



Comissão de Curso 15-19

GUIA DE ESTUDO DE DIREITO PENAL

Professor Doutor António Manuel Tavares de Almeida Costa

Ano letivo de 2016/2017

Alexandra Caetano Domingues

Estes apontamentos consistem num guia de estudo. A sua leitura não dispensa a presença nas aulas, nem a consulta da bibliografia obrigatória recomendada, embora contenha alguns excertos da mesma.

Definição formal de Direito Penal:

“Chama-se Direito Penal ao conjunto de normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privatistas deste ramo do Direito. A mais importante destas consequências – tanto do ponto de vista quantitativo, como qualitativo (social) – é a pena, a qual só pode ser aplicada ao agente do crime que tenha agido com culpa. Porém, o Direito Penal prevê consequências jurídicas de outro tipo: são as medidas de segurança, as quais não supõem a culpa do agente, mas a sua perigosidade.”

Ramo do Direito que define os crimes (quais as condutas qualificáveis como tal) e as respetivas sanções, que se podem concretizar em penas ou medidas de segurança.

À infração penal chama-se crime e as sanções penais que se aplicam ao autor de um crime, são penas ou medidas de segurança.

No entanto, mais do que saber os nomes, é necessário saber materialmente, o que distingue o crime das outras infrações dos outros ramos do Direito, o que faz com que o legislador o determine como tal, quais são os critérios que devem presidir a qualificação de crime, é necessário perceber o seu conteúdo material para o conseguir distinguir da conduta não criminosa.

A definição formal logo convoca a necessidade de a preencher com os conteúdos substanciais de crime, não crime, penas, medidas de segurança e etc. Esta definição tem as suas virtualidades, porque nos permite proceder a algumas clarificações.

Índole terminológica: Direito Penal ou Direito Criminal? São expressões sinónimas, que podemos usar indiscriminadamente, é indiferente, tomam como referente ou o lado da sanção ou da infração, respetivamente. Mas, nem uma nem outra terminologia é completa, na primeira faltam as medidas de segurança e na segunda a conceção pelos inimputáveis, já que o crime exige que estejamos perante uma situação culposa. Ambas as definições são, por isso, em rigor, demasiado estreitas para designar a realidade em que este ramo de Direito se consubstancia.

Inimputável – sujeito incapaz de culpa, aquele que pratica um ilícito, mas nunca pratica um crime, daí que não lhes possa ser amputado uma sanção.

Quando definimos o Direito penal como aquele ramo de Direito que define o crime e as respetivas sanções, estamos a ultrapassar uma distinção que se fazia no séc. XIX, no código napoleónico, em que faziam 3 distinções:

- Crime (infrações mais graves);
- Delito (criminalidade de média gravidade);
- Contravenções (“bagatelas penais”, infrações penais às quais correspondiam sanções penais, mas que tinham diminuta gravidade).

Em Portugal, nunca vigorou esta distinção, mas uma classificação bipartida: crime e contravenção (nos 2 velhos códigos – 1852 e 1886, por isso é que para nós falar em crime e delito é falar da mesma coisa, são sinónimos, era uma distinção apenas quantitativa.

Esta distinção acabou, agora é “tudo” crime e as contravenções foram como que expurgadas do Direito Penal, porque se entendia que não se revestiam de dignidade criminal, mas de natureza mais administrativa. Assim, o legislador de 1982 excluiu as velhas contravenções e as foi transformando em contraordenações, cujas sanções são coimas, mas que não cabem no âmbito do Direito Penal.

As penas e medidas de segurança são modalidades de reação criminal, mas nem sempre se entendeu assim, durante muito tempo, entendia-se que as medidas de segurança não eram reações criminais na sua substância, porque se destinam aos inimputáveis, porque agem sem culpa, portanto, não praticam crimes, mas um ilícito (conduta que na sua objetividade viola valores), pois os crimes pressupõe culpa.

A censura penal e as aplicações penais pressupunham a culpa, assim, a medida de segurança, na medida em que não tinha o pressuposto de aplicação da culpa, era uma pura medida de defesa social, tal como a vacinação, tratando-se então de medida de caráter administrativo. A aplicação de medidas de segurança não estava ligada à imputação de culpa, na substância seria então penal apenas formalmente, mas na sua substância seria administrativa. Contudo, não é este o entendimento hoje em dia.

O Direito Penal visa uma ideia de defesa social, então tem de caber a todo o tipo de sanções que esteja ligado à tutela dos valores sociais, daí que tanto a pena como as medidas sociais façam parte do Direito Penal.

A infração penal reduz-se aos crimes, as contraordenações foram afastadas do Direito Penal, pois apenas as sanções são genuínas sanções criminais.

O Direito Penal está ligado à mera função da defesa da comunidade e tutela dos valores sociais.

Os crimes e sanções são 2 estruturas em que assenta o Direito Penal, a grande divisão da doutrina penal faz-se em torna destas 2 estruturas: a doutrina do facto (crime) e a doutrina das reações criminais (sanções).

A definição formal logo convoca a necessidade de uma definição material do que é crime e do que é sanção.

O Direito Penal visa a tutela dos valores essenciais da comunidade, por exemplo, no homicídio viola-se a vida, noas injúrias, viola-se a honra e o bom nome, etc. O crime traduz-se na violação de um bem jurídico essencial à convivência comunitária e à livre realização da pessoa. Numa sociedade plural e democrática, qual o critério encontrado? Pois, o que é essencial para mim pode não ser para os outros.

Primeiro, temos de apontar para o consenso, pois acima de tudo há um conjunto de valores que são partilhados por todas as pessoas, havendo um património comum de valores, ideias e representações. Todos nós temos algo em comum e o que nos identifica, podem ser: conjunto de normas, valores, crenças e representações que constituem o que nos une, criando uma consciência axiológica comunitária, formando um contexto ético-social.

Assim, apela-se ao consenso comunitário, podemos usa-lo pela adoção da opinião dominante (visão maioritária - *maximax*) ou um minimalista (determinação de quais as condições mínimas consideradas indispensáveis, prevê a intervenção mínima - *minimax*).

Num estado de Direito em que a liberdade é regra e que a privação da liberdade é uma exceção, temos de adotar uma perspectiva de mínima de intervenção, se não iria-se impor a ditadura da maioria, o que não é o que se pretende.

Assim, em tudo aquilo que não seja essencial, deve reinar a liberdade de cada um e o direito à diferença. A perspectiva do Direito Penal, através do recurso ao consenso comunitário é encontrar o mínimo impensável para a convivência comunitária e livre realização da pessoa, devendo haver aqui um princípio de mínimo intervenção.

Esta perspectiva minimalista traduz-se na ideia da subsidiariedade do Direito Penal, como consequência do princípio da proporcionalidade em sentido amplo previsto art. 18º nº2 da Constituição. Os direitos fundamentais só devem ser restringidos quando tal restrição for necessária para a preservação de outros direitos também constitucionalmente previstos e apenas quando for indispensável.

O Direito Penal tem um objetivo modesto, proteger apenas as condições indispensáveis para a convivência comunitária e privilegiar o direito à diferença, assim, apenas deve intervir quando estiverem em causa os valores essenciais, isto é, as condições mínimas para a convivência comunitária e a livre realização da pessoa. Isto é um resultado do princípio da proporcionalidade, que encontra 2 consequências no Direito Penal, nomeadamente, a:

- **Dignidade penal** – corresponde a valores essenciais, entendendo que apenas deve intervir como ultima *ratio*, isto é, quando estão em causa os valores essenciais da comunidade. Porém, pode suceder que a conduta violadora de um desses direitos essenciais, apesar de ter dignidade penal, atendendo à importância dos valores, vem-se a verificar que pode ser protegido através de sanções menos graves, que não as sanções penais (as mais graves). Assim, pode se chegar à conclusão que a tutela desse valor pode conseguir-se de idêntico modo através de sanções menos graves e de outros ramos do direito e que são menos evasivas da esfera jurídica das pessoas, não sendo necessária a aplicação de pena. O que nos leva à outra consequência, a...
- **Necessidade de pena** – deve chegar-se à demarcação daquelas condutas que devem ser ou não consideradas como crimes. Nem sempre a intervenção penal é necessária, porque podem ser conseguidos através da aplicação de sanções menos graves. Tal resulta da própria constituição e do sentido da proporcionalidade em sentido amplo (art. 18º, nº2). Costuma dizer-se que a tutela penal é subsidiária, porque, mesmo que estejam em causa valores fundamentais e estejam preenchidos os requisitos da dignidade penal, apenas se deve aplicar quando a tutela não se conseguir com meios menos severos, porque se aplica em ultima *ratio*.

Tudo isto constitui um mandamento para um legislador ordinário, só é crime o que estiver previsto na lei, rege-se pelo princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*), portanto, este deverá averiguar se a conduta tem dignidade penal e se tem necessidade de pena. Se se provar que surge uma lei que não cumpre estes requisitos, podem ser levadas ao Tribunal Constitucional e se se averiguar que houve uma criminalização incorreta, poderá ser julgada como inconstitucional. Assim, o legislador só deve incriminar uma conduta se preencher cumulativamente a dignidade penal e a necessidade de pena, que decorrem do princípio de proporcionalidade.

Na perspetiva de limite de intervenção, deve se fazer o apelo para o consenso comunitário, mas isto ainda é uma referência muito vaga para dar uma maior precisão quanto aos critérios que devem presidir à delimitação da atividade do legislador na qualificação como crime.

Muitos autores metem entre o consenso e o legislador, uma instância intermédia, entendendo que tal corresponde a um quadro axiológico que subjaz à Constituição, que reproduz os valores essenciais, nomeadamente, nos seus capítulos de direitos fundamentais.

A Constituição, através dos seus preceitos, dotados de grande generalidade, dão uma expressão do conteúdo desse consenso comunitário e, para dar uma maior precisão, os autores reportam o consenso ao quadro axiológico que subjaz da Constituição. O mesmo decorre do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (art. 18º nº2), assim, encontramos um critério não apenas para caracterizar o caráter subsidiário de intervenção jurídico-criminal, mas também de delimitação de perspetiva minimalista do consenso comunitário.

O Direito Penal visa a tutela de valores essenciais, presentes no consenso comunitário, que é minimalista, prevalecendo o direito à diferença e a liberdade que é regra e a privação é que é exceção.

Cumulativamente, deve de se recorrer aos 2 critérios: dignidade penal e necessidade de pena, daí a subsidiariedade, deste modo, apenas intervém quando necessário.

O consenso comunitário pode ser mais especificado através da sua correspondência a um quadro axiológico que subjaz da Constituição. Muitos autores falam do caráter fragmentário da tutela penal, o que significa que à luz de tudo aquilo que dissemos, o Direito Penal não tem a pretensão de regular toda a vida comunitária, nem regular na íntegra um setor social, nem pretende tutelar um bem jurídico de todas as suas infrações, só as infrações mais graves (que tenham dignidade penal e necessidade de pena).

Por outro lado, distribui-se por todos os setores de intervenção social, devendo o Direito Penal intervir apenas quando for necessário e estiver em causa valores essenciais. Assim, apenas deve intervir perante as ofensas graves – **ex:** tráfego rodoviário, conduzir com álcool é proibido e a partir do 0.5-1.2 gramas de álcool por litro de sangue é uma contraordenação, acima disso é crime, o valor em causa é a segurança rodoviária, que pode lesar a integridade física de pessoas e património, portanto é um bem jurídico-criminal. O caráter subsidiário de intervenção, decorre do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, plasmado no art. 18º nº2.

Neste sentido, devem ser feitas 2 distinções:

- ❖ **Valor** - critério difuso e vago da nossa conduta, que não é palpável, é uma “peregrina essência”, segundo a classificação de Marx, podem ser éticos (bem e mau), estéticos (belo e feio) e de utilidade (útil ou inútil) e jurídicos. O Direito Penal não tutela valores, mas bens.
- ❖ **Bem jurídico** – concreto que em determinado momento é considerado valioso à luz do consenso comunitário e passa a merecer a tutela penal. Pode assumir diferentes características: objeto material/imaterial (vida humana), relação (telemóvel furtado, a relação de utilidade com o telemóvel é que é lesado), num sistema de relações, etc. que adquire num determinado momento uma dignidade e importância à luz das

necessidades sociais que justificam a qualificação como crime de todas as condutas que o lesem (quando cumulativamente revestem dignidade e necessidade de pena).

O Direito Penal tutela bens jurídicos e não valores, que são os critérios que à luz do consenso comunitário revestem importância para a comunidade. Os bens jurídicos vão mudando ao longo do tempo – **ex:** na Idade Média, punia-se o adultério, agora não. Antes não haviam crimes ambientais, agora há. Assim, eles participam na historicidade do Direito Penal, já que este tutela não só os valores enquanto entidades abstratas, mas essencialmente os bens enquanto incorporação desses valores.

O objeto do Direito Penal não são os valores, porque podem se concretizar em diferentes bens. O Direito Penal tutela bens jurídicos, que são as condições essenciais para a realização da comunidade e livre da pessoa. Isto leva a uma ideia de relativismo da tutela do Direito Penal.

O Direito Penal deve ser expurgado de todos os valores de natureza moralista, ideológico-política ou religiosa. O critério axiológico que deve presidir à sua intervenção é tão-só o da tutela dos bens jurídicos indispensáveis à convivência comum.

O crime é a violação de um concreto bem jurídico. A evolução histórica e espacial do Direito Penal é condicionada pelas convicções culturais, políticas e demográficas, daí que se verifiquem 2 fenômenos, como:

- **Descriminalização** – conduta que antes era crime e fruto da evolução social, deixa de ser considerada crime;
- **Neocriminalização** - conduta que passa a ser considerada crime, fruto da evolução social.

Parece que há uma sobreposição do Direito Penal com outros ramos de Direito. Mais do que o objeto de proteção do Direito Penal, distingue-se pelo sentido da proteção. Tanto o Direito Civil como o Penal, intervêm para proteger o património e a vida, mas protegem à luz de terminologias diferentes.

O Direito na função de ordenação vai distribuir as oportunidades e vai definir a esfera jurídica de cada um, os ónus e os deveres em que cada um participa na vida social, correspondendo a um critério de justiça distributiva. O injusto verifica-se sempre que alguém está a receber demais ou a menos, independentemente da natureza da conduta, que pode ser culposa ou não, devendo ser a situação resposta, como estava na situação original, estabelecendo uma ordem de justiça. A sanção pretende repor a justa distribuição de bens.

A essência do ilícito não está no resultado, mas na desobediência à lei e é por isso que o Direito Penal intervém, mesmo em tentativas de homicídio, porque a conduta violou a norma e as normas de Direito Penal são normas de determinação.

30.09.16

O Direito Penal tutela os bens jurídicos essenciais à comunidade, que não são supra-históricos e transcendentais, deve se circunscrever ao indispensável para a convivência comunitária e a realização da pessoa.

O legislador ordinário deve ter em atenção o consenso comunitário, pode optar pelo máximo/mínimo denominador comum.

No quadro do Estado do Direito, deve se privilegiar o Direito à diferença e pôr de parte a ditadura da maioria, não se devendo refletir a opinião da maioria, mas as condições indispensáveis para a convivência comunitária. Tal raciocínio decorre da própria Constituição, do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (previsto no art. 18º, nº2), assim, a CRP é um referente do Direito Penal e define as suas traves-mestra.

O consenso comunitário e o quadro axiológico que subjaz à constituição é quase o mesmo. O art. 18º nº2 diz prevê que as restrições aos direitos fundamentais se deve reduzir ao necessário, impondo a ideia de intervenção mínima que deve pautar todo o Direito Penal em qualquer Estado de Direito.

Para além disso, deve de haver a ponderação cumulativa de dois requisitos: a dignidade penal (lesa bens jurídicos essenciais) e a necessidade de pena (não pode ser conseguida através de meios menos gravosos). O legislador ordinário deve por força do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, atender cumulativamente a estas 2 dimensões. Daqui resulta a ideia da subsidiariedade do Direito Penal, que é de última *ratio*. Deste modo, só deve haver a criminalização de condutas quando não houver outros meios. Em virtude disso, a tutela penal é fragmentária, isto é, não visa tutelar todas condutas, nem um setor de atividade social na sua globalidade, nem a tutela exclusiva de um bem jurídico.

O Direito Penal tem uma dimensão histórica presente no progresso das ideias, técnico, científico, evoluções sociais, políticas e económicas que se refletem na definição do que é um bem jurídico ou não.

Os bens jurídicos não são valores absolutos, são expressões de uma determinada estrutura social. Por isso mesmo, a evolução histórica do Direito Penal é uma sucessão de descriminalizações e neocriminalizações. – **ex:** adultério era crime e já não é.

Crime – lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos essenciais.

Com esta definição, definimos o âmbito de intervenção, mas não o sentido específico da tutela penal. **Ex:** a morte dá lugar a aplicação de uma pena no âmbito do Direito Penal, mas também de uma indemnização no âmbito do Direito Civil.

Hans Welzel (maior penalista da atualidade) procedeu à formulação da ideia de regulamentação da vida social através do Direito, considerando que se desdobra de 2 funções:

- **Conformação ou organização** – o Direito nesta função distribuiu os benefícios e encargos da existência coletiva. O Direito reparte por todos as vantagens ou benefícios, os encargos ou deveres da existência coletiva, reparte as esferas de liberdade, aquilo que têm direito e está vinculado em prol da coletividade. A este raciocínio corresponde a justiça distributiva (atribuição daquilo que se considera justo). Esta é a perspetiva do Direito Privado, mas também de outros ramos do Direito, como da Segurança Social, que prevê, por exemplo, o rendimento social mínimo, pois se considera que num estado de direito social há mínimos que o Estado tem de assegurar pelo pressuposto da dignidade humana. As normas que delimitam esse *quid* chamam-se normas de valoração, são normas que distribuem e delimitam as esferas de intervenção, aquilo que cada um tem direito. O ilícito e o injusto é o desvalor de resultado, sempre que alguém está a receber a menos ou a mais à luz de critérios sociais. As sanções visam colmatar estas situações e reparar a situação, levando à

reposição da situação original. – **ex:** através de ressarcimentos. O Direito não se esgota nesta função de mera repartição dos benefícios e encargos, de justiça distributiva, porque importa proteger a ordem de futuras violações;

- **Função de proteção ou garantia** – traduz, no Direito, a imposição de normas de determinação ou conduta, que são imperativos/deveres, que estabelecem as sanções e punições para o caso do seu incumprimento. Estas normas já não olham para o passado, têm os olhos postos no futuro e impõem condutas para o futuro. Têm por destinatário pessoas humanas, encaradas como livres. A minha liberdade está condicionada pelo meu ADN, a minha formação, a família onde nasci, o clima, os valores que me foram inculcados, etc. mas todos nós para além destas características endógenas ou exógenas, temos um espaço de liberdade em que decidimos e nos tornamos responsáveis pelas nossas condutas/atos. Assim, está pressuposta a ideia de que o destinatário de livre de obedecer ou desobedecer no quadro do indeterminismo relativo. Ao contrário do que sucedia com as normas de valoração, o que interessa agora é um comportamento humano, são condutas humanas livres que violam as normas de determinação. O Direito Penal insere-se nesta função, o conceito de crime é o desvalor da ação, é a desobediência à norma através de uma conduta atentatória da norma. Assim sendo, releva a tentativa, porque se empreende uma conduta que tenta lesar, mas que por razões exteriores à sua vontade, não se consuma. O Direito Penal tem uma dimensão supraindividual, assim, aplica as suas sanções numa perspetiva prospetiva. Deste modo, pune não por causa da lesão, mas para prevenir futuras lesões e proteger os bens jurídicos essenciais, não no interesse dos individuais, mas da comunidade.

Welzel distinguiu também o **objeto de proteção da norma** (**ex:** não mates – protege a vida) do **objeto proteção da sanção** (é a própria norma).

A sanção é aplicada para que no futuro a norma não seja violada. Tal orientação exprime a natureza da norma penal, da norma de determinação, que tem uma dimensão supraindividual, assim, não é o concreto *quid* que é tutelado, é a própria norma e não o concreto bem jurídico.

O crime é uma conduta humana que viola uma norma de determinação que tem por objeto a tutela de bens jurídicos essenciais. O crime em sentido material tem o núcleo na própria desobediência à norma, ou seja, no desvalor da ação. O objeto da tutela penal é a própria norma. – **ex:** tentativa, crimes de perigo (não exige a lesão efetiva, basta pôr em perigo um bem jurídico essencial), etc.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, ob. cit., pp. 1-9 e 106-133.

06.10.16

Revisão da última aula:

O crime é a lesão dos bens jurídicos essenciais. O consenso comunitário está mediado pela Constituição que estabelece as trave-mestras essenciais à convivência comunitária, pois reflete o quadro axiológico do consenso comunitário.

Devemos partir de uma perspetiva de mínima intervenção, devendo o Direito Penal circunscrever-se à tutela dos bens jurídicos essenciais, correspondendo às condições indispensáveis à convivência comunitária. O Direito Penal só deve intervir quando tiver em

causa sanções graves e quando outros ramos de Direito não forem competentes para as aplicar. Tal ideia encontra correspondência no art. 18º nº2 (princípio da proporcionalidade em sentido amplo).

Há dimensões cumulativas no Direito Penal: **dignidade penal** (dimensão axiológica) e **necessidade de pena** (aplica-se quando as sanções dos outros ramos do Direito não forem competentes para tutelar os interesses). Destas 2 ideias resulta o caráter subsidiário da tutela penal, que apenas deve de intervir como *ultima ratio*. Daqui resulta a fragmentariedade, pois o Direito Penal nunca pretende regular toda a vida social, nem um setor social, nem cobrir a totalidade de um bem jurídico. Assim sendo, o âmbito do Direito Penal é menor do que o do Direito Civil. O Direito analisa-se em 2 planos:

- ❖ **Função de organização ou conformação** - repartição dos riscos, benefícios e encargos resultantes da existência de uma comunidade, daí resultando a definição da esfera jurídica de cada um. Esta distribuição assenta em critérios de justiça distributiva – perspectiva do Direito Privado. Segundo a mesma, é injusto receber mais ou a menos do que se merece à luz da justiça distributiva, devendo ser reposta a situação anterior, conforme definido no Direito Civil; mas tal perspectiva não é exclusiva do Direito Privado – **ex:** Direito da Segurança Social. Aqui, stá em causa o desvalor do resultado, correspondendo a normas de valoração. – **ex:** A dispara contra B, mas não acerta, então para o Direito Civil é indiferente, porque não houve dano efetivo;
- ❖ **Função de proteção ou garantia** – tutela o bem jurídico na sua dimensão supraindividual, como essencial à convivência comunitária. Tem uma perspectiva de futuro, embora “chegue sempre tarde de mais” – **ex:** tutela a vida, mas daquele que já morreu. As normas de Direito Penal têm uma dimensão diferente, são normas de determinação/condução, têm a estrutura do dever, tendo como destinatário a conduta humana, pressupondo um destinatário livre de obedecer ou desobedecer à norma, daí que o núcleo do crime esteja no desvalor da ação, na própria desobediência à norma. **Ex:** a vida é um bem jurídico essencial → norma: não mates.

Conceito material de crime – conduta humana que nega uma norma de determinação que tem por objeto um bem jurídico essencial e que não pode ser tutelado de outra forma.

O problema dos fins das reações criminais:

Porquê que se pune? Quais os fins das penas? A doutrina equacionou este problema ao longo de décadas...

A ordem a apresentar não corresponde cronologicamente, ao longo dos tempos foram-se repetindo, quase ciclicamente, fruto das conceções que caracterizaram a evolução do pensamento penal e da mundividência. As várias doutrinas foram se sucedendo e misturaram-se na evolução histórica.

Qualquer uma das 3 vertentes, isoladamente considerada, é insuficiente, e, por isso, salvo raríssimas exceções, a doutrina e a legislação nunca aderiram unicamente a uma delas, embora dando prevalência a uma, sempre as combinaram em ordem a lograr uma

resposta adequada à criminalidade. Estas constituem vetores essenciais, mas que ao longo da história, salvo exceções, nunca vigoraram isoladamente. Duas orientações essenciais:

Teorias absolutas/ético-retributivas – a pena é um fim em si mesmo, surge como um imperativo de justiça, tal como o Homem quer um prémio quando pratica algo louvável, também é natural que tenha um castigo quando pratica algo reprovável. Assim, a sanção é a justa paga pelo ato danoso para a sociedade. Como retribuição, a sociedade aplica-lhe uma pena. A pena é retribuição e não uma forma de defesa pessoal. Os autores que a defendem partem da ideia da liberdade humana. Nesta conceção, o Direito Penal funciona com os olhos postos no passado, daí que não se pretenda prevenir os futuros crimes, mas reprovar os que já foram cometidos. O crime é pressuposto e medida da sanção, devendo produzir um mal equivalente ao mal que foi praticado, deste modo, a gravidade da pena deve ser proporcional ao crime – não é uma igualdade na espécie como na lei de Talião – **ex:** se matou, é morto; se violou, é violado, etc. – mas uma proporcionalidade axiológica relativamente ao sofrimento que pena deve refletir. Kant qualificava a pena como um imperativo categórico. À luz da mundividência comunitária, atualmente, as sanções são menos severas do que eram antes. A pena, à luz das convicções reinantes, deve expressar o mal do crime praticado. Como se avalia o mal? Diz-se que a gravidade do crime se determina pelos conteúdos de ilícito (desvalor objetivo da conduta, independentemente do agente, o importante é a lesão do bem jurídico – **ex:** homicídio sempre mais grave que o furto) e de culpa (valor subjetivo do ato, censura o ato concreto do agente, é um juízo pessoal, independentemente do bem jurídico – inimputável pode praticar ilícitos, mas não é culposos) que caracterizam a conduta dos agentes. A pena é uma exigência por si, é um imperativo de justiça, é a expressão de uma censura ético-social que só pode ter lugar quando o comportamento do ser humano é livre. A pena é, assim, a expressão do juízo de desvalor feito pela sociedade àquele que praticou o crime quando podia não o ter praticado.

Teorias relativas/preventivas – a pena não é um fim em si mesmo, é um meio. O mal do crime não pode apagar-se da ordem das coisas, não faz sentido justificar-se a pena como uma mera retribuição, porque seria voltar a vincar a ideia da vingança penal (crime praticado pelo Estado em resposta a outro crime – **ex:** pena de morte, prisão é um sequestro, etc.). A pena só pode justificar-se à luz da defesa social contra a criminalidade, que comporta a lesão grave dos bens jurídicos essenciais à convivência comunitária e à livre realização da pessoa. Como deve operar? Subdivide-se em 2 doutrinas:

- **Prevenção geral** – pretende intimidar a generalidade das pessoas, pois o crime constituiu um mau exemplo que pode levar outros a praticar crimes, então, a função seria a de intimidar a generalidade das pessoas, aplicar uma pena severa, em ordem a que os potenciais criminosos verem a pena e com o medo não praticarem o crime. A defesa social atua sobre a generalidade da coletividade, o que interessa é intimidar. O crime continua a ser pressuposto da sanção, mas já não é medida, porque a pena não pretende ser a justa paga, pretende antes defender a comunidade, pois a medida ser-nos-á dada pela necessidade de prevenção geral. É um meio de afastar criminosos no futuro. Houve muitos autores, nomeadamente, Feuerbach, que elaborou a *Teoria da Coação Psicológica*, entendendo que o Homem age por sentimentos de dor e de prazer, assim, se se quer afastar o homem da prática do crime tem de se aplicar uma pena que provoque um desprazer maior, isto é, contramotivações derivadas do conhecimento do mal da pena. O critério da pena assenta na necessi-

dade de prevenção. Daqui, em último termo se admita que em determinadas conjunturas sociais – **ex**: o aumento da criminalidade num dado setor – se apliquem sanções que vão além do que seria proporcional relativamente ao crime, com o intuito de defender a sociedade. Vislumbra-se aqui um elemento utilitário que instrumentaliza o condenado, na medida em que transforma aquele concreto delinquente numa ferramenta de intimidação geral.

➤ **Prevenção especial** – a pena é um simples meio de defesa social e não um fim em si mesmo. Deve de atuar, sobretudo, sobre o concreto delinquente que praticou um crime e por isso mostrou ser capaz de no futuro voltar a praticar crimes, daí a necessidade de se atuar sobre ele para evitar que pratique futuros crimes. Como atuar? Ao longo da história desenvolveram-se 3 perspetivas:

- Intimidação individual – deve aplicar-se ao delinquente uma pena muito severa para que com o medo da pena não o volte a praticar;
- Incapacitação – a sanção vai limitar o espaço de liberdade do agente que se mostrou ser perigoso, restringindo-se a capacidade de ação nos setores de atividade em que demonstrou ser perigoso – **ex**: pedofilia, retirar-lhe o poder paternal, impedir de ser professor de casas de menores, etc. o que se pretende não é converter os valores do criminoso, mas apenas retirar-lhe a possibilidade fática de voltar a praticar crimes.²
- Prevenção especial positiva – é a chamada ressocialização/reintegração social dos delinquentes, a vertente mais humanista e solidarista do moderno Estado de Direito. O que está em causa é dar ao delinquente, através do cumprimento da pena, as condições para que no futuro possa viver em liberdade sem praticar crimes. Não se fala em regeneração moral ou converte-lo num santo/sábio/herói, é mais modesto, pretende-se apenas que passe a viver sem violar as condições mínimas à convivência comunitária – o Direito Penal não tem a ver com a tutela de uma moral ou teologia, nem tem a capacidade de regeneração moral, daí que não se deva de impor à lei objetivos que ela não pode cumprir. A ressocialização deve resumir-se à pura prevenção de reincidência, devendo haver o mínimo de intervenção. O que está em causa é preparar o delinquente para que no futuro não reincida e não volte a delinquir. Houve uma perspetiva do séc. XIX para o XX, da Escola Positiva Italiana e Escola Alemã, no âmbito o positivismo naturalista e do monismo onto-epistemológico do positivismo que negava a liberdade individual, considerando-a uma aparência, dominava um postulado fortemente determinista: certas pessoas nasceriam causalmente pré-determinadas para a prática do crime. Assim, o comportamento humano estava entregue à causalidade, sendo a conduta humana condicionada como qualquer fenómeno natural, apenas mais complexa, mas o princípio subjacente era o mesmo. Deste modo, negavam a liberdade humana e, assim, a culpa, falando então em perigosidade. Consideravam que haviam pessoas condenada a praticar o crime, o *homo delinquente* e que era necessário através de meios científicos descobrir quais eram essas pessoas e Lombroso (pai da Escola Positiva Italiana)

² Esta perspetiva e a anterior atuam pela negativa, limitando a capacidade de ação do delinquente. A estas 2 modalidades há quem chame de **prevenção especial negativa**, pois estabelecem limites negativos, isto é, barreiras à liberdade do delinquente.

apontava algumas condições físicas, associadas a comportamentos que considerava identificar potenciais delinquentes. Assim, pretendia-se atuar antes da prática do crime para proteger a comunidade e as sanções teriam uma natureza médica, que acompanhariam a evolução do delinquente e só quando está curado cessava, havendo assim uma indeterminação temporal. No julgamento deveriam intervir não apenas juristas, mas também peritos das ciências sociais, médicos, criminólogos, biólogos, etc. Esta é uma orientação extrema e sem expressão. É uma caricatura do que conduz ao extremo uma prevenção especial – o crime já nem é pressuposto nem medida, porque o ideal até era atuar antes do crime. Pena indeterminada. Faz um juízo incerto.

Qualquer um destes vetores é insuficiente e os penalistas estão condenados a teorias mistas, pois mesmo dando prevalência a um deles, sempre se viram obrigados a combiná-los de forma a dar uma melhor resposta ao problema da criminalidade.

Críticas à Teoria Absoluta/Ético-retributiva:

Parte do pressuposto da liberdade humana dos destinatários, a quem posso censurar alguém o facto de obedecer ou desobedecer. Há quem diga que a **liberdade não pode ser demonstrada cientificamente**. Contudo, está é uma crítica frágil e não é suficiente! A liberdade não se prova, mas o contrário também não, tem a ver com a mundividência. O homem age no seu quotidiano como livre, então ao menos como ficção necessária deverá aproveitar-se essa consciência de liberdade para articular o respetivo regime. É, por isso, que mesmo os autores que partem de concepções deterministas continuaram a funcionar pela culpa, porque o Homem considera-se livre e responsável, embora não se saiba se é ou não.

No entanto, **a ideia retribuição convoca a ideia da vingança privada**, por isso é censurável. É verdade que o crime é um mal, mas porque que lhe aplico um mal também em sua resposta? Num quadro de Estado de Direito a vingança não pode ser o fundamento do Direito Penal, o castigo pelo castigo não pode ser justificação.

Revela insuficiências quanto aos inimputáveis, a doutrina não lhe dá resposta, tem de chamar a doutrina na prevenção especial.

Relativamente aos imputáveis normais ou por tendência/**delinquentes especialmente perigosos**, a sua culpa está diminuída, porque têm uma tendência/hábito (fatores endógenos) que os arrasta para o crime; são menos livres, são menos culposos, portanto, o crime é menos grave e a pena tem de ser menos grave. Porém, estamos a esquecer-nos que esses criminosos “menos livres” são precisamente os mais perigosos: paradoxalmente esta teoria acaba por aplicar aos criminosos mais graves as sanções menos graves, deixando a sociedade completamente indefesa contra estes fenómenos. Deste modo, tem de, novamente, chamar em seu auxílio a prevenção especial.

Críticas à Teoria da Prevenção Geral:

Pode conduzir a um “**Direito Penal do Terror**”, demasiado severo, em que a crimes poucos graves se podem aplicar sanções demasiado pesadas, transformando o delinquente num mero instrumento da necessidade de prevenção, pondo em causa a dignidade humana. Assim, o Direito Penal tem de ter limites axiológicos de justiça, tendo de chamar a si o princípio da proporcionalidade assente na retribuição.

Pode conduzir a efeitos contraditórios, podendo criar **movimentos de solidariedade para com o criminoso** contra brutalidade da sanção. Assim, a sanção é necessária, mas dentro dos critérios da justiça.

Parte do pressuposto que o efeito da prevenção geral se vai buscar à dureza da sanção, mas tal não é verdade, tem de ser complementado com a eficácia das **instâncias formais de controlo** – **ex**: antigamente, proibiu-se a falsificação das notas e, nas mesmas, vinha expresso que quem o fizesse seria condenado à pena de morte, contudo, faziam-no na mesma, porque sabiam que dificilmente seriam “apanhados”.

Há o **fenómeno da habituação social**, é um dado comprovado cientificamente que, no curto prazo, o aumento das penas pode levar à sua prevenção, reduzindo-se a prática de crimes, mas no médio-longo prazo volta à situação original, porque se deu a habituação daquela pena. Assim, acaba por ter um efeito perverso, porque uma sociedade que se habitua à violência, mesmo do Estado, é mais criminológica.

A prevenção geral **deixa de fora os delinquentes que são mais perigosos**, porque os imputáveis com tendência/habito/delinquentes especialmente perigosos não se deixam intimidar como o homem comum, precisam de medidas mais enérgicas, daí que tenham chamar em seu auxílio a prevenção especial.

Críticas à Teoria da Prevenção Especial:

Na vertente extrema, expressa pelo ideal utilitário da Escola Positiva Italiana e da Escola Alemã, partem do **determinismo** humano, que é **indemonstrável**, e o facto é que o Homem parte do pressuposto da sua liberdade nos seus atos positivos e negativos. Pretende **tratar o delinquente como um doente** e prevê a utilização de projetos médicos, que pode levar a um “Direito Penal Terapêutico” – **ex**: “A laranja mecânica”. À luz de critérios utilitários, transformam o criminoso num objeto terapêutico, atentando contra a sua dignidade humana. Tudo se passa em segredo nos hospitais, fora dos controlos democráticos e da opinião pública, por isso, ainda é mais perigoso do que o “Direito Penal do Terror”. A total indeterminação das sanções ligado a este modelo terapêutico pode levar a que as pessoas fiquem condenadas para sempre, o que o torna inadmissível num Estado de Direito.

Numa conceção não levada ao extremo, **não dá resposta à criminalidade da delinquência ocasional** (o circunstancialismo exterior é o preponderante, o caso típico são os delitos passionais), porque foi perigoso mas já não é, pois pratica o crime num contexto atípico/raro/difícil repetição, não havendo necessidade de perigosidade para o futuro, le-

vando a que ficasse impune, levando a uma absolvição em massa deste tipo de delinquentes. Justificava-se a aplicação de uma pena no sentido da prevenção geral, para atuar sobre os futuros delinquentes ocasionais.

Deste modo, concluímos ainda melhor que todas as teorias são insuficientes e, salvo raríssimas exceções, todos os autores e legisladores sempre se viram forçados a combinar todos, daí o ecletismo do Direito Penal.

07.10.16

Doutrinas da prevenção integral:

Foram tentativas falhadas, pretendiam deixar de parte a retribuição, não considerando a ideia da justiça e proporcionalidade, pretendendo apenas combinar a prevenção geral e especial. Assim, têm apenas valor histórico.

Conceção de Exner – que parte da prevenção geral, visa intimidar a generalidade das pessoas. O facto criminoso é pressuposto, mas já não é medida, porque não se vai aferir em função da gravidade do crime, mas da necessidade. Uma questão se coloca: qual a pena adequada para intimidar a generalidade das pessoas? A medida adequada da prevenção geral funciona entre o máximo e o mínimo, não havendo uma medida aritmética, e satisfaz as exigências da prevenção, consoante haja maior ou menor perigosidade do delinquentes e as necessidades sociais. Representa um melhoramento à prevenção geral pura, mas é passiva das mesmas críticas, na medida em que as penas não estão sujeitas ao princípio da proporcionalidade e justiça, o que leva ao perigo do “Direito Penal do Terror”, a pena excessiva pode gerar movimento solidarietade para com o criminoso, não tem em consideração a importância das instâncias de controlo e não se consideram os criminosos especialmente perigosos.

Conceção de Liszt – parte da prevenção especial, o seu autor é o pai da Escola Moderna Alemã, equivalente à Escola Positiva Italiana, marcada pelo positivismo naturalismo extremo do virar do século XIX para o XX. A pena deveria de ser totalmente indeterminada e não deve ser estabelecida pela gravidade ou necessidade, mas em função de o delinquentes ser perigoso ou não. Tal leva a que mesmo que um agente tenha praticado um crime horrível no passado, mas se no momento do julgamento já não é perigoso, não se aplica pena. Por outro lado, se continuasse sucessivamente perigoso, a pena poderia ser perpétua. Deste modo, estabelece penas indeterminadas, apenas determinadas na execução. Liszt foi sensível e compreendeu que não dava resposta aos delitos ocasionais (a quem não é perigoso endogenamente, mas influenciado pela ocasião), que nunca seriam punidos e reconheceu que devia de haver uma pena a ser-lhes aplicada pelo crime praticado e não por serem perigosos, o que afastaria, de futuro, outros delitos ocasionais. Em princípio a pena é totalmente indeterminada temporalmente e o essencial é a perigosidade, todavia, para dar resposta aos delitos passionais, haverá sempre um mínimo de pena, independentemente de considerações de prevenção especial e de ser perigoso ou não, em função do facto praticado e no sentido de haver também uma prevenção geral em todos os membros da comunidade, em ordem de evitar futuros delitos. Assim, a pena passa a ser indeterminada apenas no seu máximo e já não no mínimo, independentemente do sujeito ser perigoso ou não, mas apenas porque praticou um crime. Ainda assim, as outras críticas permanecem idênticas: perigo do “Direito Penal Terapêutico” que não exclui a hipótese de uma pena perpétua, as penas podem ser terapêuticas atentatórias da dignidade humana,

o que é inadmissível num Estado de Direito. Deste modo, não se furta ao essencial das críticas e, por isso, foram tentativas falhadas, sem apelar a considerações de justiça.

Houve uma outra conceção que pretendia combinar os vários fins das penas distribuindo-os no tempo ao longo do procedimento penal por 3 fases, de forma cronológica:

1. **Legislação** – o legislador descreve os crimes e culmina nas respetivas sanções, funcionam os objetivos da prevenção geral;
2. **Intervenção do juiz** – momento em que o juiz, dentro dos limites legais, aplica a sanção ao concreto delinquente. Prevaecem os ideais da justiça, a pena deve ser justa e proporcional, atendendo à gravidade do crime – teoria ético-retributiva;
3. **Execução** – corresponde à prevenção especial, no sentido de procurar que no futuro o agente viva sem praticar crimes, pretende-se a ressocialização do delinquente.

É uma doutrina impraticável, porque o Direito Penal está subordinado ao princípio da legalidade, por isso para o juiz tomar ideias de justiça e prevenção geral tem de estar determinado na lei e a pena tem de ser justa e proporcional, o legislador não pode apenas a prevenção geral e tem de ter em consideração muitos outros aspetos: a lei tem de ser justa, proporcional à gravidade do crime, etc., na execução está presente a previsão especial, mas também tem de se ter em consideração as outras finalidades. Esta é uma teoria simples, mas falsifica a realidade, que é complicada. Os 3 fins das penas funcionam e têm de funcionar sempre em conjunto.

Doutrina de base ético-retributiva de Eduardo Correia:

Foi professor catedrático da FDUC e é considerado o pai do Código Penal, no entanto, a sua doutrina tem poucos adeptos atualmente.

Encara a pena como um fim em si mesmo, está em causa retribuir o mal do crime, e punir o agente livre, que quando estava na liberdade de praticar ou não o crime, o praticou. Pretende aplicar ao criminoso uma pena proporcional à gravidade do crime, é uma proporcionalidade axiológica, devendo representar um mal equivalente. O crime é pressuposto e medida da sanção.

Eduardo Correia foi sensível às críticas, nomeadamente, à que apontava o facto de a Teoria Ético-Retributiva deixar de fora os criminosos especialmente perigosos, que têm fatores endógenos que o arrastam para a prática do crime, sendo por isso menos livres e, conseqüentemente, menos culpados, portanto, o crime é menos grave, então a pena tem de ser menos grave e com isso chegamos a uma situação absurda em que se aplicam as penas menos graves aos criminosos mais perigosos, deixando a sociedade indefesa, tendo de chamar o pensamento da prevenção geral, tendo em conta a perigosidade do agente.

Deste modo, introduz uma modificação no seu ponto de partida: a pena tem de ser proporcional à gravidade, a pena justa é suficiente para produzir a intimidação geral (satisfaz as exigências da prevenção geral). Para além disso, introduz uma modificação que consiste no apelo para a Teoria da Culpa na Formação da Personalidade. Retoma uma ideia de Aristóteles, considerando que o homem é livre, mas que todos somos condicionados por fatores endógenos – ADN, estatura física, etc. – mas também exógenos – família, formação, amizades, profissão, etc. que criam limitações e condicionam o nosso comportamento. Ainda assim, apesar das condicionantes, o Homem conserva uma margem de liberdade,

em que decide os seus atos, tornando-se responsável pelos mesmos. Só que a liberdade do Homem não se repercute apenas no ato que pratica, porque vamos influenciando o nosso próprio modo de ser, adquirimos hábitos e tendências e nós próprios vamos sendo responsáveis, ao menos em parte, naquilo que nos vamos tornando. Assim, há uma espécie de *feedback* sobre nós mesmos, todos nós somos não apenas pelo mundo exterior, mas também por aquilo que nos vamos tornando, nós próprios moldamos a nossa personalidade.

Deste raciocínio, Eduardo Correia pretende extrair uma consequência para os delinquentes especialmente perigosos, porque estes têm uma tendência e hábito que os arrasta para o crime, tornando-os menos livres, daí que sejam menos culpados em relação ao facto, todavia, são, em larga medida, responsáveis pela tendência que têm e não a combateram. Deste modo, aquilo que se retirava à culpa do facto ia se recuperar à culpa na formação da personalidade. Tudo isto permitia, sem sair dos quadros ético-retributivos, chegar a uma pena suficientemente grave para colmatar as necessidades de prevenção especial contra a perigosidade do delinquente.

A ideia de culpa na formação de personalidade não é inovadora de Eduardo, já vem de Aristóteles, ainda assim, não resolve completamente os problemas da Teoria Ético-Retributiva, vejamos: quanto a um caso concreto como posso provar que a tendência adquirida é da exclusiva responsabilidade do agente? Como posso determinar que no processo penal (onde prevalece o princípio do *in dubio pro reo*) ele teve culpa na formação da personalidade? Não terá sido antes influenciado pela família e meio onde cresceu? Em caso de dúvida, negava-se e não se aplicava pena, prevalecendo o princípio *in dubio pro reo*. Deste modo, continuava a deixar de fora os inimputáveis³ e a ter de chamar a prevenção especial em seu auxílio.

Com tudo isto, Eduardo Correia pretendia encontrar um artifício de engenharia jurídica que lhe permitisse, sem sair da pureza ético-retributiva, resolver os seus problemas. Mas, em concreto, não é possível.

A crítica essencial é a do próprio ponto de partida da Teoria Ético-Retributiva, que considera que a pena é a justa paga. Isto acaba por ser uma reminiscência do pensamento da vingança privada e não pode ser a ideia mestra do Direito Penal num Estado de Direito. Em suma, não pode ser aceite qualquer ideia de ético-retributiva do Direito Penal.

Doutrina da prevenção geral positiva ou de integração de Figueiredo Dias (e Costa Andrade):

Vai ser a doutrina adotada para o curso, é uma perspetiva mais moderna e a que tem a adesão maioritária em Portugal na atualidade.

³ O professor não referiu, mas na sebenta diz: em relação a estes não existe culpa, por isso não existe crime. Se estes delinquentes não podem ser tratados em termos de culpa, eles nem sequer cabem no âmbito do Direito Penal. Assim, as medidas de segurança que se lhes aplicam têm uma natureza puramente defensiva, revestindo-se então de uma natureza administrativa e não penal.

Parte da ideia de atribuir à pena um efeito sobre a generalidade da comunidade, mas por oposição à prevenção geral clássica (negativa ou de intimidação) é positiva ou de integração, pois o objetivo primeiro das penas é a reafirmação contrafáctica e reforço da vigência da norma. Visa também a restauração da confiança da sociedade no Direito.

As normas penais são normas de determinação e ao serem violadas põem em causa a vigência da norma, diminuindo a sua força vinculativa e o respeito da mesma aos olhos da comunidade.

A pena pretende reafirmar a norma, é uma função simbólica, no sentido em que está afirmar a validade e vigência da norma violada e a necessidade de continuar a ser respeitada no futuro. Ao aplicar a pena está-se a inculcar aquele valor na consciência comunitária e a aprofundar o respeito daquela norma pela comunidade. A pena intervém no sentido do reforço da vigência da norma na reafirmação contrafáctica da norma e na restauração da paz social. Podemos estabelecer uma analogia com a dialética hegeliana: o crime surge como negação da norma, a sanção surge como negação do crime (negação da negação da norma) e traz consigo a síntese: a reafirmação da norma violada. Assim, restaura a confiança no Direito e na norma violada.

Esta ideia traz conseqüentemente outra: se o objetivo é reafirmar a vigência da norma, então a sanção tem de ser conforme ao Direito e tem de ser justa, isto é, tem de ser proporcional à gravidade, pois se for injusta não restaura a confiança no Direito. A pena nunca pode ultrapassar a medida da proporcionalidade da culpa (é o limite). Assim, não há pena sem culpa e a pena não pode ultrapassar a gravidade da culpa, mas pode haver culpa sem pena, quando não for necessário – **ex:** instituto da dispensa de pena, art 74º do Código Penal. A culpa é o limite e não o fundamento, como nas teorias ético-retributivas, devendo haver uma relação unilateral (a pena implica forçosamente culpa, mas a culpa não implica forçosamente pena) e já não bilateral (a pena implica culpa e a culpa implica pena).

Deste modo, esta doutrina está, assim, a satisfazer o seu ponto de partida, mas também as necessidades de justiça impostas pelas teorias ético-retributivas, porque apela para a justiça e a pena é justa e proporcional, exigindo que em cada caso concreto se tome em causa a individualidade/subjetividade do agente, devendo atender-se às características da prevenção especial.

Se a justiça manda tratar o que é igual como igual e o desigual como desigual, deve de haver distinção entre os imputáveis e os inimputáveis, sendo-lhes aplicadas sanções diferentes, respetivamente, penas e medidas de segurança.

Em suma, esta doutrina recobre todas as necessidades do sancionamento penal. É uma construção unitária que de modo congruente no plano material satisfaz todos os aspetos e necessidades, combinando as 3 teorias. É também uma orientação que é conforme aos postulados do Estado de Direito e da dignidade humana. É uma teoria realista.

13.10.16

Regime das medidas de segurança:

“O sistema das sanções jurídico-criminais do Direito Penal português assenta em 2 pólos: o das penas e o das medidas de segurança. Enquanto as primeiras têm a culpa por pressuposto e por limite, as segundas têm base na perigosidade do delincente. Na pena,

a finalidade de prevenção geral positiva assume o primeiro e indispensável lugar; na medida de segurança, diferentemente as finalidades de prevenção especial assumem um lugar dominante.”

O regime das medidas de segurança não têm relação com a culpa do agente, estão pensadas para os inimputáveis, aqueles que são incapazes de culpa. Visam exclusivamente proteção da sociedade, nos termos da prevenção especial, de forma a responder à especial perigosidade do agente. Estão dependentes de outros requisitos:

1. **Princípio da legalidade** - têm que estar previstas na lei;
2. **Princípio da necessidade** – visa defender a sociedade da especial perigosidade do delincente, sendo esta medida por critérios de prevenção especial;
3. **Princípio da menor da intervenção possível** – é um corolário do princípio na necessidade. Segundo este princípio, deve ser aplicado aquela medida de segurança que for menos invasiva dos direitos e da esfera jurídica do agente. Quase podia não ser enunciado, porque é uma especificação. Se há uma medida menos grave que satisfaz a tutela, será essa a ser utilizada.
4. **Princípio da proporcionalidade** – a palavra é a mesma, mas quer dizer algo diferente. Representa o limite axiológico à aplicação das medidas de segurança, é uma restrição. O gravame aplicado numa medida de segurança deve ser proporcional à gravidade média dos crimes que se pensa que o agente poderá a vir a praticar no futuro. A criminologia veio trazer ensinamentos quanto a este propósito: vieram provar que, salvo em determinados casos, a gravidade média se mantém uniforme (não há uma progressão na carreira criminal – prática sucessiva de crimes mais graves – *escalation effect*), a progressão aritmética oscilaria entre 1 e 4 dólares, assim, a gravidade média mantém-se constante, salvo num campo, no da criminalidade violenta no âmbito das subculturas, os gangues, mas não interessa, são casos isolados. Esta investigação veio provar que a gravidade dos crimes oscila muito pouco, o que leva a que a gravidade do crime impetrado é indício bastante da gravidade média dos crimes que o agente poderá a vir a praticar no futuro. A gravidade da medida de segurança, ainda que necessária, não deve de ultrapassar a perigosidade dos crimes que o agente pode vir a praticar.
5. **Princípio do ilícito típico** – o Direito Penal atende à subjetividade do agente, todavia, deve ter em conta as condições indispensáveis à convivência comunitária, pelo que a subjetividade só pode ser tomada em conta quando se objetiva num comportamento exterior, num facto. Na sua interioridade, o Homem é livre, por isso, o Direito Penal só não quer que exteriormente se pratiquem atos lesivos. Para a aplicação das medidas de segurança tem de haver uma perigosidade e traduzir-se num ilícito, um facto objetivamente desvalor. O desencadeamento da medidas de segurança depende da prática de um facto, não basta vir uma investigação criminológica dizer que quem tem determinadas características é perigoso. A única perigosidade que pode ser atendida é possibilidade de o agente voltar praticar crimes no futuro daquela natureza – **ex**: ilícitos contra o património, apenas se pode aplicar medidas de segurança neste âmbito. Representa ao nível das medidas de segurança, a afirmação dos postulados do facto, conforme ao Estado de Direito, que se circunscreve à tutela das condições indispensáveis à convivência comunitária. O Direito Penal não pune tendências, inclinações ou pensamentos, tem de se concretizar num facto e

deve se objetivar na perigosidade relativa à natureza do ilícito típico. Tem uma finalidade de prevenção especial.

- 6. Princípio da judicialidade** – as medidas de segurança têm de ser aplicadas por um juiz/tribunais, o Direito Penal vive no processo penal, a avaliação dos crimes e aplicação das sanções têm de estar nas mãos de um órgão independente e objetivo que é o poder judicial. O legislador não toma uma posição doutrinal em matéria de sanções, seria mau, o legislador deve se limitar a dar grandes quadros e deixar o resto para a doutrina e para a jurisprudência – art. 40º Código Penal – nº 2: prevê a conceção unilateral da culpa. Nº 3 - subordinada a 2 requisitos: proporcional à perigosidade e gravidade do facto. O legislador não toma uma opção doutrinal, enuncia apenas grandes princípios/limites, que se ajustam à conceção do crime, constringindo-se à tutela de bem jurídicos e à conceção das reações criminais no quadro da prevenção geral positiva ou de reintegração.

Caracterização do Direito Penal dentro das ciências sociais:

O **Direito Penal substantivo** é o que define quais são os crimes e as respetivas sanções e estabelece os pressupostos das sanções.

Só que quando o crime é praticado é necessário que seja provado que foi praticado, quais as regras que devem proceder à investigação, quais os órgãos competentes, quais as regras de valoração da prova, quais as provas admitidas e quais não, quais as regras do julgamentos, quais os direitos de defesa, etc. e é o **Direito Processual Penal/Direito Penal adjetivo** que o estabelece. O Direito Processual Penal estabelece que a questão civil e penal podem ser julgadas no mesmo processo, é o processo de adesão, no processo penal é exortado um processo autónomo, do Direito Civil. Todas estas regras compõem o Direito Processual Penal, o Direito adjetivo, é ele que leva à prática os critérios e valoração do Direito Penal substantivo, visando estabelecer o caminho para se provar se os factos correspondem ou não aos crimes previstos no Direito Penal substantivo. O Direito Processual Penal assume um papel instrumental, mas tem também uma autonomia, porque é ao nível da investigação criminal que se abrem possibilidades de invasão da esfera alheia, da intimidade das pessoas – **ex:** escutas telefónicas, buscas de correspondência, etc. Tudo isso pode ser lesado ou violado numa investigação criminal e há, assim, problemas autónomos que têm a ver com a preservação da esfera individual, dos direitos fundamentais do arguido e tem de se fazer uma ponderação entre o que é a finalidade da procura da verdade/prova e a concordância prática pelo respeito dos direitos fundamentais das partes. Há aqui um princípio de proporcionalidade entre estes 2 planos conflituantes. O Direito Processual Penam tem uma autonomia teleológica em relação do Direito Penal.

Para além do Direito Penal substantivo ou adjetivo, há também o **Direito de execução das reações criminais**, pôs-se, sobretudo, no problema da prisão, penas e medidas de segurança, por isso se falava antes em Direito Penitenciário. Agora alargou-se e há outras penas que se prolongam no tempo e não são na prisão, daí que falamos no direito de execução das reações criminais. Há regras a cumprir, pois pode haver infrações disciplinares durante a execução e é o Direito de execução das reações criminais que as regula, bem como o Direito Penal substantivo, porque fixa as regras e consequências, mas depois também tem normas processuais ainda que adstritas à execução das reações criminais. Todo o processamento da justiça penal está garantido pelo poder jurisdicional, assim, há

sempre a superintendência e, em última instância, pode se apelar ao tribunal de execução das reações criminais.

Vamos estudar o Direito Penal substantivo, mas importa fazer uma outra distinção dentro deste. Ambos estão subordinados aos mesmos princípios fundamentais e a distinção não tem um valor quantitativo, tem antes a ver com uma razão de ordem qualitativa:

Direito Penal clássico ou de justiça – reporta-se aos crimes dotados de mais constância histórica, interiorizados na axiologia comunitária – **ex**: homicídio, furto, violação – são apreendidos naturalmente pelos membros da comunidade jurídica através do próprio processo de socialização. O Direito Penal vai buscar a sua inspiração à conceção axiológica comunitária. Assim, criança vai apreendendo estes conteúdos de ilícito. Este Direito Penal é dotado de mais estabilidade e está previsto nos Códigos Penais, pois importa manter uma estabilização. Em princípio, só as pessoas individuais são responsáveis perante este Direito Penal, salvo quando o legislador determinar o contrário.

Direito Penal secundário ou judicial – O Direito Penal é fragmentário e não pretende regular toda a realidade, mas projeta-se em todos os campos da atividade social, contudo, há campos especializados e técnicos que não são apreendidos por todas as pessoas – **ex**: lei que estabelece que é necessário ter um filtro no carro. A violação desta lei não constitui um crime dotado de axiologia comunitária, portanto, se as pessoas não tiverem conhecimento dela é necessário ensiná-la. Deste modo, nas áreas mais tecnicizadas, o caráter atentatório não resulta do senso comum, o homem comum não pode apreendê-lo, não resultam naturalmente do processo de socialização. Há domínios sociais que estão em permanente mutação, há uma contante evolução e as formas de compreensão lesiva sociais e a legislação está sempre a tentar acompanhar a evolução, nunca se chegando a estabilizar, na comunidade em geral, quais os comportamentos lesivos. Contudo, isto não associa um caráter menos gravoso. São incriminações relacionadas com setores tecnicizados ou em permanente evolução e a legislação não chega ao senso comum, pois tende a estar permanentemente a evoluir. A tendência é encontrarmos este Direito Penal em leis extravagantes, mais facilmente adaptáveis, já que deve ver constante a atualização da legislação, sob a pena de as penas se tornarem obsoletas. Este Direito Penal caracteriza-se por regular domínios em permanente mutação, por isso admite-se que os tipos legais tenham um sentido mais elástico e estejam previstos em conceitos indeterminados e cláusulas gerais, para garantir que a lei se pode adequar, para se aplicarem ao caso concreto. Neste caso, há a tendência mais aberta para se admitir a responsabilidade penal das pessoas coletivas.

Em ambos, há uma adaptação dos princípios à particular natureza social que é regulada pelo DP.

Direito Penal no sistema jurídico global:

Distinção ente Direito Público e Direito Privado – o Direito Penal é Direito Público, atendendo a qualquer um dos critérios para demarcar a fronteira, nomeadamente, a natureza dos bens jurídicos públicos – interesses da comunidade e supraindividuais. É nessa dimensão pública que os bens jurídicos são tutelados pelo Direito Penal e tal reflete-se na natureza das normas penais, normas de conduta, que pretendem olhar para o futuro e fazer

com que no futuro não sejam lesados bens jurídicos essenciais. Atendendo ao critério da estrutura da relação jurídica, na relação jurídico-penal o Direito Penal caracteriza-se pelo monopólio estadual do *ius puniendi*, só o Estado pode aplicar sanções. O Direito Penal vive no processo penal e é o Estado, dotado da sua soberania, que aprecia os casos concretos e lhe aplica as sanções. Mesmo num processo penal, de acordo com o Estado Direito, empenhado na preservação dos direitos fundamentais, o Estado intervém revestido de todo o seu *ius imperium*. É o juiz que dita a sentença e o particular está numa relação de total sujeição, a relação jurídico-penal é assimétrica, pois o Estado surge revestido de todo o seu *ius imperium* (soberania) e o particular encontra-se numa posição de sujeição e tem de acatar a pena. Tanto atendendo à natureza dos interesses dos bens jurídicos tutelados, como atendendo à estrutura da relação jurídica, que é assimétrica, em que o Estado tem *ius imperium* e detém o monopólio do *ius puniendi*, ao passo que o particular está numa posição de total sujeição, o Direito Penal é um ramo do Direito Público.

Direito Constitucional – o Direito Penal atende aos valores essenciais e a referência para determinados bens jurídicos sociais é mediatizada pela Constituição, no quadro axiológico que lhe subjaz, assim, é o grande referente para o âmbito de determinação da sua atuação. A lei fundamental contempla as traves mestras de organização da sociedade e do Estado, é o referente e limite de todos os ramos de Direito ordinário, por isso se discute a constitucionalidade/inconstitucionalidade de determinadas normas. O Direito Constitucional não se confunde com a teologia do Direito Penal, é tão só o seu referente e funciona como um ponto de referência tendente a limitar o seu campo de atuação. O Direito Penal visa a tutela dos bens jurídicos essenciais, nos termos definidos pelo quadro axiológico que subjaz à Constituição. Dada a importância da matéria penal, muitas vezes, o legislador constitucional chama à CRP normas penais, nomeadamente, os art. 27º e seg - materialmente são normas penais, só formalmente são constitucionais, mas em nada prejudicam a autonomia entre o Direito Penal e o Direito Constitucional. Este último é tão-só o referente e o limite do Direito Penal, mas não apaga a sua autonomia.

Direito Privado – no Direito Privado está em causa a repartição dos custos e benefícios e prevê critérios de justiça distributiva. As do Direito Civil são normas de valoração e os interesses tutelados são feitos de forma individual. Considera-se injusto quando há um desvalor de resultado – alguém está a receber mais ou menos do que devia – e as sanções pretendem repor a situação tal como estava antes. O Direito Penal não visa ressarcir os interesses, visa antes estabelecer normas de conduta/determinação, o cerne deste ramo de Direito está na violação da própria norma, esta no desvalor da ação, daí que a culpa seja pressuposto do crime (sem culpa não há crime). No Direito Civil admite-se antes a responsabilidade objetiva, porque o que está em causa é a distribuição justa. Daqui se conclui que se possa cumulativamente suscitar a responsabilidade civil e penal – agente tem de ressarcir e ser punido – ainda assim, as sanções não se sobrepõem, porque têm finalidades diferentes. O que está em causa são valores diferentes e, portanto, não há qualquer sobreposição.

Direito Administrativo – regula a atividade da Administração Pública - esta é uma definição formal, apenas quanto ao sistema interno. Materialmente, o que pretende está muito próximo do Direito Privado, pois visa definir as esferas de liberdade e de atuação dos agentes. No Direito Administrativo, o Estado intervém e tende à compatibilização entre interesses públicos e privados, mas, em caso de conflito, prevalecerá o interesse público.

Deste modo, entra na função de ordenação e conformação, mas de uma perspectiva diferente da do Direito Privado, porque entra vinculado à perspectiva do Direito Público, demarcando a esfera jurídica do cidadão no sentido de compatibilização do Direito Público. Nas suas múltiplas concretizações, cabe-lhe intervir na compatibilização dos interesses públicos com os interesses privados, sendo dado prevalência ao Direito Público.

Direito disciplinar – está contemplado nos estatutos dos funcionários da Administração Central, Local e Regional. Respeita à administração pública, mas não é Direito Administrativo. A Administração Pública é uma “máquina gigantesca” ao serviço de interesses públicos e interessa que os funcionários cumpram determinados deveres. Este direito disciplina quais são os deveres que o funcionário público tem de respeitar no exercício das suas funções e quando os viola temos os ilícitos disciplinares, sendo-lhes aplicadas sanções disciplinares. O que está em causa é a prossecução dos deveres do cargo, por isso são normas de determinação e as sanções disciplinares têm a mesma função sancionatória do Direito Penal, pois o que está em causa não é apagar a sanção, pretende-se é prevenir a prática de futuras infrações. O ilícito disciplinar inclui-se na função de proteção ou garantia como o Direito Penal, o seu interesse é punir uma conduta que violou os deveres do cargo/função, deste modo, é direito sancionatório e público. A diferença em relação ao Direito Penal está na natureza dos bens jurídicos em causa: o Direito Penal visa a tutela dos bens jurídicos essenciais à convivência comunitária, estende-se a todos os domínios da atividade social; no Direito Disciplinar pretende-se tutelar valores de ordem e de disciplina da própria administração interna, que convém que seja eficiente, pois o seu mau funcionamento é grave e tem relevância social. Todavia, são valores instrumentais internos e ligados ao caráter funcionais, o que justifica diferenças essenciais em relação ao Direito Penal. O Direito Disciplinar tem um regime diferente; não se exige uma legalidade tão estrita; a sanção é definida, em primeira linha, pelo superior hierárquico, só depois há recurso para os tribunais administrativos; as exigências de culpa são menores e as sanções podem levar à demissão do cargo, mas são menos graves que as sanções penais. O núcleo da diferença penal tem a ver com os bens jurídicos em causa e da sua importância. Tal não impede que a lei estabeleça o Direito Penal e o Direito Processual Penal como direito subsidiário no âmbito do Direito Administrativo. A subsidiariedade traduz-se em tudo o que não contrariar o direito disciplinar e caso hajam lacunas, aplica-se subsidiariamente as normas do Direito Penal e/ou do Direito Processual Penal. Estes são muito mais minuciosos do que o que consta do direito disciplinar e, tratando-se de direito sancionatório, em tudo o que não o contrariar, nos casos em que hajam omissões, deve se recorrer ao regime e regras do Direito Penal e do Direito Processual Penal. O Direito Disciplinar visa valores intrasistémicos/internos da administração, tem a ver com valores de ordem, hierarquia e disciplina, todavia, o comportamento de um funcionário pode ter relevância disciplinar e penal, estando isto relacionado com a fragmentariedade do Direito Penal, por isso, certos comportamentos que o funcionário tem pode simultaneamente ser ilícito disciplinar e penal - **ex:** corrupção, abuso de poder, etc. – importa determinar se têm em vista o mesmo bem jurídico, porque sempre que for, a norma penal consome a norma disciplinar. Se tiverem diferentes bens jurídicos haverá o concurso entre o Direito Penal e o Direito Disciplinar.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, ob. cit., pp. 43-64 e 78-105.

Direito de mera ordenação social – é o direito das contraordenações, só foi implantado na ordem jurídica portuguesa em 1982. Verificamos que é um direito de criação recente, foi criado em Portugal aquando da entrada em vigor do novo código, mais concretamente, através do DL 433/82 de 27 de outubro. Foi influenciado pela Alemanha, que o institucionalizou em 1969, entretanto, tendo também sofrido sucessivas alterações. Este Direito visa disciplinar a ordenação social, restringe-se a puros valores de ordens, o que é muito útil em sociedades complexas como as modernas. Aqui, não estão em causa os bens jurídicos essenciais, mas valores de ordem que passam, em larga medida, por critérios de convencionalidade – **ex:** circular pela direita ou pela esquerda, tanto faz, é necessário é que esteja estipulado para se evitar acidentes. Deste modo, não é o valor que em si importa, mas a ordenação, funciona como uma guarda avançada, isto é, uma antecipação de tutela dos valores jurídico-criminais. Os valores que tutela não valem por si, mas como instrumento para a tutela antecipada dos valores essenciais. A diferença está na natureza dos bens jurídicos em causa: o Direito Penal tutela bens jurídicos essenciais; o Direito de mera ordenação social tutela bens jurídicos secundários, muito importantes, mas que não valem por si, são apenas bens jurídicos instrumentais em relação à tutela dos bens essenciais. O Direito de mera ordenação social é, por excelência, o instrumento da descriminalização, a ideia da desnecessidade do Direito Penal liga-se muitas vezes a este e pode ser levado a cabo através das sanções de mera ordenação social, devendo permanecer a ideia do mínimo de intervenção. Assim sendo, este Direito é instrumental em relação ao Direito Penal. Está ligado ao abandono da distinção entre crimes, delitos e contrações, o novo Código Penal veio circunscrever a sua ação aos crimes e as contrações remeteu-as para as infrações de mera ordenação social, chamando-lhe de contraordenações. Este tutela valores de pura ordem social necessária, que valem apenas como instrumentos de uma tutela antecipada em relação aos bens jurídicos essenciais. Neste ramo de Direito, a infração corresponde a uma contraordenação e a sanção a coimas. Está também sujeito ao princípio da legalidade: as contraordenações e coimas têm de estar previstas na lei. Contudo, pelo facto de estarem em causa bens jurídicos menos graves e as coimas serem menos severas, alguns dos princípios em relação à tutela sofrem uma atenuação, não se exigindo uma legalidade tão estrita – **ex:** o princípio da culpa já não é tão vinculado eticamente, já não é preciso ser uma culpa fundada eticamente como no Direito Penal. Tal justifica-se porque os bens jurídicos em causa e as sanções são menos graves, daí que as exigências de precisão sejam menores do que as que se fazem sentir no Direito Penal. Ainda assim, isso não impede a previsão do princípio da legalidade, logo no art. 1º do DL é referido, bem como o princípio da irretroatividade. O art. 32º estabelece que Direito Penal e o Direito Processual Penal são direito subsidiário, sempre que houver lacunas, neste âmbito. Em matéria de processo, ocorre em 1ª instância perante a autoridade administrativa (art. 33º), com isto prossegue-se um objetivo de maior celeridade e de retirar aos tribunais matéria que verdadeiramente não tem dignidade penal, expurgando as “bagatelas penais” que sobrecarregavam o sistema judicial. Foi este um dos motivos que levou o legislador a acabar com as contrações e que eram julgadas nos tribunais, daí que as tenham expurgado e remetido para meras contraordenações. Em 1ª linha, quem aprecia e aplica as sanções é a autoridade administrativa, mas tem de haver controlo jurisdicional e há sempre a possibilidade de impugnação para os tribunais comuns (art. 61º). Para a maioria das contraordenações, o tribunal comum decide em última instância, todavia, no caso das mais graves, a lei admite mais um grau de recurso para o Tribunal da Relação (art. 73º), que decidirá em

última instância. A sanção designa-se coima (art. 17º e seg.) tendo, em princípio, natureza pecuniária. No entanto, a lei prevê outras espécies de reações criminais: as são sanções acessórias. A sanção principal é aquela que se aplica em 1ª linha ao crime, em contrapartida, a sanção acessória nunca se pode aplicar autonomamente, mas sempre conjuntamente com uma lei principal. Como sanção principal surge a coima pecuniária, todavia, não está afastada a hipótese de uma lei qualquer, desde que provindo da AR ou autorizada do Governo, possa alterar, neste ponto, o regime da lei-quadro e estabelecer como tipo de sanção principal outra. A principal é a que, por norma, se aplica, mas não está excluída a possibilidade de em diploma avulso do legislador estabelecer uma coima de natureza não pecuniária, no entanto, a coima jamais pode consistir em privação de liberdade, isto é, em prisão. Assim, embora não esteja excluída a possibilidade de o legislador prever, a título de função principal, uma sanção de outra natureza que não meramente pecuniária, há algo que está excluído: estabelecer uma coima que leve à privação da liberdade/prisão, pois tal deve ser reservado para as infrações mais graves, ou seja, os crimes.

Direito Penal em confronto com outras disciplinas não jurídicas – Criminologia e Política Criminal:

O fenómeno criminal é extremamente complexo e deve ser abordado numa perspectiva interdisciplinar. A **criminologia** provê, assim, um estudo empírico da delinquência e visa descrever o fenómeno da delinquência em termos de causas, condicionamentos, problemas, etc., ao passo que a **política criminal** se pode definir como a arte de resolver/solucionar o problema da delinquência, definindo estratégias de controlo social do fenómeno da criminalidade.

Seria Liszt, no virar do séc. XIX para o XX, pai da Escola Moderna Alemã (equivalente à Escola Positiva Italiana), a procurar articular esses vários saberes naquilo que apelidou de “Ciência conjunta/total do Direito Penal”, de forma a articula-las e perceber como interação.

A criminologia estuda a realidade do crime, as suas causas (fatores exógenos e/ou endógenos) e procura descrever a realidade criminal em moldes positivos. Seria nesses moldes que a política criminal iria criar as suas estratégias de controlo da criminalidade. Assim, primeiro iria se definir um conjunto de factos, por exemplo, quais as sanções mais adequadas a aplicar, e só depois viria o Direito, que mais não faria que cristalizar em letra de lei as estratégias sugeridas pela política criminal.

Deste modo, o Direito era a forma jurídica de consagrar as estratégias da política criminal. Liszt viveu na época de ouro do positivismo, O Direito Penal constituía uma barreira intransponível da política criminal, no sentido que, de facto, ainda que a criminologia viesse com novas sugestões e a política criminal as tivesse em conta, só poderiam ser levadas à prática se o Direito Penal as prevê-se. “Apesar de todo o relevo que von Liszt concedia à política criminal e à criminologia no seio da ciência conjunta do Direito Penal, era a dogmática jurídico-penal que, no seu pensamento, devia continuar a ocupar o primeiro lugar na hierarquia das ciências criminais.”

O Professor Figueiredo Dias, pretende restaurar esta ideia da “Ciência Conjunta”, considerando que as 3 se iriam articular e o Direito Penal seria a sua concretização. O

mesmo refere: “sabemos hoje, por um lado, que é à política criminal que pertence competência para definir os limites da punibilidade; como, por outro lado, que a dogmática jurídico-penal não pode evoluir sem atenção ao trabalho “prévio” de índole criminológica. Mas também este não pode evoluir sem uma mediação político-criminal que lance luz sobre as finalidades e os efeitos que se apontam à aplicação do Direito Penal. Política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia são assim, do ponto de vista científico, 3 âmbitos autónomos, ligados porém, em vista da realização do Direito Penal, em uma unidade teológico-funcional.”

No entanto, o Professor Almeida Costa não adere a esta conceção, segue antes a orientação clássica. Deste modo, entende que, sem dúvida, o Direito Penal visa controlar o fenómeno criminal, comandar a vida dos cidadãos e evitar que pratiquem crimes, por isso os ensinamentos que vêm das outras ciências são importantes. Contudo, o Direito Penal tem uma autonomia essencial, ele valora. Por isso mesmo, Eduardo Correia dizia que a criminologia é acessória, isto é, uma disciplina acessória e complementar do Direito Penal. Tal conceção percebe-se, porque são perspetivas diversas, não está a minorar a criminologia. Também O Direito Penal é uma disciplina acessória e complementar para a criminologia. A criminologia olha o crime por fora, o Direito Penal olha o crime por dentro, é um processo de valoração, que tem a ganhar com os ensinamentos que vêm da criminologia e da política criminal, mas é uma perspetiva autónoma, tal como acontece inversamente. Deste modo, o professor renuncia à tentativa do Figueiredo Dias de recuperar a velha ideia da ciência jurídica penal, pois leva a uma colonização da vida pelo sistema.

Monismo ou dualismo das reações criminais:

Esta discussão visa saber se pela prática de um crime (pelo mesmo facto), o mesmo agente, pode ser objeto, cumulativamente, de penas e medidas de segurança.

Tese monista – não, as medidas de segurança são só para inimputáveis, já os imputáveis só podem ser objeto de penas, não pode haver a aplicação cumulativa de penas e medidas de segurança a imputáveis pela prática do mesmo crime. No entanto, pode acontecer alguém ser julgado pro vários crimes, havendo um concurso de crimes, podendo ser imputável nuns e noutros não – **ex:** cleptomaniaco – inimputável no que diz respeito aos fogos e imputável ao roubo → a sanção global engloba penas e medidas de segurança. Mas a questão em causa não tem a ver com isto, põe-se quanto se a um imputável se pode aplicar pela prática de um só crime cumulativamente as penas e medidas de segurança. Dizem que não! Esta acaba por ser a orientação maioritária e dominante em Portugal, por um conjunto de razões:

- Ordem de natureza geral – as medidas de segurança estão subordinadas ao controlo penal do facto, há a preservação da garantia das pessoas, mas nem sempre assim foi no passado, a medida de segurança era aplicada à luz da perigosidade, não havendo limites para a mesma. Não se falava no princípio do ilícito típico, as medidas de segurança e o arguido ficavam nas mãos da administração do Estado, do Leviatão. No entanto, por razões do Estado de Direito, procurava-se restringir ao máximo a medida de segurança, excluindo a aplicação de medidas de segurança. Este obstáculo desapareceu e atualmente há limites estritos que garantem a proporcionalidade das medidas de segurança;

- Causa autóctone – mesmo antes do 25 de abril, o Direito Penal sempre foi garantístico, menos nos crimes políticos, em que se aplicavam medidas de segurança indiscriminadamente. A tradição que ficou de reagir contra isso e continua a verificar-se na doutrina portuguesa, nomeadamente, em Figueiredo Dias. Contudo, esta visão é contraditória e, sobretudo, com a nossa lei, porque esta tem um regime dualista.

Tese Dualista (orientação maioritária na Alemanha) – aos imputáveis podem aplicar-se cumulativamente penas e medidas de segurança pelo mesmo crime. O professor é dualista e a nossa lei também.

As medidas de segurança podem ser detentivas (**ex**: internamento num hospital) ou não detentivas (**ex**: interdição de conduzir) – o carácter dualista da lei resulta da letra da lei das medidas não detentivas. – **ex**: art. 100º do Código Penal. É a própria lei que determina que as medidas de segurança são aplicáveis quer a imputáveis, quer a não imputáveis.

Quanto às medidas de segurança detentivas estão previstas no art. 91º CP e restringe-se aos inimputáveis – monistas têm razão, ao menos, quanto a isto, mas será assim? Não, porque se verifica uma diferente técnica legislativa – **ex**: art. 83 e seg, preveem penas relativamente indeterminadas quando alguém pratica vários crimes e revela uma tendência para o crime, aplica-se então uma pena relativamente indeterminada, que é uma pena que o tribunal costuma não fixar, estabelecendo apenas um máximo e um mínimo, o mínimo corresponde a 2/3 em relação àquele crime e o máximo são os 2/3 acrescidos – a pena vai ser determinada consoante a evolução do condenado, se revelar melhoras sai antes, se não, sai depois. Verdadeiramente, não é uma pena, é uma sanção mista, a pena é o que é aplicado ao crime concreto, tudo o que for além disto é uma medida de segurança que se relaciona com a perigosidade. Este instituto é a consagração de um regime dualista, vem estabelecer a aplicabilidade, é apenas uma técnica legislativa diferente, que fundiu a pena e a medida de segurança. Concluindo, a imputáveis são aplicáveis tanto medidas de segurança como penas – prevalece a tese dualista.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, ob. cit., pp. 155-176 e 18-41.

19.10.16

TEORIA DA LEI PENAL

“O princípio do Estado de Direito conduz a que a proteção dos DLG seja levada a cabo não apenas através do Direito Penal, mas também perante o Direito Penal.”

Uma das manifestações do Direito é a lei, em geral, não é a única, mas no âmbito do Direito Penal é. O princípio da legalidade estabelece que não há crime sem lei, não há pena sem lei e não há pena sem julgamento - formulação de Feuerbach. A nós interessamos apenas as duas primeiras formulações – não há crime sem lei, não há pena sem lei (*nullum crimine sine lege, nulla poena sine lege*). Deste modo, para qualquer conduta ser punida criminalmente tem de estar qualificada como crime numa lei anterior e só se podem aplicar as penas previstas numa lei anterior. Assim, para estarmos perante um crime terá de existir uma lei anterior que qualifique a conduta praticada como tal.

Antigamente, confundiam-se os âmbitos da moral e do Direito e o particular estava sujeito às arbitrariedades do juiz. O Estado de Direito trouxe o princípio da legalidade.

Atualmente o princípio da legalidade abrange também as medidas de segurança, determinando-se que apenas se podem aplicar quando certos pressupostos estiverem previstos em lei anterior. Fala-se, assim, no princípio da legalidade dos crimes, das penas e das medidas de segurança.

O princípio da legalidade tem um fundamento externo que é o princípio da divisão de poderes, deste modo, compete ao órgão representativo do povo a definição daquilo que é crime e das correspondentes sanções, isto é uma decorrência do princípio de divisão de poderes, decorrente do Estado de Direito. O legislador define o crime e respetiva sanção e o juiz limita-se a aplicar a lei.

No início do séc. XIX era tal a reação verificada ao *Ancien Regime* e à arbitrariedade que se determinou que a interpretação era proibida, o juiz era reduzido a ser *la bouce de la loi*, deveria de haver uma aplicação lógica-subsumtiva, mas isso não é possível, pois as palavras que estão na lei são polissémicas e a interpretação é imprescindível, as palavras valem pelo espírito da lei. Atualmente, o princípio da legalidade não é tão estrito como na altura.

O princípio da legalidade é de tal modo importante que está consagrado no art. 29º (nº1 e 3) da CRP. Logo nos deparamos com uma dificuldade, porque o nº2 (*ius gentium*) admite os chamados crimes que atentam contra os valores das gentes, uma espécie de direito natural dos tempos modernos, os crimes contra a paz e humanidade em que são aplicados todos os princípios gerais e costumes de *ius cogens* (art. 8º, nº1 CRP), que podem ser fundamento de incriminação. O problema põe-se essencialmente com os crimes de guerra – **ex:** Tribunal de Nuremberga (potências aliadas julgaram e condenaram membros das forças do Eixo por violações graves de Direito Internacional que não eram punidas por lei interna desses países), Tribunal da Ex-Jugoslávia. Muitas das condutas julgadas não estavam previstas na lei interna desses países e entendeu-se que, não havendo uma lei expressa, porque essas condutas atentavam contra valores universais, deviam ser punidas. Hoje em dia, este problema não se suscita tanto, porque estes crimes estão previstos em convenções internacionais, por isso, fazem parte do Direito Penal interno. Deste modo, já não se põe o problema do princípio da legalidade nestes crimes. No art. 2º estão consagrados os crimes contra a paz e humanidade, permitindo punir esses crimes, mesmo que a lei não os preveja, já que há criminalização à luz de princípios internacionais. O problema não se põe hoje, porque todas essas condutas estão em convenções internacionais que já foram incluídas na ordem interna portuguesa. Hoje, o princípio da legalidade vale em toda a sua extensão e sem exceções na ordem jurídica portuguesa.

O princípio da legalidade costuma ser caracterizado por 4 requisitos: para haver crime tem de haver **lei prévia, escrita** (visa afastar os usos e costumes como fonte de incriminação), **estrita** (em sentido formal, tem de provir do poder legislativo, do Parlamento, que representa o povo e tem legitimidade para definir o que é crime, é o titular do *ius puniendi*, também pode vir do Governo, mas apenas se tiver havido autorização legislativa da AR) e **certa** (exige-se o princípio da determinabilidade, que a lei seja o mais precisa possível, em ordem a evitar os perigos de arbítrio por parte do julgador).

Diz-se que o princípio da legalidade se projeta a vários níveis:

1 – Extensão/âmbito de aplicação: o princípio da legalidade vale tanto para a fundamentação ou agravação da responsabilidade como para as regras que contribuam para a atenuação ou exclusão da responsabilidade. Abrange todos os aspetos revelantes.

2 – Fonte: coloca-se o problema da lei estrita, a fonte deve ser do poder legislativo, da Assembleia da República – art. 165º, nº, alínea c – é da competência da AR de legislar, o Governo também pode mas precisa de uma autorização legislativa prévia. A propósito do problema das normas penais em branco: o legislador para definir uma determinada matéria recorre a conceitos ou institutos de outros ramos do direito – **ex:** delitos de funcionários, fala em ato administrativo válido ou inválido, o Direito Administrativo não está subordinado à reserva de lei, por isso está a absorver no regime penal matéria que não feita pela AR e que pode mexer no âmbito de criminalização. As normas penais em branco são legítimas se o legislador penal, acolhendo no seu regime institutos ou figuras de outros ramos de Direito, os aceitar tal como são legítimos nos ramos de origem, ou seja, que a definição dos seus contornos seja legítima, ainda que não tenha sido feito pela AR. Muitas matérias extrapenais são também da competência do Governo.

3 – Plano da determinabilidade: a lei deve ser estrita, deve ser o mais determinada e precisa possível na determinação da matéria criminal, porque não só estão em causa valores essenciais, mas também porque as sanções penais são as mais graves. Tal decorre em nome da garantia dos particulares contra os arbítrios do poder público. Com isto, não pode excluir-se, sobretudo, do Direito Penal secundário, mas também se aplica no Direito Penal clássico. Há domínios em que o legislador se vê obrigado a recorrer a cláusulas gerais e a conceitos indeterminados, porque estamos em domínios em constante evolução e se o legislador não der alguma flexibilidade à lei, esta rapidamente se torna obsoleta. Não é ilegítimo, o requisito é que os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais sejam determináveis segundo critérios objetivos, significando que a decisão do juiz é controlável em sede de recurso, pois são as garantias dos particulares que estão em causa.

4 – Plano da analogia: é uma matéria que tem a ver com a proibição da analogia, proíbe-se apenas em tudo o que for desfavorável ao arguido, ou em matéria de fundamentação ou agravação da responsabilidade, ou de pressuposto do estado de perigosidade ou de aplicação de uma medida de segurança, já em tudo o que for favorável ao arguido, preveja a exclusão da ilicitude, pena, culpa e situações atenuantes, já não há proibição da analogia. Assim sendo, há que procurar a solução mais justa e se a solução mais justa justificar o recurso à analogia, tanto a *legis* como *iuris*, é admitida. O penalista pode lançar mão de todos os princípios, no sentido de procurar o mais justo, apenas tem a proibição de recurso à analogia sempre que seja desfavorável ao arguido, tirando isso, valem todos os mecanismos interpretativos.

O princípio da legalidade surge no art. 1º do Código Penal, é uma projeção da vertente garantística do Direito Penal, surgiu no virar do séc. XIII para o XIX com o nascimento do Estado Liberal preocupado com as garantias.

No art. 1º, nº1 CP consagra-se o princípio da legalidade do crime e a legalidade da pena, caso contrario permitir-se-ia a perseguição de pessoas pelo legislador e não faria sentido punir alguém pela prática de um ato, se não houvesse uma lei a definir esse ato como crime anteriormente.

Já no nº 2 do mesmo art., temos previsto o alargamento do princípio da legalidade, que nem sempre assim foi. Durante muito tempo, todos os códigos europeus não contemplavam esta norma, porque consideravam que a medida de segurança não respeitava a um facto, mas a um estado de perigosidade, pretendendo cumprir o objetivo de prevenção especial em relação à perigosidade manifestada por certas pessoas. Assim, dizia-se que as leis novas relativas a medidas de segurança deviam ser imediatamente aplicáveis, mesmo a factos passados, já que isso não comportaria uma aplicação retroativa, diferentemente da pena, que se aplica a um facto, a medida de segurança aplica-se a uma personalidade perigosa. **Ex:** a lei velha previa que quem preenche-se 5 requisitos ser-lhe-ia imposto uma medida de segurança, depois uma investigação diz que bastam que preencham 4, imaginemos que no momento da lei velha o agente preenchia 4 e depois como se tirou 1 requisito, aplicava-se a medida de segurança, porque se dizia-se que não se tinha aplicado retroativamente, porque o estado de perigosidade mantém-se atual e as normas de medidas de segurança são de aplicação direta. Em abstrato está correto, mas o legislador fez bem em deitar fora esta determinação e subordinar as medidas de segurança ao mesmo regime que as penas, porque o legislador podia chamar medidas de segurança a penas e aplicá-las retroativamente (“burla de etiqueta”). Por isso, o legislador de 1982 veio afastar esse velho regime que vigorava na Europa e estabelecer para as medidas de segurança um regime análogo/idêntico ao das penas, com o objetivo da garantia das liberdades e segurança dos particulares. Temos então: princípio legalidade do crime, da pena e da medida de segurança. Este entendimento do princípio da legalidade tem consequências na interpretação da lei e integração de lacunas, estão prevista no nº3 do art. 1º.

No nº3 do art. 1º proibiu-se a analogia se se verificar em matéria desfavorável ao arguido – fundamentação ou agravação da responsabilidade, ou pressuposto de perigosidade e de medidas de segurança. Vale tanto para a analogia:

- *Legis* - regime que já está consagrado na lei, aplicando-se a uma situação que apresenta um desvalor material idêntico, vai se buscar um regime que já esta na lei previsto para um conjunto de casos que não aquele;
- *Iuris* - juiz cria uma nova norma com base nos princípios materiais de Direito, finalidades e valores subjacentes a todo sistema).

Nestes casos não é permitida a analogia, é a única limitação que tem, de resto valem todos os processos interpretativos admitidos nos outros ramos de Direito. Em matéria de atenuação, tudo aquilo que for favorável ao arguido, causas de exclusão de ilicitude, culpa, pena ou atenuação tanto a analogia *legis* como a *iuris* é admitida, pois não há o perigo de qualquer arbítrio.

O Direito Penal vive na lei, a única fonte do Direito Penal admissível é a lei e a lei em sentido formal, emanada do poder legislativo dos Parlamentos ou autorizada por eles. E a interpretação? São admitidas todas as formas de interpretação! A interpretação tem de ser teleológica, pois a letra da lei não vale por si, o elemento gramatical/a letra, não vale por si, mas como expressão do espírito e do valor que lhe está subjacente. A função do intérprete é chegar ao espírito da lei e ao seu sentido, daí que a interpretação tenha de ser teleológica- Às vezes o legislador diz mais do que queria, às vezes diz menos, por isso são admitidas a interpretação restritiva e a interpretação extensiva. A interpretação em qualquer das suas formas encontra ainda uma correspondência no mínimo da letra da lei, é este requisito que distingue a interpretação da analogia. Aplica-se a interpretação subjetivista

ou objetivista? A interpretação subjetiva pretende refazer a vontade e as valorações do legislador histórico, já a interpretação objetiva pretende escrutinar um sentido objetivo à luz das valorações, é “fundada nos sentidos que a regulamentação assume no momento em que o processo hermenêutico é levado a cabo”. Durante muito tempo, a preocupação de restringir ao máximo o arbítrio do legislador, fez com que muitos autores, incluindo Figueiredo Dias e Roxin, defendessem uma interpretação. Atualmente, a doutrina majoritária entende que não é assim e que a interpretação deve ser objetivista, pois não se deve esgotar na simples reconstrução da vontade do legislador histórico, já que conduziria, em muitos casos, a tornar a lei obsoleta. Deste modo, o intérprete deve descortinar por detrás da letra da lei o sentido objetivo dos conceitos à luz dos valores que pautam os valores do Direito Penal e da Constituição (referente do legislador penal e critério que tem de pautar a interpretação), procurando encontrar na lei um sentido objetivamente ajustado aos critérios de justiça e às finalidades do ordenamento jurídico-criminal, harmonizados com os valores da constituição. Defende-se também uma interpretação atualista, desde que caiba na letra da lei. Os bens jurídicos vão mudando com a história e, sob pena de a lei se tornar obsoleta, a interpretação deve ser objetivista e atualista, adaptando-se ao natural fluir da vida social. Devemos entender a interpretação penal como uma interpretação teleológica, o intérprete deve procurar por trás da letra da lei, é um meio de acesso ao espírito da lei, com vista a procurar quais são os valores do sistema que se adequam naquela concreta disposição. Admite-se a interpretação em todas as dimensões, apenas com o limite do recurso à analogia em matéria desfavorável ao arguido – resulta do próprio art. 1º, nº3 CP.

Aplicação da lei penal no tempo:

O processamento da justiça penal prolonga-se no tempo, há um momento em que o crime é praticado, outro em que se abre o processo e outro o que em se estabelece a sentença e pode muito bem suceder que, durante este tempo todo, se verifique uma sucessão de leis penais no tempo. Então, suscita-se qual a lei que se deve aplicar: a que estava em vigor no momento da prática do facto? Do processo? Ou da sentença? Este é o problema da aplicação da lei penal.

O princípio geral não pode ser outro diferente daquele que está enunciado no art. 2º, nº1 do CP, o princípio da não retroatividade da lei penal, que é um corolário do princípio da legalidade. A regra geral é a de não aplicação retroativa da lei penal, os crimes devem ser julgados e punidos pela lei que estava em vigor no momento da sua prática. Quando o agente está a praticar um crime, tem de saber quais são as consequências do seu ato, não faz sentido que *a posteriori* o legislador possa alterar as regras do jogo. O princípio da não retroatividade é uma decorrência/corolário lógico do princípio da legalidade (é sempre necessário lei anterior).

A regra é a de que os crimes são julgados à luz da lei que estava em vigor no momento da prática, mas qual o momento que se deve considerar para a prática do crime? O momento da conduta ou o da consumação? **Ex:** sr. A dá um tiro no sr. B, mas não morreu logo e esteve 15 dias no hospital e só morreu nesse dia, imagine-se que houve uma lei nova, aplica-se a lei do momento da conduta ou da consumação? A lei é clara e estabelece um critério unilateral, o critério é o da conduta (ativa ou omissiva) – art. 3º CP (determinação

do *tempus delicti*). O momento relevante tem de ser o da conduta, porque os outros dependem de circunstâncias aleatórias, que não dependem do agente, que não são previsíveis no momento. O cerne do delito está no desvalor da ação, logo, do ponto de vista do destinatário da norma, é o momento em que ele decide se pratica ou não a conduta que releva, pois este tem de conhecer as consequências da sua conduta. É irrelevante o momento do resultado, é na base do momento da conduta que deve funcionar o princípio da não retroatividade da lei.

Isto levanta problemas específicos para um crime permanente ou duradouro – cuja execução se prolonga no tempo, **ex**: sequestro – a maioria é de execução imediata. Em princípio, a lei aplicável é a lei que estava em vigor na prática do crime, mas tem também uma exceção, estabelece-se a lei de aplicação retroativa das leis penais concretamente mais favoráveis, percebe-se porque o legislador numa nova e, em princípio, melhor consideração das coisas chegou à conclusão de que o bem em causa pode ser garantido com uma sanção menos grave, portanto, não faz sentido continuar a aplicar a mais grave e daí a regra da aplicação retroativa da lei penal mais favorável. Como se define se é mais favorável? Em abstrato ou em concreto? Olhando para o limite máximo e mínimo estabelecido na lei velha e na nova? **Ex**: lei nova que *a priori*, olhando para a moldura parece ser mais grave, mas contempla uma causa de exclusão de ilicitude, que vai fazer com que em concreto a norma aplicável seja a nova. A aplicação da lei favorável tem de se fazer em concreto, tem de se proceder a 2 julgamentos: julgar à luz da lei velha e da lei nova e verificar quais as consequências e em função das concretas consequências determina-se qual a lei mais favorável e pode muito bem suceder que para um caso a lei velha seja a mais favorável e para outro a lei nova, pois o juiz deve tratar esses casos de forma diferente. A solução varia caso a caso e o juiz determinará em concreto a aplicação ou não da retroatividade da lei. Qualquer juízo feito em abstrato, independentemente do caso concreto, será inválido.

Há também o problema das chamadas leis intermédias, ou seja, leis que vigoram entre o momento da prática do facto e o momento do julgamento, sem todavia vigorar em nenhum deles. Infelizmente, os processos penais demoram muito tempo, devido à morosidade da justiça penal, e, às vezes, entre o momento da prática do facto e do julgamento definitivo, há a sucessão de várias leis. Momento da prática – lei A, inquérito – lei B, julgamento – lei C, recurso – lei D. Uma questão se coloca: atende-se apenas à lei da prática do facto e a do julgamento ou também a todas as outras que vigoraram entretanto, mas não estão a vigorar em nenhum destes momentos? Estas leis intermédias relevam para efeito de determinação da lei mais favorável? Sim! O juiz teria de fazer 4 aplicações de lei ao caso e deveria aplicar aquela que fosse mais favorável concretamente. Isto verifica-se por uma questão de justiça: se não aplicássemos a lei B (a mais favorável concretamente ao arguido) estaríamos a fazer o arguido pagar por atrasos do processo que não são da sua responsabilidade. A maior ou menor demora é culpa do sistema e não pode ser o arguido a pagar por esse facto, por isso, as leis intermédias também contam para efeito de determinação da lei mais favorável. Para além disso, poderia também levar a que se chegassem a soluções diferentes para casos semelhantes por meras razões de celeridade processual. A nossa lei regula essa matéria no art. 2º CP.

O art. 2º, nº1 entalece o princípio geral (+ art. 29º, nº4 CRP), no entanto, no nº 3 e 4 vem estabelecer as exceções de aplicação da retroatividade mais favorável.

No art. 2º, nº2 temos previsto a possibilidade de descriminalização (**ex**: aborto até às 10 semanas), isto é, a lei nova vem dizer que uma conduta que era considerada crime pela lei velha deixa de o ser, afasta assim qualquer punição penal, a lei nova aplica-se imediatamente, mesmo que o agente já esteja a cumprir pena. A lei nova é imediatamente aplicável, cessa a aplicação da pena e deixa de haver respeito pelo caso julgado. Mas nem toda a descriminalização tem este regime.

Já o art. 2º, nº4 prevê a despenalização, ou seja, a conduta continua a ser crime, só que passa a corresponder-lhe uma sanção menos grave. Levanta-se um problema: poderia requerer a abertura de todos os processos que já estão a cumprir pena e seriam rejuizados pela lei nova. A pensar nisso, na redação originária (agora já não) dizia que havia respeito pelo caso julgado, apenas se aplicavam aos casos não cobertos pelo caso julgado, muitas vezes se levantaram contra, mas caso contrário iria estoirar o sistema judicial. Manuel de Andrade dizia que o Direito tem de se pautar por 3 valores: justiça, segurança e praticabilidade. O mundo é imperfeito, onde nada pode ser totalmente favorável, há que adequar as situações ao que é possível. O nosso legislador originário estabelecia a diferença entre o respeito ou não pelo caso julgado. Se se admitisse a reavaliação de todos os casos julgados de cada vez que fosse promulgada uma nova lei penal, qualquer reforma penal, por mínima que fosse, implicaria uma enorme sobrecarga dos tribunais. Na reforma de 2007, o legislador veio com uma inovação favorável, arranjou um sistema automático, que não sobrecarregaria os tribunais, e que alargava o efeito retroativo de uma lei despenalizada mais favorável e é o que está agora na parte final do nº4 - **ex**: lei antiga estabelecia pena de 2-8 anos e o juiz decidiu condenar o arguido a 6 anos, a lei nova estabelece de 2-4 anos, assim, quando a pena atingir o máximo admitido pela lei nova, cessa a punição. Com isto estabeleceu-se um procedimento automático, é uma solução que é prática e alarga a amplitude da aplicação da retroatividade da lei penal à despenalização. O legislador autonomiza estas situações estabelecendo regimes diferentes.

Será que toda a descriminalização tem o regime previsto no nº2 do art. 2º? Quando uma infração era de natureza penal e se torna de outra natureza, se aplicássemos este artigo, levaria a soluções absurdas, a um vazio de punição, já que não se podia aplicar, por exemplo, nem a pena nem a sanção da contraordenação, porque estas não se aplicam retroativamente, o que poderia levar a que o legislador não procedesse a essa operação, receoso de deixar impunes uma série de factos ilícitos. Deste modo, o art. 2º nº 4 abrange não só a despenalização, mas também a descriminalização que muda de natureza, porque fala em lei nova e não forçosamente numa lei penal nova. Quanto à descriminalização temos que distinguir 2 tipos: nº2 descriminalização *tout court*, era ilícito e passa a ser lícito; nº4 cabem tanto os casos de despenalização, como a infração de um crime que resulta na conversão de um crime em infração de outra natureza.

21.10.16

Leis temporárias ou leis de emergência:

O seu regime está previsto no art. 2º, nº3 CP, são leis pensadas para alturas de crise, seja económica, epidemia, situação de conflito/guerra, etc.

Nestas situações, o Estado é obrigado a promulgar legislação de exceção, que também contempla normas penais, e que, por regra, prevê um regime penal mais severo do

que o comum. Como são legislação de exceção, fixam o seu prazo de vigência e, por isso, se chamam leis temporárias.

As situações de emergência, felizmente, têm uma duração curta e o processo penal é lento, portanto, pode acontecer que um crime seja praticado durante a lei de emergência e vir a ser julgado quando esta já não está em vigor, mas o regime comum, que é mais favorável. Se fossemos aplicar cegamente a lei retroativa mais favorável, a lei temporária não se aplicaria. Para evitar esta consequência, o legislador estabeleceu a chamada ultra-atividade das leis de emergência, fixando a ideia de que os crimes praticados durante a vigência de uma lei de emergência serão sempre julgados à luz dela, mesmo que na altura do julgamento esteja a vigorar a lei comum, por norma, mais favorável.

Porque que é admissível este regime? O princípio da aplicação retroativa da lei mais favorável parte do pressuposto que se o legislador estabeleceu uma nova lei e, em princípio, numa melhor consideração, entendeu que os bens em questão podiam ser protegidos por um regime menos severo, daí não faz mais sentido aplicar o regime mais severo, o anterior – fundamento material. Contudo, a ultra-atividade da lei de emergência não cessou a sua vigência por determinação de uma nova lei por parte do legislador, cessou porque se alteraram as situações de facto, ou seja, a situação de crise desapareceu. Não cessou a vigência por alteração de valoração de legislador, por entender que o regime devesse ser menos severo, deste modo, não se verifica o fundamento material do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável. Por isso mesmo, os crimes praticados aquando da vigência de uma lei de emergência são sempre julgados por leis de emergência.

Todavia, pode se suceder uma sucessão de leis de emergência. **Ex:** crime à luz de uma lei de emergência mais grave e depois aprova-se uma menos grave – aqui já se deve aplicar, porque há a mudança dos valorações do legislador para a mesmíssima situação, estará, pois, preenchido o pressuposto material da consideração da lei mais favorável. Este nº3 do art. 2º vem dizer que as leis comuns e as leis de emergência são compartimentos estanques, incomunicáveis, mas dentro do seu tipo vigoram os princípios gerais.

Em suma, o art. 2º, nº3 é uma exceção ao princípio da aplicação da lei mais favorável.

O momento da prática do facto é o momento da conduta, seja ativa, seja passiva. A maioria dos casos são crimes de execução imediata – **ex:** homicídio – mas há crimes permanentes ou duradouros, crimes de execução permanente (não de efeitos permanentes!) - **ex:** sequestro durou uma semana e houve uma sucessão de leis e a lei nova é mais severa.

Neste caso, a doutrina maioritária entende: parte-se o sequestro a meio, divide-se em 2, o sequestro até à entrada em vigor da nova lei é punido nos termos da lei velha e o sequestro levado a cabo após a entrada em vigor da lei nova é punido pela lei nova. Na teoria, esta parece ser a solução mais correta, porque mais garantística, mas, na prática, acaba por levar a uma situação mais severa para o arguido, pois, por absurdo, é julgado por 2 crimes, o que leva à prática de uma punição mais grave. A solução que em teoria parecia mais garantística, na prática não o é.

O professor defende uma teoria diferente: nos casos de crimes permanentes ou duradouros aplica-se sempre a lei nova, fazendo com que o arguido seja punido por apenas

um crime. Se há mudança de lei e o agente continua a executar o crime, é porque aceita a nova lei. Deste modo, quer seja mais ou menos favorável, será sempre julgado pela lei nova.

Casos de alteração do bem jurídico:

Até 1991, o crime de emissão de cheques sem provisão era entendido como um crime contra a segurança do cheque. Em 1991 dá-se uma alteração de lei e passou a entender-se a emissão de cheques sem provisão como uma burla especial (contra o património). Surgiu uma teoria que afirmou: há aqui uma descriminalização, seguida de uma neocriminalização.

Em 1995, os crimes sexuais eram entendido como crime contra os bons costumes, eram um crime contra a moral sexual reinante. Só que, a partir deste momento, passou a entender-se que o Direito não tem de tutelar moral de espécie nenhuma e que, por isso, não tem de titular os crimes sexuais como um atentado à moral sexual, mas como um atentado à liberdade e autodeterminação sexual. Segundo alguma doutrina, esta explicação levava a que houvesse uma descriminalização seguida de neocriminalização, o que conduzia a um vazio de punição, pois se há descriminalização aplica-se o art. 2º, nº 2 (a pena cessa), mas com neocriminalização não pode ser punido pela lei nova, pois haveria uma aplicação retroativa. Isto é um absurdo! A aceitar esta teoria, nenhum legislador faria uma alteração legislativa.

O ilícito é o mesmo, o que mudou foi a razão por que se pune e, por isso, nestes casos, não há vazio de punição. O que mudou não foi o crime, foi a fundamentação teórica do crime, entendeu-se que o Direito Penal não tem a tutela de qualquer moral, isso é do foro íntimo de cada um. Ainda assim, há uma continuidade do ilícito, o crime é o mesmo, o que mudou foi a fundamentação teórica. Não mudou o que se pune, mas o porquê que se pune.

O criminoso não pode invocar um direito a ver-lhe aplicado um determinado artigo do Código Penal, ou uma epígrafe e, muito menos, uma teoria em relação ao bem jurídico subjacente àquela norma. O pressuposto da descriminalização e da aplicação da lei penal no tempo não se aplica aqui. O fundo material do crime e as sanções não se alteraram. As considerações de segurança e certeza jurídicas, a lealdade do Estado para com os cidadãos e as suas expectativas não estão em causa – há uma continuidade clara.

Daqui que se repudie a ideia de que a alteração do bem jurídico em determinado crime se traduza numa descriminalização, seguida de uma neocriminalização e que gere, por isso, um vazio legislativo.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, Dto. Penal I, pp. 177-206.

27.10.16

Aplicação da lei penal no espaço:

Qual a legislação penal competente? Quando é que a lei penal portuguesa é competente? **Ex:** sr. A (em Portugal) dispara contra sr. B (em Espanha), qual ordenamento

jurídico é competente? Se a lei penal portuguesa considerasse que o resultado é o momento relevante e a espanhola que é o da conduta, haveria um conflito negativo, vice-versa, haveria um conflito positivo.

Este é o chamado Direito Penal Internacional e não Direito Internacional Penal, contido em tratados internacionais ou os princípios penais de *ius cogens*, sendo assim matéria de Direito Internacional Público. Vamos estudar normas de Direito Penal português que respeitam matérias de competência internacional (art. 4º a 7º do CP + alguma legislação avulsa). Estas regulam e definem o âmbito de aplicação do Direito Penal Português.

Com a internacionalização da vida moderna, também se internacionalizou a prática do crime, o que faz com que ultrapasse fronteiras e toque em vários ordenamentos jurídicos, assim suscita-se a questão de saber qual é o ordenamento jurídico-penal competente para julgar o caso - problema do Direito Penal Internacional.

Qual é o princípio fundamental? Na história debateram-se 2 em matéria de aplicação da lei penal no espaço, por um lado, o **princípio da territorialidade**, que considerava que a lei penal é aplicável aos factos praticados no território nacional, independentemente da nacionalidade do agente ou vítima. Por outras palavras, “o Estado aplica o seu DP a todos os factos penalmente relevantes que tenham ocorrido no seu território, com indiferença por quem ou contra quem foram tais factos cometidos”. Por outro lado, surgiu o **princípio da nacionalidade/personalidade** do Direito, que defende que a lei penal aplica-se a todos os nacionais do Estado, independentemente do lugar onde tiver sido praticado o crime. Para este princípio, o estatuto jurídico da pessoa acompanha-a independentemente do lugar onde se encontra, o sujeito continua vinculado aos princípios e normas do seu país de origem e, por isso, também ao seu Direito Penal. – este princípio acompanhou a evolução da Península Ibérica (basta lembrar a distinção entre cidadãos e gentios, com a consequente separação entre o *ius romanum* e o *ius gentium*). Também por outras palavras, “segundo o qual o Estado pune todos os factos penalmente relevantes praticados pelos seus nacionais, com indiferença pelo lugar onde foram praticados e por aquelas pessoas contra quem o foram.”

Modernamente, a legislação que consagrou o princípio da nacionalidade foi o Direito Penal nazi. A adoção deste princípio decorria naturalmente dos próprios pressupostos do regime e da crença na raça ariana, assente no património cultural e genético, bem como em tradições próprias. Entendia-se que a fidelidade do cidadão ariano à sua raça iria se verificar sempre, logo, para onde quer que fosse transportava os valores da ordem jurídica alemã, assim, sempre que um alemão praticasse um crime, independentemente de onde, se estivesse previsto na lei alemã, seria essa a aplicável. A maioria da doutrina abandonou este princípio como fundamental.

O Direito Penal deve ter um limite territorial como o que é posto ao exercício da soberania do estado, o território, afinal, o próprio Direito Penal é uma dimensão soberana. O DP não tutela valores transcendentais, visa tão-só preservar as condições essenciais para a convivência comunitária, daí que o território tenha de ser um limite. Para além disso, é no território que foi praticado o crime que estão os elementos de prova, tornando-se mais fácil a investigação. Também é no território que se fazem sentir as necessidades de retribuir, de prevenção geral e de prevenção especial. Assim, atualmente, o princípio base é o princípio da territorialidade (art. 4º aliena a CP).

O território abrange o território terrestre, fluvial e marítimo, e o espaço de atmosfera que está sobre o território. A lei portuguesa na alínea b do art. 4º, como é costume nos restantes ordenamentos jurídicos, alarga o território português aos navios e aeronaves portuguesas quando estejam em território internacional, o que faz com que se considere que crimes lá praticados também são em território português. – são os chamados territórios de pavilhão (critério do pavilhão). O art. 4º deixa também espaço para que se celebrem acordos internacionais em matéria penal.

No DL 254/2003 de 18 de outubro, no art. 3º e 4º, relativamente a certos crimes mais graves, considera-se também no território português o crime praticado numa aeronave estrangeira quando esteja a atuar sobre a direção de um agente português, assim, considera-se que um avião de pavilhão estrangeiro, é considerado como uma aeronave portuguesa, e os crimes são também são regulados pela lei penal portuguesa, na base no princípio da territorialidade. Nos crimes ainda mais graves, enunciados no art.3º, considera-se que um crime praticado numa aeronave estrangeira sob direção de um estrangeiro, quando Portugal for o primeiro lugar de escala, o comandante pode optar por entregar o agente às autoridades portuguesas, competente segundo o princípio da territorialidade, ou leva-lo para o país de origem. Temos aqui 2 alargamentos do critério do pavilhão, previstos na alínea b do art. 4º, introduzidos por este DL.

Deste modo, a lei penal portuguesa é competente quando um crime for praticado em território português, com a extensão do critério do pavilhão, independentemente da nacionalidade do agente. Quando é que sabemos que o crime foi praticado em Portugal? Qual é o *locus delicti*? No art.7º, nº1 estabelece-se um critério bilateral, considera-se a lei penal competente tanto no caso em que tenha ocorrido em território português a conduta, como no caso em que se tenha verificado o resultado. A razão de ser deste critério, é para evitar vazios de punição, lacunas de punição, por isso, as legislações modernas consagram um critério bilateral, para evitar os conflitos negativos de competência, que dão lugar a um vazio de punição.

Com este critério evitamos os conflitos negativos, mas estamos a potenciar conflitos positivos de competência, porque, assim sendo, ambos se consideram competentes. É verdade, mas quanto aos conflitos positivos há solução, nomeadamente, a certa eficácia que reconhecemos às sentenças penais estrangeiras e que evitam que as pessoas sejam julgadas 2 vezes, tal como proíbe a nossa Constituição (art. 29º, nº5).

A nossa lei consagra um critério bilateral de forma muito lata, não é preciso que a conduta tenha sido toda praticada em Portugal, pode ter sido apenas uma parte e/ou de mera participação (**ex**: cumplicidade – cede um instrumento para a prática do crime) para que o Direito Penal português seja competente para julgar o caso. A ação pode ser positiva ou negativa, isto é, uma omissão. Há uma aceção muito lata da conduta, não é preciso ser todo o crime, nem a aceção principal do crime. Temos o critério do resultado, quando as condutas se verificaram no estrangeiro, tanto quanto ao resultado típico (**ex**: no homicídio, a morte) como ao resultado não compreendido no tipo (refere-se aos crimes de perigo, ou seja, há crimes de perigo em que se consuma sem haver a lesão, o resultado tipo é tão-só o perigo) se tenha produzido em Portugal.

O nº2 do art. 7º foi introduzido na reforma de 1998, por influência alemã, e vem ainda alargar ainda mais o âmbito de competência da lei penal portuguesa - **ex**: há um correio de

droga holandês que vem de mota para Portugal, com o projeto de distribuí-la em Portugal, só que foi detido em Espanha e está preso, só que consegue evadir-se e, como não é muito inteligente, invade-se para Portugal. Portugal é competente, com base no princípio da territorialidade, devido ao resultado ficcionado, o resultado projetado, não chegou a consumar-se o crime, mas a intenção era que fosse feito em Portugal. Também nestes casos se considera o caso praticado em Portugal e a lei penal portuguesa é competente.

O grande problema neste domínio é evitar os conflitos negativos de competência, daí que haja a tendência de a alargar ao máximo, à semelhança do que acontece nos outros ordenamentos jurídicos.

O princípio da territorialidade é o princípio geral, todavia, existem princípios complementares, em que a lei penal alarga a sua competência a factos praticados fora do território nacional, tratam-se **princípios complementares ou subsidiários do princípio da territorialidade**, regulados no art. 5º do CP, que prevê um elenco taxativo. Cada uma das suas alíneas consagra princípios tradicionais para alargar a competência da lei penal portuguesa a crimes praticados no estrangeiro. O legislador não foi feliz e não os previu na ordem correta, mas devemos hierarquizar estes princípios consoante a maior ou menor força do princípio, consoante haja uma maior ou menor relação do facto com a ordem jurídica portuguesa. A preocupação é evitar os conflitos negativos de competência, por isso, às vezes, perante os casos concretos, é possível que vários princípios se sobreponham e haja um concurso, aí temos de saber qual é o que prevalece, daí a importância de encontrarmos uma hierarquização.

1. Princípio da defesa dos interesses nacionais (alínea a) – pretende a defesa dos interesses nacionais, que têm a ver com o Estado português, que não reconhece competência superior à sua, assim, a ordem jurídica portuguesa considera-se com a competência superior para regular o caso, sem requisitos suplementares nenhuns. O legislador parte do princípio de que estão em causa interesses portugueses e não há outra ordem jurídica com mais legitimidade para julgar o caso do que a portuguesa.

2. Princípio da nacionalidade ativa e da nacionalidade passiva (alínea b) – temos o princípio da nacionalidade a funcionar como princípio complementar do princípio da territorialidade. Diz respeito a um facto que tem de ser praticado por um português, assim, o agente é português e a vítima também é portuguesa, há a concorrência do princípio na nacionalidade ativa (agente) e do princípio da nacionalidade passiva (vítima), exigem-se os 2, juntamente com o facto de ao tempo da prática do crime, o agente viva habitualmente em Portugal e só excepcionalmente se encontre no estrangeiro – **ex**: empresário vai a um país árabe e fecha a mulher no quarto de hotel e volta para o país – se não existisse este art., o crime de sequestro ficaria impune, porque no país árabe é uma conduta lícita. A ordem jurídica portuguesa entendeu que o facto de o crime ter sido praticado no estrangeiro é acidental, é o mesmo que tivesse sido praticado cá, tudo se passa como se tivesse sido cá, por, isso a lei penal portuguesa considera-se competente.

3. Princípio da nacionalidade ativa OU da nacionalidade passiva (alínea e) - na parte inicial prevê-se o princípio da nacionalidade ativa contra portugueses, princípio da nacionalidade passiva, com vista a “proteger os nacionais perante factos contra eles cometidos por estrangeiros no estrangeiro”. A ordem jurídica portuguesa consagra o princípio da

nacionalidade tanto na vertente ativa como passiva, mas é preciso que se verifiquem 3 requisitos cumulativos para que a lei penal portuguesa seja competentes:

1. Os agentes forem encontrados em Portugal - entende-se, sobretudo, em situações em que a vítima é portuguesa e o agente é estrangeiro;
2. Forem também puníveis pela legislação do lugar em que tiverem sido praticados, salvo quando nesse lugar não se exercer poder punitivo - requisito da dupla incriminação, ou seja, a conduta tem de considerada crime pela lei penal portuguesa, mas também do lugar da prática do facto. Percebe-se, sobretudo, porque o DP não visa tutelar valores transcendentais, mas garantir as condições indispensáveis à convivência comunitária, assim não fazia sentido punir uma conduta que era considerada crime na lei portuguesa, mas não na estrangeira. Quanto à última parte, refere-se a territórios que não são reivindicados, como o mar alto, a Antártida, etc., nestes casos, são territórios *res nullius*, não se exerce soberania, prescinde-se do requisito da dupla incriminação.
3. Constituírem crime que admita extradição e esta não possa ser concedida (...) – quanto a esta 1ª parte: a extradição é uma forma de cooperação internacional, mas tem limites. Quando à nacionalidade, há a velha regra do Direito Continental de proibição de extradição de nacionais (isto não sucede no anglo-americano, em que é possível a extradição de nacionais), no há a regra do “pai em relação ao filho”, há uma lealdade do poder soberano aos seus súbditos, não os trai, mas castiga, esta ideia transitou para a modernidade desde as monarquias (art. 33º, nº1 CRP). Mas há 2 **exceções**, previstas na CRP: quando esteja em causa ou um crime de terrorismo ou de organizações criminosas internacionais (se for terrorismo interno ou organizações criminosas no plano interno, já não é possível). A explicação a esta exceção prende-se com razões de ordem prática, os crimes de terrorismo e as organizações criminosas internacionais são muito perigosas e têm muito poder, portanto, há que haver uma cooperação internacional contra a luta destes crimes, atendendo à gravidade dos delitos em causa que justificam esta exceção. Tirando a exceção, continua a vigorar a regra de não extradição de nacionais. Há outros limites, tem a ver com a natureza dos crimes em causa, excluem-se os crimes especificamente políticos e crimes especificamente militares. Em tempos, no séc. XX incluíam-se também os crimes fiscais, mas esta ideia está ultrapassada e estes crimes podem ser objeto de cooperação internacional e objeto de extradição. Entende-se que os crimes militares têm interesses exclusivamente internos e os políticos em regimes totalitários. Existem outras restrições, excluem-se também da extradição, na linha da convenção internacional sobre o tema, quando o processo penal do Estado que pede a extradição não dá as garantias exigidas pelo Estado de Direito, não é garantístico com as exigências que se põe de direitos de defesa do arguido. Outra limitação prende-se com o Direito Penal substantivo, quando a sanção prevista na lei para esse crime que pede a extradição é considerada injusta pela ordem jurídica portuguesa e contrária a um Estado de Direito (art. 33º, nº4 e 6 da CRP) – **ex**: pena de morte, prisão perpétua, enfim, sanções atentatórias da dignidade humana (a não ser que dêem garantias de que não serão aplicadas – 33º, nº4 – ou no âmbito da U.E – 33º, nº5). Quais são os crimes que admitam extradição? Os que não forem especificamente políticos nem especificamente militares. Quando não houver acordo de extradição, não pode ser realizada. Sempre que for possível a extradição, extradita-se, a lei penal portuguesa dá sempre prevalência à lei do local da prática do crime.

4. Princípio da universalidade ou da aplicação universal (alíneas c e d)⁴ – diz respeito a crimes que contêm valores que são património de toda humanidade, que se entende que onde quer que o crime tenha sido praticado, a ordem jurídica portuguesa também foi violada, trata-se dos crimes contra a paz e humanidade, como o terrorismo, genocídio, rapto, escravidão. Embora o terrorismo coubesse aqui, hoje está em legislação especial, por outro lado, acrescentaram-se os crimes ambientais e os crimes contra as crianças, como a pedofilia. A lei penal portuguesa dá preferência à ordem jurídica do local do crime, só julga se o agente não puder ser extraditado, se houver um dos limites suprarreferidos. O nosso legislador desastrosamente consagra este art. que se tornou desnecessário a partir da reforma de 1998.

5. Princípio da administração supletiva/subsidiária da justiça penal (alínea f) – é uma espécie de guarda-chuva para recobrir todos os casos que não eram recobertos pelos princípios anteriores. Havia casos em que na base dos princípios anteriores davam a impunidade – **ex:** autor do assalto ao comboio-correio inglês, que se refugiou no Brasil. Com o objetivo de evitar o vazio de punição, sempre que aquele concreto agente não puder ser extraditado e tenha praticado um crime que seja contemplado na legislação portuguesa, então aplica-se a lei portuguesa, que também é competente. Assim, todos os crimes que cabem nas alíneas c e d perdem a importância, são inúteis, mas estão lá, porque o legislador faz integrações por adição. Num crime que diz respeito às alíneas c e d, deve se aplicar o princípio anterior.

Há vários casos em que são aplicados vários princípios, desce-se a hierarquia dos princípios, do mais forte para o menos, e para-se no que for aplicável e mais forte.

A **alínea g** do n^o1 do art. 5^o considera a lei penal portuguesa também competente para regular os crimes praticados por pessoa coletiva ou contra pessoa coletiva que tenha sede em território português. Foi introduzida sendo admitida a responsabilidade penal de entes coletivos, a partir do momento em que se admite que os entes coletivos também podem ser responsabilizados criminalmente. Esta alínea g estende-lhes o princípio nacionalidade, ativa e passiva. Isto pode levantar alguns problemas, porque pode acontecer que os critérios para a aplicação à pessoa coletiva sejam diferentes dos das pessoas individuais.

Enunciamos os princípios gerais que pautam a aplicação da lei penal no tempo, mas o Estado pode se vincular por tratado ou convenção internacional a um regime diferente. Os tratados são considerados Direito interno, logo também vigoram nesta matéria. Falamos do regime regra, o que não impede que pontualmente possam exigir tratados que estabeleçam regimes específicos.

Sobretudo no espaço europeu, a cooperação internacional está a aumentar cada vez mais, é uma matéria que está em constante mutação, porque a criminalidade internacional é a mais perigosa e, por isso, justifica-se uma cooperação cada vez mais intensa.

A grande preocupação do legislador é evitar os conflitos negativos, o vazio de punição, por isso, alarga ao máximo a competência da lei penal portuguesa. Os conflitos positivos têm soluções, pois cada ordem jurídica atribui relevância a sentenças condenatórias de outros estados – efeito negativo das sentenças penais estrangeiras.

⁴ O prof. Lamas Leite autonomiza a alínea d, fazendo-lhe corresponder o princípio da proteção de menores.

Relativamente ao art. 6º, o primeiro problema que suscita contende com os conflitos positivos de competência, há um conflito positivo de competência quando a propósito de um crime vários Direitos Penais de países diferentes se consideram competentes para o regular, o que poderia levar à consequência injusta do agente ser punido mais do que uma vez (violação do princípio *ne bis in idem*).

O reconhecimento de efeitos jurídicos às sentenças estrangeiras, no início, teve uma grande dificuldade, porque na vigência do dogma da soberania absoluta do Estado, das teses hegelianas, havia a tendência de não reconhecer qualquer valor às sentenças dos outros Estados, porque o poder jurisdicional é uma dimanação da soberania e ao reconhecer as sentenças de outro, reconhecer-se-lhe-ia uma soberania superior. Assim, a cooperação restringiu-se, durante muito tempo, à extradição por acordos puramente bilaterais.

A cooperação internacional em matéria penal foi difícil, mas as necessidades da vida moderna para uma adequada luta e controlo da criminalidade, levaram a que os Estados foram aprofundando as formas de cooperação e progressivamente foram reconhecendo efeitos às sentenças estrangeiras. A evolução está bem refletiva nas convenções do Conselho da Europa.

Na convenção de 1959 reconheceram-se efeitos de facto da sentença estrangeira, que podiam ser positivos ou negativos. Os **efeitos positivos** correspondem ao pressuposto de facto para regras de reincidência ou de aplicação de certas medidas de segurança, não são reconhecidas no seu valor jurídico, mas como pressuposto de facto para o desencadear do Direito interno, assim, passaram não apenas a valer as condenações proferidas por tribunais do Estado, como as do estrangeiro. Os **efeitos negativos** são relativamente a quem tivesse sido condenado no estrangeiro e cumprido toda a pena, não podendo ser novamente condenado (princípio *ne bis in idem*) para quem tivesse cumprido apenas parte da pena (princípio do desconto). **Ex:** A foi condenado 5 anos de pena em Espanha, cumpriu 2 e evadiu-se, na pena aplicada em Portugal descontava-se os 2 anos já cumpridos.

A cooperação aprofundou-se em 1964 com mais 2 convenções do Conselho da Europa. Uma delas surgiu, porque o turismo na Europa aumentou, o que resultou num aumento do tráfego rodoviário e acidentes, o que criou a necessidade de conceber um sistema que não deixasse impunes as infrações rodoviárias aquando da passagem ocasional de estrangeiros por um país. Assim, os Estados comprometeram-se através desta convenção a cumprir a executar as sanções decretadas pelos outros Estados. Relativamente à outra convenção, muitos Estados não aplicavam os requisitos da liberdade condicionada e da pena suspensa a estrangeiros e, para evitar isso, comprometeram-se a executar a sentença estrangeira. A liberdade condicionada e a pena suspensa, muitas vezes, são acompanhadas de certas condições e os Estados começaram a fiscalizá-las, pela 1ª vez, os Estados começaram a executar a sentença estrangeira e a reconhecer-lhe valor jurídico.

A evolução terminou em 1969, quando os Estados assinaram uma convenção em que reconheciam todos os efeitos das sentenças estrangeiras e se comprometeram a executá-las totalmente.

Através do reconhecimento dos efeitos negativos resolveram-se os problemas positivos resultantes da regulação da aplicação da lei penal no espaço. Os efeitos negativos

estão regulados no art. 6º, que prevê o **princípio do *ne bis in idem*** (proíbe o agente de ser julgado pelo menos crime mais do que uma vez), que deve ser complementado com o **princípio do desconto** (art. 82º), bem como com as disposições constitucionais previstas nos art. 29º e 32º. “Isto é a prova definitiva do carácter subsidiário dos princípios de extra-territorialidade.”

Há que frisar um aspeto: no nº1 do art. 6º fala-se de crimes praticados no estrangeiro e se tiver sido praticado cá, mas julgado no estrangeiro? O princípio tal e qual como está previsto no art. 6º vale apenas para crimes praticados no estrangeiro os que não cabem do princípio da territorialidade. Sempre que o facto for praticado em Portugal não vigora o princípio do *ne bis in idem*, apenas o princípio do desconto, isto é imposto pelo princípio da igualdade (art. 13º CRP), porque nos crimes praticados em Portugal todos devem e têm de ser julgados nas mesmas condições, à luz da lei penal portuguesa. Não interessa se o agente se evadiu para outra ordem jurídica, que não o extraditou, mas julgou e condenou. Assim, não há 2 julgamentos, nem a violação do princípio ne bis in idem, porque aplica-se-lhe a pena que lhe cabe na lei portuguesa, mas no cumprimento desconta-se a que já cumpriu no estrangeiro (princípio do desconto). Deste modo, o princípio do *ne bis in idem* só funciona para os crimes praticados no estrangeiro.

O art 6º suscita uma 2ª questão: a possibilidade de aplicação de Direito Penal estrangeiro nos tribunais portugueses. O primeiro Código Penal a prever isso foi o suíço, em 1930 e o segundo, foi o etíope, em 1950. Tal justifica-se, porque o Código Penal suíço foi feito por Jean Graven e o Neros encomendou um Código a Jean Graven, por isso, é que também previu este instituto. Hoje está presente em quase todos os CP modernos a possibilidade de aplicação de Direito Penal estrangeiro em tribunais nacionais. A este propósito regem os nº2 e 3 do art. 6º. Assim, há a possibilidade de os tribunais portugueses julgarem um crime não a luz da lei penal portuguesa, mas da lei penal estrangeira, mas há 5 requisitos cumulativos:

1. Só se põe em casos em que a lei penal portuguesa não fundamenta a sua competência no princípio da territorialidade, isto é, o facto tem de ter sido praticado no estrangeiro.
2. O Direito Penal estrangeiro tem de fundamentar a sua competência no princípio da territorialidade, O facto é julgado segundo a lei do território em que tiver sido praticado.
3. A lei estrangeira tem de ser concretamente mais favorável ao agente, ou seja, o juiz tem de fazer 2 julgamentos: um à luz da lei penal portuguesa e outro à luz da lei penal estrangeira e, só em concreto, pode concluir qual lei é mais favorável, para um caso pode ser uma e para outro outra.
4. Não se dá quanto ao princípio da defesa dos interesses nacionais (alínea a do art. 5º).
5. Não se aplica no que diga respeito há a concorrência do princípio na nacionalidade ativa (agente) e do princípio da nacionalidade passiva (vítima), que vivam habitualmente em Portugal aquando da prática do crime (alínea b do art. 5º).

Deste modo, só se pode aplicar lei penal estrangeira em tribunais portugueses em 3 casos: quando se verifique o princípio da universalidade ou da aplicação universal (alíneas c e d do art. 5º), princípio da aplicação supletiva da justiça penal (alínea f do art. 5º) e a alínea e do art. 5º.

Aplicação da lei penal quanto às pessoas:

Afirma o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei (art. 13º CRP), é um princípio ligado ao nascimento do Estado de Direito Democrático. Nem sempre assim foi, no *Ancien Regime*, havia leis para se aplicar à nobreza, clero e povo, havia, assim, desigualdades dos cidadãos perante a lei. **Ex:** Nas leis de Duarte Nunes Lião dizia-se que não se aplicavam aos macânicos (artesãos) penas infamantes porque não tinham honra. Havia dignidades humanas diferentes para classes sociais diferentes.

Tudo isto foi suplantado, ainda que não de forma cabal, pelo liberalismo, pois continuou a haver discriminação, mas agora de natureza censitária, com o lógico predomínio da burguesia. Tal acabou com o Estado de Direito e, hoje em dia, seria impossível admitir a desigualdade perante a lei, sobretudo, quanto à lei penal. A lei penal aplica-se a todos, em decorrência do princípio constitucional da igualdade perante a lei.

Todavia, há algumas exceções, que não violam o princípio da igualdade, mas que são exceções, nomeadamente 2:

Imunidade diplomática dos membros do corpo diplomático e consular (Convenções de Genebra) – verifica-se quanto a estas pessoas, porque, por um fundamento simbólico, representam o seu Estado, e um Estado não coloca outro Estado no banco dos réus, há o respeito pelo princípio da reciprocidade de tratamento e dignidade. Um segundo fundamento tem a ver com a questão da independência do representante diplomático para representar os interesses do Estado, se pudesse ser perseguido por lei penal portuguesa, poderia não se sentir à vontade para prosseguir os fins do seu país. Apenas o seu Estado de origem pode levantar a imunidade, caso contrário, não pode ser julgado no país, mas pode ser expulso. É uma situação especial, não é uma questão de DP mas de Direito Internacional Público e que não viola o princípio da igualdade.

Imunidades dos titulares de cargos políticos, previstos na CRP, relativamente ao PR (art. 130º, nº4), deputados da AR (157º, nº3) e aos membros do Governo (196º, nº1 e 2) - nestes artigos não há qualquer violação do princípio da igualdade, mas um retardar da perseguição penal, salvo nos casos em que AR autorize que sejam objeto de um processo imediatamente, a regra, é que se espere pelo termo mandato e só aí são objeto da acusação e do processo. Prevê-se isto, porque permitir que um titular fosse logo objeto de acusações penais podia afetar o desempenho do seu cargo e o prestígio da sua função. Para além disso, as acusações podiam ser forjadas e se poderia levar a que fosse deposto do cargo, seria, assim, uma forma de fazer golpes de estado de forma palaciana. Bem vistas as coisas, não são imunidades, pois não isentam das responsabilidades perante a lei, eles vão responder perante a lei penal como qualquer pessoa, apenas se defere para momento posterior da determinação da responsabilidade penal, salvo quando a AR autorizar que seja no momento imediato, verificar-se-á depois de terminar o desempenho do cargo e aí será objeto de um processo penal. Tem uma natureza exclusivamente processual penal.

Estas exceções são plenamente justificadas, em nada atentam contra a justiça material e constam, de resto, da generalidade dos ordenamentos dos Estados de Direito moderno.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, Dto. Penal I, pp. 207-232.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

O Direito Penal contemporâneo é o Direito Penal da legalidade, do facto e da culpa, que se restringe à tutela dos bens jurídicos essenciais à convivência mínima comunitária, que não defende nenhuma moral, ideologia ou religião. Adota uma perspectiva preventiva positiva ou de integração. É o modelo do Direito Penal conforme às garantias do Estado de Direito, mas nem sempre foi assim.

Nos primórdios da evolução histórica, na fase arcaica do DP, ele era muito diferente. Encontramos em todas as civilizações e culturas a mesma evolução, seja no DP grego, romano, celta, germânico, etc., com aproximadamente 3 fases:

1. Predomínio das formas informais, período da vingança privada, cada um reagia ao crime com as suas próprias forças;
2. Predomínio das sanções pecuniárias, substituía-se a vingança privada e o uso da força pelo pagamento de uma soma pecuniária, que não era necessariamente dinheiro, podia ser um bem, para compensar o lesado.
3. Publicização do DP, com a constituição do Estado e poderes públicos.

Depois das invasões germânicas, iniciou-se uma evolução sem rutura que permanece até hoje.

1ª Fase:

É a chamada fase da perda da paz, o DP estava predominantemente entregue aos privados, que reagiam com as suas próprias forças, com amparo da tribo e da família. Falam de um DP privado, porque predominantemente o que estava em causa era a satisfação dos interesses da vítima, não havia o sentimento de pertença a uma comunidade.

Nesta época não se pode falar ainda em Estado, não há instâncias públicas e muito menos órgãos especialmente adstritos à aplicação da justiça penal.

Apenas havia um sentimento coletivo no DP religioso ou no DP da guerra, só se sentia em torno da ideia religiosa ou em situações de guerra perante um perigo comum, mas tirando estes 2 domínios, assumiam um cariz privado, só neste reduzido âmbito do Direito Penal era no Direito Penal público, no âmbito da perda da paz. O criminoso que atentava contra a religião ou a paz, crimes de traição, era expulso da coletividade, qualquer um podia dar-lhe a morte e não podia ser protegido por ninguém, aquele que o fizesse, seria alvo da mesma sanção, o indivíduo era banido, vivia só, como um *lupus* (lobo). Banir alguém da comunidade era como condenar à morte, pois era difícil sobreviver sozinho. Para além disso, haviam também atos simbólicos para representar a sua expulsão e apagar da memória das pessoas a figura do criminoso: queimavam a paz, salgavam a vinha, etc; destinavam-se a fortalecer a consciência comunitária.

Os historiadores discutem se esta era a única sanção pública ou se já havia a pena de morte, Brunner dizia que era apenas a perda da paz absoluta, depois veio a dar razão a ... e entendeu que já havia sim pena de morte. A perda da paz e a pena de morte estavam restritas à pequena parte do Direito Penal público, os crimes de traição.

Quanto ao homicídio, a sanção tinha o valor de um ressarcimento que era feito através da violência, era a ideia da retribuição, não havia fronteiras entre o Direito e a moral, não havia lei escrita nem princípio da legalidade, o crime e o pecado eram a mesma coisa, havia um código moral, a sanção assumia um sentido retributivo, era a justa paga do mal do crime. Era óbvio no Direito Penal privado, mas assumia um especial caráter no âmbito do Direito Penal Público, no plano sacral e religioso, onde reproduziam na divindade o Homem de então, que era violento. A vingança privada existia obviamente no direito privado em que se tentava ressarcir o lesado, mas também no pouco direito público que havia na altura, em que se acreditava que se ressarcia os deuses ou o coletivo. Esta compreensão do DP acompanhou a 2ª fase, no Direito germânico chamavam-no perda da paz relativa.

Na perda da paz não há documentos escritos, mas as zagas irlandesas, que se situam entre a história e a lenda.

A fase da perda da paz engloba 2 modalidades:

- **Relativa** – vingança privada que cabe ao lesado e à sua família;
- **Absoluta** – relacionada com o núcleo, ainda mínimo, do Direito Penal Público em que a comunidade reage como um todo e o criminoso é tratado como um inimigo exterior por ter posto em causa a própria comunidade na sua vertente espiritual ou física (crimes de traição – crimes religiosos e de guerra). Por sua vez, esta reação global da sociedade traduz-se em 2 vertentes:
 - **Positiva** – todos terão direito e, mais que isso, dever de o perseguir e abater;
 - **Negativa** – quem lhe der guarida ou outro tipo de auxílio será alvo da mesma sanção.

2ª Fase:

A 2ª fase do direito germânico arcaico é denominado das sanções pecuniárias, a vingança privada foi sendo substituída pelo pagamento de uma soma pecuniária, o que tornava ainda mais claro o sentido retributivo. Não havia fronteira entre o Direito e a Moral, as normas resultavam dos usos e costumes, não havia lei escrita nem princípio da legalidade e as sanções tinham o sentido de retribuição e compensação.

A constituição do 1º Estado Europeu, a França, dá-se na fase de transição deste 2º sistema para as penas públicas, sec. VII e VIII.

3ª Fase:

Esta fase da evolução é importante, dado que a constituição dos Estados modernos Europeus data desta época. A constituição de novos Estados surge associado à centralização do poder e à retirada das sanções penais da esfera da sociedade civil para a esfera pública estatal.

As sanções públicas traduziram-se na publicização do poder, na constituição do Estado que passou a deter o *ius puniendi*. Verificou-se a reação contra a vingança privada e as leis públicas estabeleceram sanções.

Na Alta Idade Média dá-se o começo do surgimento das penas corporais, todavia, mantém-se em larga medida as sanções pecuniárias, porque interessava ao Estado, já que estas eram repartidas entre a vítima e os poderes públicos.

Esta 1ª fase da publicização, não alterou no essencial caráter da justiça penal das fases anteriores, o Estado tinha o mesmo caráter, havia poucas leis escritas e reproduziam os códigos morais éticos, não havia fronteira ente a moral e o Direito, não havia o princípio da legalidade, porque, a par das leis que existiam, eram os códigos morais que estabeleciam o que era crime ou não, as sanções pretendiam a retribuição e falava-se na “vingança do príncipe”. Nesta altura, surgiu a prevenção geral, através da aplicação da sanção, mas era lateral, o sentido essencial era a retribuição. As sanções continuavam a ser, sobretudo, pecuniárias e mantinha-se a possibilidade de aquele que fosse condenado a uma pena corporal pudesse compra-la, o que fazia com que apenas se aplicassem estas penas a quem não tivesse capacidade financeira, predominando as desigualdades das leis penal face à classe social, em função da capacidade económica.

O quadro não muda para a transição da Baixa Idade Média, onde se deu o renascimento do direito romano-canónico, o *ius commune*, e com ele a centralização do poder real e a luta do poder central contra os senhores feudais - **ex**: Luís XI contra Carlos da Bolonha, simbolizou o grande momento de centralização do poder real em França. O direito romano-canónico foi posto ao serviço da centralização do poder real.

Tudo isto representou uma continuação no sentido da publicização do Direito Penal, todavia, o Direito Penal mantinha o mesmo caráter, havia mais leis, mas os poderes públicos não exerciam o mesmo controlo que existe hoje, o teor da justiça continuava o mesmo, as leis públicas reproduziam os valores da moral, entre crime e pecado não havia diferença, *delicti* e *peccatum* eram utilizados como sinónimos, não havia fronteira entre o Direito e a Moral. Para além disso, os juízes tinham um amplo poder, misturavam os critérios jurídicos com os morais e a sanção mantinha o caráter retributivo, continuava a falar-se da “vingança do príncipe”. Juntava-se a isto a penitência cristã, com ideias da regeneração moral, com os olhos postos no outro mundo, mas o sentido geral e essencial era retributivo.

Com a publicização foi aumentando a previsão de penas corporais, mas ainda havia a predominância das sanções pecuniárias, às vezes, a título único, também se mantinha a velha regra de comutar uma sanção corporal pelo pagamento de uma soma pecuniária.

As sanções pecuniárias tinham uma grande importância fiscal, representavam, por exemplo, entre 15% a 30% do rendimento dos poderes públicos da cidade de Veneza, o que dá para entender a importância que desempenhavam à época. No entanto, existiam aquelas que eram exclusivamente para os poderes públicos (o *banum*) e as que se destinavam, por um lado, a ressarcir a vítima e, por outro lado, outra parte para o Estado (o *fredus* – expressão latina que significa “dinheiro com que se paga a paz”).

As Ordenações Afonsinas foram a primeira grande compilação, no séc. XV, o livro V, a tratar do DP e do processo penal, era uma barbaridade, mas na época não era tanto. Havia o predomínio das sanções pecuniárias.

Ma Idade Moderna, com as monarquias absolutas, as sanções brutalizam-se: morte, morte com tortura, o desmembramento, a amputação, o escalpe, o corte de nariz, o corte de orelhas, etc. As penas assumiam o Talião (repetir no corpo do agente o crime que tinha

feito) ou penas de espelho (punia-se o órgão que tinha praticado o crime – **ex**: corte de mão para ladrão, o corte de língua para o blasfemo). Houve documentos italianos e portugueses que diziam que o pai de uma criança que nascesse sem ouvidos ia ao escrivão pedir para passar um documento a dizer que era um defeito de nascença e não a aplicação de uma pena, porque funcionava como uma espécie de registo criminal.

O Direito Penal tinha um particular rigor punitivo, agora com o predomínio das sanções corporais sobre as pecuniárias. A finalidade era predominantemente retributiva, com certeza que ao lado havia prevenção geral, agora mais do que nunca, com intenção de evitar a prática de futuros crimes.

Verificava-se a influência do cristianismo, exemplo disso é um livro do séc. XVII, de Manuel Lopes Ferreira, onde se descrevia o modo de dar a morte e ele dizia que a morte dava-se por 3 maneiras: fogo, garrote ou pela força. Quanto à morte por fogo, desaconselhava-se para evitar que no tormento o condenado se revoltasse contra Deus, pois acreditava-se que havia uma continuidade entre esta vida e a outra e não se devia criar qualquer sentimento que impedisse a sua salvação eterna.

As leis não eram como são hoje, o princípio da legalidade não existia, continuava o arbítrio judicial, o que fazia que a justiça fosse arbitrária, não havia controlos nas atividades dos juízes, mantinha-se a relação de vasos comunicantes entre a moral e o Direito, o crime e o pecado eram sinónimos, predominava a retribuição.

Começa a surgir, pela 1ª vez, a pena de prisão, mas ainda em casos isolados. No séc. XVII surgem os estabelecimentos de Amesterdão, começaram os trabalhos de rendas e na Alemanha os primeiros cárceres. A prisão tinha um sentido aflitivo, o que estava em causa era a retribuição dos crimes.

Era um Direito Penal brutal pelas penas públicas corporais, que assumiam a natureza de talião ou de espelho, as leis eram imperfeitas e os juízes tinham uma ampla liberdade para julgar, mantinha-se a relação de bases comunicantes entre o Direito e a moral.

As coisas alterar-se-iam com o iluminismo, importando distinguir 2 momentos:

1.Despotismo esclarecido – surgimento do Estado Policia, distingue-se o plano da fé e da religião e o plano do Estado e do Direito, nasce a crença na razão humana e na sua capacidade de atingir os princípios éticos que devem reinar, ao monarca cabe a tarefa de interpretar os valores essenciais, o déspota esclarecido tem de promover o bem-estar material e moral dos cidadãos e é assim que nasce o 1º *Welfare State*, com vocação primeira de promover a maior felicidade para o maior número de pessoas. É a época do mercantilismo e de Marquês de Pombal. O Estado é interventivo: defesa interna e externa, segurança pública, bem-estar da economia, etc., intrometeu-se em todos domínios, houve uma hipertrofia da legislação.

Schmidt considerava que quem definia o que era o bem de cada um era o monarca e aos subditos cabia sofrer o que definisse. O príncipe é o primeiro servidor do Estado e não há se não um único bem para si e para os seus filhos - esta era a norma que pautava todo o despotismo esclarecido, de Luis XIV, Marquês de Pombal, Frederico Grande da Prússia, Catarina da Rússia.

Tudo isto teve reflexos no Direito penal, houve uma hipertrofia da legislação, mas importa não confundir as coisas, as leis continuavam imperfeitas, não vigorava o princípio da legalidade, ainda havia a afirmação do poder absoluto do rei, o recurso ao rei era um recurso gracioso, não tinham o direito de recorrer, o rei concedia a graça do recurso e os juízes continuavam a ter uma larga margem de arbítrio.

Separavam a esfera da moral, da religião e da teologia, todavia, mantinham-se os crimes religiosos, com uma razão utilitária, diziam que a religião não fazia parte do Estado, mas este devia servir-se dela como instrumento político, era a “trela” para dominar os medos - **ex**: o medo do inferno.

No plano do fins das penas, dá-se o afirmação da prevenção especial, porque o Estado Polícia foi o primeiro Estado a procurar promover o bem-estar material e a moral dos cidadãos, assim, perante o crime, é normal que surgisse a ideia da melhora dos delinquentes, de acordo com o ideal salutista do Estado.

Dá-se a construção de mais estabelecimentos prisionais. Numa das prisões da época havia um baixo relevo, um carro uma quadriga romana, em que estava um romano a chicotear cavalos e dizia: melhora através de domesticação. O tratamento dos reclusos era a domesticação, eram tratados como “selvagens”, na vertente da intimidação individual, a prevenção especial negativa. Havia uma repressão brutal. A sanção era muito severa sob o concreto delincente. Foi esta desumanidade que levou a que muitas leis caíssem em desuso, porque nem os juízes se sentiam à vontade para as aplicar.

A alteração, o salto do DP iluminista no despotismo iluminado é nominal, no plano da teoria. Havia mais lei, mas não vigorava o princípio da legalidade e continuava o arbítrio dos juízes.

2. Iluminismo de inspiração demoliberal – nasce o Estado de Direito Democrático, fruto do pensamento democrático-liberal de César Bonzana contra o Direito Penal do despotismo esclarecido. Feuerbach foi autor da grande construção do Direito Penal, a partir dos inícios do séc. XIX, que levou à prática de todo o património de ideias resultante da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Já tinha tido algumas influências anos antes com a Revolução Inglesa, mas foi sobretudo na Francesa. Neste momento começa o nosso Direito Penal. Está na base do DP moderno que temos ainda hoje.

Fruto do princípio da divisão de poderes afirma-se o princípio da legalidade com todos os seus corolários, a separação clara entre o Direito e a moral e a preservação dos direitos fundamentais e originários.

O Estado era o Estado guarda noturno, no plano económico, *laissez-faire laissez-passer*, era um Estado não intervencionista. O juiz era *la bouche de la loi*, chegou-se a proibir a interpretação, contra a arbitrariedade do *Ancien Regime*. O conteúdo das leis devia se circunscrever à tutela dos direitos fundamentais e originários. Nasceu um DP do facto e da culpa, as sanções deviam ser humanas e proporcionais, jamais poderiam ultrapassar a medida da proporcionalidade da culpa do agente.

No plano das sanções, em Feuerbach e Beccaria, havia a predominância da prevenção geral, que se pretendia humana, afastavam as penas cruéis e corporais e afirmava-se o princípio da proporcionalidade com a culpa e humanidade das sanções. A prisão surge como sanção por excelência, porque a liberdade era o direito por excelência. Depois varia,

surgem autores no meado do séc. que acentuam a vertente da retribuição moderada e humana, por influência Hegeliana, e outros a prevenção especial, nomeadamente a Escola do Correcionalismo de Karl Roeder da Escola de Heidelberg, aqui em Portugal, ainda que se atinha ao Direito Penal do facto. No final do século volta a acentuar-se a prevenção especial e a retribuição.

Todo este património de ideias deu origem à **Escola Clássica**, DP que emergiu do Estado de Direito demoliberal assumia como características essenciais, o DP da legalidade, do facto e da culpa. Eram estas as características gerais que dominaram o séc. XIX que pretendia que o DP fosse o mais humano possível. O que verdadeiramente caracteriza a Escola Clássica (reação à Escola Positiva Italiana e a Escola Moderna Alemã) é a mundividência de tudo isto, assente nos quadros tradicionais da ideia do Homem e da realidade do Homem com um domínio assez, universo humano como liberdade, símbolos e valorações.

Quanto às outras, a **Escola Positiva Italiana e a Escola Moderna Alemã**, opostas à Escola Clássica, assentavam nos postulados do positivismo naturalista do séc. XIX. Consideravam que o fenómeno humano e social eram fenómenos naturais regidos pelas mesmas regras da causalidade, a liberdade era uma aparência, não havia liberdade nem culpa no DP, o comportamento humano era o resultante de fatores endógenos e exógenos, que se explicavam causalmente. Defendiam que as ciências humanas deviam partir dos mesmos postulados das ciências naturais, confessavam que o Homem tinha um maior número de condicionantes, mas acreditava-se que no futuro podia se vir a prever o comportamento humano como um cientista prevê no seu laboratório qualquer experiência. A ideia da culpa é substituída pela da perigosidade, Lombroso defendia que se devia atuar antes da prática do crime, determinar o *homo delinquents* e desencadear sanções mesmo antes de praticarem um crime; as sanções seriam terapêuticas, apontavam para um DP terapêutico, sendo sanções completamente indeterminadas, acompanhando a evolução do delinquente, acompanhadas também de medidas profiláticas, na sua vertente sociológica, eram os substitutivos penais – **ex**: lutar contra pobreza, contra os guetos e subculturas, porque se entendiam que eram fatores causais. Adotavam sanções de puro utilitarismo, não havia ideias de valores, justiça e dignidade humana, mas apenas defesa da sociedade contra a perigosidade de certos agentes.

Estas 2 tendências são as que continuamos a verificar hoje, por força do Estado de Direito, o DP Europeu e Ocidental é o da Escola Clássica, mas há também tendências das outras escolas como a de Jakobs e as teorias sistémicas funcionais, de Luhmann. Assim, há uma constante luta entre uma visão humanista ligada aos valores de Estado de Direito e as teorias utilitárias e funcionais no Direito Penal. Há um jogo de forças que vivemos até hoje. Os perigos estão aí e com esta ideologia securitária aproveitada pelos meios de comunicação social, muitas vezes, dão-se desvios e é necessário garantir o DP conforme ao Estado de Direito.

Quanto a Portugal, acompanhou a evolução nos traços essenciais dos restantes Estados Europeus. Até à Alta Idade Média viveu os 3 períodos, na Baixa Idade Média assistiu ao renascimento do direito romano-canónico, *ius commune*, encontramos-lo no livro V das Ordenações Afonsinas, ausente a ideia da legalidade, as leis eram uma espécie de parábola, não havia a fronteira entre o Direito e a moral, não havia diferença entre crimes e pecados, as sanções eram predominantemente pecuniárias e com finalidade retributiva.

A monarquia absoluta do séc. XVI e XVII é o período das Ordenações Manuelinas e das Ordenações Filipinas, no sentido da publicização do poder e endurecimento das sanções, no livro V, era um Direito Penal brutal. Não havia princípio da legalidade, o Direito e a moral confundiam-se, punia-se o pecado como crime e as sanções eram brutais, com recurso à tortura.

O despotismo esclarecido, de Marquês de Pombal e D. Maria I, teve as mesmas que a restante Europa, o Direito *Welfare State*, o Estado Policia, que promove o bem estar material e moral dos cidadãos, é a época do mercantilismo e ainda do DP brutal. A legislação pombalina é enorme e Pombal dizia: “excitem-se as leis.”

A justiça penal era brutal, não havia respeito pelo princípio da legalidade, tivemos um primeiro projeto de código, em 1789, de Pascoal José de Mello Freire, que nunca foi publicado em vida, é um código característico do despotismo esclarecido, autoritário.

A grande mudança veio com o constitucionalismo e com todo o seu projeto de um DP subordinado ao princípio da legalidade, do facto e da culpa, a eleição da pena de prisão como pena por excelência, banindo-se as sanções corporais e degradantes. Este programa do DP demoliberal que resultava dos textos constitucionais não tinha correspondência num Código Penal, continuavam a vigorar as Ordenações Filipinas, juntamente com legislação extravagante. Entretanto, surge um projeto de código de José Manuel da Veiga, concluído em 1833 e aprovado em 1837, durante a ditadura de Passos Manuel, tendo, por isso, deixado de vigorar no final de tal período.

Em 1852 surge um novo Código Penal com influências do CP Napoleónico de 1810, do CP das 2 Cecílias, do CP espanhol e do CP brasileiro, mas a principal influência foi a primeira. Este CP tinha um entendimento estrito do princípio da legalidade, previa penas fixas, o que violava a justiça, porque as circunstâncias mudam de caso para caso e tem de se dar alguma liberdade ao julgador, mas o objetivo era precisamente impedir o arbítrio, afastando todos os resquícios moralistas. Prevê um DP do facto e da culpa. Dizia-se que privilegiava-se a prevenção geral, sobretudo pensando nas penas fixas, mas a previsão de penas fixas era apenas uma técnica legislativa, por isso, não é correto dizer isso. Foi objeto de severas críticas e logo no ano seguinte se criou uma comissão para o rever, pois dizia-se que nasceu velho e a precisar de reforma.

Entretanto, influenciado pelo ideário do Krausismo, da teoria Correccionalista (Karl Roeder) surgiu o projeto de código de 1861, republicado em 1864, com um grande contributo de Levy Maria Jordão, secretário da comissão e membro preponderante deste código. Este nunca foi aprovado, mas foi um projeto muito importante, porque trouxe o que de mais moderno se fazia na Europa – **ex**: instituto da suspensão condicional da pena, sistema do registo criminal, a modelação dos crimes. Em relação às prisões, este código estabeleceu um regime prisional e optava pelo sistema de Filadélfia, foi uma pena não ter sido aprovado.

Todavia, as suas sugestões viriam a ser acolhidas na lei de 1 de julho de 1867, que acaba com pena de morte e trabalhos forçados e que veio acolher muitas destas sugestões. Houve outros diplomas em 1862 e 1863 que consagraram o registo criminal. Estes projetos tiveram uma grande importância e nem tudo se perdeu, porque grande parte das propostas viriam a ser na legislação extravagante.

A reforma de 1884 daria lugar ao código de 1886 que vigorou até 1982. A nova reforma acentuou uma aproximação à Escola Clássica e o princípio da culpa foi acentuado, procurando adequar a sanção à culpa concreta, havendo uma vertente eclética dos fins das penas.

Portugal não foi imune à influência da Escola Positiva Italiana e da Escola Moderna Alemã e, durante a 1ª República, pela mão de Afonso Costa, estas tiveram especial destaque, mas foi um período curto.

Em 1913 aboliu-se o sistema prisional de Filadélfia para implantar o sistema segundo prisional de Auburn. Nos anos 20, foi maior a influência neokantiana por mão de Beza dos Santos, Eduardo Correia e Cavaleiro Ferreira.

Houve reformas em 1984 e 1972, no sentido de melhorarem o DP do facto.

Temos agora um Direito Penal da legalidade, do facto e da culpa, com separação entre o Direito e a moral, o princípio da subsidiariedade como corolário do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. O art. 40º CP estabelece os grandes princípios da prevenção geral positiva ou de integração.

O DP Clássico é o que temos, nas suas traves-mestras é o DP da Escola Clássica, que tem as notas essenciais: legalidade, culpa, facto e no plano das sanções privilegia uma visão preventiva geral positiva ou de integração. Este é permanente objeto de ataque das teorias funcionalistas e utilitaristas e a teoria sistémica e funcional de Luhmann e a de Jakobs são provas vivas disso mesmo.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, Dto. penal I, pp. 64-85.

04.11.16

O DP atual, no modelo que está consagrado nos Estados Europeu e, em geral, no mundo Ocidental é o DP saído das ideias democrático-liberais do início do séc. XIX, que estiveram subjacentes ao princípio da legalidade, é o DP do facto e da culpa, que põe de parte as sanções desumanas e degradantes. No essencial, é o modelo da Escola Clássica (por oposição à Escola Positiva Italiana e a Escola Moderna Alemã) que hoje o domina os DP modernos das democracias ocidentais.

A pena de prisão é, no séc. XIX, implantada como sanção principal, são afastadas as penas corporais, que caracterizavam o *Ancien Regime* e a prisão adquire um caráter diferente da que existia no despotismo esclarecido, que era visto como um meio aflitivo, executada em termos bárbaros. Deste modo, é no séc. XIX, que a pena de prisão se torna a pena por excelência, sobretudo, por influência inglesa e americana, e percebe-se porquê, porque dentro da ideologia liberal que colocava a liberdade como valor supremo, a pena mais grave teria de ser, naturalmente, a sua privação. Passou a associar-se à prisão virtualidades de regeneração do concreto delinquente e é aquela sanção que se vem aplicar no séc. XIX como sanção principal, por influência essencialmente americana e inglesa. Surgiram 3 modelos:

Sistema de Filadélfia – é consequência da crença dos *quakers* e da influência holandesa, presente nos estabelecimentos de Amesterdão, nos finais do séc. XVI e início do séc. XVII. Entendiam que, o trabalho prisional procurava dar hábitos de trabalho para que os reclusos quando saíssem da prisão pudessem viver e sustentar as suas famílias - *make*

them dilligent and they will become honest. Dava-se também peso à reflexão moral e ao arrependimento, havia o isolamento total dos reclusos, tanto diurno como noturno, trabalhavam isolados na cela para refletirem e regenerarem-se. Este sistema deu-se mal, porque levou à loucura de muitos reclusos e foi abandonado e substituído pelo seguinte sistema.

Sistema de Auburn – é um sistema que vem de Nova Iorque e defendia o isolamento noturno, mas o trabalho diurno comum em silêncio. Usava-se o *silence system*, quem falava era chicoteado. Era mais influenciado pelo modelo de Amesterdão, o holandês. O trabalho dava a possibilidade de regenerar o delinquente. Depois foi desenvolvido em Inglaterra.

Sistema por períodos ou irlandês – havia a aplicação da prisão por fase: 1º um isolamento total; 2º isolamento noturno e trabalho em comum diurno; 3º progressivamente, em função das tarefas diurnas ia-se tendo liberdade cada vez maior, acabando numa fase de semidetenção, em que desempenhava certas funções na penitenciária; 4º dormia na penitenciária, mas trabalhava no exterior; 5º liberdade. Ainda é este o que hoje temos, acompanhado das socioterapias, psicologia e criminologia que vieram trazer uma evolução. Há um primeiro período de observação, depois um diálogo entre o recluso e a instituição para arquitetarem um plano de reintegração, este pode receber formação profissional ou académica e, na fase final, se se mostrou capaz disso, desempenha tarefas na penitenciária, saídas precárias e acaba na liberdade condicional. Com este sistema prepara-se o recluso para a liberdade, sendo este progressivamente habituado à liberdade.

Em Portugal:

O projeto de CP de 1861, republicado em 1864, onde foi preponderante Levi Maria Jordão, influenciado pelas teorias correccionalistas (Karl Roeder), consagrou pela primeira vez o sistema de Filadélfia, instituído em lei extravagante de 1 de Julho de 1867.

Este sistema foi abandonado na 1ª República pela lei de 1913, onde foi consagrado o sistema de Auburn.

Em 1930, por mão de Beleza dos Santos, com a nova reforma prisional, introduziu-se o sistema irlandês e por períodos e até agora este mantém-se com melhoras e desenvolvimentos.

Durante algum tempo, a prisão foi tida como a solução para todos os males, mas hoje sabe-se que a prisão é em larga medida criminogénica, por isso, hoje reage-se contra as penas de prisão e estas são restringidas ao mínimo necessário, sendo substituídas por sanções de ordem não institucional, a tendência são as penas de substituição.

Não se vê no curto nem no médio prazo uma alternativa à prisão. É a pena mais grave e não temos prisão perpétua, é um imperativo da Constituição, pode assumir o máximo de 25 anos no caso de concurso de crimes, nos outros 20 anos e, em regra, nunca cumprem os anos todos, porque antes surge a liberdade condicional.

TEORIAS GERAIS DO CRIME

Em função das finalidades do DP, as normas penais são de determinação, tendo por objeto a tutela dos bens jurídicos essenciais, circunstância que nos leva a definir o crime como uma conduta humana que tem por objeto a violação de bens jurídicos essenciais face à consciência axiológica comunitária, o núcleo está no desvalor da ação. Na maioria, tem de haver também o desvalor do resultado, mas não em todos - **ex**: tentativa e crimes de perigo, pois consumam-se com o simples pôr em perigo.

Esta ideia complexa terá ainda de ser decomposta nos elementos constitutivos para que possamos aferir, com rigor, quando existe uma tal violação de uma norma de determinação e, por consequência, quando existe crime. “O facto e só ele constitui o fundamento e o limite dogmático do conceito geral de crime.”

Importa determinar em concreto quando temos um crime e para isso a doutrina elaborou as doutrinas gerais do delito ou sistema, onde enuncia os requisitos e os elementos constitutivos do conceito material do crime. O crime, em sentido material, é a conduta humana violadora de uma norma de determinação. O sistema vez dizer quais são os requisitos que se tem de verificar em concreto para se dizer que estamos perante um crime.

O sistema decompõe o conceito de crime nos seus elementos constitutivos. Para ter um crime tenho de ter uma **ação humana**, os destinatários têm de ser pessoas humanas, mas nem toda a ação humana é crime, só se estiverem previstas num tipo criminal, se forem **típicas**, mas nem a todas essas se aplicam sanções – **ex**: matar é crime, mas mato em legítima defesa, logo não há **ilicitude**. O crime pressupõe **culpa**, mas nem sempre, vejamos o caso dos inimputáveis. Fala-se também na **punibilidade**, necessária do prisma da defesa social. O sistema vai avançando de conceitos mais genéricos para mais restritos: ação humana, típica, ilícita, culposa e punível. O sistema tem uma estrutura piramidal, vai do requisito mais genérico para o cada vez mais específico, cada conceito esta numa relação de género a espécie.



Esta exposição em termos de sistema é vantajosa do ponto de vista teórico-pedagógico, mas, sobretudo, no plano lógico. As virtualidades deste sistema tem a ver com o facto de permitir analisar no essencial o conceito de crime e os vários planos que interferem na delimitação do conceito de crime. O sistema, as teorias gerais do delito, são a proposta metodológica de realização do DP. O julgador para saber se está ou não perante uma situação penalmente relevante tem de seguir estes passos. Permite também que a decisão

judicial seja objeto de controlo, nomeadamente, em sede de recurso, pois dá a possibilidade de controlar melhor, contribuindo para a consolidação dos valores da segurança e da certeza na aplicação da lei penal, podendo se verificar mais facilmente onde está o erro ou não.

O sistema é então uma proposta metodológica, já que a simples descrição da lei não garante a segurança e certeza da aplicação da lei penal, assim, o sistema vai funcionar sobre cada artigo legal, por isso a dogmática penal envolve uma certa esquizofrenia, porque não olham a realidade com os mesmos olhos do senso comum, mas com os do crivo do sistema.

O sistema é uma garantia da certeza e da segurança da aplicação do Direito, permite um maior controlo em sede de recurso e está ao serviço da justiça penal, porque decompondo, apercebemo-nos melhor do conteúdo essencial do crime e podemos realizar melhor os conteúdos de valor jurídico-criminal.

Esta conceção da dogmática penal já foi objeto de críticas, por parte do ordinalismo concreto (Escola de Kiel), presente no Institucionalismo de Maurice de Hauriou, que considerava que não podemos partir o crime, temos de ter uma visão global se não estamos a empobrecer esse conceito, a lei não vale por si, mas por expressão do valor da comunidade, da consciência axiológica e quando a lei formal for contrária, deve valer a consciência comunitária. O ordinalismo concreto teve por trás do DP nazi. O ordinalismo concreto não tem nada a ver com o nazi, mas o facto de ter sido aproveitado por ele, deixa transparecer como é frágil, pois a lei não vale por si, está tudo nas mãos dos juizes, quando a lei for contrario ao *Volksgeist* (espírito do povo), neste caso, interpretado pelo *Fuhrer*, é posta de parte.

Atualmente, ninguém defende o ordinalismo concreto, está totalmente posto de parte. A doutrina penal adota o esquema dogmático já referido. O sistema impõe-se como caminho metodológico para a resolução dos casos concretos. Dentro da dogmática tradicional, surgem fundamentalmente 3 modelos, agora um 4º:

1. Sistema clássico ou positivista naturalista (“notória influência naturalista e juspositivista”);
 2. Sistema neoclássico ou normativista de inspiração neokantiana;
 3. Sistema finalista, que se ficou a dever ao maior penalista da atualidade Hans Welzel.
- O sistema que hoje temos teve contributos de eles 3.

Sistema clássico ou positivista naturalista:

“Assenta numa visão do jurídico decisivamente influenciada, em perspetiva político-criminal, pela Escola Moderna Alemã e, de forma geral, pelo naturalismo positivista que caracterizou o monismo científico próprio de todo o pensamento da segunda metade do séc. XIX. Também o Direito teria como ideal a exatidão científica própria das ciências da natureza e a ele deveria incondicionalmente submeter-se. Do mesmo modo, o sistema do facto punível haveria de ser apenas constituído por realidades mensuráveis e empiricamente comprováveis, pertencessem elas à facticidade (objetiva) do mundo exterior ou antes a processos psíquicos internos (subjetivos).”

Tem 2 ordens de considerações:

1 – O positivismo naturalista do virar do séc. XIX para o séc. XX, que não reconhecia autonomia ao Homem e negava a sua liberdade do homem, bem como a existência dos valores, tudo isso não passava de uma aparência, era epifenoménico. O fenómeno humano explicava-se da mesma forma que fenómenos naturais – causalidade e da quantidade. Não havia elemento qualitativo, mas neutralidade axiológica. A causalidade e quantidade assumiam um papel de destaque, havia uma perspetiva de pura neutralidade axiológica. As ciências humana deviam adaptar-se e aceitar os mesmos métodos que as ciências naturais, porque a realidade era una e causal - monismo onto-epistemológico. As ciências humanas moldavam-se ao modelo das ciências naturais, todas as realidades e conceitos deviam traduzir realidades do mundo empírico, prováveis empiricamente, e mensuráveis. A única realidade era a naturalística, subordinada á causalidade. Os objetos deviam de ser empiricamente comprováveis e mensuráveis. Os fenómenos psicológicos eram também fenómenos empíricos. Esta é uma das linhas que subjaz e importa termos sempre presentes.

2 - Linha estritamente jurídica que se prende com a metodologia, o positivismo jurídico/legalista, formalista, o paradigma era o silogismo judiciário (premissa maior, premissa menor e conclusão). Advogava-se um método automático da aplicação da lei, daí que se repudiasse o recurso a cláusulas gerais, conceitos indeterminados e a conceitos de valores, porque dão uma larga margem de arbítrio ao julgador. Os conceitos deviam ser descritivos para permitir o total controlo judiciário. Há uma forte tentativa de restringir a liberdade do julgador ao máximo através do automatismo do DP. Era o formalismo metodológico.

Estas 2 linhas são independentes, Liszt era um adepto do positivismo naturalista e o Beling era neokantiano, no entanto, defendia o formalismo. Destas duas linhas resultou a configuração formal do sistema clássico.

O sistema é uma proposta metodológica, segundo aquela o juiz vai avançar por passos e o primeiro passo que se punha era o conceito de ação, entendido como **ação causal**. A ação causal era toda a modificação do mundo exterior causalmente ligada a uma vontade e cega a valores. Todo e qualquer crime teria assim de se traduzir por um processo causal. Analisa-se a ação do lado externo-objetivo, a vontade é como o motor da ação, não se considera o conteúdo da vontade, é apenas um fator causal. Há um caráter estritamente objetivo da ação e descritivo, axiologicamente neutro, a ação é uma modificação do mundo exterior.

Mas, nem todas as ações eram crimes. Através desta ação excluía-se tudo aquilo que não fosse emanção de uma vontade – **ex**: estado de inconsciência (**ex**: sonâmbulo), atos reflexos (**ex**: descarga nervosa de um epilético), estado de vis absoluta – **ex**: se alguém prime uma arma com a minha mão à força e contra a minha vontade. Nem todas as ações causais relevavam e tinham de ser **típicas**, isto é descritas num tipo legal, que descrevia quais relevavam para o DP. O tipo é a descrição, de entre as ações causais possíveis, daquelas que relevam para o DP. Tal processo era puramente descritivo, o conteúdo era estritamente objetivo e era axiologicamente neutro. Em suma, “a ação tornar-se-ia típica sempre que fosse lógico-formalmente subsumível num tipo legal de crime, isto é, numa descrição puramente externo-objetiva da realização da ação, completamente estranha a valores e a sentidos.” – **ex**: “não golpear outra pessoa com uma faca” – feito por um *faquista* (expressão espanhola, NÃO escrever no exame) ou por um cirurgião, era o mesmo. É um

plano puramente causal, atendendo à descrição da conduta não há diferença nenhuma, portanto, tanto a ação do cirurgião como do faquista eram típicas. Contudo, o cirurgião não seria punido, porque no plano seguinte surgia uma causa de ilicitude: o consentimento do ofendido.

Nem todas as ações típicas eram relevantes para o DP, era necessário que fossem **ilícitas ou antijurídicas**, neste plano, Liszt e Beling consideravam que se tinha de ver se a ação contrariava ou não a ordem jurídica no seu todo. Só na aparência é que atendiam aos valores, porque na prática restringiam-se às causas de exclusão de ilicitude, aos contratipos, ou seja, correspondiam a situações que “a título excepcional, tornavam uma ação típica em ação lícita, aceite ou permitida pelo Direito.” – **ex**: não posso matar, mas em legítima defesa já é aceitável, por isso, afasta-se o desvalor da conduta. Eram tipos fechados, apostos à mera subsunção, nunca havia valoração, mas uma aplicação automática destes contratipos. Era uma ilicitude completamente objetiva – **ex**: sr A atira uma pedra contra a vidraça do vizinho e salvou-o, porque estava a haver uma fuga de gaz. Para estes senhores o sr A não ia ser punido, porque com a sua conduta salvou o vizinho, seria uma causa de exclusão da ilicitude, no entanto, isto é falsear o sentido das coisas, ele não queria salvar o vizinho, queria lhe produzir um prejuízo. Nunca podemos falar num plano objetivo, porque a conduta humana não é objetiva. Mesmo no estrito plano da objetividade, temos de tomar em consideração o projeto do agente – **ex**: empurrão para matar? Para violar? Para salvar? Por isso, tem de haver uma unidade subjetiva e não objetiva. O tipo era a descrição de uma ação causal.

Tudo isto se passava no plano estritamente objetivo (tudo o suprarreferido inclui-se na vertente objetiva do facto), os elementos subjetivos só intervinham no último momento, na **culpa**, no conceito psicológico de culpa (vertente subjetiva do facto), dizia-se que era o nexo psicológico que liga o agente ao facto – não numa perspetiva de censura, mas meramente numa perspetiva factual – “suscetível de legitimar a imputação do facto ao agente a título de dolo (conhecimento e vontade de realização do facto) ou de negligência (deficiente tensão de vontade impeditiva de prever corretamente a realização do facto).” A diferença entre dolo e negligência tinha a ver com o facto de pertencerem a estruturas psicológicas diferentes, mas com isso não conseguíamos distinguir imputáveis e imputáveis. Há 2 formas de negligência: a negligência consciente (quando represento o perigo, mas acredito que não se vai produzir o resultado perigoso) e a negligência inconsciente (sem querer). Com base nesta conceção, também não se podia explicar a negligência inconsciente. Se o conceito psicológico se esgota no nexo psicológico que liga o agente ao facto, onde está na negligência inconsciente?

10.11.16

Revisão da última aula:

Esta parte corresponde à parte técnica do DP, são as grandes dogmáticas do DP. Estamos a decompor o conceito material de crime nos seus elementos constitutivos, esta não é apenas uma sistematização com finalidades pedagógicas, é uma proposta metodológica que se faz ao aplicador da lei penal. As palavras da lei são polissémicas e as exigências de certeza e segurança implicam que se precise o mais possível o âmbito de aplicação da lei penal.

Relativamente ao sistema clássico ou positivista naturalista, este parte dos pressupostos do positivismo naturalista da viragem do séc. XIX para o XX, caracterizado pelo monismo onto-epistemológico, requerendo elementos empiricamente verificáveis e mensuráveis. Deste modo, todas as ciências deveriam de expressar os elementos empiricamente comprováveis e mensuráveis. Esta conceção faz com que os conceitos jurídicos passem a ter um caráter naturalista.

Por isso mesmo, é considerado um sistema formalista, com conceitos fechados, aptos à subsunção e isso traduz-se logo no primeiro conceito, a ação causal, estritamente objetiva, não intervindo qualquer valoração, axiologicamente neutra.

Para que a ação relevasse tinha de ser típica, o tipo era a descrição da lei e da conduta, descrevia uma ação causal, estritamente objetivo e axiologicamente neutro. No tipo legal cabia tanto a conduta de um criminoso que esfaqueia como a do cirurgião, porque se esquecermos os elementos subjetivos e da valoração, no plano puramente descritivo, temos 2 condutas idênticas.

Seguia-se a antijuricidade ou ilicitude, ou seja, não basta uma conduta caber num tipo para caber no DP, tem também de ser ilícita, isto é, que além de típica fosse também uma ilicitude, uma contrariedade da ordem jurídica no seu todo. Parecia que interviriam momentos axiológicos neste plano, mas tal era atenuado pelo caráter objetivo, pois a subjetividade apenas se verificava como causa de exclusão de ilicitude, um contratipo. Tudo isto era puramente automático, encontrávamo-nos no paradigma do silogismo judiciário. Era uma ilicitude estritamente objetiva, pois continuava a não se considerar a subjetividade do agente.

Os elementos subjetivos só intervinham no plano da culpa, no conceito psicológico de culpa, no nexos psicológico que liga o agente ao seu facto, a culpa era assim um facto. A conduta humana era explicada em termos causais de fatores endógenos e exógenos, os processos cerebrais eram entendidos como os resultados de trocas químicas ou descargas elétricas, a psicologia era entendido como uma ciência naturalista. Deste modo, o dolo e a negligência eram factos, estruturas psicológicas diferentes.

Este sistema foi alvo de muitas críticas... Descrever a ação humana como objetiva é paupérrimo, esta é antes a objetivação de uma subjetividade, por isso, não se pode resumir ao plano exterior da ação. Só podemos compreender a ação humana como unidade objetiva-subjetiva, como uma exteriorização de sentido, comportando elementos sentimentais, daí que não possa ser meramente objetiva nem causal.

A antijuricidade ou ilicitude não pode ser vista numa estrita objetividade, o crime encontra o núcleo no desvalor da ação através das normas de determinação, por isso, a culpa é uma censura e o dolo e a negligência não são o mesmo, há uma graduação diferente de culpa.

A culpa não é um facto psicológico, mas um juízo de censura. O sistema deixa de fora certas formas de culpa, como o conceito de omissão, logo, não recobre os crimes omissivos (censura-se não ter atuado e modificado o bem exterior, perante um bem em perigo). Deixa também de fora a negligência consciente e a inconsciente, pois nestas não há qualquer nexos psicológico, não o representam. Por isso mesmo, para além das críticas

gerais do formalismo e objetivismo deixava de fora toda a omissão e a negligência, pelo menos a inconsciente.

Critica-se também o excessivo formalismo das soluções, que impede a realização da justiça ao caso concreto.

Sistema neoclássico ou normativista:

Com o passar do tempo, a doutrina evoluiu como reação contra o positivismo naturalista e por influência neokantismo, a Escola Sul Ocidental Alemã (Baden, Radbruch, Riker, Lass e Windelband), é a Filosofia dos Valores, “tal como ela foi desenvolvida nas primeiras décadas do séc. XX.”

Este sistema começa por distinguir o universo da natureza do universo da cultura (universo social e humano, no plano dos sentidos e valorações), considerando que também se distinguem as ciências do saber que se estudam num e noutra universo, nomeadamente, as ciências da natureza e as ciências da cultura.

Vai buscar as suas raízes à filosofia kantiana e considera a realidade em si um contínuo heterogéneo, um caos, e a mente humana para apreender a coisa em si não tem capacidade e tem de deformar esse caos e converte-lo num:

- ❖ Contínuo homogéneo - plano das ciências da natureza, que resume tudo aos quadros da casualidade e da quantidade. Estudam num plano descritivo, axiologicamente neutral, olham a realidade, unificando-a toda e esquecendo as diferenças, todos os fenómenos são reconduzido a conexões de causa-efeito. – **ex:** a lei causal é a mesma para as plantas e para os animais, a diferença é tão só de quantidade;
- ❖ Discreto heterogéneo - plano das ciências da cultura, onde não se discute o plano causal, mas os fenómenos naturais no seu desvalor intrínseco, nas suas conexões simples de sentido. Está pressuposta a liberdade humana (não absoluta), reconhece-se que para além de todos os condicionalismos, o Homem tem uma margem de liberdade em que decide sobre si mesmo e, portanto, é responsável e nas decisões valora. Os valores são os critérios que conduzem as nossas decisões. O critério de construção conceitual corresponde ao sentido de valor, todo o método é referencial a valores, sobre o mesmo conceito podem caber vários valores, esta é a perspetiva.

Toda a construção conceitual, no plano jurídico, corresponde a este método referencial a valores, que se traduz no conceito de **ação**, que é um conceito referencial a valores, correspondendo a um “comportamento humano causalmente determinante de uma modificação do mundo exterior.” Mais tarde, alguns destes autores falavam em ação social, defendendo que toda a ação ilícita é a negação de valores e o Homem pode negar valores através de um comportamento positivo ou passivo, por isso, a omissão pode negar valores (**ex:** perante o perigo de um bem jurídico nada faço). Uma das grandes dificuldades do sistema clássico estava então resolvido. A ação social identifica-se com toda a ação socialmente relevante, porque se traduz num dano a valores, num resultado desvalioso (é o mesmo que simplesmente “ação”, mas por outras palavras). Assim, o crime continua a ter como pressuposto o nexo causal, ainda que salientando-se já a lesão dos bens jurídicos, o desvalor do resultado.

Ao DP só interessam algumas ações, por isso, há que distinguir as que são relevantes penalmente e as que não, a diferença está nos bens jurídicos em causa, os bens jurídico-criminais. Assim sendo, vão se demarcar os desvalores jurídico-criminais no plano da **ilicitude**, definindo-se de entre todos os valores que podem pautar a conduta humana, quais são aqueles que relevam para o DP.

Devido às exigências de certeza e de segurança isto tem de ser concretizado da forma mais precisa possível, através do **tipo** (tipicidade – “descrição formal-externa de comportamentos, mas materialmente como unidade de sentido socialmente danoso, como comportamento lesivos de bens juridicamente protegidos”), que vai pois ser tomado como um mero expediente formal que serve para exprimir um juízo de ilicitude. Na sua formulação mais completa, acaba por fundir estas duas últimas categorias, introduzindo o **ilícito-típico**, em que os tipos de crime descrevem uma conduta, mas mais não é que a concretização de um juízo de valor da ilicitude. Nesta medida, a ilicitude corresponde ao conteúdo e o tipo à forma, a mera expressão formal de um juízo de valor.

Os neokantianos vêm a propor uma **interpretação teleológica**, a letra da lei não vale por si, mas como meio para expressar o espírito da lei, o juízo de valor que lhe está subjacente. O intérprete deve de ir além da letra da lei e reconstruir o concreto juízo de valor subjacente à norma. Isto leva a reconstruir, para cada situação concreta, o juízo de valor subjacente à norma, perante as características específicas da situação a julgar.

Este sistema foi muito importante não só no plano teórico, libertou a dogmática penal do positivismo naturalista e, já na formatação do sistema que a dogmática alemã realizou, entrou em Portugal. Os primeiros professores de DP que introduziram a dogmática alemã foram os discípulos de Edmundo Mezger, falamos de Eduardo Correia e Cavaleiro de Ferreira, trouxeram-na na formatação do mestre.

No entanto, no plano teórico, é verdade que se libertou dos pressupostos positivistas naturalistas, mas prometeu mais do que deu, porque, na prática, não se libertou totalmente do causalismo e da objetividade do ilícito, apenas faz passar um manto de valoração.

A ação continua a ser estritamente objetiva e o ilícito-típico estritamente objetivo, não há a consideração da subjetividade do agente, já não dizem que o faquista e cirurgião cabem no mesmo tipo, mas o do vizinho ainda se justifica, porque no plano objetivo sacrificou um bem jurídico menos valioso para salvar um mais.

Para além disso, continua sem explicar o ilícito da tentativa – **ex**: empurrão para quê? Qual a intenção? Matar? Violar? Espancar? A conduta humana não é objetiva, não podemos considerar apenas a sua exterioridade, é uma unidade objetiva subjetiva, é uma objetivação de uma subjetividade, por isso, temos de considerar o plano do agente.

Releva uma incapacidade do ilícito objetivo, que não compreende o sentido da conduta humana. Estes autores reconheciam que nalguns casos havia que considerar a subjetividade do agente, segundo a Teoria dos Elementos Subjetivos Tipo – **ex**: no furto, exige-se a intenção e apropriação, burla exige-se a intenção de enriquecimento. Terão de considerar isso por fora da lei, e são exceções, porque ilícito esgota-se no desvalor do resultado e com isso deixavam de explicar o instituto da tentativa. Por isso, nunca se expressava o real sentido da conduta humana, que é uma objetivação de uma subjetividade. Só podemos

saber o sentido da conduta considerando cumulativamente as intenções da existência do dolo ou não e, por outro lado, a sua subjetividade.

A Teoria dos Elementos Subjetivos Tipo para adequar esta construção a própria lei às situações. A consideração de elementos subjetivos-objetivos surgia apenas no plano da **culpa**, ultrapassando-se o conceito psicológico da culpa e afirmando-se o conceito normativo de culpa. Aqui diz-se que a culpa não é um facto, é um juízo de censura ao agente que praticou o facto quando podia e devia não o ter praticado. Isto conduz a uma diferença na compreensão do dolo e da negligência, que têm, então, diferentes graus de censura, de desvalor.

Este sistema comportou um corte com o sistema clássico, foi importantíssimo por isso, só que foi um salto, sobretudo, nominal, no plano teórico, afirmava a autonomia social e humana, mas na realidade continuou a operar o causalismo, por isso, passava apenas um manto de afano.

A ação era estritamente objetiva, causalmente negava valores; a ilicitude era o puro desvalor do resultado, era um processo causal que causava o dano ou perigo, na sua estrita objetividade; a valoração surgia só no fim, porque o processo era causal, no plano da culpa foi onde se notou a maior diferença, so que continuava a exigir o substrato ôntico-psicológico, o que significava que continuava a haver dificuldade em se justificar a negligência inconsciente, pois só se pode falar de culpa quando houver um nexos psicológico e, por isso, andava-se à caça do dolo na negligência, porque o dolo era o estereótipo. Conclusão: apesar de toda a evolução, o sistema nunca se libertou totalmente, prometeu muito mais do que na verdade veio a oferecer. Continuou a enfermar no essencial os erros do sistema clássico, pois atinha-se aos aspetos objetivos exteriores à própria conduta.

Sistema finalista:

O grande salto seria dado com a doutrina finalista com Hans Welzel, maior penalista da atualidade, que morreu em 1970. Partia também da distinção do plano da natureza e do plano da cultura. arrancando do neokantismo tardio, aderiu aos pressupostos da fenomenologia, de Nikolae em que o universo das valorações partia da liberdade humana.

Considerava que toda a conduta humana era a exteriorização de uma intencionalidade de sentido. O agente, quando provocado pelo mundo exterior, reage e, ao reagir, está a expressar uma determinada unidade de sentido, por isso, o plano emocional é o principal. O elemento essencial da conduta humana está no plano emocional, os planos intelectuais e volitivos são planos mecânicos. Por isso, condutas iguais praticadas pelo A ou B são diferentes, porque a conduta não é objetiva, mas subjetiva. Toda a conduta humana representa uma exterioridade de sentido e é por isso que na sua exterioridade são idênticas, mas quando praticadas por sujeitos diferentes têm sentidos diferentes, porque a conduta não é objetiva.

A partir desta ideia, Welzel reconstrói todo o sistema penal, só que a formulação inicial veio a ser abandonada pelo próprio, por motivos exteriores, pois encontrava-se, no plano da fundamentação metajurídica, próxima do ordinalismo concreto, presente no institucionalismo de Maurice de Hauriou, que foi aproveitado pelo sistema nazi. Por isso, abdicou de um pensamento que em si mesmo seria correto, mas que nas mãos do regime nazi

deu no nacional-socialismo nazi. Por isso mesmo, tudo o que cheirasse a ordinalismo concreto lembrava-o e então viu-se forçado a alterar. Este sistema foi caracterizado por uma progressiva formulação, que em grande parte contradiz os pressupostos metajurídicos iniciais.

Para este sistema, a **ação** humana é uma exteriorização humana de uma intencionalidade de sentido, abrangia tanto a ação dolosa como a negligente. Toda a ação humana é um ato de comunicação. Só que na sua evolução, Welzel viu-se obrigado a circunscrever e vai colocar na base do sistema a **ação final** que acaba por se identificar com a ação dolosa. Com isto, pretende manter uma unidade subjetiva-objetiva, só que acaba por circunscrever demais. Considera que o Homem tem a capacidade de comandar os processos causais da natureza por supradeterminação da vontade por processo causal, comportando elementos subjetivos (dolo) e objetivos (modificação do mundo exterior comandada pela vontade).

E a ação negligente onde não há supradeterminação pela vontade de um processo causal? Houve 4 formulações para a negligência, nenhuma resultou, porque se a ação é uma ação final, numa negligência inconsciente não há nenhuma supradeterminação da vontade por processo causal e o mesmo se diga da omissão, onde não se supradetermina nada, o agente não faz. Assim, acaba por padecer dos mesmíssimos males que o sistema clássico, deixa de poder caber a omissão e a ação negligente.

Welzel mantém o tipo e o ilícito separados, o **tipo** que é incriminador, comporta já uma unidade subjetiva-objetiva, parte do ilícito pessoal, das normas de determinação, exigindo que seja uma conduta humana. Logo, no plano ilícito, distingue entre tipo doloso e tipo negligente, só que como pode falar de tipo negligente se a negligência não cabe no conceito de ação final? Há uma contradição! Esta foi a complicação de Welzel, houve 4 reformulações da doutrina a tentar pôr na ação final a negligência, mas esta lá não cabe. “O dolo (que no parecer tanto da teoria clássica, com da neoclássica, constituía um elemento da culpa) passa agora a conformar um elemento essencial da tipicidade. O tipo é sempre constituído por uma vertente objetiva (os elementos descritivos do agente, da conduta, do circunstancialismo) e por uma vertente subjetiva: o dolo ou eventualmente a negligência.”

O tipo é já uma unidade subjetiva-objetiva, distinguindo entre ação dolosa e ação negligente. Por outro lado, o tipo vai ser entendido como descrição da **pura matéria de proibição**, é um tipo descritivo axiologicamente neutro, que só se distingue do clássico, por ter o plano do dolo ou da negligência.

Welzel procurou fechar ao máximo a dogmática, em ordem a evitar ao máximo os arbítrios dos julgadores, devido ao trauma da experiência nazi. Welzel considerava que cláusulas gerais e conceitos indeterminados eram normas sem tipo (proibições sem matéria de proibição), em que o legislador abdicava da sua tarefa de balizar e remetia-a para o julgador. É o juiz, nesta medida, quem realmente constrói o tipo e não o legislador.

A este plano seguia-se a **ilicitude**, o conceito do ilícito pessoal, só que Welzel dizia que se o tipo era a matéria da proibição, a ilicitude era a própria proibição, so aqui é que intervinha o momento valorativo. Welzel dizia: matar é proibido, mas posso matar em legítima defesa. No tipo apenas se descreve a conduta, é a factualidade, no plano da ilicitude é que se atendia aos elementos subjetivos e objetivos da própria conduta. **Ex:** Sr A que

atirou a pedra ao vizinho, já não é causa de justificação o facto de o ter salvo. Assim, pondera-se o facto na sua objetividade, mas para determinar o sentido do ato atende-se à subjetividade do agente, neste caso, seria um crime de dano, não haveria justificação. Na ilicitude intervinha a valoração jurídica (o tipo era axiologicamente neutra), traduzia-se na existência ou inexistência de causas de justificação ou em preencher o sentido de valor das cláusulas gerais.

Finalmente, defendia-se a **culpa** também no sentido normativo, era a pura censurabilidade, não colocava a questão do dolo e da negligência, a distinção já estava na ação, no tipo e no ilícito. No plano da valoração do facto, distinguia ato doloso (onde havia a intenção) da negligência (mero descuido ou leviandade). A culpa era saber se o ato doloso era censurável ou não, era a pura censurabilidade. O crime seria a expressão de um conteúdo de contrariedade a uma norma de determinação, pelo que o seu núcleo terá de estar forçosamente no desvalor da ação.

Muitas destas críticas que se dirigem agora a este sistema, não eram aplicáveis à formulação inicial, mas por fatores exteriores (ordinalismo concreto → socialismo-nacionalismo nazi), formalizou demais a sua doutrina, procurando reconduzi-la a conceitos fechados e com isso empobreceu a sua construção dogmática.

A ação final é a ação dolosa, que deixa de fora as negligências e omissões, acaba por ser como a ação social, causal, descritiva, axiologicamente neutra, a diferença é que contempla o elemento do dolo, quanto ao resto é axiologicamente neutra e daqui resulta deixar de fora a negligência e a contradição ao nível do tipo, pois não sabemos onde surge a negligência. O tipo é formalista, puramente descritivo, axiologicamente neutra, mas contempla elementos objetivos e subjetivos. A ilicitude leva à pura ausência de causas de justificação.

“Tudo residiria afinal e só em determinar as estruturas lógico-materiais ínsitas nos conceitos usados pelo legislador e, a partir delas, deduzir a regulamentação ou a solução aplicáveis ao caso. O que não era afinal muito diferente do que repetir os erros do direito natural clássico.”

Todavia, veio a ter uma importância decisiva na evolução do DP, não na sua forma pura, mas aquilo que de essencial se foi buscar ao finalismo, conceção do **ilícito pessoal** e os diferentes termos em que se passou a distinguir o momento do ilícito e a culpa, são diferentes os planos. O DP pauta-se por critérios de exigência mínima para a convivência social, segundo o padrão do homem médio. O ilícito expressa um conteúdo de contrariedade de uma norma de determinação, de antinormatividade, medido segundo as características do Homem médio, sendo necessário ver os elementos objetivos e subjetivos, transplantando a realidade psicológica do Homem concreto para o Homem médio. Assim, o julgador julga a conduta como se praticada pelo Homem Médio, o juízo de culpa recai sobre um Homem médio, esquecendo-se das características do particular agente. Ao nível do ilícito o essencial é o conteúdo objetivo de antinormatividade, aquilo que o DP não quer que se faça e toma como critério o Homem médio. No plano da culpa, como ato do concreto agente, vai se medir em função das qualidades e características individuais do concreto agente. Não há diferença no substrato da valoração, o que difere é o critério da valoração. No plano do ilícito pessoal valorar-se a unidade subjetiva, como se tivesse sido praticada por qualquer pessoa, como ato humano em geral, pelo Homem Médio; na culpa valorar a

mesma realidade, mas atendendo às características do concreto agente, determinando o desvalor do ato para aquele agente. Por isso, um ato pode ser ilícito, mas depois não ser culposo – **ex:** o imputável pratica ilícitos, mas age sem culpa, portanto o ato não é censurável. Esta é a diferença essencial, a da conceção do ilícito pessoal, por contraposição ao ilícito objetivo do sistema clássico. O crime é sempre perspectivado tanto no plano do ilícito como da culpa como objetivo-subjetivo, o substrato de valoração é sempre o mesmo, muda apenas o critério da valoração. No ilícito pessoal estabelece-se um critério pessoal-objetivo, dotado de um sentido humano em geral, como se tivesse sido praticado pelo Homem médio. A dicotomia objetividade/subjetividade faz sentido no critério valorativo, o critério é objetivo para a ilicitude, porque aferido em relação ao Homem médio, e subjetivo para a culpa, porque aferida em relação ao concreto agente. Este pode ser +/- censurável consoante as características pessoais do agente. Com esta conceção podemos explicar o ilícito da tentativa e a causa de justificação, foi esta a grande aquisição. Em suma “todo o ilícito é, por conseguinte, ilícito pessoal e dele fazem parte o dolo, como representação e vontade de realização de um facto, e a negligência, como violação do cuidado objetivamente imposto.”

Ultrapassada a violência da luta de escolas, implantou-se uma espécie da de *communis opinio*, um sistema comum, sobre o qual vai surgir o sistema teleológico-racional. O sistema comum caracteriza-se no plano da ação por alguns penderem mais para a ação social e outros para a ação final. O grande marco é a doutrina do ilícito pessoal e os diferentes termos em que se passou a contrapor a ilicitude à culpa, como unidade subjetiva objetiva que pretendia expressar um conteúdo de antinormatividade, esquecendo o homem concreto e procurando encará-lo como um ato humano geral. Entende a culpa como expressão de um conteúdo subjetivo de antinormatividade. A contraposição deixou de ser reportada ao objeto de valoração, que é sempre o mesmo, mas ao critério de valoração - foi isto que marcou.

O sistema finalista não nos deve levar a esquecer os outros sistemas, o sistema comum tem contributos de todos eles. A estrutura categorial classificatória vem do sistema clássico, a referência a valores e o conceito normativo de culpa, como censura vem do sistema normativista, mas o contributo essencial foi, sobretudo, o do finalismo no ilícito subjetivo. Este sistema comum viria a sofrer uma alteração com o sistema teleológico-racional.

11.11.16

Depois da acesa luta de escolas, veio a implantar-se uma certa *communis opinio*, que herdou características dos 3 sistemas anteriores, que por volta dos anos de 1970, 1980 e 1990, passou a estar subjacente a todos os manuais e tratados de DP.

Este sistema comum herdou do sistema clássico a estrutura categorial classificatória (a estrutura piramidal), do sistema neoclássico o condimento teleológico, a referência a valores, mas o aspeto fundamental e mais marcante foi dado pelo sistema finalista, o conceito do ilícito pessoal - conceção que faz com que a contraposição do ilícito e da culpa se façam de forma diferente, nos anteriores sistemas, o ilícito era objetivo, contemplava apenas os elementos objetivos do crime e todos os elementos subjetivos iam para a culpa, o que significa que desvalor se encontrava no resultado; o ilícito pessoal vem mudar tudo isto, porque temos de considerar a subjetividade do agente - **ex:** o que é um empurrão?

Depende! Se tinha intenção de matar, é uma tentativa de homicídio, se tinha a intenção de violar é uma tentativa de violação. Para esta conceção, no plano do ilícito faz-se a distinção entre o ilícito doloso e o ilícito negligente, só que valoramos esta conduta subjetiva-objetiva como se tivesse sido praticada pelo Homem médio, onde não se considera as características individuais do agente e, por isso, verdadeiramente tanto o plano do ilícito como da culpa exprimem uma contrariedade a uma norma de determinação, ou seja, desvalor na ação. O que se altera é tão-só o critério de valoração, valora como um ato humano em geral, com o sentido que teria se fosse praticado por qualquer pessoa, faz-se uma ficção, esquece-se o concreto agente e pensa-se no Homem médio. Ao passo que a culpa, considera o concreto agente e, por isso, pode se chegar à conclusão de há um ilícito, mas este não é culposo – **ex**: inimputável. Foi esta conceção do ilícito pessoal e com a diferente forma de equacionar o ilícito à culpa que passou para o sistema comum e a informar a generalidade das disposições dogmáticas, nomeadamente, as influenciadas pela dogmática alemã.

O sistema deixou de ser uno, passamos a ter 3, porque logo no facto, são diferentes os crimes, podendo serem: crimes por ação dolosa, crimes por ação negligente e crimes de omissão (há quem os divida em dolosos e negligentes) - vai ser este o nosso esquema.

É necessário fazer referência a um quarto modelo...

Sistema teleológico-racional:

Este sistema foi lançado por um grande penalista alemão, Claus Roxin, catedrático de Munique, pretendeu meter no sistema, na modelação das várias categorias do sistema, considerações politico-criminais, das teorias de prevenção geral positiva ou de integração. Os sistemas de que falamos até agora articulavam as várias teorias apenas na base da dignidade penal, que no ilícito pessoal era apenas o desvalor intrínseco do ato e a culpa tem a ver com a dignidade penal e questões valorativas de censurabilidade. Mas o DP não se pauta apenas por considerações de dignidade penal, mas também pela necessidade.

Este sistema considera que só devem ser considerados crimes as condutas que envolvam a violação grave dos bens jurídicos essenciais, e mesmo nesses só quando fosse necessária a intervenção do DP e outras formas de regulação não fossem suficientes. Assim, não devemos considerar crime aquela conduta que, muito embora relevante em termos jurídicos, isto é, digna de pena, possa ter a sua regulação feita por outros ramos do Direito.

Foi esta a ideia em que se inspirou: se o sistema é a decomposição analítica de uma ideia de crime que está pressuposta, então esta ideia que traçamos resulta em si mesmo da combinação da dignidade e da necessidade de pena, que se têm de projetar no sistema – esta é a ideia base.

O sistema teleológico-racional não diverge do sistema comum, verdadeiramente, traz a abertura das várias categorias a considerações de necessidade de pena, em que todos estão de acordo quanto a isto, sendo assim, onde é que divergem? Quanto ao modo! Em que momento? de que forma? Há 3 maneiras, fundamentalmente:

1. **Claus Roxin** – segue as mesmas categorias do sistema comum: ação, tipo, ilícito, só que não insere aqui a culpa, substituindo-a pela responsabilidade, ora é neste último momento que vão interferir as políticas criminais. A ideia de Roxin era: o DP

visa proteger bens jurídicos, daí que a culpa não seja fundamento para a aplicação da pena, pois mesmo que certa ação seja culposa, só deve ser punida quando necessário. Isto é, apenas em certas situações de culpa é que é necessário se punir. Distingue 2 momentos na responsabilidade: a determinação da culpa e a averiguação da necessidade de pena. A categoria da responsabilidade concretiza uma concepção unilateral da culpa – ainda que a culpa exista, isso não significa forçosamente que haja pena, pois terá de se verificar, para além dela, a necessidade, ou seja, não há pena sem culpa, mas pode haver culpa sem pena. Assim, o último estrato não é a culpa, mas a responsabilidade, os casos de culpa em que é necessário haver punição. **Ex** – excesso intensivo de legítima defesa, delitos passionais. Este não é um sistema que se possa contrapor aos outros, porque herdou a estrutura deles, apenas abriu a considerações de necessidade de pena, entendida na prevenção geral positiva ou de integração. Para Roxin, nas categorias da ação, do ilícito (típico) e da culpa apenas entrava em linha de conta considerações de dignidade de pena, a necessidade de pena só surgia imediatamente após a aferição de culpa. Ainda assim, esta não é a concepção maioritária entre os adeptos.

2. **Doutrina maioritária** – mantém o sistema estabelecido igual até à culpa, mas depois acrescenta-lhe a categoria da punibilidade (até chegarmos aqui o sistema apenas deverá trabalhar com a noção de dignidade penal). A culpa assenta em critérios de dignidade penal e, por isso, não podemos fundir na mesma categoria a culpa e a necessidade de pena, por isso, permitem manter o sistema comum intacto, juntando-lhe apenas uma nova categoria. Esta é uma diferença formal, apenas as separamos conceito, mantendo a culpa num determinado momento e a necessidade de pena noutra. Vamos adorar esta construção, também adotada por Figueiredo Dias.
3. **Prof. Almeida Costa** – nos antípodas desta concepção está Bernd Schunemann, considera que a necessidade e dignidade de pena se projetam em todo o sistema, concorrendo tanto na delimitação do facto, como do ilícito, na atribuição da culpa, da responsabilidade subjetiva. Se o crime resulta da conjugação da dignidade e necessidade de penal, se o sistema é uma implicação destas duas ideias, elas têm de se projetar em todas e cada uma das categorias, não pode estar fixa a uma. Se o sistema é a desaplicação do sentido da ideia pressuposta, tanto a ideia da dignidade penal como a ideia da necessidade de pena têm de se projetar não só ao nível subjetivo da culpa, como no plano objetivo, no plano da delimitação do facto.

A partir daqui, vamos construir o nosso próprio sistema e vamos partir de uma concepção do ilícito pessoal, a nossa disciplina vai ter 3 grandes capítulos:

1. A dogmática dos crimes dolosos de ação, porque independentemente de concepções de culpa, é uma estrutura diferente – “sempre que a conduta seja culposa, isto é, que o facto possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever-ser sociocomunitário”;
2. Crimes de ação negligentes;
3. Crimes de omissões.

Vamos, assim, adotar o sistema teleológico-racional, de acordo com a doutrina maioritária.

O sistema teleológico-racional assenta no sistema comum que resultou das lutas de escolas, este não propõe uma nova arquitetura do sistema, recebe simplesmente o sistema

comum, cuja marca determinante é a do ilícito pessoal, só que por referência a esse sistema juntou considerações de prevenção geral positiva, adicionando a necessidade de pena à dignidade penal.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, Dto. penal I, pp. 235-251.

17.11.16

O sistema teleológico-racional verdadeiramente não veio alterar o sistema comum, apenas lhe introduziu um novo elemento. Procurou que nos vários passos do sistema se passasse a tomar em consideração a vertente da prevenção, a ideia politico-criminal da prevenção. Se o crime é a negação de uma norma de determinação, só será legítimo punir uma conduta se for necessário - decorrência do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, da subsidiariedade penal, que atua como última *ratio*. No sistema têm de intervir não só considerações de dignidade penal, mas também necessidade de pena.

O sistema também adere ao ilícito pessoal e vai analisar em separado o crime doloso de ação, o crime negligente de ação e o crime omissivo.

TEORIA GERAL DOS CRIMES DE AÇÃO DOLOSA

A função do DP traduz-se em normas de determinação que visam determinar o comportamento das pessoas, com estruturas de dever. O crime é a violação de uma norma de determinação, que tem por objeto a tutela de bens essenciais. Por isso, os requisitos constitutivos têm de estar presentes em qualquer crime e é, por isso que o sistema é, sobretudo, uma proposta metodológica para o aplicador do Direito: o juiz para verificar se está perante um crime tem de percorrer o sistema, vai partir de elementos menos exigentes para mais. Os vários planos relacionam-se em género-espécie. O sistema tem uma expressão piramidal, porque os pressupostos de violação da norma de determinação serão cada vez mais apertados.

O requisito mínimo é termos uma conduta humana, a norma de determinação pressupõe a liberdade humana, por isso, o destinatário é necessariamente alguém dotado de liberdade humana, com capacidade para respeitar ou violar a norma.

Qual é o conceito da ação humana? A ação causal do sistema clássico não serve, porque deixa de fora a omissão, é uma concretização muito pobre e que não exprime a ação humana, pois a conduta humana não é objetiva é a objetivação de uma subjetividade! O sentido da ação humana só se pode entender atendendo ao plano do agente, que não é objetivo, é a objetivação de uma subjetividade. Se a ação humana é isso não se pode restringir a uma qualquer exteriorização. Também a ação social do sistema neoclássico não serve, porque a danosidade social pode resultar de fenómenos naturais, mas isso nada nos diz sobre a relevância penal dessa mesma ação, porque continua a atuar exclusivamente no resultado, na caracterização exterior da própria conduta. Quanto à ação final, na redação que Welzel fez, acaba por ser um conceito descritivo e axiologicamente neutral e que deixa de fora quer a ação negligente, quer a omissão.

Temos de partir da ideia de uma **ação humana** que é uma exteriorização de sentidos, de valorações - o "eu" de cada um de nós é estimulado por estímulos exteriores e

depois reage perante esses estímulos. A ação é a exteriorização de um sentido, porque sempre que exteriorizamos transmitimos para o exterior a nossa atitude. O ato humano é a exteriorização de uma intencionalidade de sentido. Beling considera a ação humana como toda a manifestação da vida consenciente e livre. A ação quer atuando positiva ou passivamente revela uma atitude. Esta é a base da ação humana, toda a ação humana é um ato de comunicação, não só por palavras mas também através de atitudes. Este conceito amplo de conceito pessoal de ação contempla a unidade objetiva e subjetiva, é um conceito suficiente amplo para recobrir tanto a ação positiva como a omissiva e a ação negligente e a dolosa, é uma manifestação da vida da pessoa. Por isso, o julgador, neste plano, pode excluir tudo aquilo que não é ação humana da esfera jurídico-penal. Na função de delimitação, ao percorrer estes passos, o juiz determina a relevância ou irrelevância penal e exclui todos os acontecimentos sociais danosos provocados por fenómenos naturais ou por comportamentos animais e de pessoas, mas que não são, na verdadeira aceção, conscientes – **ex:** sonambulismo, descargos nervosos, atos reflexos, atos sob vis absoluta – não são realizações da vontade da pessoa, não são exteriorizações de uma sua intencionalidade de sentido e, por isso, não cabem no conceito de ação humana os fenómenos naturais, nem os comportamentos de animais, nem atos praticados em estado de inconsciência, atos reflexos e sob vis absoluta, mesmo que se traduzam na lesão de um bem jurídico essencial. São resultados socialmente relevantes, mas que não provêm de uma ação humana e, por isso, não cabem no conceito de ação, jamais poderão ser considerados crimes. Assim, a ideia de ação acaba por cumprir uma função negativa de excluir as situações que nunca poderão ser crimes logo numa primeira aproximação.

Era também na ação humana que se falava na **responsabilidade das pessoas coletivas**, dos entes coletivos (forma mais correta). Durante o séc. XIX as sociedades dos entes coletivos não podiam ser punidas (*societas delinquere non potest*), argumentava-se na base dos próprios fins das penas e considerava-se que independentemente do fim da pena a que se adira não faz sentido punir a pessoa coletiva. Assim sendo, argumentava-se na base dos fins das penas que não fazia sentido a aplicação de penas às pessoas coletivas e isso conduzia à incapacidade da ação. Como as normas penais são de determinação, impõem deveres e o cumprimento desse dever só se justifica quando o destinatário é uma pessoa humana, dotada de liberdade. Consideravam que a pessoa coletiva, em bom rigor, é incapaz de ação, porque é, de facto, apenas um estratagema do Direito para possibilitar a agremiação de interesses e a prossecução de um fim comum. Assim, a negação de uma norma de determinação, a que o crime se reconduz, pressupõe uma liberdade de ação que só existe na esfera da pessoa individual.

“Os grandes argumentos da dogmática penal para negar essa responsabilidade foram os da incapacidade de ação e da incapacidade de culpa dos entes coletivos. Estes seriam incapazes de culpa, porque não poderiam nunca agir por eles próprios, mas sempre e só através de pessoas físicas. Assim sendo, os entes coletivos não poderiam ser punidos criminalmente e passíveis de punição seriam aquelas pessoas singulares. Outro obstáculo seria a incapacidade de culpa dos entes coletivos. A culpa, entendida como um juízo de censura ético-pessoal, com fundamento na liberdade do homem, na sua vontade consciente e livre, seria própria das pessoas singulares. Os entes coletivos, porque incapazes de culpa, seriam desta forma insuscetíveis de responsabilidade penal. Não podendo os entes coletivos cometer crimes, a responsabilidade criminal deveria ser imputada aos indivíduos que tivessem praticado esses atos em nome ou no interesse daqueles.”

As coisas mudaram entretanto e as razões opostas foram invocadas, desde logo, de ordem político-criminal e resultantes da vida moderna: passou a considerar-se que a manutenção da responsabilidade apenas a pessoas singulares ou da restrição da responsabilidade a entes coletivos conduziria a lacunas de punição insuportáveis. Afinal, quem é responsável? Todos? Ninguém? A dificuldade de prova é um problema, a pulverização de responsabilidade leva a que muitos crimes fiquem impunes, e a ele se acrescenta que a prova em processo penal está subordinada ao princípio do *in dubio pro reo*. Deste modo, será a pessoa coletiva, no âmbito de cuja atividade social o crime é praticado, que vai ser responsabilizada, sempre que seja impossível identificar um centro individual de responsabilidade.

A regra da restrição da responsabilidade às pessoas coletivas levava a vazios de punição, por força da dificuldade de determinar o responsável, agravada pelo princípio *in dubio pro reo*. No entanto, devido à danosidade socioeconómica, impunha-se a responsabilidade político-criminal. Pela dificuldade de se encontrar a responsáveis individuais procurou colmatar-se este problema.

Devido à influência do Direito anglo-americano, com o seu pragmatismo e utilitarismo, acentuou a necessidade da responsabilidade dos entes coletivos. Todavia, surge uma natureza de razão económica, há danos que nenhum património individual pode suportar, são sanções pecuniárias que têm tantos 0's. Quando se falam em soma de pagamentos de multas é o pagamento da sanção do Estado e começa aí um aspeto negativo: olhar para isso como fonte de recursos económicos do Estado. A função do DP não é a de criar receitas, a multa aplica-se como poderia aplicar-se outra sanção qualquer, não se aplica a com o sentido de arranjar fontes de rendimento para o Estado, não é esse o objetivo, o objetivo da sanção é prosseguir os fins de prevenção e retribuição de que falamos no fim das penas. Aqui começa o aspeto das coisas que leva a criticar a responsabilidade das pessoas coletivas, é um absurdo, porque gera responsabilidade objetiva, porque se estamos a punir o ente coletivo pelo crime praticado por um dos seus agentes na sua atividade, o ente coletivo vai arcar com a responsabilidade praticada por um seu agente no desenvolvimento da atividade. Assim, ao responsabilizar o ente coletivo estou a fazê-lo em termos de omissão, porque o ente coletivo não contempla nos seus estatutos mecanismos de controlo que impeçam os seus agentes a praticar crimes, estou a responsabilizar na base de um crime da omissão. O ente abstrato são os titulares do capital da empresa. Que responsabilidade tem o pequeno acionista? Pode significar a falência de uma pequena-média empresa. A responsabilidade das pessoas coletivas admite a responsabilidade objetiva, independente de culpa e por isso afigura-se uma solução inadmissível.

Havia outros caminhos possíveis, como criar centros de responsabilidade individual, não da pessoa coletiva, ou seja, cada estrato da empresa teria o dever de fiscalizar os comportamentos dos inferiores hierárquicos, ou seja, é possível criar na estrutura da empresa, através do mecanismo da omissão, mas não relativamente a um ente abstrato da empresa, mas daqueles que estão diretamente a dirigir e a controlar os inferiores hierárquicos.

Outro absurdo, tratam a multa como uma dívida, art. 11º, nº9 CP e na lei 28/84, no art. 3º, nº3. Está a dizer-se que se a pessoa coletiva for condenada ao pagamento de uma multa respondem solidariamente tanto a pessoa coletiva como os administradores, como

se fosse uma dívida civil, mas o sentido é ressarcir danos? Afinal é um interesse patrimonial, estão a confundir-se as coisas, o DP e as suas sanções têm funções preventivas, a multa não é uma fonte de ressarcimento. Há aqui muitas reservas a pôr.

Em domínios económicos não pode haver vazão de punição, é verdade que há dificuldades de prova da responsabilidade, sobretudo, com o princípio do *in dubio pro reo*, mas o caminho a seguir deveria ter sido outro. Por outro lado, para além de envolver casos de responsabilidade objetiva, vai se fazer pagar pessoas sob factos que não tiveram nada a ver, que não praticaram os crimes em causa, nem se envolveram nas atividades em apreciação, e confunde-se as funções das sanções penais, as multas passam a ser vistas como receitas do Estado.

Esta conceção implantou-se, porque é a solução mais fácil e porque vivemos numa época em que “tudo o que é americano é bom”. Em bom rigor, a pessoa coletiva não tem capacidade da ação, não é um centro autónomo de imputação, por isso se restringia a responsabilidade penal às pessoas singulares. Os comportamentos que podiam ser crimes seriam os das pessoas singulares.

No entanto, atualmente, o que se impõe é a lei, que veio a admitir a responsabilidade das pessoas coletivas, em aceções diferentes consoante seja o DP clássico ou secundário. A regra é:

1. No DP clássico, quando o legislador nada disser, apenas as pessoas singulares são responsabilizadas (11º, nº1 CP);
2. No DP secundário, como resulta dos art. 2º e 3º da lei 28/84, a regra é ao contrário, sempre que o legislador nada disser, tanto são responsáveis a pessoas singulares como as coletivas, só se exclui quando o legislador expressamente o declarar.

Assim, no nosso sistema, a responsabilidade das pessoas coletivas é admitida, muito embora seja bastante mais restrita no DP clássico – campo em que ainda constitui uma exceção. Já no DP secundário tal solução é muito mais alargada.

Tudo o suprarreferido, na opinião do prof., trata-se de uma solução má, da importação utilitarista e pragmática do Direito anglo-americano, cujos resultados podiam ser adquiridos por outra via sem se ultrapassar o princípio fundamental de DP *societas delinquere non potest*. Deste modo, os autores que defendem esta responsabilidade fazem uma analogia, como se a conduta do ente coletivo fosse levada a cabo por um agente, um concreto indivíduo, e através deste raciocínio analógico ajustam a responsabilidade das pessoas coletivas à construção do delito. “Do ponto de vista dogmático, admite-se uma responsabilidade dos entes coletivos no DP ao lado da eventual responsabilidade das pessoas individuais que agem como seus órgãos ou representantes.”

O conceito material do crime corresponde à violação de uma norma de determinação que tem por objeto a tutela de bens jurídicos essenciais. Na decomposição do crime e dos seus elementos constitutivos, vamos avançar do menos exigente para o mais. O primeiro é termos uma conduta humana, uma ação, toda a exteriorização de uma intencionalidade de sentido, que não é objetiva, mas uma objetivação de uma subjetividade, ou seja, toda a infestação da vida consciente de uma pessoa. A ação humana é uma unidade objetiva-subjetiva. Todo o comportamento humano é uma ação humana, mas nem toda a ação humana é penalmente relevante.

Quais as ações humanas jurídico-penalmente relevantes? No plano da **ilicitude**, entendida no âmbito do ilícito pessoal, se contempla a distinção entre ações negligentes ou dolosas e ações por ação ou omissão. No ilícito pessoal analisamo-la como se tivesse sido praticada pelo Homem médio, como um ato humano em geral, não considerando as particulares características do concreto agente e é por isso que há condutas ilícitas, mas que depois não são culposas – **ex**: agente inimputável. O DP só se interessa pelas condutas que se traduzam na violação da norma de determinação, é no plano do ilícito que demarcamos as ações jurídico-penalmente relevantes. É também aqui que intervém a dignidade penal e necessidade de pena, ou seja, tem de haver uma lesão grave de bens jurídicos e as sanções de outros ramos do Direito não se revelarem adequadas para acautelar a tutela.

Para além disso, no DP coloca-se particular necessidade de segurança e certeza jurídica, por isso a ilicitude deve ser demarcada da forma mais precisa possível. A doutrina demarca o juízo da ilicitude através do tipo, o momento da **tipicidade**, devemos falar no ilícito-típico, porque no plano do DP e subordinado ao princípio da legalidade, o juízo de ilicitude tem de ser concretizado na lei e da forma mais precisa possível, para que cada um saiba o que é ilícito e o que não. O tipo corresponde à descrição de cada conduta, é a expressão formal do juízo de valor da ilicitude. O tipo não vale por si, vale como expressão do conteúdo material da ilicitude, é apenas um meio de acesso ao espírito da lei, a um juízo da ilicitude. A interpretação a fazer tem de ser teleológica, isto é, a interpretação da letra da lei deve fazer-se em ordem a descortinar o sentido das valorações em ordem a essa mesma lei. O ilícito-típico é entendido na conceção do ilícito pessoal, o desvalor jurídico está no desvalor da ação, o núcleo essencial do crime é a desobediência à norma, ao comando, ao imperativo, por isso desvalor da ação. No entanto, é verdade que a esmagadora maioria dos crimes exige para a sua consumação, também um desvalor do resultado – **ex**: homicídio consumado se houver a morte. Mas o desvalor do resultado só vale como consequência do desvalor da ação. Se é facto que a esmagadora maioria exige o desvalor do resultado, também há alguns que se esgotam no desvalor da ação – **ex**: crimes de perigo, não é necessário a consumação, basta o por em perigo; crimes de tentativa, com vista a produzir o crime, mas não conseguem. O desvalor do resultado só releva quando é a concretização do desvalor da ação.

“Por desvalor de ação compreende-se o conjunto de elementos subjetivos que conformam o tipo ilícito (subjetivo) e o tipo de culpa, nomeadamente, a finalidade delituosa, a atitude interna do agente que ao facto preside e a parte do comportamento que exprime facticamente esse conjunto de elementos. Por desvalor de resultado compreende-se a criação de um estado juridicamente desaprovado e, assim, o conjunto de elementos objetivos do tipo de ilícito (eventualmente também do tipo da culpa) que perfeccionam a figura de delito.” (se necessário ver mais sobre este assunto → pág. 286 e seg.)

Análise dos tipos incriminadores:

No ilícito-tipo que importará precisar um ponto, o tipo de garantia, que é o mesmo que falar no princípio da legalidade, todos os pressupostos da punição têm de estar previstos na lei, tipificados na lei. Corresponde ao “conjunto de elementos, exigidos pelo art. 29º CRP e pelo art. 1º CP, que a lei tem de referir para que se cumpra o conteúdo essencial do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.”

Há elementos da descrição legal que demarcam o desvalor objetivo da conduta, independentemente da consideração da subjetividade da culpa do agente, nomeadamente, os tipos incriminadores e os tipos justificadores – **ex**: matar é proibido, mas posso matar em legítima defesa. A demarcação do caráter ilícito depende da ponderação entre tipos e contratipos. Um contratipo respeita à descrição de situações excecionais que retiram a uma conduta, subsumível a um desvalor, o desvalor jurídico-criminal. Ambos concorrem para a determinação do caráter ilícito da situação concreta:

1. Ver se a conduta é subsumível a um tipo incriminador;
2. Não pode estar recoberta por uma causa de justificação.

Há uma relação de mútua compatibilidade, a autonomização destes 2 momentos justifica-se pelo caminho metodológico, o juiz primeiro vai ter de determinar se preenche o tipo incriminador, porque se não preenche será sempre irrelevante, só depois irá verificar se preenche ou não o tipo justificador. São momentos de concretização do juízo de ilicitude. “Tanto os tipos incriminadores como os tipos justificadores concorrem na concretização do sentido de ilicitude material que se reveste numa concreta conduta.”

O tipo incriminador concorre de forma concreta e pela positiva (vai dizer quais são os elementos que se têm de verificar em concreto para a situação ser concreta), ao passo que o tipo justificador de forma geral (**ex**: legítima defesa, estado necessidade, etc., não há um específico para o roubo, homicídio, violação, etc, não define o conteúdo próprio e específico, intervém em relação a todos os delitos) e pela negativa (para ter uma conduta ilícita é necessário que não preencha nenhum tipo justificador, se preencher, a conduta não é ilícita).

Pelos preceitos que definem em concreto e pela positiva o conteúdo do ilícito de cada espécie de crime (o homicídio, o furto, o roubo, etc.) exprime uma ação humana, descreve a ação humana penalmente relevante, tem de exprimir a unidade objetiva-subjetiva que é a conduta humana. A própria determinação do sentido objetivo da conduta dependerá da ponderação de elementos objetivos e subjetivos e para expressar estes elementos a doutrina fala de tipo-objetivo e de tipo-subjetivo, que é uma distinção artificial, porque, na verdade, o tipo é uno, faz-se apenas para simplificar a análise do conteúdo do tipo, por razões pedagógicas.

Tipo-objetivo – contempla a descrição externo-objetiva da situação ilícita, só que o legislador para descrever a situação objetiva joga por via de regra com 3 elementos: o agente, a conduta e o bem jurídico. Para descrever a conduta penalmente relevante o legislador joga com estes elementos estruturantes e a partir de cada um deles existem tipos de tipicidade. Ora, vamos analisar cada elemento:

Agente - em princípio, os crimes podem ser praticados por qualquer pessoa, são os chamados crimes comuns, mas muitas vezes o legislador atende à qualidade do agente, a certas relações pessoais que o agente tem com a vítima, concedendo-lhe um agravante ou atenuante do ilícito - **ex**: crime de furto e de abuso de confiança podem ser praticados por qualquer pessoa, mas depois temos o peculato, trata-se do crime de furto ou de abuso de confiança quando praticado por um funcionário público relativamente a bens que estão à sua guarda - são os chamados crimes específicos ou especiais, em que se exige uma particular qualidade do agente, que dotam o crime de um particular desvalor. (Qualificado = agravado, privilegiado = atenuado). Quanto a estes crimes podemos ter crimes específicos

puros ou próprios, em que a qualidade pessoal do agente é fundamento da própria incriminação, sem ela não há crime, não tem equivalente de crime comum – **ex**: corrupção apenas para funcionários públicos, prevaricação, etc. e crimes específicos impuros ou impróprios, em que a característica pessoal não é fundamento, apenas circunstância modificativa da pena, agrava-a ou atenua-a em função do crime do comum. – **ex**: peculato. Deste modo, há que distinguir a forma como o agente opera na distinção do crime.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, Dto. penal I, pp. 252-261

18.11.16

Revisões da aula anterior:

O sistema pretende enunciar os requisitos que preenchem o conceito de crime. O requisito mínimo para que estejamos perante a violação de uma norma de determinação, é que se trate de uma ação humana, mais concretamente, o conceito pessoal de ação. A partir daqui, excluímos todos os acontecimentos naturais, os comportamentos dos animais, os atos praticados em estado de inconsciência, os atos reflexos e os atos praticados sob vis absoluta.

Numa primeira abordagem, delimitamos a esfera das situações jurídico-penalmente relevantes, mas não foi suficiente, porque ao DP só interessam algumas ações, nomeadamente, as que são atentatórias de bens jurídicos essenciais. No momento da ilicitude é que se determina quais serão. O ilícito exprime essa unidade subjetiva-objetiva em que se traduz o facto doloso, no facto doloso há uma convergência e simetria entre o plano subjetivo e objetivo, o agente projeta um crime e exterioriza-o. Aquilo que o agente representa e quer é aquilo que ele efetivamente realiza no plano exterior (ao contrário do que acontece na negligência). Neste caso, o projeto mentalmente representado e querido pelo agente corresponde precisamente àquilo que se vem a concretizar na prática, por isso se diz que há uma correspondência entre os aspetos objetivos e subjetivos do crime.

No DP há a particular exigência de certeza e segurança jurídica, por isso, é necessário determinar o ilícito doloso da forma mais precisa através do tipo - é o momento da tipicidade. Falamos do ilícito-típico, a ilicitude é o conteúdo material do tipo, por isso, a interpretação da lei penal tem de ser sempre teleológica, pois a letra da lei penal não vale por si, exprime o espírito da lei.

Para além disso, a ilicitude, no sentido da afirmação do caráter ilícito, resulta da conformidade e da consideração cumulativa dos tipos incriminadores (legislador descreve as várias espécies de delito), que definem a ilicitude de forma concreta (define os contornos específicos de cada crime e que o distingue dos outros crimes e pela positiva) e dos tipos justificadores (são contratipos, através dos quais uma determinada ação deixa de ser válida), que atuam de forma geral (aplica-se a todos os crimes) e pela negativa (a ação não pode preencher os tipos justificadores para ser ilícita). Só se coloca o problema do tipo justificador, se a conduta primeiro preencher o tipo incriminador.

O tipo incriminador é onde o legislador define de forma concreta e pela positiva quais são os requisitos que a situação concreta tem de preencher para ser um crime. Este tipo incriminador tem de ter também elementos subjetivos e objetivos, de forma a traduzir a unidade subjetiva-objetiva em que se traduz o ilícito doloso. A doutrina distingue, entre tipo objetivo e tipo subjetivo, é uma abstração e falsificação, porque o tipo é uno, faz-se para

haver uma simplificação expositiva, ou seja, a doutrina faz esta autonomização para melhor explicar o que intervém no desenho do ilícito doloso.

Análise do tipo objetivo (revisão e continuação):

O legislador joga com 3 elementos essenciais: o agente, a conduta e o bem jurídico.

Agente - por via de regra, os crimes podem ser praticados por qualquer pessoa, são os chamados crimes comuns. Mas existem certos crimes em que o legislador restringe-os a determinada categoria de pessoas, os crimes especiais ou específicos, nestes casos, só certa categoria de pessoa pode praticar o crime – **ex**: em virtude de uma relação profissional, de uma relação familiar, etc. No âmbito desta categoria, podem haver delitos específicos puros ou próprios em que a qualidade do agente ou o dever que sobre impede é fundamento da incriminação (**ex**: corrupção, por funcionários públicos) ou delitos específicos impuros ou impróprios em que a qualidade do agente é apenas circunstância modificativa, ou agravante ou atenuante, ou seja, a conduta preenche um crime comum, este apenas é agravado ou atenuado.

Conduta – “é nesta sede que cabe determinar quais as ações penalmente relevantes ou a função negativa de excluir da tipicidade comportamentos jurídico-penalmente irrelevantes. Aqui se contém a exigência geral de que se trata de comportamentos humanos, o que exclui a capacidade de ação das coisas inanimadas e dos animais. Exige-se que o comportamento seja voluntário, isto é, presidido por uma vontade, o que exclui os atos reflexos, o impulso sob forças irresistíveis e sonhos ou pensamentos.” Podemos ter várias classificações, nomeadamente:

- Crimes de execução livre ou não vinculada - por norma, o legislador não vincula a prática do crime a um particular *modus operandi*, a lesão do bem jurídico por qualquer forma é relevante, basta que o agente pratique uma conduta idónea para produzir o dano. Nestes crimes o legislador basta-se com a proibição da lesão do bem jurídico, proibindo todas e quaisquer condutas que a ela possam conduzir. A verificação do crime não está pois vinculado a uma forma de execução particular, toda e qualquer lesão do bem jurídico que se venha a verificar estará compreendida no tipo, porque o que está em causa é a proteção do bem jurídico. Corresponde à maioria dos crimes;
- Crimes de execução vinculada – atribui certas formas de execução que têm um particular desvalor, vincula a prática do crime a um determinado *modus operandi* – **ex**: a burla é um crime contra o património, mas é necessário a indução em erro, o burlão induz a vítima em erro e a vítima voluntariamente entrega ao burlão parte do seu património, é necessário que a lesão do patrimonial seja produzido por este *modus operandi* para ser considerado uma burla. Neste tipo de crimes o próprio modo de execução influi no desvalor jurídico do ato, assim, tal desvalor dependerá não apenas do bem jurídico em causa, mas também do próprio modo de atuação. Para estes crimes, não bastará a lesão do bem jurídico, ela deverá também ter sido produzida através de um determinado *modus operandi*. Em suma, o legislador vincula o preenchimento do tipo a uma determinada forma de atuação.

- Crimes de mera atividade ou formais – a consumação esgota-se na própria conduta, “o tipo incriminador preenche-se através da mera execução de um determinado comportamento.” – **ex:** invasão ao domicílio;
- Crimes de resultado ou materiais – são a maioria, para os termos não é só necessária a conduta, mas também um resultado material desvalioso para além dela, tem de haver uma alteração externa espaço-temporal autónoma, distinta da conduta – **ex:** para haver homicídio tem de haver a morte, a injúria é o insulto direto para que haja uma consumada é necessário que o ato de injuriar e que o injuriado ouça.

Esta última distinção é muito importante, porque a propósito dos crimes materiais se suscita um problema adicional, o nexa de imputação objetiva (antes designado de problema do nexa de causalidade), afinal, quando podemos dizer que foi resultado daquela conduta?

Bem jurídico – sintetiza, no essencial, o próprio sentido da ilicitude, pois é o objeto de proteção da norma de determinação. Distingue-se em:

- Crimes de perigo – o legislador não exige para a consumação do crime que haja a efetiva lesão do bem jurídico, basta o pôr em perigo, dada a importância do bem jurídico em causa, antecipa a tutela penal, não exige que se chegue à verdadeira lesão, basta o simples colocar em perigo – **ex:** condução sob efeito de álcool. A ordem jurídica antecipa a tutela, punindo não só a lesão, mas também a simples colocação em perigo do bem jurídico.
- Crimes de dano – corresponde à maioria dos crimes, para a sua consumação é necessário verificar-se a efetiva lesão do bem jurídico – **ex:** para haver homicídio é necessário a morte.

Numa primeira aproximação, podíamos ser tentados a dizer que esta distinção sobre põe-se à distinção dos crimes formais e materiais, mas isso não se verifica, porque o critério utilizado é diferente. Nos crimes de perigo ou de dano, o que está em causa é o facto de ser exigível ou não a lesão do bem jurídico, enquanto que nos crimes formais ou materiais, o que está em causa é o facto de o legislador exigir um resultado naturalístico para a consumação de um crime. Deste modo, as classificações cruzam-se, podemos ter: crime material de dano – **ex:** homicídio; crime material de perigo – **ex:** falsificação da moeda; crimes formais de dano – **ex:** a invasão de domicílio, etc. Embora à primeira vista pareçam classificações correspondentes, não se sobrepõe, antes se cruzam, porque têm a ver com critérios diferentes.

Dentro dos crimes de perigo, podemos ter:

Crimes de perigo abstrato – é um crime de perigo presumido, ou seja, há certos setores da vida que pelos riscos que comportam, o legislador proíbe certas condutas, atendendo a um critério estatístico, considerando que a conduta é sempre perigosa, independentemente de em concreto ter havido uma situação concreta de perigo para um bem jurídico – **ex:** condução sob efeito de álcool numa estrada vazia. Implicam um juízo abstrato de acordo com a experiência normal. Não admite prova em contrário, é um crime presumido, quer tenha havido ou não perigo em concreto, o perigo é o fundamento do próprio tipo! “O perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente o motivo da proibição. Neste tipo de crimes são tipificados certos comportamento em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto: há como que uma

presunção inelidível de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não perigo efetivo para o bem jurídico. Diz-se também que nesta perspectiva de crimes o perigo é presumido *iuris et de iure* pela lei.”

Crimes de perigo concreto - exige-se a prova efetiva do perigo, é elemento do tipo, se não se provar que houve perigo, *in dubio pro reo*. Exigem em concreto que o bem tenha estado em perigo. “O perigo faz parte do tipo, isto é, o tipo só é preenchido quando bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo.” “Pode afirmar-se que são crimes de resultado, só que o resultado em causa é um resultado de perigo, não um resultado de dano.”

Depois há categorias quem considere que existem categoriais intermédias, como o crime abstrato-concreto, em que se admite a prova em contrário de que houve perigo, invertendo o ónus da prova, cumprindo ao arguido provar que não houve perigo para atenuar a rigidez que está implicada nos crimes de perigo abstrato. Deste modo, no âmbito desta categoria, em princípio, os agentes são puníveis, a menos que o arguido prove que não houve perigo.

Há autores que seguem esta categoria intermédia, mas, entretanto, esta foi posta de parte e surgiu uma nova, que pretende converter alguns crimes de perigo abstrato em crimes de aptidão. Estes crimes seriam uma categoria intermédia entre o crime concreto e o abstrato, são crimes de perigo abstrato só que admitem a prova em contrário, não em relação ao crime concreto, mas em relação à aptidão, ou seja, se naquela situação concreta a ação era ou não apta a produzir o perigo proibido em causa. Para esta doutrina, podemos ter 3 subcategorias (o prof. não concorda): crimes de perigo concreto *tout court*, crimes de perigo abstrato tradicionais e crimes de aptidão, que são em princípio perigos de crime abstrato, so que é necessário provar-se em concreto a idoneidade da conduta para se produzir o resultado, se se provar que não, não há punição.

24.11.16

Há que referir a importância da distinção entre crimes de mera atividade ou formais e crimes de resultado ou materiais. O crime formal esgota-se na mera conduta, a consumação do crime esgota-se com a própria conduta. Diferentemente, nos crimes materiais para que este se consume é necessário que à conduta se siga um resultado naturalístico espaço-temporalmente autónomo dessa conduta. No entanto, um problema se levanta: quando posso atribuir aquele resultado àquela conduta? Este problema era tradicionalmente designado de nexa da causalidade, mas verdadeiramente trata-se do nexa da imputação. Com a doutrina do séc. XX e XXI surgem 3 teorias: a Teoria das Condições Equivalentes, a Teoria da Adequação e a Teoria da Conexão do Risco.

Teoria da equivalência das condições/das condições equivalentes:

“A premissa básica desta teoria é a de que a causa de um resultado é toda a condição sem a qual o resultado não teria tido lugar (fórmula chamada da *conditio sine qua non*). Por isso, todas as condições que, de alguma forma, contribuíram para que o resultado se tivesse produzido são causais em relação a ele e devem ser consideradas em pé de igualdade, já que o resultado é indivisível e não pode ser pensado sem a totalidade das condições que o determinaram.”

Esta teoria é de influência positivista, transpõe o conceito de causa de Stuart Mill, das ciências naturais. A causa seria o conjunto de todas as condições sem as quais o resultado não se verificaria, estamos perante uma neutralidade axiológica, meramente descritiva, que não estabelece diferenças entre as causas. Todas as condições sem a qual o resultado não se verificasse integrariam o conceito de causa e todas seriam igualmente importantes, não se estabelecendo graduações. Parifica todas as condições.

Não existiria nunca uma única causa, a causa devia ser entendida como o conjunto de todas as condições sem as quais o resultado nunca se verificaria. Não há pois a primazia deste ou daquele fator, as condições são equivalentes na concorrência para um mesmo resultado, na medida em que sem uma delas, aquele resultado não se produziria.

Todavia, esta teoria conduzia a resultados insuportáveis – **ex**: Sr A que leva uma paulada e fica com um ferimento, vai ao hospital e depara-se com um enfermeiro negligente que troca o frasco do remédio com um veneno que provoca a sua morte. De acordo com esta teoria, se o sr A não tivesse ido ao hospital não tinha morrido, se não tivesse levado a paulada não ia ao hospital, etc., logo a morte é imputada à primeira paulada, ainda assim, se aquele que lhe deu a paulada não tivesse nascido, o sr A não levava a paulada, logo os responsáveis seriam os pais e por aí em diante até Adão e Eva. “Verifica-se deste modo que acaba por abranger a mais longínqua condição, implicando uma espécie de *regressus ad infinitum*.”

É evidente que não se chegaria tão longe, porque dizia-se que a causalidade era apenas um momento, que depois sofreria limitações em sede de culpa, mas esta só se estabelece quando o resultado é previsível, porque só nesse caso é que é censurável, estabelecendo-se assim um limite. Estas perspetivas causalistas extremas eram depois corrigidas em momentos posteriores, fundamentalmente ao nível da culpa, para obviar a tais resultados absurdos.

No entanto, fez-se logo uma objeção: existiam crimes preterintencionais, agravados por um evento no resultado, em que a imputação desse evento agravante não depende de culpa, o que significaria que aqui já não haveria travão para as soluções absurdas a que esta doutrina leva. “Na codificação penal do séc. XIX a agravação do crime em função do resultado cumpriu mais um passo importante da evolução ao assumir a forma do chamado crime preterintencional. A sua estrutura típica assentava na conjugação de um crime fundamental doloso (**ex**: ofensa corporal) com um resultado mais grave não doloso (**ex**: morte) resultante daquele crime fundamental, que teria como consequência jurídica uma especial agravação da pena cominada, em princípio, superior à que resultaria, segundo as regras gerais do concurso de crime fundamental doloso com o crime agravame negligente. O resultado agravante não requereria a sua imputação a título de culpa, antes se exigia apenas que entre ele e o comportamento típico fundamental pudesse estabelecer-se um nexo de imputação objetiva, nomeadamente, sob a forma de uma relação adequada, o que viola o princípio da culpa.”

Outra crítica essencial é que o DP não está a competir com as ciências naturais na descrição de nexos causais naturalísticos, o DP valora e atribui responsabilidade, ele determina os casos em que alguém deve ou não ser responsabilizado por determinado resultado. As normas do DP pretendem impor condutas, são normas de determinação, que visam abster todas as condutas que possam conduzir à lesão de bens jurídicos essenciais.

No entanto, as pessoas só podem ser responsabilizadas em função do que é previsível, tendo assim de se abster de condutas que previsivelmente levem a resultados idóneos a produzir danos. Contudo, a colocação do bem jurídico em perigo ou dano é imprevisível e mesmo que haja nexos causal a pessoa não pode ser responsabilizada. É esta a crítica essencial a esta teoria, é esta a ideia subjacente à segunda doutrina que surgiu.

Teoria da adequação/causalidade adequada:

Segundo esta teoria só se imputavam ao agente as consequências normais previsíveis da conduta, o DP não está a competir com as ciências naturais na determinação de nexos causalistas, o que proíbe são condutas que possam levar à lesão de bens jurídicos. Assim, “para a valoração jurídica da ilicitude serão relevantes não todas as condições, mas só aquelas que, segundo as máximas da experiência e a normalidade do acontecer – e portanto segundo o que é em geral previsível – são idóneas para produzir o resultado. Consequências imprevisíveis, anómalas ou de verificação rara serão pois juridicamente relevantes.”

A Teoria da adequação entendia que o resultado só deve ser imputado quando de acordo com as regras da experiência e considerando os conhecimentos gerais do comum das pessoas, mas também especiais do agente, o resultado se apresente como uma consequência normal ou, pelo menos, como não impossível. Só nesse caso, quando no momento da prática do facto, o resultado se expressar como previsível.

O juiz, para imputar o resultado, deve fazer um juízo de prognose póstuma, tem de mentalmente viajar no tempo, recorrer ao momento em que o agente praticou a conduta e fazer um juízo dirigido a saber se naquele momento, naquela situação, tomando em conhecimento os conhecimentos gerais sobre a situação de facto, mas também específico do agente, se o resultado era previsível. Se não fosse, não se imputa, se fosse, imputa-se o resultado – **ex:** A dá uma pancada na cabeça de B, B tinha uma fragilidade especial que não era visível nem conhecida por ninguém e, em virtude de uma pancada que numa vítima normal não seria mais que um lesão da integridade física, a vítima vem a morrer. De acordo com a teoria anterior imputava-se, mas de acordo com esta já não, porque nos termos do juízo prognose póstuma não era uma consequência previsível daquela conduta, seria apenas punido por uma ofensa à integridade física e não à morte; o mesmo aconteceria se tivesse sido levado a cabo num hemofílico.

Em suma, imputa-se o resultado de acordo com as regras da experiência, atendendo aos conhecimentos gerais, mas também específicos em que o resultado se apresenta como previsível ou, pelo menos, não impossível.

Há muitas situações na teoria da adequação em que o resultado é previsível, mas essa imputação contrariaria as valorações jurídico-criminais.

Teoria da conexão do risco:

É a teoria que a doutrina moderna veio introduzir e que conta com o apoio maioritário da doutrina. “O resultado só deve ser imputável à ação quando esta tenha criado um risco

proibido para o bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito e esse risco se tenha materializado no resultado típico. Por outras palavras, para esta teoria a imputação está dependente de um duplo fator: primeiro, que o agente, com a sua ação, tenha criado um risco não permitido ou tenha aumentado um risco já existente; e, depois, que esse risco tenha conduzido à produção do resultado concreto. Quando se não verifique uma destas condições, a imputação deve ter-se por excluída.”

A construção mais minuciosa ficou a dever-se a Claus Roxin que estabelece apenas 2 momentos: o momento de determinação do nexos de causalidade e o momento de imputação objetiva propriamente dita e dos critérios da conexão do risco. Contudo, não é esta a orientação seguida maioritariamente entre nós.

A doutrina entre nós presente fixa 3 momentos, que sintetizam melhor a teoria da conexão do risco, que vai recuperar parte das teorias anteriores e depois junta-lhes os critérios corretores da conexão do risco.

No quadro do DP do facto para que o resultado possa ser imputado à conduta, é necessário que, no plano da realidade naturalista, o resultado seja uma consequência da conduta, tem de haver um primeiro momento do nexos causal. Logo, se quero imputar um facto alguém, no plano naturalístico, aquele facto tem de ser uma consequência daquela conduta. Deste modo, adota os critérios da teoria da equivalência das condições, através de uma atitude puramente fáctica e descritiva. Esta é uma condição necessária, mas não suficiente.

Contudo, há a necessidade de saber se há um nexos causal, a determinação deste nexos causal faz-se, de acordo com esta teoria, imputa-se sempre que sem aquela conduta não se tivesse verificado o resultado. Durante muito tempo, aplicava-se o critério da *conditio sine qua non*, todavia esta levava a resultados que não eram adequados e, por isso, sob influência de Erlich e, mais tarde, de Jescheck passou-se a observar o critério da condição conforme às leis naturais. Neste primeiro plano, adotou-se o critério da teoria das condições conforme às leis naturais, temos de nos ater a critérios científicos naturais. A conduta foi causa do resultado, ou seja, imputa-se, sempre que, de acordo com as regras naturais e o da experiência, aquele resultado seja uma consequência daquela conduta, poderá ser necessário a intervenção de técnicos especializados – **ex**: comportamento de um cirurgião foi ou não causa da morte? Adotam a perspectiva da teoria das condições, a resolver pelo critério da condição conforme às leis naturais, conforme os conhecimentos disponíveis em certas questões e as regras da experiência para dizer se foi o resultado foi ou não da conduta, isto, se se pode imputar. “Segundo o critério da condição conforme às leis naturais, o estabelecimento da causalidade está dependente de saber se uma ação é acompanhada por modificações no mundo exterior que se encontram vinculadas a essa ação de acordo com as leis da natureza e são constitutivas de um resultado típico.”

Só que a afirmação do nexos causal não significa apenas imputar o resultado, não chega, é necessário passar para um segundo nível. Segundo a teoria da adequação, só se imputaria o resultado se, de acordo com as regras da experiência atendendo aos conhecimentos específicos e gerais, se apresentasse como resultado previsível ou, pelo menos, não impossível. Assim temos de fazer um juízo da prognose póstuma, mas vamos restringir de entre todas as situações do primeiro plano, as que são relevantes para o DP, pois nem todos os nexos causais naturalísticos são.

Só que, apesar de tudo isso, na teoria da adequação existem muitas situações que, de acordo com ela, levariam à imputação do resultado, pois não obstante o resultado seja previsível, todavia, à luz das valorações criminais, não se deve imputar esse resultado ao agente. Estas considerações levam-nos ao 3º nível, na novidade da teoria da conexão do risco. Este 3º nível varia de autores para autores, vamos adotar a exposição de Jescheck que fala de 4 corretores da conexão do risco, onde vai estabelecer limitações à teoria da adequação.

1 - Corretor do risco permitido – respeita a condutas que são lícitas, porque são socialmente úteis, mas que apesar de serem lícitas e socialmente úteis, envolvem alguns riscos para bens jurídicos essenciais – **ex:** tráfego rodoviário, indústria química, etc. Existem condutas que são lícitas e necessárias à vida moderna, mas que exigem certos riscos. Como é que o legislador regula? Faz uma ponderação de interesses, estabelecendo limites, as normas de cuidado, limitações às pessoas que exercem essas atividades perigosas, estabelecem um limite de tolerância até onde o risco é tolerável, ponderando entre as vantagens e os riscos, dos custos-benefícios e estabelece o risco permitido. Ainda que seja o resultado previsível, se o agente se comportou dentro dos limites permitidos, ele atuou licitamente, logo o resultado não lhe pode ser imputado – **ex:** A vai conduzir o seu automóvel no respeito intransigente pelo Código da Estrada, mas aparece uma mancha de óleo na estrada e há um despiste e atropela alguém, embora seja previsível, porque estamos dentro do domínio do risco, ele atuou dentro do risco permitido, por isso, atuou licitamente e não se imputa o resultado, só se imputa quando o agente ultrapassou os limites do risco proibido, só quando viola as normas de cuidado. Como se define o âmbito do risco, das normas de cuidado? Podem vir dos códigos deontológicos (**ex:** medicina), da própria lei (**ex:** Código da Estrada), ou das regras técnico-científicas da profissão (**ex:** como se constrói uma ponte). São estas as 3 fontes das normas de cuidado, que delimitam o risco permitido e que estabelecem a fronteira entre o risco permitido e o proibido. As normas estão estabelecidas em abstrato, mas não se impede que se avaliem em concreto – **ex:** dentro das cidades estabelece-se o limite de velocidade, mas vai nas vielas a 50 km/hora e atropela tudo, estas normas estabelecem um limite abstrato que não impede que esses critérios tenham de ser adaptados em concreto em função das circunstâncias. Deste modo, estas normas não exoneram o concreto agente de depois fazer uma ponderação em concreto. Assim, há uma concretização dos critérios de adequação, havendo a aplicação dos critérios de adequação a domínios particularmente especializados. Há quem também designe este critério por risco normal de vida, mas são coisas diferentes, apenas numa aceção ampla, pode cair no risco permitido. Risco normal de vida – **ex:** mordomo que vai buscar lenha e leva com um raio, o lorde não é responsabilizado. Há autores que o associam. Deste modo, um resultado, ainda que preencha os requisitos da teoria das condições equivalentes e da teoria da adequação, e houver risco, se cair neste domínio, não é imputável.

2 - Corretor da diminuição do risco – **ex:** 2 amigos que vão fazer montanhismo e o que vai atrás vê que vai cair uma pedra em cima da cabeça do amigo e, de alguma forma, desvia-a e só lhe parte a clavícula. Nestas situações, produz-se um dano, para evitar um mais grave, diminuiu o risco, por isso, não se deve de imputar o resultado, pois foi um meio para evitar um dano mais grave.

3 - Corretor do comportamento lícito alternativo – são casos em que se exclui a imputação do resultado sempre que mesmo que o agente tivesse atuado licitamente o resultado se tivesse produzido do mesmo modo, não se imputa o resultado. O agente será

punido tão-só por tentativa. Nos outros exclui-se a ilicitude, aqui a conduta continua a ser ilícita, só não se imputa o resultado - nos casos de dolo será punido por tentativa, nos casos de negligência não será punido. **Ex:** segundo o Código da Estrada os automóveis têm de guardar 1 metro dos ciclistas, mas o agente não o fez e atropelou um ciclista, só que prova-se que o ciclista ia embriagado e mesmo que o condutor tivesse respeitado a distância teria atropelado, ou seja, mesmo que tivesse atuado licitamente, produziria o mesmo resultado. Nos casos de dolo, o agente é punido por tentativa, nos casos de negligência ficará impune.

4 - Corretor do âmbito de proteção da norma – só se imputa o resultado quando a norma tem por objeto a proteção desse mesmo resultado, se está fora da proteção da norma, não se imputa o resultado – **ex:** norma estabelece a velocidade máxima 40km/h, mas o agente ia a 70 km/h, furou um pneu e este bateu contra uma pessoa, neste caso o âmbito de proteção da norma não se aplica ao facto de ter furado um pneu, será apenas punido pelo excesso de velocidade, mas o resultado do pneu no peão não lhe será imputado.

De acordo com a teoria da conexão do risco para se saber se se imputa o resultado à conduta, é necessário verificar se há um nexu causal, se se prova o nexu causal, passa-se para a prova da adequação, o nexu de adequação, se se prova este, passa-se para os corretores.

O prof tem sérias discordâncias quanto a estas doutrinas, porque estas não respeitam a distinção entre o ilícito doloso (o agente conhece e quer realizar a conduta ilícita, há intenção e justifica-se que se impute o resultado à luz destas conceções) e o ilícito negligente (falta o elemento volitivo, não há a vontade dirigida à pratica do facto, há uma assimetria entre a representação mental do agente e aquilo que ele efetivamente realiza, não há uma correspondência entre o projeto mental do agente e a sua conduta exterior, o que condiciona o grau de previsibilidade, por isso, será imputável o resultado?). No quadro de uma doutrina do ilícito pessoal, os diferentes fundamentos do ilícito doloso e negligente, tem de se fundar em critérios diferentes, mas nada disso é considerado nem pela teoria da adequação nem pela teoria da conexão do risco, o tipo objetivo dos crimes dolosos e negligente é idêntico e não pode ser, porque os critérios são diferentes. **Ex:** o critério da diminuição do risco, é pensável para os crimes dolosos, mas... e para a negligência? Se o agente na negligência inconsciente não se apercebe do perigo, como é que se ele não se aperceber que há um dano e como é que ele vai produzir um para evitar um mais grave? Quanto ao comportamento lícito alternativo, há muitos autores, nomeadamente Weimar, ou em Portugal, o professor José Faria Costa, que dizem que este apenas deve funcionar para a negligência e não já para as situações de dolo. Jescheck.

À luz dos critérios que estes autores defendem na teoria da adequação, desde que o resultado não seja impossível imputa-se o culpado. Assiste aqui a razão, portanto, quando a teoria da conexão do risco afirma que o comportamento lícito alternativo apenas funciona na negligência. Isto para dizer que os critérios são diversos e que a teoria da conexão do risco não exprime a diferença entre o ilícito doloso e o negligente, os critérios têm de ser outros.

O professor crê que o critério da imputação objetiva dos crimes dolosos é o domínio do facto, que representa a síntese do tipo objetivo e subjetivo dos crimes dolosos (que se dá quando a agente representa e quer praticar o crime). Portanto só se pode falar do dolo e

imputar o resultado deste, quando o resultado depende da vontade do agente e este tem o controlo do ato, não basta a mera previsibilidade, tendo de se estabelecer a diferença entre o nexos desta e o nexos de dominabilidade - **ex:** sr A quer matar o sr B e vai ter com C e pede-lhe emprestado uma pistola, o empréstimo deixa prever um nexos de previsibilidade, mas não há um nexos de dominabilidade, só posso falar de ilícito doloso quando há dominabilidade. O domínio do facto representa a síntese do elemento subjetivo com o objetivo, agente conhece e quer e é esse querer que domina o acontecimento exterior, que leva à produção do resultado. O domínio do facto, portanto, também se baseia numa ideia de previsibilidade, de prognose póstuma, semelhante mas não igual à da teoria da adequação. Este raciocínio é semelhante, mas não igual à teoria da adequação, pois não pergunta se é um resultado previsível, mas se a conduta dá ao agente o controlo sob a verificação ou não do resultado. Este é um critério mais apertado, assentando na mesma no juízo de prognose póstuma. São estes os pressupostos da imputação objetiva.

Por seu turno, o critério de imputação na negligência tem a ver com a violação do dever objetivo de cuidado, tem de se provar que houve leviandade e/ou descuido para ser imputável. Mas este critério é muito menos exigente, pois as pessoas não conseguem prever todas as consequências dos seus atos, pois isso poderia paralisar a vida social. Há muitas condutas em que nos casos de dolo se imputa o resultado e na negligência não se imputa, porque não é exigível que se possa prever tudo. O âmbito do tipo objetivo dos delitos negligente é menor, não cabem nele muitas condutas que já cabem no doloso.

Para expressar a diferença temos de eleger o critério que exprime o núcleo essencial de ilícito doloso, ou seja, na imputação objetiva apenas podemos ter um critério que exprima o núcleo essencial no crime doloso, a tal convergência entre tipo objetivo e subjetivo, só cabendo no crime objetivo o que é controlável pela vontade, o que se domina na realização no plano exterior da sua vontade. Isto é o domínio do facto, que traduz o especial desvalor da ação, sendo este o critério que devemos utilizar. É aqui que se deve começar, para demarcar, é este o primeiro critério – critério de imputação dos crimes dolosos.

E quanto aos outros critérios? Os critérios de conexão risco contendem com a delimitação do tipo, não são critérios de imputação do resultado. No exemplo da diminuição do risco, o que está em causa é a exclusão da imputação? Não, porque para se falar em diminuição do risco, é preciso que a situação tenha sido provocada por outra pessoa. E precisamente por ter sido a outra pessoa a provocar é que é um comportamento louvável, porque diminuiu o risco do amigo. O que está em causa não é imputar o resultado, mas que o resultado é a consequência da conduta e que não é censurável porque se traduz na diminuição do risco.

A teoria da conexão do risco confunde critério de imputação com conteúdo de imputação, aqueles conetores da conexão do risco são causas de exclusão da tipicidade do facto, não de exclusão da imputação. Ou seja, há uma confusão entre o nexos de causalidade entre conduta e resultado e o que é a delimitação da conduta censurável. Imputa-se a conduta, mas diz-se que não é censurável, pois não cabe no tipo incriminador.

O critério genuíno da imputação objetiva dolosa é o domínio do facto, que tem contornos muito específicos e tem esse juízo de prognose póstuma, mas não estamos a perguntar pela previsibilidade do resultado, mas pela dominabilidade do resultado, por aquelas condutas que, de uma perspectiva ex ante, dão ao agente o domínio, o controlo sobre a verificação

ou não do resultado. Esta é a única concepção que se harmoniza com o ilícito pessoal. Assim, o primeiro momento da imputação objetiva é o momento da determinação do desvalor da ação, é o domínio do facto, que tem exigências para se imputar o resultado das condutas: que o resultado seja a concretização do perigo típico causado pela conduta, que seja a sua causa efetiva, e que haja um nexo de causalidade.

Sendo esta a única concepção compatível com o ilícito pessoal, sabemos que o núcleo do ilícito está no desvalor da ação, que nos é dado pelo nexo de dominabilidade, de controlabilidade, que é o nexo que nos permite dizer que este facto foi produzido pela vontade do agente. Este desvalor da ação não é suficiente, tem de concretizar aquele mesmo perigo, e com isto afastamos todas aquelas situações em que o resultado se veio a verificar mas sem o perigo inerente àquela mesma conduta, e para isso é necessário o nexo causal de acordo com a teoria das condições equivalentes. Só esta concepção nos permite ultrapassar o equívoco em que assenta a teoria da conexão do risco na parte em que estabelece um mesmo critério de imputação objetiva para domínios onde não pode valer um mesmo critério objetivo – negligência e dolo. Nos delitos dolosos deve vigorar o domínio do facto, nos negligentes a violação do dever objetivo de cuidado. Isto não é uma formulação teórica porque se repercute em concreto. Há muitas situações em que se imputa muitos resultados, que não se imputam na negligência.

Análise de 3 casos de imputação objetiva:

1. **Interrupção do nexo causal/causalidade ultrapassada** – 2 processos autónomos são postos em margem de forma independente para produzir determinado resultado, mas um antecipa-se ao outro – **ex:** sr A e sr B aplicam um veneno a C, mas um é mais potente do que o outro. O resultado só é imputável àquele que produziu o resultado, o outro será apenas punido por tentativa.
2. **Causalidade cumulativa** – quando se verificam 2 fatores para a produção do resultado, em que nenhum deles isoladamente pode consegui-lo, mas todos em conjunto conseguem-no. **Ex:** o sr A aplicou um veneno que em si mesmo é uma dose insuficiente e o B também, mas a adição dos 2 produz a morte de C, como se punem? Há um depende, 3 sub-hipóteses:
 - a. Se nenhum deles sabe da existência do outro, serão os 2 punidos por tentativa;
 - b. Se o primeiro que aplica o veneno não sabe da existência do outro, mas o segundo viu-o e vai aplicar apenas o veneno que falta para produzir a morte, o primeiro será punido por tentativa, o segundo por consumação, o resultado vai lhe ser imputado;
 - c. **Ex:** tratavam-se de 2 sobrinhos de um tio muito rico e queriam a sua herança, então combinaram dar pequenas doses de veneno à hora do chá, cada uma delas insuficiente para matar, mas que no cômputo global já dá. Aqui, estamos perante uma coautoria, verifica-se quando 2 ou mais pessoas celebram um acordo e realizam conjuntamente a execução do próprio crime, imputa-se a ambos o crime, como se tivessem praticado sozinhos.
3. **Causalidade alternativa** – situação em que 2 pessoas, que não sabem uma da outra, realizam 2 condutas idóneas, mas não se consegue provar qual delas produziu o resultado – **ex:** sr A e sr B preparam chávenas de café com veneno, prova-se

que a morte resultou de uma delas, mas não se sabe de qual ou o sr C levou 2 tiros, um na cabeça e outro no coração, mas não se sabe qual deles provocou a sua morte (o resultado). A doutrina (quase unanimemente) diz que como não se consegue provar qual dos 2 produziu a morte, aplica-se o princípio *in dubio pro reo*, não se imputando nenhum. O professor discorda e afirma que deviam ser os dois punidos por consumação, pois a diferença entre a tentativa e a consumação é que a tentativa é uma atenuação da pena quando se prove que ele não produziu o resultado. Mas nestes casos em que não se prove qual produziu ou não o resultado, mas o seu comportamento era idóneo a produzi-lo, deviam ser ambos punidos por consumação. É evidente que isto se altera quando há duas condutas que em alternativa isoladamente qualquer delas podia produzir o resultado e não se consegue provar, dá-se a tal questão das “duas tentativas um morto”. Mas se se provar que as duas tiveram impacto, embora isoladamente qualquer uma delas basta-se mas naquele caso concreto, ambas contribuíram para a morte, a doutrina diz que se imputa a ambos os agentes. Percebe-se esta solução, a primeira é que é questionável.

Nota: A diferença entre a tentativa e a consumação, é que a tentativa é uma atenuação da pena, não se imputa o resultado, quando se prove que não produziu o resultado.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, Dto. penal I, pp. 283-347.

25.11.16

Revisões das aulas anteriores:

Estamos a contruir a teoria geral dos crimes de ação dolosa. Adotamos a conceção personalista da ação e estudamos o ilícito-típico, não fazemos uma autonomização entre a ilicitude e a tipicidade.

O tipo é a expressão formal do juízo de ilicitude, partimos de uma conceção de ilícito pessoal onde distinguimos o ilícito doloso e o ilícito negligente. No ilícito doloso há a correspondência entre o aspeto subjetivo e objetivo do ato, aquilo que o agente projeta é aquilo que ele de facto realiza e é esta unidade subjetiva-objetiva que é validada pelo Homem médio, não consideramos as particulares características do concreto agente, por isso é que um crime pode ser doloso e não culposo – **ex:** inimputável.

Na análise do ilícito doloso vimos que há elementos objetivos e subjetivos, porque a conduta humana não é objetiva, é a subjetivação de uma objetivação. Nesse sentido, distinguimos tipo objetivo e tipo subjetivo. O tipo objetivo concerta todos os elementos objetivo-externos, no tipo subjetivo os elementos subjetivos, contudo, esta é uma distinção artificial, porque o tipo é uno, faz-se apenas por uma questão pedagógica.

Tipo subjetivo:

O elemento principal do tipo subjetivo é o **dolo**, isto é, o conhecimento e vontade de realização de determinado tipo objetivo. Nos crimes dolosos há uma simetria ente os planos objetivo e subjetivo do delito, o agente conhece uma determinada realidade e quer realizá-la. Por outras palavras, o agente antecipa um tal resultado jurídico-penalmente desvalioso de lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos e, fazendo esta antecipação, quer e

prática, ainda assim, essa conduta. Às vezes, há elementos subjetivos especiais – **ex**: no furto não basta querer tirar, é necessário fazê-lo com o interesse de se apropriar. Mas são raros os casos, em que o legislador ao nível do tipo objetivo os exige, porque o elemento subjetivo comum a todos é o dolo, o conhecimento e a vontade de realização.

Do dolo resultam 2 requisitos:

1. **Elemento intelectual** (correta representação da factualidade, o agente conhece os elementos que fazem parte do tipo objetivo);
2. **Elemento volitivo** (o agente conhece e quer realizar, é movido por uma vontade).

No âmbito do ELEMENTO INTELECTUAL, o agente representa na situação os elementos integrados do tipo objetivo – **ex**: no homicídio, representa que a pessoa humana está viva e que o processo que está a desencadear é idóneo e que vai conduzir à sua morte - tem de representar os elementos que caracterizam o tipo objetivo.

A razão da exigência deste elemento tem a ver com a sua intenção, ele pretende que, “ao atuar, o agente conheça tudo quanto é necessário a uma correta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à ação intentada, para o seu caráter ilícito. Só quando todos os elementos do facto estão presentes na consciência psicológica do agente, se poderá vir a afirmar que ele decidiu pela prática do ilícito e deve responder por uma atitude contrária ou indiferente ao bem jurídico lesado pela conduta. Por isso, o conhecimento da realização do tipo objetivo constitui o supedâneo indispensável para que nele se possa ancorar uma culpa dolosa e a punição do agente a esse título. Com a consequência de que sempre que o agente não represente, ou represente erradamente, um qualquer dos elementos do tipo ilícito objetivo, o dolo terá, desde logo, de ser negado. Fala-se a este respeito de um princípio de congruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo do ilícito doloso.”

O tipo objetivo é composto por conceitos descritivos, exigidos pela necessidade de certeza e segurança jurídica, por isso, impõe-se que o legislador descreva, da forma mais precisa possível, os elementos de cada crime. Deste modo, o legislador privilegia a utilização de conceitos descritivos, só que muitas vezes o legislador para descrever a factualidade típica tem de recorrer também a cláusulas gerais e a conceitos indeterminados, que apelam para um juízo de valor e apenas podem ser concretizadas pelo juiz, face a cada caso concreto. Estas cláusulas gerais pretendem retratar um pedaço da realidade, mas não a descreve, deixa-o para o juiz, correspondem aos conceitos normativos de índole técnico-jurídica que, em regra, se vai buscar a outros ramos do Direito – **ex**: boa fé, posse, propriedade, etc. Esta questão põe-se, sobretudo, nas normas penais em branco, nas quais se vai buscar conceitos dogmáticos de outro ramos do Direito.

Assim sendo, que conhecimento vamos exigir do agente quando a realidade está descrita na lei através de conceitos de índole técnico-jurídica? Não poderá ser o conhecimento técnico, específico e especializado, porque isso traduzir-se-ia na possibilidade exclusiva da prática de crimes por juristas. Não se vai exigir o conhecimento especializado, o que se exige é o “conhecimento à esfera do leigo” (expressão Edmund Mezger). Isto é, relativamente aos conceitos técnico-jurídicos, estes reproduzem uma certa realidade de facto, só que ao conhecimento dos contornos dessa realidade fáctico, não podem exigir ao agente conhecimentos técnicos do jurista (“o erro de subsunção é irrelevante para o dolo do tipo”), mas o conhecimento fáctico que à generalidade das pessoas corresponde. O prof. prefere

a expressão de Beleza dos Santos, que defende que se deve se exigir que o agente represente os efeitos práticos de cada conceito, reproduz aquilo que o Homem comum associa aos conceitos jurídicos, é necessário que o agente represente as consequências práticas que se ligam aquele conceito, se o fizer, podemos falar do dolo.

“A afirmação do dolo do tipo exige, antes de tudo, o conhecimento (a previsão ou a representação) da totalidade dos elementos constitutivos do respetivo tipo ilícito objetivo, da *factualidade típica* (Eduardo Correia). Necessário e suficiente será o conhecimento pelo agente dos elementos normativos na direção de uma apreensão do sentido ou significado correspondente, no essencial e segundo o nível próprio das representações do agente, ao resultado daquela subsunção ou, mais corretamente, da valoração respetiva.”

Exemplo em que falta o elemento intelectual: os caçadores têm uma regra de avançar em linha e nunca dispararem para o lado, mas um adiantou-se e outro viu um vulto, julgava que era uma peça de caça e disparou, matando um colega. Neste caso falta o elemento intelectual do dolo do homicídio, logo não podemos falar do dolo do homicídio, porque ele não representa a qualidade da vítima, por isso, este pode vir a ser punido, mas será somente por negligência. Falta o elemento intelectual do dolo e se falta não há o elemento subjetivo e deixamos de poder falar numa conduta típica.

Quando falta o elemento intelectual, não há dolo, estamos perante um erro, que é um erro intelectual ou de conhecimento, que se traduz no desconhecimento ou do conhecimento defeituoso da realidade fáctica em que o agente atua. Este erro é diferente do erro moral ou de valoração (**ex**: o agente sabia que o vulto era uma pessoa humana, mas não sabia que matar era proibido, era inimputável). Neste último erro, há um desfasamento entre a consciência axiológica individual e o conteúdo do dever ser penal, não representa o caráter ilícito da conduta, ou seja, a conduta é proibida e o agente julga que é permitida. Relativamente ao erro sobre as circunstâncias de facto ou erro sobre a factualidade, previsto expressamente no art. 16º do CP, primeira parte do nº1 que diz: *O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime (...) exclui o dolo*. “O erro não está aqui tomado apenas no sentido de uma representação positiva errada, mas também no sentido de uma falta de representação – **ex**: tanto sobre a factualidade típica a mulher que, usando um medicamento que atua como abortivo, não sabe que está grávida, como outra que conhece a sua gravidez, mas considera o medicamento inócuo. Daí que a expressão *exclui dolo* não significa que um dolo já existente foi eliminado, mas sim que o dolo do tipo não chega a constituir-se quando faltam os seus pressupostos. A doutrina exposta vale não só para as circunstâncias que fundamentam o ilícito, mas também para todas aquelas que o agravam e para a aceitação errónea de circunstâncias que o atenuam.”

A consequência da exclusão do dolo está estabelecida no nº3, segundo este, o agente não é punido por crime doloso, mas fica aberta a possibilidade de ser punido a título de negligência.

A negligência tem 2 requisitos. Toda a gente que, pelo simples facto de vivermos em sociedade, devemos manter um grau de atenção ou de tensão psicológica para anteciparmos as consequências dos nossos atos e evitar a prática de atos que possam vir a lesar bens jurídicos – requisito material → dever objetivo de cuidado. A negligência, pelo facto de ser um ilícito menos grave, a sua punição depende também de um requisito formal, que

é o de estar prevista na lei e está, nomeadamente, no art. 13º CP. Deste modo, a negligência só é punida quando o legislador expressamente o declarar, a regra é que só os crimes dolosos são punidos, pois há uma diferença de culpa, a negligência é excecional. Assim sendo, a punição a título de negligência do erro depende de 2 requisitos cumulativos:

1. **Requisito formal** - crime que admita a punição de negligência (art. 13º);
2. **Requisito material** - que o erro seja censurável a título de negligência, que se fique a dever à violação do dever objetivo de cuidado, fundamentador de negligência.

No nº1 do art. 16º temos prevista a intenção de praticar um ato lícito, só que, porque o agente desconhece o circunstancialismo fáctico, este vem a produzir uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico essencial. Mas há alguns erros que não têm este desenho tao simples, o erro intelectual pode assumir características especiais, nomeadamente:

Erro sobre a pessoa ou objeto (*erros in persona vel objecto*) – neste caso, há um erro sobre a factualidade típica, o projeto do agente é já praticar um crime, só que, porque erra, vem a praticar um crime diverso daquele que projetara, confunde a pessoa ou o objeto a atingir. – **ex:** A queria roubar uma caixa de latão, mas roubou uma de outro, B queria matar um desconhecido, mas matou o pai, por isso, em vez de ser um crime simples é um crime qualificado. “O decurso real do acontecimento corresponde inteiramente ao intentado, só que o agente se encontra em erro quanto à identidade da pessoa ou do objeto a atingir – existe um erro na formação de vontade.” Há muitas soluções na doutrina para este erro, mas vamos estudar a maioritária. Perante as situações deste erro temos de fazer uma 1ª pergunta – há ou não identidade típica entre o crime projetado e o consumado? O crime projetado e o consumado cabem ou não no mesmo tipo de ilícito? A solução que dão é diferente consoante se verifique ou não. Quando há identidade típica, ou seja, preenchem a mesma norma/o mesmo tipo de ilícito (há uma linha de congruência entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado, cabem ambos no mesmo tipo legal, são subsumíveis ao mesmo tipo de crime), o agente vai ser punido nos quadros da unidade criminosa, ou seja, apesar de se enganar, ele sabe que está a matar, logo está a preencher o tipo legal do homicídio, por isso, vai lhe ser imputado o resultado a título de dolo. Diferentemente sucede quando não há identidade típica entre o crime projetado e o consumado, neste caso, o agente vai ser punido por um concurso 2 crimes, pelo crime projetado a título de tentativa, pelo consumado a título de negligência. Isto pode levar a soluções absurdas, como levar a que nem um crime nem outro seja punido, conduzindo a vazios de punição, ou então, o agente pode ser punido por um crime menos grave do que aquele que projetou.

Erro na execução (*aberratio ictus vel impetus*) – o agente tem um projeto criminoso, mas vem a praticar um diverso, porque tem uma execução defeituosa – **ex:** A quer matar o sr B, dispara sobre ele só que mata o C. O agente tem uma intenção criminosa, mas vem a consumir um crime diferente, mas isto não é resultado de um indevido conhecimento da realidade, mas da deficiente execução. Durante muito tempo, seguindo Welzel, a doutrina parificava os regimes do erro sobre a pessoa e o objeto e o erro na execução, ou seja, fazia a solução dependendo da pergunta: há ou não identidade típica entre o crime projetado e o consumado? Se sim, o agente é punido por dolo, se não nos termos do concurso, pelo crime projetado vai ser punido a título de tentativa, pelo consumado a título de negligência. A moderna doutrina abandonou esta ideia, segundo ela, o agente será sempre punido pelo concurso de crimes e independentemente de haver identidade típica ou não, de o agente com o crime consumir o mesmo tipo, por isso, pelo crime projetado será punido a título de tentativa, pelo consumado a título de negligência. O agente sabe que está a

matar uma pessoa, só por um erro de execução vem a matar o alvo errado, por isso, não se justifica consoante haja identidade típica ou não, por isso, a doutrina maioritária diz que o erro na execução é punido sempre nos quadros do concurso, pelo crime projetado a título de tentativa, pelo consumado a título de negligência – “teoria da concretização.”

Erro no processo causal/desvio do processo causal – o prof considera que este erro é igual ao anterior, mas a doutrina maioritária entende que neste o agente produz o resultado que queria no objeto que queria, só que num processo causal distinto do projetado – **ex:** sr A quer matar o sr B por afogamento, atirando-o da ponte de D. Luís, só que ele acaba por morrer, mas não de afogamento, antes por o embate num dos pilares, por isso, quando chega à água já está morto. O objeto e o resultado são o mesmo, mas produzido por um processo causal diferente do projetado. Segundo a solução da consumação, o agente será punido pelo crime consumado a título de dolo sempre que o concreto modo pelo qual o resultado foi conseguido seja ainda uma concretização do perigo típico da conduta. O Homem tem um controlo nos processos causais, mas é limitado, não os controla totalmente, há certas condutas que podem ter varias consequências e todas elas são típicas e idóneas, todas são consequências previsíveis, nos termos da teoria da adequação. Sempre que o modo pelo resultado foi conseguido, ainda que por um processo causal distinto do projetado, o erro não releva, o agente vai ser punido pelo crime consumado a título de dolo. Apenas quando o resultado se produziu através de um processo causal que era imprevisível, só nesse caso não se imputa o resultado e será apenas punido por tentativa – **ex:** atira B da ponta para o matar, mas ele não morre e vai a nadar até à margem, só que aparece um tubarão e come-o – não é uma consequência previsível, por isso, não se imputava o resultado, mas somente a tentativa. A doutrina maioritária adota a solução da consumação, nos casos de erro do processo causal, em que o agente atinge e produz o mesmo resultado através de um processo causal diferente do projetado. Temos de distinguir se o processo causal efetivamente produzido é normal e previsível da conduta do agente, recoberto pelo critério da teoria da adequação. Deste modo, o critério de relevância do erro sobre o processo causal há-de encontrar-se sempre nos quadros da teoria da adequação – é uma previsibilidade de acordo com critérios gerais e específicos.

Há situações de erro que não estão expressamente reguladas na lei, mas decorrem dos princípios gerais, apenas o primeiro enunciado está, os outros não. Mas ainda há mais espécies de erro intelectual, para além dos suprarreferidos.

Bibliografia: A. M. Almeida Costa, *Ilícito pessoal, imputação objetiva e participação em direito penal*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 679-98 e 703-10; sobre o conceito jurídico-penal de "homem médio" subjacente à perspectiva adotada, cf., ob. cit., nota 42 da p. 582. J. Figueiredo Dias, *Direito penal I*, pp. 325 (§ 7) e 330 (§ 19).

02.12.16

O tipo é uma unidade subjetiva-objetiva, tal como o crime doloso. Verificam-se mais 2 erros para além dos suprarreferidos:

Dolus generalis – a doutrina entende-o como um caso paralelo ao do erro do processo causal. Neste erro, verifica-se que o agente produz o resultado que queria e sobre o objeto que queria, mas em momento diverso, o que faz com que o processo causal projetado não coincida com o efetivamente verificado. A doutrina maioritária estabelece um paralelismo entre o erro no processo causal, mas o que tem este de particular? Tem a ver

com o momento da prática do facto. “O agente erra sobre qual de diversos atos de uma conexão da ação produzirá o resultado almejado. De casos que cronologicamente ocorrem em 2 tempos: num primeiro momento o agente pensa erroneamente ter produzido, com a sua ação, o resultado típico; num segundo momento, fruto de uma nova atuação do agente (quase sempre com fins de encobrimento), o resultado vem efetivamente a realizar-se.” O agente estabelece um plano, mas vem a consumir o crime num momento diferente do que projetou – **ex**: A dá pancada a B e julga que está morto e atira-o a um rio, mas este morre não em virtude da pancada, mas do afogamento. Qual é a solução? Há muitas, mas 2 são as principais:

1. Pretende responsabilizar o agente pelo crime doloso consumado, parte da ideia de que na base da 1ª conduta o ato de encobrimento que produziu o resultado era uma consequência previsível, por isso, deve se analisar todo o processo globalmente, ambas as condutas são partes de um processo global, que na sua globalidade são idóneos. Deste modo, trata as situações de *dolus generalis* nos termos do dolo consumado. há variações, há quem diga que se deve punir apenas se o agente já *ex ante* tinha projetado os 2 atos, se não tinha projetado *ex ante* o ato de encobrimento, defende a 2ª teoria;
2. Solução concursal – o agente é punido pelo crime projetado a título de tentativa e pelo crime consumado por negligência. Esta é uma solução que leva vazios de punição, todavia, parte da teoria continua a defender esta teoria.

Erro sobre as proibições – está previsto no art. 16º, nº1, 2ª parte e corresponde a casos de normas que têm um carater particularmente técnico – “exclui o dolo quando o conhecimento da proibição for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto”. O DP pauta-se pela subsidiariedade, mas mesmo respeitando esse principio, intervém em todos os setores de atividade social e alguns são caracterizados pela tecnicidade, cujo conhecimento escapa ao Homem comum. **Ex**: toda a gente sabe que matar é proibido, estas normas estão dotadas de uma grande constância histórica e o Homem toma conhecimento delas através do processo de integração normal, por norma, são ilícitos que pertencem ao DP Clássico. Mas existem DP especializados, em que muitas proibições e ilícitos são dotados de uma particular tecnicidade e o seu conhecimento exige que o agente tenha conhecimentos técnicos que o Homem comum não apreende autonomamente, não têm ressonância ético-social. **Ex**: norma que exige que se coloque filtros nos automóveis. Se ninguém der conhecimento da norma, não se pode exigir a sua observância. São normas cuja apreensão não resultam dos processos de integração normal, exigem que o agente seja informado da sua existência. Não é um erro sobre a facticidade típica! São normas que o agente tem de ser informado, mas tem em comum o facto de ser um erro intelectual. Não expressa um desrespeito pela norma, quando muito será punido por negligência, porque não se informou. O DP subordina o erro sobre as proibições ao mesmo regime sobre o erro da facticidade, exclui-se o dolo, apenas será punido a título de negligência, exigindo-se igualmente os 2 requisitos:

1. **Requisito formal** - crime que admita a punição de negligência (art. 13º);
2. **Requisito material** - que o erro seja censurável a título de negligência, que se fique a dever à violação do dever objetivo de cuidado, fundamentador de negligência.

Relativamente ao ELEMENTO VOLITIVO, este corresponde ao agente querer realizar o crime, à atitude de contrariedade aos valores jurídico-criminais. “O dolo do tipo não pode bastar-se pelo conhecimento das circunstâncias de facto, exige-se ainda que a prática do facto seja presidida por uma vontade dirigida à sua realização.” É este elemento intencional, de vontade, que distingue o dolo da negligência.

Distinguem-se 3 espécies de dolo, enunciadas no art. 14º CP, em que se pode manifestar o elemento volitivo.

Dolo direto ou imediato (art. 14º, nº1) – quando a realização do crime é o objetivo central da conduta do agente, da sua vontade. A finalidade primária da conduta do agente é o preenchimento do ilícito, é a própria prática do crime. “é constituído por aqueles casos em que a realização do tipo objetivo de ilícito surge como o verdadeiro fim da conduta. Como casos de dolo direto serão ainda de considerar aqueles em que a realização típica não constitui o fim último, mas surge como pressuposto ou estágio intermédio necessário do seu consequimento (é um meio) – **ex:** A mata o vigilante B como única forma de poder assaltar o banco.”

Dolo necessário ou direto de 2º grau (art. 14º, nº2) – o objeto central da sua conduta é um fim lícito, só que da realização da sua conduta resulta a verificação de um crime, é uma consequência necessária, inevitável, “se bem que lateral relativamente ao fim da conduta”. Se o agente representa a conduta e sabe que como consequência natural vai levar de modo necessário a um crime, então ele também quer um crime, apesar de não ser o objetivo central. Tal conduta será igualmente censurável: o agente representa o preenchimento do tipo como consequência inevitável do seu ato e, ainda assim, na prossecução do seu objetivo (que é outro) leva por diante a sua conduta, portanto, acaba por se conformar com o preenchimento do tipo legal. O objetivo é lícito, o preenchimento do tipo surge apenas como uma consequência necessária. Respeita aos casos em que a prática de um crime é uma consequência e não um meio!

Dolo eventual (art. 14º, nº3) – tem em comum com o dolo necessário, o facto do preenchimento do tipo objetivo não ser a consequência primeira, mas lateral, mas esta não surge como necessária, tão-só como possível/remota, assim, há uma menor probabilidade no plano objetivo de aquela conduta que, em princípio se dirige a um fim lícito, poder conduzir a um crime. As principais dificuldades levantam-se em distinguir o dolo eventual da negligência consciente - só é dolo quando o agente se conforma.

Ex: A quer queimar a casa B, mas sabe que ao fazê-lo irá também queimar o carro do seu amigo C e que pode com o incêndio matar a empregada da casa que lá vai de vez em quando → Dolo direto em relação à destruição da conduta, dolo necessário à destruição do automóvel de C, dolo eventual quanto à empregada, se ele se conformasse.

Não há uma graduação da responsabilidade, dolo é dolo, qualquer diferença ao nível da punição não deriva do dolo, mas das circunstâncias do caso, pois todos eles concretizam uma atitude de contrariedade ou indiferença relativamente ao bem jurídico, são as situações mais graves e o legislador não hierarquiza o dolo, tem apenas uma função classificatória, está a delimitar os casos de dolo - quanto à gravidade todas as modalidades têm a mesma.

O ponto que levanta mais dificuldades prende-se com a distinção entre dolo eventual (14º, nº3) e a negligência consciente (art. 15º, alínea a), porque têm o mesmo elemento intelectual, representam o resultado como possível, a diferença, de acordo com a lei, tem de se buscar no plano subjetivo, tudo depende da atitude do agente. A doutrina estabilizou-se na teoria da conformação, que diz que o agente deve ser punido a título de dolo quando representando o resultado como possível se conforma com ele, aconteça o que acontecer, vai levar a sua conduta a avante, releva, assim, a indiferença e oposição frontal aos valores jurídico-criminais, revela a atitude do dolo. Por outro lado, na negligência consciente o agente representa o resultado como possível, só que só atua porque está convencido que naquela conduta não se vai verificar o resultado – é muito menos grave. O que diverge é o elemento volitivo. Este é o conteúdo da lei portuguesa e o que corresponde à doutrina maioritária. A nossa lei consagrou a teoria da conformação, há o elemento intelectual como comum (representa o preenchimento do tipo legal como tão-só possível), a diferença está no elemento volitivo (consoante haja ou não conformação).

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, Direito Penal I, pp. 348-366.

09.12.16

O dolo é o conhecimento e vontade da realização do tipo objetivo. Tanto no dolo eventual como na negligência consciente, o agente representa o resultado como possível, ainda que com o grau menor de verificação, a finalidade central até pode ser lícita, só que, apesar da finalidade principal ser lícita, a sua realização traz como consequência secundária/lateral a verificação do crime. A diferença reside no elemento volitivo, porque, de acordo com a teoria da conformação, no dolo eventual o agente conforma-se com o resultado, ao passo que na negligência consciente não se conforma, está convencido que naquele caso o resultado criminoso não se vai verificar.

Nem sempre foi assim o entendimento da doutrina, há outras teorias para distinguir o dolo eventual da negligência consciente. Houve uma que procurou fazer assinalar uma diferença no plano objetivo, considerando que no dolo necessário o resultado seria necessário, no dolo eventual seria provável e na negligência consciente tão-só possível. Deste modo, a diferença traduzia-se ainda numa graduação da probabilidade, não seria tão-só a possibilidade, mas também a probabilidade – teorias das probabilidades/verosimilhança. Esta teoria assenta na ideia de que “à afirmação do dolo do tipo não basta o conhecimento da mera possibilidade, mas requeresse que a representação assumia a forma de probabilidade.” No entanto, estas teorias não mereceram a adesão da doutrina maioritária, pois comprometem os valores da segurança e certeza jurídica, já que aplicam critérios que não são controláveis, deixando a decisão ao puro arbítrio do julgador, pois, sabendo que a punição da negligência, de acordo com o art. 13º CP, é excecional, significa deixar ao arbítrio a fronteira entre a punição e impunibilidade. Os elementos introduzidos por esta teoria carecem de densidade capaz de conduzir a uma distinção clara entre as noções nos casos concretos. **Ex:** “o agente quer, a todo o custo, matar a vítima com um tiro, apesar da grande distância a que ela se encontra determinar um baixo grau de probabilidade de que tal aconteça.”

A doutrina maioritária seguiu um critério subjetivo, que começou pela teoria da aceitação, dando lugar à teoria da conformação. Segundo esta teoria, apesar do elemento intelectual ser idêntico no dolo eventual e na negligência consciente, o elemento volitivo é diferente: no dolo eventual o agente revela oposição e contrariedade ao dever-ser jurídico-penal, sobrepõe os seus interesses aos seus deveres jurídico-penais, traduzindo-se na ideia da conformação ou da aceitação do resultado (aconteça o que acontecer, ele leva a conduta a avante); ao passo que na negligência consciente o agente representa o resultado como possível, é o caso do positivismo, mas entende que tudo vai correr bem, está numa

posição de descuido/leviandade face ao dever-ser jurídico-penal e confia que a lesão não se produzirá. Nisto se traduz, a contraposição entre o dolo eventual e a negligência consciente.

Mas, e se o agente não chega a tomar posição? E se ele não tem tempo para isso? Alguma doutrina recorreu à fórmula hipotética de Frank que dizia que, nestes casos de dúvida, temos de fazer uma ficção e perguntar por aquilo que o agente faria se representasse o resultado como consequência necessária: se nesse juízo hipotético concluíssemos que o agente mesmo que representasse o resultado como necessário teria realizado a conduta falaríamos de dolo eventual, se chegássemos à conclusão que não teria agido, seria negligência consciente - como fazemos esta ficção? Apelando ao carácter, modo de ser e antecedentes do arguido. Foram estas considerações que repudiaram a doutrina, porque não estamos a punir o que o agente fez, mas o que faria, violando os pressupostos do DP de facto. Deste modo, esta teoria foi afastada para decidir o caso em que o agente não toma posição.

Eduardo Correia apresenta antes a teoria da dupla negativa, que faz apelo à conceção lógica da contraditoriedade – **ex**: qual é o contrário de branco? A negligência consciente verifica-se quando o agente confia que o resultado não se vai produzir, devido ao otimismo e modo de ser representa-o como possível, mas confia que não se vai verificar e só por isso o leva adiante, já o dolo eventual é tudo o que não seja isso, quer os caso em que confia que se produz, quer como nos caos em que não toma posição, porque o DP so intervém nas ofensas mais graves, estando em causa um bem jurídico essencial significa que revela uma atitude de contrariedade. Assim, se o agente não toma posição perante a iminência de lesão grave de bens jurídicos essenciais (de verificação de um crime), isso é já expressão da atitude de indiferença ou contrariedade que caracteriza o dolo. Em suma, segundo esta teoria:

- ❖ Negligência consciente (art. 15º, alínea a) – agente confia na não produção do resultado. Cabem apenas os casos em que o agente está convencido (mal) de que o resultado não se vai produzir;
- ❖ Dolo eventual (art. 14º, nº3) – quando o agente **não** confia na **não** produção do resultado - é a expressão formal da teoria da conformação, abrange tanto os agentes que confiam, como aqueles que não tomam posição. Sempre que o agente se conforma revela a atitude de contrariedade ou de ignorância, cabendo, por isso, não só as condutas em que se confia, como as que não se toma posição.

É esta a interpretação que está subjacente à lei portuguesa, que a doutrina maioritária consagra em relação ao dolo e à negligência consciente, que é a teoria da conformação. Deve se ter ainda em atenção a dupla negativa de Frank Reinhard e de Eduardo Correia.

Crítica: acaba por traduzir sempre uma punição de personalidade e uma violação do DP do facto, contrapondo o pessimista doentio ao otimista inveterado, são apenas tipos de personalidade e tipos de carácter que estão em jogo, qualquer distinção neste campo acaba, por isso, por punir diretamente modos de ser e com isso sai do âmbito Penal do facto. Uma questão se coloca: do ponto de vista da tutela de bens jurídicos, é mais perigoso o pessimista ou o otimista inconsciente das consequências dos seus atos? Por isso mesmo, o prof considera que se deveria acabar a distinção entre dolo eventual e negligência consciente e se deveria graduar não apenas entre 2 categorias, mas 3, nomeadamente, as seguintes:

1. Dolo de resultado (incluindo o atual dolo direto e o dolo necessário);
2. Negligência (incluindo a atual negligência inconsciente);

3. Dolo de perigo/“temeridade - FD” (incluindo tanto o atual dolo eventual como a negligência consciente, pois, em ambos, o agente representa o caráter perigoso da conduta e quer realiza-la). Esta seria uma categoria intermédia, entre o dolo de resultado e negligência. Este dolo de perigo corresponde à *recklessness* no direito anglo-saxónico.

A questão de “não acreditar que fosse acontecer” é um elemento subjetivo que vai ter influência na definição concreta da pena, mas, a um nível de graduação em abstrato do desvalor pessoal das condutas, a classificação deve ser tripartida.

Também Figueiredo Dias defende esta classificação tripartida em vez da atualmente consagrada. Todavia, isto é apenas uma proposta doutrinal, porque no DP estamos subordinados ao princípio da legalidade, por isso mesmo, temos de fazer a distinção nos termos da lei portuguesa: 14º, nº3 e 15º, alínea a do CP.

3 Modalidades de dolo - 3 figuras clássicas:

Dolus alternativus/dolo alternativo – o agente representa que a sua conduta pode levar a um de 2 resultados dif: pode preencher um tipo objetivo ou outro. Correspondem a “casos em que o agente se propõe ou se conforma com a realização de um ou de outro tipo objetivo de ilícito”, ou seja, “o agente conta com ambas as possibilidades e conforma-se com elas, devendo, por isso, o seu dolo ser afirmado relativamente ao tipo objetivo realmente preenchido pela conduta” – **ex:** sr A vai disparar, quer matar o sr. B, mas este está ao lado do sr. C, por isso, representa que pode matar tanto um como outro; em vez de matar B, apenas o fere. Se em ambas as condutas ele quer apenas um crime, ele tem de ser punido no quadro da criminalidade dolosa, o que afasta uma parte da doutrina que diz que deve ser punido em termos de concurso do crime projetado a título de tentativa e consumado a título de dolo. Segundo a doutrina portuguesa dominante, o agente seria punido pelo crime consumado a título de dolo, pois queria matar, embora tão-só o tenha ferido, por isso, é punido por crime consumado de ofensa à integridade física. O prof discorda e considera que o agente deve ser punido por um só crime, mas à luz do preceito legal que melhor refletir o desvalor objetivo da conduta, à luz do crime mais grave. **Ex:** quer matar, mas apenas fere, por isso deve ser punido por tentativa de homicídio. Materialmente, é esta a solução que melhor transparece o desvalor da conduta. A solução deve ser resolvido no quadro, porque o ilícito pessoal é uma unidade subjetivo-objetiva, e a conduta exterior é realizada com um fim, a vontade do agente é de matar. Esta doutrina baseia-se no princípio da consumação e deste ponto de vista, ele deve ser punido por um só crime, nomeadamente, o mais grave.

Dolus antecedens/dolo antecedente – verifica-se quando o agente tem uma determinada intenção de consumir um crime, mas veio a consumi-lo num momento anterior àquele que havia projetado – **ex:** o sr. A quer matar o sr. B com uma pistola e puxa dela, só que ao tirá-la do bolso, ela dispara-se e produz o resultado pretendido. Segundo a doutrina maioritária este crime não releva, quando muito só pode ser punido por negligência, porque o ilícito doloso é uma unidade-subjetiva, por isso se revela no domínio do facto, em que o facto exterior é a concretização da vontade, neste caso, o resultado não é a concretização da vontade, antecipa-se a ela, por isso, não releva como modalidade de dolo, não é jurídico-penalmente relevante, pois o agente, quanto muito, será punido por negligência.

Dolus subsequens/dolo subsequente – o agente pratica uma conduta que não é dirigida a produzir a resultado, mas produz e depois o agente aprova o resultado – **ex:** alguém está a fazer exercício de tiro ao alvo, só que o tiro desvia e mata a pessoa, que por acaso é seu inimigo e fica contente. Não releva, porque o dolo tem de se materializar numa conduta objetivamente produtora do resultado, por isso mesmo, também não releva como modalidade de dolo jurídico-penalmente relevante, pois falta aqui o domínio do facto.

O dolo do tipo é o elemento comum a todos os delitos dolosos e, na maioria dos casos, esgota o elemento subjetivo dos crimes doloso, no entanto, em casos especiais, o legislador exige elementos especiais do tipo subjetivo, que correspondem a especiais intenções: que o agente vise uma particular intenção, que exteriorize um elemento do carácter do modo de ser do agente, que haja uma prática habitual ou profissional daquelas condutas, etc. para que estejamos perante um crime. “Não se referem a elementos do tipo objetivo de ilícito, ainda quando se liguem à vontade do agente de realização do tipo: o seu objeto encontra-se fora do tipo objetivo de ilícito, não havendo por isso, na parte que lhes toca, uma correspondência ou congruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo de ilícito.”

Não estamos a abandonar o elemento DP facto, é necessário haver uma conduta com lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, é ainda necessário, que o ato tenha sido praticado com um determinado fim – **ex:** no crime de furto não basta produzir o dano, é necessário que a conduta seja praticada com intenção de apropriação, de fazer ilegítimamente seu e é isso que distingue o furto *tout court* do furto de uso; na burla é necessário que esta seja feita com a intenção de enriquecimento; art. 132º alínea e, f e j → por força do art. 145º, nº 2 também se aplicam às ofensas da integridade física qualificadas.

Deste modo, para termos um crime, para além do dolo, é necessário que se traduzam numa especial intenção. São circunstâncias subjetivas que contendem com a intenção, mas com isso não saímos do DP do facto, porque este têm um sentido circunscrito, pois já há a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, não vai punir ou agravar tudo isso, mas apenas punir aquelas condutas em que, para além do dolo, o agente tenha esta ou aquela intenção, revelando uma faceta do carácter. Deste modo, “cumprem a função de individualizar uma espécie de delito, de tal forma que, quando eles faltam, o tipo de ilícito daquela espécie de delito não se encontra verificado.” **Ex:** A prostituição não é crime, mas fomentar já o é, com 2 requisitos (art. 169º - realizar profissionalmente ou com intenção lucrativa). Os elementos especiais dependem da interpretação (teleológica) da lei, da análise caso a caso dos diferentes tipos legais. Não confundimos o ilícito com a culpa, porque mesmo nestes casos estamos a olhar para a conduta como se fosse praticada pelo Homem médio, como praticado por qualquer pessoa. Não abandonamos pois a distinção entre os planos do ilícito e da culpa no quadro de uma doutrina do ilícito pessoal.

Bibliografia: Figueiredo Dias, Direito Penal I, pp. 366-383.

2.º SEMESTRE

REVISÃO DO 1.º SEMESTRE

Há elementos da descrição legal que demarcam o desvalor objetivo da conduta, independentemente da consideração da subjetividade da culpa do agente, nomeadamente, os tipos incriminadores e os tipos justificadores – **ex:** matar é proibido, mas posso matar em legítima defesa. A demarcação do caráter ilícito depende da ponderação entre tipos e contratipos. Um contratipo respeita à descrição de situações excecionais que retiram a uma conduta, subsumível a um desvalor, o desvalor jurídico-criminal. Ambos concorrem para a determinação do caráter ilícito da situação concreta:

3. Ver se a conduta é subsumível a um tipo incriminador;
4. Não pode estar recoberta por uma causa de justificação.

Há uma relação de mútua compatibilidade, a autonomização destes 2 momentos justifica-se pelo caminho metodológico, o juiz primeiro vai ter de determinar se preenche o tipo incriminador, porque se não preenche será sempre irrelevante, só depois irá verificar se preenche ou não o tipo justificador. São momentos de concretização do juízo de ilicitude. “Tanto os tipos incriminadores como os tipos justificadores concorrem na concretização do sentido de ilicitude material que se reveste numa concreta conduta.”

O tipo incriminador concorre de forma concreta e pela positiva (vai dizer quais são os elementos que se têm de verificar em concreto para a situação ser concreta), ao passo que o tipo justificador de forma geral (**ex:** legítima defesa, estado necessidade, etc., não há um específico para o roubo, homicídio, violação, etc, não define o conteúdo próprio e específico, intervém em relação a todos os delitos) e pela negativa (para ter uma conduta ilícita é necessário que não preencha nenhum tipo justificador, se preencher, a conduta não é ilícita).

Em suma, a ilicitude, no sentido da afirmação do caráter ilícito, resulta da conformidade e da consideração cumulativa dos tipos incriminadores (legislador descreve as varias espécies de delito), que definem a ilicitude de forma concreta (define os contornos específicos de cada crime e que o distingue dos outros crimes e pela positiva) e dos tipos justificadores (são contratipos, através dos quais uma determinada ação deixa de ser valiosa), que atuam de forma geral (aplica-se a todos os crimes, salvo raras exceções) e pela negativa (a ação não pode preencher os tipos justificadores para ser ilícita). Só se coloca o problema do tipo justificador, se a conduta primeiro preencher o tipo incriminador.

Nos tipos justificadores enunciam-se certos requisitos que retiram o caráter ilícito, apesar da conduta preencher o tipo incriminador (**ex:** legítima defesa, estado de necessidade, conflito de deveres, etc.). Há uma relação de complementaridade para a determinação do ilícito concreto, só se pode saber se uma conduta é ilícita ou não, verificando se preenche o tipo incriminador, mas depois temos de verificar se não preenche o tipo justificador, porque se sim, deixa de ser ilícita. A definição de uma conduta como ilícita depende da ponderação cumulativa dos tipos incriminadores e dos tipos justificadores, já que há uma relação de mútua complementaridade para a definição do ilícito.

O momento da tipicidade pretende concretizar o concreto ilícito pessoal, que tem o seu núcleo no desvalor da ação. Também os tipos justificadores são uma unidade subjetiva-objetiva, comportando elementos objetivos e elementos subjetivos. Este tema comporta 2 momentos essenciais: a teoria geral dos tipos justificadores (regras e princípios comuns a todas as causas de justificação/ causas de exclusão de ilicitude/tipo justificador → sinónimos) e os concretos tipos justificadores (princípio da unidade da ordem jurídica – art. 31º CP, não só valem os tipos justificadores do DP, como os de todos os ramos de Direito).

TIPOS JUSTIFICADORES, CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO, CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE:

Continuamos no âmbito dos delitos dolosos por ação e no capítulo do ilícito típico, continuamos a ter como pressuposto a conceção do ilícito pessoal, expressão de um conteúdo objetivo de contrariedade a uma norma de determinação, que tem por objeto a tutela de um bem jurídico essencial, o núcleo está por isso no desvalor da ação, distingue-se do momento da culpa atendendo à perspetiva da valoração, no plano do ilícito valoramos fazendo uma ficção, como se a ação tivesse sido praticada pelo Homem médio, abstraímos das qualidades individuais e específicas do concreto agente. O ilícito pessoal acaba por ser um juízo de culpa sobre o Homem médio, atribuímos o sentido de desvalor que a conduta teria se tivesse sido praticada pelo Homem médio, só que o Homem concreto pode ter desvios – **ex:** o inimputável, que é incapaz de culpa, fica aquém das capacidades do homem médio, por isso a conduta não lhe pode ser censurada. No plano da culpa vamos valorar tendo em conta o concreto agente. Devido às exigências de certeza e segurança jurídica, o juízo de ilicitude tem de se expressar em tipos, falamos do ilícito típico, só que na descrição temos de atender aos tipos incriminadores e aos tipos justificadores.

A determinação em concreto da ilicitude de uma conduta depende sempre da ponderação cumulativa do conteúdo dos tipos incriminadores e dos tipos justificadores. Estes tipos justificadores atuam como contratipos, são circunstâncias fácticas, que ao verificarem-se em concreto, anulam o carácter desvalioso que em geral acompanha o tipo incriminador. Há uma relação de mútua complementaridade, para se saber em concreto se temos um ilícito jurídico-penalmente relevante, primeiro temos de ver se a conduta preenche o tipo incriminador (se não é sequer típica) se se verificar que sim, para além disso temos de ver se não preenche um tipo justificador, daí a relação de mútua complementaridade.

Teoria geral dos tipos justificadores:

O problema que se coloca é o **princípio da unidade da ordem jurídica**, que resulta da leitura do art. 31º do CP. De acordo com este princípio diz-se que no âmbito do DP vigoram não apenas os tipos justificadores concretamente relevados na lei penal, como todos os tipos justificadores previstos em todos os ramos de Direito.

Mas será que todas as condutas lícitas ou ilícitas num ramo de Direito são lícitas e ilícitas noutros ramos de Direito? Não, por exemplo, a prática de um ato administrativo pode ser um ilícito disciplinar e não penal. Assim sendo, coloca-se o problema pela negativa, atendendo à teleologia do DP. Sendo o DP a última *ratio*, este só deve intervir nos casos mais graves, ou seja, quando estão em causa bens jurídicos essenciais, através da colocação em perigo ou lesão grave dos mesmos e quando as sanções dos outros ramos não são suficientes. Por isso, não se compreenderia que uma conduta considerada lícita ou até imposta por outro ramo de Direito, pudesse ser considerada ilícita pelo DP. Consequentemente, o DP não pode considerar ilícito o que qualquer outro ramo de Direito considere lícito ou imponha aos cidadãos.

A sugestão vem de Adolf Merkel (séc. XIX), que considera que uma conduta considerada lícita noutro ramo de Direito não pode ser considerada ilícita no DP, pelo carácter subsidiário e de última *ratio* que este tem. Deste modo, produzem efeitos não só as causas de exclusão de ilicitude previstas na lei penal, mas em todos os ramos do Direito e isso mesmo resulta do art. 31º do CP (a enunciação feita no nº2 é tão-só exemplificativa, não são só as que estão enumeradas, em vez de nomeadamente, deveria estar designadamente → interpretação corretiva, não suscita problemas, pois funciona a favor do arguido

e alarga as causas de exclusão de ilicitude). Esta ideia não implica a sobreposição da ilicitude dos ramos de direito, não pode é considerar ilícitas condutas que sejam tidas por lícitas noutros ramos de direito.

A doutrina costuma enunciar uma expressão que o prof não gosta: “as classificações das causas de justificação”, não gosta, porque considera que não exprime o conteúdo do problema, pois o fundamental do problema não é um aspeto formal classificatório, mas tem a ver com os princípios materiais da justificação que justificam as causas de justificação. Desenvolveram-se 2 vias:

1. **Teses monistas** - consideram que todas as causas de justificação válidas em DP são-no devido a um único princípio material de justificação, apesar de se reportarem a situações de vida diversas, já que seriam concretizações ou projeções de uma mesma ideia material;
2. **Teses pluralistas** – consideram que há várias causas de justificação e que a cada uma delas corresponde um princípio material de justificação.

No âmbito da doutrina monista, temos a **Teoria do Fim** (defendida por Liszt, entre outros), que pretendia resumir todas as causas de justificação a uma única ideia, entendendo que comportamentos que embora fossem subsumíveis a um tipo incriminador, numa concreta situação revelavam-se como um meio adequado para atingir um fim justo. Deste modo, todos os tipos justificadores seriam a concretização desta ideia comum, de que os vários tipos justificadores mais não faziam do que entender que um comportamento, apesar de preencher um tipo incriminador, é um meio adequado para realizar um fim justo. Por outras palavras: é “justificada toda a conduta que possa representar-se como meio adequado (correto) para alcançar um fim reconhecido pelo legislador como justificado (correto).”

Sauer defendia antes a **Teoria da Maior Vantagem do Prejuízo**; para esta doutrina as causas de justificação concretizariam sempre a mesma ideia, ou seja, aquela conduta apesar de preencher o tipo incriminador, trazia maior vantagem do que prejuízo - refletia a mesma ideia da teoria do fim. Também por outras palavras: “seria lícita toda a conduta que, na sua tendência geral, represente para a comunidade estadual maiores benefícios do que danos.”

Crítica formal: são enunciados imprecisos e no DP é necessária uma especial precisão, portanto não satisfariam as certezas e segurança jurídica que se impõe no DP.

Crítica material: convocam uma ideia puramente utilitarista, entendendo que os fins justificavam os meios (ideia maquiavélica).

O prof. considera que as críticas são exageradas, porque estas teorias foram uma antecipação de uma ideia que se viria a aplicar, nomeadamente, o princípio da ponderação e da prevalência de interesses, que a doutrina contemporânea afirma, considerando que todas as causas de justificação são reconduzíveis à mesma ideia de ponderação de interesses, isto é, uma determinada conduta, embora preenchesse naquela concreta situação um tipo incriminador, constituía um meio para preservar um bem jurídico superior, assim, podia haver a lesão de um bem jurídico menos valioso para preservar um bem jurídico mais valioso.

Todavia, pela mão de Mezger levantaram-se algumas reservas: o consentimento do ofendido. Tradicionalmente a doutrina considerava (hoje já não todos consideram) que o consentimento do ofendido era uma causa de exclusão de ilicitude, em que o titular do bem jurídico consentia/admitia a lesão do bem jurídico, embora com limites. No consentimento do ofendido não funcionaria a ideia da ponderação de interesses, pois o que havia era uma carência de interesse, porque o titular do bem jurídico prescindia da tutela penal.

Foi por isso que surgem as **teorias dualistas**: afirmam que não há apenas um princípio fundamentador, haveriam 2, primeiro o princípio da ponderação e da prevalência

dos interesses, depois o princípio da carência de interesses, que intervinha no âmbito do consentimento do ofendido. Esta doutrina dualista de Mezger teve um particular impacto entre nós através de Cavaleiro Ferreira e Eduardo Correia, seus discípulos, que aderiram a este ponto de vista e, por isso, nos seus manuais encontramos esta teoria. Influenciaram grandemente a nossa jurisprudência e foi esta a teoria pluralista que teve verdadeiramente impacto na ordem jurídica portuguesa.

Entre nós, no plano doutrinal, a opção punha-se entre a corrente na linha de Mezger e de seus discípulos (Cavaleiro Ferreira e Eduardo Correia) e a doutrina de Figueiredo Dias. Este último defendia que no consentimento do ofendido ainda continua a vigorar o princípio da ponderação e da prevalência dos interesses, defendendo uma teoria monista, que tende hoje a ser predominante entre nós. Figueiredo Dias considera que todas as causas de justificação são reconduzíveis ao princípio da ponderação e da prevalência do interesse mais valioso sobre o menos valioso. Em que termos o princípio da ponderação e prevalência dos interesses funciona no âmbito do consentimento do ofendido? Num plano muito particular. O consentimento só é válido quando estejam em causa bens jurídicos disponíveis (**ex:** não posso consentir que me matem). O problema de saber se o bem jurídico deve ser disponível ou não resulta de uma ponderação de interesses, por um lado há o interesse público da comunidade, o interesse da ordem jurídica na preservação de bens jurídicos (quer que não haja lesão de bens jurídicos) e o interesse da livre disposição de bens jurídicos dos particulares - o exercício da disponibilidade é o exercício da liberdade da titularidade do bem jurídico do particular, há uma harmonização prática entre o interesse coletivo e o interesse particular. Qual é o juízo que vai funcionar? Será ponderando que se verá qual prevalece e se demarca o bem de disponibilidade de bens e de consentimento. Consequentemente, também o consentimento do ofendido consiste na ideia de ponderação de bens, só que intervém num plano diverso daquele em que intervém nos outros tipos justificadores. É esta a ideia que tende a prevalecer na doutrina portuguesa.

O prof. é contra, pois se o ilícito pessoal é a violação de uma norma de determinação e o desvalor se vai aferir pelo critério do Homem médio, o critério da justificação tem de ser o da inexigibilidade, ou seja, todas as condutas que preenchem o tipo incriminador, mas que não seja exigível ao Homem médio que se abstenha dela, deve ser considerada lícita. O prof defende esta conceção, porque entende que só desta forma se pode justificar um regime que não é unânime. Vejamos, através da legítima defesa diz-se que não é necessário a ponderação dos bens jurídicos em confronto (**ex:** matar para defender bens patrimoniais), não é exigível ao cidadão comum que está na fruição dos direitos ter de suportar uma lesão deles, tanto mais que o agressor pratica uma conduta ilícita e pode a todo o tempo interromper a sua agressão. Este regime vigora no DP moderno em todos os países e só se explica na ideia da inexigibilidade objetiva, pois o DP estabelece os limites até onde é exigível a alguém que suporte uma determinada lesão e, neste caso, esse limite não tem a ver com a ponderação de bens, mas com a própria situação da legítima defesa.

Problema dos elementos subjetivos do tipo justificador:

Ex: o sr A decidiu matar o sr B, só que vem a provar-se que o sr B também queria matar o sr A, só que o sr A foi mais rápido – podemos falar em legítima defesa? Reproduz o sentido do ato? O que matou atuou licitamente? O desvalor da conduta só pode ser aferido pela conceção cumulativa dos elementos objetivos e dos elementos subjetivos, a conduta humana é a objetivação de uma subjetividade e é por isso que a doutrina do ilícito pessoal defende que também existe um elemento subjetivo comum a todas as causas de justificação, o agente tem de saber que está a atuar à luz do tipo justificador.

O art. 38º, nº4 CP é a prova de que também para o legislador português os tipos justificadores para produzirem os seus efeitos têm de ser conhecidos pelo agente, este tem

de saber que está a atuar, por exemplo, em legítima defesa. No exemplo anterior não funciona a legítima defesa.

Ex: tio que consente em oferecer moedas ao sobrinho, mas ele furta-as na véspera em que estas lhe seriam entregues, porque não sabe deste ato do consentimento, por isso não pode beneficiar dele. Esta ideia é o correlato do dolo do tipo incriminador, exigindo-se o conhecimento e vontade de realização do tipo justificador. Se não o agente não sabe, o tipo justificador não produz efeitos, é necessária uma certa direção da vontade, um estado de ânimo ou de conhecimento.

“Os elementos objetivos do tipo justificador só apresentam virtualidade para excluir o desvalor do resultado, enquanto os elementos subjetivos servem para caracterizar, por excelência, a falta do desvalor da ação. Quem desconhece a situação objetiva que conduz à justificação atua com um desvalor de ação em tudo equivalente, do lado subjetivo, ao autor de um facto típico em relação ao qual não se verifica qualquer situação de justificação; por outras palavras, atua com vontade de realização do tipo objetivo de ilícito e o seu facto contem, de forma completa, o desvalor da ação. Por isso, elementos subjetivos da justificação devem considerar-se essenciais à exclusão da ilicitude. Deste modo, o conhecimento pelo agente dos elementos do tipo justificador constitui exigência subjetiva mínima indispensável à exclusão de ilicitude, o mínimo denominador comum de toda e qualquer causa justificativa.”

Como vai ser punido? A doutrina portuguesa pretende aplicar analogicamente o art. 38º, nº4 a todas as causas de justificação, por isso, será punido pela tentativa (verifica-se sempre que o agente inicia uma conduta e, por motivos estranhos à sua vontade, não consuma o crime, há o desvalor de ação, mas não há o desvalor do resultado), porque é uma situação paralela, não há desvalor de ação, mas não há desvalor do resultado.

O prof. discorda, porque o art. 38º, nº4 diz respeito ao consentimento, em que estão em causa bens jurídicos privados, mas as coisas mudam no exemplo inicial, o sr A matou, também há desvalor de resultado, por isso não faz sentido ser punido por tentativa. Esta doutrina choca com o sentimento de justiça comum e no âmbito do ilícito pessoal, porque a conduta é um sentido objetivo-subjetivo, neste caso, sempre que falte o elemento subjetivo e excluindo-se os casos de consentimento, o agente deve ser punido pelo crime consumado, ao contrário do que defende a doutrina maioritária, que aplica analogicamente a todos os tipos justificadores o art. 38º, nº4.

23.02.17

Ponto de situação: Dogmática dos crimes de ação dolosa → ilícito típico → tipos incriminadores e justificadores.

Também nos tipos incriminadores vamos distinguir entre um tipo subjetivo e um tipo objetivo. O tipo subjetivo é constituído por um elemento subjetivo comum a todos os tipos incriminadores: só produz efeitos quando o agente sabe que está a atuar a coberto de um tipo justificador – **ex:** sr A atira uma pedra contra a janela do vizinho e acaba por o salvar de uma fuga de gaz sem o saber, ele não quer praticar um ato licito, mas ilícito, a partir daqui a conduta tem pelo menos o mesmo desvalor da ação, resta saber se tem o desvalor de resultado.

As dúvidas poem-se quanto ao regime a aplicar a estes casos, a doutrina portuguesa maioritária aplica analogicamente o art. 38º, nº4 a todas as causas de justificação, ou seja, o ato não vai ser punido por consumação, mas por tentativa, porque é uma situação análoga à da tentativa, pois há o desvalor da ação, mas a que não se segue o desvalor do resultado.

O prof discorda e como Welzel entende que deve ser punido por consumação, porque se punem as condutas tendo em conta o seu significado intrínseco objetivo-subjetivo: ele planeia e consuma, a falta do elemento subjetivo geral comum a todos os tipos justificadores afasta por isso o funcionamento do tipo justificador e ele será punido pelo

crime a título consumado. No consentimento é diferente, porque ele apenas opera relativamente a bens jurídicos disponíveis, interesses particulares do concreto agente, nesse caso sim funciona a argumentação geral de que no momento em que o titular do bem consentiu deixa de haver um bem jurídico-penalmente relevante, prevalecendo a liberdade do legítimo titular fazer aquilo que bem entende. A nossa lei estabelece que a falta do elemento subjetivo justifica a punição tão-só a título de tentativa em relação do consentimento, em relação aos outros casos vigorará a punição pela consumação.

Problema do erro sobre os tipos justificadores:

Nestes casos, o agente não atua a coberto de uma causa de justificação, mas julga que está a atuar, “supõe falsamente a existência de uma causa de justificação que a ordem jurídica não reconhece ou erra sobre o âmbito ou os limites de uma causa de justificação efetivamente existente.”

A lei consagra a solução da **Teoria da culpa limitada**, como resulta da leitura do art. 16º, nº2, primeira parte, há que fazer a mesma distinção entre o erro de natureza intelectual e o erro de valoração. Art. 16º, nº1 prevê o erro intelectual sobre as circunstâncias de facto em que alguém realiza o crime atuando em erro de facto, há um deficiente conhecimento, falta o dolo. – **ex:** caçadores têm uma regra de avançar em linha e nunca dispararem para o lado, mas um adiantou-se e outro viu um vulto, julgava que era uma peça de caça e disparou, matando um colega. Já no erro de valoração o agente não interiorizou o dever-ser jurídico criminal, erra quanto ao desvalor, quanto ao conteúdo de valoração. (**ex:** o agente sabia que o vulto era uma pessoa humana, mas não sabia que matar era proibido, era inimputável). Neste último erro, há um desfasamento entre a consciência axiológica individual e o conteúdo do dever ser penal, não representa o caráter ilícito da conduta, ou seja, a conduta é proibida e o agente julga que é permitida.

Também o agente no tipo justificador pode errar sobre as circunstâncias de facto (art. 16º, nº2) – **ex:** amigo que aponta arma de brincar e o outro dispara em legítima defesa → erra sobre o circunstancialismo fático, acha que está a ser assaltado, mas está a ser alvo de uma brincadeira. Aplica-se o regime do nº anterior (art. 16º, nº1): exclui-se o dolo e o agente só poderá ser punido nos termos do nº3 a título de negligência - tem o mesmo regime quer se reporte a circunstâncias fáticas do tipo justificador e do incriminador. “A exclusão do dolo em caso de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação opera a nível da culpa e não da ilicitude.” A punição da negligência depende de 2 requisitos:

3. **Requisito formal** - crime que admita a punição de negligência (art. 13º);
4. **Requisito material** - que o erro seja censurável a título de negligência, que se fique a dever à violação do dever objetivo de cuidado, fundamentador de negligência.

No exemplo há o fundamento material da negligência? Em princípio não, por isso não seria sequer punível a título de negligência. Aquele que atua em erro sobre uma circunstância de facto julga que está a atuar a título de uma conduta lícita, quanto muito poderá revelar uma atitude de descuido ou de leviandade.

Diferente é a situação do erro sobre a ilicitude – **ex:** sr A é emigrante e foi para França, pediu ao sr B para lhe fazer uma casa e pagou 50 mil euros adiantos, quando A regressou no verão seguinte, B não tinha construído nada; zangado dirigiu-se a casa de B que não lá se encontrava, então A levou o quadro do Picasso de B como forma de legítima defesa do património. O sr A erra sobre a valoração, porque julga que a sua conduta é conforme ao Direito, quando é contrária, porque não está recoberta pelo tipo justificador. É um erro moral que é regulado nos termos do art. 17º.

Cabe-nos agora falar das concretas causas de justificação, do tipo objetivo dos tipos justificadores, que lhes dá uma diferente configuração objetiva.

Devido ao princípio da unidade da ordem jurídica (art. 31º), no DP produzem efeitos não só os tipos justificadores previstos no DP, como os de todos os restantes ramos do Direito, devendo a ordem jurídica ser defendida pela negativa, como defendido por Adolf Merkel.

Legítima defesa (art. 32º CP + 21º CRP):

É um meio de autotutela excecional, traduz-se no facto de alguém, que está a ser alvo de uma agressão e que não tem em meio útil a possibilidade de recorrer à força pública para impedir a lesão da sua esfera jurídica, recorrer às suas próprias forças para impedir a agressão. É uma espécie de contra-ataque, o agente vai proteger os seus interesses ou de terceiros à custa dos interesses do próprio agressor, daquele que é responsável pela colocação em perigo dos interesses do ofendido.

Em DP vigora o monopólio do *ius puniendi* do Estado, só excecionalmente se admite a autotutela, quando não há possibilidade de em tempo útil recorrer à força pública, ou seja, na falta de outros meios idóneos para a defesa do direito em causa. A legítima defesa traduz-se em alguém para preservar um bem jurídico próprio ou de terceiro agir contra o agressor.

A legítima defesa não tem o sentido de conferir um direito à vingança ou um direito a fazer justiça pelas próprias mãos, confere um direito vinculado ao estrito objetivo de suster a agressão, da preservação de lesão de bens jurídicos. A conduta tem de ser de facto necessária para preservar o bem jurídico em causa.

Esta situação não está subordinada à ponderação dos concretos bens em causa, podem se sacrificar bens jurídicos mais valiosos para preservar outros menos valiosos – **ex:** matar alguém que está a tentar assaltar. Como funciona aqui o princípio da ponderação dos interesses mais valiosos? Segundo alguns autores, aquele que se está a defender está sempre a fazer prevalecer o lícito sobre o ilícito, preservando o bem jurídico mais valioso – via artificiosa na opinião do prof, logo não podemos falar neste princípio nestes casos. De acordo com a tese de Roxin e de Figueiredo Dias o sentido da legítima defesa não se limita à defesa do bem jurídico concreto, mas também à defesa de todo o ordenamento e tem razões preventivas, pois o facto de o agressor saber que o agente pode sacrificar um bem jurídico mais valioso para preservar um menos, levaria a que muitos agressores não agredissem. Na opinião do prof a legítima defesa e a possibilidade do agente poder sacrificar bens jurídicos mais valiosos para proteger menos tem a ver com o próprio sentido do Direito e daquilo que este entende ser exigível às pessoas: o agressor está a praticar uma conduta ilícita, que pode interromper a todo o tempo, será legítimo exigir ao cidadão, que está na sua paz jurídica, que tenha de tolerar uma agressão? Não é exigível ao Homem comum que tenha de tolerar uma agressão, ainda que para suster essa agressão tenha de lesar um bem jurídico superior àquele que esteja a preservar – com limites – justifica-se a ideia de que em legítima defesa, desde que respeitando os pressupostos, pode se fazer prevalecer um bem jurídico inferior sobre outro superior. É a ideia da inexigibilidade que justifica que a legítima defesa não obedeça à ideia de ponderação dos concretos bens, podendo sacrificar um bem jurídico superior para fazer prevalecer um bem jurídico inferior.

A legítima defesa está sujeita a requisitos, a doutrina divide-os em 2 grupos:

Requisitos da agressão:

- ❖ Tem de haver um comportamento humano, uma conduta humana, se estivermos perante um fenómeno da natureza ou de um comportamento animal já não é legítima defesa, cabem no estado de necessidade.

- ❖ Conduta humana que pode ser imputável a uma pessoa singular ou a uma pessoa coletiva.
- ❖ A ação pode ser ativa ou passiva (**ex**: mãe que se abstém de alimentar o filho), pode consistir numa ação ou numa omissão.
- ❖ Tem de pôr em causa bens jurídicos individuais (da titularidade de uma pessoa singular) ou bens jurídicos públicos - existe alguma doutrina que pretende negar a legítima defesa a favor de bens jurídicos públicos.
- ❖ Pode ser exercida para proteger um interesse próprio ou alheio (em auxílio de terceiro).
- ❖ A agressão tem de ser ilícita, o comportamento não tem de ser ilícito para o DP, mas para a ordem jurídica na sua globalidade. “A ilicitude afere-se à luz da totalidade da ordem jurídica, não tendo de ser especificamente penal.” O comportamento tem de ser ilícito, mas não tem de ser culposo, é possível exercer legítima defesa contra inimputáveis. “Podem ser, assim, repelidas em legítima defesa agressões em que o agente atue sem culpa, devido a inimputabilidade, à existência de uma causa de exclusão de ilicitude ou a um erro sobre a ilicitude não censurável. O que agressões de agressores que atuem notoriamente sem culpa pode determinar é uma modificação dos limites da necessidade da ação de defesa.” - **ex**: furto de uso não é juridicopenalmente relevante, mas não deixa de ser ilícito.
- ❖ A agressão tem de ser atual, isto é, tem de ser iminente ou em execução, mas não pode estar consumada, porque se está não há nada a defender, a legítima defesa não é um direito à vingança, nem a exercer justiça pelas próprias mãos, tem um sentido preventivo para evitar a lesão do bem jurídico. A iminência mede-se pela experiência comum.



Admissibilidade da legítima defesa preventiva quando “já se sabe antecipadamente com certeza ou com um elevado grau de certeza que a agressão vai ter lugar”? **Ex**: está um grupo num restaurante a planear um crime daqui a 4 horas e o dono do restaurante ouve, como não tem meios de recorrer à força pública, porque estão no topo de uma montanha e devido à tempestade de neve não tem rede, mete um sonífero na comida e eles ficam a dormir a noite toda. O prof entende que se não houver meios deve ser admissível, porque não há em tempo útil a possibilidade de recorrer à força pública. Ainda assim, nestes casos devemos ser particularmente rigorosos na verificação dos pressupostos, tem de ser a última oportunidade para impedir a prática do crime, apenas aí se deve admitir a legítima defesa preventiva.

Meios antecipados de defesa? **Ex**: o cão de guarda, rede de arame farpado. Verifica-se quando são desencadeados determinados meios de defesa para uma eventual lesão. Desde que o mecanismo apenas atue quando há a agressão, a atualidade está verificada. Existem cuidados especiais: só pode atuar quando está a haver a agressão e a sua existência não pode ter risco para outras pessoas (apenas para o agressor), tem de estar devidamente assinalado. Em suma, “pode ser aceite desde que se verifiquem os pressupostos da legítima defesa, nomeadamente, o de que no momento da defesa a agressão seja atual, o da necessidade da defesa e, em especial, o de que a defesa esteja preparada para atingir apenas o agressor.”

A agressão tem de ser atual no sentido de ser iminente ou em execução, mas sem estar consumada. Quando é que a ação está consumada? O problema suscita-se nos crimes patrimoniais (“o relevante para este efeito é o momento até ao qual a defesa é suscetível de pôr fim à agressão”) - **ex:** o furto só está consumado quando a pessoa já está na posse pacífica do bem. Este critério levanta problemas na legítima defesa. **Ex:** ladroes que retiram as joias da vitrina, se for “apanhado” momentos após, é punido por consumação. Para efeitos de punição basta o desapossamento, porque o legítimo titular deixou de ter a disponibilidade fáctica sobre o bem. Para os crimes patrimoniais o critério de consumação para a legítima defesa é diferente de para efeitos de punição (desapossamento – retirar da coisa ou do bem do legítimo titular a disponibilidade fáctica), a consumação dá-se só com a posse pacífica. O critério da posse pacífica (quando o agressor está tranquilamente a usufruir da utilidade social que aquele bem propicia.) é o critério de consumação para a legítima defesa, enquanto esta não se verificar o lesado pode intervir e usar da própria força, porque a agressão é atual. Para efeitos de punição o crime de furto já se consuma com o simples desapossamento (bem retirado da esfera da disponibilidade fáctica do titular).

24.02.17

Requisitos da defesa (conduta do defendente):

1 - Requisito subjetivo geral de todas as causas de justificação – como decorrência do próprio ilícito pessoal (a conduta humana é uma objetivação de uma subjetividade, é uma unidade subjetiva-objetiva), só poderá beneficiar da legítima defesa o agente que representar na situação concreta os pressupostos da legítima defesa, se ele não souber que está a atuar ao abrigo da legítima defesa, não beneficia e o seu comportamento tem de ser considerado ilícito. Não podemos ver apenas a conduta no plano externo-objetivo, pois a ação é uma unidade subjetiva-objetiva, temos de atender ao sentido do ato. **Ex:** sr A empurra sr B, para quê? Depende! O problema põe-se quanto à punição, pois a doutrina maioritária pretende aplicar analogicamente o art. 38º, nº4 a todas as causas de justificação. A tentativa verifica-se quando alguém realiza uma conduta para lesar um bem jurídico, mas esta consumação não vem a verificar-se por motivos estranhos à vontade do agente, há um desvalor da ação, mas não do resultado, por isso é menos punida que o crime consumado. O prof. considera esta solução absurda, pois de acordo com a conceção do ilícito pessoal, a ação é uma unidade subjetiva-objetiva e, como tal, o agente deve ser punido por consumação. Assim, a falta do elemento subjetivo por parte do defendente exclui a legítima defesa e deve dar lugar à punição do agente pelo crime consumado.

2 - Necessidade do meio – o meio tem de ser necessário, deve restringir-se ao estritamente necessário para preservar o bem jurídico na situação. A legítima defesa não dá o direito a fazer justiça pelas próprias mãos, nem à vingança privada, pretende tão-só dar ao agente a possibilidade de impedir a lesão, quando não puder recorrer em tempo útil às forças públicas, devendo recorrer ao meio menos gravoso para o agressor. A situação de legítima defesa é uma situação de crise, em que o agente atua em coação psicológica, em que é difícil manter a frieza de espírito e de ânimo para poder ponderar *costs-benefits* dos próprios meios. O defendente tem de utilizar um meio razoável, que uma pessoa normal usaria para se defender, deve ater-se àquilo que para a generalidade das pessoas seria suficiente para se defender. Tudo aquilo que for para além do necessário já não é lícito, é o excesso de legítima defesa. Esta questão põe-se no plano instrumental estratégico. “O meio será necessário se for um meio idóneo para deter a agressão e, caso sejam vários os meios adequados de resposta, ele for o menos gravoso para o agressor. Na ponderação dos meios não deve entrar-se em linha de conta com a possibilidade de fuga. Não pode considerar-se como necessário um meio que não seja suficientemente seguro para o agredido e que, embora idóneo para repelir a agressão, só o seja à custa de um risco para a sua vida ou integridade física. Não estará o defendente, por isso, obrigado a tentar afastar

a agressão através de um meio mais leve, antes de fazer uso de um meio mais prejudicial para o agressor, se for incerta a eficácia dessa forma de defesa menos gravosa e não for despreciando o risco que sobre ele se abaterá em caso de insucesso desse meio.”

Antes o problema da necessidade do meio não era enunciado e visto como um limite extrínseco – **ex**: pessoa na cadeira de rodas que gosta de ver o seu pomar e perto há uma escola e as crianças gostam de passar por lá e tirar umas maçãs, só que o velhote já não pode andar, mas tem excelente pontaria, por isso, quando viu uma criança prestes a tirar uma maçã, disparou e matou-a. A questão foi colocada no sentido do abuso de direito (**Teoria do abuso de Direito**): a legítima defesa transforma um comportamento ilícito num lícito, só que o Direito usa-se, não se abusa.

Durante muito tempo manteve-se esta teoria, mas depois foi substituída pela **Teoria dos limites ético-sociais**, que se limitava a estabelecer situações tipos, ou seja, a decompor a situação de abuso de direito, já que esta era uma clausula geral, havendo espaço para arbítrio do julgador e devido à necessidade de certeza e segurança jurídica no DP era necessário concretizar melhor, por isso decompueram a clausula do abuso de direito em situações tipo.

Modernamente, porém, a doutrina deu mais um salto: não são limites extrínsecos, mas inerentes ao próprio direito da legítima defesa, não alterou em nada o conteúdo da teoria dos limites ético-sociais, entendidos como limites exteriores, passou-os para dentro da legítima defesa. Fala-se do 3 requisito da legítima defesa:

3 - Necessidade da defesa (expressão alemã e de Figueiredo Dias) - o prof. não gosta da expressão, porque o que está em causa é a admissibilidade normativa da defesa e é neste quadro que se falam de várias situações tipos que coincidem com os que se falavam na Teoria dos limites ético-sociais:

- Agressão prover de um comportamento sem culpa, comportamento não culposo – não se nega a legítima defesa, mas estabelecem-se limites: o agente só pode recorrer à legítima defesa se de todo em todo não puder furtar-se ao confronto com o agressor.
- Casos em que a situação de legítima defesa ocorre em contexto de proximidade existencial (ex: familiar ou para-familiar/família e amigos) – não se nega a legítima defesa, mas restringe-se o seu âmbito, na medida em que apenas se admite nos casos em que de todo em todo o agente não pode furtar-se ao confronto com o agressor.
- Caso de provocação – a agressão resulta de uma anterior provocação do próprio defendente, é o agredido que dá azo à situação de confronto. A doutrina distingue 2 sub-hipóteses:
 1. Provocação se traduzir numa preordenação, quando alguém provoca precisamente com a intenção que o agridam, para depois poder através da legítima defesa artificialmente criada poder agredir licitamente – nega-se a legítima defesa, porque o agente nunca quis defender-se, queria era criar uma situação para que o outro o viesse agredir e ele depois se pudesse defender → pode invocar o estado de necessidade de defesa. Esta solução não deixa o provocador totalmente nas mãos do agressor, abre-lhe a possibilidade de invocar o estado de necessidade de defesa, embora com maiores limitações;
 2. Provocação não ser preordenada (**ex**: falou mal do clube) – para a provocação ter o efeito de afastar a legítima defesa tem de cumprir 2 requisitos:

- i. Conduta típica jurídico-penalmente relevante, tem de preencher um tipo incriminador (**ex:** crimes contra a honra - injúria, difamação, calúnia);
- ii. Resposta do provocado tem de se seguir imediatamente, tem de haver uma conexão temporal.

→ O provocador pode defender-se à luz do estado de necessidade defensivo.

- Situações em que se verifica uma crassa desproporção entre o bem jurídico protegido e o bem jurídico ofendido pelo defendente – a legítima defesa não está subordinada em geral à ponderação dos bens jurídicos em confronto, podendo sacrificar-se bens jurídicos mais valiosos para proteger bens jurídicos menos valiosos, contudo, há limites, há casos em que o bem jurídico tem um valor insignificante (**ex:** sacrificar a vida humana para proteger uma maçã). Tem de haver uma “comparação objetiva do significado jurídico-social da defesa com o peso da agressão para o agredido.”
- Situações especiais – surgiu devido ao art. 2º, nº2 da CEDH, em que é dito que não se pode nunca sacrificar o bem vida para preservar bens jurídicos patrimoniais, o que parece levar a uma contradição com o que anteriormente foi dito, mas a doutrina interpreta-o restritivamente, nesse sentido, apenas se aplica à legítima defesa exercida pelas forças da ordem (**ex:** polícia) em auxílio de terceiro para proteger um bem jurídico patrimonial, não sendo admissível o sacrifício da vida – não se aplica aos particulares.

Todas estas situações decorrem dos princípios gerais de Direito, da congruência do Direito.

Excesso de legítima defesa (art. 33º) – põe-se a propósito dos casos em que o agente vai para além do que era necessário, falta o requisito da necessidade do meio. O contra-ataque deve limitar-se ao estritamente necessário para impedir a lesão do bem jurídico, a legítima defesa não é um direito de vingança, nem de fazer justiça pelas próprias mãos. Se o agente foi além do necessário, falta um requisito de legítima defesa, por isso não podemos falar nela, o comportamento é ilícito. Todavia, o legislador estabelece um regime próprio, que se aplica quer excesso intensivo asténico (só ao censurável) como ao excesso intensivo esténico, podendo a pena ser especialmente atenuada (art. 72º e 73º). O nº2 do art. 33º vem falar num caso especial, a doutrina distingue 2 situações:

1. Excesso intensivo asténico não censurável (nº2) – quando o agente vai para além devido a um estado asténico, regra geral são pessoas tímidas e perante a situação perdem a noção dos meios e do que é adequado e vão para além do necessário por medo, atuam por pavor e susto, têm o seu discernimento afetado. Tem apenas em vista aquele que não é censurável, o regime do nº1 vale quer ao excesso intensivo de legítima defesa esténico, quer ao asténico censurável (**ex:** bombeiros, nadadores-salvadores, etc.);
2. Excesso intensivo esténico – furor, desejo de vingança, agressividade, raiva e cólera daquele que quer fazer justiça pelas próprias mãos.
3. [Excesso extensivo (terminologia clássica) – situação de erro sobre os pressupostos da legítima defesa (art. 16º, nº2, 1ª parte) → exclui o dolo, punido por tentativa]

Estado de necessidade:

Vamos começar pela configuração tradicional: estado de necessidade ofensivo, que durante muito tempo esgotava o estado necessidade, só que a evolução doutrinal trouxe consigo novas formas de estado de necessidade.

Estado de necessidade ofensivo:

Traduz-se em alguém estar numa situação de perigo, que coloca em causa um bem jurídico próprio ou alheio, sem possibilidade de recorrer à força pública para impedir a lesão e o Direito admite que se salve o bem jurídico em perigo à custa de um bem jurídico de terceiro que em nada contribuiu para o perigo do bem, que está na sua paz jurídica - há uma ideia de solidariedade humana. O legislador estabelece maiores limites, em relação à legítima defesa.

O estado de necessidade nem sempre foi entendido como um tipo justificador. Na história houve 2 orientações:

Teoria subjetiva (séc. XIX) – reconduzia o estado de necessidade à figura mais geral da coação psicológica ou moral, via-o como uma causa de exclusão da culpa. Assim, a conduta seria em si mesma ilícita, mas devido à situação de perigo e à coação resultante do perigo, não era censurável, a conduta seria ilícita, mas não culposa.

Teoria objetiva (metade do séc. XIX) – é obra dos penalistas de influência hegeliana, que diziam que, em certas situações, o estado de necessidade excluía o próprio ilícito, tornava a conduta na sua objetividade lícita quando a vida ou a integridade física estavam em perigo e o titular do bem salvaguardava-os à custa de bens jurídicos patrimoniais. Legitimava a própria conduta, excluía a ilicitude.

Teoria diferenciada (viragem do séc. XIX para o séc. XX) – considera que há casos em que o estado de necessidade exclui apenas a culpa, mas em casos também a ilicitude. Deste modo, diferencia 2 situações, tudo depende da ponderação de bens, dos concretos bens em conflito. Exclui a ilicitude quando o agente preservar um bem jurídico mais valioso à custa de um menos valioso (estado necessidade objetivo ou justificante – funciona como um tipo justificador), diferentemente, quando o agente sacrifica um bem jurídico mais ou tão valioso como aquele que está a preservar estaremos perante o estado necessidade subjetivo ou desculpante, a conduta é ilícita, mas exclui-se a culpa, entendendo-se que é a concretização da não exigibilidade, quando não for exigido um comportamento diverso, a coação psicológica avida do perigo exclui a culpa. É esta teoria que está prevista na nossa lei: art. 34º (estado necessidade objetivo ou justificante – “sempre que se trate de um facto típico praticado como meio adequado para salvaguardar um bem ou interesse jurídico, do agente ou de terceiro, de maior valor que o sacrificado”) e 35º (estado necessidade subjetivo ou desculpante – “quando o valor salvaguardado não fosse de maior valor do que o sacrificado, caso em que a desculpa não proviria da hierarquia dos bens em conflito e consequente prevalência do de maior valor, mas da coação que a situação conflitual exerceria sobre o agente e as suas decisões”).

Requisitos do estado de necessidade objetivo ou justificante (art. 34º):

1. Perigo – esse perigo não tem necessariamente de resultar de uma agressão humana, é um perigo qualquer, pode resultar também de fenómenos da natureza ou de comportamentos de animais;
2. Perigo atual – a atualidade vai se medir pelos mesmos critérios da legítima defesa: perigo iminente ou em execução, não pode é estar consumado, porque se estiver já não há nada a salvar;
3. O meio tem de ser adequado/idóneo a sustentar o perigo;

4. Ameace bens jurídicos do agente ou de terceiro – qualquer bem jurídico, penal ou não penal;
5. Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro (alínea a) – a doutrina é unânime, o que o legislador quer afastar é a preordenação do perigo (**ex**: alguém que quer lesar a propriedade do vizinho, então cria artificialmente uma situação de perigo). O dolo ou a negligência não afastam o estado de necessidade. “Só deverá ser afastada se a situação for intencionalmente provocada pelo agente, isto é, se ele premeditadamente criou a situação para poder livrar-se dela à custa da lesão de bens jurídicos alheios.” “Voluntariamente” tem de ser interpretado restritivamente como sinónimo de preordenamento, o dolo ou a negligência simples não excluem o estado de necessidade, apenas a preordenação exclui. Há um caso em que mesmo havendo preordenação se admite – **ex**: sr A quer estragar a casa do sr B, vai a casa do sr C e lança fogo ao jardim, para depois ter o pretexto de invadir a casa do sr B para apagar o fogo. A exceção verifica-se quando a preordenação colocar em perigo bens jurídicos não do agente, mas de terceiro. O agente vai ser punido pelos danos, mas a sua conduta de salvar o bem jurídico de terceiro está a coberto do estado de necessidade. Caso contrário era fazer pagar um terceiro pela preordenação de outra pessoa.
6. Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado (alínea b) – critério de ponderação dos bens jurídicos em confronto da teoria diferenciada, que exige que o bem jurídico salvaguardado seja manifestamente superior que o sacrificado. Este requisito compreende-se pela força do estado de necessidade, porque o agente está a preservar o bem jurídico à custa da esfera jurídica de um terceiro que está na sua paz jurídica e em nada contribuiu para a situação. Em concreto, o bem jurídico protegido tem de ser manifestamente superior ao bem jurídico. Como determinamos a superioridade do bem jurídico? Em concreto ou em abstrato? A ponderação é feita em concreto, tendo em atenção a gravidade da concreta lesão e não à natureza dos bens jurídicos que se deve fazer o juízo de proporcionalidade. “O que a lei se propõe ao exigir que a superioridade sensível não é só que o interesse salvaguardado se situe, numa escala puramente aritmética, muito acima do interesse sacrificado, mas que a justificação ocorra apenas quando é clara, inequívoca, indubitável ou terminante a aludida superioridade à luz dos fatores relevantes de ponderação.”
7. Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado (alínea c) – requisito de natureza negativa, é um problema de admissibilidade normativa. **Ex**: sr A precisa urgentemente de um transplante de um rim e o médico retira um ao chefe da secretaria. Existem sacrifícios que não podem ser exigidos a ninguém e que, por isso, não são admissíveis, mesmo que estejam cumpridos todos os outros requisitos, porque é algo que não é exigível à vida, ainda que seja em nome de preservação de um bem jurídico superior. Por outro lado, na opinião do prof e contra a doutrina maioritária alemã, a doação forçada de sangue é já insignificante perante a magnitude do bem jurídico vida, considerando que aqui já seria exigível, por isso esta alínea já não se preencheria. Assim, há situações em que não é admissível o estado de necessidade, em nome da tutela dos interesses da vítima, deve implicar uma ideia de solidariedade humana. De facto, poderá ocorrer que todos os demais requisitos estejam preenchidos, mas apesar de

tudo não seja razoável exigir ao terceiro que se sacrifique daquela forma, no sentido de salvaguardar os interesses do terceiro.

8. O agente tem de saber que está a atuar ao abrigo de uma causa de exclusão de ilicitude, caso contrário será punido por crime consumado (opinião do prof., contra a doutrina maioritária).

Estivemos a ver o desenho tradicional do estado de necessidade. Tradicionalmente este desenho esgotava o estado de necessidade, só que a doutrina veio autonomizar uma outra espécie de estado necessidade, o defensivo.

Estado de necessidade defensivo:

Ex: sr A vai a passear de bicicleta, só que na descida parte-se a corrente e está a ir contra o peão, que lhe dá um empurrão e ele cai numa ribanceira. Aqui reage-se contra a fonte de perigo, o agressor, mas não é legítima defesa, porque o comportamento não é ilícito.

“O que há de específico nesta figura é que o agente que atua em estado de necessidade se defende de um perigo que tem origem na pessoa que vai ser vítima da ação necessitada.”

Como distinguir da legítima defesa? – temos de fazer 2 questões: à custa de quem o agente salva o bem jurídico? Se é à custa de um terceiro é estado de necessidade ofensivo, se o agente preserva o bem jurídico à custa da fonte de perigo → a agressão era ilícita ou lícita? Se era ilícita é legítima defesa, se a agressão é lícita então é estado de necessidade defensivo.

Para a compreensão do estado necessidade defensivo houve quem, como na doutrina maioritária alemã, nomeadamente, Taipa de Carvalho, defendesse ser uma causa de justificação extralegal, não estando subordinado a um regime especial. No entanto, a doutrina maioritária portuguesa não reconduz o estado de necessidade defensivo a um tipo justificador extralegal, mas ao mesmíssimo regime do estado necessidade objetivo, aos requisitos do art. 34º e 35º, articulando-o nos termos da teoria diferenciada. Deste modo, o estado de necessidade defensivo é uma causa de justificação subordinada em tudo aos mesmos requisitos do estado de necessidade objetivo, só que não à custa de um terceiro, mas da fonte de perigo, do agressor.

Ao ilícito está subjacente uma ideia de exigibilidade, só é ilícita a conduta que se demonstre exigível ao Homem médio de se abster.

Estado de necessidade justificante supralegal – casos em que apesar do bem jurídico não ser sensivelmente superior não era exigível outra conduta ao Homem médio. Está moldado nos termos do art. 34º, mas não era exigível ao Homem médio atuar de forma diversa. Se um agente perante uma situação de perigo a um bem jurídico lesar para preservar, só que o bem em questão não é sensivelmente superior, mas prova-se que o Homem médio não teria atuado de outra maneira, necessariamente temos de concluir que não é ilícita, não comporta a violação de uma norma de determinação. Deste modo, vai para além da teoria diferenciada. Verifica-se quando independentemente da ponderação dos bens jurídicos em confronto, sempre que chegarmos à conclusão que o Homem médio não teria atuado de maneira diversa, que não era exigível ao Homem médio que se tivesse abtido.

Esta consideração que o prof fez a propósito do estado de necessidade supralegal pode também aplicar-se no excesso intensivo de legítima defesa (art. 33º), nomeadamente, nas situações de excesso asténico, não sendo censurável nas situações em que o Homem

médio também teria medo. Ao contrário da doutrina majoritária, o prof entende que o art. 33º, nº2 é mais uma causa de exclusão da ilicitude supralegal.

03.03.17

Conflito de deveres objetivo ou justificante (art. 36º):

Durante muito tempo alguma doutrina defendia que o conflito de deveres não tinha autonomia em relação ao estado de necessidade, porque cada um dos deveres visa a tutela de um bem jurídico, já que a prossecução de um dever leva à tutela do bem jurídico, o que acabava por levar a um conflito entre os bens jurídicos dos deveres. Por isso, defendiam que funcionava a teoria diferenciada e que o estado de necessidade funcionaria como causa de exclusão de ilicitude quando o dever jurídico prosseguido fosse manifestamente superior ao sacrificado ou quando o dever jurídico prosseguido fosse tão ou inferior ao dever sacrificado excluir-se-ia tão-só a culpa.

Esta teoria está abandonada, a própria lei portuguesa autonomiza o conflito de deveres. Também podemos falar numa teoria diferenciada, mas a ponderação faz-se em termos diferentes, porque no estado de necessidade o agente não é obrigado a agir, ele pode ou não agir. Ao passo que no conflito de deveres é diferente, o agente é obrigado a intervir e isso tem de ter consequências quanto aos termos na teoria diferenciada. A nossa lei, consagrando a doutrina, no âmbito do conflito de deveres, diz que se exclui a ilicitude tanto no caso do dever prosseguido ser superior ao sacrificado, como no caso de ser igual valor ao do dever jurídico sacrificado – conflito de deveres objetivo ou justificante, exclui a ilicitude.

Podemos também estar perante um conflito de deveres subjetivo ou desculpante, aplicando-se analogicamente o art. 35º (mais benéfico para o arguido). O facto de o agente estar obrigado a intervir, radica a autonomia do conflito de deveres face ao estado de necessidade e os diferentes termos.

O conflito de deveres traduz-se numa situação em que alguém está obrigado a realizar 2 condutas, mas elas são incompatíveis, ou realiza um dever ou realiza outro, não pode cumprir os 2 deveres em simultâneo – **ex**: médico que tem 2 doentes, mas só tem remédio para 1.

Para estarmos perante uma situação de conflito de deveres deve ser um conflito entre deveres jurídicos (salvo casos excepcionais, objeção de consciência) ninguém pode invocar um dever moral para se abster de cumprir um dever jurídico.

Como é que vamos estabelecer a hierarquização dos deveres jurídicos? Devemos atender ao dano concreto, o dano que resulta do incumprimento de um dever e do outro e, na base da comparação, devemos concluir qual é o mais importante. Temos de atender à concreta lesão ou colocação em perigo do incumprimento do dever – **ex**: médico que tem 2 pacientes, um que está em risco de morrer, o outro está em risco de ser imputado, prevalece o primeiro dever.

O prof discorda da doutrina de Eduardo Correia que atende à natureza dos próprios deveres – **ex**: quando um médico tem 2 pacientes em risco de morrer, sendo que um é o filho, tem um dever especial de salvar o filho, porque ao dever do médico de salvar, acresce o dever de pai de proteger os filhos. O prof discorda, considerando que, desde que seja um dever jurídico, a ponderação faz-se no concreto dano resultante para o bem jurídico em consequência do incumprimento do dever jurídico.

A doutrina alemã e Figueiredo Dias consideram que o conflito de deveres apenas abrange o conflito de deveres de sinal idêntico, ou seja, ou de 2 deveres de ação ou de 2 deveres de omissão, não um de ação e outro de omissão. Deste modo, sempre que se tratasse de um dever de ação e outro de omissão não se resolveria o caso como conflito de deveres, mas como um estado de necessidade. Assim, sempre que houvesse um conflito entre um dever de ação e um dever de omissão estaríamos perante um caso de estado

de necessidade e não de conflito de deveres, excluindo-se a ilicitude apenas quando o dever prosseguido fosse manifestamente superior ao dever sacrificado

O prof discorda, seguindo a doutrina de Eduardo Correia, e considera que o conflito de deveres de sinal diverso nunca é semelhante ao estado de necessidade, porque neste o agente é livre de intervir, não está obrigado a agir, ao passo que no conflito de deveres tem de intervir e se não o fizer está a praticar um ilícito. Assim, seja um conflito de sinais idêntico ou inverso, a situação é sempre diferente de estado de necessidade, estaremos sempre perante um caso de conflito de deveres.

Quando colida um dever de ação com um dever de omissão, o dever de omissão é mais relevante que o dever de ação – **ex**: o dever de não matar é mais relevante, do que o dever de salvar, porque este desencadeia o processo causal do sacrifício da vida.

A lei, tal como para o estado de necessidade, consagrou as situações mais comuns, também no art. 36º se refere ao caso típico de conflito de deveres, só que, todo e qualquer tipo de justificação é a concretização da ideia de não exigibilidade objetiva.

As normas de DP são normas de determinação que tutelam bens jurídicos e qualquer destas normas impõe determinado comportamentos, mas o grau de exigência das normas penais pauta-se por exigências mínimas, apenas impõe condutas exigíveis ao Homem médio, tudo aquilo que ultrapasse o grau de exigência, não é penalmente relevante, é este o critério do ilícito pessoal.

O critério que subjaz à afirmação da ilicitude tem de ser o critério que de forma simétrica leve à exclusão da ilicitude, o critério da ilicitude é o da exigibilidade da conduta ao Homem médio, o critério de exclusão da ilicitude deve ser a não exigibilidade da conduta em função do Homem médio. Este critério fundamenta a legítima defesa a lesão de bens jurídicos superiores e o estado de necessidade.

Em matéria favorável ao arguido pode vigorar a analogia, assim, podemos convocar o pensamento da inexigibilidade objetiva para fundamentar causas de justificação supralais, que não estejam expressamente consagradas na lei. Por exemplo, isso acontece no excesso intensivo de legítima defesa, quando comportamento diverso não possa ser exigido ao Homem médio, o comportamento asténico, o ato é lícito na sua objetividade. O mesmo se passa no estado de necessidade justificante supralais, onde não se respeita a teoria diferenciada, o bem jurídico pode não ser manifestamente superior, mas naquela situação concreta não era exigível outra conduta.

Sempre que a conduta, atendendo às circunstâncias do caso concreto, preencha os requisitos da inexigibilidade objetiva, chegamos à conclusão de que pode redundar em casos de causa de exceção da ilicitude. No âmbito do conflito de deveres podemos reconhecer um conflito de deveres justificante supralais, em admitir situações em concreto, mesmo para além da teoria diferenciada, quando o agente prossiga um dever menos valioso, desde que esteja em causa uma conduta que seria não exigível ao Homem médio.

09.03.17

Consentimento expresso do ofendido (art. 38º):

O consentimento do ofendido, tradicionalmente, é apontado como mais uma causa de exclusão de ilicitude. Modernamente, há uma doutrina que considera que em certos casos é, noutros não, é já uma causa de exclusão da própria tipicidade. O prof, concordando com Roxin, defende que o consentimento do ofendido é uma causa de exclusão da própria tipicidade, nunca é uma causa de exclusão de ilicitude, pois a conduta não preenche sequer o próprio tipo incriminador.

O consentimento apenas funciona quanto a bens disponíveis, é uma forma de expressão de liberdade, de autorrealização pessoal e de autodeterminação. O agente prescindir da tutela penal e vigora o princípio da carência de interesses. Traduz-se no facto do legítimo titular de um bem jurídico consentir a lesão desse mesmo bem jurídico. Diz-se que,

na medida em que consente na lesão do bem jurídico, deixa de haver um interesse jurídico-penalmente relevante, há um repúdio da tutela penal e, por isso, a conduta lesiva desse bem jurídico deixa de ser considerada ilícita. “Em todos os casos em que a lei proteja a liberdade de disposição do indivíduo, o acordo do interessado faz com que não possa, nem deva falar-se de violação do bem jurídico.”

Contudo, há ainda quem considere que o agente pode admitir na conduta, mas não admitir a lesão do bem jurídico – **ex**: alguém que aceita a boleia de alguém que está embriagado e tem um acidente. O prof. julga que esta perspetiva não é correta, pois o consentimento não se limita a admitir uma certa ação, ao fazê-lo está a admitir as consequências normais e previsíveis dessa mesma ação.

O quê que em termos dogmático é o consentimento? 3 posições:

1 – Tipo justificador: a conduta do agente que beneficia do consentimento preenche um tipo incriminador, mas depois *a posteriori* é excluída a ilicitude. Esta é a posição clássica/tradicional.

2 – Causa de exclusão da tipicidade: Roxin e prof entendem que o consentimento é uma causa de exclusão da própria tipicidade. Os bens jurídicos são instrumentais por referência à realização da pessoa, são concretizações da liberdade. Todos os bens jurídicos são instrumentais em relação à vida humana e são, portanto, expressão da liberdade da própria pessoa. Se assim é, então, todo o ato de disposição de um bem jurídico é também um ato de liberdade, é a pessoa que prescinde desse espaço de realização plena da sua própria pessoa. Assim, se o agente consente na lesão, significa que deixa de haver bem jurídico para a tutela penal, deixa de haver tipicidade. No quadro da concepção personalista dos bens jurídicos, o bem jurídico não vale por si, vale como realização da liberdade da pessoa. A partir do momento em que a liberdade da pessoa se traduz em renunciar do bem jurídico, não há sequer bem jurídico e, por isso, tipicidade.

3 – Teoria mista: paradigma dualista que se ficou a dever a ??? e é defendida por Figueiredo Dias e Costa Andrade, tendendo a afirmar-se como a doutrina maioritária em Portugal. Segundo o entendimento desta teoria, o consentimento pode nuns casos funcionar como causa de exclusão de ilicitude e noutros casos como exclusão de tipicidade. O critério é o seguinte: o consentimento excluiria a própria tipicidade quando corresse no sentido da própria tutela do bem jurídico (**ex**: convite a alguém para entrar em casa, não preenche o tipo de violação do domicílio), não há sequer lesão do bem jurídico; o sentido da declaração de vontade corre no sentido oposto ao do ordenamento jurídico, a conduta do agente preenche o tipo incriminador, mas depois o consentimento vem excluir a ilicitude. A distinção dos casos em que o consentimento intervém como causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude, deriva do facto da declaração do titular do bem jurídico ser congruente com a valoração do ordenamento jurídico ou ir no sentido oposto, hipótese em que a conduta preenche o tipo incriminador e depois se exclui a ilicitude.

O prof. opõe-se, porque o consentimento respeita apenas a bens jurídicos disponíveis e, nessa medida, os bens jurídicos disponíveis são concretizações de espaços de realização da liberdade, ou seja, se estamos no âmbito da disponibilidade individual o que conta é a liberdade, não interessa se o ordenamento jurídico corre no mesmo sentido ou no sentido contrário do ordenamento jurídico. No quadro da concepção personalista dos bens jurídicos, sempre que haja um ato de consentimento relativamente a um bem jurídico disponível deixa de haver bem jurídico, porque o que se está a proteger é a liberdade, se ela consiste na renúncia daquele bem jurídico, então não há lesão do bem jurídico.

Requisitos objetivos da relevância do consentimento⁵:

1. Bem jurídico disponível do titular – nem todos os bens jurídicos são disponíveis, nomeadamente, os supraindividuais, que têm a ver com a comunidade no seu todo, mas também em bens jurídicos individuais há áreas de indisponibilidade, há certos bens que pelo valor cultural e histórico têm limites a essa disponibilidade (**ex**: quadro que é património mundial) e o mesmo se diga da vida, a vida humana é inviolável por terceiros. Quanto aos bens jurídicos pessoais, a regra, é de que a vida não é disponível (indisponibilidade absoluta), só é disponível pelo próprio titular, mas não por terceiros; são também indisponíveis os direitos fundamentais básicos, que conduzem a uma “morte cívica”, é indigno (**ex**: escravatura); quanto a ofensas à integridade física, ela é disponível, nos termos do art. 149º CP, no entanto, isso não quer dizer que não hajam limites. Quanto aos bens patrimoniais vigora a regra geral da disponibilidade.
2. Cláusula dos bons costumes – não visa a tutela dos bons costumes no sentido moral, é interpretada restritivamente: exclui-se a relevância do consentimento, quando apesar do bem jurídico ser disponível, a lesão se revelar numa lesão grave e irreversível do bem jurídico pessoal, desde que essa lesão não vise a salvaguarda de um bem jurídico tão ou mais valioso. **Ex**: art. 149º.
3. Vontade juridicamente relevante – (1) o consentimento tem de ser anterior ao ato que se consente (≠ desistência). (2) Tem de ser prestado por alguém capaz de consentir (≠ normas jurídico-civis), exige-se que o titular tenha a capacidade de entender o sentido e o alcance do seu consentimento, “o que supõe uma maturidade que é conferida em princípio por uma certa idade e o discernimento que é produto de uma certa normalidade psíquica”, que tem de ser suficiente para avaliar das suas consequências - a lei estabelece um limite formal, os 16 anos. Nos casos em que a pessoa em causa não tenha a capacidade exigida, o consentimento deverá ser feito pelo seu representante, que terá o poder-dever de consentir. (3) Temos de estar perante uma vontade séria, livre e esclarecida, exclui-se sempre que tenha sido prestada em erro (deve ter noção das consequências do que consente, por isso é que em matérias particularmente especiais se exige uma explicação, como acontece com os tratamentos médicos, em que se exige um consentimento informado) ou coação (para afastar a relevância do consentimento, a coação tem de ser jurídico-penalmente relevante, tem de preencher um tipo legal⁶). Terá de se afastar a relevância do consentimento quando o beneficiário do consentimento induz em erro. Um autor alemão, Arzt, veio estabelecer uma diferença: o erro pode respeitar ao bem jurídico ou a outras circunstâncias⁷, quando o erro não respeite ao bem jurídico lesado, mas a outras circunstâncias, o consentimento continua a produzir os seus efeitos, apesar do erro. Roxin considera que existem casos dois casos em que apesar do erro não ser em relação ao bem jurídico se exclui o consentimento: quando se coloca alguém em estado de necessidade ou o erro que induz a pessoa no sentido em que estão

⁵ Independentemente das diferentes conceções dogmáticas, todos os autores exigem os mesmos requisitos.

⁶ **Ex**: Namorada ameaça romper o namoro se o namorado não fizer aquilo que ela lhe está a pedir – não integra um tipo legal.

⁷ **Ex**: médico que promete a A, que em troca do seu sangue, lhe dá uma elevada quantia, mas não o faz, porque se encontra na falência – erra sobre motivos por que consente. não faz sentido punir o agente por ofensa à integridade física, o que há aqui é um crime de burla, porque ele enganou o titular do bem jurídico, que só consentiu a troco de um montante.

em causa outros bens jurídicos e outros interesses, pensa que age em fins altruísticos. Quanto ao erro na declaração, é relevante ou não? Não releva, porque aquele que tem acesso ao consentimento, não tem acesso a outra vontade, se não a declarada – exceção: quando o agente conheça a real vontade do agente, apercebendo-se que ele se equivocou a expressar a vontade, mas se aproveite da situação ou “quando sobre este impenda um dever jurídico de esclarecimento.”

4. É livremente revogável a todo o tempo – este ponto demarca a moderna doutrina da anterior, que o entendia como um negócio jurídico/contrato privado. No entanto, se da revogação resultarem prejuízos, o agente poderá ter de indemnizar.
5. Não se exige especial forma do consentimento - desde que o meio seja adequado para expressar a vontade séria, livre e esclarecida. A declaração de vontade que pode ser expressa (oralmente ou por escrito ou até por linguagem gestual) ou por atos concludentes (consentimento tácito – determinados atos de onde se pode retirar tal aceitação) – **ex**: levar carro de amigo para buscar outro e o titular não reage.

Requisito subjetivo: o agente tem de saber que está a atuar a coberto do consentimento, se não souber o ato é um ilícito típico e será punido, nos termos do art. 38º, nº4 – com este regime o prof. concorda, não concorda é com a aplicação analógica deste regime às restantes causas de exclusão de ilicitude.

Consentimento presumido (art. 39º):

Caso em que o titular do bem jurídico que tem a capacidade e legitimidade não está presente e não conhece a situação, mas é de presumir que se conhecesse, ele consentiria - muitos destes atos são praticados no interesse do titular. “Do que se trata pois aqui é de situações em que o titular do bem jurídico lesado não consentiu na ofensa, mas nela teria presumivelmente consentido se lhe tivesse sido possível pôr a questão.” **Ex**: vizinho de arromba a porta para salvar os tapetes persas da inundação e não há como que comunicar com o titular, porque ele está a dar a volta ao mundo e não tem telemóvel.

O consentimento presumido depende dos 2 primeiros requisitos do consentimento expresso (“o art. 39º, nº1 manda equiparar ao consentimento efetivo”), mas quanto aos outros, tudo se presume, porque dizem respeito à vontade do titular - também se fala em estado de necessidade de decisão. Apenas se verifica quando não se pode obter a legítima declaração expressa do legítimo titular.

Tem de se presumir no critério no Homem particular, porque estamos no domínio de liberdade, da total disponibilidade dos bens, aquele que vai presumir o consentimento, vai tentar ficcionar aquela que seria a declaração de vontade do legítimo titular do bem naquela concreta situação, mesmo que vá contra o critério do Homem médio, há que reconstruir a vontade individual. **Ex**: a porta tem valor sentimental superior aos valores dos tapetes persas. Mas e se o vizinho não soubesse? Não se negaria o consentimento presumido, porque deve se reconstruir na medida do possível, dos dados que tem ao seu dispor, deve se determinar a vontade do concreto agente, mas apenas o pode fazer tendo em conta os conhecimentos disponíveis. O critério que vai presidir o consentimento presumido é a reconstrução da vontade do concreto titular do bem jurídico, mas tendo em conta os conhecimentos disponíveis. É um exercício de refazer a vontade do concreto titular do bem jurídico.

Por outras palavras, “o nº2 do art. 39º reporta a eficácia daquele ato não ao interesse do lesado, mas à suposição razoável de que ele teria consentido (de que essa teria sido a

sua vontade) se conhecesse as circunstâncias em que o facto é praticado. O pensamento fundamental que lhe preside reside por conseguinte em que a autodeterminação do lesado não é ofendida quando o agente, numa consideração objetiva e *ex ante*, pratica solidariamente o facto numa situação em que uma decisão não pode ser retardada. Como bem conclui Stratenwerth, o interesse do lesado não constitui, assim, mais do que um indício (refutável) daquela que teria sido presumivelmente a sua vontade. Essencial é que se verifique, por uma parte, a necessidade de uma decisão que não pode ser retardada e, por outra parte, a impossibilidade de ela ser tomada pelo interessado.”

Consentimento hipotético:

É uma figura que surgiu há relativamente pouco tempo e que envolve um alargamento do consentimento presumido. Ficou a dever-se a Kühlen e conta com a adesão de Figueiredo Dias, contudo, o prof não aceita esta figura.

São casos em que o agente ficciona qual seria a vontade do legítimo titular só que o agente tem a possibilidade de obter a declaração de vontade expressa, só que não o faz – **ex:** quadro do ex-marido, partiu do pressuposto que a mulher queria que o desfizesse, mas não há o estado de necessidade de decisão.

A doutrina entende que devia ser equiparado ao consentimento efetivo, desde que a *posteriori* ratificado pelo titular. Em suma, segundo esta orientação, “deve em todo o caso ficar excluída a ilicitude do facto quando vier a provar-se, segundo um juízo *ex post*, que o consentimento teria sido dado se a declaração de vontade tivesse tido lugar.”

Regime especial previsto para os tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art. 156º e 157º + 150º):

De acordo com o nº1 do art. 150º: *As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, **não se consideram ofensa à integridade física.***

No art. 156º, o bem jurídico em causa é a liberdade, porque ninguém pode ser curado à força. Quem intervier, até com as melhores intenções, sem a autorização do paciente é punido. Também aqui é possível o consentimento presumido, nos termos do nº2.

No art. 157º, (*salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica*) está previsto o **critério do privilégio terapêutico**, em que o médico fica legitimado a ocultar parte da verdade que possa prejudicar o tratamento.

10.03.17

Há um conjunto de figuras que a doutrina tende a qualificar como tipos justificadores, no entanto, vamos concluir no sentido, com exceção de um caso (obediência hierárquica), que não são causas de exclusão da ilicitude, mas de tipicidade.

Atuações oficiais:

No exercício das suas competências e atribuições públicas, alguns órgãos públicos do Estado, no desempenho das suas funções, praticam condutas que na sua exterioridade parecem preencher certos delitos, mas o facto de corresponderem ao exercício das suas competências, entende-se que o dever de atuar exclui a ilicitude do facto – **ex**: escuta telefónica numa investigação criminal; prisão preventiva preenche o crime de sequestro, testemunhas podem ser levadas sob custódia preenche o tipo de coação; busca domiciliar preenche o crime de domicílio.

O órgão é obrigado a prosseguir a tais diligências e se não desencadear esses expedientes pode inclusivamente ser punido. A doutrina entende que estas normas que autorizam e, muitas vezes, impõem a certos órgãos públicos atuações que preenchem um tipo de crime, consubstanciam-se em tipos justificadores.

O prof discorda: como é que podemos qualificar de típica a conduta, quando a omissão dessa conduta pode constituir crime? O conteúdo a atribuir aos tipos legais deve ser determinado no quadro do sentido que o tipo legal assume no quadro do sistema, em congruência com todos os restantes tipos legais. O sentido e a amplitude dada a cada tipo justificador deve ser dada numa relação de congruência com todos os tipos legais. Todas estas condutas verdadeiramente não preenchem o tipo, a autorização oficial é uma verdadeira causa de exclusão da tipicidade.

Atuação em substituição do órgão oficial:

Verifica-se quando o particular é autorizado pela lei a realizar certos atos que em princípio cabem à autoridade oficial, mas em casos em que a autoridade oficial não pode intervir em tempo útil – **ex**: caso de flagrante delito. A atuação preenche, na sua exterioridade, um tipo legal, todavia, são atos que são autorizados por lei, em substituição da autoridade oficial, porque em tempo útil ela não pode intervir. “O direito ou o poder de atuação legítima dos particulares em lugar do Estado ou dos seus órgãos funciona como medida provisória de realização da ordem jurídica.” Materialmente tem a mesma natureza que a atuação oficial, por isso temos de concluir que exclui a própria tipicidade, não preenche sequer o tipo legal de crime.

Autorizações oficiais:

Existem atividades lícitas, mas que são perigosas, são as áreas do risco permitido. Nessas áreas, o legislador faz uma ponderação de custo-benefício, entre os benefícios sociais que resultam da atividade em causa e os seus perigos – **ex**: tráfego rodoviário, indústria farmacêutica, etc. como tal, estabelece um limite de tolerância de perigo através de normas de cuidado, que desde que respeitadas a conduta não é ilícita, não há desvalor de ação, porque respeitou as normas e a conduta é lícita.

Como é que o legislador define o risco permitido? Muitas vezes fixa na lei ou atribui a um órgão administrativo a tarefa de ver se em concreto estão reunidos os pressupostos do risco permitido – **ex**: autorização de carta de condução. A doutrina diz que esta decisão administrativa é uma causa de exclusão da ilicitude, o prof discorda, porque estas situações reconduzem-se à averiguação do risco permitido, que exclui a própria tipicidade da conduta, são por isso causas de exclusão da tipicidade do facto.

E se houver um erro por parte da autoridade administrativa? Neste caso, a autorização não é válida, não pode produzir efeitos e a conduta é típica, perde o carácter de causa de exclusão de tipicidade, é ilícita.

Quando o vício é apenas imputável à autoridade administrativa, fala-se que há uma certa acessoriadade da dogmática penal com a administrativa, dependendo da natureza do vício do ato. Se a decisão estiver ferida de um vício de nulidade, diz-se que a autorização não tem qualquer efeito de exclusão nem da ilicitude, nem da tipicidade; se o vício for tão-só o da anulabilidade, a autorização produzirá os seus efeitos e excluirá a tipicidade.

O prof entende que o DP não se deve subordinar ao DA, pois as questões poem-se de maneira diversa, por isso entende que há situações de anulabilidade onde não se justifica a exclusão da tipicidade e situações de nulidade em que se justifica - tudo deve ser analisado caso a caso de acordo com a teleologia do DP.

As autorizações oficiais verificam-se a partir do momento em que as condutas praticadas ao abrigo de uma autorização oficial são condutas lícitas, por isso é uma verdadeira causa de exclusão da tipicidade.

Ordens de serviço:

As ordens de serviço respeitam à matéria de obediência hierárquica, são os casos em que o superior hierárquico dos órgãos administrativos dá uma ordem a um inferior hierárquico, sendo que o cumprimento dessa ordem leva implicada a prática de um crime. Coloca-se a seguinte questão: se o inferior hierárquico obedecer a essa ordem, será ele responsabilizado? A obediência hierárquica exclui a ilicitude?

Teoria da hierarquia – é defendida pelos administrativistas, que privilegiam considerações de ordem e disciplina da AP. Entendem que o inferior hierárquico devia ser sempre obrigado a cumprir as ordens do superior hierárquico, independentemente da natureza do ilícito (“obediência cega”). Assim, o inferior hierárquico ficaria sempre desresponsabilizado e o único responsável seria o superior hierárquico. Esta teoria foi atenuada e deu lugar à Tese da Respeitosa Representação, que defende que nos casos em que o inferior hierárquico toma consciência da ilicitude da ordem, deve comunicar a ilicitude ao superior hierárquico e pedir a confirmação por escrito da ordem – a partir daí a solução seria a mesma que a anterior.

Teoria da legalidade – considera que, por um lado, o inferior hierárquico é um ser autónomo e dotado de responsabilidade, e que, por outro lado, está vinculado a deveres de obediência, mas deveria sempre recusar-se a cumprir uma ordem que conduzisse a um ilícito em geral. Teve uma limitação, porque os seus autores vieram a consagrar uma restrição: o inferior hierárquico só deveria desobedecer no caso da ordem conduzir a um ilícito criminal. Nestes casos, o inferior hierárquico pode e tem o dever de desobedecer e se não o fizer será responsabilizado pela prática do crime, juntamente com o superior hierárquico.

Direito Português (art. 271º CRP + 36º, nº2 CP) – veio estabelecer a doutrina da legalidade, mas distingue, nesta matéria, consoante a ordem do superior hierárquico conduza a um ilícito de natureza penal ou a um ilícito de natureza não penal. No nº 2 vem consagrada a tese da respeitosa representação, segundo a qual o inferior hierárquico deve comunicar a ilicitude da ordem ao superior hierárquico e pedir a confirmação da mesma por escrito; se o superior hierárquico mantiver a ordem, ele é obrigado a cumprir, mas não será responsabilizado (desde que seja um ilícito não penal). Por outro lado, quando a ordem conduza à prática de um ilícito penal, um crime, dispõe o nº3 que o inferior hierárquico deve desobedecer à ordem, tem o direito e o dever de o fazer, se não o fizer será também responsabilizado pela prática do crime. O art. 36º, nº2 CP consagrou precisamente esta disciplina. Podem haver atenuações da culpa, pois o inferior hierárquico pode estar numa situação de coação e podem haver situações em que é menos censurável ao agente, mas isso

não exclui a ilicitude, nem a tipicidade e será punido, a conduta é típica e ilícita, o problema da sua punição dependerá da sua culpa. Deste modo, as ordens de serviço ou a obediência hierárquica não excluem a ilicitude, nem a tipicidade, não é uma causa da exclusão da tipicidade, nem da ilicitude (271º, nº3 + 36º, nº2).

Dever de correção dos pais e dos professores:

A formação de um jovem exige a criação de normas, de regras de conduta, para que ele tenha, no futuro, uma vida adulta responsável. Nesse sentido, em relação a quem exerça os poderes e as responsabilidades parentais são atribuídos poderes-deveres (direito subjetivo exercido no interesse de outra pessoa), o poder-dever de educação e formação deve ser exercido no interesse do jovem para vida adulta responsável.

Esse poder-dever, por vezes, limita direitos fundamentais – **ex:** não saís de casa à noite, sequestro. A doutrina tradicional diz que em relação a estas condutas que preenchem tipos incriminadores, o dever de correção funciona como um tipo justificador, desde que o comportamento na sua exterioridade seja adequado à situação concreta, seja um castigo moderado, com a intenção da preparação do jovem para uma vida adulta responsável, excluindo a ilicitude da conduta.

O prof discorda, porque o sentido de cada tipo legal deve ser entendido no contexto global da ordem jurídica e tendo em atenção os restantes tipos legais. O dever de correção são práticas que restringem a liberdade do menor, mas desde que (1) exercidos de forma moderada, (2) adequada à situação e (3) sempre com a intenção de preparar o jovem para uma vida adulta responsável, estes comportamentos não preenchem sequer o próprio tipo. Temos de medir o desvalor das condutas no contexto de adequação social, apelando para a ideia de que a conduta que preencha os requisitos enunciados previamente não é sequer típica.

As figuras suprarreferidas não esgotam os tipos justificadores, pois de acordo com o princípio da unidade da ordem jurídica, aplicam-se todos os tipos justificadores de todos os ramos de Direito no DP.

16.03.17

A CULPA

O ilícito traduz o desvalor pessoal-objetivo, como ato humano em geral, um desvalor jurídico-penal, mas afirmar o ilícito não significa que uma conduta seja criminosa, é necessário que ela seja censurável ao concreto agente. No quadro de uma conceção do ilícito pessoal, o que se valora no âmbito do ilícito e da culpa é a mesma unidade subjetiva-objetiva, só que no ilícito como se a conduta tivesse sido praticada por uma pessoa qualquer, pelo Homem médio, é um desvalor pessoal-objetivo, ao passo que o juízo de culpa recai sobre o Homem concreto. Para termos um crime é necessário que esta conduta seja censurável à luz do critério do Homem médio, mas que também o seja aquando do concreto agente – **ex:** inimputável, incapaz de culpa. Se o juízo de ilicitude exprime o desvalor da conduta como se tivesse sido praticado pelo Homem médio, como um desvalor pessoal-objetivo, a culpa exprime o desvalor subjetivo, como ato do concreto agente.

Só se pode censurar alguém quando a pessoa é livre de praticar ou não aquele ato, apenas nestes termos se lhe pode dirigir uma censura. A palavra-chave é então: liberdade.

Teses deterministas – caracterizam-se pela negação da liberdade humana, o fenómeno humano seria explicado como os fenómenos naturais, através de regras da causalidade, assim, a liberdade seria uma aparência do Homem comum.

Teorias da representação (séc. XIX) – é a expressão das teses deterministas. Defendem que o Homem seria provocado por estímulos exteriores e todas as suas ações seriam automáticas, condicionadas causalmente por fatores endógenos e exógenos. Existiria uma diferença entre o fenómeno humano e os fenómenos naturais, mas não de natureza qualitativa, antes de natureza quantitativa, já que o fenómeno humano é mais complexo e nele intervém um maior número de condicionantes, daí que seja mais difícil às ciências humanas prever o comportamento humano. No entanto, tinham fé que podiam determinar todas as condicionantes e, no futuro, prever todas as consequências que delas adviriam

Tese da culpa da vontade – reconhecem que o Homem é provocado por estímulos exteriores, só que perante eles tem a liberdade de escolher os motivos da sua conduta - não defendem um livre arbítrio. Admitem que todos estamos condicionados por fatores endógenos e exógenos, mas para além de todas estas condicionantes, reconhecem que há uma margem em que Homem decide pelos seus atos. Advogam um indeterminismo relativo, que o torna o Homem livre e responsável pelos seus atos.

O argumento científico que se opõe a esta última tese é que a liberdade não se pode provar, pelo que a culpa não seria demonstrável e não seria aceitável. Este é um ponto de partida falso, porque tal como não se prova a liberdade, também não se prova o contrário.

A liberdade é um pressuposto antropológico essencial, corresponde a um modo de entender do Homem e das suas relações. O Homem na experiência social considera-se livre e considera-se responsável, por isso, muitos autores que, mesmo no plano científico e filosófico partem do pressuposto de que não existe liberdade, no plano jurídico entendem que se deve partir da existência da liberdade como hipótese de trabalho, ou seja, deve aproveitar-se a aparência de liberdade como instrumento de controlo social. Esta tese é agnóstica, porque não toma posição quanto à essência da liberdade, até pode aderir a posições deterministas, mas no plano da regulamentação jurídica deve se aproveitar a aparência de liberdade e a ideia do Homem comum de que é livre como instrumento de controlo social. Assim, aceitam a culpa como ficção necessária.

O prof. parte de uma ideia compreensiva, de uma fé laica, da ideia da liberdade do Homem e do seu sentimento de responsabilidade. A ideia da liberdade como um pressuposto antropológico essencial que resulta de verdades de adesão, há um elemento de adesão, mesmo em relação àqueles que não aderem à ideia da liberdade, reconhecem que ao nível da regulamentação jurídica não se pode partir de outra ideia que não a liberdade. O DP só pode cumprir a sua função a partir do momento que aproveite a ideia de consciência da liberdade humana e trabalhar a culpa, no mínimo, como uma ficção. Não se pode construir um sistema penal fundado que não na liberdade, nem na culpa, nem que seja apenas enquanto uma ficção.

A ideia da liberdade humana não se esgota na prática do ato individual, esgota-se na própria formação da personalidade de cada um. Todos nós, ao longo da nossa vida, temos efeitos de *feedbacks*, vamos adquirindo hábitos e tendências, um património de atos automáticos, que vão fazendo parte do nosso modo de ser. Temos fatores endógenos, da nossa constituição bio-fisiológica, mas partindo dessas condicionantes, bem como das exógenas, o que é facto é que a cada ato vamos construindo o nosso modo de ser. Somos obras de nós mesmos e, por isso, somos responsáveis por nós mesmos. Dia-a-dia, vamos nos modelando e construindo, por isso somos, nem que seja só em parte, obras de nós mesmos.

Deste modo, há comportamentos que na sua objetividade são idênticos, mas quando praticados por pessoas diferentes adquirem um sentido distinto, porque a ação humana é a expressão exterior de uma determinada atitude pessoal. Assim, comportamentos materialmente idênticos, quando praticados de pessoas diferentes, adquirem sentidos diversos.

A culpa é a avaliação do ato como exteriorização do modo de ser do concreto agente. No plano jurídico-criminal a culpa envolve um juízo de valor pela prática de um ilícito típico, que envolveu a lesão ou a colocação em perigo de um bem jurídico essencial. Essa atitude pode assumir uma de 2 modalidades: dolo ou negligência. O dolo e a negligência não são realidades psicológicas, o dolo é a expressão de uma contrariedade ou de indiferença, a negligência é tão-só uma expressão de descuido, de uma violação de um dever objetivo de cuidado, de leviandade censurável, mas menos que a atitude dolosa. A diferença está na valoração da atitude pessoal que manifesta no facto. O dolo é a manifestação de uma atitude de contrariedade ou indiferença face a um dever-ser jurídico-penal, tal é-lhe imputado e, por isso, o agente é responsabilizado. Na culpa dolosa o agente sobrepõe os seus interesses aos interesses fundamentais da comunidade, na negligência há apenas uma leviandade, ainda que censurável.

Deste modo, o prof adere à ideia central da Teoria da Culpa na Formação da Personalidade de Eduardo Correia, mas não adere a tudo, apenas à ideia de liberdade no quadro do indeterminismo relativo.

A culpa é uma censura individual, valora-se como ato pessoal. A culpa dolosa traduz-se na atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal.

Conceção de Figueiredo Dias— fala da culpa da pessoa e da ideia de liberdade, mas a liberdade não é mais do que uma palavra, pois a sua conceção é determinista, nega a liberdade da vontade, porque ela não se pode comprovar cientificamente. FD parte do pressuposto de que em cada situação o Homem agiu, porque agiu, porque não podia agir de outra forma, era a expressão do seu modo de ser. Assim, a liberdade reside em ele poder revelar em todos os seus atos a sua natureza. Há uma espécie de ADN que condiciona todas as suas reações, em todos os momentos da sua vida. A ideia central é: o agente agiu assim, porque é assim e não podia ter agido de outra forma. FD diz que ele é responsável por ser assim, na base de uma filosofia existencialista, considerando que há um momento essencial em o Homem se decide sobre si mesmo. Nas palavras do mesmo: “O Homem tem que se decidir a si e sobre si, sem que possa em qualquer momento furtar-se a tal decisão. Há uma decisão através da qual o Homem se decide a si mesmo, criando o seu próprio ser ou afirmando a sua própria essência. O Homem determina a sua ação através da sua livre decisão sobre si mesmo. De modo que, aquilo que, no plano da ação, parece ser liberdade de indiferença, de livre-arbítrio, é, no plano do existir, a liberdade de decisão pelo próprio ser e sentido, a opção fundamental pela conformação da sua vida: a liberdade daquele que tem de agir assim por ser como é.”

O prof. não concorda, na sua opinião, esta tese é tão ou mais indemonstrável do que a liberdade da vontade. As decisões últimas são raras e não condicionam absolutamente o modo de ser das pessoas.

A vontade é o “órgão da liberdade”, é a função que nos permite escolher entre opções de conduta. É na liberdade da vontade que o prof entende a culpa como juízo de censura, é a liberdade que fundamenta a censura que se dirige a alguém que praticou um ilícito típico, porque se entende que ele podia não o ter praticado e por isso é responsável - conceção normativa de culpa.

Caracterização da culpa no plano dogmático:

Dentro de certos limites, o Homem é responsável pelos seus atos, isto está subjacente à conceção da culpa enquanto juízo de censura pela atitude de contrariedade ou de indiferença perante os valores jurídico-criminais. A pena não deve de implicar uma ideia retributiva, adotando-se uma conceção unilateral ou unívoca da culpa.

O DP limita-se à simples tarefa de proteção de bens jurídicos, logo, a referência à responsabilidade do Homem pelos seus atos funciona como limite do sancionamento, as

penas não poderão ir além da medida da proporcionalidade com a culpa → não há pena sem culpa, nem a pena pode ultrapassar a proporcionalidade da culpa, a culpa é pressuposto da pena, mas não seu fundamento (conceção unilateral/unívoca da culpa). O DP assenta na função preventiva, logo, sendo a culpa um elemento do crime (sem culpa, não há crime), esta tem uma função limitativa do *ius puniendi* penal imposto pela dignidade humana, o Homem não deve ser instrumentalizado para fins que o transcendem, ou seja, a pena não deve ultrapassar a medida da proporcionalidade com a culpa.

Fazendo uma contraposição entre o ilícito pessoal doloso e a culpa dolosa, o ilícito doloso exprime o sentido que o ato teria se fosse praticado pelo Homem médio, já a culpa dolosa vai se centrar no sentido que o ato tem no concreto agente. A ilicitude traduz um conteúdo objetivo de antinormatividade, a culpa um conteúdo subjetivo da mesma antinormatividade.

“A prática pelo agente de um facto ilícito típico não basta em caso algum para, na sua base, àquele possa aplicar-se uma pena. A aplicação da pena – como terminantemente afirma o art. 40º, nº2 – supõe sempre que aquele ilícito típico tenha sido praticado com culpa. A culpa é a censurabilidade por o agente ter agido como agiu e nisto se traduz a conceção normativa da culpa. O poder de agir de outra maneira dir-se-á requisito irrenunciável da culpa.”

A culpa vai funcionar pela negativa, vamos analisar os casos em que o Homem concreto se desvia das características do Homem médio, e, por isso, o seu ato adquire um sentido diferente daquele que adquiriria se praticado pelo Homem médio. Estudamos a culpa pelas causas de exclusão da culpa, os fundamentos que retiram ao ato do concreto agente o sentido que teria se praticado pelo Homem médio.

São causas de exclusão da culpa a inimputabilidade (art. 19º e 20º), a inexigibilidade e o erro sobre a ilicitude (art. 17º) – qualquer uma destas situações exclui a culpa, retira ao ato do concreto agente o desvalor que teria se tivesse sido praticado pelo Homem médio, pois implicam um desvio do Homem concreto em relação ao Homem médio.

Inimputabilidade (art. 19º e 20º):

A inimputabilidade é o conjunto das características pessoais que o agente deve ter para que sobre ele possa incidir a censura penal. A inimputabilidade manifesta-se nas diferenças endógenas do concreto agente. A conceção de inimputabilidade varia consoante as conceções de culpa. Podemos distinguir 3 paradigmas:

Paradigma biopsicológico – conceção típica do positivismo, dos que negam a liberdade humana, explicando o comportamento humano através de fenómenos causais-naturalísticos. Assim, a inimputabilidade, traduzir-se-ia na doença psicológica atinente à dimensão intelectual, da percepção, do entendimento. O inimputável é um ser diferente que responde aos estímulos de modo diverso que o Homem médio. Deste modo, a inimputabilidade seria uma doença psíquica, com substrato biológico, que se traduz numa anomalia das funções intelectuais de representação, percepção e avaliação, que levem a que as reações do concreto indivíduo sejam anómalas e diversas das do Homem comum. Esta visão só é compreensível numa conceção positivista e determinista.

Paradigma normativo – reconhecimento da autonomia do universo normativo em geral e que deve implicar o reconhecimento do espaço de liberdade. Funda a inimputabilidade tanto numa doença da representação, como da vontade, correspondendo esta a toda a anomalia psicológica que impeça o agente ou de avaliar a ilicitude do ato ou de se autodeterminar de acordo com essa avaliação. É o paradigma dominante na doutrina e na lei (art. 20º). Esta é uma conceção abrangente, nesta cabem não só os que defendem a existência

da liberdade humana, mas também os indeterministas e os autores que no plano filosófico e científico são deterministas, mas que no plano jurídico entendem a liberdade e a culpa como uma ficção necessária.

Paradigma compreensivo (Figueiredo Dias) – o ser livre é aquele que age realizando a sua própria natureza, tanto o imputável como o inimputável são livres, agem assim, porque são assim. O inimputável não deve ser punido não porque não é livre, mas porque o código de liberdade dele é tão diferente, que é incompreensível, o juiz não compreende a conduta como um ato humano. A diferença não é essencial, porque ambos agem em nome de uma liberdade, que é o seu próprio modo de ser, o juiz não só não formula o juízo de culpa, como não consegue sequer entender o ato. Assim, a inimputabilidade é um obstáculo à culpa, não uma causa de exclusão de culpa. O juiz não chega sequer a poder formular o juízo de culpa, porque para tal tem de chegar a compreender o seu ato e ele não é compreensível como um ato de uma pessoa. FD refere: “a anomalia psíquica destrói as conexões reais e objetivas de sentido da atuação do agente, de tal modo que os atos deste podem porventura ser “explicados”, mas não podem ser “compreendidos” como factos de uma pessoa ou de uma personalidade (...) impedindo que se ofereça à contemplação compreensiva do juiz.” Assim, o juiz não consegue “reconstruir objetivamente as conexões de sentido do facto, os nexos que conduziram à transposição de um fenómeno psíquico em um contexto de sentido real.”

No entanto, há 2 modalidades de inimputabilidade, há uma em razão da idade: o comportamento do menor de 16 anos não é compreensível? E as que não cortam a compreensibilidade do facto? Na opinião do prof., esta é uma explicação que não tem verosimilhança, não cobre todas as causas de inimputabilidade. Não há diferenças substanciais entre o imputável e o inimputável. Assenta numa conceção da conduta humana que nos quadros do prof não são aceitáveis.

Vamos partir do paradigma normativo, da aceitação do indeterminismo relativo e da liberdade da vontade como pressuposto do juízo de culpa e vice-versa.

A inimputabilidade está regulada nos art. 19º e 20º e aí se estabelece 2 modalidades de inimputabilidade: em razão da idade e em razão de anomalia psíquica.

A par da inimputabilidade em razão da idade, prevista no art. 19º, temos a Lei tutelar educativa, 147/99, de 1 de setembro, que abandonou a mentalidade e a ideia paternalista da lei tutelar de menores que a precedeu. Esta lei foi muito influenciada por uma lei canadiana e pretende compatibilizar a ideia da proteção do pormenor com a de progressivamente criar no menor o sentido de responsabilidade dos seus atos, em ordem a prepará-lo para uma vida adulta responsável.

Por um lado, consagra um regime assistencial, abrangendo menores em risco, onde se inclui menores em situações que comprometem a sua formação e desenvolvimento.

Por outro lado, tem uma vertente que tem medidas tutelares educativas, que não penas, com teor sancionatório, onde se consagra o predomínio da vertente da ressocialização, com uma finalidade corretiva, educativa e preventiva. Através desta vertente, aplicam-se medidas a menores entre os 12 e os 16 anos que pratiquem ilícitos criminais, contendo um teor sancionatório, com o objetivo de chamar o menor à responsabilidade, criando um sentido de responsabilidade pelos seus atos e tentando-se, assim, propiciar um processo de ressocialização com maiores probabilidades de êxito. Trata-se de uma espécie de regime de transição.

Em relação aos menores de 12 anos vigora apenas o sistema assistencial para tratar dos chamados menores em risco.

Para depois dos 16 anos há o regime dos jovens delinquentes, até aos 20 anos, que estão numa fase de formação da personalidade, já são responsáveis, mas ainda não têm

a maturidade do adulto, por isso, haverá atenuantes. Estes são mais permeáveis à prevenção especial positiva, por isso aplica-se-lhes um regime menos severo. Estes jovens já são imputáveis, mas o regime sancionatório é mais brando, não só atendendo a considerações de culpa, mas também porque não têm maturidade suficiente para avaliar o sentido dos seus atos, dando-se maior prevalência à ressocialização.

“Além das razões expedidas, a colocação da barreira etária intransponível à intervenção penal funda-se em um princípio de humanidade. Deve evitar-se a todo o custo a submissão de uma criança ou adolescente às sanções mais graves previstas no ordenamento jurídico e ao rito do processo penal.”

Ambos os regimes transitórios (entre os 12-16 e 16-20) acabam com os vícios dos cortes formais.

Relativamente à criminalidade na juventude – a ideia da inimputabilidade não é desculpa, não é isso que influencia a criminalidade, é um argumento falso. O grau de culpa impõe que se considere a idade das pessoas, por isso em relação aos menores de 16 anos se justifica a inimputabilidade.

17.03.17

Revisões da última aula:

Vamos adotar a perspetiva de indeterminismo relativo. O ilícito traduz um conteúdo pessoal-objetivo de antinormatividade, ao passo que a culpa traduz um conteúdo subjetivo de contrariedade a uma norma de determinação. Medimos a censurabilidade da conduta no quadro do ilícito pessoal à luz do critério do Homem médio, e no plano da culpa à luz do Homem concreto.

A culpa estuda-se pela negativa, em que medida aquele homem concreto se desvia do padrão do Homem médio? Uma conduta ilícita pode ser considerada não culposa.

Inimputabilidade (art. 19º e 20º) - continuação:

Vamos aderir ao paradigma normativo, que tem como pressuposto a ideia da liberdade humana, de uma liberdade da vontade.

A inimputabilidade respeita aos fatores endógenos e sobre o concreto agente não pode recair um juízo de censura por motivos internos. Por força de qualidades pessoais do agente, sobre ele não pode recair o juízo de culpa. Estamos perante uma incapacidade de culpa.

Temos 2 modalidades de inimputabilidade: em razão da idade (art. 19º - inconvenientes do regime final são atenuados por regimes de transição a jusante e a montante) e em razão de anomalia psíquica (art. 20º).

No art. 20º, nº1 torna-se clara a adesão do próprio Direito Português ao paradigma normativo - *É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.*

Esta inimputabilidade comporta 2 requisitos cumulativos:

- **Elemento biopsicológico:** uma anomalia psíquica;
- **Elemento normativo:** é necessário que em virtude dessa anomalia psíquica o agente ou não seja capaz de avaliar a ilicitude dos seus atos (distinguir o lícito do ilícito, não se apercebe do carácter ilícito da sua conduta – aspeto intelectual)⁸ ou

⁸ Foi a este tipo de doenças que erradamente se chamou, no passado, doenças de representação.

então o agente é capaz de distinguir o ilícito do ilícito, mas não é capaz de se controlar/resistir/determinar, de se comportar de acordo com o que é lícito⁹.

A anomalia psíquica só releva quando se repercute no plano comportamental, inviabilizando a capacidade do agente de distinguir o lícito do ilícito ou de se autodeterminar de acordo com essa avaliação. A anomalia psíquica tem de ser a causa da incapacidade de avaliação ou da sua incapacidade de se autodeterminar de acordo com a avaliação.

O DP é auxiliado por perícias, para determinar se há ou não anomalia psíquica, o grau, o facto de ela ser causa ou não e quais os efeitos que traz.

O juízo de inimputabilidade é duplamente concreto:

1. Porque se reporta ao momento da prática do facto (conexão temporal). Há inimputabilidades permanentes, mas também há passageiras, acidentais, temporárias. É no momento que o crime foi praticado que temos de realizar o juízo de culpa, o que interessa é o estado do agente no momento da prática do facto.

2. O juízo de inimputabilidade não é um juízo global sobre a personalidade do agente, é relacionado com o concreto ilícito típico. A inimputabilidade é sempre reportada à espécie de crime que foi praticado – **ex**: pirómanos são inimputáveis em relação aos crimes com fogo, mas plenamente imputáveis em relação a todos os outros crimes. A inimputabilidade é sempre reportada ao concreto ilícito praticado.¹⁰ Apenas esta conceção respeita os pressupostos do DP do facto. O DP atende à subjetividades dos agentes, mas é uma subjetividade que só pode ser atendida quando encontre expressão na objetividade do facto.

O nº2 do art. 20º vem trazer uma outra figura: a **imputabilidade diminuída** (“capacidade ainda subsistente, mas em grau sensivelmente diminuído”). Os conceitos de valor têm as características da polaridade e da hierarquização, porque não são conceitos “preto e branco”, o que significa que todos eles têm uma graduação e são suscetíveis de mais e de menos, que é o que se passa com a inimputabilidade.

Na imputabilidade diminuída há uma anomalia psíquica grave, pela qual o agente não pode ser responsabilizado, no entanto, esta afeta a sua capacidade, mas não a retira por completo.

O legislador atribuiu ao juiz o poder de tratar esta situação por 2 caminhos distintos: ou considera o agente inimputável e lhe aplica medidas de segurança ou opta pela imputabilidade diminuída e aplica penas e medidas de segurança, sendo a opção devidamente fundamentada na sentença, muitas vezes com recurso a perícias.

Esta decisão deve ser tomada tendo em conta os objetivos de segurança pública e da prevenção especial positiva, respondendo à questão: o quê que é melhor para dar as condições necessárias àquele concreto para que ele tenha a possibilidade de no futuro poder viver em liberdade sem praticar crimes?

No nº3 deparamo-nos com um regime que parece contrariar a lógica dos números anteriores. Este parece convocar algumas ideias avançadas por doutrinas preventivas, em que o que interessava era o resultado das penas. Assim, a influenciabilidade das penas implicava a inimputabilidade, as penas não tinham efeitos, por isso, o agente tinha de ser objeto de medidas especiais.

No entanto, não há contradição nenhuma! A influenciabilidade das penas apenas vale para os casos de imputabilidade diminuída e não é um critério, mas apenas um indício! O juiz perante a comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas, mas

⁹ A este tipo de casos se deu o nome, mais uma vez, erradamente, de doenças da vontade.

¹⁰ Segue-se a mesma ideia do princípio do ilícito típico, em que a consideração da perigosidade não é feita em abstrato, tem de ser vinculada à concreta natureza do crime praticado. A única perigosidade que podemos considerar é aquela que se concretizou naquele facto, ou seja, a possibilidade de o agente voltar praticar crimes daquela natureza no futuro.

ponderando também outras circunstâncias, pode considerar este fator como um indício de uma imputabilidade diminuída. Ainda assim, a ininfluenciabilidade das penas é apenas um elemento de prova, não é a introdução de um novo critério de inimputabilidade e não vale para a inimputabilidade *tout court!* É apenas um indício, um elemento de prova! O juiz, quando opta pela imputabilidade diminuída, na fundamentação poderá invocar como elemento de prova a incapacidade para ser influenciado pelas penas.¹¹

No nº4 vem prevista a ***actio libera in causa***, correspondendo a hipóteses em que o agente se coloca culposamente numa situação de inimputabilidade, “falando-se então de uma «ação livre na causa».” – **ex:** ingestão de bebidas alcoólicas, estupefacientes, etc. – só que ele coloca-se nessa situação para praticar o crime, ele cria artificialmente a situação de inimputabilidade para praticar o crime. Ele preordena a criação de uma situação de inimputabilidade, para a prática de um crime, para poder usufruir da causa de exclusão da culpa e não ser punido. De facto, o agente não estava livre quando praticou o crime, mas foi livre na causa de imputabilidade, por isso, a inimputabilidade não releva, vai ser punido como se fosse plenamente imputável no momento da prática do crime.

Este regime distingue-se do previsto no art. 295º CP - à primeira vista parece uma sobreposição do art. 20º, nº4, mas não, a diferença está na preordenação. No art. 20º, nº4 há preordenação, diferentemente, no art. 295º, o agente colocou-se na situação de inimputabilidade com negligência ou até com dolo, mas sem preordenação. Este crime tem uma característica, é um crime de perigo, o que se pune é o próprio estado de embriaguez ou intoxicação, porque se entende que em certas circunstâncias sejam as bebidas alcoólicas ou os estupefacientes, limitam ou chegam a eliminar certas inibições e a pessoa chega a cometer crimes. Corresponde a uma situação de perigo relevante, mas que não é punida *qua tale*, só se pune quando há uma condição objetiva de punibilidade, quando o agente pratica o ilícito típico, mas o ilícito típico que se exige é uma mera condição objetiva de punibilidade, não está abrangida pelo dolo. Só se pune o perigo quando se concretiza num crime, é uma comprovação *a posteriori* do carácter perigoso da situação de inimputabilidade derivada da ingerência de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes. Por isso mesmo, trata-se de um crime de perigo que só se pune quando se verifica a condição objetiva de punibilidade. O 295º é um crime autónomo, o agente vai ser punido pela embriaguez e pela intoxicação. Diferentemente no art. 20º, nº4, não é um crime autónomo, vai ser punido pelo crime que praticou como se o tivesse feito em estado de imputabilidade, é mais censurável, porque foi preordenado.

23.03.17

O ilícito é a expressão de um conteúdo objetivo de antinormatividade, entre o ilícito e a culpa não existe uma diferença no substrato da valoração, mas no critério (Homem médio e Homem concreto). O juízo de ilicitude é um juízo provisória de culpa, o juízo de culpa vai se traduzir na confirmação desse juízo, a não ser que se verifiquem características pessoais do agente que retirem à conduta o desvalor que teria se tivesse sido praticado pelo Homem médio. Deste modo, a culpa da vontade funciona como elemento material do crime.

Inexigibilidade:

A inexigibilidade respeita aos fatores exógenos do agente. Existem, por vezes, situações excepcionais em que se entende que o DP deixa de ter legitimidade para exigir outro comportamento ao agente, de acordo com as exigências mínimas que se poem ao Homem médio. Deste modo, o DP em certas situações excepcionais não pode exigir que o agente se abstenha da prática de ilícitos, da lesão ou colocação em perigos de bens jurídicos.

¹¹ O prof. não referiu, mas na “sebenta riscada” diz o seguinte: isto apenas seria válido para alguns delinquentes, será o caso dos reincidentes. (ERRADO)

O DP estabelece as condições mínimas a cada cidadão no quadro da convivência comunitária. Assim, há situações em que o DP sente que não tem legitimidade para exigir um comportamento diverso a agente, a conduta não é exigível, logo, não é jurídico-penalmente relevante.

“Ao considerar-se a culpa como censurabilidade do facto em atenção à capacidade do agente para se deixar motivar pela norma (por ter agido ilicitamente, quando podia ter-se comportado de outra maneira), veio acentuar que aquela censura só deveria efetivar-se quando ao agente, na concreta situação, fosse exigível um comportamento adequado ao Direito.”

“As circunstâncias exteriores, na moldura das quais se desenvolve um facto, podem configurar-se de tal maneira (...) que arrastem irresistivelmente o agente para a sua prática, roubando-lhe toda a possibilidade de se comportar diferentemente... Aceitando a exclusão de poder agir de outra maneira por força da situação exterior, necessariamente que com isso fica excluído o pressuposto de toda a censura.”

A ideia de inexigibilidade surgiu por volta dos anos de 1920 (?) e foi introduzida por Freudenthal como causa de exclusão da culpa → este ainda é o entendimento dominante na doutrina portuguesa, mas já não é na doutrina alemã. Na doutrina alemã introduziu-se 3 outras orientações:

1 - A inexigibilidade tem a ver com razões objetivas, com o âmbito de imposição do DP, em que não exige para além daquilo que é exigível ao HM, tem a ver com a definição do âmbito objetivo do dever, daquilo que é devido ou não, segundo um critério do HM, logo a inexigibilidade é verdadeiramente uma causa de exclusão da ilicitude. As normas de DP são de determinação, o conteúdo da norma tem de se pautar por aquilo que é exigível ao HM, não considerando as características individuais do agente, ou seja, do ângulo da censurabilidade individual, mas do desvalor objetivo, consoante na sua objetividade, como ato de qualquer pessoa, sendo ele censurável ou não. Se naquela situação não era exigível ao HM outro compartimento, considera-se que não preenche o desvalor jurídico criminal – entendimento, por exemplo, Welzel.

- Reinhart Maurach – entende que nas situações “ditas de inexigibilidade o que está em causa é que 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 pessoais na situação, pelo que o seu relevo jurídico-penal não pode situar-se na culpa.” Considera que entre a ilicitude e a culpa insere-se uma categoria intermediária que é a responsabilidade pelo facto, que seria a demarcação do âmbito impositivo do dever em nome do HM. “É esta responsabilização pelo facto que deve ter-se por excluída nas situações de inexigibilidade” Assim, a inexigibilidade teria a ver com a demarcação de um âmbito objetivo, a definição objetiva na base do padrão do HM. A inexigibilidade tem a ver com a definição do ilícito, é uma causa de exclusão da ilicitude/tipo justificador/causa justificativa.

2 - Continua a colocar a situação em sede de culpa, mas em termos diferentes. Segundo esta doutrina, não podemos entender a inexigibilidade como causa de exclusão de ilicitude, porque em muitas situações o agente tem a possibilidade de agir diferentemente, ou seja, conforme ao Direito. Assim sendo, entendem que há situações em que o agente se encontra numa situação de coação psicológica que diminui substancialmente a sua culpa, o que faz com que esse grau diminuto de culpa torne a conduta como irrelevante para DP. Deste modo, a inexigibilidade é uma causa de desculpa, ou seja, a inexigibilidade não elimina

totalmente a culpa, porque o agente ainda tinha uma possibilidade de se abster do comportamento, só que esse resto de culpa é insignificante e, por isso, como concretização mitigada da ideia da subsidiariedade e do princípio da última *ratio*, o DP desculpa e excepcionalmente prescinde da punição. Há uma renúncia da ordem jurídica a punir uma culpa que subsiste, mas em grau diminuto. Precisamente porque a não exigibilidade não é uma causa de exclusão da culpa, mas de desculpa, defendem que as causas de não exigibilidade devem ficar subordinados a um princípio de *numerus clausus*, dependente da discricionariedade do legislador. Assim, a inexigibilidade só deve funcionar em alguns casos contados, expressamente previstos na lei. A esse propósito dizem que se concretiza apenas nas situações de estado necessidade subjetivo ou desculpante, conflito de deveres subjetivo ou desculpante, excesso intensivo de legítima defesa desculpante e obediência hierárquica desculpante (em só alguns casos) – apenas nestes casos funcionaria a inexigibilidade como causa de desculpa. Esta é a linha maioritária na Alemanha.

3 - Roxin e alguns dos seus discípulos – são contra a orientação anterior e começam por dizer que não entendem a conclusão. Se, de facto, ainda há culpa, deveria de haver uma punição. Para não haver punição temos de ir buscar o fundamento a outro lado, nomeadamente, a averiguação da culpa e a necessidade de pena. O facto de haver culpa não significa que haverá pena, porque o DP visa bens de defesa social. Nas situações de não inexigibilidade ainda haveria culpa, mas dado o caráter diminuído de culpa e a inexistência de necessidade de prevenção geral e especial, o ordenamento jurídico afastaria a punição. Assim, entende a não exigibilidade como uma causa de exclusão da responsabilidade, baseada em puras considerações de prevenção. Entendem que o fundamento para tal é que o agente praticou o crime com culpa diminuída, mas foi numa situação de crise, excepcional, e que, portanto, não se fazem sentir necessidades de prevenção especial ou geral que justifiquem uma punição - não é necessário, por isso não se aplica a pena.

Na opinião do prof., se estamos a medir a exigibilidade com base no critério do HM, estamos a falar no âmbito objetivo de imposição dos deveres penais. Portanto, há que falar de uma inexigibilidade objetiva e de uma subjetiva.

Inexigibilidade objetiva - contenderá com o critério do HM, sendo uma imposição no âmbito dos deveres criminais, sem atender às características do concreto agente. Uma conduta não é exigível quando em geral, de acordo com o HM, comportamento não seria diferente, assim, se a situação não é contrária à norma/regra/habitual, logo, não é ilícita.

Inexigibilidade subjetiva - no plano da valoração do agente, pode bem suceder que atendendo às características pessoais e individuais daquele agente não possa ser possível exigir que atue conforme ao HM. Nestes casos, estaremos perante uma situação em que ao HM era exigível atuar de outra maneira, mas àquele concreto agente já não era, atendendo aos fatores pessoais/exógenos não era exigível comportamento diverso. Aqui já estamos no plano da culpa, porque é avaliável de acordo com o concreto agente. A partir desta distinção vamos encontrar 2 tipos justificadores supralegais.

A posição dominante em Portugal continua a defender a inexigibilidade como uma causa de exclusão da culpa. No entanto, na opinião do prof., verificam-se 2 contradições da doutrina portuguesa:

1. Qual é o critério que os autores subordinam à inexigibilidade? O critério do HM (“Homem honesto e normalmente fiel ao Direito”). Contudo, a culpa penal é a culpa do homem concreto, logo estão a confundir as coisas. Na caracterização das concretizações do estado necessidade esta contradição mantém-se na base de critérios objetivos, que não têm a ver com a culpa, mas com a definição do facto.

2. Ao contrário da doutrina alemã dominante que entende a inexigibilidade como uma causa de desculpa, a doutrina portuguesa entende como uma causa de exclusão da culpa, só que restringe aos casos que estão concretizados na lei. Se exclui a culpa como é que se vai reduzir aos casos previstos na lei? O DP português é um DP da culpa, ou seja, o respeito pelo princípio da culpa é uma decorrência da própria CRP, as normas penais que a violarem são inconstitucionais, se assim é, não podemos restringir a inexigibilidade às concretizações legais. O legislador não pode prever todas as situações que devido a fatores endógenos se exclui a culpa, terá se de ser averiguado caso a caso, caso contrário estamos a ficcionar a culpa. Eduardo Correia dizia que a não inexigibilidade é uma cláusula geral de exclusão da culpa, desde que se verifique em concreto.

O prof entende que a inexigibilidade tem de ser analisada em 2 níveis, temos de analisar uma inexigibilidade objetiva, oferecida em nome do critério do HM, que se traduz num tipo justificador, abrangendo todas situações que à luz do critério do HM não é de exigir de qualquer pessoa comportamento diverso, não considerando a individualidade do agente, mas como facto geral. Por isso entende que todos os tipos justificadores se fundam na inexigibilidade. Diferentemente da inexigibilidade subjetiva que se centra no poder de agir diferentemente.

Concretas manifestações da não inexigibilidade:

Para FD as manifestações da não inexigibilidade são *numerus clausus*, na ótica do prof tem caráter meramente exemplificativo, não esgotam as situações de não inexigibilidade, já que terá se averiguar subjetivamente, sempre que em concreto, seja de considerar que não era possível ao agente tomar uma conduta diversa. Para além disso, atente-se no art. 1º, nº3 que só limita o intérprete na utilização dos mecanismos de interpretação e integração de lacunas em matéria de fundamentação e agravação da responsabilidade penal. A posição dos autores que defendem a taxatividade dos casos de inexigibilidade não parece pois sufragar, também o intérprete penal está vinculado à justiça do caso concreto, assim, os casos previstos na lei funcionarão como concretizações de uma ideia que ajuda o legislador a densificar o conceito de não exigibilidade, mas não exclui o seu alargamento (mesmo com recurso à própria analogia) a situações semelhantes.

Excesso intensivo de legítima defesa (art. 33º) – o agente vai para além do que era necessário, há um excesso nos meios. O legislador diz que o facto é ilícito, mas que a pena pode ser especialmente atenuada - é agarrando-se a esta expressão legal que se entende que se exclui a culpa e não a ilicitude. No entanto, o prof. considera que o elemento literal não implica que circunscrevamos a inexigibilidade à exclusão da culpa, assim, consoante o excesso se traduza numa inexigibilidade objetiva ou subjetiva, será um problema de exclusão de ilicitude ou de culpa, respetivamente. Exclui-se a ilicitude quando aquele excesso não for de censurar ao Homem médio, quando o homem honesto e fiel ao direito também teria excedido; ao passo que se exclui a culpa quando aquele excesso não for de censurar ao Homem concreto.

No excesso intensivo de legítima defesa de natureza esténica, há um dolo de agredir, que se ficar a dever a cólera, ao desejo de vingança, o agente defende-se, mas quer também fazer justiça pelas próprias mãos, assim, apenas funciona uma atenuação especial da pena, porque ele exerce violência, mas foi provocado antes, mas é censurável, porque é exigido ao HM que não use de esforço.

No excesso intensivo asténico (nº2 do art. 33º) não há dolo, o agente tem sempre o ânimo de defender-se, há uma situação de erro, são pessoas tímidas e reservados que

perante uma situação de pressão e tensão perdem a noção da medida, não querem agredir, querem defender-se, mas não têm a noção da necessidade de defesa. Considera-se que a punição do excesso deve pautar-se pelo HM, em que em certos casos não é censurável que exceda. Há que distinguir consoante estejamos a analisa-lo no plano da inexigibilidade objetiva ou subjetiva, se estamos no plano do HM é uma verdadeira causa de exclusão da ilicitude (art. 33º, nº2). Assim, é causa de justificação supralegal, moldada sobre o excesso de legítima defesa (art. 33º, nº2), através de uma analogia *iuris*, que só é proibida quando é desfavorável, neste caso não é, por isso é legítima.

Estado de necessidade subjetivo ou desculpante (art. 35º) – o circunstancialismo fáctico é o mesmo que o do art. 34º, com algumas diferenças. Tem de haver uma coação psicológica forte, a lei portuguesa não exige que haja uma relação familiar (a alemã exige), porque existem relações que traduzem uma proximidade existencial tão grande ou maior do que os vínculos familiares. Se for no auxílio de terceiro tem de ser uma coação psicológica suscetível de criar no agente uma coação psicológica tão forte que crie um sentimento equiparável como se fosse um bem jurídico próprio. Alguma doutrina diz que, sobretudo para casos que seja em auxílio de terceiro, se deve afastar a inexigibilidade quando houver uma desproporção abismal entre os bens jurídicos em causa, valendo tanto para a inexigibilidade objetiva como para a subjetiva, não se devendo afirmar a não exigibilidade. O juiz, caso a caso, tem de ponderar estes aspetos.

A doutrina converge que os pressupostos fácticos são os mesmos que os do art. 34º, apenas se diz que não tem aplicação a alínea c. Todavia, o art. 35º no nº1 limita o estado de necessidade como causa de exclusão da culpa apenas em casos em que estejam em causa bens jurídicos pessoais - quando o bem jurídico em perigo for de outra natureza, rege o nº2. Os bens pessoais contendem com o essencial da pessoa e criam uma situação de coação psicológica mais intensa, capaz de afastar a culpa, quando não lhe seja exigível uma conduta diferente. Já tratando-se de bens jurídicos de outra natureza, a coação psicológica é menor, logo, por regra, não comporta a não exigibilidade, comporta culpa, diminui-a, mas não a exclui, atenua-se apenas a culpa. No entanto, excepcionalmente, podem haver casos em que se exclua a culpa total – **ex**: alguém que esteja em risco de perder a casa de família.

Eduardo Correia explicava os diferentes regimes consagrados no nº1 e no nº2 na base de uma graduação de exigibilidade de culpa. Figueiredo Dias vem na linha da doutrina alemã falar na inexigibilidade total com exclusão na culpa só no nº1, considerando que o nº 2 nunca exclui totalmente a culpa, há antes uma coação psicológica que diminui a culpa, só que pode o agente ser dispensado de pena por não haver necessidade de pena, no âmbito da prevenção especial – **ex**: instituto da dispensa de pena (art. 74º).

O prof considera que nem um, nem outro tem 100% razão, entende antes que no plano subjetivo existem situações que, não estando em causa bens jurídicos pessoais, a coação psicológica é de modo intensa que torna o comportamento não exigido, no entanto, também dá razão a Figueiredo Dias, considerando que poderão haver casos em que a situação de coação psicológica não é de intensidade tal que justifique a exclusão de culpa, mas caso não se justifique a necessidade de aplicação de pena, por não haver necessidades de prevenção, não se pune.

O prof. entende que se deve construir um estado de necessidade justificante supralegal quando verificados os pressupostos fácticos, sempre que em concreto se verifique uma situação de inexigibilidade objetiva. Para o prof há 2 estados de necessidade justificantes: o previsto no art. 34º e o no art. 35º, em que se verifica uma situação em que, atendendo à coação psicológica, não é exigível ao HM um comportamento diverso. O previsto no art. 35º, o estado de necessidade subjetivo ou desculpante, apenas se aplica aos casos em que o HM não teria agido assim. Tudo isto gira à volta da inexigibilidade objetiva

e da subjetiva (quando o Homem em concreto não cumpriu o que era exigível ao HM, mas não é censurável). Neste caso, estamos perante uma não exigibilidade objetiva, verifica-se sempre que uma conduta for inexigível ao HM, não é de exigir de ninguém, está fora do âmbito de antinormatividade relevante, a conduta não típica, não há um desvalor de ação.

Em suma, o art. 35º é a inexigibilidade subjetiva, de exclusão da culpa que está prevista na lei, em que o HC não preenche as qualidades do HM, mas este raciocínio leva o prof a construir um estado de necessidade subjetivo ou desculpante supralegal em situações que assentam em condições idênticas às previstas em letra de lei, mas que é inexigível ao HM um comportamento diverso. Apesar do bem jurídico não ser sensivelmente superior não é exigível ao HM, logo no plano objetivo o ato não é ilícito, é uma analogia *iuris*, permitida, porque favorável ao agente. Este mesmo juízo se pode fazer para o excesso intensivo, é a mesma lógica, porque prevê-se uma exclusão da culpa para o HC, mas se o HM não atuaria da mesma forma, não se põe o problema da culpa, a conduta não é sequer ilícita, por isso funciona como um tipo justificador.

Conflito de deveres subjetivo ou desculpante – tipo justificador supralegal.

A obediência hierárquica não é um tipo justificador quando conduz à prática de um crime, mas podem haver situações excecionais que excluam a culpa, mas são casos que terão de ser analisados caso a caso, são raríssimas.

Erro sobre a ilicitude ou erro sobre a proibição (art. 17º):

É um erro de valoração, um erro moral, integrado no elemento emocional do dolo¹². O agente tem uma representação correta do circunstancialismo fáctico, mas erra sobre o sentido de ilicitude, há uma desconformidade entre a consciência axiológica individual e a consciência axiológica comunitária, pois não interiorizou os deveres jurídico-criminais, por isso pratica uma conduta ilícita sem ter consciência de que é ilícita. Deste modo, o agente erra sobre o sentido do desvalor da conduta.

Este é um dos temas mais difíceis e foi dos mais debatidos na doutrina. Doutrinalmente há 2 grandes vias que historicamente estão associadas a 2 das construções do delito que estudamos.

Teoria do dolo - foi predominante defendida pelos adeptos da teoria neoclássica, que, partindo do ilícito objetivo, consideravam que o erro sobre a ilicitude exclui o dolo. O dolo é conhecimento e vontade de realização do tipo de ilícito, é um problema que só se põe no plano da culpa. Esta conceção envolvia um elemento emocional, o agente tinha de ter consciência da ilicitude do seu ato, se não tivesse, ele não teria dolo, seria punido por negligência, quando se verificassem os seus 2 requisitos. Para os normativistas o erro sobre a ilicitude ficava subordinado ao mesmo regime que o erro sobre a factualidade típica. se o agente não sabe que a conduta é proibida, não tem consciência de que está a preencher um tipo, excluindo-se o dolo. Esta teoria conduzia resultados político-criminalmente insuportáveis, pois conduzia a absolvições em massa.

Teoria do dolo limitado ou mitigado - cientes do defeito invocado, Mezger e Eduardo Correia introduziam esta teoria. Mezger considerava que se faltava o conhecimento do ilícito, faltava o dolo, sendo o agente punido a título de negligência. Contudo, há casos, em que estão em causa valores essenciais e a sua ignorância é quase tão grave como o ato daquele que pratica o ato sabendo que está a praticar um ilícito, o agente revela uma atitude de inimizade pelo Direito e, nestes casos, deve abrir-se uma exceção, deve ser punido a

¹² O prof. não referiu, mas na “sebenta riscada” diz o seguinte: dizer que o erro sobre a ilicitude contende com o elemento emocional é afirmar que ele traduz a pouca abertura do agente à axiologia comunitária, a deficiente apreensão dos sentidos, representações e valorações da comunidade em que se insere.

título de dolo. Deste modo, furtavam-se as lacunas de punição. Problema: exclui-se o dolo, mas vai ser punido a título de dolo?

Eduardo Correia cria uma outra Teoria do dolo limitado, partindo do ponto de partida essencial, de que o erro sobre a ilicitude exclui o dolo, todavia, relativamente aos casos mais graves, o agente revela uma negligência geral pelo Direito. Existem valores de tal modo essenciais e primários que a sua ignorância só pode ficar a dever-se a uma total indiferença aos valores jurídico-criminais, a uma negligência na culpa da formação da personalidade – o agente teria negligenciado a formação da sua personalidade. Nestes casos, o erro sobre a ilicitude é punido a título de negligência, não subordinada aos limites do art. 13º, pelo que as situações de erro sobre a ilicitude seriam punidos em relação a todos os crimes. Furtava-se às críticas de lacunas de punição. Mas onde está a distinção na lei da negligência geral pelo Direito? E como se pune? EC dizia que dentro da mesma pena abstrata do crime doloso, então e o respeito pela principio da legalidade?

Teoria da culpa - surge associada ao finalismo e à concepção do ilícito pessoal. Welzel e os finalistas, entendiam que o dolo faz parte do tipo, era o conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo, esgotava-se neste nexos psicológico e volitivo, assim, sempre que se conhecesse e se quisesse realizar o crime, tínhamos dolo. O problema da punibilidade dependeria tão-só da censurabilidade, se não fosse não seria punido, se fosse seria a título de dolo. O erro sobre a ilicitude nunca excluía o dolo, podia era excluir a censurabilidade da conduta, a culpa, quando esse erro não fosse censurável. Welzel dizia que o dolo faz parte do tipo, é um dolo natural, esgotava-se no conhecimento e vontade da sua factualidade, independentemente ou não de o agente ter consciência da ilicitude. O erro sobre a ilicitude não afeta o dolo, é um dolo natural. No plano da culpa vai se aferir se é censurável ou não, se não for não há culpa não é punido, se houver é punido a título de dolo. O erro nunca exclui o dolo, pelo que o agente é punido é sempre a título de dolo. As situações de erro sobre uma causa de justificação também eram situações de erro sobre a ilicitude, logo o agente vai ser punível a título de dolo sempre. Fundamento: matar uma pessoa em legítima defesa, não é o mesmo que matar uma mosca, o agente sabe que está a realizar uma conduta que é grave, atentando contra um bem jurídico, por isso tem de ter uma cautela especial. Se ele não averiguou todas as circunstâncias e este erro é censurável, ele deve ser punido a título do dolo.

Esta visão é contraditória, porque, verdadeiramente, aquele que embora em erro julga e que está a atuar ao abrigo de um tipo justificador não tem o ânimos de lesar um bem jurídico, mas de proteger um bem jurídico em perigo, só o lesa como meio indispensável para preservar outro. Afinal, aquele que julga que está a atuar a coberto de uma causa de justificação julga que está a atuar licitamente.

Teoria da culpa limitada – o dolo está no tipo, por isso o erro sobre a ilicitude não exclui o dolo, mas exclui do âmbito do erro sobre a ilicitude o erro sobre as causas de justificação. Também em matéria de tipos de justificadores pode haver um erro intelectual (16º, nº2, 1º parte) ou que contende com o sentido da ilicitude.

Entra numa contradição: porque continua a entender o dolo como um dolo natural e, se assim é, então não pode punir como a negligência, porque ele é conhecimento e vontade de realização. O prof entende que o dolo é a expressão de uma contrariedade ou indiferença face a um bem jurídico, ao passo que a negligência é tão-só fruto de leviandade ou de descuido e são estes critérios que permitem afirmar que no âmbito do erro sobre a ilicitude o agente pratica um ilícito doloso, porque o ato praticado pelo HM tem a expressão de uma contrariedade ou indiferença. No plano da culpa faz-se o juízo em relação ao HC, da atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico, salvo no caso em que o erro não seja censurável. No entanto, apesar de tanta discussão teórica, esta questão

tem uma relevância prática quase 0, exceto quanto ao erro sobre o sentido das causas de justificação.

O erro sobre as proibições, previsto no art. 16º, nº1, 2ª parte, diz respeito a ilícitos que contendem com aspetos técnicos e especializados, que escapam ao conhecimento do Homem comum ou que estão sempre em mutação, não sendo passíveis de interiorização pelo agente através dos processos vulgares de socialização. Quanto muito o que se pode censurar é o facto de não se ter informado devidamente, exprimirá tão só leviandade e negligência. Diferentemente, no erro sobre a ilicitude contende com os valores ilícitos integrados na comunidade, sendo o agente punido a título de dolo, nos termos do art. 17º. A ignorância de proibições que estão estabilizadas revela a indiferença perante os valores jurídico-criminais, ao invés às proibições de caráter técnico. Em ambos os casos há a prática de um ilícito, pensando que é lícito, a diferença está na natureza dos valores em causa.

24.03.17

Há que distinguir o erro sobre as circunstâncias de facto (16º, nº2) e o erro sobre a ilicitude (art. 17º). A Teoria da culpa limitada tem uma dificuldade, porque não se libertaram da conceção do dolo do tipo como dolo natural, enquanto conhecimento e vontade de realização da factualidade, o que leva a que caia numa contradição, porque no plano do ilícito pessoal, nos casos de erro sobre a factualidade do tipo justificador têm de continuar a afirmar o dolo natural. Os autores continuam a dizer que nas situações de erro sobre os pressupostos fácticos do tipo justificador temos um ilícito doloso, só que depois só será punido a título de negligência, assim, há uma desconformidade entre o ilícito e a culpa.

Este desfasamento desaparece no quadro que o prof defende. O juízo de ilicitude é um juízo provisório sobre o HM, o dolo não é o mero conhecimento e vontade, é uma expressão de contrariedade ou indiferença pelo próprio HM. Se ele erra sobre os pressupostos fácticos de um tipo justificador, ele quer se defender, a única atitude que se pode censurar é a negligência, logo, no plano do ilícito, se consideram os aspetos emocionais, só que à luz do HM. No plano da culpa, averigua-se se a conduta perspectivada pelo concreto agente coincide ou não com a conduta negligente anteriormente observada, se sim é punido, se não fica impune.

O mesmo acontece com o erro sobre as proibições, em que o que se pode censurar é tão-só a atitude de descuido e de leviandade, o que nos permite afirmar que temos um sentido de negligência. Diferentemente sucede sobre o erro sobre a ilicitude, cujas condutas que têm uma ressonância ético-social, interiorizadas quase que ao nível do senso comum (as anteriores não).

Logo no plano do ilícito não há uma restrição do dolo ao nexó psicológico-volitivo, é a expressão de uma certa atitude, será uma conduta dolosa porque expressaria uma indiferença ou contrariedade ao dever-ser penal. O dolo não se resume ao dolo natural, é já a expressão de uma atitude, definindo o sentido do ato como se tivesse sido praticado pelo HM. Por outro lado, a culpa é a culpa de um facto e tem de abranger o próprio sentido do ato. Tudo isto resulta da diferente conceção do dolo do tipo, não se esgota no puro nexó psicológico-volitivo, tem já uma valoração à luz do HM, apreciando também os elementos emocionais, juntamente com os psicológicos e volitivos.

Deste modo, a Teoria da culpa mitigada harmoniza-se com o art. 16º, nº2 CP que manda subordinar o erro no tipo justificador ao mesmo regime que o erro nos tipos incriminadores.

Tipo de erro	Artigo aplicável
Erro sobre as circunstâncias de facto: <ul style="list-style-type: none">• Do tipo incriminador• Do tipo justificador	Art. 16º, nº1, 1ª parte Art. 16º, nº2
Erro sobre a ilicitude	Art. 17º
Erro sobre as proibições	Art. 16º, nº1, 2ª parte

PUNIBILIDADE

A punibilidade “pretende traduzir apenas a ideia de que, uma vez presente, estão verificados no crime todos os pressupostos indispensáveis para que a punição possa desencadear-se.”

Antes falava-se apenas em requisitos excepcionais que se ponham à punição do agente, mas que eram exteriores ao DP. Haveriam circunstâncias para a própria punição que nada tinham a ver com o desvalor intrínseco, mas que se prendiam com razões extra-penais, que condicionavam a punição, mas que não tinham a ver com o conceito de crime.

As coisas mudaram no quadro do sistema teleológico-racional, que veio introduzir considerações de necessidade de pena, considerações político-criminais, quase sempre norteadas pela prevenção positiva geral. A função do DP não é punir por punir e haveriam muitos casos em que embora a conduta fosse desvaliosa, não seria necessário punir – **ex**: instituto de dispensa de pena.

A doutrina maioritária, embora o prof discorde, pretende introduzir mais a categoria da punibilidade para introduzir a conceção da necessidade de pena. Neste último estrato do sistema extraem-se as categorias da necessidade de pena, excluindo as condutas desvaliosas, mas que não seriam necessárias punir.

O sistema teleológico-racional não diverge do sistema comum, verdadeiramente, traz a abertura das várias categorias a considerações de necessidade de pena, em que todos estão de acordo quanto a isto, sendo assim, onde é que divergem? Quanto ao modo! Em que momento? De que forma? Há 3 maneiras, fundamentalmente:

1. **Claus Roxin** – parte da conceção do ilícito pessoal, segue as mesmas categorias do sistema comum: ação, tipo, ilícito, só que não insere aqui a culpa, substituindo-a pela responsabilidade, ora é neste último momento que vão interferir as políticas criminais. A ideia de Roxin era: o DP visa proteger bens jurídicos, daí que a culpa não seja fundamento para a aplicação da pena, pois mesmo que certa ação seja culposa, só deve ser punida quando necessário. Isto é, apenas em certas situações de culpa é que é necessário se punir. Distingue 2 momentos na responsabilidade: a determinação da culpa e a averiguação da necessidade de pena. A categoria da responsabilidade concretiza uma conceção unilateral da culpa – ainda que a culpa exista, isso não significa forçosamente que haja pena, pois terá de se verificar, para além dela, a necessidade, ou seja, não há pena sem culpa, mas pode haver culpa sem pena. Assim, o último estrato não é a culpa, mas a responsabilidade, os casos de culpa em que é necessário haver punição. **Ex** – excesso intensivo de legítima defesa, delitos passionais. Este não é um sistema que se possa contrapor aos outros, porque herdou a estrutura deles, apenas a abriu a considerações de necessidade de pena, entendida na prevenção positiva geral ou de integração. Para Roxin, nas categorias da ação, do ilícito (típico) e da culpa apenas entrava em linha de

conta considerações de dignidade de pena, a necessidade de pena só surgia imediatamente após a aferição de culpa. Ainda assim, esta não é a concepção maioritária entre os adeptos.

2. **Doutrina maioritária** – mantém o sistema estabelecido igual até à culpa, mas depois acrescenta-lhe a categoria da punibilidade (até chegarmos aqui o sistema apenas deverá trabalhar com a noção de dignidade penal). A culpa assenta em critérios de dignidade penal e, por isso, não podemos fundir na mesma categoria a culpa e a necessidade de pena, por isso, permitem manter o sistema comum intacto, juntando-lhe apenas uma nova categoria. Esta é uma diferença formal, porque materialmente apontam a mesma ideia, apenas separam o conceito, mantendo a culpa num determinado momento e a necessidade de pena noutra. Consideram que a culpa e a necessidade de pena têm lógicas diferentes, por isso convém separá-las. Vamos adotar esta construção, também adotada por Figueiredo Dias.
3. **Prof. Almeida Costa** – nos antípodas desta concepção está Bernd Schunemann, considera que a necessidade e dignidade de pena se projetam em todo o sistema, concorrendo tanto na delimitação do facto, como do ilícito, na atribuição da culpa, da responsabilidade subjetiva. Se o crime resulta da conjugação da dignidade e necessidade de pena, se o sistema é uma implicação destas duas ideias, elas têm de se projetar em todas e cada uma das categorias, não pode estar fixa a uma. Se o sistema é a desaplicação do sentido da ideia pressuposta, tanto a ideia da dignidade penal como a ideia da necessidade de pena têm de se projetar não só ao nível subjetivo da culpa, como no plano objetivo, no plano da delimitação do facto. Defende uma concepção preventiva do DP, que não visa punir, mas defender a sociedade. Assim, na ideia de crime intervêm tanto considerações de dignidade penal (desvalor intrínseco da conduta) e razões de necessidade de pena, mas se assim é, não podemos precisar a necessidade de pena num estrato dogmático apenas. Tanto a ideia da dignidade penal como de necessidade de pena têm de se projetar ao longo do sistema. Walter Zachs entende que o sistema é a desaplicação de sentido de uma ideia de crime que está pressuposta, logo se o crime resulta da fusão das concepções de dignidade penal e necessidade de pena, elas têm de se projetar ao longo de todo o sistema. A definição do próprio ilícito típico resulta de concepções de dignidade de pena.

A doutrina maioritária centra na punibilidade diversas concretizações, desde logo, os casos de insignificância, o legislador, muitas vezes, exige e considera que não basta haver uma ação ilícita e culposa, tem também de haver um dano. Outras vezes, estabelece condições objetivas de punibilidade para punir certos crimes de perigo. É na base da parte especial que estes autores dizem que vão determinar quais são os elementos que pertencem à punibilidade. Assim, seguem-se alguns casos, numa exposição meramente exemplificativa da punibilidade enquanto cristalização dos elementos da necessidade de pena:

- Desistência da tentativa: a maioria dos legisladores atribui-lhe o título de causa geral de exclusão da pena, entende isto como um incentivo à desistência da prática de ilícitos embora a própria tentativa já seja, ela própria, um crime, havendo culpa e mesmo culpa dolosa. Aqui entende-se, então, a autonomização da punibilidade pois não cabe nem no tipo, nem no ilícito e nem na culpa, as necessidades de prevenção terão de existir autonomamente;

- Embriaguez e intoxicação (artigo 295º do CP): é um crime de perigo cuja punição depende do prévio estado de embriaguez. A embriaguez “precisa” assim, da verificação material de um crime praticado sobre a influência desta, assumindo, desta forma, a figura de ato jurídico-penalmente relevante;
- Participação em rixa (artigo 151º do CP): aqui a punição depende dos resultados da mesma – só é punível se desta advierem ofensas à integridade física graves ou a morte;
- Incitamento ou ajuda ao suicídio (artigo 135º do CP): só é punível se desta resultar tentativa de suicídio ou a sua consumação.

Os adeptos do sistema teleológico-racional não negam que na modelação do tipo, por vezes, não intervenham considerações de necessidade penal. Quando introduzem esta ideia da punibilidade dizem que para além de algumas concretizações pontuais da necessidade penal no tipo, a necessidade da pena surge no quadro de uma visão compreensiva do facto, ou seja, quando chegamos ao fim já houve algumas conceções de necessidade de pena, só que a punibilidade é uma visão compreensiva e global do facto, chega-se à conclusão de que não é necessário punir. Só se pode ver se a necessidade de pena intervéem com a análise concreta da lei.

No entanto, prof entende que se o sistema é a decomposição analítica da ideia de crime nos seus elementos, estas considerações têm de se projetar ao longo do sistema.

30.03.17

TEORIA GERAL DO DELITO NEGLIGENTE

A Teoria geral do delito negligente mais não é que a decomposição analítica dos vários elementos que têm de se verificar para termos um qualquer ilícito. Vamos partir do requisito mais geral para o mais particular – estrutura piramidal – do menos para o mais exigente, verificando-se uma relação de género-espécie entre eles.

No crime doloso há uma simetria entre o plano objetivo e subjetivo, o agente representa e quer uma conduta e o que representa e quer é que o realiza, há uma convergência entre os planos. Por outro lado, a negligência, na linguagem corrente é o “sem querer”, falta o elemento volitivo, o agente conhece e quer realizar uma conduta, mas ela é, em si mesma, lícita, só que sem ele prever vem a realizar um resultado penalmente relevante, que não foi querido por ele, há uma assimetria, falta correspondência entre o elemento objetivo e o elemento subjetivo, pois o agente não quer realizar um delito, não quer lesar ou colocar em perigo um bem jurídico.

O fundamento material da negligência, de acordo com a doutrina maioritária, diz respeito à violação do dever objetivo de cuidado. Pelo simples facto de vivermos em sociedade, cada um tem uma obrigação de manter a tensão psicológica, isto é, de manter em todos os momentos da sua vida um grau de atenção suficiente para antecipar as consequências dos seus atos e desta forma poder abster-se daquelas que possam conduzir à lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos.

Como é que vamos delimitar o âmbito de dever objetivo de cuidado? Temos de atender na base de um critério objetivo, é aquele grau de atenção/cuidado que se exige ao HM – o DP pauta as suas exigências pelo critério do mínimo indispensável à convivência comunitária e o critério do HM. A negligência verifica-se quando naquela situação o HM teria previsto que aquela conduta era perigosa e, nessa medida, tinha-se absterido da sua prática.

Continuamos no quadro do ilícito pessoal, a violação do dever objetivo de cuidado contende com o ilícito, ou seja, é necessário determinar se aquela conduta se praticada pelo HM violava ou não o dever objetivo de cuidado, averiguar o que é exigido ao HM. No plano da culpa vamos verificar se o concreto agente tinha ou não as capacidades para cumprir o

que é exigido ao HM. Este é o critério do ilícito negligente entendido nos termos do ilícito pessoal, há um juízo de culpa negligente sobre o HM.

Num primeiro momento, dir-se-ia que é o dever objetivo de cuidado é o dever da Teoria da Adequação, mas não é assim, porque, se virmos bem, a Teoria da Adequação está moldada ao critério do ilícito doloso, imputa-se todo o resultado que de acordo com as normas da experiência ou da normalidade, bem com os conhecimentos gerais e os específicos do agente, deixe antever um determinado resultado como possível ou pelo menos não impossível da conduta. Assim, torna-se inadequado aos crimes negligentes, porque o agente não quer praticar o delito, falta o elemento volitivo, não representa e não quer praticar o delito.

Existem múltiplas situações da vida em que se afigura legítimo imputar o dolo e já não a negligência, por exemplo, há situações em que a probabilidade do resultado só se verifica fortuitamente ou por um planeamento minucioso do crime, são situações diversas, em que a representação do perigo apenas se verifica quando este acontece. Uma coisa é o agente conhecer o projeto rebuscado, outra coisa é não conhecer e só podemos imputar o resultado quando a situação suscitar perigo à luz do HM. Assim, podem haver de situações muito rebuscadas, em que o cuidado exigido ao HM não o faz representar o resultado ilícito da conduta. Há condutas que se praticadas com dolo teremos de considerar típicas e que na falta de dolo não podem ser imputadas a título de negligência, porque o dever de cuidado apenas funciona para antever a possibilidade de crimes e há processos em que é impossível essa antevisão, por isso nunca poderão, à luz da violação do dever objetivo de cuidado, originar a responsabilidade do agente. “A violação de um dever de cuidado só pode ser imputada a quem, com ela, criou um risco não permitido que se concretizou no resultado típico. A violação das normas de cuidado constituirá indício por excelência de uma contrariedade ao dever de cuidado tipicamente relevante.”

O ato doloso e o ato negligente são unidades subjetivas-objetivas autónomas, têm um fundamento diverso e concretizações autónomas. O próprio critério de previsibilidade do ato que corresponde ao cuidado mínimo comporta um grau de previsibilidade menor do que no caso dos crimes dolosos. A antecipação do crime não ressalta ao HM, no uso do cuidado médio não passa pela possibilidade da previsão desse perigo. Não devemos reportar o dever objetivo de cuidado à teoria da adequação. O dever objetivo de cuidado é aquele através do qual se imputam a título de negligência todos os crimes que sejam previsíveis à luz do cuidado exigido na vida social, é um critério autónomo. Isto faz com que o âmbito da imputação na ordem da negligência seja muito menor do que no caso dos crimes dolosos. Caso contrário levaria a paralisação da vida social, antes de realizarmos algo pensaríamos 100 vezes.

Como vamos balizar o dever objetivo de cuidado? O primeiro critério é saber se a situação é de molde a suscitar à luz do HM a antevisão de um resultado desvalioso, muitas vezes é também concretizado através de normas legais, sobretudo, relacionado com os âmbitos de risco permitido – **ex**: normas de código da estrada, códigos deontológicos, normas técnico-científicas. Assim, a negligência acaba por ser a conduta que à luz do HM logo suscita a representação do perigo para a lesão de bem jurídicos, muitas vezes concretizadas por normas de cuidado, que podem ser legais, *legis artis* ou técnico-científicas. O principal é deixar antever o perigo da prática de uma lesão.

A doutrina distingue 2 espécies de negligência:

- **Negligência consciente** – o agente representa o caráter perigoso do ato, só que por descuido e leviandade não pondera corretamente e acredita que embora seja possível produzir aquele perigo, tudo correrá bem, acredita que o resultado não chegará a produzir-se. O prof. acha que na verdade não é negligência nenhuma.
- **Negligência inconsciente** – o agente não representa sequer o caráter perigoso do ato, resultado de leviandade ou descuido, o agente não pondera o circunstancialismo

em que atua e ao contrário do HM não se abstém da conduta, pois não tem consciência da perigosidade do ato.

Em ambas as espécies de negligência violam o dever objetivo de cuidado, mas por força diversa. A diferença não implica qualquer graduação (ao contrário do que entende Roxin), não se pode estabelecer uma hierarquização geral, no sentido de se dizer de que uma é sempre grave do que a outra, depende do caso, por isso não se deve estabelecer em geral qualquer graduação, apenas em concreto se pode determinar o grau de censurabilidade.

Uma outra distinção. Já não de ordem qualitativa (como a anterior), mas tão-só quantitativa, veio substituir a distinção entre culpa lata, leve e levíssima:

- **Negligência simples** – simples violação do dever objetivo de cuidado;
- **Negligencia qualificada/grosseira** – grave violação do dever objetivo de cuidado.

A punição da negligência é excepcional, apenas nos casos previstos na lei, com fundamento no facto de que o DP não pretende tutelar a lesão de todos os bens jurídicos, e o agente, em princípio, não revela uma atitude de contrariedade ao dever-ser jurídico-penal, apenas descuido ou leviandade, assim, à luz de critérios de necessidade de pena, só é necessária nos casos de crimes mais graves, é isso que diz o art. 13º CP, no quadro da prevenção geral positiva. Muitas vezes, essa restrição da punibilidade, traduz-se em limitar os casos de punição à negligência grosseira, cuja concretização variará caso a caso. Em suma, a negligência ou exclui a punição ou restringe-a à negligência grosseira.

O crime negligente é aquele que viola o dever de objetivo de cuidado, mas devido a exigências de certeza e segurança que o DP invocam, convém decompô-lo nos elementos que o compõem.

O requisito mínimo é termos uma conduta humana, a norma de determinação pressupõe a liberdade humana, por isso, o destinatário é necessariamente alguém dotado de liberdade humana, com capacidade para respeitar ou violar a norma. O primeiro elemento é a **ação humana** (conceito personalista da ação), isto é, a exteriorização de uma intencionalidade de sentido, é uma qualquer manifestação exterior da vida consciente e livre do indivíduo (Beling). Exclui-se do crime negligente os factos de animais, naturais e as condutas que são de pessoas, mas não são humanos, porque não conscientes, nomeadamente, os atos reflexos, os atos praticados em estado de sonambulismo ou hipnose e sob vis absoluta. Assim, a ideia de ação acaba por cumprir uma função negativa de excluir as situações que nunca poderão ser crimes logo numa primeira aproximação. Estamos apenas a analisar a exigência mínima para termos uma norma de determinação, que tem por objeto comportamentos humanos conscientes. Pode traduzir-se numa ação ou numa omissão. O substrato mínimo do crime negligente é a exteriorização da vida consciente. Também é possível a negligencia de um ente coletivo, embora o prof discorde com ela. O crime (tanto o doloso como o negligente) é a violação de uma norma de determinação, que pressupõe uma ação humana, uma objetivação de uma subjetividade, uma unidade subjetiva-objetiva, a exteriorização de uma intencionalidade de sentido.

No entanto, não basta termos uma ação para termos um crime negligente, temos de ter uma **ação ilícita**, que vamos continuar a entender conforme o ilícito-pessoal, ou seja, asunção de uma determinada conduta como se tivesse sido praticada pelo HM (no plano do ilícito) e depois concretizada ao nível do HC (no plano da culpa). O agente não representou o resultado, não há o conhecimento nem a vontade de praticar o ato ilícito, mas esta conduta se tivesse sido praticado pelo HM era desvaliosa ou não? Envolveria a violação do dever objetivo de cuidado? O HM teria representado, teria capacidade para representar? O ilícito negligente continua a ser uma unidade subjetiva-objetiva que pondera a concreta conduta como se tivesse sido praticada pelo HM, é um juízo provisório de culpa sobre

aquele agente, no pressuposto de que tem as características do HM. Na culpa vamos averiguar se o HC tem as mesmas características que o HM ou não. No ilícito pessoal analisamo-la como se tivesse sido praticada pelo Homem médio, como um ato humano em geral, não considerando as particulares características do concreto agente e é por isso que há condutas ilícitas, mas que depois não são culposas – **ex**: agente inimputável.

Para além disso, no DP coloca-se particular necessidade de segurança e certeza jurídica, por isso a ilicitude deve ser demarcada da forma mais precisa possível. A doutrina demarca o juízo da ilicitude através do tipo, o momento da **tipicidade**, devemos falar no ilícito-típico, porque no plano do DP e subordinado ao princípio da legalidade, o juízo de ilicitude tem de ser concretizado na lei e da forma mais precisa possível, para que cada um saiba o que é ilícito e o que não. O tipo corresponde à descrição de cada conduta, é a expressão formal do juízo de valor da ilicitude. O tipo não vale por si, vale como expressão do conteúdo material da ilicitude, é apenas um meio de acesso ao espírito da lei, a um juízo da ilicitude. A interpretação a fazer tem de ser teleológica, isto é, a interpretação da letra da lei deve fazer-se em ordem a descortinar o sentido das valorações em ordem a essa mesma lei. O ilícito-típico é entendido na conceção do ilícito pessoal, o desvalor jurídico está no desvalor da ação, o núcleo essencial do crime é a desobediência à norma, ao comando, ao imperativo, por isso desvalor da ação. Este juízo de ilícito pessoal negligente tem de traduzir-se em tipos (ilícito-típico), o tipo mais não é do que o expediente para exprimir o conteúdo de ilicitude, o tipo não vale por si, o elemento gramatical não vale por si, mas como expressão do juízo da ilicitude, o interprete deve procurar o juízo de valor que está subjacente ao tipo (interpretação teleológica).

Se o ilícito negligente é uma unidade subjetiva-objetiva, continuamos a fazer a distinção entre tipo objetivo e tipo subjetivo, mas é apenas uma distinção por motivos pedagógicos, é uma distinção artificial, porque o tipo é uno.

TIPO OBJETIVO – contempla a descrição externo-objetiva da situação ilícita, só que o legislador para descrever a situação objetiva joga por via de regra com 3 elementos: o agente, a conduta e o bem jurídico. Para descrever a conduta penalmente relevante o legislador joga com estes elementos estruturantes e a partir de cada um deles existem tipos de tipicidade. Ora, vamos analisar cada elemento:

Agente - por via de regra, os crimes podem ser praticados por qualquer pessoa, são os chamados crimes comuns. Mas existem certos crimes em que o legislador restringe-os a determinada categoria de pessoas, os crimes especiais ou específicos, nestes casos, só certa categoria de pessoa pode praticar o crime – **ex**: em virtude de uma relação profissional, de uma relação familiar, etc. No âmbito desta categoria, podem haver delitos específicos puros ou próprios em que a qualidade do agente ou o dever que sobre impede é fundamento da incriminação (**ex**: corrupção, por funcionários públicos) ou delitos específicos impuros ou impróprios em que a qualidade do agente é apenas circunstância modificativa, ou agravante ou atenuante, ou seja, a conduta preenche um crime comum, este apenas é agravado ou atenuado. Regra geral, os crimes negligentes não se reportam à qualidade do agente, mas podem haver alguns em que o legislador assim exige a qualidade do agente.

Conduta – “é nesta sede que cabe determinar quais as ações penalmente relevantes ou a função negativa de excluir da tipicidade comportamentos jurídico-penalmente irrelevantes. Aqui se contém a exigência geral de que se trata de comportamentos humanos, o que exclui a capacidade de ação das coisas inanimadas e dos animais. Exige-se que o comportamento seja voluntário, isto é, presidido por uma vontade, o que exclui os atos reflexos, o impulso sob forças irresistíveis e sonhos ou pensamentos.” Podemos ter várias classificações, nomeadamente:

- Crimes de execução livre ou não vinculada - por norma, o legislador não vincula a prática do crime a um particular *modus operandi*, a lesão do bem jurídico por qualquer forma é relevante, basta que o agente pratique uma conduta idónea para produzir o dano. Nestes crimes o legislador basta-se com a proibição da lesão do bem jurídico, proibindo todas e quaisquer condutas que a ela possam conduzir. A verificação do crime não está pois vinculado a uma forma de execução particular, toda e qualquer lesão do bem jurídico que se venha a verificar estará compreendida no tipo, porque o que está em causa é a proteção do bem jurídico. Corresponde à maioria dos crimes;
- Crimes de execução vinculada – atribui certas formas de execução que têm um particular desvalor, vincula a prática do crime a um determinado *modus operandi* – **ex:** a burla é um crime contra o património, mas é necessário a indução em erro, o burlão induz a vítima em erro e a vítima voluntariamente entrega ao burlão parte do seu património, é necessário que a lesão do patrimonial seja produzido por este *modus operandi* para ser considerado uma burla. Neste tipo de crimes o próprio modo de execução influi no desvalor jurídico do ato, assim, tal desvalor dependerá não apenas do bem jurídico em causa, mas também do próprio modo de atuação. Para estes crimes, não bastará a lesão do bem jurídico, ela deverá também ter sido produzida através de um determinado *modus operandi*. Em suma, o legislador vincula o preenchimento do tipo a uma determinada forma de atuação.
- Crimes de mera atividade ou formais – a consumação esgota-se na própria conduta, “o tipo incriminador preenche-se através da mera execução de um determinado comportamento.” – **ex:** invasão ao domicílio;
- Crimes de resultado ou materiais – são a maioria, para os termos não é só necessária a conduta, mas também um resultado material desvalioso para além dela, tem de haver uma alteração externa espaço-temporal autónoma, distinta da conduta – **ex:** para haver homicídio tem de haver a morte, a injúria é o insulto direto para que haja uma consumada é necessário que o ato de injuriar e que o injuriado ouça.

Esta última distinção é muito importante, porque a propósito dos crimes materiais se suscita um problema adicional, o nexa de imputação objetiva (antes designado de problema do nexa de causalidade), afinal, quando podemos dizer que foi resultado daquela conduta?

Bem jurídico – sintetiza, no essencial, o próprio sentido da ilicitude, pois é o objeto de proteção da norma de determinação. Distingue-se em:

- Crimes de perigo – o legislador não exige para a consumação do crime que haja a efetiva lesão do bem jurídico, basta o pôr em perigo, dada a importância do bem jurídico em causa, antecipa a tutela penal, não exige que se chegue à verdadeira lesão, basta o simples colocar em perigo – **ex:** condução sob efeito de álcool. A ordem jurídica antecipa a tutela, punindo não só a lesão, mas também a simples colocação em perigo do bem jurídico.
- Crimes de dano – corresponde à maioria dos crimes, para a sua consumação é necessário verificar-se a efetiva lesão do bem jurídico – **ex:** para haver homicídio é necessário a morte.

Numa primeira aproximação, podíamos ser tentados a dizer que esta distinção sobrepõe-se à distinção dos crimes formais e materiais, mas isso não se verifica, porque o critério utilizado é diferente. Nos crimes de perigo ou de dano, o que está em causa é o facto de ser exigível ou não a lesão do bem jurídico, enquanto que nos crimes formais ou

materiais, o que está em causa é o facto de o legislador exigir um resultado naturalístico para a consumação de um crime. Deste modo, as classificações cruzam-se, podemos ter: crime material de dano – **ex**: homicídio; crime material de perigo – **ex**: falsificação da moeda; crimes formais de dano – **ex**: a invasão de domicílio, etc. Embora à primeira vista pareçam classificações correspondentes, não se sobrepõe, antes se cruzam, porque têm a ver com critérios diferentes.

Dentro dos crimes de perigo, podemos ter:

Crimes de perigo abstrato – é um crime de perigo presumido, ou seja, há certos setores da vida que pelos riscos que comportam, o legislador proíbe certas condutas, atendendo a um critério estatístico, considerando que a conduta é sempre perigosa, independentemente de em concreto ter havido uma situação concreta de perigo para um bem jurídico – **ex**: condução sob efeito de álcool numa estrada vazia. Implicam um juízo abstrato de acordo com a experiência normal. Não admite prova em contrário, é um crime presumido, quer tenha havido ou não perigo em concreto, o perigo é o fundamento do próprio tipo! “O perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente o motivo da proibição. Neste tipo de crimes são tipificados certos comportamento em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto: há como que uma presunção inelidível de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não perigo efetivo para o bem jurídico. Diz-se também que nesta perspectiva de crimes o perigo é presumido *iuris et de iure* pela lei.”

Crimes de perigo concreto - exige-se a prova efetiva do perigo, é elemento do tipo, se não se provar que houve perigo, *in dubio pro reo*. Exigem em concreto que o bem tenha estado em perigo. “O perigo faz parte do tipo, isto é, o tipo só é preenchido quando bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo.” “Pode afirmar-se que são crimes de resultado, só que o resultado em causa é um resultado de perigo, não um resultado de dano.”

Depois há categorias quem considere que existem categoriais intermédias, como o crime abstrato-concreto, em que se admite a prova em contrário de que houve perigo, invertendo o ónus da prova, cumprindo ao arguido provar que não houve perigo para atenuar a rigidez que está implicada nos crimes de perigo abstrato. Deste modo, no âmbito desta categoria, em princípio, os agentes são puníveis, a menos que o arguido prove que não houve perigo.

Há autores que seguem esta categoria intermédia, mas, entretanto, esta foi posta de parte e surgiu uma nova, que pretende converter alguns crimes de perigo abstrato em crimes de aptidão. Estes crimes seriam uma categoria intermédia entre o crime concreto e o abstrato, são crimes de perigo abstrato só que admitem a prova em contrário, não em relação ao crime concreto, mas em relação à aptidão, ou seja, se naquela situação concreta a ação era ou não apta a produzir o perigo proibido em causa. Para esta doutrina, podemos ter 3 subcategorias (o prof. não concorda): crimes de perigo concreto *tout court*, crimes de perigo abstrato tradicionais e crimes de aptidão, que são em princípio perigos de crime abstrato, so que é necessário provar-se em concreto a idoneidade da conduta para se produzir o resultado, se se provar que não, não há punição.

A propósito dos crimes materiais coloca-se o problema da imputação objetiva. A doutrina maioritária, adota a Teoria da conexão do risco, onde se fala dos 3 níveis.

No quadro do DP do facto para que o resultado possa ser imputado à conduta, é necessário que, no plano da realidade naturalista, o resultado seja uma consequência da conduta, tem de haver um primeiro momento do nexo causal. Logo, se quero imputar um facto alguém, no plano naturalístico, aquele facto tem de ser uma consequência daquela conduta. Deste modo, adota os critérios da **Teoria da equivalência das condições**, através de uma atitude puramente fáctica e descritiva. Esta é uma condição necessária, mas não suficiente.

Assim, há a necessidade de saber se há um nexu causal, a determinação deste nexu causal faz-se, de acordo com esta última teoria, imputa-se sempre que sem aquela conduta não se tivesse verificado o resultado. Durante muito tempo, aplicava-se o critério da *conditio sine qua non*, todavia esta levava a resultados que não eram adequados e, por isso, sob influência de Erlich e, mais tarde, de Jescheck passou-se a observar o critério da condição conforme às leis naturais. Neste primeiro plano, adotou-se o critério da **Teoria das condições conforme às leis naturais**, temos de nos ater a critérios científicos naturais. A conduta foi causa do resultado, ou seja, imputa-se, sempre que, de acordo com as regras naturais e o da experiência, aquele resultado seja uma consequência daquela conduta, poderá ser necessário a intervenção de técnicos especializados – **ex**: comportamento de um cirurgião foi ou não causa da morte? Adotam a perspectiva da teoria das condições, a resolver pelo critério da condição conforme às leis naturais, conforme os conhecimentos disponíveis em certas questões e as regras da experiência para dizer se foi o resultado foi ou não da conduta, isto, se se pode imputar. “Segundo o critério da condição conforme às leis naturais, o estabelecimento da causalidade está dependente de saber se uma ação é acompanhada por modificações no mundo exterior que se encontram vinculadas a essa ação de acordo com as leis da natureza e são constitutivas de um resultado típico.”

Só que a afirmação do nexu causal não significa apenas imputar o resultado, não chega, é necessário passar para um segundo nível. Segundo a **Teoria da Adequação**, só se imputaria o resultado se, de acordo com as regras da experiência, atendendo aos conhecimentos gerais e específicos do agente, se apresentasse como resultado previsível ou, pelo menos, não impossível. Assim temos de fazer um juízo da prognose póstuma, mas vamos restringir de entre todas as situações do primeiro plano, as que são relevantes para o DP, pois nem todos os nexos causais naturalísticos são.

Só que, apesar de tudo isso, na teoria da adequação existem muitas situações que, de acordo com ela, levariam à imputação do resultado, pois não obstante o resultado seja previsível, todavia, à luz das valorações criminais, não se deve imputar esse resultado ao agente. Estas considerações levam-nos ao 3º nível, na novidade da teoria da conexão do risco. Este 3º nível varia de autores para autores, vamos adotar a exposição de Jescheck que fala de 4 corretores da conexão do risco, onde vai estabelecer limitações à teoria da adequação.

1 - Corretor do risco permitido – respeita a condutas que são lícitas, porque são socialmente úteis, mas que apesar de serem lícitas e socialmente úteis, envolvem alguns riscos para bens jurídicos essenciais – **ex**: tráfego rodoviário, indústria química, etc. Existem condutas que são lícitas e necessárias à vida moderna, mas que exigem certos riscos. Como é que o legislador regula? Faz uma ponderação de interesses, estabelecendo limites, as normas de cuidado, limitações às pessoas que exercem essas atividades perigosas, estabelecem um limite de tolerância até onde o risco é tolerável, ponderando entre as vantagens e os riscos, dos custos-benefícios e estabelece o risco permitido. Ainda que seja o resultado previsível, se o agente se comportou dentro dos limites permitidos, ele atuou licitamente, logo o resultado não lhe pode ser imputado. Como se define o âmbito do risco das normas de cuidado? Podem vir dos códigos deontológicos (**ex**: medicina), da própria lei (**ex**: Código da Estrada), ou das regras técnico-científicas da profissão (**ex**: como se constrói uma ponte). São estas as 3 fontes das normas de cuidado, que delimitam o risco permitido e que estabelecem a fronteira entre o risco permitido e o proibido. As normas estão estabelecidas em abstrato, mas não se impede que se avaliem em concreto em função das circunstâncias. Deste modo, estas normas não exoneram o concreto agente de depois fazer uma ponderação em concreto. Assim, há uma concretização dos critérios de adequação, havendo a aplicação dos critérios de adequação a domínios particularmente especializados. Há quem também designe este critério por risco normal de vida, mas são coisas diferentes, apenas numa aceção ampla, pode cair no risco permitido. Risco normal

de vida – **ex**: mordomo que vai buscar lenha e leva com um raio, o lorde não é responsabilizado. Há autores que o associam. Deste modo, um resultado, ainda que preencha os requisitos da teoria das condições equivalentes e da teoria da adequação, e houver risco, se cair neste domínio, não é imputável. Risco permitido já não está no dever objetivo de cuidado, porquê repetir?

2 - Corretor da diminuição do risco – ex: 2 amigos que vão fazer montanhismo e o que vai atrás vê que vai cair uma pedra em cima da cabeça do amigo e, de alguma forma, desvia-a e só lhe parte a clavícula. Nestas situações, produz-se um dano, para evitar um mais grave, diminuiu o risco, por isso, não se deve de imputar o resultado, pois foi um meio para evitar um dano mais grave. A diminuição do risco não é pensável na negligência, sobretudo na inconsciente, porque se ele não representa o risco da conduta, como o pode praticar um dano para evitar um superior?

3 - Corretor do comportamento lícito alternativo – são casos em que se exclui a imputação do resultado sempre que mesmo que o agente tivesse atuado lícitamente o resultado se tivesse produzido do mesmo modo, não se imputa o resultado. Nos casos de dolo, o agente será punido por tentativa, nos casos de negligência ficará impune.

4 - Corretor do âmbito de proteção da norma – só se imputa o resultado quando a norma tem por objeto a proteção desse mesmo resultado, se está fora da proteção da norma, não se imputa o resultado. O desvalor do resultado tem de ser a concretização do desvalor da ação, ou seja, a concretização da proteção da norma.

De acordo com a teoria da conexão do risco para se saber se se imputa o resultado à conduta, é necessário verificar se há um nexa causal, se se prova o nexa causal, passa-se para a prova da adequação, o nexa de adequação, se se prova este, passa-se para os corretores.

O prof tem sérias discordâncias quanto a estas doutrinas, porque estas não respeitam a distinção entre o ilícito doloso (o agente conhece e quer realizar a conduta ilícita, há intenção e justifica-se que se impute o resultado à luz destas conceções) e o ilícito negligente (falta o elemento volitivo, não há a vontade dirigida à pratica do facto, há uma assimetria entre a representação mental do agente e aquilo que ele efetivamente realiza, não há uma correspondência entre o projeto mental do agente e a sua conduta exterior, o que condiciona o grau de previsibilidade, por isso, será imputável o resultado?).

No quadro de uma doutrina do ilícito pessoal, os diferentes fundamentos do ilícito doloso e negligente, tem de se fundar em critérios diferentes, mas nada disso é considerado nem pela teoria da adequação, nem pela teoria da conexão do risco, o tipo objetivo dos crimes dolosos e negligente é idêntico e não pode ser, porque os critérios são diferentes. **Ex:** o critério da diminuição do risco, é pensável para os crimes dolosos, mas... e para a negligência? Se o agente na negligência inconsciente não se apercebe do perigo, se ele não sabe que vai produzir o dano, como é que ele sabe que vai evitar um dano maior? Quanto ao comportamento lícito alternativo, há muitos autores, nomeadamente Weimar, ou em Portugal, o professor José Faria Costa, que dizem que este apenas deve funcionar para a negligência e não já para as situações de dolo.

À luz dos critérios que estes autores defendem na teoria da adequação, desde que o resultado não seja impossível imputa-se o culpado. Assiste aqui a razão, portanto, quando a teoria da conexão do risco afirma que o comportamento lícito alternativo apenas funciona na negligência e não nos crimes dolosos. Isto para dizer que os critérios são diversos e que a teoria da conexão do risco não exprime a diferença entre o ilícito doloso e o negligente, os critérios têm de ser outros.

Por exemplo, “a punibilidade de um facto negligente pressupõe sempre a realização típica integral, a “consumação”: a tentativa de um facto negligente não só nunca é punível, como não é (normativamente) possível ou sequer pensável, trata-se de delitos de mera

atividade ou mesmo de resultado. O resultado não tem somente uma função limitadora, mas constitutiva do desvalor unitário do ilícito negligente.”

O prof. entende que o critério de imputação é o próprio dever objetivo de cuidado.

06.04.17

A negligência só é punida quando o legislador expressamente o declarar, a regra é que só os crimes dolosos são punidos, pois há uma diferença de culpa, a negligência é excepcional¹³. Assim sendo, a punição a título de negligência do erro depende de 2 requisitos cumulativos:

1. **Requisito formal** - crime que admita a punição de negligência (art. 13º);
2. **Requisito material** - que o erro seja censurável a título de negligência, que se fique a dever à violação do dever objetivo de cuidado, fundamentador de negligência.

O fundamento material da negligência reside na violação do dever objetivo de cuidado. Pelo simples facto de vivermos em sociedade temos de manter uma certa tensão para antecipar as consequências dos nossos atos e evitar aqueles que possam conduzir à lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico-criminal. A negligência será a expressão de um conteúdo objetivo de contrariedade ao dever objetivo de cuidado.

Levanta-se o problema da imputação objetiva nos crimes materiais, que exigem um evento espaço-temporalmente autónomo em relação à conduta, de modo a definir: em que termos o resultado é consequência daquela conduta? Para a doutrina maioritária o regime da imputação objetiva dos crimes negligentes está subordinado às mesmíssimas regras dos crimes dolosos.

No entanto, na opinião do prof., as exigências do dever objetivo de cuidado não coincidem com a Teoria da adequação, onde está pressuposto o estereótipo da conduta dolosa, bastando que o resultado seja uma consequência não impossível para que se impute o resultado. No âmbito da negligência o agente não quer o resultado, por isso haverá situações que se justifica uma imputação a título de dolo e não justifica a título de negligência, porque se têm de pautar pelo critério do HM.

Sob pena de parar a vida social, para a violação do dever objetivo de cuidado não basta que a conduta deixe antever a consequência como não impossível da produção do resultado. Verdadeiramente, só se pode amputar o resultado atendendo ao grau de cuidado que aquela situação é de molde a suscitar a representação do perigo. Há situações que não são capazes de suscitar a previsão da prática de um crime. Há projetos rebuscados que apenas se verificam com o dolo ou após o resultado. Assim, o grau de previsibilidade exigido para o dolo não coincide com aquele que é exigido na base do dever objetivo de cuidado.

O prof. adota uma posição diferente, entende que deve de haver um primeiro nexo de causalidade, só se imputa o resultado se a conduta foi a causa naturalística do facto. O critério de imputação objetiva resume-se ao próprio dever objetivo de cuidado, é em função do grau de cuidado exigido à generalidade das pessoas que se vai determinar quais são os resultados que se devem amputar à conduta – saber se na base do HM aquela situação

¹³ O prof. não referiu, mas na sebenta riscada diz o seguinte: Este carácter excepcional da punição do delito negligente resulta da cumulação de 2 ideias:

- No quadro da teoria ético-retributiva, uma ideia que se relaciona apenas com a dignidade penal, com razões quantitativas de gravidade – a infração negligente teria claramente uma dignidade penal diminuída;
- No quadro da prevenção geral de integração, traduz a ideia de que a negligência, sendo tão-só um descuido do agente, não produz, na maioria dos casos, um verdadeiro atentado à vigência da norma, não criando o alarme social suficiente para fazer funcionar os mecanismos do DP.

concreta e em que vai empreender a conduta é ou não suscetível de suscitar a representação do perigo da produção do resultado? Esta conceção absorve o risco permitido (previsto na norma de cuidado), bem como o âmbito de proteção da norma (resulta da norma de cuidado). No entanto, deixa de fora a diminuição do risco (que não se aplica na negligência). Admite-se o ilícito alternativo, mas como definição do âmbito do tipo negligente, que apenas contende com o desvalor da ação e não de resultado, por analogia com a tentativa – não se imputa o resultado, fica impune. Na negligência não se pune a tentativa (apenas no dolo), porque há apenas desvalor de ação e não de resultado.

TIPO SUBJETIVO – pretende caracterizar a situação psicológica que atua na negligência. Traduz-se na negligência consciente ou inconsciente, consoante se representa ou não o resultado. Roxin chegou a dizer que não havia lugar a tipo subjetivo na negligência, mas o prof não concorda, considera que se dá tanto com dolo, como com uma especial intencionalidade ou falta de intencionalidade.

Eduardo Correia apresenta a **Teoria da dupla negativa**, que faz apelo à conceção lógica da contraditoriedade. A negligência consciente verifica-se quando o agente confia que o resultado não se vai produzir, devido ao otimismo e modo de ser representa-o como possível, mas confia que não se vai verificar e só por isso o leva adiante, já o dolo eventual é tudo o que não seja isso, quer os caso em que confia que se produz, quer como nos caos em que não toma posição, porque o DP so intervém nas ofensas mais graves, estando em causa um bem jurídico essencial significa que revela uma atitude de contrariedade. Em suma, segundo esta teoria:

- ❖ Negligência consciente (art. 15º, alínea a) – agente confia na não produção do resultado. Cabem apenas os casos em que o agente está convencido (mal) de que o resultado não se vai produzir;
- ❖ Dolo eventual (art. 14º, nº3) – quando o agente **não** confia na **não** produção do resultado - é a expressão formal da teoria da conformação, abrange tanto os agentes que confiam, como aqueles que não tomam posição. Sempre que o agente se conforma revela a atitude de contrariedade ou de ignorância, cabendo, por isso, não só as condutas em que se confia, como as que não se toma posição.

Tipos justificadores:

O prof discorda que se aplicam os tipos justificadores com a devida aplicação dos tipos justificadores dos crimes dolosos. Os tipos justificadores exigem o conhecimento dos agentes de que estão a atuar ao abrigo de um tipo justificador (requisito subjetivo comum a todos os tipos justificadores), logo, se assim é, ao menos na negligência inconsciente, se o agente nem sabe que vai lesar um bem jurídico, como é que sabe que o está a fazer para preservar outro?

Por isso, o prof diz que os tipos justificadores não têm aplicação no âmbito da negligência. Uma coisa é o resultado final da punição, outra coisa são as justificações dogmáticas. Podemos chegar à conclusão de que efetivamente não há desvalor de resultado, porque o bem jurídico já estava condenado ou a situação da sua objetividade estava recoberta pelo estado de necessidade ou situação de legítima defesa, não se punindo o puro desvalor da ação. Assim, é pelo argumento da analogia, com a exclusão da punição da tentativa na negligência, que chegaremos à impunibilidade, mas não pelos tipos justificadores.

Ora, o desvalor da ação puro e simples não é punível a título negligente, então quando um agente preenche negligentemente um tipo justificador, atuando, muito embora

sem o saber, a coberto de uma causa da exclusão da ilicitude que traria a causa de justificação, porque falta o elemento subjetivo desta, que é o seu próprio conhecimento, mas sim por aplicação analógica. Existe um desvalor de ação a que não se segue um desvalor do resultado e que justifica a convocação do regime da tentativa, que só é punível a título de dolo. Assim, a conduta, mais do que deixar meramente de ser ilícita, deixa desde logo de ser típica.

Culpa negligente:

O ilícito exprime um conteúdo objetivo de contrariedade ao dever objetivo de cuidado, valoriza-se a conduta como se praticada pelo HM. Na culpa vamos valorar a conduta como ato daquele concreto agente (antinormatividade subjetiva) e pode bem suceder que aquele agente concreto não tenha as características ou fique aquém das características do HM e não lhe seja censurável não ter cumprido o que se exige ao HM. A culpa exprime os desvios emocionais do HC por referência ao modelo do HM. Vamos estudar a culpa pela negativa. A culpa exprime uma atitude de descuido ou de leviandade, no ilícito pessoal negligente é a atitude de descuido ou leviandade do HM, aqui é do HC.

O erro sobre a ilicitude não censurável não se aplica, porque se traduz numa desconformidade axiológica individual por referência à comunitária, o agente pratica um ato ilícito julgando que é lícito, não se podendo, como tal, reconduzir à ideia da negligência, pois tal não se dá por descuido ou leviandade.

Funcionam apenas 2 causas de exclusão da ilicitude na negligência: a inimputabilidade e a não exigibilidade. Quanto à inimputabilidade não há nada a acrescentar – apenas o art. 20º, nº4 está limitado à esfera dos crimes dolosos.

Relativamente à não exigibilidade, também aqui o prof. entende que se deve distinguir a inexigibilidade objetiva e a subjetiva. A inexigibilidade objetiva no âmbito dos crimes negligentes é uma causa da exclusão da própria tipicidade do facto, o dever objetivo de cuidado é definido em função do HM, aquilo que for inexigível ao HM não viola o dever objetivo de cuidado, por isso não preenche sequer o tipo. Na inexigibilidade subjetiva o prof. defende uma cláusula geral que deverá funcionar ao nível do juízo concreto, de modo a avaliar se aquele concreto agente podia ou não, em função do circunstancialismo exógeno, ter agido de modo diferente. As previsões legais valem apenas como referendo, enquanto padrão comparativo, mas não são aplicáveis diretamente à situação da negligência.

O ponto que levanta mais dificuldades prende-se com a distinção entre dolo eventual (14º, nº3) e a negligência consciente (art. 15º, alínea a), porque têm o mesmo elemento intelectual, representam o resultado como possível, a diferença, de acordo com a lei, tem de se buscar no plano subjetivo, tudo depende da atitude do agente. A doutrina estabilizou-se na teoria da conformação, que diz que o agente deve ser punido a título de dolo quando representando o resultado como possível se conforma com ele, aconteça o que acontecer, vai levar a sua conduta a avante, releva, assim, a indiferença e oposição frontal aos valores jurídico-criminais, revela a atitude do dolo. Por outro lado, na negligência consciente o agente representa o resultado como possível, só que só atua porque está convencido que naquela conduta não se vai verificar o resultado – é muito menos grave. O que diverge é o elemento volitivo. Este é o conteúdo da lei portuguesa e o que corresponde à doutrina maioritária. A nossa lei consagrou a teoria da conformação, há o elemento intelectual como comum (representa o preenchimento do tipo legal como tão-só possível), a diferença está no elemento volitivo (consoante haja ou não conformação).

Tanto no dolo eventual como na negligência consciente, o agente representa o resultado como possível, ainda que com o grau menor de verificação, a finalidade central até pode ser lícita, só que, apesar da finalidade principal ser lícita, a sua realização traz como consequência secundária/lateral a verificação do crime. A diferença reside no elemento volitivo, porque, de acordo com a teoria da conformação, no dolo eventual o agente conforma-

se com o resultado, ao passo que na negligência consciente não se conforma, está convencido que naquele caso o resultado criminoso não se vai verificar.

Segundo esta teoria, apesar do elemento intelectual ser idêntico no dolo eventual e na negligência consciente, o elemento volitivo é diferente: no dolo eventual o agente revela oposição e contrariedade ao dever-ser jurídico-penal, sobrepõe os seus interesses aos seus deveres jurídico-penais, traduzindo-se na ideia da conformação ou da aceitação do resultado (aconteça o que acontecer, ele leva a conduta a avante); ao passo que na negligência consciente o agente representa o resultado como possível, é o caso do positivismo, mas entende que tudo vai correr bem, está numa posição de descuido/leviandade face ao dever-ser jurídico-penal e confia que a lesão não se produzirá. Nisto se traduz, a contraposição entre o dolo eventual e a negligência consciente.

Crítica: acaba por traduzir sempre uma punição de personalidade e uma violação do DP do facto, contrapondo o pessimista doentio ao otimista inveterado, são apenas tipos de personalidade e tipos de carácter que estão em jogo, qualquer distinção neste campo acaba, por isso, por punir diretamente modos de ser e com isso sai do âmbito Penal do facto. Uma questão se coloca: do ponto de vista da tutela de bens jurídicos, é mais perigoso o pessimista ou o otimista inconsciente das consequências dos seus atos? Por isso mesmo, o prof considera que se deveria acabar a distinção entre dolo eventual e negligência consciente e se deveria graduar não apenas entre 2 categorias, mas 3, nomeadamente, as seguintes:

1. Dolo de resultado (incluindo o atual dolo direto e o dolo necessário);
2. Negligência (incluindo a atual negligência inconsciente);
3. Dolo de perigo/"temeridade - FD" (incluindo tanto o atual dolo eventual como a negligência consciente, pois, em ambos, o agente representa o carácter perigoso da conduta e quer realiza-la). Esta seria uma categoria intermédia, entre o dolo de resultado e negligência. Este dolo de perigo corresponde à *recklessness* no direito anglo-saxónico.

A questão de "não acreditar que fosse acontecer" é um elemento subjetivo que vai ter influência na definição concreta da pena, mas, a um nível de graduação em abstrato do desvalor pessoal das condutas, a classificação deve ser tripartida.

Também Figueiredo Dias defende esta classificação tripartida em vez da atualmente consagrada. Todavia, isto é apenas uma proposta doutrinal, porque no DP estamos subordinados ao princípio da legalidade, por isso mesmo, temos de fazer a distinção nos termos da lei portuguesa: 14º, nº3 e 15º, alínea a do CP.

Assim, o prof propõe a fusão do dolo eventual e da negligência consciente numa nova categoria, a que se poderia chamar dolo de perigo (o agente quer uma conduta perigosa, cujo resultado é possível e remoto). Logo no plano do ilícito estaríamos a falar numa graduação adequada ao DP do facto, porque aquilo que o agente representa e quer é um dolo. No entanto, temos de obedecer ao princípio da legalidade e aquilo que está definido na lei. Afinal, o quê que é mais perigoso, o pessimista doentio ou o otimista inveterado? O otimista inveterado, que vamos punir menos severamente... Para além disso, à luz de critérios de prevenção, não faz sentido aplicar um regime muito menos severo à negligência consciente. O prof. acha que o dolo de perigo deveria ser punido em todos os crimes e não deveria ser punida a tentativa.

07.04.17

Princípio da confiança:

Traduz-se na ideia de que as pessoas têm obviamente na vida de todos os dias, e no sentido do dever objetivo de cuidado, prever as consequências dos seus atos de modo

a absterem-se daqueles que possam levar à colocação em perigo ou lesão de bens jurídicos, mas nessa previsão devem partir do pressuposto que os outros membros da comunidade atuam de acordo com o dever objetivo de cuidado, não impõe a obrigação de prever comportamentos dolosos ou negligentes das outras pessoas. Assim, na previsão das suas condutas, o Homem deve atuar no pressuposto de que as outras pessoas vão comportar-se conforme ao Direito, por isso, ninguém está obrigado a evitar comportamentos dolosos ou negligentes das outras pessoas.

No entanto, há uma cláusula de salvaguarda, exceto se atendendo as circunstâncias do caso concreto for evidente que as outras pessoas vão atuar contra o Direito, praticando comportamentos negligentes ou dolosos. Quando se torna evidente o comportamento faltoso e se ele prevê na situação concreta o comportamento negligente ou doloso e se nada o fizer para o evitar, imputar-se-á o resultado. Se na situação concreta era previsível um comportamento negligente ou doloso, manda o dever objetivo de cuidado que o agente adote as condutas necessárias para evitar a lesão de bens jurídicos.

A esta exceção junta-se uma outra: existem situações em que há serviços estruturados e hierarquizados, onde existem certas funções que se esgotam no exercício de tarefas de fiscalização, controlo e tutela em relação a comportamentos de outrem – **ex**: o superior hierárquico está obrigado no exercício das suas tarefas a contar com as possíveis negligências dos seus subordinados, por exemplo, um médico estagiário. É uma decorrência do próprio conteúdo do dever objetivo de cuidado, é previsível dada a inexperiência que possa vir a ter complicações durante a realização de uma cirurgia.

São situações especiais na medida em que são concretizações especiais, mas não são desvios à delimitação que fizemos do dever objetivo de cuidado.

Houve já quem pretendesse que não pudesse beneficiar do princípio da confiança quem atua em violação do dever objetivo de cuidado. O prof. acha que é errado, porque o resultado só se imputa quando for o desvalor da ação inerente à conduta. O resultado não é consequência da violação do dever objetivo de cuidado, continua a beneficiar do princípio da confiança.

Negligência na aceitação ou assunção:

A negligência na aceitação ou assunção dá-se quando alguém realiza uma conduta para a qual não tem as aptidões necessárias. O agente, no momento da verificação do facto não tinha culpa, não pode ser punido, porque a culpa pressupõe a possibilidade de agir diferentemente.

No entanto, ele vai ser punido, porque manda o dever objetivo de cuidado que as pessoas não empreendam condutas para as quais não estão habilitadas, logo, o momento da punição retroage ao momento em que inicia a conduta. Não devem assumir ou aceitar realizar essas condutas, é o momento em que inicia a conduta que se deve reconduzir à responsabilização a título de negligência. Já há desvalor da ação, porque já está a violar o dever objetivo de cuidado, o resultado mais não é que a concretização do desvalor da ação.

“O substrato que aqui se tem em consideração reside essencialmente na assunção de trefas ou na aceitação de responsabilidades para as quais o agente não está preparado, porque lhe faltam as condições pessoais, os conhecimentos ou mesmo o treino necessários ao correto desempenho de atividades perigosas.”

“Nestes casos, se bem que uma negligencia referida ao momento da ação não possa ser comprovada, todavia aquela deve ser em definitivo afirmada reportando-a ao momento em que o agente assumiu ou aceitou o desempenho, sabendo todavia, ou sendo-lhe pelo menos cognoscível, que para tanto lhe faltavam os pressupostos anímicos e/ou corporais necessários.”

Trata-se apenas de uma concretização das ideias gerais do dever objetivo de cuidado, mantem-se o fundamento material da negligência, é a violação do dever objetivo de cuidado.

Crime agravado pelo evento/resultado:

Existem casos em que há a combinação do dolo e da negligência, a lei funda uma situação que, materialmente, é a de concurso entre um crime doloso e um crime negligente num só crime, estabelecendo uma agravação da pena em relação ao crime inicial (o doloso). Por norma, este evento consubstancia um crime, mas pode tratar-se de um facto não criminoso que, não constituindo em si mesmo um crime, aprofunde todavia o desvalor do resultado e o atentado à vigência da norma, justificando por isso um tratamento unitário e agravado. **Ex:** A quer infligir ofensas à integridade física (crime doloso), mas sem dolo acaba por matar (crime negligente).

É o problema da *versari in re illicita*, segundo o qual quem iniciava uma conduta criminosa tinha de ser responsabilizado por todas as consequências. Esta solução violava o princípio da culpa, porque levava a casos de consagração de responsabilidade objetiva. Para obstar esta consequência, viria a consolidar-se, no séc. XIX e XX, o crime preterintencional, composto de vários requisitos:

1. Crime fundamental doloso;
2. A que acrescia um evento mais grave, só imputável a título de negligência;
3. Este evento, porque era imputado a título de negligência, tinha de ser previsível como consequência da conduta realizada inicialmente;
4. Punido mais gravemente do que seria pelas regras gerais do concurso, porque verdadeiramente era reconduzível a um crime doloso e a um negligente, sendo punido por concurso, só que o legislador como que funda num único crime só, abrangia consequências da conduta que estavam para além do dolo/da ação e estabelecia para ele uma punição mais grave do que a ponderação dos 2 casos em separado;
5. Princípio do *numerus clausus*, só possível quando previstos na lei, não era um poder discricionário do juiz.

A grande dificuldade era a de justificar a agravação da pena – porque mais grave? Ferrer Correia fundamentava-a no dolo do primeiro crime, considerando que a vontade era de tal modo intensa e grave que fazia com que o agente nem sequer previsse a consequência, aqui residiria o fundamento material da agravação da pena.

Esta tese viria a ser abandonada pela de Figueiredo Dias, que se implantou como doutrina maioritária. Na ótica do mesmo, o fundamento não reside no dolo, porque este tinha a ver com o primeiro crime, resulta, porque nos crimes preterintencionais a prática do primeiro crime deixa antever como muito provável a concretização do segundo crime, quase necessária, pelo que a não previsão do segundo crime, o evento agravante, só é justificada à luz de uma negligência qualificada/grosseira. Assim, o fundamento residiria não na particular intenção do dolo, mas na particular gravidade da negligência que estaria subjacente ao segundo crime.

As coisas viriam a alterar-se com o CP de 1982 que veio estabelecer um regime especial para a agravação do resultado no art. 18º, que é mais ampla que o velho crime preterintencional. O art. 18º prevê a figura do crime agravado pelo evento e abrange todas as situações de crime preterintencional e ainda mais algumas, alargou o âmbito da figura, o que tornou inútil a figura do crime preterintencional.

De acordo com o art. 18º, temos um delito fundamental, a que se segue um evento agravante, aqui fala-se tão-só de crime e não apenas doloso, por isso aplica-se tanto ao crime doloso como ao negligente, mas o prof faz uma leitura restritiva e considera que não

faz sentido falar nisso, pelo menos na negligência inconsciente, quando muito o alargamento será às hipóteses de negligência consciente, porque aí prevê a possibilidade do resultado.

Para além disso, este crime agravado pelo evento abrange agravações em que o facto agravante não é em si mesmo um crime – **ex**: violação de que resulta a gravidez. Abrange tanto os casos em que o evento agravado é um crime autónomo (únicos abrangidos no preterintencional), como num facto que em si mesmo não é típico.

A parte final do artigo diz: *pelo menos a título de negligência*, no crime preterintencional o evento agravante era só negligente, aqui parece se admitir que o evento agravante seja também imputado a título de dolo – parece absurdo. No entanto, o alargamento da agravação da punição a título de dolo resume-se a 2 situações:

1. Quando o evento agravante ele mesmo não é crime (não tem dignidade penal);
2. Nos casos em que embora estando perante um resultado que tem dignidade penal, que é típico, ele só seja punido de forma autónoma (quando praticado isoladamente) a título de dolo direto e necessário e não seja a título de dolo eventual, mas já pode ser imputável a dolo eventual, quando for resultado do primeiro crime.

Finalmente, relativamente à agravação da pena mais grave do que a que resultaria do concurso dos crimes, já não se pode dizer isso. Não se pode dizer que as penas estabelecidas são mais graves do que as que resultariam do concurso. Por isso, não faz hoje sentido falar no crime preterintencional, foi substituído pelo crime previsto no art. 18º.

O art. 18º prevê os requisitos gerais de todas as normas, mas tem de estar subjacente à interpretação dos crimes agravados por evento – **ex**: art. 147º e 177º, nº5. Na interpretação de qualquer tipo de crime agravado por evento, só podemos imputar, desde que preenchidos os requisitos gerais do art. 18º (é o primeiro requisito a verificar-se).

A doutrina divide-se, há quem entenda que se devesse acabar com esta figura e há quem não. O prof. diz que há vantagens dogmáticas acabando com a figura e que se podia estabelecer condições agravantes aos crimes fundamentais. Também quanto aos casos em que o crime não tem dignidade penal *qua tale*, estes casos já seriam contemplados, sem necessidade de se falar do crime agravado por evento. Contudo, não há opinião estabilizada na doutrina.

Bibliografia: J Figueiredo Dias, Dto. penal I, pp. 315-321.

20.04.17

DOGMÁTICA DOS CRIMES DE OMISSÃO¹⁴

A omissão constituiu um *non facere*, perante um bem jurídico em perigo o agente não intervém para salva-lo e com isso o bem jurídico vem a ser colocado em perigo ou lesado. “O crime de omissão reside na violação de uma imposição legal de atuar.” Em certas circunstâncias, esta omissão releva para o DP e dá, por isso, origem ao crime omissivo, é jurídico-penalmente relevante. Ao longo da história o reconhecimento dos crimes omissivos teve problemas.

A primeira questão colocou-se no séc. XX e no sistema clássico, prendia-se com uma dificuldade dogmática: como podemos fundamentar os crimes por omissão se para termos um crime temos de ter uma ação causal (modificação do mundo exterior causalmente ligada a uma vontade e cega a valores)? Perante uma omissão não há nenhuma

¹⁴ Trataremos de forma unitária o crime doloso e negligente de omissão.

modificação do mundo exterior, o que se censura é precisamente não haver. Esta dificuldade viria a ser ultrapassada no sistema neoclássico com o conceito de ação social.

A outra é uma dificuldade prendia-se com razões de caráter ético-jurídicas e de distinção entre a moral e o Direito. Na moral compreende-se que as pessoas possam ser obrigadas por um imperativo moral a atuar em prol de interesses alheios, mas no plano jurídico, dentro de uma concepção liberal, compreendem-se que as pessoas sejam livres, impondo-se apenas o princípio *neminem non laedere*, assim, a necessidade de atuar positivamente parecia ser algo que estava fora dos cânones de Direito. Este ponto de vista foi ultrapassado, porque surgiu o Estado Social, que acentua as vertentes solidaristas, o ser com o outro. Assim, no plano do Direito, a omissão passa a revelar, o facto de uma pessoa não atuar pode assumir relevância jurídico-criminal.

Quais os limites que se podem exigir de uma pessoa a salvaguardar interesses alheios? O DP tem caráter subsidiário e pauta-se por um mínimo de intervenção, para além disso, as exigências de certeza e segurança colocam-se: quando sou obrigado a intervir ou não? Quando é que a abstenção de comportamento pode dar lugar a um ilícito jurídico-penal? Isto pode levar a intromissões abusivas na esfera privada de outrem, pelo medo de vir a ser responsabilizado, promovendo que as pessoas ponham o “nariz na vida um dos outros”. Deste modo, exige-se uma definição precisa da omissão jurídico-penalmente relevante, em nome da tutela da intimidade da vida privada, devendo os seus limites serem fixados da forma mais precisa possível.

No âmbito da omissão, podemos distinguir:

Omissões puras ou próprias – aquela que está descrita expressamente na lei, o legislador quando está a descrever o tipo legal de crime, descreve uma omissão. A própria descrição do tipo é a descrição de uma omissão. “A previsão especial referencia expressamente a omissão como uma forma de integração típica, descrevendo os pressupostos fácticos donde deriva o dever jurídico de atuar ou referindo aquele dever e tornando o agente garante do seu cumprimento.” Não se levantam problemas de certeza e segurança. – **ex:** art. 200º. “São delitos puros de omissão aqueles cujo tipo objetivo de ilícito se esgota na não realização da ação imposta pela lei.”

Omissões impuras ou impróprias – são os casos em que a descrição típica apenas alude a uma conduta por ação, o elemento gramatical da norma apenas alude a um crime por ação. “Não estão descritas na lei como tais, mas a tipicidade resulta da cláusula geral de equiparação da omissão à ação, como tal legalmente prevista e punível na parte geral.” A doutrina entende que, nalguns casos, a omissão tem um desvalor análogo ao desvalor da ação, devendo estas normas serem interpretadas no sentido de abrangerem tanto o comportamento ativo, como o comportamento omissivo – **ex:** art. 131º. Não está prevista a omissão, o desenho do tipo não corresponde a um comportamento omissivo, mas há equiparação do desvalor da omissão ao da ação. “São delitos impuros ou impróprios aqueles em que o agente assume a posição de garante da não produção de um resultado típico.” O legislador não descreve expressamente a omissão, mas ela está prevista na lei, se não seria a violação do princípio da legalidade.

Neste último caso, estamos perante a violação do princípio da legalidade? Não, porque no art. 10º se definem os critérios e requisitos dessa equiparação. Em que casos a

omissão oferece relevância jurídico-penal em termos de dar lugar a uma punição? É importante balizar da forma mais possível e justa o âmbito da omissão, ou seja, em que casos a pessoa é obrigada a intervir.

Coloca-se ainda o problema dos casos ambivalentes ou de dupla relevância. Às vezes, é duvidoso se a conduta relevante é uma ação ou uma omissão – **ex**: sr A vai a conduzir o seu automóvel, trava tarde de mais e ao fazê-lo bate noutro veículo, ação ou omissão? Doente ligado a uma máquina, o médico desliga-a e o doente morre, imputa-se a morte pela ação ou pela omissão? Houve vários critérios para responder a esta questão.

- Matriz positivista – deveria atender ao critério de saber se havia ou não introdução de energia positiva: se houve introdução de energia positiva era ação, se não houve era omissão. Esta conceção está ligada ao conceito de ação causal do sistema clássico e, por isso, não serve e não reflete o verdadeiro desvalor, pois este não tem a ver com a sua configuração externa, mas com o seu conteúdo jurídico-penal, por referência ao dever que está a violar, pois apesar de haver introdução de energia positiva, o sentido da conduta pode ser de não cumprimento e, por isso, de omissão.
- Será ação ou omissão consoante o ponto de conexão da censura penal fosse um comportamento ativo ou omissivo, consoante o centro de gravidade contendesse com uma ação ou uma omissão. Aponta para uma valoração global que atende ao sentido da intervenção do agente e pode a situação adquirir um prevalente sentido de uma omissão ou ação. A crítica é só uma e que levou a que não seja seguida: os critérios são muito fluidos, não é suficientemente precisa e isso tem importância, porque pode estar em causa uma forte restrição da punição penal. O facto de qualificarmos uma ação ou omissão pode significar a punição ou impunibilidade. Esta tese não está vazada em critérios suficientemente precisos que satisfaçam as exigências de certeza e segurança do DP.
- Nestes casos de em que é duvidosa a qualificação como omissão, deverá qualificar-se como tal segundo um critério de subsidiariedade, só quando não for qualificado como ação, será uma omissão. É um critério prático, mas ao mesmo tempo falacioso, só aparentemente soluciona de forma correta. É uma solução só aparente.
- Esta tese é a concretização e especialização do 2º critério, materialmente correto, mas impreciso. Nestas situações haverá ação sempre que o agente tenha colaborado de forma positiva, ou criando o perigo ou aumentando o perigo para o bem jurídico, diferentemente, só teremos uma omissão quando o agente em nada contribuiu para a situação de perigo e não intervém para o evitar e salvar o bem jurídico. É um critério operatório e que obedece à natureza do DP. Assim, no exemplo, no caso do condutor é um crime por ação e no caso do médico é um crime por omissão.

Começamos pela ação, temos de ter uma ação humana, o crime é a violação de uma norma de determinação, tem de ser uma conduta humana. Partimos do conceito pessoal da ação que o conduz a um ato de comunicação, enquanto exteriorização de uma intencionalidade de sentido, assim, é toda a manifestação exterior da vida consciente do indivíduo (Beling). A omissão é uma indiferença. A passividade perante uma situação de perigo é exteriorizar uma intencionalidade de sentido.

A ação tem de ser ilícita-típica, ou seja, o desvalor jurídico-penal tem de estar vazado num tipo. Estamos no plano do ilícito-típico, que compreendemos no quadro do ilícito-pessoal, a omissão é uma unidade subjetiva-objetiva.

O ilícito é uma unidade subjetiva-objetiva, podemos distinguir comportamentos dolosos e negligentes. Aqui valoramos a unidade subjetiva-objetiva como se tivesse sido praticada pelo HM, atribuindo àquela conduta o sentido de desvalor que teria se tivesse sido praticada pelo HM. O juízo de ilicitude traduz-se num juízo de culpa sobre o HM. Também o ilícito de omissão se traduz numa unidade subjetiva-objetiva. Distinguimos entre tipo objetivo e subjetivo (artificial, porque o tipo é uno, faz-se por razões expositivas e pedagógicas).

Tipo objetivo – elementos estruturantes: agente, conduta e o bem jurídico. Podemos fazer as mesmas distinções que fizemos nos crimes por ação. A distinção entre crimes de execução livre e crimes de execução vinculada é mais difícil na omissão, mas também não se pode excluir por completo. A maioria dos crimes omissivos são crimes materiais. Suscita-se um prolema, é no tipo do âmbito objetivo que surge o problema da distinção entre as omissões puras ou próprias e as omissões impuras ou improprias (a descrição da lei reporta-se a comportamentos ativos, pelo que resulta da aplicação das regras de equiparação do art. 10º).

Art. 10.º CP¹⁵:

Nº1 – *Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a Ação adequada a produzi-lo como a omissão da Ação adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.*

Deste nº1 resulta uma serie de limitações quanto ao tipo da parte especial e demais legislação extravagante:

Primeiramente, tem de ser um crime de resultado, não quanto ao resultado naturalístico da ação, mas quanto ao bem jurídico. Nesta exigência de que o facto fosse lesivo ou produtor de um resultado, o legislador estava a referir-se aos crimes de dano, restringe-se a punição da omissão impura aos crimes de dano, dela se excluindo todos os crimes de perigo. A doutrina (incluindo o prof Lamas Leite) procurou estender a punição aos crimes de perigo concreto, deixando apenas de fora os crimes de perigo abstrato. Assim, vieram dizer que o resultado tem de ser entendido de forma hábil, enquanto tudo aquilo que afete a tranquilidade do bem jurídico. Deste modo, pretendem dizer que a omissão impura ou imprópria abrange não apenas os crimes de dano, mas ainda os crimes de perigo concreto, situação em que se verificou um efetivo perigo, apenas se excluindo os crimes de perigo abstrato.

Para além disso, a pessoa em causa, para ser responsabilizada a título de omissão impura ou imprópria, tem de estar em condições de atuar, numa posição fáctica que lhe permita intervir, mas não basta isto, tem também de ter a possibilidade de intervir de modo adequado, adotando uma conduta idónea a salvar um bem jurídico – **ex:** sr A vê o filho a

¹⁵ É uma norma sob normas, define o âmbito da relevância da omissão imprópria no DP português, estabelece o princípio geral a aplica aos crimes previstos na parte especial.

afogar-se no mar, mas não sabe nadar. Esta capacidade de intervir não significa necessariamente a capacidade de intervir para salvar com as próprias mãos, também pode promover o socorro. Pode fazê-lo ele próprio ou promovendo o seu socorro.

Por ultimo (salvo...), no quadro do Estado de Direito Social impõe-se a justificação da incriminação da omissão, pois é a concretização de uma ideia de solidariedade humana, mas há limites, exige-se apenas o mínimo à convivência comunitária. Assim, podem haver limites que não apontem no sentido da responsabilização, o legislador pode excluir essa equiparação, há uma espécie de impossibilidade jurídica da omissão em virtude da valoração do julgador, mas também pode haver uma impossibilidade fáctica – **ex**: como é que o crime de bigamia pode ser cometido por omissão? – ou uma impossibilidade que pode resultar da própria natureza do crime, em que o legislador entendeu não ser exigível naquela situação incriminar a omissão e, por isso, exclui a possibilidade de se falar numa omissão impura ou imprópria. Balizamos o campo em abstrato da punição jurídico-penalmente relevante.

Nº2 – A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

É necessário que o concreto agente esteja investido do particular dever. Não basta que em abstrato o crime admita a equiparação, é necessário que em concreto aquele agente esteja vinculado a um dever especial de tutela sobre um determinado bem jurídico. Percebe-se à luz da limitação da solidariedade, enquanto subsidiariedade e mínima intervenção do DP. Logo, é preciso que o agente em concreto esteja vinculado a um especial dever jurídico de atuar – o que é isso? É uma fórmula suficientemente precisa? O prof entende que as exigências da legalidade não são cumpridas. O prof compreende que não é fácil balizar com precisão, mas o legislador podia ter feito uma enumeração exemplificativa, que funcionaria como um critério orientador ao julgador. Dado a lei não definir convenientemente esse dever, a lei como que delegou na doutrina e na jurisprudência a tarefa de definição do âmbito desse dever. Dogmaticamente é denominado de “dever de garante”. O dever de garante é o dever jurídico que pessoalmente obriga o agente. São 2 as doutrinas.

Doutrina da teoria formal (orientação clássica) – indica 3 fontes do dever de garante: a lei (**ex**: cuidado dos pais em relação aos filhos e vice-versa), o contrato (**ex**: advogado e professor de natação) e a situação de ingerência (quando alguém coloca em perigo bens jurídicos, tem o dever de assegurar que estes não sejam lesados). Crítica: é uma teoria formalista, não atende aos critérios materiais de valoração, existem outros casos que justificam de idêntico modo a punição da omissão. O fundamento não deve ser a lei, mas a comunidade de vida que se cria. O seu fundamento não é a validade do contrato, mas a relação fáctica de confiança que se gera, ainda que o contrato seja nulo. Quanto à ingerência justifica-se, mas existem outros casos, como os casos em que alguém tem um bem perigoso que exige especiais cuidados – **ex**: levar automóvel a revisões.

Doutrina da teoria das funções (Kaufmann) – corresponde à doutrina maioritária em Portugal. Arruma as situações de omissão impura ou imprópria em 2 grandes grupos:

1. Dever de proteger bens jurídicos em perigo – bens jurídicos carecidos de amparo contra perigos que venham de fora. Impõem/fundamentam a proteção de um bem jurídico em perigo carecido de tutela:

- Situação de relações de comunidade de vida (**ex:** relações familiares ou de trabalho);
- Situação de comunidades de perigo (**ex:** desportos radicais), que cria uma relação de solidariedade circunscrita a um determinado momento da vida.
- Situação da relação fáctica de confiança, da assunção de funções de guarda, quando uma pessoa assume funções de proteção de bens jurídicos - pode o contrato ser inválido e ser relevante para o DC, mas não para o DP. Trata-se de uma proteção materialmente baseada numa relação de confiança.
- Situação de monopólio - situações em que o agente não tem nenhuma relação, é a afirmação mais pura da solidariedade. São casos em que alguém, que em nada contribuiu para a lesão do bem jurídico, é o único a poder intervir para salvar bens jurídicos alheios, podendo-o fazer sem perigo para a sua vida ou para a sua integridade física. O esforço da intervenção é mínimo, há como que uma desproporção entre os bens, há uma “abissal desproporção entre o bem jurídico em perigo e o esforço exigido ao omitente no processo salvador” – na Alemanha não admitem esta figura, Taipa de Carvalho também não admite, o prof. admite em casos contados, com requisitos muito apertados, quando o risco de intervenção é nulo e há uma desproporção entre o bem jurídico em perigo e o incomodo que se impõe ao agente. – **ex:** bebe a afogar-se num lago com 20cm de profundidade. Só se apela a esta situação quando não se puder apelar às outras situações, porque é onde o vínculo entre o agente e o bem é mais frágil, é um critério subsidiário.

2. Dever de controlar certas fontes de perigo – existem certas fontes de perigo que são lícitas, mas que têm de ser controladas, em ordem a evitar a lesão de bens jurídicos alheios.

- Situação de ingerência - quem põe um bem jurídico em perigo tem o dever de o anular, em ordem a evitar a efetiva lesão;
- Situações de senhorio ou domínio - a pessoa que tem o domínio sobre meios ou atividades lícitas, mas que comportam riscos, esta obrigada a exercer a atividade em ordem a evitar que esses meios perigosos venham a produzir danos.
- Situação de controlar atividades de terceiros - decorre do princípio da confiança que, em princípio, as pessoas são apenas responsáveis pelos seus próprios comportamentos, no entanto, há casos excecionais em que as pessoas têm deveres de controlo em relação a terceiros ou aparelhos de estrutura hierarquizada, em que alguns têm funções de controlo, direção e fiscalização – **ex:** pais e menores, chefes e estagiários.
- Situação de monopólio - levanta mais dificuldades e reservas. Figueiredo Dias apenas admite aqui, o prof. também admite aqui. – **ex:** sr. A vê uma fábrica a começar a arder, bastava-lhe fazer uma chamada para os bombeiros. Será sempre um recurso subsidiário, primeiro deve-se verificar se não cabe nas outras fontes, porque esta é a mais problemática.

Em suma, a omissão impura ou impropria resulta da equiparação da omissão à ação que tem de ser feita à luz dos critérios previstos no art. 10º, no nº1 temos os critérios abstratos, no nº2 o dever de garante.

O art. 10º, nº3 (→ art. 72º e 73º) prevê a possibilidade de atenuação de pena, já que a censurabilidade social causada por uma lesão de um bem jurídico é mais forte quando resulte de um comportamento ativo, do que quando resulte de uma omissão.

27.04.17

Nos crimes formais e crimes materiais/de comissão por omissão, quais são os critérios a aplicar?

A doutrina tradicional diz que a dogmática quanto à imputação objetiva do resultado é a mesma que nos crimes por ação, apenas há um ponto em que divergem, no primeiro nível, pois não há um nexo de causalidade, o agente não faz nada. De resto, mantem os mesmos critérios. A causalidade só pode ser falada em sentido hipotético, no sentido em que em concreto o agente não realiza a conduta e teria sido a causa de não verificação do resultado – nega-se a causalidade como requisito de imputação. Retirando o nível da causalidade naturalística, aferida de acordo com a teoria da equivalência das condições e do critério conforme às leis naturais, os restantes métodos aplicam-se.

Assim, a imputação depende da conduta ser adequada, isto é, se o agente está numa posição capaz de adotar uma conduta adequada a evitar a lesão (teoria da adequação em sentido hipotético). Também se aplicam os corretores da teoria da conexão do risco, fala-se igualmente no risco permitido, no comportamento lícito alternativo, na diminuição do risco e no âmbito de proteção da norma – sendo neles punido por omissão a título de tentativa, não se imputa o resultado.

No comportamento lícito alternativo há uma divergência na doutrina: para a jurisprudência alemã considera que só se imputa o resultado quando for absolutamente certo, ou seja, se se demonstrar com uma probabilidade perto da certeza que o cumprimento das condutas exigidas teria obstado o resultado; Roxin defende uma posição diferente, a Tese da Potenciação do Risco, de acordo com a qual não é preciso que se prove com toda a certeza que se o agente tivesse atuado conforme ao Direito teria obstado o resultado, basta que ele aumente o risco do resultado e deve imputar-se, por uma razão político-criminal, porque se exige que o agente atue conforme ao Direito nas atuações mais perigosas.

A doutrina maioritária com as necessárias alterações, mantem os mesmos critérios, tanto para os crimes dolosos como para os negligentes. O prof. considera que se aplica antes o critério do domínio da não impossibilidade do facto, que funciona na omissão em termos análogos como funciona na ação, ou seja, o agente é obrigado a pôr em marcha os meios adequados a evitar a lesão, mas não a obter resultados. Assim, ele tem o domínio de praticar ou não praticar a ação adequada. O prof entende que se deve exigir tendo em conta a importância dos bens jurídico-criminais e ao caráter muito restrito da relevância da omissão, por isso, deve sempre se imputar quando o agente tenha uma hipótese de poder salvar e não o fez - sempre seja não impossível que a sua conduta possa salvar, ele deve atuar. Não é preciso provar com toda a certeza que se atuasse salvava o bem jurídico, não, basta que fosse possível, em nome da exigência da salvaguarda dos bens jurídicos essenciais que subjaz ao DP. Traduz-se também na autonomização da negligência que reside

no âmbito do dever objetivo de cuidado, muito menor que o do domínio do facto, pois o agente não quer, há situações que atua como dolo que são previsíveis, que não são quando se atua negligentemente – perde autonomia o risco permitido e o princípio da diminuição do risco; quanto ao comportamento lícito alternativo e o âmbito de proteção da norma já se justificam. O prof. considera que se adapta muito melhor.

TIPO SUBJETIVO – ou doloso ou negligente, consoante estejamos perante uma omissão dolosa ou negligente → dolo direto, eventual, necessário e negligencia consciente ou inconsciente. Também se aplica o regime do erro. Erro sobre as circunstâncias de facto é o erro sobre a posição de garante (art. 16º, nº1), o erro sobre a ilicitude é o erro sobre o dever de garante (art. 17º, nº1).

E os tipos justificadores? Há quem diga que na omissão, dada a sua configuração, é difícil imaginar o tipo justificador, mas não é! **Ex:** legítima defesa, não salva para se defender; estado de necessidade, ele não atua, porque está numa situação de perigo; conflito de deveres pode ser entre deveres de ação e omissão. A problemática aplica-se do mesmo modo, embora, na prática, seja mais difícil se verificar tipos justificadores na omissão, mas é possível. No entanto, os tipos justificadores só funcionam nos crimes dolosos, não crimes nos negligentes, nesses é por outros caminhos que se chega à impunidade.

Quanto à culpa e à punibilidade caracteriza-se da mesma maneira que nos crimes por ação, tudo se aplica de idêntico modo.

AS FORMAS ESPECIAIS DO CRIME¹⁶

Na vigência dos sistemas clássicos e neoclássicos, inspirados pela conceção do ilícito objetivo, a conceção falhava, pois no elemento fundamental que era o momento da contraposição do ilícito à culpa falhava, pelo que eram formas especiais do crime, em que não funcionavam as categorias gerais, em que a dogmática geral implodia, nomeadamente, quanto à contraposição do ilícito e da culpa, já que o juízo da conduta era um juízo de culpa englobante.

No quadro de uma doutrina do ilícito pessoal já não se põe esta questão, continuam a valer as categorias em geral, porque o ilícito pessoal passa já pela consideração da subjetividade do agente, por isso se distingue o dolo e a negligencia, valoramos a unidade subjetiva-objetiva enquanto HM, logo, continuam a valer as mesmas categorias.

Continuam a designar-se como tal, atendendo à particular dificuldade dos problemas que suscitam. Não implicam um abandono às categorias gerais, mas a sua complexidade justifica um tratamento autónomo.

¹⁶ Tentativa por contraposição à consumação, unidade de crime por oposição ao concurso, unidade de agente por contraposição à participação. São formas especiais do ilícito.

A tentativa:

4 Fases:

1. *Nuda cogitatio* – momento em que o agente projeta o crime, é uma fase interna, que não se exterioriza num comportamento do agente;
2. Preparação (atos preparatórios);
3. Atos de execução;
4. Consumação;

A tentativa situa-se no 3º nível, nos atos de execução, traduz-se na prática de atos de execução a que não se segue a consumação por motivos estranhos à vontade do agente. A tentativa é um problema importante e a fixação do limite da fronteira entre os atos preparatórios e a tentativa também, pois de acordo com o art. 21º CP, a regra, é de que os atos preparatórios não são puníveis – 2 razões:

1. Razão de ordem pragmática – muitos atos preparatórios são exteriormente semelhantes a atos lícitos, logo por motivos de economia processual, pela dificuldade de prova e pelo princípio *in dubio pro reu*. **Ex:** comprar arma para matar ou ir à caça.
2. Razão de fundo/material – o DP pauta-se pelo princípio da subsidiariedade, o que exige que só intervenha em caso de lesão ou perigo próximo para o bem jurídico, o ato preparatório é um perigo longínquo, ele pode ainda desistir, não tem dignidade penal.

No entanto, o legislador pode, em certos casos, punir o ato preparatório e, nesse sentido, quando se trata de punir atos preparatórios fá-lo seguindo 2 técnicas:

1. Constrói um autónomo crime de perigo abstrato. **Ex:** fabrico de moeda, art. 262º. É punível tanto a tentativa, como a consumação.
2. Prevê a punição, mantendo-o na qualidade de ato preparatório. **Ex:** art. 271º. A tentativa não é punida.

São situações excepcionais, porque a regra é que o DP só deve intervir como ultima *ratio*, logo apenas nos casos em que haja efetiva lesão do bem jurídico ou perigo próximo.

Já a tentativa traduz-se na prática de atos de execução, atos que representam um perigo próximo de um bem jurídico, à qual não se segue a consumação por motivos estranhos à vontade do agente. Porque se pune a tentativa? A punição da tentativa é excepcional e só é admitida nos casos previstos na lei, por exemplo, só é punida a título de dolo (isto resulta da leitura conjugada dos art. 13º e 22º) e nos crimes em que corresponda a título de consumação, pena de prisão acima de 3 anos, salvo quando o legislador o determinar. A tentativa é sempre menos punida que a consumação (art. 23º CP → art. 72º e 73º).

Qual é o fundamento da punição da tentativa?

Teorias subjetivas – procuravam reconduzir o fundamento da punição da tentativa à energia criminal do agente, à perversidade do agente e à sua perigosidade. Atualmente, não tem defensores, não pode ser esta a perspetiva do DP do facto, as intenções não relevam por si só.

Teorias objetivas – justifica no âmbito da tutela dos bem jurídicos, intimamente relacionada com a caracterização da própria norma penal, que tem a estrutura de uma norma de determinação, onde está subjacente uma ideia preventiva, pretende prevenir a prática de crimes. Assim, a prática de um ato contrário à norma, apesar de não atingir o resultado, é

já uma desobediência à norma, o que justifica a intervenção do DP, à luz de qualquer teoria dos fins das penas. São razões que se prendem com a tutela de bens jurídicos, no quadro do DP do facto, por isso, a tentativa deve medir-se sempre numa perspectiva *ex ante*. A tentativa envolve um risco para bens jurídicos e é aí que radica o fundamento da sua punição, embora o legislador restrinja essa punição – porquê que o faz? Por razões de necessidade de pena (“*tout c’est bien quand fini bien*” - Welzel) e do princípio da unilateralidade da culpa, já que a pena fica aquém do desvalor intrínseco do ato (punido a título excepcional e a pena é menor). A conduta, em si mesma, é a negação de uma norma de determinação e, na perspectiva *ex ante*, envolve a colocação em risco de bens jurídicos.

A tentativa é um crime doloso, subordinada em TUDO à dogmática geral dos crimes dolosos. Quanto ao tipo subjetivo é idêntico ao do crime consumado correspondente, tem de haver dolo e, para a doutrina maioritária, o dolo pode ser direto, necessário ou eventual. Há quem queira limitar o tipo subjetivo da tentativa para o dolo direto e necessário, excluindo o dolo eventual (tese de Faria da Costa e da doutrina maioritária em Itália) – o prof. não concorda com este entendimento. As diferenças vêm no tipo objetivo.

Como distinguir os atos de execução e os atos preparatórios? Nem todos os atos exteriores necessários são atos de execução. A distinção é importante, pois nesta fronteira se define a punição ou a impunibilidade. Surgiram 3 teorias:

Teoria subjetiva – pretendem punir a energia criminal do agente, a perversidade do agente e a sua perigosidade uma perigosidade, daí que não interessa a maior ou menor distância do ato. Esta é uma perspectiva inadmissível, levaria a punir condutas muito remotas que não representam nenhum perigo geral para o bem jurídico.

Teoria formal-objetiva (Beling) – o ato de execução é aquilo que está descrito na lei. Esta teoria não funciona, porque na maioria dos casos o legislador não descreve atos. Só funcionaria para os crimes de execução vinculada, em que o legislador descreve o *modus operandi*. Só na aparência resolve o problema, porque na maioria remitia para o uso corrente das palavras. Mas o senso comum não é um critério preciso, é desadequado.

Teoria material-objetiva – convoca a teoria da adequação (de acordo com as regras da experiência e considerando os conhecimentos gerais do comum das pessoas, mas também especiais do agente, o resultado se apresente como uma consequência normal ou, pelo menos, como não impossível), de acordo com a qual ato é idóneo a produzir a consumação do ato. A doutrina alemã entende que o ato de execução é o ato de consumação/final, tudo o que estava para trás não era ato de execução, por isso, os autores sentiram a necessidade de retroceder um pouco esse critério. Welzel avançou um critério que viria a ser aceite pela generalidade dos adeptos do ilícito pessoal, considerando que se identifica com o momento em que o agente põe em marcha processo que vai conduzir ao ato de execução, ou seja, dá início ao movimento que sem solução de continuidade/sem quebra de uma renovação da vontade vai conduzir ao ato final da consumação, isto é, avança imediatamente para a prática do crime. A nossa lei consagra este mesmíssimo critério no art. 22º, nº2, embora usando a consagração de Frank, mas com o mesmo conteúdo de

Welzel – classificação tripartida (alínea a tem o critério formal-objetivo, alínea b o critério material-objetivo e alínea c).

O crime tentado é um crime doloso, com um tipo objetivo diferente. Durante muito tempo, a legislação distinguia entre a tentativa e a frustração:

- Tentativa – execução incompleta, o agente praticou alguns atos de execução, mas foi interrompido;
- Frustração – o agente praticou todos os atos de execução, mas por um motivo estranho à sua vontade, não o consumou. No CP anterior era mais gravemente punida do que a simples tentativa e havia uma hierarquia tripartida: consumação, frustração e tentativa. A doutrina moderna acabou com a distinção e estabelece uma punição única para a tentativa em abstrato, apenas em concreto o juiz pode atender à graduação. A distinção conserva utilidade para a desistência da tentativa, que tem de assumir características diferentes entre a tentativa acabada e a inacabada.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, Dto. Penal I, pp. 905-959.

28.04.17

Tentativa inidónea/impossível (art. 23º, nº3) – atos que devido às circunstâncias fácticas jamais poderão conduzir à consumação, pode ser por inaptidão do meio (**ex:** sr A que envenena o sr B, mas ele era imune) ou por inexistência do objeto (**ex:** matar morto).

De acordo com Feurbach, consoante a tentativa fosse absoluta ou relativa, nos casos em que em circunstância nenhuma a tentativa fosse idónea não seria punido, nos casos em que acidentalmente era possível produzir o resultado, aí já seria punido. Esta é uma construção que não pode proceder, é um critério inseguro, pois toda a tentativa é impossível por não chegar à consumação.

Na base da impossibilidade de distinguir não faltam exemplos de autores que consideram que a tentativa não deve ser punida. No polo oposto estão as teorias subjetivas que pretendem punir a perversidade e perigosidade do agente – perspectiva não serve, só será admissível no DP do agente e não do facto.

Do ponto de vista do prof deve se resolver este problema à luz de uma perspectiva *ex ante*, ou seja, pune-se porque o agente pôs em marcha um comportamento que envolve um perigo próximo para bens jurídicos e só por situações exteriores estranhas à vontade é que não se consumou – doutrina maioritária entre nós. A tentativa inidónea é punida como tentativa sempre que essa inidoneidade não seja evidente à luz do HM, à luz da comunidade geral ele praticou um ato idóneo – sentido de antinormatividade da conduta, a norma de determinação tem um sentido prospetivo, daquilo que deixa antever para o futuro que determina o desvalor, o que importa é determinar o desvalor no momento da sua prática e não *ex post* – é isto que diz a Teoria da aparência: a tentativa inidónea é punida como tentativa, desde que essa inidoneidade não seja evidente/manifesta. É um erro intelectual ao invés. A norma diz absente-se de todas as condutas que *ex ante* deixam prever um perigo ou possível lesão de bens jurídicos.

Os atos de execução abrangem uma idoneidade *ex ante*, cabem todos os casos que representam uma tentativa possível ou não impossível, cabendo todos os atos cuja inidoneidade não seja manifesta. É manifesta na tentativa supersticiosa ou irreal – **ex:** vudo, envenenar com açúcar, etc.

A inidoneidade pode ser por inaptidão do meio (**ex:** imunidade ao veneno) ou inexistência do bem/objeto essencial à consumação (**ex:** bolso vazio, matar um morto), no entanto, era inidoneidade não manifesta e, por isso, punível. A doutrina alemã fala de uma terceira categoria por inaptidão do sujeito, que se colocam especialmente nos crimes específicos puros, pretendendo estender a regra da tentativa inidónea. A doutrina portuguesa não a aceita e o prof. concorda, pois o que se verifica é a ausência de norma e o Homem não é legislador dos seus próprios atos.

Não se confunde com o crime potativo, em que o agente julga que a conduta é um crime e não é, o crime potativo não pode revelar, é apenas na base do princípio da legalidade que deve ser punido – caso inverso do erro sobre a ilicitude, pois há inexistência de norma/tipo.

Há uma atenuação obrigatória, o que não acontece na Alemanha.

Desistência (art. 24º e 25º) – verifica-se quando alguém iniciou a prática do crime, mas a meio, interrompeu-a voluntariamente - regra geral, os ordenamentos jurídicos garantem a impunidade. O problema é fundamental é isso, pois ele já praticou uma tentativa. Não pode ser uma causa de exclusão de ilicitude, ele já praticou o ilícito, nem de exclusão da culpa, porque praticou com culpa, diz-se que é uma causa pessoal de exclusão da pena, com fundamento exclusivo em razões político-criminais. A maioria dos adeptos da teoria teleológico racional considera que faz parte da última categoria da punibilidade. A doutrina abandonou a doutrina premial (prémio pela sua conversão), adotando a Teoria da ponte dourada (abertura de uma porta para o regresso à licitude, cira um incentivo para que o agente não chegue a praticar o crime). Requisitos que tem de ter para relevar:

1. Requisito subjetivo – voluntariedade da desistência da tentativa, no sentido da decisão não ser condicionada por um fator exterior, é espontânea, não interessam os motivos, nem tem de significar o abandono absoluto do projeto, é o abandono daquele concreto projeto que está a executar. Não tem de assentar em motivos nobres;
2. Requisito objetivo – o crime não atinja a consumação, porque se o faz já não há tentativa, consumou, quando muito o comportamento pode ser levado em consideração pelo juiz na estipulação da pena.

A distinção repercute-se na desistência consoante estejamos uma tentativa acabada ou inacabada, na tentativa inacabada é uma omissão, já na tentativa acabada, a desistência tem de se traduzir num comportamento positivo, ele tem de apagar o que fez para trás – é o chamado arrependimento ativo. Para ambas as tentativas os requisitos são os mesmos.

A parte final do art. 24º, nº1 diz *não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime* - são os crimes de perigo, temos de distinguir entre a consumação formal e a consumação em sentido material (lesão efetiva do bem jurídico), estende a eficácia da tentativa como causa pessoal de exclusão da pena, aos casos de consumação de crimes de perigo, não obstante já haja a consumação formal, ainda é possível evitar a consumação em sentido material, é um incentivo para que não haja a lesão efetiva de bens jurídicos. Verifica-se se o agente apesar de formalmente consumir o crime de perigo, atuar para evitar a consumação material. No nº2 estende-se a eficácia da desistência da tentativa.

O art. 25º reforça que a desistência é uma causa pessoal de exclusão da pena. A 2ª parte é importante, pois fortalece a ideia de manter o incentivo, vale sempre a pena tentar

seriamente evitar a consumação material do crime. Ou consegue efetivamente evitar que o crime se consuma, ou esforça-se seriamente, mas não consegue evitar que os outros consumam, se se provar que o fez, ele vai beneficiar da causa pessoal de exclusão da pena.

Bibliografia: J. Figueiredo Dias, Dto. penal (lições policopiadas), Coimbra, 1976, pp. 5-41.

04.05.17

É possível a tentativa no crime de omissão, também na omissão podemos falar numa tentativa, seja ela própria ou impropria, o agente pode ter a intenção de não intervir e, todavia, não obstante ele não intervenha o bem jurídico não é lesado por qualquer outro motivo. Temos uma execução de não atuação a que não se segue a consumação do crime por motivos estranhos à vontade do agente.

A tentativa é um crime doloso, não é punida por tentativa – art. 13º e 22º, nº1 (resulta da leitura conjugada destes artigos).

Houve uma doutrina, que pela mão de Welzel, foi no sentido de reduzir a tentativa por omissão à tentativa acabada, entendendo que apenas quando o agente deixou escapar a última oportunidade que tinha para intervir, dizendo que não faz sentido falar na tentativa inacabada na omissão, pois a tentativa de omissão só revelaria quando o agente deixasse escapar a última oportunidade de intervir.

A doutrina majoritária não concordou, pois não se pode pretender que o agente saiba ao certo quando se abre a última oportunidade de intervenção, seria injusto utilizar tal critério em momento posterior, já que o agente está vedado do seu conhecimento no momento em que atua. Para além disso, o agente está obrigado a iniciar todos os esforços para evitar a lesão do bem jurídico, mas muitas vezes se ele o fez e, mesmo assim, não evitou a lesão do bem jurídico, se ele cumpriu o dever de ação, ele não é responsabilizado. Na omissão o agente não está obrigado a evitar o resultado, mas a afastar o perigo, por isso, a doutrina majoritária afastou essa ideia e distingue entre tentativa inacabada (o agente não intervém no momento em que ainda tinha oportunidades de intervir) e tentativa acabada (o agente deixa escapar a última oportunidade de intervir).

Quando se dá o início da tentativa? Na omissão não temos o referente de um comportamento positivo que dá início à marcha que vai dar origem à consumação. A doutrina alemã e, em Portugal, pela mão de Figueiredo Dias, diz que não basta um perigo para que possamos falar logo de tentativa, o critério de início da tentativa de omissão é quando se começa a verificar uma agravação sensível do perigo.

O prof discorda, pois os processos de agravação de perigo, muitas vezes, escapam ao homem comum - o que é a agravação? Muitas vezes são processos biológicos internos que não têm expressão exterior. O prof. entende que o critério deve ser pela conjugação de um requisito objetivo e outro subjetivo: no plano objetivo deve se verificar um perigo sério de lesão de bem jurídico e, por outro lado, no plano subjetivo o agente deve manifestar a atitude decisiva e definitiva de não intervir.

A distinção entre tentativa acabada e inacabada justifica-se? É um critério vago e impreciso, a distinção já não tem o sentido de hierarquização da pena como no anterior CP, hoje só tem importância para efeitos de desistência da tentativa. Não faz sentido distinguir

entre tentativa acabada e inacabada na omissão. A desistência acaba sempre por se traduzir numa intervenção positiva para afastar o resultado, assim, num arrependimento ativo.

Há um caso em que se alarga a omissão da tentativa, como nos casos em que ainda não há um perigo eminente, mas medindo a capacidade de intervenção da pessoa. O momento do perigo sério não é só do próprio momento, mas também medido em função do tempo de intervenção e quando o agente se coloca numa posição em que não pode intervir, já teremos uma tentativa no crime da omissão. **Ex:** amigo que se coloca na linha de comboio para se suicidar, ele só vai passar daqui a 2 horas, mas o amigo vai dar uma volta e afasta-se de tal maneira que não terá oportunidade de intervir.

Concurso de crimes:

O concurso de crimes verifica-se quando alguém comete vários crimes e vai ser julgado no mesmo processo por todos esses crimes – diferente de reincidência. O agente praticou vários crimes e não foi punido por nenhum deles, vai ser julgado pelos vários crimes no mesmo processo. “No mesmo processo penal se decide uma pluralidade de crimes cometidos pelo mesmo agente.”

Quando estamos perante um crime ou vários crimes? O problema é complicado – **ex:** crime das 7 facadinhas → depende! A resposta a esta questão prende-se com a certeza da aplicação do DP.

A primeira doutrina procurava distinguir como base no **critério da unidade ou pluralidade de ações**, ou seja, se o agente tivesse praticado uma só ação, independentemente do número de bens jurídicos implicados, tínhamos um só crime, se tivesse praticado várias ações já teríamos concurso. Esta ação foi entendida de 2 formas diferentes:

- Conceito natural de ação - fazendo apelo aos conceitos de senso comum (concepção maioritária na Alemanha) – **ex:** em fuga um agente parte uma porta, empurra uma pessoa e rouba um carro, consiste apenas numa ação, na fuga. Esta orientação não serve, porque as valorações jurídico-criminais não se ateiam ao senso comum, necessariamente temos vários crimes, teremos tantos crimes quanto as unidades jurídico-penalmente relevantes, a valoração penal não depende das configurações externo-objetivas das atuações, tem a ver com o desvalor de sentido da atuação.
- Conceito de ação causal - axiologicamente neutro, não nos dá um conceito de ação operatório.

É ligada a esta concepção equivocada do concurso de crimes que se fala na Alemanha do concurso ideal, que tem na base a concepção da unidade ou pluralidade de ações, a situação em que uma pessoa com uma só ação preenche mais do que um tipo legal de crime ou varias vezes o mesmo tipo legal de crime. Falam de concurso ideal homogéneo (**ex:** uma ação mata 2 pessoas, preenche 2 vezes o mesmo tipo legal) ou heterogéneo (**ex:** tiro destrói a montra e mata – preenche mais do que um tipo legal de crime).

A doutrina moderna portuguesa, pela mão de Eduardo Correia¹⁷, e a nossa lei consagra um critério diferente. Vigora uma **conceção jurídico-normativa**, que faz depender a conclusão sobre se estamos perante uma unidade ou pluralidade de crimes do número de ilícitos típicos praticados, do número de bens jurídicos lesados ou colocados em perigo. O agente é censurável, porque conheceu e quis realizar vários crimes, como o fez não interessa, isso é um aspeto mecânico, externo-objetivo.

Quando está em causa o mesmo tipo de crime o problema complica-se. O que são as 7 facadas? Depende! O ilícito doloso é uma unidade subjetiva-objetiva, o agente conhece e quer uma coisa e depois realiza-a na sua exterioridade, nos casos em que esteja em causa o mesmo tipo de crime, a questão da unidade ou pluralidade terá de se medir pelo número de resoluções/projetos criminosos (nos crimes dolosos).

Também pode haver concurso nos crimes negligentes, pelo número de vezes que à luz do critério do HM é possível identificar autónomos juízos de desvalor centrados na violação do dever objetivo de cuidado.

A nossa lei segue um critério jurídico-objetivo e o concurso de crimes vem regulado no art. 30º CP. O concurso ideal não faz sentido, corresponde ao concurso efetivo de crimes.

A punição do concurso se crimes está prevista no art. 77º CP. Durante muito tempo defendeu-se a **Teoria da absorção**, de acordo com a qual o agente é punido dentro da moldura penal abstrata do crime mais grave – ridículo, violava o DP do facto.

Depois surgiu a **Teoria da exasperação**, segundo a qual o agente era punido na base da moldura penal do crime mais grave, mas depois era punido com uma agravação - continua a não corresponder ao desvalor jurídico-penal.

Mais tarde surgiu a **Teoria da acumulação material** (aplicada em Espanha e nos EUA) em que se somam as penas dos diferentes crimes cometidos.

Entretanto, surgiu o **Sistema do cúmulo jurídico**, que tem uma ideia comum com a acumulação material, a pena tem de ser conjunta, contendo um *quantum* de cada crime, ou seja, tem de ser reflexo da gravidade dos factos, pretende refletir um desvalor global dos crimes que estão em concurso, mas na determinação intervêm critérios axiológico-jurídicos, estabelecem-se juízos valorativos, por exemplo, o estabelecimento de limites máximos (25 anos de prisão e 900 dias de multa – adequada à condição económico-financeira, é uma técnica de avaliação, que permite uma melhor flexibilidade e adaptação, com vista a obviar situações de injustiça e desigualdade). Temos uma pena única, mas que é conjunta, porque tem de refletir os desvalores de todos e cada um dos crimes, faz uma ponderação axiológica da gravidade, conteúdo de culpa, perigosidade do agente, etc. em cada um dos crimes.

O art. 77º, nº2 impõe 3 operações:

¹⁷ "Pluralidade de crimes significa pluralidade de valores jurídicos negados. Pelo que, deste modo, (...) se a atividade do agente preenche diferentes tipos legais de crime, necessariamente se negam diversos valores jurídico-criminais e estamos, por conseguinte, perante uma pluralidade de infrações. Pode acontecer que o juízo concreto de reprovação tenha de ser formulado várias vezes em relação a atividades subsumíveis a um mesmo tipo legal de crime, a atividades, portanto, que encarnam a violação do mesmo bem jurídico."

1. Determinar a pena concreta de cada um dos factos em concurso, isoladamente considerados;
2. Construção da moldura penal abstrato – o máximo é a soma das penas concretas, mas tem a limitação dos 25 anos e 900 dias de multa e o mínimo é a pena concreta mais grave;
3. O juiz vai na base dos critérios do nº1 fixar a pena concreta.

O art. 77º, nº 4 prevê a possibilidade de aos limites máximos poderem ser adicionadas penas acessórias e medidas de segurança. As penas acessórias são aquelas que não podem ser aplicadas autonomamente, mas apenas juntamente com uma pena principal, via de regra, são de interdição de direitos – **ex**: interdição de exercício de profissões – visam em primeira linha objetivos de prevenção especial, embora não estejam excluídos os objetivos de prevenção geral.

Crime continuado – está regulado no art. 30º, nº2 (há outros números que se lhe reportam). É uma situação que, de acordo com as regras gerais, seria de concurso real, mas tem certas características, desde logo, os vários crimes violam o mesmo tipo de crime ou aparentados, no sentido de que tutelam o mesmo bem jurídico, todos são executados de modo homogéneo e, em princípio, usando o mesmo método que favoreceu o primeiro crime - o quadro quase que favorece a repetição criminosa. Por outras palavras, o agente praticou vários crimes que preenchem o mesmo tipo legal ou que, pelo menos, lesam o mesmo bem jurídico; há uma força de execução homogénea; há crimes que se sucedem, mas cuja sucessão é, de certa forma, favorecida pelo circunstancialismo exterior; ao praticar o primeiro crime, o agente fica na posse do meio, do instrumento ou da ocasião para repetir o crime – propiciação por circunstâncias exteriores que favorecem a atitude criminosa. Foi uma criação jurisprudencial alemã, mas nunca a preverem em lei e já não a aplicam. Entendia a doutrina que esta repetição objetiva dava a aproveitação do mesmo meio, criavam uma certa unidade no plano subjetivo, os seguintes crimes eram uma repetição, uma replicação do primeiro crime, eram menos culposos, porque havia uma situação de inexigibilidade, pois a situação exterior favorecia, tornava mais fácil e isso envolvia uma substancial redução da pena. Aqui vigora o sistema da exasperação, o agente é punido pelo crime mais grave (art. 79º), os outros ficam impunes, assim, não corresponde às exigências politico-criminais, acaba por se traduzir numa situação injusta. Na Alemanha o crime continuado já não existe, aqui só será abolida mediante reforma legislativa.

Importa não confundir com o crime de execução fracionada, que é o caso em que se tem apenas um crime, uma única resolução criminosa, mas executa-se parceladamente para o tornar menos visível – é um “crime a prestações” (NÃO escrever isso no exame). Como saber, de acordo com as regras gerais, se é um concurso de crimes ou de unidade? Se for de concurso é um crime continuado, se for de unidade é um crime de execução fracionada. Se forem diferentes resoluções criminosas é sempre concurso – **ex**: roubou 100€ para a prestação do caso e 200€ para a prestação da casa.

05.05.17

Revisão da última aula:

“O concurso de crimes existe sempre que no mesmo processo penal comportamento global imputado ao agente preenche mais do que um tipo legal de crime, previsto em mais

do que uma norma concretamente aplicável, ou preenche várias vezes o mesmo tipo legal de crime previsto pela mesma norma concretamente aplicável. Aquele comportamento revela uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude que devem ser integralmente valorados para efeito de punição.”

De acordo com as regras gerais, o **crime continuado** será uma situação de concurso de crimes, mas desde que verificados certos pressupostos (art. 30º, nº2), deve ser tratado como um crime só. Os vários crimes têm de contender com o mesmo tipo de crimes ou serem aparentados, o modo de execução deve ser homogêneo e deve verificar-se uma situação que propicie a repetição criminosa. No plano subjetivo isto torna os crimes posteriores menos censuráveis, porque é menos exigível que o agente se abstenha, por isso se fixa uma pena substancialmente mais leve do que aquela que caberia no concurso. A nossa lei consagra a Tese da exasperação (art. 79º), de acordo com a qual o agente é punido pelo crime mais grave que integra a continuação. Trata-se de uma criação jurisprudencial alemã, aplicável porque mais favorável ao arguido, por isso é permitida a analogia. Críticas: o crime continuado do prisma político-criminal é altamente censurável, porque todos os outros (que não o mais grave) ficam impunes, porque o agente pratica uma série de crimes e é punido na moldura penal de um deles apenas. Por isso, uma parte significativa advoga de *iure condendo* a sua abolição em futura reforma legislativa.

Importa não confundi-lo com o crime de execução fracionada. O crime continuado de acordo com as regras gerais seria de concurso, há uma pluralidade de resoluções criminosas, de unidades subjetivas-objetivas, pluralidade de violações de deveres objetivos de cuidado; no crime de execução fracionada há uma única execução, mas executada de modo fracionado.

O art. 30º, nº3 foi introduzido pela reforma de 2010, esta introdução ou foi inútil ou foi caprichosa. Eduardo Correia (tal como o seu mestre Mezger) defendeu a figura do crime continuado e trouxe-a para cá e, desde o início, sempre excluiu o funcionamento do crime continuado quando se tratassem de crimes que contendessem com bens jurídicos eminentemente pessoais – **ex**: A dispara contra B, C e D. Dada a importância dos bens jurídicos pessoais, cada crime é como que um início a partir do 0, não se pode falar na diminuição da culpa inerente ao facto de o agente ter um meio para o repetir, não diminui a culpa em relação aos crimes posteriores, por isso, a figura do crime continuado não funcionava em crimes com bens jurídicos pessoais, nesses casos, a situação continuava a ser regulada nos termos do concurso. A própria jurisprudência já seguia esta ideia, por isso era desnecessário. Esta introdução legislativa era para sinalizar (erradamente), mas o prof. concorda com a ideia, só que acha desnecessário, porque essa ideia já estava implantada.

Em Portugal não há lugar ao concurso ideal, ele é um concurso real e efetivo.

Concurso aparente legal ou de normas – é uma situação de concurso aparente, é ilusório, à primeira vista parece ser, mas não é, afinal é uma unidade de crimes. O agente pratica um único ilícito típico, uma conduta ilícita, só que esse ilícito típico é subsumível a vários tipos legais de crimes – **ex**: quem mata, antes de consumar teve de realizar uma tentativa, a pena do homicídio consumado esgota o desvalor global da situação. São situações em que temos apenas um ilícito típico, só que ele é subsumível a vários tipos legais, o que há é um concurso de normas e não de crimes, que disputam entre si a competência

para regular o caso. Seguindo a teoria tradicional e a concepção maioritária, as normas excluem-se entre si, assim, importa enunciar as relações em que as normas podem estar e qual o critério para determinar qual delas é a aplicável.

- Relação de especialidade – relação formal geral e abstrata entre as normas, a lei especial consagra todos os elementos da lei geral, mas mais um que a especializa – não é preciso olhar para o caso concreto. A lei especial derroga a lei geral, o agente é julgado à luz da lei especial;
- Relação de consunção pura – no plano gramatical os preceitos até podem ter uma formulação radicalmente distinta, todavia, em concreto, em função do conteúdo de cada norma, chega-se à conclusão de que o desvalor do ato é absorvido pelo desvalor da outra norma – **ex**: crime de dano e crime de fogo posto, ambos são um dano à propriedade, mas prefere-se a norma do crime de fogo posto, porque no plano material exprime melhor o sentido de desvalor. Não é uma relação em abstrato, tem de se ver em concreto, em função das concretas características do caso. É um juízo material que vai determinar qual das 2 normas melhor exprime o sentido de desvalor jurídico-criminal. Todavia, existem situações em que a regra da consunção pode conduzir a soluções absurdas, pode bem suceder que a norma que, em princípio, devia aplicar-se, depois ao nível da pena estabeleça uma pena que é absurda em relação à situação, desadequada para acautelar o interesse em causa. É muito difícil o legislador prever e antecipar situações complexas da vida e podem haver casos que escaparam à previsão do legislador. A doutrina introduziu a figura da:
- Relação da consunção impura – através da consunção pura chegou-se ao tipo legal que retrata melhor, mas a pena é insuficiente, o agente vai continuar a ser punido pelo ilícito da norma que consome, mas vai ser julgado na base da pena da norma que foi consumida. O prof. considera que não tem a ver com a consunção do ilícito, é apenas uma regra de punição. Quando devemos admitir o recurso a esta figura? Eduardo Correia, seguido pela generalidade da jurisprudência, diz que deve ser no sentido que, de acordo com a consunção, a norma afastada tenha uma pena mais grave. O prof. discorda, diz que é absurdo, pois implica uma certa correção do legislador e, por isso, o recurso à consunção impura deve ser particularmente limitado. Porquê que a pena mais grave deve ser a mais adequada? Nada nos permite dizer, forçosamente, que a penas mais grave é a mais adequada, assim, este corretor deveria ser utilizado à luz de finalidades político-criminais do ordenamento jurídico ou à luz de considerações de justiça material. O prof. propõe uma interpretação muito restritiva da consunção impura: tem a ver apenas com a punição (pena – em nada contendendo com a determinação do ilícito), na medida em que ela envolve uma correção da letra da lei, o recurso deve ser excecional, apenas quando for manifesto/evidente à luz das valorações incisas à lei que a pena prevista é insuficiente ou inadequada, não quando for mais baixa do que a que falamos, tem de ser de acordo com as exigências político-criminais, com carácter gritante e incontestável – o prof. desvia-se da orientação maioritária.

Eduardo Correia restringia o concurso aparente de normas aos 2 casos anteriores, porque dizia que as outras 2 situações de que fala a doutrina alemã ou não são de concurso aparente ou estão na previsão legal. O prof. concorda. Essas 2 situações são:

- Alternatividade – os tipos legais de crime estão numa relação de mútua exclusão – **ex**: furto ou burla.

- Subsidiariedade – corresponde a uma situação de concurso de crimes, mas não tem autonomia, porque de consunção, as normas correspondem a fases do *iter criminis*, só se aplica a tentativa, quando não se aplica a norma do crime consumado, que consome a tentativa, pois o desvalor já está contemplado no desvalor da própria consumação. O mesmo se diga do crime de perigo e do crime de dano.

18.05.17

Comparticipação:

Pode verificar-se a colaboração de várias pessoas para a realização de um mesmo crime, verifica-se quando várias pessoas acordam, ainda que por diferentes formas, colaborar na perpetração de uma lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico. Abarca as situações em que o crime resulta não apenas da atuação de uma pessoa, mas de uma associação de esforços entre vários sujeitos.

Na doutrina, a generalidade das pessoas, tende a estabelecer uma hierarquização dentro dos participantes, que se repercute na pena aplicável, distinguindo entre autores (dão um contributo mais importante para a prática do crime, assume o maior desvalor) e participantes (embora contribuam, a sua participação é secundária, preenche um menor desvalor).

A orientação doutrinal que põe de lado esta distinção e pretende punir ou estabelecer na lei uma mesma punição para todos os participantes – **sistema unitário de autoria** - parte de uma base causalista e considera autor todo aquele que der um contributo causal ao crime, sem conceitos valorativos, independentemente da maior ou menor relevância desse contributo. A todos corresponderia a mesma pena abstrata, só na aplicação é que o juiz hierarquizaria as várias responsabilidades dos agentes, devendo partir de uma ponderação compreensiva, abrangente e globalizante onde consideraria tanto os aspetos objetivos, como os aspetos subjetivos, em ordem a definir a pena concreta. Os autores deste sistema defendem que a riqueza das situações da vida não permite o estabelecimento de *standards* de responsabilidade em abstrato na lei, só em concreto se poderia chegar a uma sanção ajustada da conduta de cada um dos agentes. Dizem ainda que desta maneira evitar-se-iam as dificuldades que generalidade da doutrina tem sentido entre a distinção entre autores e participantes.

O prof. considera que os argumentos não precedem e que este sistema deve ser abandonado, só o ordenamento jurídico austríaco o continua a prever. Críticas: a ponderação globalizante não dá resposta às exigências de certeza e de segurança, fica dependente do arbítrio do julgador. Mais, na ponderação globalizante, o julgador pode dar prevalência a elementos de natureza subjetiva, que não encontram correspondência no facto, soluções apenas admissíveis no DP do agente, não compatível com o DP do facto. Para além disso, o sistema de unitário de autoria transplanta o problema da distinção entre autores e participantes do plano do legislador para o arbítrio do julgador. Assim, a esmagadora maioria da doutrina segue um caminho diverso e a repudia o sistema unitário de autoria.

Deste modo, defendem a consagração na lei da distinção categorial entre autores e participantes, vinculando o intérprete e aplicador do direito a essa distinção estabelecida na lei. Assim, a maioria da doutrina consagra o sistema categorial entre autores e participantes.

Teoria subjetiva/subjetivista – pretende distinguir autores e participantes na base de critérios subjetivos. Esta teoria está ligada ao sistema clássico, em que no plano objetivo se partia de uma visão causalista do crime e de uma conceção objetiva do resultado, a conduta relevava apenas dado o seu nexos causal com o resultado. As diferenças só se podiam fazer no plano subjetivo, no plano da culpa, aqui se faria a distinção. Esta foi a doutrina maioritária até à década de 60 na jurisprudência alemã. Distinguem participantes de autores remetendo para a distinção entre:

- ❖ *Animus auctoris* - pôs uma causa para o crime, foi ele que lhe deu origem com vontade de autor, é a teoria do dolo, assume o crime com vontade autónoma de realizar o crime, assume a realização do crime na 1ª pessoa e não como vontade subordinável à de outrem;
- ❖ *Animus socii* - aquele que apenas colabora no crime do autor, mas subordina a sua vontade à vontade do autor. Ele apenas quer o crime na medida em que o autor também o queira.

É uma perspetiva incompatível com o DP do facto, que atende a elementos da subjetividade do agente, mas isso tem de ser feito no plano objetivo. A relevância das condutas tem de se medir, em primeira linha, tendo em conta a relevância que tiveram para a realização do crime. **Ex:** A manda a irmã afogar o seu filho recém-nascido, a irmã que afogou não quis o crime autonomamente, apenas colaborou na intenção da irmã. Esta doutrina contraria os pressupostos do DP facto centrado na tutela de bens jurídicos, o ponto de partida tem de ser objetivo, tem de ter em conta a relevância da conduta para a realização da lesão do bem jurídico. Para além disso, os elementos subjetivos são de grande dificuldade provatória, caindo nas mãos do arbítrio do julgador. Esta é uma orientação que não é compatível com o DP do facto, nem com as exigências de certeza e segurança que se colocam no âmbito do DP. Reconduz-se a distinção numa questão da medida da energia criminal, na perigosidade, orientada por DP do agente. Em Portugal não teve expressão.

Teoria formal-objetiva (Beling) – pretende distinguir autor de participante partindo da própria definição dos tipos legais. Autor é quem pratica atos descritos na própria lei, os atos que o legislador descreveu para concretizar o concreto delicto. “Autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito).” Enferma de outros vícios, embora respeite o princípio da legalidade e assegure a segurança e certeza. Este critério só funcionaria nos casos de crimes de execução vinculada em que o legislador descreve quais são os atos típicos (o *modus operandi*), mas, na maioria dos crimes, limita-se a enunciar os resultados, logo, na maioria dos crimes, não dá uma resposta cabal. Nesses casos em que o legislador não descreve, esta doutrina remete para a linguagem corrente, considerando que se o legislador não prevê, é porque atribui o mesmo significado que se atribui na linguagem corrente. Assim, já é uma teoria imprecisa e não assegura a certeza e segurança jurídica. Além disso, deixa de fora a autoria mediata, de quem que não executa de mão própria o crime, mas serve-se de outra pessoa, do executor. A autoria mediata era uma autoria ficcionada. Também deixa de fora a co-autoria. Não teve adeptos em Portugal.

Teoria material-objetiva (Eduardo Correia) – está ligada aos adeptos do sistema neoclássico e pretende distinguir na base de um critério que é objetivo, mas também material, atendendo ao sentido intrínseco da própria conduta, à luz das valorações criminais do ilícito-objetivo. “Autor é aquele que de uma qualquer forma executa o ato na aceção de que oferece uma contribuição causal para a realização típica, seja qual for a sua importância.” Parte de um conceito extensivo de autor, considerando que autor é todo aquele que dá causa ao delito (Teoria da adequação – de acordo com as regras da experiência deixa antever a possibilidade de no futuro interferir com a configuração no particular crime), abrangendo quer os comportamentos do autor, quer da participação. Depois distinguem entre autor em sentido estrito (cujo contributo representa uma condição indispensável e essencial, “o facto não teria sido cometido sem a sua atuação”) e participante (contribuição secundária e não determinante, apenas influiu no tempo, modo ou lugar). Os autores recorreram a uma velha formulação do direito comum, da distinção entre comportamentos *causam dans* (indispensáveis e essenciais, sem os quais o crime não se teria verificado) e *causam non dans* (não eram essenciais, apenas influenciaram ou no tempo, ou no modo, ou no lugar). Assenta numa conceção do ilícito-objetivo, o que não explica a distinção entre os crimes dolosos e negligentes. No entanto, existem muitos tipos legais em que o legislador restringe o âmbito da tipicidade através de elementos subjetivos, em que a autoria não pode depender apenas da adequação do comportamento, tem de preencher os elementos subjetivos, exigidos também no próprio tipo. Assim, esta teoria é insuficiente para definir a autoria em relação a tipos legais de crimes que contemplem elementos subjetivos ou *modus operandi* ou qualidades do agente (**ex**: funcionário). Leva a soluções absurdas.¹⁸ Faz depender de alguém ser qualificado como autor de um ato por circunstâncias exteriores. É de difícil comprovação, o que leva à aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. É uma causa exterior ao desvalor intrínseco do ato e não exprime o específico desvalor jurídico da conduta. **Ex**: o autor que empresta a arma para o homicídio, é autor? Leva à consagração da causalidade hipotética, que nada tem a ver com o desvalor intrínseco do próprio ato.

Teoria do domínio do facto (Adolf Lobe e Welzel) – é uma concretização do ilícito pessoal no quadro da comparticipação. É a concretização ou a projeção do ilícito pessoal no âmbito da comparticipação. Autonomiza radicalmente o critério e o regime dos crimes dolosos e dos crimes negligentes e só funciona para os crimes dolosos, nos crimes negligentes o critério será outro. Foi avançada por Adolf Lobe, repescada por Welzel, e é com ele que sofre o grande impulso e leva à sua aceitação pela doutrina maioritária, mesmo por não finalistas. O ilícito doloso traduz-se na unidade subjetiva-objetiva, em que o agente projeta e quer a realização de crime e depois realiza (dolo em ato), o elemento característico reside na vontade, daí que só podemos considerar autor aquele de que depende decisivamente o “se” e o “como” e o “quando” da prática do delito, enquanto que o participante é ancilar, só tem o domínio da sua participação, mas não o domínio do facto, no sentido do domínio da prática do crime. “Autor é aquele que domina a execução típica, de tal modo que a ele cabe o papel diretor da iniciativa, interrupção, continuação e consumação da

¹⁸ **Ex**: farmacêutico que vende medicamento de aborto proibido, será autor sempre que se provar que não havia outra possibilidade de arranjar o medicamento noutro sítio, se for o único, é condição essencial e é autor do crime, se houver noutros sítios já não é, porque não é essencial.

realização, dependendo estas, de forma decisiva, da sua vontade.” Pode traduzir-se de diversas formas:

- Autoria imediata - aquele que realiza pelas próprias mãos o crime, é o autor material do delito, é a forma mais evidente de dominar o facto. “É o próprio autor que procede à realização típica, quem leva a cabo o comportamento com o seu próprio corpo (domínio da ação).”
- Autoria mediata - alguém não realiza os crimes pelas próprias mãos, mas serve-se de outrem, de um realizador material. Do Homem de trás e da sua vontade depende a realização do crime, ele domina a execução mediata através do seu domínio sobre outrem, o executor. “O autor pode também dominar o facto e a realização típica sem nela participar fisicamente, quando domina o executante (domínio da vontade).” Restringe-se a 3 situações típicas:
 - O executor é inimputável - mero instrumento material nas mãos do Homem de trás;
 - Casos de coação - com particular intensidade, idêntica à do estado necessidade subjetivo ou desculpante, que exclui a culpa do executor material;
 - Casos em que o agente atue em erro e de um modo geral com negligência - quando alguém atua em erro sobre as circunstâncias de facto ou sobre a ilicitude do tipo incriminador e justificador não representa que está a realizar um crime e torna-se mais permeável à atuação do Homem de trás, que conhece sem erro todas as implicações da situação.

Deste modo, excluem-se todos os casos em que atua com culpa dolosa. Assim, o domínio do facto é idêntico ao domínio do processo causal naturalístico. No entanto, os seus próprios autores reconheceram o disparate a que podia conduzir, na medida em que vão abrindo exceções, como:

- Aparelhos organizados de poder (Roxin) - o crime é praticado no seio de grandes organizações criminosas (domínio de organização) que pelo enorme acervo de recursos que têm e disciplina interna com aparelho sancionatório forte, com estruturas de comando e poder, dão uma garantia às chefias de uma execução automática, logo, aqui admitem a autoria mediata. Isto verifica-se quer nos “cliques estaduais” que se apossam do aparelho do Estado (**ex**: ditaduras), sejam as grandes organizações criminosas (**ex**: máfias). Falam de uma autoria mediata em cadeia. “O executor do crime surge como elemento fungível que, mesmo que atue com culpa dolosa, em nada afeta o verdadeiro domínio do facto do Homem de trás.”
- Coautoria - são necessários 2 elementos: (1) um acordo ou decisão conjunta, há um *pactum*, e (2) uma execução conjunta. É importante frisar o significado do primeiro requisito: fixa o âmbito de amputação a título de coautoria, pelo facto global como se tivesse sido realizado em autoria mediata, embora o agente só tenha realizado uma parte, mas será punido dentro dos limites do acordo, tudo o que saia fora será punido por autoria mediata autónoma - “a responsabilidade do coautor só se verifica na precisa medida em que a execução se encontre coberta pela decisão conjunta”. O acordo pode ser expresso ou tácito, ou até mesmo prévio, concomitante ou posterior (aquele que entra a meio, só pode ser responsabilizado pelos atos posteriores à sua entrada). Este conceito de execução é um conceito mais amplo do que o da tentativa. A doutrina considera a execução como a participação num ato relevante durante a

execução, abrange todo o contributo relevante prestado durante a execução (“entre o início da tentativa e o momento de consumação de facto”), mesmo que não sejam atos de execução *stricto sensu*. O acordo é fundamental e é isso que separa as autorias paralelas¹⁹. É o acordo que torna aquele crime como obra comum de todos, essencial para delimitar o âmbito de amputação, pois são autorias mediatas reciprocas.

Na participação há 2 modalidades:

Instigação – conduta daquele que cria no agente livre a decisão, o executor não estava decidido, é o instigador que o leva a realizar o crime. Limita-se a incentivar a prática do crime. O participante não tem o domínio facto, apenas instiga através da sua conduta, mas a prática do crime depende da vontade do executor. Faz nascer no executor a vontade de praticar o crime, influencia-o. O executor é livre. O seu conteúdo de censurabilidade reside na perversão da vontade da outra pessoa.

Cumplicidade – pode revelar-se em atos de ajuda material ou moral à prática do crime. Na cumplicidade moral o executor material já está decidido à prática do crime, é o caso de conselhos, alguém que ensina, é uma influência psicológica, mas que não tem a ver com a decisão criminosa. Na cumplicidade material, presta certos contributos materiais – **ex**: armas do crime. São comportamentos que representam um perigo remoto para o bem jurídico, o que justifica uma restrição na sua punição, apenas são punidos a título de dolo.

A comparticipação está regulada nos art. 26º e seg. Para a doutrina maioritária a parte final do art. 26º é instigação, porque o legislador diz que é punido com a pena do autor, assim, são punidos tanto o autor mediato, imediato, coautor, mas também os instigadores, embora sejam participantes. Esta última parte está subordinada ao princípio da acessoriedade, o instigador é punido à luz do crime do autor, não do crime próprio, daí o caráter acessório e só são punidos quando o autor entrar, pelo menos, na fase da tentativa, só é punido quando o autor também for punido. A punição deve ser excepcional e só pune a participação na forma dolosa, quer na instigação, quer na cumplicidade.

No art. 27º temos prevista a cumplicidade.

19.05.17

Revisões da última aula:

Na teoria do domínio do facto, ficou Adolf Lobe, sem adesão da doutrina, mas com impulso dado por Welzel, atualmente afirma-se como maioritária independentemente da adesão aos pressupostos finalistas. Considera que há que distinguir a comparticipação no ilícito doloso e negligente e só funciona para o doloso. É autor aquele cuja vontade depende o “se”, o “como” e o “quando” do delito, não reconduzível à Teoria da Adequação (nexo de previsibilidade), não basta que o crime seja uma consequência previsível, é necessário que da vontade do agente dependa o “se”, o “como” e o “quando”. Entre o dolo e a negligência o que os distingue é o elemento volitivo, no dolo o agente representa, quer e realiza. O

¹⁹ Não são situações de comparticipação, mas de 2 projetos criminosos que se cruzam acidentalmente no espaço e no tempo, são 2 autorias singulares e absolutamente independentes, cada um será responsabilizado pelo seu processo autónomo.

domínio do facto é a síntese categorial do ilícito doloso. Abrange a intenção de realizar o crime, o conhecimento e a vontade, mas pressupõe no plano objetivo a efetiva realização. Para a orientação maioritária o domínio do facto tende a ser como o domínio do processo causal naturalístico, tendem a recusar sempre que entre o agente e a verificação do delito intervenha uma conduta dolosa e culposa de outrem, assim há a exclusão do “autor atrás do autor doloso”, sempre que o executor for punível como autor doloso, o Homem de trás não pode ser punido como autor.

Por exemplo, na coautoria todos os agentes atuam com culpa dolosa, nenhum é instrumento do outro, logo, não cabe na lógica da conceção originária do domínio do facto, pois segundo ela cada agente seria punido pela prática que realizou.

Esta doutrina deixa de fora muitas hipóteses de autoria e viram-se obrigados onde era escandaloso não se punir o Homem de trás, a introduzir o critério dos aparelhos organizados de poder.

O prof. defende o domínio da não impossibilidade do facto, com várias concretizações.

A doutrina maioritária entende que a parte final do art. 26º respeita não à autoria, mas à instigação como modalidade de participação. A cumplicidade está prevista no art. 27º e com as suas 2 modalidades.

Princípio da acessoriedade – a participação nas modalidades da instigação e cumplicidade não têm um ilícito próprio, o seu conteúdo de desvalor esgota-se em traduzir uma colaboração no ilícito do autor. **Ex:** terceiro que dá arma para filho matar o pai, vai ser punido por crime de homicídio qualificado - acessoriedade qualitativa (“exige um certo estágio de realização”), porque respeita à qualificação da participação, vai ser punido pelo ilícito cometido pelo autor. Por outro lado, a acessoriedade quantitativa (“medida mínima de elementos constitutivos do facto do autor”) considera que para que o participante possa ser punido é necessário que se verifique um comportamento penalmente relevante, tem de haver, pelo menos, o início da execução, o início da tentativa por parte do autor, tem de entrar numa fase jurídico-penalmente relevante, isto é, é necessário o início da tentativa para que possa ser punido. Nesta vertente fala-se em:

- Hiper-acessoriedade – exigia para a punição do agente participante que o próprio comportamento do autor fosse punido, era necessário um comportamento típico, ilícito, doloso e punível/;
- Acessoriedade máxima – o comportamento do autor tinha de ser típico, ilícito e culposo, se não for culposo o participante também não é punível;
- Acessoriedade limitada – (maioritária na Alemanha e Portugal) para que o participante seja punido é preciso que seja o ato do autor seja típico e ilícito. O art. 29º é o argumento de que no nosso Direito vigora a acessoriedade limitada.
- Acessoriedade mínima – (Eduardo Correia e Taipa de carvalho) a conduta do autor tem apenas de ser típica.

Comunicabilidade das circunstâncias – a conceção do domínio do facto em termos apertados que é o domínio de um processo causal e princípio da acessoriedade conduzem a lacunas de punição insuportáveis nos crimes específicos puros ou próprios. Devem distinguir-se *intraneis* (aqueles que preenchem as qualidades exigidas) e *extraneis* (não preenchem). Nestes casos, o Homem de trás que faz com que/instiga os *extraneis* a realizarem os comportamentos que externamente preenchem o crime específico próprio ou puro, mas como estes não têm as qualidades exigidas, leva à sua impunibilidade. A nossa lei resolveu o problema no art. 28º onde se estabelece a regra da comunicabilidade das circunstâncias. Este artigo diz que quando participarem *extraneis* e *intraneis*, essa qualidade se comunica a todos, o *intranei* pode ser o mais insignificante, desde que um dos participantes preencha essa qualidade, comunica-se a todos e todos passam a ser tratados como se fossem *intraneis*. Podem haver exceções, são 2: respeitar a crimes de mão própria (o prof. considera que não devem existir, é uma reminiscência de valores morais, resultam de uma deficiente interpretação, consideram que o autor tem de realizar de mão própria – **ex**: violação, perjúrio) ou que resulte da lei (que o legislador quisesse punir apenas o *intranei* e não permitir a comunicabilidade aos *extraneis*).

Comparticipação negligente – não há domínio do facto, por isso, os autores defendem um conceito unitário de autoria, não havendo lugar a punição da participação. É autor quem praticar uma conduta que deixe antever à luz de um dever objetivo de cuidado a lesão de bens jurídicos, a verificação de um crime. Não se distingue autoria mediata, imediata ou co-autoria. O prof. considera absurdo e crê que o caminho tem de ser outro.