1ª parte do art. 16º, n. 1, do CP. Nestes casos, o erro versa sobre um elemento constitutivo do tipo-de-ilícito objectivo e não permite, em consequência, que se verifique a congruência indispensável entre este e o tipo-de-ilícito subjectivo doloso.¹⁷⁰ O dolo fica, pois, logo aqui excluído, não sendo em caso algum possível que um tipo-de-culpa doloso viesse a ser afirmado. Coisa diversa se dirá, porém, de todas as outras hipóteses de erro que o art. 16º, ns. 1 e 2, equipara ao erro sobre a factualidade típica: o erro sobre proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, e o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto, e o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a culpa do agente. Em todos estes casos, o dolo-do-tipo não pode deixar de ser firmado, pressuposto que o agente tenha actuado com o conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo que o art. 14º do CP requer. É verdade que também estas espécies de erro, como expressamente o indica o referido art. 16º, excluem o dolo, em perfeita paridade com o que sucede com o erro sobre a factualidade típica em sentido estrito; isso sucede, porém, não porque o dolo-do-tipo fique em tais hipóteses excluído, mas por considerações de culpa material que conduzem a negar que o agente tenha exprimido no facto uma atitude interior contrária ou indiferente à violação dos bens jurídicos.¹⁷¹ Numa palavra, isso sucede só porque o tipo-de-culpa doloso fica excluído¹⁷² e, com ele, a punição do agente a esse título.

4. É, no entanto, quando se afronta a temática das *causas que excluem a culpa* que se suscitam os mais difíceis problemas dogmáticos com que, nos nossos dias, a doutrina do crime se vê defrontada e aqueles que mais funda influência podem exercer (e vêm na verdade exercendo) no figurino sistemático com que aquela doutrina se pretende apresentar. Este juízo vale, sobretudo, para a consideração dos fundamentos político-criminais e dogmáticos da teoria da *inexigibilidade*.¹⁷³

a) É sabido que a doutrina de acção final, na formulação que lhe foi conferida por Hans Welzel, operou um sensível esvaziamento da categoria da culpa jurídico-penal relativamente à concepção normativa anterior; sustentando que só assim ela corresponderia, de forma pura, à sua verdadeira essência de *juízo de censura*, dirigido pela ordem jurídica ao agente por ele ter agido contra a norma, quando devia e podia ter-se deixado motivar por ela. Não pertencendo à categoria da culpa quaisquer elementos relativos ao dolo e à negligência, daquela fariam parte tão-só a imputabilidade, a consciência (potencial) do ilícito e a exigibilidade legal de outro comportamento.¹⁷⁴

Há quase trinta anos atrás, um dos mais estrénuos defensores da doutrina de acção final, Reinhart Maurach, operou um novo esvaziamento da categoria relativamente ao que resultava já na concepção welzeliana; para tanto intercalando no sistema, entre os elementos da tipicidade e da ilicitude de um lado, e o da culpa de outro, uma nova categoria: a da *Tatverantwortung* ou (em tradução literal) da *responsabilidade pelo facto*. E fê-lo, importa sublinhar, não em nome de considerações construtivo-sistemáticas retiradas da concepção final da acção ou a ela ligadas, mas invocando razões político-criminais e de funcionalidade do sistema. Logo por isso a análise desta concepção assume,

no contexto das nossas considerações, plena justificação.

O argumento político-criminal mais interessante em que repousa a doutrina da responsabilidade pelo facto reside no seguinte: em que situações há, atinentes ao elemento dito da “inexigibilidade”, como tal tradicionalmente consideradas causas de exclusão da *culpa* — e que por isso, logo por razões sistemático-conceituais, seriam de todo estranhas (no sentido de “inaplicáveis”) ao direito das medidas de segurança, máxime aos inimputáveis —, que devem afinal ser aferidas relativamente à aplicação tanto de uma pena como de uma medida de segurança; e que acabam assim por se revelar como pressuposto (ao menos “negativo”) de aplicação não só daquela como desta. A razão para tanto residiria em que, em tais situações — pense-se nomeadamente no facto cometido em estado de necessidade desculpante, ou em excesso de legítima defesa não censurável (arts. 35º e 33º, n. 2, do nosso CP) —, o comportamento contrário à norma é “perdoável” ou “desculpável” relativamente a *toda e qualquer pessoa* (isto é, *em geral*) e nada tem a ver com o agente concreto ou com as suas específicas condições endógenas e pessoais: numa palavra, não releva em sede de *culpa*. Mas uma vez que, nem por ser assim, têm tais situações relevância ao nível do juízo de ilicitude,¹⁷⁵ no sentido de este poder ser face a elas negado, forçoso seria concluir que elas devem ser imputadas a uma categoria intermediária entre a ilicitude e a culpa, justamente a categoria da *responsabilidade pelo facto*.¹⁷⁶

A crítica a esta argumentação tem seguido a linha de considerar improcedente tanto o ponto de partida como a conclusão. Assim, diz-se, tem razão Maurach ao argumentar que a razão da impunibilidade de quem age em situação de inexigibilidade legalmente reconhecida é diferente da que cabe a quem

age em estado de inimputabilidade ou de falta de consciência do ilícito não censurável; porque no primeiro caso a situação não exclui a culpa individual, antes a diminui só de forma sensível, tornando o facto indigno ou não carecido de pena. Todavia, acrescenta-se, mesmo quem tenha agido numa situação tal deve poder ser objecto da aplicação de uma medida de segurança, se, apesar daquela, o agente se revelar perigoso: a relevância (eventual) de uma tal situação para aplicação de uma medida de segurança opera-se aqui pela via não da exclusão da culpa ou da responsabilidade pelo facto, mas pela da perigosidade que, ela sim, é condição *sine qua non* da aplicação de uma medida de segurança.¹⁷⁷

Seja porém como for quanto a este ponto, aduz-se ainda, a conclusão no sentido de intercalar a categoria da responsabilidade pelo facto entre os elementos da ilicitude e da culpa — ou de fazer daquela categoria, na expressão de Zipf, uma “fase que precede a culpa” — seria errónea. Exacto seria, pelo contrário, que nos casos que ali se têm em vista (e que continuarei a chamar, complexivamente e por razões de comodidade e brevidade de expressão, de casos de inexigibilidade) “tanto a ilicitude como a culpa [...] são inteiramente de afirmar”¹⁷⁸. Pelo que das duas uma: ou a nova categoria da responsabilidade pelo facto não tem razão de ser bastante, tudo cabendo numa compreensiva concepção da culpa; ou, quando ela deva ter lugar no sistema jurídico-penal, terá de posicionar-se como categoria “posterior” à culpa e não “anterior” a ela.

5. Na verdade, qualquer destas posições encontra hoje defensores na dogmática alemã e na sua construção do sistema jurídico-penal.

a) A primeira posição — a daqueles que consideram a categoria da respon-

sabilidade pelo facto como dispensável à construção do sistema jurídico-penal, tudo devendo resolver-se dentro da categoria tradicional da culpa — é largamente maioritária na doutrina alemã mais recente.¹⁷⁹ Ela louva-se fundamentalmente no argumento de que tanto as situações de inimputabilidade e de falta de consciência do ilícito não censurável, por um lado, como as de inexigibilidade, por outro, são *situações atinentes à culpa* do agente. Com uma diferença, todavia: no primeiro caso, tais situações tiram ao agente o poder (concreto) de agir de outra maneira e, por conseguinte, *excluem* a culpa; no segundo, o poder de agir de outra maneira persiste — e dir-se-ia por conseguinte que persiste a culpa. A verdade é porém, alega-se, que um tal “poder” se encontra nestes casos *extremamente reduzido*, pelo que extremamente reduzido se revela também o juízo de censura de que o agente se tornou passível: em casos tais a ordem jurídica “compreende” o facto e, em consequência, *desculpa* o agente em função da situação de necessidade em que actuou. Se um e outro dos tipos de situação são diferentes nos seus fundamentos, eles identificam-se na consequência: a negação da culpa, e devem, por isso (sobretudo num sistema teleológico, funcional e racional), ser imputados à mesma categoria dogmática na edificação do sistema.

Esta concepção das coisas é, a meus olhos, profundamente inconsequente e deve ser repudiada. Não consigo convencer-me de que o efeito sobre a culpa das situações de inexigibilidade deva, na realidade das coisas, ser mais débil ou mais distante do que o das de falta de consciência do ilícito não censurável,¹⁸⁰ e de que sobre esta diferença tenha o legislador erigido (ou deva erigir) diversas valorações. Se alguma diferença se pudesse estabelecer ela correria, como Maurach sustentava, em

sentido contrário, isto é, no sentido de um efeito *mais forte* da inexigibilidade sobre a irresponsabilidade do agente. Uma correcta determinação da incensurabilidade da falta de consciência do ilícito acabará por mostrar, porém, que ela radica *no mesmo fundamento* em que radica a inexigibilidade; a saber, em última análise, a persistência no agente, apesar do facto, de uma *atitude de fidelidade* a exigências ou a pontos de vista juridicamente relevantes e aceitáveis.¹⁸¹

b) A segunda posição — que, de certo modo ainda na esteira da consideração substancial avançada por Maurach, pretende acrescentar ao sistema a categoria da “responsabilidade pelo facto” (ou da “responsabilidade” *tout court*), colocando-a, todavia, num lugar sistemático que não precede a culpa, antes a ela se segue — é sustentada por Claus Roxin. Também para este autor, vistas bem as coisas, intercede uma diferença essencial entre, por um lado, a inimputabilidade e a falta de consciência do ilícito não censurável, que constituem verdadeiras causas de exclusão da culpa, e, por outro lado, as situações legalmente admitidas de inexigibilidade, onde se trata “não de uma exclusão da culpa, mas de uma exclusão da responsabilidade penal”.¹⁸² Na verdade, enquanto a inexigibilidade e a falta de consciência do ilícito não censurável excluiriam a permeabilidade do agente ao apelo normativo, outrotanto não aconteceria com as situações de inexigibilidade: nestas, o que se faria sentir seria simplesmente a ausência de “necessidades preventivas”, tanto gerais como especiais, a que houvesse que acorrer com a pena; e consequentemente a ausência de responsabilidade.¹⁸³ A “responsabilidade” é assim uma categoria integrante da doutrina do crime, que se segue à da culpa e que engloba os supostos determinantes da necessidade preventiva da punição.

Não contestarei, neste momento das minhas considerações, o bom ou mau fundamento de se considerar necessária à dogmática do facto e ao sistema jurídico-penal a existência de uma categoria que se siga à da culpa e que, comandada por considerações autónomas de prevenção, abranja os supostos que tornem o facto digno ou carecido de pena (cf. sobre isto *infra*, sob VII e VIII). O que me permito contestar é que para essa categoria — qualquer que seja o seu conteúdo de sentido dogmático e político-criminal e como quer que ela deva formalmente definir-se — devam ser remetidos os casos de inexigibilidade, enquanto os de inimputabilidade e de falta de consciência do ilícito não censurável seriam tratados na categoria tradicional da culpa.

Ouçamos o próprio Roxin quando se pronuncia sobre a doutrina de Maurach: “Em face do que foi exposto, é fácil ver que esta doutrina parte de uma observação exacta. Realmente, no caso do chamado ‘estado de necessidade desculpante’, bem como no caso do excesso de legítima defesa, a não punição não assenta em considerações acerca da culpa individual, mas sim na idéia de que, *em geral*, uma actuação que radica nessas situações não carece de ser punida”.¹⁸⁴ Mas se assim fosse — sublinho: *se* assim fosse — então não assistiria razão ao mesmo Roxin, quando acrescenta:¹⁸⁵ “É certo que, por via de regra, quando se verificarem os pressupostos do § 35 [estado de necessidade desculpante], um facto praticado por um doente mental não constituirá indício de perigosidade, ficando excluída, por este motivo, uma medida de segurança [...]. Mas se um homicídio, em si coberto pelo § 35, é cometido em circunstâncias que mostram que o doente mental é perigoso para a colectividade — por exemplo, porque ele fica ‘embriagado’ quando vê sangue —, então é inteiramente razoável aplicar-se uma medida de segurança”.¹⁸⁶

E não lhe assistiria razão por força da consideração seguinte: se as situações de inexigibilidade são tais que não permitem, em geral, a atribuição do facto à pessoa do agente, então também elas serão absolutamente inidóneas para, na sua base, se aferir da perigosidade ou ausência de perigosidade do agente. Dito de outra forma porventura ainda mais directa: *se* as coisas fossem assim, as razões que conduzem a que se não possa nem deva indagar da perigosidade se o agente não cometeu um ilícito-típico (v.g., porque actuou a coberto de uma causa de justificação), seriam, *em último termo*, as mesmíssimas razões que conduzem a que tal não deva ser possível também quando o agente actuou a coberto de um estado de necessidade desculpante. Porque, num caso como no outro, o facto praticado não pode ser *atribuído* à pessoa do agente, não pode, se se preferir, ser *imputado* à sua *responsabilidade*. Outra coisa significaria, do meu ponto de vista, uma violação dos pressupostos do estado de direito, que não permitem a aplicação de medidas de segurança não delituais, isto é, não referidas ao facto, mas directamente dirigidas à pessoa do agente. Pelo que haveria então que concluir que só uma concepção como a de Maurach — ou, em alternativa, como a de Gimbernat¹⁸⁷, que engloba ainda a inexigibilidade (ou pelo menos algumas das suas principais manifestações) entre as situações de justificação e de negação do ilícito-típico — se adequaria à teleologia do problema e à funcionalidade do sistema.

c) Só que, em definitivo, não creio que seja assim à face da compreensão que a ordem jurídica *portuguesa* e o seu sistema legislativo possuem das situações de inexigibilidade. Com efeito, a lei portuguesa não desculpa aquele que “praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida,

a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro"; só o desculpa quando, para além dos referidos pressupostos, "não seja razoável exigir dele, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente" (artigo 35º, n. 1)¹⁸⁸. E do mesmo modo — mas porventura ainda mais claramente — a lei portuguesa não desculpa quem usar de "excesso dos meios empregados em legítima defesa", "se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto"¹⁸⁹; só o desculpa se a perturbação, medo ou susto forem "não censuráveis". Ora que significado deve atribuir-se a estas estatuições legais no contexto das nossas preocupações?

A consequência a retirar dali é pura e simplesmente a de que não é exacto, no ordenamento jurídico português, o argumento básico de toda a concepção em exame, segundo o qual a impunidade que resulta das situações de inexigibilidade legalmente aceites constituiria um efeito de natureza *geral*, assente em outras considerações que não as da culpa individual. Tal significaria, na verdade — como insuperavelmente o formulou uma vez Eduardo Correia, justamente a este propósito —, "fazer funcionar o efeito [nos preceitos legais] previsto desligado da sua razão de ser".¹⁹⁰ Pelo contrário, tem de afirmar-se que o afastamento da punibilidade fica ali a dever-se sempre, em último termo, a considerações retiradas das circunstâncias *concretas* do facto e do seu agente, que fazem que *in casu* não seja razoável exigir dele outro comportamento, ou que a perturbação, medo ou susto que dele se apossou seja não censurável. O denominador comum de tais considerações reside, em minha análise, na circunstância de que, apesar do ilícito-típico praticado, se demonstra a *persistência no agente de uma atitude de fidelidade ao direito* que afasta a fundamentação do facto numa atitude pessoal juridicamente desvaliosa ou em

qualidades juridicamente desvaliosas da sua personalidade. Mas seja esta ou outra a explicação material aqui cabida, uma coisa se torna deste modo inquestionável: a de que a impunidade fica a dever-se sempre, numa palavra, a considerações de *exclusão da culpa*.¹⁹¹

Por ser assim é que nestas hipóteses se justifica, em último termo, que ao inimputável, que actuou no quadro (objectivo) de situações tais, possa ainda vir eventualmente a ser aplicada uma medida de segurança¹⁹²; porque relativamente a ele, em virtude de o substrato biopsicológico que o afecta ser tal que torna incompreensível o facto como facto de uma pessoa, não tem qualquer sentido perguntar se era de exigir um comportamento diferente ou se o estado de afecto asténico em que actuou é desculpável; por isso se pode passar à análise da perigosidade, sem com isto ofender princípios do estado de direito e sem pôr em causa a função de garantia que também os pressupostos de aplicação de uma medida de segurança são chamados a desempenhar.

Da mesma forma — como agora se terá tornado já compreensível —, e pelas razões expostas,¹⁹³ o erro de um inimputável sobre a factualidade típica que exclui o dolo deverá impedir (a menos que tenha praticado um ilícito-típico negligente abstractamente punível) que nessa base seja aferida a sua perigosidade e lhe seja eventualmente aplicada uma medida de segurança¹⁹⁴. Mas a aferição já se tornará possível se o inimputável tiver errado sobre a proibição, ou sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente.¹⁹⁵

6. A conclusão a retirar do que fica exposto é a de que, sem devermos regatear homenagem aos esforços da doutrina mais recente para aprofundar a temática relativa à culpa jurídico-penal, a posição e o sentido que esta

categoria assumia tradicionalmente no sistema normativo tem — com a nova compreensão do seu conteúdo e da sua função que aqui lhe é assinalada — boas razões para se manter no quadro de um sistema teleológico, funcional e racional do direito penal. E que esta convicção só se reforça quando se tenham em vista, como de resto é indispensável a todo o trabalho do jurista português, os dados legislativos relevantes que individualizam o direito penal nacional a este propósito. Desta maneira fica, do mesmo passo, afastada a invencível dificuldade que, com razão, se opõe à posição de Roxin em matéria de “responsabilidade”: a de nela juntar duas idéias rectoras — a da “culpa” e a das “necessidades preventivas” —, que se igualariam no seu efeito comum de afastarem a responsabilidade sempre que uma delas se não verificasse *in casu*, apesar de se tratar ali de idéias diferentes na sua substância ou materialidade, na sua justificação político-criminal, na sua estrutura, na sua teleologia e (consequentemente) na sua função no sistema.¹⁹⁶

VII

1. Uma revisão do estado actual da doutrina do crime, à luz, nomeadamente, do pensamento jurídico-penal de índole teleológica, funcional e racional, não poderá considerar-se completada antes que preste atenção à categoria dos *pressupostos (adicionais) de punibilidade* de que, na construção sistemática tradicional, fecha a abóbada do sistema. E, no entanto, mal se torna possível encontrar, no inteiro pensamento jurídico-penal, capítulo que, até há bem pouco, mais defraudasse pela sua inconclidência. Quem se sinta seduzido pelo ingente esforço, a que logo no início deste estudo aludi, de abstracção, mas ao mesmo tempo de racionalização, que representa a doutrina do crime nos

capítulos da acção, da tipicidade, da ilicitude, da culpa, não evitará um sentimento de perplexidade e frustração, ao deparar-se com o tratamento do capítulo relativo aos ditos pressupostos adicionais da punibilidade anterior à construção teleológica, funcional e racional.¹⁹⁷ Décadas de especulação doutrinal levaram só à bem pobre conclusão (*negativa*) de que ali se trata de um conjunto de pressupostos que, se bem que se *não* liguem *nem* à ilicitude, *nem* à culpa, todavia decidem ainda da punibilidade do facto.¹⁹⁸ E que, juntando as chamadas “condições objectivas de punibilidade”¹⁹⁹ às “causas de exclusão da pena”, englobaria elementos tão diferentes, na sua estrutura, no seu relevo político-criminal e no seu significado e função dogmáticos, como, por exemplo, a consumação ou a tentativa de suicídio no crime de incitamento ou ajuda ao suicídio (art. 135º, n. 1) ou a prática de um ilícito-típico no crime cometido em estado de embriaguez (art. 282º, n. 1); a impunibilidade de votos e opiniões parlamentares (art. 160º, n. 1, da CRP); o facto de o agente ser encontrado em Portugal quando o crime tenha sido praticado no estrangeiro [art. 5º, n. 1, alínea c), I]; a prova da verdade da imputação ofensiva da honra [art. 164º, n. 2, alínea b), e 165º, n. 2]; a desistência da tentativa (art. 24º e ss.); etc.

Em data recente, contudo, a questão da compreensão dogmática e político-criminal da última das categorias sistemáticas integrantes do conceito de crime passou a suscitar vivo interesse e cerrada discussão, se bem que, até ao momento, ainda se não divissem consensos amplos sobre a matéria. Em meu juízo desempenhou aqui papel proeminente a discussão à roda de uma concepção teleológica, funcional e racional da doutrina do crime. Sobretudo por força, como se viu já, da chamada de atenção por Roxin para uma categoria da *responsabilidade*, que englobaria,

para além da culpa, a necessidade preventiva, geral e especial, de punição, e da controvérsia que à volta desta proposta se estabeleceu. Mas também por força da atenção que, neste contexto, passaram a merecer os conceitos de *dignidade penal* e de *carência de tutela penal*; conceitos que, se bem que já conhecidos da doutrina anterior, assumem agora uma nova e até há pouco insuspeitada relevância na construção do sistema da doutrina do crime.²⁰⁰

Uma revisão da categoria da *punibilidade* como elemento constitutivo essencial do conceito de crime implica, antes de mais, que ela seja expurgada de situações que, ou têm a ver com o tipo-de-ilícito ou o tipo-de-culpa e relevam ainda a esses níveis, ou, no outro extremo, não têm a ver com o conceito de crime e a respectiva doutrina geral. Quanto ao primeiro caso, só uma análise dos tipos legais de crime (ou tipos-de-delito) da Parte Especial — que aqui, obviamente, não pode ser feita ou sequer ilustrada — poderá conduzir a determinar o que são ainda elementos típicos, pertencentes ao ilícito ou à culpa, e o que são pressupostos de punibilidade.²⁰¹ Mas também é verdade que o resultado desta indagação (como sempre acontece nos problemas jurídicos complexos de qualificação) dependerá em alguma medida da — digamos — “pré-compreensão” que se tenha do que seja o sentido e a essência daqueles pressupostos. Quanto ao segundo caso — e para além da distinção entre pressupostos de punibilidade, por uma parte, e pressupostos processuais e de procedibilidade, por outra²⁰² —, parece claro, por exemplo, que um requisito (quase sempre referido neste contexto²⁰³) como o de o agente ser encontrado em Portugal quando deva ser julgado por crime cometido no estrangeiro é um pressuposto de aplicação da lei penal portuguesa no espaço, mas não um “pressuposto de punibilidade” com o sentido e

a função agora questionados de elemento constitutivo do conceito de crime.

Cumprido este nível de rarefacção do conceito de pressuposto de punibilidade, fica ainda, todavia, um largo campo de investigação, e certamente de dissenso. Partindo da concepção tradicional (negativa) — que é em todo o caso aquela, havemos de convir, que melhor se adequa à semântica do requisito questionado —, dir-se-á que pressuposto de punibilidade é todo o elemento que, não relevando ao nível do tipo-de-ilícito ou do tipo-de-culpa, todavia torna o facto susceptível de provocar um efeito ou consequência jurídica, tornando possível que esta se desencaide. Mas, dito isto, surgirá a pergunta crucial: qual é a *consideração material* que dentro desta categoria actua, conferindo-lhe unidade e consistência teleológica e fundamento político-criminal?

A resposta mais clara até hoje dada à questão posta é a avançada agora por Roxin: a inteira categoria dos autênticos pressupostos de punibilidade — seja sob a forma de “condições objectivas de punibilidade”, seja sob a de “causas de exclusão da pena” — é dominada pela idéia básica da prevalência de imposições de finalidades extrapenais; é, por outras palavras, expressão de que, em tais casos, uma ponderação entre imposições finais extrapenais, por um lado, e as carências de punição, por outro, conduzem a que aquelas prevaleçam sobre estas.²⁰⁴ Decerto, uma tal explicação não colhe perante muitas e importantes situações que até aqui prevalentemente se contavam entre os pressupostos de punibilidade, nomeadamente a desistência da tentativa e a generalidade das situações que um CP como o português crisma como de “isenção de pena”.²⁰⁵ Mas isso — responde Roxin — só porque tais situações não configuram em definitivo verdadeiros pressupostos de punibilidade, antes causas

de exclusão da “responsabilidade” na vertente da desnecessidade preventiva da punição.²⁰⁶

Face ao que ficou dito, sob VI, 4, acerca da doutrina roxiniana da responsabilidade, torna-se porém inevitável que levante reservas àquela doutrina também no que toca aos pressupostos de punibilidade. Se não vi razão bastante para juntar a culpa à necessidade preventiva de punição dentro da mesma categoria da “responsabilidade”, isso constitui sinal de que a concepção tradicional é, em meu parecer, de aceitar, ao menos na parte em que considera hipóteses como as de desistência da tentativa e, em geral, de isenção da pena como atinentes à categoria dos pressupostos de punibilidade. E se dever responder, perante esta asserção, à questão de saber qual é a idéia político-criminal e dogmática básica que dentro daquela categoria actua e lhe oferece unidade e consistência, a minha resposta irá no sentido de considerar que essa idéia é a da *dignidade penal*²⁰⁷. Deste modo fecharia eu a doutrina geral do crime, considerando que este se traduz sempre num *comportamento ilícito-típico, culposo e digno de punição*.

2. A idéia oferecida para fundamento da categoria, dogmática e político-criminal, dos pressupostos de punibilidade deve ater-se a uma decidida contradição, que procurará pôr em evidência, a níveis vários, as suas fraquezas e até mesmo as suas contradições.

Começará logo por afirmar-se que a idéia da dignidade penal, tanto no seu significado dogmático como político-criminal, é inadequada para ser posta como fundamento de uma só categoria integrante da doutrina geral do crime. O que ela constitui, sim — dir-se-á —, é um critério ou um princípio regulativo cujo significado não pode reduzir-se a uma só daquelas categorias, antes necessariamente se estende a *todas* elas:

pois torna-se evidente, logo à partida da construção, que só pode ser crime o comportamento que se revele digno de punição;²⁰⁸ o que significa que a dignidade penal é princípio regulativo de todas as categorias — antes de tudo do ilícito-típico²⁰⁹, mas também da culpa, da punibilidade — e, como tal, critério ubíquo e imanente à totalidade da doutrina geral do crime e do sistema respectivo.²¹⁰ Mas o argumento, por impressionante que se antolhe, não procede em definitivo. Decerto que a dignidade penal é um requisito co-natural ao crime como um todo e, por isso, princípio regulativo de toda a construção e de todo o sistema; tal como o é, por exemplo, a exigibilidade²¹¹, ligada à velha máxima *ad impossibilia nemo tenetur*. E todavia: tal como a exigibilidade, sendo princípio regulativo de todas as categorias constitutivas do crime, nomeadamente a do tipo-de-ilícito, não deixa de precipitar-se de forma específica e autónoma, enquanto princípio normativo ou decisório, na categoria da culpa jurídico-penal²¹²; assim também se deve aceitar que a idéia da dignidade penal, sem prejuízo da sua apreçoada ubiquidade e imanência, se assuma como elemento fundamentador e compreensivo *par excellence* da categoria dos pressupostos de punibilidade.

Dir-se-á em seguida, contra a concepção sustentada, que, sendo certo que considerações de dignidade penal estão já presentes nas categorias do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa, nada fica então como *characteristicum* dos pressupostos de punibilidade, quando também estes sejam iluminados e fundamentados por aquela mesma idéia.²¹³ Mas também esta crítica não parece definitiva. E para o sugerir bastará relembrar uma verdade tão velha como indiscutível, a saber, que o crime é, *sub specie realitate*, uma unidade; e que a construção geral do crime se baseia, para o bem e para o mal, em um pensamento

categorial-classificatório. Assim, pois, torna-se possível — e compreensível — que o significado da dignidade penal se não esgote nas categorias do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa (se bem que também nelas assumam significado) e se verta de forma autónoma em uma última categoria constitutiva do crime. O que, creio, se tornará ainda mais aceitável se se ponderar o seguinte: tal como disse suceder com a culpa, onde o facto ilícito-típico surge, em princípio, como culposos, também aqui se passa algo de análogo, mas em medida bem mais forte. O facto ilícito-típico e culposos é também, em regra, facto digno de pena. Mas pode suceder excepcionalmente que o não seja, se nele se não verificarem ainda pressupostos de punibilidade; pressupostos que têm a ver directamente com a dignidade penal do facto, com exigências de prevenção, geral e especial, que nele radicam, mas não esgotam o seu significado no tipo-de-ilícito ou no tipo-de-culpa.

A demonstração tornar-se-á, porventura, mais concludente se a iluminar com exemplos paradigmáticos, como julgo ser o da desistência da tentativa. Se não posso aceitar a posição de Roxin no que toca ao efeito dogmático e ao lugar sistemático que confere à desistência da tentativa — o da exclusão da responsabilidade —, já aplaudo sem reservas o essencial da sua concepção dos fundamentos dogmáticos e político-criminais da figura em questão. O que vale por dizer que também para mim, como para Roxin^{213a}, a impunibilidade da desistência se funda no regresso ao direito operado pelo agente e na consequente opção político-criminal do legislador de considerar que, em casos tais, o facto praticado não exige punição do ponto de vista da prevenção, geral ou especial. Mas a isto chamo eu justamente a *falta de dignidade penal do facto*. Trata-se nela, em último termo, de circunstâncias *do facto* (não da consequência jurídica, vale dizer, da

pena), que não tendo a ver com o tipo-de-ilícito²¹⁴ ou o tipo-de-culpa²¹⁵, todavia traduzem a falta de exigências preventivas que poderiam justificar que o efeito ou consequência jurídica se desencadeasse. Nesta acepção das coisas se verifica, na verdade, uma embrincação²¹⁶ dos conceitos de dignidade penal e de carência de tutela penal, na sua acepção tradicional; com a reserva, em todo o caso, sobretudo no que toca a este último conceito, de que eles funcionam ainda ao nível do facto (e por conseguinte da doutrina do crime) e como suas implicações, não ao nível da consequência jurídica (e por isso da doutrina da pena).

Se bem penso, o que acabo de defender para a desistência da tentativa posso e devo repeti-lo para algumas das situações²¹⁷ que o nosso CP considera como de “isenção” (não de “dispensa”!) da pena. Para aquelas situações em que do que se trata é de que o tipo-de-ilícito e o tipo-de-culpa concretamente verificados conferem ao total acontecimento uma *imagem global*, que, em função das exigências preventivas, fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal.

E o mesmo sucede, por último, em hipóteses de tipos legais contemplados na Parte Especial e nos quais tem sido apontada a existência de condições objectivas de punibilidade. Assim na hipótese do artigo 151º, onde o mesmo grau de ilicitude e de culpa do incitamento ou auxílio ao suicídio pode vir ou não a ser punido, consoante se tenha verificado ou não o suicídio consumado ou tentado. Quando, apesar do incitamento ou auxílio, o bem jurídico acabou por ser preservado, entende a ordem jurídica — bem, em minha opinião — que do facto efectivamente cometido se não desprendem exigências preventivas a que se torne necessário acorrer com a punição. O mesmo poderá ser repetido, de resto, para a hipótese do artigo 292º, quando a embriaguez do agente

acabou por não conduzir à realização de um tipo-de-ilícito.

Mais duvidosas são hipóteses²¹⁸ como as dos arts. 353º e 354º, quando se não verifique a condição, contida no art. 355º, n. 1, alínea a), de reciprocidade do Estado estrangeiro no tratamento penal de factos daquela espécie; ou como a dos crimes falimentares dos artigos 324º e segs., quando se não verifique a condição de a falência (ou a insolvência) vir a ser declarada; ou ainda como a das imunidades parlamentares (e outras análogas) relativamente à prática de certas espécies de crimes, nomeadamente de crimes contra a honra.

Não creio que esta última hipótese constitua, como diz Roxin, “o melhor exemplo de uma causa de exclusão da pena”²¹⁹. Tenho mesmo dúvidas, pelo contrário, de que se trate ali de uma tal causa, abonando-me antes na concepção tradicional segundo a qual se trata de *pressupostos de aplicação da lei penal* (“quanto às pessoas”, como era de uso dizer-se²²⁰). No que toca, por outro lado, à exigência de que se trate de Estado com o qual Portugal mantenha relações diplomáticas e que conceda reciprocidade no tratamento penal da ofensa ou do ultraje, para que estes sejam puníveis, não me oferece grande dúvida tratar-se ali de verdadeiros *elementos do tipo-de-ilícito objectivo*; tudo se passando como se os arts. 353º e 354º mandassem punir quem atentar contra representante (ou injuriar a bandeira) de Estado estrangeiro que mantenha relações diplomáticas com Portugal e conceda reciprocidade... Prova disso vejo-a eu na asserção de que, neste domínio, o erro sobre a factualidade típica respectiva deve excluir o dolo, nos termos do art. 16º, n. 1. No que respeita, por último, à questão dos crimes falimentares, julgo poder subsistir quanto a eles a minha consideração fundamental: do que se trata aí — na exigência de que sobrevenha a falência ou insolvência — é de circuns-

tâncias que, deixando incólume a realização culposa de um tipo-de-ilícito, são todavia portadoras de necessidades preventivas que desencadeiam, em definitivo, a punibilidade.

Estou absolutamente de acordo com Roxin em que, perante muitas das hipóteses referidas, são em último termo *imposições de fins extrapenais* que fundamentam a impunibilidade. Mas reconhecer isto não significa contestar que tais imposições de fins se traduzem em opções político-criminais que, por sua vez, são vertidas em categorias da doutrina geral do crime. Foi Roxin quem disse uma vez²²¹ (e, dizendo-o, abriu uma nova era no domínio da nossa disciplina e trouxe para o seu espaço tantas novidades que só agora começam a frutificar!) que as categorias da doutrina do crime não podem deixar de ser político-criminalmente cunhadas. Estou *ab imo* de acordo com essa afirmação e não consigo convencer-me de qualquer razão válida para que ela não valha também para a última categoria constitutiva da doutrina do crime e para que nesta se faça antes uma espécie de “importação directa” de imposições finais extrapenais para o âmbito jurídico-penal. É minha convicção, bem ao contrário, de que tais imposições finais extra-penais, onde quer que existam, se transformam em opções político-criminais que, através da idéia base da dignidade penal, são recebidas na categoria sistemática dos pressupostos de punibilidade. Neste contexto se pode talvez aproveitar a idéia luhmaniana de que o sistema é por vezes “irritado” por imposições finais providas de outros sistemas; mas que, perante uma tal situação, o sistema “interioriza” essas imposições extra-sistemáticas que perante ele surgem como “ambiente”.²²² E interiorizando-as, exprime, no caso aqui em apreço, essencialmente a idéia de que o comportamento é um tal que, para além do conteúdo do tipo-de-ilícito e do tipo-de-culpa, só sob tais pressupostos

adicionais se revela *na sua globalidade*, segundo o desvalor ético-social do seu substrato, comunitariamente insuportável.²²³ A importância que uma concepção deste tipo pode ter para compreensão da impunibilidade (ainda que não legalmente determinada de forma expressa, antes só judicialmente determinada) de casos ínfimos de *criminalidade bagatelar* parece evidente.²²⁴ Se bem que o tema, pela sua dificuldade e pela extensão enorme das suas implicações, não possa ser aqui tratado, fique ao menos registrada a minha convicção de que se trata, na via proposta, de um caminho bem mais seguro do que o de ensaiar critérios limitadores de interpretação dos tipos-de-ilícito respectivos, concretizadores ou não da conhecida cláusula da adequação social.²²⁵

VIII — “Punibilidade” — a categoria que, depois do que fica dito, pode assim ser cognominada para designar a última pedra do edifício do conceito de crime e da respectiva doutrina geral — é, sob um certo ponto de vista, um conceito equívoco. Face à sua expressão semântica poderia ser ele entendido, na verdade, como um requisito de cuja verificação dependeria em definitivo a efectiva aplicação de uma pena (ou eventualmente de uma medida de segurança). Não é assim, porém. Ele pretende traduzir apenas a idéia de que, uma vez presente, estão verificados no crime todos os pressupostos indispensáveis para que a punição possa desencadear-se. De tal modo que, em vez de dizer-se que os pressupostos de punibilidade condicionam a punição, melhor se dirá que, uma vez eles verificados, se perfecciona o *Tatbestand* (no sentido da Teoria Geral do Direito) que faz entrar em jogo a consequência jurídica (a *Rechtsfolge*) e a sua doutrina autónoma.

Pode acontecer na verdade que a punição acabe por não dever efectivar-

se, por razões que já não têm a ver com a doutrina do facto, mas autonomamente com a doutrina da consequência jurídica, com a doutrina da pena. A oposição que aqui desejo pôr a claro exprime-se de resto no nosso sistema legal, com meridiana clareza, através da contraposição, por exemplo, entre os casos de isenção da pena (que já vimos constituirem hipóteses de falta de punibilidade) e os de dispensa da pena, contemplados em geral no art. 75º do CP. Nestes últimos casos o facto (ou o crime, ou o *Tatbestand*) apresenta-se integralmente realizado, nada faltando, nem sequer a dignidade penal e portanto a “punibilidade”, à sua aptidão para desencadear a consequência jurídica. Esta, todavia, não sobrevém porque um tal efeito — a pena — não surge, perante as finalidades que deveria cumprir, como *necessário*.²²⁶

É possível, para traduzir a idéia mestra que nesta categoria actua, apelar para o conceito de *concreta dignidade punitiva*²²⁷; como é possível utilizar neste contexto, reformulando-o, o conceito que, juntamente com o de dignidade penal, vem constituindo a *crux* da mais moderna dogmática da doutrina do crime: o conceito de *carência de tutela penal*. Ponto é só que se torne claro que o conteúdo da idéia, qualquer que seja o nome que ao conceito se confira, é atinente já não à doutrina do facto ou do crime, mas à da consequência jurídica ou da pena. Por isso e correspondentemente, o conceito não deve ser conexionado com o “facto penal”, mas com a *punição* como tal; em vez de carência de tutela penal melhor se falará então de *carência punitiva*, carência de punição ou de pena.

A contraposição, que deste modo acabo de estabelecer, entre a “dignidade penal”, como idéia reitora da categoria da punibilidade do facto, e a “carência de pena”, como categoria actuante ao nível da consequência jurídica, não se

cobre com a distinção — hoje muito reclamada por certos autores, na esteira de Max Weber²²⁸ — entre uma “racionalidade axiológica” e uma “racionalidade finalística”; a primeira integrante da categoria da dignidade penal, a segunda da categoria de carência de tutela penal. Não se cobre com esta distinção, nem — como se compreenderá depois do que ficou dito antes sob II — em definitivo a pode aceitar. Qualquer das categorias em análise (como afinal *todas* as categorias jurídico-penais) é composta de elementos pertencentes àquelas duas racionalidades: a cunhagem político-criminal do sistema e das suas categorias fundamentais, tal como aqui vem sendo defendida, não significa a exclusividade (nem sequer a predominância) de programas finais; pois já as proposições político-criminais são axiologicamente fundadas e, nas suas conexões com o sistema, normativamente explicitadas. E se isto vale para a doutrina do crime, não vale em menor medida para a doutrina da consequência jurídica: também esta é político-criminalmente determinada, decerto, mas também ela o é na base de decisões axiológicas, de intencionalidades normativas e de critérios gerais de valor.^{229 e 230}

Já, porém, a distinção, que aqui pretendo levar a cabo, entre dignidade penal e carência de pena se pode em alguma medida confortar com a distinção que, proveniente da análise normológica, vem sendo feita entre “norma de valoração” (ou “norma de comportamento”) e “norma de sanção”²³¹. Não que eu queira, ao afirmá-lo, envolver-me na discussão, hoje renovada, acerca da distinção bindinguiana entre “norma” e “lei penal”, ou da distinção bierlingiana entre “norma primária” e “norma secundária”²³². Mas apenas sublinhar que, logo no plano da norma penal, na sua globalidade, se dá uma diferença, lógico-materialmente fundada, entre o segmento dirigido à carac-

terização do comportamento e o segmento reportado à caracterização da sanção. Ou, se quisermos transpor a idéia para um plano funcional-sistemático, sublinhar que o sistema do crime e o sistema da sanção se comportam como dois subsistemas de referência mútua e de complementação obrigatórias.

Neste sentido julgo poder afirmar, a concluir, que assim como a idéia da dignidade penal é o elo que liga e oferece consistência e sentido aos pressupostos de punibilidade do facto, o conceito de carência de pena é um dos operadores mais relevantes ao nível da doutrina da consequência jurídica, ligado como está às idéias da necessidade, da subsidiaridade e da proporcionalidade em sentido estrito, ou se quisermos, numa palavra, ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo. E não seria difícil mostrar como esta categoria tem uma palavra decisiva a dizer não apenas acerca do sistema das sanções como um todo, mas também sobre problemas específicos daquele sistema, nomeadamente sobre os da determinação da pena (quer enquanto determinação legal, quer enquanto medida da pena, quer enquanto escolha da pena).²³³

Assim termino as reflexões que me propus a fazer sobre o estado actual da doutrina do crime. Tratou-se nelas, assumo-o abertamente, sobretudo de uma tentativa de diálogo com a doutrina alemã. Mas quem queria despir-se de preconceitos, não poderá deixar de reconhecer que à dogmática alemã continua a pertencer o primeiro e indisputado lugar na construção da doutrina do crime; e que quem se disponha a desconhecê-la ou minimizá-la incorrerá no sério risco de avançar com reflexões que já foram feitas e, assim, de se situar num estádio já ultrapassado (se não caduco) da ciência global do direito penal. Um certo chauvinismo, hoje infelizmente de novo em moda, pretende prevenir contra o perigo de importações

“estrangeiradas” em geral e, em particular, recusar a predominância do referente alemão no direito penal português. O que a meus olhos — e ainda que guardadas as devidas proporções — é coisa tão irracional e sem sentido como se, por exemplo, o pensamento filosófico ocidental pudesse recusar como “estrangeirado” o referente da filosofia grega antiga ou do idealismo alemão!

Tudo isto vale também relativamente à construção de um sistema teleológico, funcional e racional do direito penal, que encontra em Claus Roxin o seu arquitecto principal e para a qual este estudo procurou modestamente contribuir. Seja qual for a posição que entenda dever tomar-se face a este *approach*, uma coisa me parece segura: a de que é mérito seu irrecusável ter trazido para dentro do sistema do “facto” ou do crime as valorações político-criminais, conferindo a estas predominância absoluta na construção. Falta agora reconhecer sem reservas, em minha opinião, precisamente em nome da mesma consideração básica, que o sistema do direito penal (diversamente o que as mais vezes parece pensar a doutrina alemã²³⁴ e, na sua esteira, as doutrinas que tomam aquela como referente privilegiado) não é só o (sub)sistema do crime, mas é também, ao mesmo título científico e mesmo com predominância prático-jurídica, o (sub)sistema da sanção ou da consequência jurídica. Se isto puder ser reconhecido sem tergiversações, abrir-se-á um novo e vasto campo de reflexão à própria doutrina do crime, com a qual ela terá, no futuro, muito a lucrar.

NOTAS

138. Como eu próprio o fiz em *Liberdade...*, cit. na nota 28, pp. 233 e ss. A situação persiste hoje com uma complexidade agravada.

139. E de que são claro testemunho as posições assumidas por exemplo por Binding,

Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, e por v. Liszt nas diversas edições do seu *Lehrbuch* (informa a propósito Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtlichen Schuldlehre*, Berlim: Schweizer, 1974, pp. 27 e ss. e 38 e ss.), e a áspera querela que a este respeito, por diversas vezes, entre eles se estabeleceu.

140. Exemplar a este propósito a cerrada contestação movida por Bettiol às posições da escola de defesa social em todas as suas formulações e que constitui tema recorrente na maior parte dos seus escritos: v. Bettiol, *Scritti giuridici*, Padova: Cedam, 3 vols., 1966, 1980. Instrutivo sobre a controvérsia F. Cavalla, *La pena comme problema*, Padova: Cedam, 1979, e “Les positions de la doctrine italienne au regard de la défense sociale nouvelle”, *RScC*, 1979, pp. 23 e ss.

141. Característica desta concepção das coisas se revela a exposição de Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, pp. 317 e ss.

142. A primeira das posições descritas pode encabeçar-se em Gimbernat Ordeig e Ellscheid e Hassemmer, a segunda em Jacobs. Sobre elas Figueiredo Dias, como na nota 28, e “Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa”, in C.E.J. (org.), *Jornadas de Direito Criminal*, I, 1983, p. 67. Criticamente, por último, também Roxin, “Culpa e responsabilidade. Questões fundamentais da teoria da responsabilidade”, *RPCC* 1, 1991, pp. 530 e ss. e 521 e ss., e agora, entre nós, Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a Sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 252 e ss.

143. Reforce-se (cf. notas 27 e 46) o mérito que, no esclarecimento desta forma de colocação do problema, assiste ao ensinamento de Roxin a partir do seu estudo publicado no *MSchrKrim*.

144. E vale efectivamente, entre nós, por imperativo jurídico-constitucional: CRP, art. 18º, n. 2.

145. Exactamente nestes termos também Roxin, como na nota 142, p. 531.

146. Cf. já, praticamente com as mesmas palavras, os meus escritos citados na nota 28, na esteira de igual conclusão de Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg: Müller, 1972, p. 41. Mas persisto igualmente em não considerar neces-

sário — nem muito menos exacto —, para fundar uma tal conclusão, sustentar, com Faria Costa, como na nota 142, p. 373, “que a pena tem um sentido e uma finalidade ético-jurídica essencialmente retributivos”.

147. O que, em si mesma considerada, é uma afirmação correcta: cf. Gallas, como na nota 9, p. 63, e o meu estudo citado na nota 142, p. 69.

148. Figueiredo Dias, como nas notas 3, § 10, 28, passim, e 142, pp. 64 e ss.

149. E que hoje, valha a verdade dizê-lo, se tornaram absolutamente dominantes (cf., por último, Roxin, como na nota 142, pp. 513 e ss.), só restando saber (sobre isto v. a seguir, em texto) se delas se retiram as consequências dogmáticas e sistemáticas que se impõem.

150. Assim todavia, de forma paradigmática, Armin Kaufmann, “Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum”, *Eb. Schmidt — FS*, 1961, p. 319.

151. Posição esta por mim desde sempre defendida — desde o meu primeiro trabalho citado na nota 130, pp. 64 e ss.

152. Assim Figueiredo Dias, como na nota 3, § 10, e *Liberdade...*, como na nota 28, pp. 155 e ss., com indicações bibliográficas concordantes (Heinitz, Engisch, Nowakowski e outros).

153. Assim Gallas, como na nota 9, p. 62; Jescheck, como na nota 17, § 38 II 5, e tb. Figueiredo Dias, como na nota 3, pp. 252 e ss.

154. Roxin, como na nota 142, pp. 524 e ss.

155. E que, como disse acima, aqui não reconsiderarei.

156. O que permite afirmar a Roxin, como na nota 142, p. 529 — com razão —, que “o conceito de culpa [por ele] defendido baseia-se [...] numa justificação social da pena e, nessa medida, assemelha-se à doutrina sustentada por alguns defensores da culpa referida ao carácter e ao conceito funcionalista de culpa de Jakobs”.

157. Roxin, como na nota 142, p. 516.

158. Como na nota 3, pp. 177 e ss., como na nota 28, passim, e, por último, “Le modèle ‘compréhensif’ de la doctrine du manque d’imputabilité en raison d’anomalie psychique”, *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milão: Giuffrè, I, 1991, p. 197.

159. Roxin, como na nota 27, p. 320.

160. Roxin, como na nota 142, p. 527.

161. A transcrição é do próprio Roxin, como na nota 142, p. 530, mas o itálico é meu.

162. Que (como eu próprio pus em relevo: *Liberdade...*, como na nota 28, p. 186) já Engisch, “Bietet die Entwicklung...”, *ZStW*, 66 (1954), p. 363, considerou uma “contradição radicada mesmo no fenómeno ético” e que por isso teria de ser suportada também no âmbito jurídico-penal.

163. Nos lugares referidos na nota anterior; e depois *Studi Nuvolone*, como na nota 158, pp. 211 e ss.

164. É esta categoria e não, imediata e propriamente, o “acto de comunicação” a levar a cabo pelo juiz, o qual traduz só o reflexo jurídico-processual do problema. Acto comunicacional susceptível (cf. agora, ainda que em contexto diferente, também Faria Costa, como na nota 142, pp. 490 e ss.) de assumir “objectividade contextual” em todos os processos penais relativos a imputáveis; afirmar que ele radicaria sempre na subjectividade do juiz significaria confessar que teríamos de renunciar a toda a pretensão de objectividade em qualquer decisão penal.

165. Asserção, esta, para a qual eu julgaria poder contar com a concordância do próprio Roxin, atentas as considerações que, num contexto análogo ao do texto, escreveu num seu estudo de 1979. Cf. Roxin, como na nota 53, pp. 294 e ss.; e depois o meu trabalho citado na nota 28, *Liberdade...*, pp. 270 e 274.

166. Fundamental a propósito Engisch, como na nota 101, p. 416. E na sua esteira, com insistência, Figueiredo Dias, como na nota 3, p. 20²⁵, e *Direito Penal*, sumários de lições copiografados, Coimbra, J. Abrantes, 1975, pp. 149 e 158 e ss., e agora Faria Costa, como na nota 142, pp. 251 e ss. e 317 e ss., ao defender que “a norma de proibição penal [...] se impõe como referente de um cuidado”.

167. Gallas, como na nota 9, pp. 57 e ss.; e já substancialmente no mesmo sentido Engisch, “Der finale Handlungsbegriff”, *Kohlrausch — FS*, 1944, pp. 154 e ss.

168. Como desde sempre venho afirmando (cf. desde logo a minha dissertação citada na nota 130, pp. 71 e ss.; e depois como na nota 3, p. 374¹⁸, *Dir. Pen.* como na nota anterior, p. 198, e como na nota 142, pp. 71 e ss.) na esteira de Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930: “indiferen-

ça defeituosa face à violação jurídica", "falta de resistência perante a violação jurídica representada". Cf. agora também, entre nós, Faria Costa, "Tentativa e Dolo Eventual", *Estudos E. Correia*, como na nota 6, pp. 700 e ss.

169. Podendo talvez mesmo afirmar ser esta e não qualquer outra a "tese" por excelência que defendi no meu estudo citado na nota 3.

170. Volto aqui à expressão — cunhada por Eduardo Correia, *Dir. Crim.*, como na nota 33, I, p. 389 — "erro sobre a factualidade típica" para significar que a situação será de todo o ponto diversa (e na verdade, nesses casos, equiparável à da falta de consciência do ilícito, regulada pelo art. 17º do CP) se o agente errar sobre a "qualificação" de um certo elemento de facto, como nomeadamente pode suceder em caso de erro sobre elementos normativos do tipo-de-ilícito subjectivo. Cf. o meu estudo citado na nota 3, § 22.

171. Neste sentido o meu estudo citado na nota 3, §§ 20 e 21.

172. Sendo, todavia, certo que, tendo o agente também nesses casos, como acima expus, violado um dever objectivo de cuidado, a sua responsabilidade por negligência pode efectivar-se desde que se comprove que ele exprimiui no facto uma atitude de indiferença ou de leviandade perante a violação dos bens jurídicos.

173. Não deixando de ser curioso que a mais "jovem" (em tantas ordens jurídicas ainda nem sequer legislativamente reconhecida) das causas de exclusão da culpa — a falta não censurável de consciência do ilícito — seja justamente aquela que hoje dá menos lugar a controvérsia, tanto no seu fundamento político-criminal e no seu perfil dogmático, como na sua inserção sistemática!

174. Welzel, como na nota 65, p. 140.

175. A esta conclusão extrema (que, já em seu tempo, esteve na base das chamadas "teorias unitárias" do estado de necessidade: cf. sobre elas criticamente Eduardo Correia, *Dir. Crim.*, como na nota 33, II, 1965, pp. 71 e ss.) chegam, no entanto, se bem que conferindo-lhe extensão nem sempre coincidente, alguns autores espanhóis, na esteira de Gimbernat Ordeig, "Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem", *Welzel — FS*, Berlin: de Gruyter, 1974, p. 485, e, por último, "Rechtfertigung und Entschuldigung...",

in: Eser/Perron (orgs.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Freiburg i. Br., 1991, p. 71 (ob.cit. na nota 31 e neste momento já publicada); cf. depois Cuerda Riezu, *La colisión de deberes en derecho penal*, Madrid: Tecnos, 1984, pp. 237 e ss. e 280 e ss. (sendo de grande interesse o prefácio de Gimbernat a esta obra).

176. Outra implicação dogmática desta nova categoria seria a de tornar perceptível que, nas situações descritas, também a comparticipação não seria punível. Criticamente todavia, por último, Roxin, como na nota 142, p. 536, e como na nota 13, § 22, números de margem 7 e ss.

177. Nesta conclusão abundam, entre outros, Roxin, como na nota 142, p. 537; Jescheck, como na nota 17, § 39 V 2; Hirsch, *LK*, antes do § 32, número de margem 174.

178. Roxin, como na nota 142, p. 536.

179. Eu próprio lhe fiz já uma referência crítica detalhada em *Liberdade...*, como na nota 28, pp. 74 e ss. e 249 e ss.

180. Para deixar fora de consideração a questão da inimputabilidade, que já acima, sob 3 *in fine*, foi considerada.

181. Também Roxin, como na nota 142, pp. 534 e ss., acaba por concluir que entre as situações de inexigibilidade e de falta de consciência do ilícito não censurável não existe diferença quanto à inevitabilidade do facto e que também naquelas o agente é desculpado quando, apesar de o facto ser ainda evitável, "tenha satisfeito as exigências normais de fidelidade do cidadão ao direito".

182. Roxin, como na nota 142, p. 536.

183. Assim já muito claramente Roxin, *BFDC*, como na nota 27, pp. 21 e ss.

184. Roxin, como na nota 142, p. 536 (itálico meu).

185. E no mesmo sentido os restantes autores citados supra, na nota 177.

186. Roxin, como na nota 142, p. 537 (intercalado meu).

187. Cf. supra nota 175.

188. A construção do correspondente § 35 (1) do Código Penal alemão é formalmente diferente. Ele estatui: "Quem comete um facto antijurídico, numa situação de perigo actual e não removível de outro modo para a vida, para o corpo ou a liberdade, para afastar o perigo de si, de um parente ou de outra pessoa próxima, age sem culpa. Isto não vale na medida em que ao agente, segundo

as circunstâncias do caso, nomeadamente porque ele próprio causou o perigo ou porque se encontra numa situação jurídica especial, podia ser exigido que suportasse o perigo [...]” É minha opinião que a esta diferença de redacção corresponde uma diferença material significativa. A saber: enquanto no direito alemão, nos casos *normais*, a exclusão da culpa decorre, como um corolário, dos elementos objectivos relacionados com o perigo e o bem jurídico ameaçado, isso não sucede no direito português, onde se torna *sempre* necessário que o juiz verifique que não era razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

189. Aqui, ao contrário do que sucede no direito alemão: cf. o § 33 do respectivo Código Penal, segundo o qual “se o agente exceder os limites da legítima defesa em virtude de perturbação, medo ou susto, não será punível”.

190. Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, II, p. 77.

191. Conclusão que é reforçada pela circunstância de a lei portuguesa usar a mesmíssima expressão (“não censurável”) a propósito da falta de consciência do ilícito (art. 17º, n. 2) e do excesso de legítima defesa (art. 33º, n. 2), que excluem a culpa! Não seria possível, sem grave quebra da unidade do sistema legal e sem ultrapassar arbitrariamente as possibilidades contextuais, sustentar que no primeiro caso se estaria perante uma verdadeira exclusão da culpa, no segundo já perante uma exclusão da responsabilidade pelo facto ou da responsabilidade *tout court*.

192. Se bem que todos estejamos de acordo em que isso, por princípio, não acontecerá, porque em tais hipóteses também a perigosidade, em regra, virá a ser negada. Mas é essa uma questão de que não devo aqui ocupar-me em pormenor.

193. Sobre as questões a seguir referidas, cf. A. Castaldo, “Der durch Krankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem”, in: Eser/Perron, como na nota 175, p. 343.

194. Sobre este ponto encontra-se a doutrina alemã irremediavelmente dividida. Sobre a situação informa Jescheck, como na nota 17, § 77 II 2 a, pronunciando-se nesta parte pela posição assumida no texto.

195. Neste sentido, além de Jescheck, como na nota anterior, também Welzel, como na nota 65, p. 264.

196. Nesta conclusão converge Costa Andrade, “A ‘Dignidade Penal’ e a ‘Carência de Tutela Penal’ como Referências de uma Doutrina Teleológico-racional do Crime”, pp. 34 e ss. de próxima publicação nesta *Revista*. Agradeço ao autor ter-me facultado o original dactilografado e permitido a sua discussão neste artigo; às páginas daquele original reenviam as citações.

197. O que se reforça pela circunstância — depois de quanto expus, verdadeiramente singular — de o tratamento tradicional não revelar nesta sede (ao contrário do que sucede com a acção, o tipo-de-ilícito ou o tipo-de-culpa) a menor sensibilidade aos pressupostos metodológicos ou filosóficos do sistema; a ponto que se não torna possível ao leitor de uma exposição sobre esta matéria determinar se o seu autor é positivista, normativista ou finalista, bem podendo dizer-se que em um tal tratamento não há diferença sensível e essencial entre *Tratados* escritos no princípio do nosso século ou quase no fim dele!

198. Assim, por muitos outros, Jescheck, como na nota 17, p. 497.

199. Que aliás, na doutrina portuguesa, valiam não poucas vezes como designativo geral de toda esta categoria: cf. Eduardo Correia, *Dir. Crim.*, como na nota 33, I, p. 370.

200. Sintomática deste novo estado de coisas é a amplitude da bibliografia que em data muito recente vem sendo dedicada a estes conceitos; como o é a circunstância de precisamente o tema “O papel da dignidade penal e da carência de tutela penal no sistema do direito penal” ter sido um dos tratados no recente colóquio internacional sobre “Um sistema do direito penal para a Europa”, que teve lugar na Faculdade de Direito de Coimbra em Maio de 1991, por ocasião da outorga do grau de *doctor honoris causa* a Claus Roxin: sobre ele Pedro Caeiro, *RPCC*, 1 (1991), p. 629. Os trabalhos deste colóquio serão em breve publicados numa editora alemã e noutra espanhola; e as contribuições portuguesas e algumas estrangeiras surgirão publicadas em próximos números desta *Revista*. O tratamento português do aludido tema coube a Costa Andrade, como na nota 196.

201. Assim, p. ex., Roxin, como na nota 13, § 21, números de margem 8 e segs. e 12 e segs., defende que no crime em estado de embriaguez (§ 323a do Código Penal alemão)

a prática do ilícito-típico pelo agente não é de modo algum *unrechtsneutral*, pelo que não deve ver-se aí um mero pressuposto de punibilidade; e o mesmo deveria repetir-se para a participação em rixa (§ 227) relativamente à verificação de uma morte ou de uma ofensa corporal. Restaria determinar se uma tal doutrina pode sustentar-se perante preceitos como os dos nossos arts. 282º e 151º; mas dessas questões não tratarei eu aqui.

202. Cf. sobre o ponto, por último, Roxin, como na nota 13, § 23, números de margem 40 e ss. E entre nós Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 32 e ss. e 122 e ss.

203. Cf., p. ex., Eduardo Correia, *Dir. Crim.* como na nota 33, I, pp. 175 e 370.

204. Roxin, como na nota 13, § 23, números de margem 21 e segs., acentuando, todavia, que o essencial da sua idéia se encontra já em alguns autores, mesmo antigos, e remetendo para a exposição a propósito de Bloy, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessung und Strafaufhebungsgründe*, Berlim: Duncker & Humblot, 1976, p. 22.⁴²

205. Sobre esta figura Figueiredo Dias, "O Instituto da Dispensa de Pena: Algumas Notas", *RLJ*, 123 (1990-1), p. 198.

206. Roxin, como na nota 13, § 23, números de margem 16 e segs.

207. No mesmo sentido Schmidhäuser, como na nota 91, caps. 12 e 13; todavia com um sentido dogmático e uma intencionalidade político-criminal que em pouco se cobrem com os que presidem à posição assumida no texto. Estas diferenças são de resto comprovadas pela enumeração dos "verdadeiros" pressupostos de punibilidade apontada por Schmidhäuser, *ibidem*, cap. 12/7. A tese de Schmidhäuser encontra desenvolvimentos de grande interesse no estudo do seu discípulo Langer, *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlim: Duncker & Humblot, 1975, pp. 327 e ss. Sobre o todo, cf., por último, Costa Andrade, como na nota 196, pp. 21 e ss.

208. Nesta medida assistindo razão a Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlim: de Gruyter, 1949, p. 18.

209. Informação completa sobre a literatura alemã a este respeito em Costa Andrade, como na nota 196, pp. 2 e ss.

210. No sentido desta consideração logo Volk, "Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus", *ZStW*, 97 (1985), pp. 888 e ss.; e agora Roxin, como na nota 13, § 23, números de margem 35 e ss., e, entre nós, Costa Andrade, como na nota 196, pp. 24 e segs. Na conclusão igualmente Luzon Peña, "Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau", comunicação ao colóquio referido na nota 200, pp. 3 e ss. do original dactilografado.

211. Mostrou-o — quanto a mim de forma "definitiva" — Henkel, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", *Mezger — FS*, Munique: Beck, 1954, p. 249; aliás na esteira de uma sugestão de Engisch, como na nota 168, p. 447, depois precipitada no seu estudo citado na nota 101, p. 420.

212. Assim já Figueiredo Dias, como na nota 3, p. 55.

213. Assim de novo Roxin, como na nota 13, § 23, número de margem 36.

213a. Roxin, por último como na nota 13, § 23, número de margem 17.

214. "Tornando-se por isso dispensável a artificiosa construção de Langhinrichsen. "Bemerkungen zum Begriff der 'Tat' im Strafrecht", *Engisch — FS*, Berlim: Duncker & Humblot, 1969, pp. 353 e ss., de um conceito extensivo de "facto", e consequentemente de tipo (a que chama "tipo normativo"), para efeito de medida da pena, no qual se poderia integrar o "regresso ao direito" em que se consubstancia a desistência da tentativa. Favorável a esta concepção se revela Ribeiro Faria, "Sobre a desistência da tentativa", *BFDC*, 57 (1981), pp. 128 e ss. Uma análise desta temática, do ponto de vista da doutrina da medida da pena, encontra-se em Figueiredo Dias, como na nota 40, § 8, números de margem 32 e ss.

215. Ao contrário da que foi a opinião de Roxin, como na nota 10, pp. 69 e ss., e a que em certa altura julguei poder, em alguma medida (idêntica, no essencial, à preconizada por Stratenwerth, como na nota 2, número de margem 705), ligar-me (cf. o meu *Direito Penal*, lições ao curso complementar, 1976, p. 32). Estou hoje plenamente convicto, todavia, que a idéia de "efeitos retrospectivos" sobre a culpa é de todo inaceitável: cf. o lugar citado na nota 214. Criticamente, face à aludida posição de Roxin, também Ribeiro de Faria, como na nota 214, pp. 112 e ss.

216. Análoga à já posta em relevo por Sax, "Grundsätzen der Strafrechtspflege", in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (orgs.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, III/2, Berlim: Duncker & Humblot, 1959, pp. 923 e ss.

217. A reserva ("algumas") pretende acautelar aqueles casos que o Código Penal crismou de isenção da pena quando, na verdade, se trata neles antes de situações de dispensa da pena expressamente previstas na Parte Especial e para além, por conseguinte, do que dispõe o art. 75º. Sobre isto Figueiredo Dias como na nota 205, pp. 201 e ss.

218. Sobre elas Roxin, como na nota 13, § 23, números de margem 22 e ss.

219. Roxin, como na nota 13, § 23, número de margem 24.

220. V., por todos, Eduardo Correia, *Dir. Crim.*, como na nota 33, I, pp. 189 e ss.

221. No seu fundamental estudo citado na nota 10.

222. Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, p. 221. E sobre o ponto Costa Andrade, como na nota 5, p. 19.

223. Conclusão próxima da de Langer, como na nota 207, p. 275.

224. Cf. sobre o tema, por último, a monografia de Paliero, "*Minima non curat proetor*". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatelari*, Padova: Cedam, 1985.

225. Fundamental, ainda hoje, a este propósito, Hirsch, "Sozialadäquanz und Unrechtslehre", *ZStW*, 74 (1962), p. 78.

226. Figueiredo Dias, como na nota 205, p. 196. Não posso, por isso, deste ponto de vista, dar razão à argumentação sobre a matéria de Faria Costa, como na nota 142, pp. 373 e ss.

227. Como eu o fiz no lugar citado na nota anterior.

228. Pioneiro, no contexto que aqui nos interessa, Otto, "Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit als eigenständige Deliktskategorien?", *Schröder — GS*, Munique: Beck, 1978, pp. 51 e ss.

229. Não podendo eu, por isso, concordar nesta parte com Costa Andrade, como na nota 196, p. 14, quando afirma que "não deve desatender-se o peso acrescido dos momentos de finalidade no juízo de carência de tutela penal e a respectiva orientação preferencial para a fronteira do *output*, característica dos programas finais"; discordância que vale, naturalmente, só na base da possível identificação, no essencial, entre a categoria da carência de tutela penal e a que eu designei como "carência de pena".

230. Inaceitável me parece igualmente a tentativa de contrapor as duas categorias na base de que a da dignidade penal se reportaria ao facto, a da carência de pena (de tutela penal) ao agente (sobre esta contraposição Volk, como na nota 210, p. 898). Estabelecido e aceite que num estado de direito democrático todo o direito penal só pode ser direito penal do facto, reconhecido terá de ser que a consideração do agente só dentro daquele limite é possível; mas que, em compensação, ela é possível (e desejável) relativamente a todas as categorias dogmáticas do direito penal, digam elas respeito à doutrina do crime ou à da sua consequência jurídica.

231. Fundamental Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung von Rechtsgut*, Berlim, Duncker & Humblot, 1981, pp. 51 e ss. E agora Haffke, "Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung", comunicação apresentada ao colóquio referido na nota 200.

232. As primeiras, na recente caracterização de Haffke, como na nota anterior, por natureza prospectivas, funcionalmente preventivas da violação de bens e valores e como tal dirigidas ao futuro; as segundas por natureza retrospectivas, funcionalmente sancionatórias e como tal dirigidas ao passado.

233. Sobre tudo isto devo remeter para as minhas lições citadas na nota 40.

234. Cf., todavia, o que ficou dito supra, na nota 40, e a saliência especial que é de justiça conferir, neste contexto, à concepção de Schmidhäuser.