



Universidades Lusíada

Pinheiro, José Miguel Calisto Quintas Penim, 1996-

O problema da censurabilidade no erro sobre a ilicitude : em especial, a incidência da dimensão material da culpa jurídico penal na determinação da censurabilidade ou (in)vencibilidade do erro

<http://hdl.handle.net/11067/7090>

Metadados

Data de Publicação

2023

Resumo

O erro sobre a ilicitude tem sido um dos problemas que tem levantado um debate inflamado e interminável no âmbito da dogmática da parte geral do direito penal. A sua (re) discussão releva, mormente, ao nível da imbricação íntima entre a dimensão material da culpa jurídico-penal e os critérios de determinação da (não) censurabilidade do erro, posto que é por essa via, no campo discursivo-judicativo, que se podem lograr soluções dogmática e político-criminalmente adequadas. Embora, para tanto, não...

The Mistake of Law has been one of the problems that has raised an inflamed and endless debate in the context of the dogmatics of the general part of criminal law. Its (re) discussion is, in addition, to the level of intimate imbrication between the material dimension of legal-criminal guilt and the criteria for determining the (non) censurability of error, since it is by this way, in the discursive-judictive field, that dogmatic and political-criminally appropriate solutions can be achieved. Al...

Palavras Chave

Erro (Direito Penal) - Portugal, Culpa (Direito) - Portugal, Responsabilidade penal - Portugal

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-27T17:54:58Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

O problema da censurabilidade no erro sobre a ilicitude: em especial, a incidência da dimensão material da culpa jurídico penal na determinação da censurabilidade ou (in)vencibilidade do erro

Realizado por:
José Miguel Calisto Quintas Penim Pinheiro

Orientado por:
Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Arguente: Prof.^a Doutora Teresa Maria Quintela de Brito

Dissertação aprovada em: 12 de setembro de 2023

Lisboa

2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

O problema da censurabilidade no erro sobre a ilicitude: em especial, a incidência da dimensão material da culpa jurídico penal na determinação da censurabilidade ou (in)vencibilidade do erro

José Miguel Calisto Quintas Penim Pinheiro

Lisboa

Janeiro 2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

O problema da censurabilidade no erro sobre a ilicitude: em especial, a incidência da dimensão material da culpa jurídico penal na determinação da censurabilidade ou (in)vencibilidade do erro

José Miguel Calisto Quintas Penim Pinheiro

Lisboa

Janeiro 2023

José Miguel Calisto Quintas Penim Pinheiro

O problema da censurabilidade no erro sobre a
ilicitude: em especial, a incidência da dimensão
material da culpa jurídico penal na determinação da
censurabilidade ou (in)vencibilidade do erro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de
Morais de Sousa e Brito

Lisboa

Janeiro 2023

FICHA TÉCNICA

Autor José Miguel Calisto Quintas Penim Pinheiro
Orientadora Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Título O problema da censurabilidade no erro sobre a ilicitude: em especial, a incidência da dimensão material da culpa jurídico penal na determinação da censurabilidade ou (in)vencibilidade do erro
Local Lisboa
Ano 2023

MEDIATECA DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

PINHEIRO, José Miguel Calisto Quintas Penim, 1996-

O problema da censurabilidade no erro sobre a ilicitude : em especial, a incidência da dimensão material da culpa jurídico penal na determinação da censurabilidade ou (in)vencibilidade do erro / José Miguel Calisto Quintas Penim Pinheiro ; orientado por Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito. - Lisboa : [s.n.], 2023. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - BRITO, Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e, 1970-

LCSH

1. Erro (Direito Penal) - Portugal
2. Culpa (Direito) - Portugal
3. Responsabilidade penal - Portugal
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Mistake (Criminal law) - Portugal

2. Guilt (Law) - Portugal
3. Criminal liability - Portugal
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ3902.P56 2023

AGRADECIMENTOS

Uma vez concluída a demanda de um projeto da dimensão de uma dissertação de mestrado, com todo o esforço e algum solipsismo que isso implica, não podemos deixar de endereçar alguns agradecimentos.

Agradeço aos meus pais, cujo apoio ao longo deste percurso foi incansável.

Um penhorado agradecimento às minhas Mestres:

Professora Ana Bárbara Sousa e Brito, que desde o 3º ano da Licenciatura tem acompanhado o meu perfil científico e aceitou a missão de acompanhar, na qualidade de orientadora, a realização da presente dissertação, tendo aberto as suas portas ao diálogo juscientífico.

Professora Maria da Conceição Valdágua, pela crença, motivação e pelos preciosos ensinamentos transmitidos.

Um especial agradecimento ao Professor José González, pelos inegáveis e profícuos contributos, em jeito de resolução às dúvidas suscitadas.

Um agradecimento aos meus amigos, em particular à minha colega e amiga Bruna Moura, cujos diálogos, quer sobre questões de ordem existencial e quotidiana, quer sobre questões de ordem juscientífica, se revelaram imprescindíveis ao mapeamento das encruzilhadas desta dissertação.

Por último, à Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa, na pessoa da Dra. Susana Tomé, pela preciosa ajuda na pesquisa dos documentos necessários a uma boa pesquisa.

APRESENTAÇÃO

O Problema da Censurabilidade no Erro Sobre a Ilícitude – Em Especial, a Incidência da Dimensão Material da Culpa Jurídico Penal na Determinação da Censurabilidade ou (In)Vencibilidade do Erro

José Miguel Calisto Quintas Penim Pinheiro

O erro sobre a ilicitude tem sido um dos problemas que tem levantado um debate inflamado e interminável no âmbito da dogmática da parte geral do direito penal. A sua (re) discussão releva, mormente, ao nível da imbricação íntima entre a dimensão material da culpa jurídico-penal e os critérios de determinação da (não) censurabilidade do erro, posto que é por essa via, no campo discursivo-judicativo, que se podem lograr soluções dogmática e político-criminalmente adequadas. Embora, para tanto, não seja despiciendo convocar os itinerários histórico-compreensivos percorridos por esta figura e os conceitos fundamentais e figuras afins, por forma a logarmos uma qualificação correta.

Palavras-chave: Erro Sobre a Ilícitude, Consciência da Ilícitude, Censurabilidade, Evitabilidade, Culpa, Tipo Social do Agente

PRESENTATION

The Problem of Censorship in Mistake of Law – In particular, the Incidence of the Material Dimension of Criminal Guilty in Determination of Censorship or (Un) Avoidability of the Mistake

José Miguel Calisto Quintas Penim Pinheiro

The Mistake of Law has been one of the problems that has raised an inflamed and endless debate in the context of the dogmatics of the general part of criminal law. Its (re) discussion is, in addition, to the level of intimate imbrication between the material dimension of legal-criminal guilt and the criteria for determining the (non) censurability of error, since it is by this way, in the discursive-judictive field, that dogmatic and political-criminally appropriate solutions can be achieved. Although, therefore, it is not uncritical to call the historical-comprehensive itineraries traversed by this figure and the fundamental concepts and related figures, in order to achieve a correct qualification.

Keywords: Mistake of Law, Knowledge of Law, Censorship, Avoidability, Guilty, Social Agent Type.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

- ADPCP - Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
- art. - artigo
- BFDUC - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BGH - Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal alemão)
- BMJ - Boletim do Ministério da Justiça
- CC - Código Civil
- CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
- CEDH - Convenção Europeia dos Direitos Humanos
- Cf. - Confrontar
- CP - Código Penal
- CPP - Código de Processo Penal
- CRP - Constituição da República Portuguesa
- DL - Decreto-Lei
- p. / pp. - página / páginas
- PIDCP - Pacto Internacional Sobre os Direitos Cívicos e Políticos
- RBCC - Revista Brasileira de Ciências Criminais
- RGIT - Regime Geral das Infrações Tributárias
- ROA - Revista da Ordem dos Advogados
- RPCC - Revista Portuguesa de Ciência Criminal
- StGB - Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)
- STJ - Supremo Tribunal de Justiça
- TRC - Tribunal da Relação de Coimbra
- TRE - Tribunal da Relação de Évora
- TRG - Tribunal da Relação de Guimarães
- TRL - Tribunal da Relação de Lisboa
- TRP - Tribunal da Relação do Porto

SUMÁRIO

Introdução.....	17
1. Evolução Histórica do Erro Sobre a Ilcitude.....	21
1.1. O Pensamento Aristotélico	21
1.2. Direito Romano	23
1.3. Direito Intermédio	27
1.4. Direito Moderno.....	31
1.5. Direito Contemporâneo	35
1.5.1. Século XIX.....	35
1.5.1.1. A Influência do Pensamento Filosófico do Séc. XIX.....	35
1.5.1.2. A Evolução do Erro de Direito em Portugal no Séc. XIX – O Movimento Codificador	36
1.5.1.3. Enquadramento Científico do Erro de Direito na Alemanha no Séc. XIX	41
1.5.2. Século XX.....	43
1.5.2.1. Teoria Estrita do Dolo	43
1.5.2.2. Teoria Limitada do Dolo.....	51
1.5.2.3. O Finalismo e a Teoria da Culpa	60
1.5.2.4. Reconhecimento Jurisprudencial do Erro Sobre a Ilcitude e o § 17 da Nova Parte Geral do StGB Alemão	64
1.5.2.5. A Influência do Pensamento de FIGUEIREDO DIAS no Código Penal de 1982	66
2. Consciência da Ilcitude e Erro	69
2.1. Consciência da Ilcitude.....	69
2.2. Erro Sobre a Ilcitude	78
2.3. Conceito e Formas de Manifestação	78
2.3.1. Diferenciação Face a Outros Tipos de Erro	84
2.3.1.1. Erro Sobre a Ilcitude e Erro Sobre o Tipo.....	84
2.3.1.2. Erro Sobre a Ilcitude e Erro Sobre as Proibições Legais.....	87
2.3.1.3. Erro Sobre a Ilcitude e Erro Sobre os Pressupostos de uma Causa de Justificação	96
3. A Dimensão Material da Culpa Jurídico-Penal	105
3.1. Culpa Como Poder de Agir de Outra Maneira	106
3.2. A Culpa da Atitude Interior.....	114
3.3. A Culpa Existencial da Personalidade	116
3.4. Culpa Derivada de Exigências de Prevenção Geral	124
3.5. Teoria Comunicativa da Culpa	128

3.6. Conceito Dualista de Responsabilidade	133
3.7. Posição Adotada	136
3.7.1. O Problema da Liberdade das Ciências Naturais no Direito Penal	136
3.8. A Culpa Material de ROXIN – A Relação de Limitação Recíproca entre Culpa e Prevenção.....	140
4. A Determinação da Censurabilidade / Não Censurabilidade do Erro Sobre a Ilícitude	149
4.1. Ordenamento Jurídico Alemão	151
4.1.1. A Posição da Sentença do BGH de 18-03-1952 – A Tensão da Consciência	151
4.1.2. Posições Finalistas	152
4.1.3. Posições Pós-Finalistas.....	155
4.1.3.1. As Primeiras Posições	155
4.1.3.2. Entre a Culpa e a Prevenção – As Posições Teleológico-Racionais de RUDOLPHI e ROXIN	159
4.1.3.3. A Evitabilidade por Referência à Culpa da Atitude Interna.....	169
4.1.3.4. A “Evitabilidade” por Referência a Exigências Exclusivamente Preventivas – O Funcionalismo Sistêmico de JAKOBS.....	172
4.1.3.5. A Inserção da Evitabilidade na Ilícitude por FRISCH.....	177
4.1.3.6. A Evitabilidade por Referência à Conceção Expressiva do Crime de MICHAEL PAWLIK.....	179
4.2. Ordenamento Jurídico Espanhol	185
4.2.1. Artigo 6º bis a), 3º parágrafo do Código Penal Espanhol de 1973	185
4.2.2. Posições Doutriniais por Referência ao art. 14º, 3º Parágrafo do Código Penal Espanhol de 1995	189
4.3. Ordenamentos Jurídicos Latino-Americanos	197
4.4. Ordenamento Jurídico Italiano.....	205
4.5. Da Common Law.....	215
4.6. Ordenamento Jurídico Português	221
4.6.1. Permanência de uma Teoria do Dolo – A Posição de CAVALEIRO DE FERREIRA.....	222
4.6.2. A Recepção da Doutrina Alemã.....	223
4.6.3. A Retitude da Consciência Errónea – A Posição de FIGUEIREDO DIAS.....	225
4.7. A Censurabilidade por Referência aos Valores e às Emoções – A Consciência de Si – Posição de FERNANDA PALMA.....	229
4.7.1. A Jurisprudência Portuguesa.....	232
4.8. Posição Adotada	241
4.8.1. Introito	241
4.8.2. Princípio da Igualdade e Tipo Social do Agente.....	243

4.8.3. O Dever de Informação	246
4.8.3.1. O Problema do Conflito Jurisprudencial Proveniente de Instâncias Jurisdicionais Hierarquicamente Equivalentes.....	248
4.8.4. Brevíssima Síntese.....	253
Referências	255

INTRODUÇÃO

O leitor poderá, porventura, questionar-se acerca do porquê da realização de um trabalho sobre um tema clássico da teoria da infração penal e não o tratamento de uma problemática ou de uma realidade hodierna merecedora de *opinio iuris* quanto à bondade da sua concreta regulação. É certo que o problema do erro sobre a ilicitude poderá ser tão antigo quanto há memória da existência de um direito penal, consolidando-se a sua discussão a partir do momento do tratamento dogmático deste ramo de direito. Porém, até aos dias que correm, o problema não encontrou um recanto, onde pudesse descansar pacificamente, antes tem sido objeto de acesos debates teórico-dogmáticos ainda inacabados, donde exista quem sustente que se trata do problema charneira de toda a teoria da parte geral do direito penal.

Conquanto as teorias do dolo, que agora assumem um relevo meramente histórico, ante a opção adotada pela maioria dos legisladores pela consagração por uma das teorias da culpa, certo é que ainda se encontram laivos dogmáticos que sustentam – quiçá *contra legem* – a existência de um *dolus malus*. Por outro lado, os critérios para aferir da censurabilidade ou não censurabilidade do erro erigem na discussão a chama da disparidade e o aumento da complexidade problemática, de tal modo que caímos num quadro de hipertrofia teórico-dogmática.

Este problema há de incluir-se no complexo de normas consubstancial à arquitetura dos ordenamentos jurídicos. Veja-se que, se é certo que o conjunto de tais normas se reconduz a um domínio da razão prática por parte dos elementos integrantes da sociedade (v.g. os mandamentos “não matarás”, “respeita a integridade do próximo” constituem a base sociocultural que ampara os crimes contra a vida e integridade física), havendo, por conseguinte, em regra, uma consciência atual sobre ele incidente, não é menos certo que a complexidade do campo normativo do sistema jurídico transcende, em larga medida, esse quadro elementar (basta pensar nas normas de direito penal secundário, altamente tecnicizadas, remetendo, não raro, para outras normas e dotadas de um grau valorativo menor face ao direito penal de justiça, ou em outras normas sancionatórias com um escopo meramente organizacional), qual impossibilidade ontológica de ser cognoscível, na sua totalidade, pelos seus destinatários.

O problema fica mais claro se atentarmos numa constelação de casos típicos:

- a) A manteve relações sexuais com B, menor de 16 anos, mas não sabia que a sua conduta constituía crime de atos sexuais com adolescentes, p. e p. no art. 173º do CP;
- b) C não pagou o imposto devido, pensando que não tinha o dever de o pagar, incorrendo no crime de abuso de confiança fiscal, p. e p. no art. 105º do RGIT;
- c) D, estrangeira, proveniente da Holanda, vem a Portugal e pratica sobre a sua amiga E, doente terminal, o crime de homicídio a pedido da vítima, p. e p. no art. 134º do CP, pensando que a eutanásia não é penalizada em Portugal;
- d) F, jovem sueca, estando grávida de 16 semanas, vem passar férias Portugal e pratica o crime de aborto p. e p. no art. 140º do CP, não se verificando nenhuma das situações que isentam de responsabilidade, pensando estar amparada por uma causa de justificação.

Todos os casos acima mencionados – sem necessitarmos de grande esforço intelectual para os qualificarmos -, são enquadráveis na figura do erro sobre a ilicitude. Este erro, nos termos do art. 17º do CP e da maioria das legislações estrangeiras que o regula, pode excluir a culpa, se o erro não for censurável, ou atenuar a pena aplicável a título de comissão dolosa, se for censurável. Problema de maior, porém, assenta na concreta resolução de tais casos, porquanto a sua aparente linearidade levanta questões de elevada envergadura. Donde, a fim de resolvê-los, a necessidade de analisar o erro sobre a ilicitude – com maior ênfase na análise dos critérios para aferir da censurabilidade ou não censurabilidade do erro – nos seguintes termos:

Porquanto o direito se realiza na temporalidade que lhe está subjacente, i.e., expande-se numa historicidade construtivista, é mister dar, num primeiro capítulo, conta da evolução histórica da figura do erro sobre a ilicitude, mormente deste a total irrelevância que lhe era emprestada pela romanística, irrelevância essa que se espraiou por toda a idade média e, não obstante um viés humanístico, na idade contemporânea, até à evolução que se fez sentir na doutrina, desaguando na atribuição da relevância a tal erro como pressuposto irrenunciável de um direito penal balizado pelo princípio da culpa, nomeadamente em meados do Séc. XX.

Posteriormente, no segundo capítulo, tratar-se-á, em primeiro lugar, do exame da figura da consciência da ilicitude, qual a sua formação, qualificação, objeto e formas de

manifestação, pois só dessa forma, estaremos em condições de estudar cabalmente o conceito de erro sobre a ilicitude, uma vez que este se funda na *falta* da consciência da ilicitude ou num erro de valoração, bem como as suas tipologias e a sua diferenciação face a outros tipos de erro jurídico-penalmente relevantes, a fim de dilucidar que problemas de ilicitude / valoração se levantam.

O terceiro capítulo compreenderá o nosso conspecto acerca do conceito material de culpa, problema inevitavelmente aporético, que nos irá oferecer um fio condutor, a fim de melhor interpretarmos os critérios de determinação da censurabilidade do erro sobre a ilicitude

No quarto capítulo, a nossa análise tem por objeto os subsídios doutrinários concernentes aos critérios de aferição da censurabilidade ou não censurabilidade do erro sobre a ilicitude, pois são estes que nos fornecem pistas sólidas quanto à concreta solução dos casos problemáticos que se reconduzem a um erro sobre a ilicitude, i.e., são o motor para, à luz do princípio da culpa, o caso ficar decidido. Para o caso ficar bem decidido, contudo, o critério tem de se afigurar teleológico-racionalmente adequado à luz do momento subjetivo por excelência da teoria da infração penal. Donde a análise seja necessariamente crítica e constituía o centro nevrálgico da nossa investigação. Em primeiro lugar, numa perspetiva comparatística, serão examinadas as doutrinas alemã¹, espanhola, e latino-americana, porquanto, estas últimas duas bebendo da mesma fonte e constituindo a primeira a fonte primacial, nos dão subsídios importantes para a densificação de tais critérios, e também se terá em conta o tratamento do erro sobre a ilicitude na doutrina italiana, de origem essencialmente jurisprudencial, e anglo-saxónica, que hodiernamente assume cada vez mais relevância. Em seguida, será analisada a doutrina portuguesa, com especial realce para a crítica da inovadora tese da retitude da consciência errónea, de FIGUEIREDO DIAS. E não poderemos prosseguir sem passarmos pelo crivo da atividade jurisprudencial dos tribunais superiores portugueses.

Uma vez realizada essa análise, ainda neste capítulo, como resultado de um frutífero diálogo compreensivo e crítico com os vários autores que analisámos, estaremos em condições de tomar posição, em jeito de síntese dialética, que terá por objeto o critério de determinação da evitabilidade / inevitabilidade do erro sobre a ilicitude à luz do tipo social do agente, que será balizado, quer por considerações de ordem preventiva, quer

¹ Que influenciou diretamente a doutrina portuguesa.

por um quadro principiológico que, estamos em crer, levará a soluções, ao nível da *jurisprudencial função mediadora* e concretizadora do direito, nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, mais justas, equitativas e político-criminalmente mais adequadas.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ERRO SOBRE A ILICITUDE

A história do erro sobre a ilicitude transcende, em muito, o pensamento, segundo o qual, desde o direito romano até à Idade Contemporânea, o erro de valoração sobre uma norma penal era totalmente irrelevante. As fontes que lográmos consultar sobre o problema dão lugar a um quadro regulamentar bem mais complexo e menos linear do que se possa imaginar quando pensamos pela primeira vez no assunto. A historicidade imanente ao erro sobre a ilicitude consubstancia-se num processo de consolidação jurídica tendente a limar os vértices dogmático-práticos de uma figura, que procura atribuir soluções justas em função da concreta orientação axiológica do agente para o problema da ilicitude.

Para melhor compreensão, logra-se dividir esta análise histórica em quatro momentos, precedidos da análise do pensamento aristotélico, que é de suma importância, como veremos. São eles: a) o Direito Romano; b) o Direito Intermédio; c) o Direito Moderno; d) o Direito Contemporâneo.

1.1. O PENSAMENTO ARISTOTÉLICO

Antes de entrarmos na análise do direito propriamente dito, releva atentar no pensamento filosófico de ARISTÓTELES, pois este pensador, muito antes da questão de o erro sobre a ilicitude vir a ser discutida nos grandes “fóruns jurídicos”, antecipou grande parte da problemática e das soluções que muito mais tarde viriam a ter lugar.

ARISTÓTELES, na sua *Ética a Nicómaco*, sustenta que “*involuntárias* [leia-se, não culposas] são (...) *aquelas ações que se geram sob coação ou ignorância*”². Para o filósofo grego, há uma ignorância passiva e uma ignorância ativa, i.e., há quem realize uma ação “*por ignorância*” e há quem realize uma ação “*na ignorância*”. Age na ignorância aquele que ignora por não se esforçar por querer saber. É o caso do bêbedo, que apenas age na ignorância pela circunstância de estar bêbedo. Com efeito, o estado de ignorância é produto da sua responsabilidade, pelo que a sua ação consubstancia, assim, uma ação injusta, uma ação perversa, enfim, uma ação censurável. Já quem age, não se apercebendo, em concreto, de como age, i.e., de forma inocente, é

² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 6ª edição, trad. de António de Castro Caeiro, Lisboa: Quetzal, 2018, p. 65, 1109b-1110a.

merecedor de compaixão e perdão, uma vez que *“quem age ignorando alguma das circunstâncias particulares e concretas da ação fá-lo involuntariamente”*³.

Reforçando esta asserção, ARISTÓTELES vem propugnar, ademais, que *“aqueles que agiram mal de acordo com a justa medida”* são sancionados pelo legislador, uma vez que possuíam o poder de *“agir bem”* e de vetar a ação vergonhosa. Já se o agente não possuía esse poder, mercê de ignorância ou coação, ele não pode ser responsabilizado, pois a realização perversa ou injusta da ação está apartada da sua esfera. Contudo, se a ação for assacável à responsabilidade do agente – *“por exemplo, para bêbedos, as multas são a dobrar”* – porquanto, em todo o caso, ele teria tido a possibilidade de evitar o estado de ignorância, ele será sancionado. O mesmo vale para aqueles que *“desconhecem toda a disposição da constituição que deve ser conhecida e não é difícil de ser apreendida”*, bem como para aqueles que agem por negligência, quando, mediante um esforço de consciência ou o empreendimento da necessária diligência, *“podiam não ignorar o que faziam e podiam ter-se preocupado”*⁴.

Do pensamento de ARISTÓTELES – conquanto este se reconduza à análise da virtude e da moral - pode deduzir-se uma antecipação da teoria da culpa (que será analisada mais à frente), e dentro desta antecipação, outra antecipação do critério da evitabilidade-inevitabilidade do erro sobre a ilicitude. Com efeito, na senda do que foi exposto, a censurabilidade não pode recair sobre aquele que, de acordo com a sua consciência axiológica, atua despido de perversidade e injustiça, por impossibilidade, fáctica ou valorativa, de ter adotado uma conduta objetivamente justa. No entanto, de todo o modo, *“as disposições da constituição”*, i.e., aquelas que devem, a título universal, estar presentes na alma do ser humano, devem por este ser imperiosamente apreendidas, sob pena de uma inevitável perversidade. São aqueles preceitos que contêm em si regras essenciais a serem cumpridas e proibições dotadas e uma ilicitude natural, intrínseca.

Numa palavra, o bom e o justo e o mau e o injusto ou perverso dependem, em forte medida, de uma conformidade entre o subjetivo e o objetivo. ARISTÓTELES construiu uma aproximação teórica ao erro sobre a ilicitude assente no intelectualismo ético,

³ ARISTÓTELES, *Ética*...pp. 67-68, 1110b-1111a.

⁴ ARISTÓTELES, *Ética*...pp. 75-77, 1113b-1114a.

segundo o qual, de acordo com LAURENS WINKEL, “o conhecimento é condição suficiente para a virtude”⁵.

Esta corrente ético-filosófica veio influenciar, em boa medida, a evolução da dogmática incidente sobre o erro sobre a ilicitude. Com efeito, a casuística jurídica, tendente à prolação de soluções justas, foi precedida de um pensamento abstrato, que em grande medida, a conformou ao longo dos tempos. E a romanística não foi exceção⁶, como veremos.

1.2. DIREITO ROMANO

A princípio, os romanos não estabeleciam regras gerais e abstratas, com pretensão de universalidade, mas davam soluções a casos concretos, particulares. Os jurisprudentes, com as respostas que davam às questões que lhes eram colocadas, mediante a forma de parecer, e os expedientes pretorianos⁷ consubstanciavam verdadeiras fontes de direito, aplicadas aos casos concretos⁸. Malgrado, à medida que emergiam os comentaristas e proliferavam os jurisprudentes, tais soluções concretas vieram a ficar erigidas a princípios absolutos e gerais. Assim, a regra segundo a qual *error iuris nocet* (o erro de direito prejudica a quem nele incorre) resultou, não da *lex* (lei positiva) romana, mas da *ars inveniendi*, i.e., de regras que foram deduzidas da solução de casos concretos⁹.

⁵ LAURENS WINKEL, “Error de Derecho: Comparación entre el Derecho Inglés y el Derecho Romano”, trad. de Montserrat Ricart, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 90, anuário, 1998, pp. 336 e s.

⁶ Com efeito, o direito romano é conformado, de certa forma, pela herança do pensamento filosófico grego. Não raro, as soluções para problemas concretos eram precedidas de uma discussão dialética sobre as ideias filosóficas gregas, que, ulteriormente, seriam utilizadas pelos jurisprudentes romanos no quadro da ciência jurídica. Da abstração, seguia-se um esforço intelectual de aplicação material aos problemas concretos que eram suscitados. Cf. FABRÍCIO RENÉ CARDOSO DE PÁDUA, *O Casuismo Jurídico-Metodológico Romano e a Autonomização do Direito*, coleção Estudos Doutorado & Mestrado, série 7, Coimbra: Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, pp. 10 e ss. Segundo LAURENS WINKEL, o pensamento aristotélico foi recebido pelos jusromanistas, ao contactarem com o pensamento clássico greco no séc. I a.C., conquanto tal pensamento tenha sido objeto de algumas flutuações. LAURENS WINKEL, “Error de Derecho: Comparación entre el Derecho Inglés y el Derecho Romano”, *cit.* p. 336.

⁷ Traduziam-se, a início, num processo oral presidido pelo pretor, que, ulteriormente, deu lugar ao processo por fórmulas. Cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*, I, *Introdução e Fontes*, 4ª edição, Coimbra: Dislivro, 1984, pp. 170 e ss.

⁸ EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Apontamentos de Direito Romano*, Cascais: Princípiá, 2015, pp. 170 e ss. Note-se que o *ius* em Roma era relevado, essencialmente, através da casuística, i.e., procurava-se orientar a razão prática a fim de lograr a justiça do caso que era submetido a juízo. Só posteriormente é que, ante uma constante aplicação prática, os princípios normativos deduzidos da *iurisprudencia* foram positivados em leis escritas, em função de um “*artificio de segurança e controle*”. Cf. FABRÍCIO RENÉ CARDOSO DE PÁDUA, *op. cit.* pp. 14 e *passim*.

⁹ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VI, *La Culpabilidad y su Exclusión*, Buenos Aires: Editorial Losada, 1962, p. 361.

A matéria do erro está regulada no Título VI, do Livro XXII, do Digesto, com o título *De Iuri et Facti Ignorantia* (Ignorância de Direito e de Facto), cujas disposições estão formuladas com textos de PAULO, NERÉCIO, POMPÓNIO, TERÊNCIO, ULPIANO e PAPINIANO, célebres juristas romanos e comentaristas da obra justinianeia. Aí, proclama PAULO que “*iuris quidem ignorantia cuique nocet, facti vero ignorantia non nocere*”¹⁰. E assim é, porquanto, como sustenta NERÉCIO, “*o erro de direito não deverá ser tido na mesma consideração que o erro de facto, posto que o direito pode e deve ser certo, e a interpretação do facto pode enganar até os mais experientes*”¹¹, i.e., para NERÉCIO, o direito pode e deve ser limitado e, nessa medida, universalmente apreendido e conhecido; já a realidade fáctica é, não raro, objeto de muitos equívocos, mesmo por parte da mais prudente das pessoas¹².

Daqui se depreende que a romanística, essencialmente na sua plenitude, sustenta uma leitura do Digesto, na senda de PAULO, segundo a qual o erro sobre a ilicitude, reconduzido por largo tempo ao erro de direito¹³, é totalmente irrelevante. Assim, conquanto o agente ficasse, ao nível das suas representações, totalmente alheio a qualquer sentido jurídico – mormente jurídico-sancionatório -, emprestado a determinado facto, ele seria punido, ainda assim, a título de dolo¹⁴.

No entanto, BINDING, em posterior estudo, veio a romper com tal paradigma. Para BINDING, a consciência da ilicitude era pressuposto constitutivo do *dolus malus*. Se esta falta, o agente não lograria conformar a sua ação com o dever, pelo que o dolo ficaria excluído. Mais adiante, BINDING sustenta que não há provas com solidez suficiente para afirmar que tivesse existido no direito romano uma presunção *iuris et de iure* de conhecimento da norma, redundante na máxima *error iuris nocet*. Com efeito, quem tivesse atuado em erro de direito, deveria, em juízo, disso convencer o juiz, tendo o juiz livre apreciação para julgar o caso¹⁵. Na sua análise, BINDING conclui que as

¹⁰ “*Em regra, a ignorância de direito prejudica e a ignorância de facto não prejudica*”. Digesto 22,6. Cf. ÁLVARO D’ORS, *et. al.* (org. e trad.), *El Digesto de Justiniano*, Tomo II, Aranzadi: Pamplona, 1972, p. 99.

¹¹ Digesto, 22,6. Cf. ÁLVARO D’ORS, *Idem, Ibidem*.

¹² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 361.

¹³ Além de ter por objeto a consciência da ilicitude, o erro de direito tinha por objeto os elementos normativos do tipo, uma vez que são elementos que pressupõem um esforço espiritual-valorativo para serem apreendidos. Só a partir do séc. XX se vislumbra uma clara delimitação, passando o erro do tipo a compreender, outrossim, os elementos normativos constitutivos do tipo, e o erro sobre a proibição / ilicitude a ter por objeto unicamente a (falta) de consciência da ilicitude.

¹⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 30. Cf., também, REINHARD FRANK, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw, Montevideo-Buenos Aires, B de F Editores, 2002, p. 53.

¹⁵ KARL BINDING, *La Culpabilidad en Derecho Penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2009, p.73.

fontes de direito romano não traçam uma distinção entre erro de direito e erro de facto em lugar algum. Apenas em sede de direito privado se verificou uma distinção entre erro de direito e erro de facto com incidência em casos muitos específicos. V.g. aquele que não exerce um direito subjetivo que lhe pertence, por ignorar a situação jurídica (por exemplo, não sabe que é titular de um direito subjetivo e tal direito prescreve), deve assumir os danos – aqui, *error iuris nocet*. A autoridade das normas jurídicas era de suma importância para os romanos, de tal modo que deveria sobrepor-se à opinião individual dos titulares de direitos subjetivos. Assim, se o titular do direito subjetivo desconhecia a norma que lhe atribuía tal direito, o seu erro ficava impotente face à vontade e à força da lei¹⁶. Para BINDING, erigir em regra geral da romanística, neste concreto aspeto, a máxima *error iuris nocet* deve-se a uma errónea e viciada receção do direito romano pelos pós-glosadores, de que falaremos adiante¹⁷.

Malgrado, esta posição não venceu, sendo que a maioria da doutrina romanística se mantém fiel à tese tradicional. FIGUEIREDO DIAS, embora não subscrevendo a tese de BINDING, adianta, no entanto, que associar a relevância/irrelevância do erro, em sede jusromanística, à compreensão, respetivamente, daquilo que é sensorialmente perceptível ou apenas espiritualmente perceptível é imprimir um carácter exacerbadamente positivista à regra *error iuris nocet*¹⁸.

E assim é, tanto que ulteriormente se vieram a admitir várias exceções a tal princípio. São elas: a) casos em que a lei ignorada se trate de uma lei puramente positiva, i.e., que não fundada diretamente no direito natural (v.g. normas de criação política) – em tais casos, a ignorância da norma exclui o dolo, uma vez que, em função da sua natureza, não era apreensível por todos¹⁹. Com efeito, o princípio *error iuris nocet* só valia, no direito penal romano, nos crimes que comportavam um desvalor intrínseco, que repousavam num fundamento natural, e já não quanto aos crimes que derivavam de certas oportunidades políticas de criminalização ou de necessidades organizatórias. Aqui se logra descortinar um primeiro fundamento para a delimitação de certos erros que, ainda que semelhantes ao erro sobre a ilicitude, ainda pertencem ao espectro puramente intelectual, pois a valoração estava subordinada ao conhecimento fáctico da proibição. Bem vistas as coisas, já no direito romano se exigia que apenas o conhecimento do carácter proibido de certas normas era pressuposto irrenunciável da

¹⁶ KARL BINDING, *op. cit.*, pp. 74-75.

¹⁷ KARL BINDING, *op. cit.*, p. 77.

¹⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, cit. p. 32.

¹⁹ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 362.

orientação valorativa do agente para o problema da ilicitude²⁰; b) casos em que a natureza do facto objetivamente punível exigia o conhecimento da lei proibitiva. Se tal conhecimento não se verificasse, a pena não era aplicada, na sua totalidade ou parcialmente. Assim, se um magistrado prolatava uma sentença em violação do direito, mercê de uma falsa informação prestada pelo seu assessor, ficava isento de pena, nos termos do Título II, do Livro II do Digesto²¹; c) casos em que a ignorância da lei exclui o dolo, em função da qualidade das pessoas que a ignoram – tais casos compreendem, essencialmente, infrações cometidas por menores, mulheres, rústicos e soldados recrutados²². Assim era, porquanto o direito romano presumia que esse tipo de pessoas tinha menores qualidades face ao *bonus pater familiae*, consubstanciais a uma *capitis diminutio*. Com efeito, presumia-se que as mulheres eram mais débeis, em função do seu sexo, os menores estavam subordinados ao poder do *pater*, não tendo adquirido toda a capacidade jurídica e de discernimento, os recrutados estavam apartados do conhecimento da lei, pois estavam ocupados com a sua profissão, e os rústicos tinham uma menor capacidade de compreensão e prudência em função da sua simplicidade²³. Estas presunções geram enorme perplexidade, pelo que subscrevemos as palavras de FIGUEIREDO DIAS, quando afirma que “*não se concebe que a profissão do soldado, a infímitas sexus da mulher ou a incapacidade da criança pudessem transformar em erro de facto aquilo que em si seria um erro de direito*”²⁴; d) casos em que se verificassem várias das circunstâncias anteriores, cumulativamente²⁵.

Por outro lado, o erro de direito não penal excluía o dolo quando a norma em causa constituía fundamento prévio da norma punitiva²⁶. Assim, *v.g.*, o usufrutuário que erroneamente representou ser titular da propriedade dos filhos da escrava²⁷,

²⁰ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, *cit.*, p. 34.

²¹ PAULO, Digesto, 2,2.: “*Se por negligência do assessor a jurisdição se apartou do dever, tal não deve prejudicar ao magistrado, mas apenas ao assessor*”. Cf. ÁLVARO D’ORS, *et. al.* (org. e trad.), *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Aranzadi: Pamplona, 1968, p. 92.

²² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 364, REINHARD FRANK, *op. cit.* p. 53.

²³ Assim, PAULO, Digesto, 22,6. Cf. ÁLVARO D’ORS, *et. al.* (org. e trad.), *El Digesto de Justiniano*, Tomo II, *cit.*, pp. 99-100.

²⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, *cit.*, pp. 33-34.

²⁵ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 364.

²⁶ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.* p. 364.

²⁷ Infelizmente, também Roma praticou a escravatura. Os escravos eram pessoas não livres. Juridicamente, não tinham capacidade jurídica, sendo objeto de relações jurídicas. Para todos os efeitos, eram equiparados a coisas – eram “*não pessoas*” -, pelo que poderiam ser objeto de um domínio factual, apanágio do direito de propriedade. Assim, como propriedade de alguém, eles seriam objeto de uso, fruição e disposição. Pelo que aquilo que o escravo *tem* ou *vem a ter*, mais não é do que um fruto, que se torna, outrossim, propriedade do seu dono. Tal era o que sucedia com os seus filhos. Cf. MAX KASER, *Direito Privado Romano*, trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 106-109.

apropriando-se deles, quando, na realidade, só tinha o direito de usufruto, estava em erro sobre uma norma não penal constitutiva da norma proibitiva, pelo que não comete o crime de furto²⁸²⁹.

Em suma, a regra é a de que o erro de direito é, em princípio, irrelevante, pois é, em princípio, evitável, escusável. E é assim, subscrevendo a análise de FIGUEIREDO DIAS, porquanto tal erro se associa à censurabilidade do agente, no que concerne ao seu agir. Assim, a dicotomia *error facti* – *error iuris* ficará mais clarificada: para a romanística, o erro de facto seria relevante, porque, em regra, ele era desculpável, e o erro de direito era irrelevante, porque, em princípio, era indesculpável, escusável. Na sequência deste raciocínio, podemos afirmar que as exceções à regra *error iuris nocet* acima referidas, aparecem, no direito penal romano, como primeira manifestação da não censurabilidade do erro sobre a ilicitude³⁰.

1.3. DIREITO INTERMÉDIO

Após o desmoronamento do Império Romano, no Séc. V, dá-se início à Idade Média. Por um lado, assistimos a uma orientação, por parte das populações romanizadas, pelo restante direito romano, e, por outro, a uma germanização do direito, mercê das invasões bárbaras de matriz germânica. Note-se que o *Corpus Iuris Civilis*, compilação do direito romano de Justiniano, assumiu um papel preponderante quanto à formação de um direito romano erudito, comum a toda a Europa³¹, difusão essa que teve o seu apogeu com a criação de várias escolas que consolidaram o direito como ciência, com especial destaque para a escola dos glosadores e dos comentadores³².

²⁸ Ou, como hodiernamente diríamos, incorreu em erro sobre os elementos normativos do tipo.

²⁹ GAIO, Digesto, 41,3.

³⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema do Erro Sobre a Ilícitude em Direito Penal*, cit. pp. 35-36.

³¹ Cf. JOHN GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, 4ª edição, trad. de António Manuel Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 165 e ss.; 202 e ss.

³² Cf. MAX KASER, *op. cit.*, pp. 25-26. Os glosadores foram essencialmente exegetas. Eles procuravam, através da aposição de nótulas entre as linhas (glosas interlineares) ou à margem (glosas marginais) do texto, esclarecer, com palavras ou expressões mais claras, certas passagens do *Corpus Iuris Civilis* mais obscuras, geradoras de interpretações dúbias. Além disso, os glosadores recorreram às definições, a fim de sintetizar certas máximas ou brocardos jurídicos do direito romano, às exemplificações de casos concretos, aos dissensos, nos quais expunham o pensamento de vários autores relevantes, às questões, onde, perante um caso controvertido, numa discussão dialética, procuravam dar uma solução, à decomposição e ao pensamento abstrato. Os glosadores viam o *Corpus Iuris Civilis* como um texto jurídico transcendente, intocável e insuscetível de crítica. Já os comentadores, através do método escolástico, onde se lia um determinado texto sob a orientação de um mestre, com preponderância para a assunção de um processo de leitura divina ou profana, utilizaram, essencialmente, o comentário, como método de relevação do *Corpus Iuris*. Os autores eram dotados de certa autoridade e eram objeto da lição e esta dava origem a um problema para o qual se procurava uma solução. Em seguida, elencavam-se os argumentos a favor de uma determinada resposta e tentavam-se refutar as opiniões divergentes, onde se concluía com a solução.

É comum afirmar-se que, no direito intermédio, o erro de direito e o erro de facto assumiam diferente relevância. Com efeito, sustentava-se que o direito natural deveria ser conhecido por todos, qual acervo normativo divino, omnipresente, comum a todas as gentes. Assim, em regra, o erro de direito não eximia de responsabilidade, salvo a respeito de leis locais, especialmente quando o agente do crime que ignorava a lei fosse um forasteiro³³. Já o erro de facto, em regra, excluía o dolo.

Destarte, BINDING, na sequência do seu estudo acima referido, não concorda com esta “linearidade” histórica. Para BINDING, houve, na Idade Média, uma sobrevalorização das regras *error iuris nocet – error facti non nocet*, quais máximas pretensamente imputadas a uma sabedoria superior, que se espalharam numa “*marcha triunfal*” pelo mundo fora, com todas as consequências que acarretaram. Esta “*marcha triunfal*” partiu dos pós-glosadores ou comentadores, mercê de uma contradição hermenêutica. Para BINDING, a regra *error iuris nocet* estava em larga contradição com a Magna Glosa, que consagrava que “*qnae libet ignorantia etiam iuris excusat a dolo*” (a ignorância da lei exclui o dolo)³⁴. Com efeito, para o autor, a única forma de defesa possível da máxima *error iuris nocet* seria configurar uma presunção de prova contra a credibilidade da alegação do *error iuris*. No entanto, continua BINDING, os comentadores foram mais longe e procederam de forma mais arbitrária, ante o recurso ao método escolástico (ver nota 32), tendo distinguido duas situações: 1) se a lei se dá por satisfeita com a presunção de dolo, presume-se o conhecimento da lei e, conseqüentemente, o dolo; 2) se a lei exige expressamente *dolus malus*, é necessária a plena demonstração da consciência da ilicitude³⁵.

Não logrando tomar posição pela disputa em análise, diremos, de todo o modo, que ela ilustra bem que desde tempos remotos, mesmo as representações ao nível valorativo não eram totalmente descuradas pelo direito. Mesmo que se admita que na maior parte das vezes o erro não eximisse de responsabilidade, certo é que, com exceção da lei natural, casos havia em que o erro de direito já assumia, ao menos no plano dogmático, relevância ao nível do afastamento da responsabilidade criminal. Com efeito, e como bem nota FIGUEIREDO DIAS, sob a influência do direito romano e canónico – de que

Tratava-se de uma disputa dialética, onde a retórica, a persuasão e a própria dialética se traduziam no método dominante para revelar o direito. Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 5ª edição, reimp., 2012, pp. 240-241; 264-268.

³³ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 365.

³⁴ KARL BINDING, *op. cit.*, p. 77.

³⁵ KARL BINDING, *op. cit.*, pp. 77-78.

falaremos em seguida -, “*todo o erro desculpável ou invencível releva, no sentido de excluir a culpa pelo seu comportamento*”³⁶.

No que concerne ao direito canónico, releva apontar que este também tratava do erro de direito. Proclamava GRACIANO, jurista e teólogo do Séc. XII, no seu *Decretum*, que “*naturalis iuris ignorantia omnibus adultis, dempabilis ets*”, i.e., o desconhecimento das normas de direito natural, uma vez que são divinas e universais, não escusa. Todavia, segundo BONIFÁCIO VIII, Papa no Séc. XIII, tal regra não valia para normas locais, dimanadas de portarias³⁷. Já ABELARDO, canonista do Séc. XII, fazia uma distinção entre ignorância negligente e ignorância invencível, tendo esta eficácia eximente e RICHARD DE LACY, canonista inglês do Séc. XII, advogava que quem alegar ter atuado em estado de ignorância tem o ónus de prová-lo.³⁸

A doutrina de S. TOMÁS DE AQUINO veio a ter, outro tanto, uma forte influência no direito canónico. Para S. TOMÁS DE AQUINO – segundo a sua *Suma Teológica* -, por regra, a ignorância não é causa do involuntário (culposo), pois, por um lado, todo o pecado pressupõe a ignorância, sendo que “*os que obram mal erram*”, e, por outro, a ignorância resulta do querer ignorar. No entanto, aponta S. TOMÁS, releva tomar em atenção que a ignorância mantém uma tríplice relação com a vontade. Assim, na vontade concomitante, que “*diz respeito ao que se fez e se havia de fazer, ainda que se soubesse*”, “*a ignorância não induz a querer o que se faz; mas, por acidente, o feito é simultaneamente ignorado*”. Na vontade consequente, o ato da vontade apoia-se na ignorância, pelo que “*deste modo há ignorância quando alguém não considera atualmente o que pode e deve considerar; e essa é a ignorância da má eleição e procede da paixão ou do hábito. Ou quando alguém não cura de adquirir o conhecimento que deve ter. E conforme a este modo, a ignorância dos princípios universais do direito, que devem ser conhecidos por todos, considera-se voluntária, quase procedente da negligência*”. Já na vontade antecedente, a ação não é culposa, porquanto esta “*é causa do querer o que de outro modo não se quereria*”³⁹. Concretizando o que é aqui sustentado, diz S. TOMÁS, que todos os princípios e normas essenciais, que compreendem o direito natural, habitam de forma omnipresente no coração do homem,

³⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, cit., p. 39.

³⁷ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 365.

³⁸ LAURENS WINKEL, “Error de Derecho: Comparación entre el Derecho Inglés y el Derecho Romano”, *cit.*, p. 341. Pode observar-se que a ignorância vencível e a ignorância invencível ocupam um lugar de justaposição no direito canónico posterior ao séc. XII. *Idem, Ibidem*.

³⁹ S. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, trad. de Alexandre Correia, edição livre disponível em <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>, *Prima Secundae*, Questão 6, art. 8º.

pelo que dele não podem ser apagados. Já os preceitos secundários, “*mais particulares*”, podem ser apagados dos corações do homem, por, entre outros fatores (maus costumes, hábitos corruptos, etc.), “*má persuasão*” ou por “*erro nas conclusões necessárias*”⁴⁰. Numa palavra, para S. TOMÁS, quando o desconhecimento da norma secundária ou não pertencente ao direito natural for inevitável, mercê de o agente não ter logrado o conhecimento efetivo da proibição, ou na sequência de uma interpretação dúbia não resolúvel, ele não atua com culpa, pelo que deve ser apartado de responsabilidade.

No Séc. XIV, no quadro do direito canónico, a exceção, segundo a qual o erro de direito só escusa quanto a normas locais, é erigida a regra comum e a ignorância da lei excludente do dolo é equiparada à dúvida quanto à interpretação de uma lei dúbia, obscura⁴¹. Assim, o erro ou a ignorância excluía o dolo. No entanto, se o agente estivesse vinculado a um dever de diligência, a fim de se esclarecer acerca de uma lei dúbia, ou das dúvidas que a lei lhe suscitasse, tendo violado tal dever, é punido a título de negligência⁴².

Na Idade Média, em Portugal, vislumbramos, por um lado, a aplicação da lei visigótica e, por outro, uma orientação pelo direito romano e o direito canónico. Quanto à primeira, é de destacar o preceituado no Código Visigótico. Segundo o Código Visigótico, “*non minoris est noxae, legum statuta nescire, quam sciendo prava committere*”, i.e., o Código Visigótico não atribuía relevância alguma ao erro de direito, equiparando a atuação daquele que ignora a lei com aquele que tem plena consciência da ilicitude⁴³. Quanto aos segundos, mercê do regresso dos estudantes romanistas e canonistas, após a sua formatura em Bolonha, a Portugal, a partir do Séc. XIII, assumindo as cátedras universitárias no Estudo Geral, realizando compêndios juscientíficos⁴⁴, assistiu-se uma propagação, regulamentação e aplicação do direito romano e canónico em todo o território peninsular. Aqui, vale o que acima foi exposto quanto ao erro de direito.

⁴⁰ S. TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, *Prima Secundae*, Questão 94, art. 6º.

⁴¹ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.* p. 365.

⁴² *Idem, Ibidem.*

⁴³ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, cit.*, p. 40, nota 26.

⁴⁴ Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 246 e ss; 252 e ss.

1.4. DIREITO MODERNO

Com a Renascença, inicia-se a Idade Moderna, onde se afirma “*um homem novo, que ama a cultura, tem espírito crítico e quer ocupar o lugar que tem no mundo*”⁴⁵. Em termos jurídicos, observa-se a afirmação da liberdade de interpretação face à escolástica. Há posições jusnaturalistas, que pretendem, ou a afirmação do direito natural como razão superior, ou uma leitura do direito romano à luz da razão. Por outro lado, temos, outro tanto, tomadas de posição restauradoras do direito romano tradicional⁴⁶.

Conquanto ainda se não prenda concretamente com o problema do erro, foi com a *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, que se consolidou, ao nível do direito germânico, o elemento subjetivo como elemento essencial e moral do crime. Com efeito, o direito penal fica dependente do princípio da vontade da atuação do agente⁴⁷.

Em Portugal, com o advento legislativo que desembocou nas Ordenações, o problema do erro foi tratado de forma particular. Primeiramente tratado no Livro V, Título 21, das Ordenações Manuelinas (1512)⁴⁸, foi transposto com a mesma regulamentação para as Ordenações Filipinas (1603), no Título 14, do Livro V. Atente-se na referida disposição dessa compilação de leis:⁴⁹

Qualquer Christão, que tiver ajuntamento carnal com alguma Moura, ou com qualquer outra Infiel; ou Christão com Mouro, ou Judeu, ou com qualquer outro Infiel, morra por isso, e esta mesma pena haverá o Infiel: E isto quando tal ajuntamento for feito por vontade e a sabendas; porque se alguma mulher de semelhante condição fosse forçada, não deve por isso haver pena alguma, sòmente haverá a dita pena aquelle, que cometer a tal força. E isso mesmo o que tal peccado fizer por ignorancia, não sabendo, nem tendo justa razão e saber como a outra pessoa era de outra lei, não deve haver por ello pena de justiça. E somente a pessoa, que da dita infidelidade for sabedor, ou tiver justa razão de o saver, será punida segundo a culpa, em que for achada.

⁴⁵ A. SANTOS JUSTO, *Nótulas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 37.

⁴⁶ A. SANTOS JUSTO, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁷ Cf. HANS WELZEL, *Derecho Penal – Parte General*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, pp. 16-17.

⁴⁸ Cf. *Ordenações Manuelinas*, Livro V, reprodução fac-símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1797, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 70.

⁴⁹ Cf. *Ordenações Filipinas*, Livros IV e V, reprodução fac-símile da edição feita por Cândido Mendes de Almeida (Rio de Janeiro, 1870), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 1164. Veja-se, no entanto, o Título 100, do Livro I, quando o erro é cometido “por malícia”: “*Todo o Julgador, que for acusado por erro, que se diga ter commettido por malicia em seu Officio, porque provado mereceria perdê-lo, será suspenso delle, e dado, ou commettido a outro, que o sirva, até elle ser livre e achado por sem culpa do malefício, A qual suspensão fará, tanto que o libelo for recebido contra o acusado. E emquanto o libelo não for recebido, não será o dito Julgador, assi acusado, suspenso, por se dizer, que he acusado, se outras culpas hi não houver, por que pareça ao Juiz da causa, que deva ser suspenso, antes de ser recebido o libello.* Cf. *Ordenações Filipinas*, Livro I, *cit.*, p. 238.

Conquanto este preceito casuístico possa parecer um erro de facto⁵⁰, há relevantes elementos que sobressaem ao nível do erro de direito, que foram objeto de análise pela doutrina de então.

Para MANUEL DE MENDES CASTRO, em referência ao transcrito preceito das Ordenações Filipinas, a ignorância afasta a sanção penal, salvo quando se puder verificar, com certa segurança, que o agente do crime “*era sabedor*”, i.e., que podia, com certa facilidade, aceder à consciência da ilicitude do facto⁵¹.

Por seu turno, ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL, ao referir-se à “*ignorância de direito*”, sendo que esta podia ter por objeto o direito natural, o direito canónico ou o direito civil, sustenta que, por regra, tal ignorância não isenta de responsabilidade criminal, sendo tal regra absoluta quanto a ignorância tem por objeto o direito natural, podendo, contudo, ser excepcionada quanto ao direito canónico e ao direito civil. Assim, se um certo número de pessoas (mulheres, impúberes, menores e rústicos) tenham agido de boa fé, havia possibilidade de ficarem isentos de responsabilidade criminal⁵².

Esta disputa doutrinal prolongou-se até à publicação do Decreto de 9 de setembro de 1747, que não admitia a ignorância das leis do reino “*por serem estas escriptas e publicadas*”, conquanto tal Decreto tenha caído no esquecimento, uma vez que a Lei da Boa Razão (18 de agosto de 1769) “*mandava integrar os casos omissos através do recurso às leis das nações civilizadas*”⁵³.

Em 1768 é publicado o *Tratado de Direito Natural*, de TOMÁS ANTÓNIO GONZAGA, que se pronunciou salutarmente sobre o problema em análise. Propugnava o autor que a consciência fica em estado de erro quando o seu discurso, a sua convicção, reputa por verdadeiro algo que assenta em princípios falsos. Com efeito, o erro consubstancia-se numa desconformidade entre as representações do agente e “*a natureza das coisas*”. A ignorância trata-se de uma “*privação da ciência*”. A ignorância ou erro – que pode ser de facto ou de direito -, pode ser vencível ou invencível. A ignorância ou erro invencível tem por consequência, diz GONZAGA, a exclusão do carácter criminoso da ação, pois, uma vez que o agente a não realizou com culpa, não é “*pecaminosa*”. Já a ignorância

⁵⁰ Assim, MARTIM DE ALBUQUERQUE, “Para uma Distinção do Erro Sobre o Facto e do Erro Sobre a Ilcitude”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 104-105, 1967, p. 94.

⁵¹ MANUEL DE MENDES CASTRO, *Repertório das Ordenações do Reino de Portugal Novamente Recompiladas*, Lisboa: Pedro Craesbeeck Impressor del Rey, 1623, p. 214.

⁵² ANTÓNIO CARDOSO DO AMARAL, *apud* MARTIM DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 98-99.

⁵³ MARTIM DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 99-100.

ou erro vencível tem por consequência a manutenção da responsabilidade criminal, pois o pecado documenta-se numa ainda presente vontade de obrar contra o preceito, qual delito⁵⁴. Assim, segundo GONZAGA, “*não se podem imputar as acções feitas em ignorância invencível, pois devendo-se-nos imputar sòmente as acções moralmente nossas, estas o não são, porque não nos podemos reputar por autores de uma acção moral, quando não podíamos conhecer a moralidade delas*”⁵⁵. Já as ações vencíveis, conquanto devam ser imputadas, a imputabilidade deve diminuir, porquanto se o conhecimento diminui, a liberdade moral dirigida à sua realização fica limitada, ficando, outrossim, limitada a maldade a elas subjacente⁵⁶.

Com efeito, o embrião do critério da evitabilidade-inevitabilidade do erro sobre a ilicitude, já há muito em gestação, começa a consolidar-se na doutrina.

Releva ainda atentar no primeiro pensamento de MELLO FREIRE, a propósito do erro de direito, plasmado nas suas *Instituições de Direito Criminal Português*. PASCOAL DE MELLO FREIRE advoga que, uma vez que a infração deve ser uma ação voluntária danosa, no sentido de prejudicar a sociedade em geral ou o particular em especial, quem pratique um facto ilícito incorrendo em erro de direito invencível, não pratica a infração, pois não tem consciência da ofensa que cometeu, nem teve a possibilidade de lograr tal consciência⁵⁷. Com efeito, quem não tem a possibilidade de aceder à consciência da ilicitude, mercê de uma impossibilidade que paralisou as suas representações valorativas, não pode ser objeto de um juízo de censura. E isto já era, de certa forma, compreendido pela doutrina penal portuguesa setecentista.

Por outro lado, é mister fazer referência a alguns autores da Escola de Direito Natural, cujo tratamento do problema do erro sobre a ilicitude foi preponderante.

JUAN CRISÓSTOMO DE VERONA, em 1678, veio contradizer a tradição romanística, propugnando que o erro de direito deve ter eficácia eximente. FRANCISCO SUÁREZ advogava que a ignorância invencível isenta de responsabilidade criminal, não só quanto ao direito positivo, como quanto ao direito natural, quando emergiam questões

⁵⁴ TOMÁS ANTÓNIO GONZAGA, *Tratado de Direito Natural*, 1768, apud MARTIM DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 101-102.

⁵⁵ TOMÁS ANTÓNIO GONZAGA, *Tratado de Direito Natural*, 1768, apud MARTIM DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁶ TOMÁS ANTÓNIO GONZAGA, *Tratado de Direito Natural*, 1768, apud MARTIM DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁷ PASCOAL DE MELLO FREIRE, “*Instituições de Direito Criminal Português*”, trad. da edição em latim de 1794 de Miguel Pinto de Meneses, in *BMJ (Boletim do Ministério da Justiça)*, n.º 155-156, 1966, p. 58.

obscuras ou assaz dúbias, só resolúveis por recurso aos doutores ou eruditos. VITÓRIA, na sua obra *De Indis* (1532), propugnava que a ignorância invencível, em matéria de direito divino, deve ter força exculpatória, quando os índios americanos tenham cometido um pecado, uma vez que estes, anteriormente, não contactaram, em tempo algum, com a fé católica. Para que a ignorância constituísse pecado, necessário era que não se tenha querido ouvir, ou que, tendo ouvido, não se tenha seguido a palavra de Cristo. Para que se verificasse a ignorância invencível, bastava que o agente tenha empreendido a necessária diligência humana, a fim de apreender e interiorizar a palavra de Deus. Uma vez empregue tal diligência, se o agente pecou e não sabe que pecou, é desculpado. HUGO GRÓCIO, em *De Jure Belli ac Pacis* (1625), afirmava que se a ignorância da lei é invencível, ela supre a falta; quando associada a negligência, ela tem eficácia atenuante⁵⁸.

Ao nível do pensamento filosófico setecentista, conquanto houvesse preponderância para a configuração do princípio da legalidade e da culpa e de um processo penal justo e para a supressão de penas degradantes, ainda podemos encontrar contributos para o nosso problema. Com efeito, MONTESQUIEU, na sua obra *O Espírito das Leis*, distingue entre leis naturais e leis positivas. As primeiras, concernentes “à constituição do nosso ser”, são dotadas de perfeição, transcendência, imutabilidade. As segundas, uma vez que são feitas por um ser imperfeito, podem ser objeto da ignorância e do erro, tal como “todas as inteligências finitas”⁵⁹.

Todas as ideias que acima foram expostas, vieram a desembocar na emergência do Iluminismo, que veio reforçar a dignidade do indivíduo e, qual manifestação desse reforço, conceber um conjunto de mecanismos de defesa dos seus direitos e liberdades face aos poderes públicos, com especial ênfase no quadro do direito e processo penais. Também na Alemanha, após o advento das *Luzes*, se assistiu à consolidação da relevância do erro de direito nos casos em que o agente tenha atuado de boa fé, ignorando o alcance normativo de certas regras sancionatórias que se posicionaram fora do alcance das suas representações, ante o carácter assistemático e hermético que lhes estava subjacente, qual “reacção contra os excessos legislativos do estado autoritário”⁶⁰.

⁵⁸ Cf. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 367-373.

⁵⁹ MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, trad. de Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 13 e ss. e *passim*.

⁶⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicidade em Direito Penal, cit.*, p. 43.

Estava aberta a porta à doutrina para se debater – senão no plano prático, no plano construtivo-dogmático – a possibilidade de combater a máxima *error iuris nocet*, ante os valiosos subsídios doutrinários desenvolvidos pelo direito moderno.

1.5. DIREITO CONTEMPORÂNEO⁶¹

1.5.1. SÉCULO XIX

1.5.1.1. A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO FILOSÓFICO DO SÉC. XIX

O pensamento filosófico do Séc. XIX atribui-nos relevantes subsídios compreensivos, no que concerne à configuração da ação humana, pelo que antes de analisarmos o direito *per se*, iremos alocar o nosso foco às ideias que nos foram propostas por dois pensadores de então.

SCHOPENHAUER, filósofo de orientação idealista, sustentava que “*nenhuma ação pode acontecer sem motivo suficiente*”⁶². Se assim é, a ação não se afigura eticamente reprovável se, ante um motivo suficiente, não existir um contramotivo maior, dotado de maior substância, que a faça cessar. Ora, quando o agente atua em erro, atua movido por um motivo suficiente, conquanto que viciando a sua representação. A esse motivo, se não consegue contrapor um contramotivo maior, uma vez que a representação fica impedida de o apreender, por estar viciada pelo erro. Se assim é, tal ação não pode ser, na pensa do pensamento de SCHOPENHAUER, eticamente censurável.

Já para HEGEL, “*a finitude da vontade subjectiva na imediateidade da conduta consiste imediatamente nisso de ela supor, para que seja efectiva, um objecto exterior diversamente condicionado*”, sendo certo que, “*a vontade é responsável por aquilo que a realidade alterada contém do predicado abstracto de ser minha*”⁶³. Nesta passagem, HEGEL parece pressupor que, para que uma ação seja obra de determinada pessoa, esse obrar deve ser objeto previamente de uma construção mental, psicológica, e volitiva, que se há de manifestar na obra do sujeito. Com efeito, segundo HEGEL, “*a vontade actuante no seu fim encontra (...) a representação das circunstâncias*”. Assim, a vontade só a poderá ser como tal se houver representação das circunstâncias e

⁶¹ Neste subtópico, iremos empreender uma divisão entre Séc. XIX e Séc. XX, pois neste último se assistiu a um desenvolvimento sem igual da figura objeto do nosso estudo, o que merece uma afinada delimitação.

⁶² ARTHUR SCHOPENHAUER, *Sobre o Fundamento da Moral*, 2ª edição, trad. de Maria Lúcia Cacciola, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 132.

⁶³ HEGEL, *Princípios de Filosofia do Direito*, 2ª edição, trad. de Orlando Vitorino, Lisboa: Guimaraes Editores, 1976, p. 110, §115.

condições da atuação, i.e., “aquilo que estava nos seus propósitos”⁶⁴. Já no que concerne à representação ao nível da valoração, HEGEL parece pressupor que o agente deve atuar com consciência da significação da sua ação, o bem ou o mal que ela veicula, o justo ou injusto, a fim de que ela possa, na objetividade exterior, imputar-se como ação sua. Com efeito, “as suas acções, como fins que ela introduz na objectividade exterior, não lhe devem ser imputadas como justas e injustas, boas e más, legais e ilegais, senão segundo o conhecimento que ela tem do valor destas acções nesta objectividade”⁶⁵. Numa palavra, o sujeito, a pessoa tem de agir culposamente, para que uma ação se lhe possa assacar como má, como reprovável.

1.5.1.2. A EVOLUÇÃO DO ERRO DE DIREITO EM PORTUGAL NO SÉC. XIX – O MOVIMENTO CODIFICADOR

Entretanto, em Portugal, num viés codificador, veio a ser publicado, em 1823, o Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I, editado por MELLO FREIRE. Dispunha o § 11 do título II do referido Código que “não é criminosa a acção, que se cometer por erro, e ignorância, não de pessoa certa e determinada, ou de direito, mas de facto, que a lei consente”. Com efeito, o Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I apenas conferia eficácia, para efeitos de exclusão da responsabilidade criminal, ao erro de facto, e nenhuma eficácia ou relevância ao erro de direito. Ainda que esta disposição estivesse em contradição com o § 1 do título I do referido Código, que dispunha que “sem dolo e malícia não se pode considerar delicto para efeito da pena”. Ora, se naquela época ainda estávamos longe de conceber dogmaticamente um *dolus naturalis*, como mera representação e vontade de realizar o tipo, compreendendo o dolo – como *dolus malus* – a consciência da ilicitude, há, desde logo, uma incongruência sistemática e material entre estas duas disposições⁶⁶.

MELLO FREIRE, nas *Provas* do Código Criminal, afirmava o seguinte: “não se duvida que todo o cidadão deve saber as leis do seu paiz; porém, sendo ellas muitas parecia que se lhe não podia imputar a sua ignorância. E se no paiz reinaram as leis romanas, quem dirá que é culpa não as saber? Com tudo na teoria seria risível a lei, que admitisse por escusa legítima a sua ignorância”⁶⁷. Em contraposição ao seu pensamento anterior,

⁶⁴ HEGEL, *op. cit.*, p. 111, §117.

⁶⁵ HEGEL, *op. cit.*, p. 121, §132.

⁶⁶ Cf. PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, *Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I, Com as Provas*, 3ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, pp. 2; 5.

⁶⁷ PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, *Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I, Com as Provas, cit.*, *Provas*, p. 5.

conquanto que admitindo que a proliferação exacerbada de proibições de jaez criminal possa dar azo a vários equívocos ao nível das representações valorativas, MELLO FREIRE justifica a razão de ser do § 11 do título II com base numa exigência de segurança e de afirmação da eficácia da lei penal. Porém, deste modo, vem postergar o princípio da culpa em nome de uma estabilização jurídico-comunitária quanto às leis.

Já segundo PEREIRA E SOUSA, “*não existe crime, aonde não há vontade livre de o commeter*”. Mais adianta o autor, na senda do seu raciocínio, que se deve afastar a responsabilidade criminal quando o agente incorre em erro ou ignorância invencível. Assim é, porquanto, não logrando apreender a norma, não tem a liberdade de escolher conscientemente entre um comportamento lícito e um comportamento ilícito⁶⁸.

Em 1852, tendo como fontes de inspiração o Código Penal Francês de 1810, o Código Penal Espanhol de 1848, o Código Penal Brasileiro de 1830 e o Código Penal Austríaco de 1803, foi promulgado o novo Código Penal Português, que veio romper totalmente com a vigência das ordenações, em matéria jurídico-penal⁶⁹.

Na senda do Código Penal Francês de então, em fiel correspondência à doutrina tradicional romanística, o CP de 1852 veio consagrar a máxima *error iuris nocet*⁷⁰. Com efeito, dispunha o art. 12º daquele código que “*a ignorancia da lei não se considera causa justificativa do crime*”. No máximo, o erro de direito, nos termos do art. 20, n.º 6, constituía uma circunstância atenuante.

Em comentário ao art. 12º do CP de 1852, diz LEVY MARIA JORDÃO que as máximas intrínsecas à lei penal devem estar inscritas na consciência humana. Mesmo havendo possibilidade de uma pessoa ignorar a lei ou incorrer em erro de valoração, a atribuição de relevância eximente a tal erro seria, em seu ver, abdicar da justiça. O autor admite, porém, que o agente de um crime, que reputou a lei infringida injusta, pode expor os motivos e “*os grandes sacrificios*” da sua comissão, ainda que se não admita a sua impunidade⁷¹. No máximo, a ignorância do caráter criminoso do facto constitui causa atenuante⁷². LEVY MARIA JORDÃO mantém-se fiel à letra da lei e, num esforço

⁶⁸ JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, *Classe dos Crimes por Ordem Systemática com as Penas Correspondentes Segundo a Legislação Actual*, Lisboa: Régia Oficina, 1803, pp. 4-5.

⁶⁹ Cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, Vol. I, *Parte Geral*, 2ª edição, Lisboa São-Paulo: Verbo, 1982, pp. 71-72.

⁷⁰ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, *cit.*, pp. 44-45.

⁷¹ LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, Tomo I, Lisboa: Typographia Baptista Morando, 1853, p. 26.

⁷² LEVY MARIA JORDÃO, *op. cit.*, p. 71.

meramente exegético, vem justificar doutrinalmente a sua razão de ser, com base em exigências de vigência e eficácia da norma penal⁷³.

Malgrado, SILVA FERRÃO vem romper com esta posição, assente numa pretensa segurança jurídica. Em anotação ao art. 12º do CP de 1852, começa SILVA FERRÃO por dizer que a razão da presente disposição assenta na constatação de que as leis “*devem achar-se gravadas no coração do homem*”. E assim é, porquanto a lei penal só deve criminalizar aquelas ações que são intrinsecamente más, dotadas de uma reprovabilidade universal, censuradas pelo direito natural. Destarte, isto apenas constitui um princípio. Para SILVA FERRÃO, sempre que estiverem em causa factos puníveis que não encontrem fundamento semelhante, i.e., sempre que estiverem em causa, não factos reprováveis pelo direito natural, mas factos que são criminalizados, mercê de razões de ordem pública, o erro de direito pode relevar e ter eficácia, para efeitos de exclusão da responsabilidade criminal, contanto que o agente do crime seja: “*um homem ou mulher do campo; [um sujeito] sem educação, nem trato de consideração na sociedade; um menor de 17, ou de 14 anos; um estrangeiro; etc.*”. Em tais casos, o agente do crime não pode ser punido, porquanto carece de intenção maléfica e propósito de violação, i.e., carece do elemento moral da infração para que o crime lhe seja imputado a título de dolo, ressaltando-se, contudo, a imputação a título de negligência, se se verificar que o agente violou, nos termos do art. 2º do mesmo diploma legal, o dever de se esclarecer ou de se instruir acerca da norma violada. Por sua vez, o erro de direito será invencível se o agente, tendo diligenciado para se esclarecer acerca da lei, procurando consultar alguém para o efeito, não tenha logrado tal intento de forma não culposa, em função, quer de indução ou provocação, ou de ignorância por parte do consultor. SILVA FERRÃO conclui com propriedade que “*a regra, por tanto, que se estabelece no presente Art., não nos parece ser tão verdadeira, como os termos absolutos em que se acha concebida*”⁷⁴.

Conquanto SILVA FERRÃO tenha reprimido uma das exceções romanísticas ao *error iuris nocet*, no que concerne à qualidade da pessoa, tem o mérito de pôr em cheque o carácter absoluto do art. 12º do CP de 1852, tendo, ademais, concretizado, com precisão,

⁷³ Afirma LEVY MARIA JORDÃO que “*se um individuo, sem estar louco, concebeo e nutrio erros funestos, desmentidos pela consciencia universal, e pela lei escripta, sibi imputet; e é tanto menos excusavel quanto a voz solemne da lei, a consciencia publica formalmente revelada nas palavras do legislador, a autoridade em fim do poder social o advertiram do seu erro*”. LEVY MARIA JORDÃO, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁴ SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Codigo Penal Portuguez*, Vol. I, Lisboa: Typographia Universal, 1856, pp. 56-57.

o critério da evitabilidade-inevitabilidade, para efeitos de determinar quando o erro é totalmente invencível ou vencível.

Mais adianta o comentarista, que a presunção de conhecimento universal das leis é ilidida empiricamente. Com efeito, o seu conhecimento, interpretação e aplicação constitui um labor específico do cultor do direito, do jurista. Por outro lado, tal presunção é de afastar, porquanto: a) a moral, embora seja em parte coincidente com o direito, transcende-o, fazendo parte da consciência individual da pessoa; esta pode compreender e deixar influenciar-se pelos preceitos morais, mas desconhecer totalmente os preceitos da lei positiva, e isso basta para não se poder considerar que todas as leis estão *“gravadas no seu coração”* e, não raro, entram em contradição com a lei moral; b) ter conhecimento da injustiça subjacente a uma ação não é equiparável ao conhecimento das penas concretas, porquanto, não raro, estas são reelaboradas e calculadas com o arbítrio do legislador⁷⁵.

Já em anotação ao art. 20º, n.º 6, uma vez que este confere relevância atenuante ao erro de direito, vem sustentar SILVA FERRÃO que há uma contradição insanável desta disposição com o art. 12º do mesmo diploma legal, e, em jeito de crítica, propugna que *“ainda a disposição deste n.º 6, na sua generalidade, é repugnante com a verdade moral: porque o erro, quando invencível, exclue inteiramente a intenção maléfica; e, portanto, quando provado, deve considerar-se uma causa justificativa, uma defesa, ou uma exceção peremptória, e não simplesmente uma circunstância atenuante”*⁷⁶. Com efeito, a censurabilidade, ainda que não escarpelizada conceitualmente, é erigida em critério de responsabilização. Clarificando: se o agente violou a norma penal, porque não logrou nem teve a possibilidade de lograr aceder ao seu significado jurídico, ao seu carácter proibido, reprovável, a possibilidade ontológica de se ter movido e motivado de forma diversa fica apartada. Ao nível das representações axiológicas, o agente não agiu de forma censurável, sendo que o erro de valoração deve apartar, nestes casos, a responsabilidade criminal. Apenas quando a ignorância dimanada do erro for relativa, i.e., vencível, pode, segundo SILVA FERRÃO, ter eficácia atenuante⁷⁷. Estará a ser

⁷⁵ SILVA FERRÃO, *op. cit.*, p. 58. Donde, a proposta legislativa de SILVA FERRÃO, constante do mesmo comentário, cujo teor é o seguinte: *“A aplicação das Leis penaes, com promulgação legal, é independente do conhecimento que o criminoso ou delinquente dellas possa ter. O maior ou menor grão de perversidade, na infracção dos seus preceitos ou proibições, será tomado em consideração, na imposição das penas, segundo as regras geraes de agravação ou de atenuação”*. *Idem, Ibidem*. Com esta formulação mais lata, haveria lugar à possibilidade de averiguar, no caso concreto, a forma como o agente tenha orientado a sua consciência axiológica para o problema da significação valorativa da norma.

⁷⁶ SILVA FERRÃO, *op. cit.*, pp. 174-175.

⁷⁷ SILVA FERRÃO, *op. cit.*, p. 175.

antecipada – ainda que o dolo compreenda a consciência da ilicitude – uma teoria da culpa? O pensamento veiculado parece, embrionariamente, ir nesse sentido.

O Código Penal de 1852 foi objeto de duras críticas desde o momento em que entrou em vigor, pelo que, desde logo, houve novas pretensões legislativas. Em 1861 foi apresentado um projeto de nova codificação, assinado por LEVY MARIA JORDÃO, onde colaboraram insignes penalistas europeus. Tal projeto ficou marcado pela acentuação de uma tendência correcionalista, tal como sustentava JORDÃO⁷⁸.

Dispunha o art. 33º do referido Projeto que: *“não destroem nem excluem a intenção criminosa: 1º - A ignorância da lei penal; 2º - A ilusão sobre a criminalidade do facto; (...) 4º - A persuasão pessoal de legitimidade do fim ou dos motivos que determinam o facto”*. Já o art. 64º, n.º 7 do Projeto atribuía eficácia atenuante ao *“erro verosímil sobre a criminalidade do facto”*⁷⁹.

Conquanto o Projeto se não tenha erigido em verdadeira lei, algumas das suas disposições foram inscritas na lei portuguesa ulterior.

Em 1886, veio a ser publicado o novo Código Penal. No seu art. 29º, estatuiu o CP de 1886 que: *“Não eximem da responsabilidade criminal: 1º - A ignorância da lei penal; 2º - A ilusão sobre a criminalidade do facto; (...); 4º - A persuasão pessoal da legitimidade do fim ou dos motivos que determinaram o facto”*. Segundo o § 1 da mesma disposição, o CP de 1886, ao contrário do anterior Código, não conferia eficácia atenuante ao erro de direito.

ABEL DO VALLE, comentarista do final do séc. XIX, dizia que o que está na base do art. 29, n.º 1 do CP de 1886 é uma necessidade social, qual seja, a de conservação da ordem pública, uma vez que se se admitisse a relevância do erro de direito, a ordem pública sucumbia perante uma desculpa fundada numa ignorância universal. No entanto, sustenta o autor, não se pode admitir que o que está na base deste preceito é uma presunção *iuris et de iure* de conhecimento da lei, *“pois que na multiplicidade das leis penas, já contidas no código, já em diplomas especiaes, poucos são os indivíduos que alcançam o conhecimento de uma grande parte d’ellas: nem as conhecem todas ainda os que teem o dever de estudal-as e a missão de applical-as”*⁸⁰. Ademais, há certo

⁷⁸ Cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, Vol. I, *Parte Geral*, cit., pp. 72-73.

⁷⁹ Cf. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 112-113.

⁸⁰ ABEL DO VALLE, *Anotações ao Livro Primeiro do Código Penal Português*, S.I., s.n., s.d., pp. 84-85.

tipo de crimes que não são dotados de uma ilicitude natural, antes resultam de políticas de criminalização meramente circunstanciais ou especiais (v.g. crimes meramente transitórios, de criação política, etc.). Tais crimes, na senda de ABEL DO VALLE, ocupam um lugar inferior “na escala penal”, pelo que a ignorância, ao nível das representações valorativas, que sobre eles incide deveria constituir “*motivo de atenuação, e até causa justificativa ou dirimente da responsabilidade criminal*”, uma vez que a dificuldade de aceder ao conhecimento da lei, em tais casos, é elevadíssima⁸¹. Estava, assim, dado o primeiro passo para ultrapassar a hiper-rigidez subjacente ao art. 29, n.º 1 do CP de 1886, uma vez que nem os primeiros comentaristas se cifraram a uma exegese meramente compreensiva, antes procederam à crítica, que constituiu o polo de análise daquela disposição.

1.5.1.3. ENQUADRAMENTO CIENTÍFICO DO ERRO DE DIREITO NA ALEMANHA NO SÉC. XIX

Também na Alemanha se começaram a dar passos largos para o desenvolvimento científico do erro de direito. Vale destacar, no Séc. XIX, as posições de FEUERBACH, considerado o fundador da moderna configuração dogmática do direito penal, e VON LISZT, um dos primeiros nomes da Escola Positivista.

Para FEUERBACH, criador da teoria da coação psicológica⁸², uma vez que o homem é dotado de racionalidade e conhecimento, tem o poder de escolha e, por vias disso, o poder de determinar a sua vontade em função da lei e da ameaça da pena, há uma presunção geral de culpa assacável ao agente. Destarte, uma vez que a responsabilidade e a aplicação de uma pena estão dependentes de uma “*ilicitude da vontade*”, o fundamento subjetivo da punibilidade – a culpa – fica excluído por circunstâncias que obstem à direção de uma vontade em conformidade com a lei penal. Dentro dessas circunstâncias, figura o erro ou a ignorância sobre a ilicitude de uma norma penal, contanto que tal erro se repute juridicamente admissível e invencível⁸³. Vejamos mais de perto como este raciocínio se formula. Note-se que FEUERBACH, numa construção psicologista da pena, veio sustentar que para que se forme uma convicção geral sobre aquilo que é ilícito, necessário é que a lei estabeleça uma sanção

⁸¹ ABEL DO VALLE, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁸² Esta teoria parte do princípio que é necessário a ameaça de uma sanção penal, de um mal, de um sofrimento, para que o agente se abstenha de praticar ilícitos-típicos. Essa ameaça vai constituir, psicologicamente, um contramotivo inibidor dos impulsos criminais.

⁸³ ANSELM VON FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal*, trad. da 14ª edição alemã de Eugénio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 102.

pela comissão do facto e que da relação entre facto e consequência seja infligido um “mal”, que a ela se associa, i.e., que haja uma efetiva execução da consequência da ação. Com efeito, transcrevendo as palavras de FEUERBACH, “a coação psicológica configura-se, pois, mediante a efetividade harmónica dos poderes legislativo e executivo no comum objetivo intimidatório”⁸⁴. I.e., FEUERBACH sustenta que a ameaça de um mal, que será a aplicação da pena, irá paralisar os impulsos criminais dos indivíduos, uma vez que estes ficam intimidados com tal ameaça. Se assim é, e se o homem detém o domínio geral da razão prática, constituindo essa razão um instinto de autoconservação, *ad maiori ad minus*, o Estado só pode exercer o *ius puniendi* quando a ameaça da pena venha efetivamente a exercer uma função de contramotivação, no sentido de neutralizar os impulsos criminosos do agente. Ora, o impulso criminoso só pode ser neutralizado se o agente tiver a possibilidade de reconhecer que a pena constitui um contramotivo mais forte. E esse reconhecimento só se dá quando o agente associa que a ilicitude de uma conduta comporta em si uma ameaça. É mister, portanto, que o agente tenha consciência de que certa norma é ilícita, em primeiro plano, para que, depois, se efetive a função contramotivacional maior subjacente à ameaça de sanção. Se assim não for, o *ius puniendi* deixa, do ponto de vista utilitário, de ter sentido. Pelo que, quando o agente atua em erro sobre a ilicitude invencível, não logrando aceder, de forma absoluta, ao conhecimento de que a sua conduta é cominada com uma sanção penal, ele não deve ser, no quadro deste raciocínio, punido, uma vez que não foi, em todo o caso, “psicologicamente ameaçado”⁸⁵.

Já para VON LISZT, autor da Escola Positivista⁸⁶, o dolo não compreende a consciência da ilicitude. Em primeiro lugar, não a compreende, tendo em conta a *lex ferenda*. Por outro lado, irreleva que o agente saiba ou não que a ação é jurídico-penalmente proibida, pois, para LISZT, o juiz, na sua função de aplicador da lei, não pode ficar limitado, quase que paralisado, mercê de uma obrigação de analisar a existência, ou não, da consciência da ilicitude na realização do facto. Com efeito, há normas proibitivas que, não raro, nem o profissional do direito conhece⁸⁷. Mas não seria este raciocínio que deveria levar VON LISZT a admitir a relevância do erro em análise, uma vez que, se o

⁸⁴ ANSELM VON FEUERBACH, *op. cit.*, p. 52.

⁸⁵ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, cit.*, p. 45, nota 47.

⁸⁶ Para esta Escola, a ação era uma modificação do mundo exterior, causalmente associada à vontade do agente e a culpa era o nexó psicológico entre o agente e o facto. Nesta linha de raciocínio, então a omissão e negligência inconsciente não eram punidas, e o inimputável e o agente que atua em estado de necessidade seriam punidos uma vez que, em todo o caso, atuam com dolo.

⁸⁷ FRANZ VON LISZT, *Traité de Droit Pénal Allemand*, trad. da 17ª edição alemã de M. René Lobstein, Paris: V. Giard & E. Briere Libraries-Éditeurs, 1911, p. 263.

profissional o direito desconhece um acervo significativo de normas, por maioria de razão, o desconhece o cidadão normal?

Ademais, continua o autor, conquanto que o agente represente erroneamente que a ação que comete é permitida, quando é efetivamente ilícita, tal ação configura sempre uma ofensa, tenha havido ou não erro⁸⁸.

No entanto, para LISZT, tal regra é excepcionada quando a lei tenha incluído expressamente na sua estrutura o elemento da ilicitude. Aí, a consciência da ilicitude é erigida a elemento adicional da comissão perfeita do crime, juntamente com o dolo⁸⁹.

VON LISZT, ao rejeitar o elemento da consciência da ilicitude, em função de uma maior celeridade processual e ao equiparar a ação errónea à ação totalmente consciente, parece esquecer o princípio da culpa, no primeiro quadro, empreendendo um exercício de julgamento *contra reum*, em preterição dos princípios da presunção da inocência e *in dubio pro reo*, e no segundo quadro, preterindo a medida da culpa do agente por um critério de dano, qual resquício de responsabilidade objetiva. Com efeito, cada um deve ser punido na medida da sua culpa. Dúvidas não há que aquele que atua em erro sobre a ilicitude tem, pelo menos, uma culpa menor do que aquele que atua plenamente consciente da ação que leva a cabo, porquanto vê a sua esfera de liberdade de ação assaz mais limitada – senão totalmente -, uma vez que não logrou motivar-se pelo dever jurídico, por impossibilidade, absoluta ou relativa, de o conhecer, de orientar a sua consciência axiológica para o problema da ilicitude.

1.5.2. SÉCULO XX

1.5.2.1. TEORIA ESTRITA DO DOLO

Até ao momento, a doutrina que confere ou pretende conferir eficácia eximente ao erro de direito, ou põe a tónica numa hipotética exceção perentória ou causa justificativa, ou na potencial exclusão do dolo, sendo este um *dolus malus*.

Até meados do Séc. XX, a teoria do dolo, nas suas diversas formulações, assumiu uma posição preponderante, conquanto alguns autores se tenham mostrado avessos à

⁸⁸ FRANZ VON LISZT, *op. cit.*, p. 266.

⁸⁹ FRANZ VON LISZT, *op. cit.*, p. 267.

assunção do seu alcance global. Atentemos nos autores que propugnaram a teoria do dolo estrita.

Para BINDING, o conhecimento do dever é pressuposto irrenunciável da imputação a título de culpa. Ora, o cumprimento do dever pressupõe a subordinação da vontade individual face a uma vontade superior, qual motivação conforme ao dever. I.e., é pressuposto do cumprimento do dever o acesso prévio ao conhecimento de tal dever. Quem não logrou aceder a tal conhecimento desconhece que está a cometer um crime. Para BINDING, se tal desconhecimento for inevitável – *v.g.* se o agente ficou totalmente impossibilitado de conhecer o dever ou de esclarecer as suas dúvidas sobre se uma determinada ação era ou não conforme ao dever -, exclui-se o dolo e a responsabilidade criminal fica totalmente apartada. Já se o erro foi evitável – *i.e.*, caso se verificasse que o agente poderia, hipoteticamente, ter tido a capacidade de aceder ao conhecimento do dever -, a consequência seria a exclusão do dolo, mas com ressalva da punição a título de negligência⁹⁰.

Esta é a sua posição doutrinal *de jure condendo*. Mas como resolver as dificuldades levantadas no plano *de jure constituto*, *i.e.*, as dificuldades que são levantadas pela lei? Com efeito, dispunha o § 59 do StGB alemão de 1871 que “*se, ao praticar um facto punível, alguém desconhece a existência de circunstâncias de facto que fazem parte do tipo legal ou que aumentam a responsabilidade criminal, essas circunstâncias não se lhe devem imputar. No caso de punição por factos cometidos por negligência, esta disposição aplica-se na medida em que o próprio desconhecimento não tenha sido cometido culposamente por negligência*”. Com efeito, parece que a presente disposição apenas confere relevância ao erro sobre o facto típico ou erro de facto, nada dizendo sobre o erro sobre a ilicitude ou erro de direito.

Sem embargo, para BINDING, o § 59 da antiga parte geral do StGB compreendia, outrossim, o erro de direito, uma vez que o autor, equiparando o erro sobre os pressupostos de facto e o erro de valoração, sustenta que o objeto deste último está compreendido nas características essenciais da ação criminosa, havendo, por conseguinte, uma má interpretação por parte da doutrina e da jurisprudência do referido preceito⁹¹.

⁹⁰ KARL BINDING, *op. cit.*, pp- 88-89.

⁹¹ KARL BINDING, *op. cit.*, pp. 96 e ss.

Não obstante a bondade da sua posição, cremos que, face ao elemento gramatical do § 59 do StGB – único elemento em que BINDING parece apoiar a sua interpretação -, tal disposição não compreende, nestes termos, o erro de valoração. Com efeito, um mero esforço de exegese parece eliminar um alcance nesse sentido. Necessário será ir mais longe.

Para BELING, na senda do naturalismo causal⁹², o dolo, constituindo um grau de culpa, compreende, por um lado, o conhecimento das circunstâncias de facto correspondentes ao ilícito-típico, e, por outro, a consciência da ilicitude da ação⁹³. Sustenta BELING que àquele que atua com boa fé, ao não compreender que viola a ordem jurídica, lhe não pode ser assacado um juízo de censura a título de dolo; no máximo, pode ser censurado a título de negligência, *v.g.*, por não ter observado um cuidado oportuno que lhe haveria advertido da ilicitude do facto. O dolo só tem sentido ao dirigir-se ao tipo de ilícito e não à tipicidade meramente estrita, apartada do conteúdo do ilícito⁹⁴. Continua o autor, propugnando que a consciência da ilicitude tem um papel de suma importância, pelo que não pode ser simplesmente relativizada, face às razões que subjazem à máxima *error iuris nocet*. BELING ilustra este pensamento com um exemplo assaz elucidativo: deve um agente da polícia ser condenado à pena de morte, por ter representado erroneamente as instruções do superior hierárquico, tendo acreditado veementemente que estaria obrigado, por lealdade / fidelidade ao seu dever, à comissão de uma morte ilícita? Para BELING, a resposta é negativa, pois não há, em tal caso, exigências retributivas⁹⁵ a cumprir, nem tal castigo seria do interesse da autoridade estatal⁹⁶. Por outro lado, a práxis não pode ser avessa ao reconhecimento da consciência da ilicitude,

⁹² Note-se que para BELING, a ação ilícita trata-se de uma manifestação externa, qual seja, o movimento corporal que contradita a ordem jurídica, à qual há de acrescer o juízo de culpa, que se consubstancia num juízo valorativo incidente sobre a dimensão interna, espiritual, subjetiva da ação, onde se irá avaliar o estado anímico do agente no tempo da ação, para que esta seja punível. Com efeito, toda a ação ilícita, para BELING, assenta numa deliberação do agente, no sentido de, a título voluntário, mover o corpo ou de não o mover. No plano da culpa, o dolo configura-se como a forma mais grave de censura, traduzindo-se no conhecimento, pelo agente, de que a ação é ilícita ou que possivelmente o é, sendo que não há uma aplicação anímica de uma força contramotivacional, antes se verificando a resolução de cometer uma ação ilícita, ou no mínimo, uma atitude de indiferença face a tal possibilidade. Pelo que está apartado de toda a responsabilidade todo aquele que não soube, ou não podia saber, que a sua ação era ilícita – em tais casos, exclui-se a culpa do agente. ERNST VON BELING, *Esquema de Derecho Penal; La Doctrina del Delito-Tipo*, trad. de Sebastian Soler, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1944, pp. 30-31; 35-36.

⁹³ ERNST VON BELING, *op. cit.*, pp. 76-77-

⁹⁴ ERNST VON BELING, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁵ Para BELING, a pena é equivalente a retribuição, no sentido de uma reação estatal face ao ilícito penal, para que este logre a sua autoafirmação e autodeterminação. Pelo que a uma ilicitude culposa, deve corresponder uma retribuição na medida da sua gravidade. Assim, se alguém, conquanto atuando de forma ilícita, não atuou de forma culposa, não há exigências retributivas a cumprir, uma vez que a repercussão externa da ação não irá ter consequências negativas ao nível da autodeterminação jurídico-comunitária. Cf. ERNST VON BELING, *op. cit.*, pp. 4 e ss.

⁹⁶ ERNST VON BELING, *op. cit.*, p. 78.

apenas pelo facto de haver dificuldades probatórias, quanto à sua não existência, em determinados casos concretos⁹⁷.

A prática sustentou em quase toda a primeira metade do Séc. XX, tal como demonstra BELING, que o princípio *error iuris nocet* é a regra e só é excecionada quanto aos crimes que preveem expressamente, como pressuposto objetivo de punibilidade, a ilicitude – em tais casos, a ilicitude incorpora-se no ilícito-típico e, por essa razão, aplica-se a totalidade do § 59 do StGB de 1871, i.e., a ilicitude, em tais casos, faz parte das circunstâncias fácticas (normativas) constitutivas do tipo legal de crime⁹⁸. Contudo, aponta BELING, se assim é, a razão só pode ser a de que o agente atuou de boa fé, e daí se deduz necessariamente que a boa fé exclui, em geral o dolo, mesmo quando agente, por ignorância ou erro, tenha representado que a sua ação era lícita⁹⁹. Desta forma, BELING logra demonstrar que, a partir de uma operação lógico-material, o conhecimento das circunstâncias constitutivas do ilícito-típico compreende, outro tanto, a representação do significado antijurídico da ação. Assim, a solução para o problema deve ter como base, não tanto o mero significado literal do § 59, mas antes buscar-se no sentido e alcance que pode promanar do próprio princípio da culpa¹⁰⁰.

No que concerne à própria atuação consciente, afirma BELING que o agente atua com consciência da ilicitude quando sabe que a sua ação viola a ordem jurídica, não sendo necessário que o agente tenha presente, na sua consciência atual, o ordenamento jurídico positivo, bastando que, como leigo que é, tenha realizado uma operação de associação da ordem moral e dos bons costumes com a ordem jurídica. No entanto, quando o agente tenha representado uma discrepância incidente sobre o complexo de normas dimanadas de várias ordens normativas e tenha pensado que atuou em conformidade com a ordem jurídica, conquanto que reputasse a ação imoral, não se pode afirmar que ele tenha atuado com dolo. Com efeito, como nota impressivamente BELING, nada no direito positivo diz que o que releva é, não a consciência da ilicitude, mas a consciência da imoralidade¹⁰¹. Assim, há erro essencial excludente do dolo quando o erro tenha vedado ao agente o conhecimento da ilicitude objetivamente produzida, tendo o agente considerado inquestionável a sua conduta¹⁰².

⁹⁷ *Idem, Ibidem.*

⁹⁸ ERNST VON BELING, *op. cit.*, p. 79.

⁹⁹ ERNST VON BELING, *op. cit.*, p. 80.

¹⁰⁰ *Idem, Ibidem.*

¹⁰¹ ERNST VON BELING, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰² ERNST VON BELING, *op. cit.*, p. 82.

Já o normativista¹⁰³ REINHARD FRANK, conquanto admitindo a eficácia, em certos casos do erro de direito, seguiu outro caminho, porventura mais restritivo.

Para FRANK, que o dolo compreenda a consciência da ilicitude, tal não se pode deduzir do § 59 do StGB de 1871, uma vez que essa disposição apenas se refere ao erro sobre as circunstâncias de facto, pelo que as teorias que defendem tal compreensão são inaceitáveis. Para compreender o preceito, diz FRANK, releva empreender uma análise histórica do mesmo¹⁰⁴. Historicamente, após ultrapassarmos o caminho da romanística, importa ter em conta o Código Penal Prussiano, que veio a influenciar a empresa legiferante jurídico-penal germânica. Assim dispunha o § 44 da Prússia de 1851, que *“em caso de desconhecimento das qualidades especiais da pessoa do agente ou daquele sobre quem a ação incida, ou de circunstâncias especiais em que a ação foi executada, esta não pode ser atribuída ao agente como delito”*¹⁰⁵. Tal preceito não se refere, de forma alguma ao erro de direito. Mais tarde, quando se deu início à elaboração de um Código Penal para a Federação Alemã do Norte, tomou-se como fonte principal o direito penal prussiano e as suas concepções dogmáticas dominantes. Com efeito, o Projeto de 1869 não fala, em parte alguma, em erro de direito, pelo que o elemento histórico do § 59 do StGB de 1871 fala expressamente contra a afirmação, segundo a qual tal disposição compreende a consciência da ilicitude como elemento constitutivo do dolo. Mas cabe perguntar: pode censurar-se o agente pelo seu comportamento, quando este desconhecia a norma penal proibitiva? A censura de um comportamento não depende apenas do conhecimento da norma positiva, porquanto há quem possa não reconhecer certas normas como normas jurídicas, uma vez que não carregam em

¹⁰³ FRANK veio romper com a concepção psicologista da culpa, apanágio dos autores do positivismo causal. Para FRANK, o dolo e a negligência não são elementos suficientes para apurar a medida da culpa do agente. V.g. se a culpa não compreender nada mais que o dolo e a negligência, então o estado de necessidade seria um absurdo, uma vez que o agente que atua em estado de necessidade sabe o que faz. O mesmo raciocínio se aplica à inimputabilidade, uma vez que uma pessoa que padece de uma doença ao nível psiquiátrico pode representar os elementos do tipo. Releva ter em conta as *“circunstâncias concomitantes”*, i.e., circunstâncias que podem atenuar ou excluir a culpa. Com efeito, para FRANK, a expressão que compreende todos os elementos da culpa é a censurabilidade, sendo que culpa equivale a censurabilidade. Releva perguntar: quando é que se pode censurar alguém pelo comportamento que levou a cabo? O que é necessário para elaborar tal juízo? Para FRANK, para que o agente seja objeto de um juízo de censura, é mister que: a) seja imputável, constituindo esta uma atitude espiritual de normalidade do agente; b) se verifique uma concreta relação psíquica do agente com o facto ou a possibilidade de se estabelecer tal relação, conforme o agente tenha pleno discernimento da sua atuação ou pudesse discernir sobre ela; c) o agente atue num quadro de normalidade de circunstâncias; se se verificarem *“circunstâncias concomitantes”* consubstanciais a um perigo para o agente ou para terceira pessoa e a ação ilícita se configurou como única forma de o agente lograr o afastamento de tal perigo, não há lugar à censurabilidade, pois o agente atua sem culpa, i.e., não lhe era exigível que atuasse de outro modo. Cf. REINHARD FRANK, *op. cit.* pp. 30 e ss; p. 40 e *passim*.

¹⁰⁴ REINHARD FRANK, *op. cit.*, pp. 52-53.

¹⁰⁵ REINHARD FRANK, *op. cit.*, p. 54.

si uma reprovação patente¹⁰⁶. Mais adianta FRANK que a presunção de que qualquer pessoa tem o dever de conhecer as leis é exagerada, porquanto a relação entre pequenas transgressões de um elevado número de normas (que tendem a proliferar) e a ética social é bastante fraca, para que se presuma o seu conhecimento por todos¹⁰⁷. Assim, FRANK sugere uma proposta de legislação apoiada no Projeto do Código Penal do Grão-Ducado de HESSE: “A ignorância da lei não exclui a imputação, salvo se a ação não seja uma daquelas que já se encontram proibidas segundo os princípios da religião e do costume, e cujo agente, por total desconhecimento não culpável de uma lei penal especial vigente, a considerar como permitida e não punível”¹⁰⁸.

FRANK, através de um estudo evolutivo do regime jurídico consagrado no § 59 do StGB de 1871, veio legitimar, alumiar e emprestar segurança ao seu elemento gramatical. Mas com isso, veio a comprimir doutrinariamente o alcance da figura do erro sobre a ilicitude ou erro de direito, em preterição dos esforços de BINDING e BELING, tendentes a soluções judicativo-decisórias mais equitativas. Com efeito, FRANK admite que o erro de direito apenas deve ter por objeto os *mala prohibita*, i.e., os crimes meramente positivos e, com isso, labuta por uma certa desconsideração do elemento da consciência da ilicitude, conquanto admita que esta constitua um dos elementos constitutivos do juízo de censura da culpa normativa¹⁰⁹.

A teoria estrita do dolo assumiu suma importância, uma vez que se erigiu na fonte de influência doutrinária, para efeitos de atribuição de relevância ao erro sobre a ilicitude.

CAEIRO DA MATTA, autor português do início do Séc. XX fortemente influenciado pelo positivismo naturalista, veio sustentar que para que se possa imputar um facto ilícito a título de culpa ao agente, necessário é que este, além de representar e querer a realização do facto, tenha a “*intenção de lesar o direito para um fim anti-social ou anti-jurídico*”¹¹⁰.

ENRICO FERRI, autor italiano e um dos principais expoentes do positivismo, dizia que “*se a acção é determinada exclusivamente pela ignorância ou pelo erro substancial (isto é, sobre a essência da norma legal ou do facto e seus detalhes), o indivíduo age de boa*

¹⁰⁶ REINHARD FRANK, *op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁰⁷ REINHARD FRANK, *op. cit.* p. 56.

¹⁰⁸ REINHARD FRANK, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁹ Cf. REINHARD FRANK, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁰ JOSÉ CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal Português*, Vol. II, Coimbra: França Amado Editor, 1911, p. 302.

*fé, e portanto não é um delinquente*¹¹¹. Para FERRI, por um lado, a lei penal, uma vez que tem como papel providenciar “às *necessidades iminentes de defesa social*”, deve valer de forma absoluta e incondicionada; mas, por outro lado, quem age totalmente de boa fé, não pode ser considerado delinquente. Assim, para FERRI, a regra, segundo a qual todos têm o dever de conhecer as leis, é absurda, porquanto nem o jurista mais erudito – e por maioria de razão o cidadão normal – tem pleno conhecimento de todas as leis, de todas as normas¹¹². Com efeito, o conhecimento das leis não pode ser erigido a “*presunção legal absoluta*”, uma vez que tal circunstância é humanamente impossível. Insistir em tal regra constitui, não a criação de uma mera presunção, mas de uma ficção juridicamente inadmissível. Se a obrigatoriedade da lei comporta uma obrigação de se tomar, na medida do possível, conhecimento do seu conteúdo, sob pena de se agir com risco e perigo, tal obrigação deve ter-se por excluída quando se verifique que houve um motivo ou uma circunstância de força maior que obstou ao cidadão essa tomada de conhecimento. É o caso do estrangeiro, da existência de uma lei publicada em época de calamidade pública, de uma doença prolongada que implique que o cidadão fique afastado da sua vida social, etc. Em tais casos, sustenta FERRI, o agente atua com total boa fé e a sua ação não é “*realizada contra jus*”¹¹³. Assim, quando o agente logre provar que, mercê de um motivo de força maior, não conseguiu ter acesso ao conhecimento da norma violada, ele agiu de boa fé, “*não tendo transgredido o mínimo de disciplina social*”, pelo que a sua responsabilidade criminal há de ver-se excluída, afastando-se o dolo e a negligência¹¹⁴.

A teoria do dolo estrito, apesar de ter sido superada ulteriormente, conservou defensores¹¹⁵. Destarte, e não obstante a sua importância, para efeitos de afirmação e

¹¹¹ ENRICO FERRI, *Princípios de Direito Criminal: O Criminoso e o Crime*, trad. de Luís Lemos d'Oliveira, Coimbra: Arménio Amado, 1931, pp. 442-443.

¹¹² ENRICO FERRI, *op. cit.*, p. 443.

¹¹³ ENRICO FERRI, *op. cit.*, p. 444.

¹¹⁴ O Projeto FERRI (para um Código Penal) ia neste sentido, estatuidando o seu art. 19º, n.º 2 que “*o facto é justificado, para os efeitos penais, quando fôr executado por ignorância de que o facto é proibido pela lei penal, derivada de força maior ou por erro substancial de direito ou de facto, não proveniente de negligência*”. *Idem, Idibem*. No entanto o Código Penal Italiano (Código ROCCO) não veio consagrar esta tese, apenas conferindo, nos termos no art. 47º, relevância ao erro sobre a lei não penal, quando esta por pressuposto da realização do ilícito-típico.

¹¹⁵ Foi o caso de WILHELM SAUER, nos anos 50, que fez equivaler o dolo à consciência material da ilicitude, consubstanciando-se esta na consciência da danosidade social subjacente a uma determinada ação que se quer realizar. Tal tendência socialmente danosa, que está subjacente aos pressupostos de facto constitutivos do tipo, deve ser conhecida pelo agente, pelo que aquele que desconhece tal tendência, atua sem dolo. WILHELM SAUER, *Derecho Penal – Parte General*, trad. de Juan del Rosál e José Cerezo, Barcelona: Bosch, 1956, pp. 250-258. Também, mais recentemente, foi defensor desta teoria JURGEN BAUMAN, intentado aplicar, por analogia o § 16 do StGB aos casos de erro sobre a ilicitude. Malgrado, tal conceção esbarra frontalmente com a letra do § 17 do atual StGB, que veio consagrar a teoria da culpa na lei penal alemã. Cf. JURGEN BAUMAN, *Derecho Penal – Conceptos Fundamentales y Sistema – Introducción a la Sistemática Sobre la Base de Casos*, trad. da 4ª edição alemã de Conrado A. Finzi, Buenos

consagração doutrinal da figura do erro sobre a ilicitude, ela apresenta insuficiências, que levaram uns a não conferir relevância alguma ao erro sobre a ilicitude ¹¹⁶, outros a defender apenas exceções à regra *error iuris nocet*¹¹⁷ e outros a superar a própria teoria.

As críticas dirigidas a esta tese, que levam à sua rejeição – ou melhor à sua superação – têm sido as seguintes: por um lado, a compreensão da consciência da ilicitude no dolo faz com que a teoria do dolo estrita seja impraticável, porquanto o dolo exige uma

Aires: Ediciones Depalma, 1973, pp. 253 e ss. Outro conhecido defensor de tal posição na Alemanha é SCHMIDHÄUSER. Tal teoria é, outrossim, defendida por uma parte considerável da doutrina espanhola.

¹¹⁶ Cf. ADOLF MERKEL, *Derecho Penal – Parte General*, trad. de Pedro Dorado Montero, Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2013, pp. 85-86. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 122 e ss.

¹¹⁷ Há uma parte significativa da doutrina portuguesa da primeira metade do séc. XX que segue esta visão mais conservadora. Com efeito, para COSTA LEITE LUMBRALES, o fundamento da regra *error iuris nocet* repousa numa necessidade de defesa social exercida pela pena. Se o erro de direito escusasse, a eficácia repressiva subjacente à pena poderia sucumbir ante a invocação do desconhecimento de uma norma geral, ainda que não seja intrinsecamente danosa, do ponto de vista social. O autor baseia a sua conceção, essencialmente, em exigências de prevenção geral com um viés preventivo-especial. Por um lado, a eficácia da norma não pode ficar enfraquecida; por outro, quando o crime é cometido, “a pena tem de se aplicar ao agente, quer ele conheça a lei, quer não, para o intimidar ou corrigir, evitando que pratique actos idênticos e para advertir os outros membros da sociedade de que aquele acto é criminoso”. Destarte, o autor entende que o erro de direito, conquanto não tenha relevância eximente, pode ter relevância atenuante, uma vez que quem atua incorrendo nesse tipo de erro não comporta um perigo tão grande para a sociedade, como se atuasse com plena consciência. Assim, “é justo também que ao aplicar a pena o juiz atenda à ignorância da lei penal por parte do agente, para a atenuar, nos casos em que, dadas as suas condições, como educação inteligência, etc., este, pelo facto de essa ignorância se revelar, menos perigoso”, sem que, com tal possibilidade, se abdique das exigências de prevenção geral. (COSTA LEITE LUMBRALES, “O Erro em Direito Penal”, in *BFDUC (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, ano 10, 1926-1928, pp. 263-266. Por seu turno, MARCELLO CAETANO entende que, à luz do CP de 1886, uma vez que este não confere eficácia eximente ou atenuante ao erro sobre a ilicitude, a consciência da ilicitude se presume, pois que todos os homens devem saber a diferença entre lícito e ilícito, salvo nos casos em que se verifique defeito de educação ou atenção (anomalia no processo de socialização). Em tais casos, releva aquilatar se o agente, conquanto padeça de tal defeito, era ou não suscetível de conhecer o que é lícito e o que não é lícito. Se se concluir que era, o agente atua com consciência da ilicitude, uma vez que “é obrigação de todos conhecer o bem e o mal, embora se possa levar em conta a imperfeita consciência do mal em dada hipótese concreta”, constituindo essa consciência imperfeita uma circunstância atenuante. Também, em certos casos, para o autor, o erro de direito pode ter relevância quanto a normas exclusivamente locais. (MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito Penal – Súmula das Preleções Feitas ao 4º ano Jurídico no Ano Lectivo 1938-39*, Lisboa: Jornal do Comércio, 1939, pp. 256-257; 272). Nos anos 40 do século passado, CAVALEIRO DE FERREIRA sustentava que, se a lei penal, mercê de exigências de prevenção geral, tem por finalidade exercer uma contramotivação psicológica no agente, no sentido de paralisar os seus impulsos criminosos, ficar-se-ia tentado a pensar que quem agiu em erro sobre a ilicitude, uma vez que o agente não logrou o conhecimento do dever legal constitutivo da contramotivação que afasta o impulso criminoso, dever-se-ia ver livre de qualquer sanção. No entanto, tal pensamento, levado a cabo de forma absoluta, comportaria graves prejuízos à ordem jurídica, uma vez que se o conhecimento de todo o direito se consubstancia numa dificuldade de maior para os juristas, por maioria de razão constitui uma impossibilidade fáctica para o cidadão em geral, pelo que “fazer depender a sua obrigatoriedade do seu conhecimento efectivo seria destruir o seu alcance”. Tal é, para CAVALEIRO DE FERREIRA, o pensamento plasmado no art. 29, n.º 1 do CP de 1886. Com efeito, “o fundamento da sanção está, assim, somente na vontade de cometer o facto, mesmo quando se ignore que o facto é previsto pela lei penal”. CAVALEIRO DE FERREIRA, no entanto, admite que tal presunção inilidível de conhecimento das normas é insustentável no que concerne às contravenções, aos factos praticados por estrangeiros que ainda não tenham contactado suficientemente com a nossa cultura e “aos campestinos quando nas grandes cidades”, uma vez que, em virtude do meio rural onde habitam, estes não têm acesso à informação privilegiada que abunda nos grandes meios urbanos. (MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, preleções ao curso do IV ano jurídico coligidas por Carmindo Rodrigues Ferreira e Henrique Vaz Lacerda, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1940-1941, pp. 389-391). Neste sentido, na doutrina brasileira da mesma época, Cf. NÉLSON HUNGRIA, “O Erro de Direito em Matéria Penal”, in *Scientia Iuridica*, Tomo VIII, n.º. 42-43, 1959, pp. 13-14 e *passim*.

representação efetiva e atual dos elementos do tipo no momento da prática do facto. No entanto uma tal representação, i.e., uma consciência atual só raramente se constata, a respeito da valoração da ilicitude. O agente sabe, na maioria dos casos, que o facto que praticou é ilícito, embora não o pense de forma atual. Se se exigisse uma consciência efetiva e atual da ilicitude no momento do facto, só atuaria com dolo quem tivesse tal consciência, o que levaria a que só o jurisperito e um círculo restrito de pessoas atuasse com consciência da ilicitude¹¹⁸.

No entanto, cremos não ser a principal crítica, já que muitos defensores da teoria estrita do dolo admitem uma consciência material ou potencial da ilicitude. Cremos, malgrado, que não é por isso que não deixam de existir consequências político-criminais intoleráveis. Com efeito, se para a teoria do dolo estrita o erro sobre a ilicitude exclui sempre o dolo, quer o erro seja vencível ou invencível, então aquele que facilmente poderia ter evitado o erro, com um simples esforço de consciência, fica, não raro, impune, porquanto a negligência é uma forma excepcional de imputação subjetiva do crime (art. 15º do CP)¹¹⁹. Veja-se que a teoria do dolo estrita, levada até às suas últimas consequências, redundaria, como bem nota ROXIN, numa derrogação prática das normas que não são conhecidas pelo agente, uma vez que, se houvesse uma conformação por parte deste, no sentido de não se esforçar por conhecê-las, a impunidade seria a consequência mais regular¹²⁰.

Em último, em rigor dogmático, o dolo não é valoração, mas objeto de valoração, como veremos ulteriormente. Antes releva, sem embargo, subir mais um degrau na escada da evolução do problema.

1.5.2.2. TEORIA LIMITADA DO DOLO

Para efeitos de superação dos inconvenientes que a teoria do dolo comportava, a doutrina veio fixar certas limitações a tal quadro conceptual científico, cujo principal precursor foi EDMUND MEZGER. Destarte, antes deste renomado penalista, já BELEZA DOS SANTOS tinha aventado uma correção dogmático-prática em tal sentido, num

¹¹⁸ Cf., por todos, HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán — Parte General*, 4.ª edição, trad. da 11ª edição alemã de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 189-190.

¹¹⁹ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais – Teoria Geral do Crime*, 3ª edição, Porto: Universidade Católica Editora – Porto, 2016, p. 484.

¹²⁰ CLAUD ROXIN, *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. da 2ª edição alemã de Diego Luzón Peña, Miguel García Conlledo e Javier Remesal, Madrid: Civitas. 1997, p. 865.

parecer publicado na RLJ sobre o crime de falsa moeda, depois plasmada nas suas lições.

Diz BELEZA DOS SANTOS que “*pode o agente querer, provar ou conhecer, nos termos expostos, os factos que constituem os elementos do crime e todavia ter a convicção – que em alguns casos pode ser razoável – de que procedeu com legitimidade, de que a sua conduta era totalmente lícita*”¹²¹. Com efeito, basta pensar naquele tipo de crimes que estão despidos de considerações imorais, ou, por outro lado, nos crimes que, conquanto veiculem em si uma patente carga de imoralidade, são objeto de uma discussão não pacífica redundante em posições assaz díspares e insanavelmente incompatíveis entre si, quanto aos seus elementos constitutivos e à própria punibilidade ou autorização. Em tais casos, para BELEZA DOS SANTOS, é compreensível que o agente, como leigo (“*profano*”) que é, repute a ação levada a cabo como permitida¹²².

Para BELEZA DOS SANTOS, o dolo constitui a forma mais grave de culpa, porquanto, ao atuar com dolo, o agente sobrepõe “*ilegitimamente os interesses próprios aos protegidos pela ordem jurídica*”¹²³. Se assim é, se o agente, ao atuar, representa que não atua contra o direito (de forma censurável), que não há uma ilegitimidade da sobreposição dos seus interesses face àqueles que estão juridicamente protegidos, ainda que erroneamente, então “*falta neste caso a gravidade do elemento subjectivo que caracteriza o dolo*”¹²⁴. Quando muito, pode haver negligência, mercê de alguma precipitação ou falta de cuidado. Assim, a consciência da ilicitude – ou, na terminologia de BELEZA DOS SANTOS, a consciência da ilegitimidade – é elemento constitutivo do dolo. O que se exige não é um exato conhecimento da lei, da norma legal concretamente violada, antes uma consciência de contrariedade às prescrições e proibições subjacentes às normas jurídicas em geral. Se uma tal exigência exata de conhecimento da lei fosse assacável ao agente, então só atuaria com consciência da ilicitude o sábio jurisconsulto ou jurisperito. Assim, segundo BELEZA DOS SANTOS, “*para haver dolo,*

¹²¹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *Direito Criminal*, preleções aos cursos do 4º e 5º anos jurídicos do ano letivo de 1935-1936, coligidas por Hernâni Marques, Coimbra: Coimbra Editora, 1936, pp. 491-492.

¹²² JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 492, notas 1-2. Subscrevendo esta posição, a doutrina de EDUARDO CORREIA nos anos 40, em EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. 1º, lições ao 4º ano jurídico coligidas por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho, Coimbra: Atlântida, 1949, p. 347.

¹²³ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 492-493.

¹²⁴ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 493.

*basta que o agente avalie a sua conduta segundo o critério da legitimidade que para êle e para o seu meio é o correspondente ao adoptado pelo juiz no meio judiciário*¹²⁵.

Malgrado, para BELEZA DOS SANTOS, a mera possibilidade de consciência da ilicitude também é, em certos casos, pressuposto do dolo, a fim de se obstar a problemas político-criminais, que se prendem com a impunidade a título gratuito. São essas situações: a) quando o agente não conhece a ilicitude¹²⁶ da sua conduta, por indiferença, por não se importar acerca do carácter lícito ou ilícito subjacente à sua conduta; b) quando, por mero desinteresse do agente o agente não logra tal consciência, i.e., quando um pequeno esforço da sua parte levaria à consciência da ilicitude, uma vez que, em tais casos, a imputação a título de negligência redundaria *“em gravíssimo inconveniente de ordem prática”*. Em tais casos, rejeitando-se o carácter atualíssimo da consciência da ilicitude, o agente é punido a título de dolo¹²⁷.

Com todo o respeito pela salutar inovação de BELEZA DOS SANTOS, será preferível ter em conta a teoria da culpa e a respetiva menor necessidade de pena, mercê de razões de prevenção geral e especial, recorrendo à possibilidade – porventura generosa, como nota ROXIN¹²⁸ - de atenuação da pena. Com efeito, no caso vertido em a), não há uma falta de consciência da ilicitude nem mera possibilidade de consciência da ilicitude, mas verdadeira consciência eventual da ilicitude. O agente, aí, prefere conformar-se e atuar, sabendo que há possibilidade de a sua conduta violar a ordem jurídica. Ele é punido a título de dolo, mas há de ser punido na medida da sua culpa e na medida daquilo que as exigências preventivas ditarem. Em b), o agente atua em erro sobre a ilicitude vencível ou evitável e será punido a título de dolo, com possibilidade de atenuação da pena, nos termos do propugnado pela teoria da culpa.

Não obstante, como logra BELEZA DOS SANTOS defender a sua posição face ao direito constituído? Lembre-se que a sua doutrina tem por base o CP de 1886 e que o

¹²⁵ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 493-494.

¹²⁶ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 494.

¹²⁷ *Idem, Ibidem*. Em conclusão, para BELEZA DOS SANTOS, o dolo tem os seguintes requisitos: a) a consciência da ilicitude; b) consciência da imoralidade da ação, uma vez que, em muitos casos, o conteúdo de certas normas jurídicas *“é demarcado por um elemento ético que depois, enquadrado na lei, reveste eficácia jurídica”*; c) possibilidade da consciência da ilicitude; d) possibilidade da consciência da imoralidade. Este raciocínio deve ser lido com cuidado, uma vez que o espectro da moral transcende, em muito, o jurídico. Também neste sentido, sustentava EDUARDO CORREIA, no final dos anos 40, que *“quando o agente tenha uma personalidade tal forma conformada, que só não conhece os preceitos jurídicos porque estes lhe são indiferentes”*, é punido a título de dolo. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1949, *cit.*, p. 347.

¹²⁸ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 865.

art. 29º de tal diploma legal não conferia relevância alguma, ao menos no plano aparente, gramatical, ao erro de direito ou erro sobre a ilicitude.

Face ao art. 29º do CP de 1886, sustenta BELEZA DOS SANTOS que “*se a falta de consciência da ilegalidade (...) não dirime a responsabilidade criminal, nada impede que possa dirimir a existência de dolo, para só haver a simples culpa*”¹²⁹. Com efeito, o CP de 1886 não diz expressamente que não é possível que o erro sobre a ilicitude ou a ignorância da lei transforme o crime doloso em crime negligente¹³⁰. Assim, o histórico penalista de Coimbra, face ao puro elemento literal¹³¹ vertido na lei, logra resolver o problema do erro de direito, transformando o dolo numa culpa negligente¹³².

MEZGER, principal autor desta corrente, para quem a culpa¹³³ se traduzia numa propriedade do ilícito, qual seja, a de constituir a expressão juridicamente desvaliosa da personalidade do agente¹³⁴, sustenta que atua com dolo aquele que conhece as circunstâncias de facto e a significação social da sua ação, já tendo admitido na sua vontade o resultado típico¹³⁵. Com efeito, o conhecimento das circunstâncias de facto constitui o elemento intelectual do dolo. A tal conhecimento acresce, segundo MEZGER,

¹²⁹ JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 499.

¹³⁰ *Idem, Ibidem.*

¹³¹ Não obstante a bondade do argumento, para efeitos de exclusão da culpa dolosa quando agente atua sem consciência da ilicitude, FIGUEIREDO DIAS vem explicar-nos que ele só é possível, com base num sustentáculo jurisprudencial que vigorou entre 1936 e 1954, que permitia que os crimes fossem punidos a título de negligência, mesmo quando a sua punição a tal título não estivesse expressamente prevista na lei. Sem tal sustento jurisprudencial, resultante de um Assento do STJ, que tinha força obrigatória geral, tal não seria possível. Mas mesmo que o fosse, para todos os efeitos, como bem nota FIGUEIREDO DIAS, “*esta interpretação ficciona uma negligência e continua a punir agentes que, na realidade, podem ter actuado se, culpa (...)*”. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, cit.*, pp. 312-313, nota 14.

¹³² Subscrevendo esta tese nas suas lições de 1949, sustentando que em caso de desconhecimento da antijuridicidade do facto, “*o facto praticado será sempre imputado ao agente a título de negligência, quer ela tenha ou não tenha tido efectivamente lugar*”, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, 1949, cit.*, p. 348.

¹³³ MEZGER, posicionando-se na chamada Escola Neoclássica, e, portanto, perfilhando uma visão normativista da culpa, sustenta que “*o essencial da concepção normativa constitui o reconhecimento de que o conceito de culpa jurídico-penal há-de obter-se sempre de uma total valoração definitiva*”. Ademais, “*o sentido próprio da concepção normativa é o de que essa teoria faz depender a culpa jurídico-penal da desvalorização da actividade espiritual do autor a respeito do acto na sua totalidade e não de quaisquer relações psicológicas entre o autor e a sua acção*” (a título de exclusividade). EDMUND MEZGER, “*A Culpa no Moderno Direito Penal*”, in *BFDUC (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, Vol. 32, 1957, p. 202.

¹³⁴ EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 13. MEZGER construía uma culpa, com base no seguinte quadro referencial: a) um ato de vontade, como referência psicológica do agente para com o facto; b) motivações que levaram o agente à prática do facto; c) referência da ação à personalidade do agente, tratando-se esta da componente caracterológica da culpa. Com efeito, a ação reflete-se na expressão da personalidade juridicamente desvaliosa do agente. Por seu turno, a personalidade do agente deve ser uma tal, que seja apropriada para efeitos de imputação e adequada às exigências sociais. Assim, a essência da culpa, para MEZGER, repousa, a título inicial, na adequação do facto típico à personalidade e na adequação social da personalidade do agente. EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal, cit.*, pp. 46-47; 51-53. Está aberta a porta para a construção de uma culpa na condução na vida.

¹³⁵ EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal, cit.*, p. 91.

a vontade de realização da ação ilícita, consubstanciando-se essa vontade no elemento emocional do dolo. O dolo exige, assim, quer o conhecimento das circunstâncias de facto do tipo, quer o conhecimento da significação social a elas subjacente. Pelo que, numa lógica de inversão, surge o erro sobre as circunstâncias de facto e o erro de direito¹³⁶. I.e., quem atua dolosamente, atua com consciência da ilicitude, não sendo necessário, contudo, o conhecimento da punibilidade da ação¹³⁷, mas sim uma “*valoração do agente na esfera do leigo*”, ou “*uma apreciação da ação no círculo de pensamentos da pessoa individual e no ambiente do agente, orientada no mesmo sentido que a valoração legal-judicial da ação*”¹³⁸. Numa palavra, o agente, para atuar a título doloso, tem de saber que a sua ação é proibida. Com efeito, aquele que não sabe que atua violando o direito, não atua dolosamente¹³⁹. Insistir no contrário seria ficcionar o oposto.

Até ao momento, podemos observar, sem dificuldade, que MEZGER vem defendendo, no essencial, aquilo que está na base da teoria estrita do dolo. Mas aqui chegado, o autor questiona-se se o dolo, tal como configurado tradicionalmente, é sempre pressuposto necessário do juízo de culpa ou se, em determinados casos, este pode ser substituído por outros elementos ou pressupostos¹⁴⁰.

MEZGER começa por responder, dizendo que a consciência da ilicitude constitui o ponto de partida para que se possa afirmar o dolo, mas não é infalivelmente essencial, podendo ser substituída por outros pressupostos. Para MEZGER, o StGB alemão (de 1871), no seu § 59, exige, em regra, o dolo do facto e a consciência da ilicitude. No entanto, esta exigência está sujeita a certas limitações, segundo as quais ninguém pode invocar, a fim de afastar o dolo, ter atuado com base numa convicção que conformou / ordenou o seu agir ou com uma atitude de hostilidade face ao direito, uma vez que tais atitudes consubstanciam um agir contrário a uma sã conceção do direito, do ilícito e da justiça¹⁴¹.

¹³⁶ EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal, cit.*, pp. 92-93.

¹³⁷ EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal, cit.*, pp. 140-141.

¹³⁸ EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho Penal, cit.*, pp. 143-144.

¹³⁹ EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Libro de Estudio – Parte General*, trad. de Ricardo C. Nuñez, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 247.

¹⁴⁰ EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Libro de Estudio, cit.*, p. 247.

¹⁴¹ EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Libro de Estudio, cit.*, p. 248. Foi a partir da 3ª edição do seu *Tratado* que MEZGER equiparou diretamente a hostilidade ao direito e a cegueira jurídica ao dolo, no que concerne às suas consequências jurídicas. Há, nesses casos, uma culpa na condição da vida do agente, na visão do autor. *Idem*, p. 250-251.

Com base do exposto, conclui MEZGER da seguinte forma: para que um facto seja imputado ao agente a título de culpa, é necessário que ele tenha atuado conscientemente contra o direito ou com base numa determinada crença que para o agente se equipara ao direito, mas esbarra contra ele. Assim: a) a forma básica da culpa é o dolo, sendo que a consciência da ilicitude está compreendida na forma básica da culpa; b) a consciência da ilicitude é o ponto de partida da forma básica da culpa, mas, mercê de necessidades práticas da vida jurídica e de exigências de justiça, é mister renunciar a esta ideia de dolo na sua plenitude, devendo este ser objeto de limitações; c) por considerações de justiça, é excluída a possibilidade de se imputar ao agente o crime a título de mera negligência, se o erro for evitável, em função do princípio, segundo o qual o erro sobre a ilicitude é totalmente irrelevante se sobre a sua base se descortinar uma atitude incompatível com uma sã concepção do que é o direito e o ilícito, qual atitude de hostilidade face ao direito ou cegueira jurídica, consubstanciais a uma culpa na condução da vida¹⁴².

Em suma, a inimizade e a cegueira face aos valores jurídicos dominantes não afastam, segundo MEZGER, o dolo, pois “fintar”, por vias disso, a forma de culpa por excelência – o dolo -, levaria a consequências que colidem frontalmente com o direito, com o ilícito e com a justiça em geral.

Em Portugal, EDUARDO CORREIA – já primordialmente influenciado pelo pensamento de BELEZA DOS SANTOS – veio a receber e adaptar esta tese.

Para EDUARDO CORREIA, em regra, se o agente atua em erro que lhe veda a consciência da ilicitude, exclui-se o dolo. Assim, “*do dolo, como conhecimento de um tipo legal de crime e do seu significado e vontade de o realizar, resulta que quem não sabia, embora podendo saber, que o seu facto era antijurídico, actua sem dolo*”¹⁴³. Continua o insigne penalista, sustentando que “*se a imputação a título de dolo supõe justamente a sobreposição dos interesses do agente aos interesses alheios, se ela é caracterizada por uma vontade que ao menos há-de ser representada e se o tipo legal é, como sempre defendemos, um conceito de valor – a conclusão a tirar é a de que sem tal representação do ilícito não poderá haver dolo*”¹⁴⁴. Veja-se que há a possibilidade de o agente, conquanto tenha cometido um crime, não ter reconhecido a ilegitimidade,

¹⁴² EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Libro de Estudio, cit.*, pp. 253-254.

¹⁴³ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. I., reimp. (1ª edição de 1963), Coimbra: Almedina, 1971, p. 408.

¹⁴⁴ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1971, *cit.*, p. 415.

imoralidade ou o carácter socialmente danoso da ação. Em tais casos, o impulso para a representação (valorativa) da ilicitude fica neutralizado¹⁴⁵. É o caso do estrangeiro, em que no seu país natural o aborto é totalmente lícito e até aconselhado, e o venha a praticar em Portugal, não se dando conta da ilicitude da sua ação. Todavia – continua EDUARDO CORREIA -, da mesma forma que o impulso para a representação do problema da ilicitude está insito na prática do facto, “*também o conhecimento da lei, da existência de certos tipos legais, pode constituir e constitui mesmo um estímulo para representar convenientemente os actos que lhe correspondem. Esta exigência, porém, quando não cumprida, conduz à negligência*”¹⁴⁶. Para o autor, quando o agente atua sem consciência da ilicitude, a sua ação não veicula, em si, um propósito ilícito¹⁴⁷.

Malgrado, EDUARDO CORREIA advoga que quando a punição por negligência se repute insuficiente, pode haver lugar à imputação a título de culpa dolosa, não pelo facto *per se*, mas pela personalidade do agente, mercê de não ter cumprido a obrigação de preparar o seu espírito para as representações valorativas subjacentes à prática do facto ou para uma conformação da sua conduta face às prescrições da lei. Nestes casos, o agente será punido pelo crime doloso, embora com possibilidade de atenuação da pena¹⁴⁸. Numa palavra, “*o agente deverá sofrer uma pena determinada no quadro da moldura dolosa do facto, sempre que ele possa ser censurado pelo seu erro*”¹⁴⁹.

Quando à solução *de jure constituto*, ainda no quadro do CP de 1886, sustenta EDUARDO CORREIA que o art. 29, n.º 1 não se reporta ao problema da concreta consciência da ilicitude, porquanto do que ele fala é de uma ignorância da lei em abstrato. Tal ignorância difere da concreta falta de consciência da ilicitude de uma determinada ação, no momento concreto da realização do facto¹⁵⁰. Note-se, a fim de reforçar esta asserção, que o n.º 2 do mesmo preceito regula aquelas situações em que o agente pratica um facto, pensando que tal facto se subsume num determinado tipo legal de crime, que afinal pertence a outro tipo legal de crime, i.e., o erro de subsunção, que, nos termos dessa disposição, é irrelevante. Para EDUARDO CORREIA, este número “*chama a atenção para que a consciência da ilicitude não deve entender-se*

¹⁴⁵ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1971, *cit.*, pp. 415-416.

¹⁴⁶ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1971, *cit.*, p. 416.

¹⁴⁷ *Idem*, *Ibidem*.

¹⁴⁸ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1971, *cit.*, p. 417.

¹⁴⁹ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1971, *cit.*, p. 418.

¹⁵⁰ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1971, *cit.*, p. 419.

*como consciência perfeita da antijuridicidade penal da conduta (só possível a juristas...), mas como consciência que se refere, muito simplesmente, à proibição*¹⁵¹.

Não obstante a tentativa de superação da teoria estrita do dolo, a teoria do dolo limitada tem sido objeto de críticas várias, não devendo, com efeito, proceder.

O que significa concretamente hostilidade / inimizade face ao direito? Não será tal conceito demasiado abstrato e, por vias disso, instável, passível de leituras dotadas de elevada perversidade¹⁵², a fim de lograr uma aplicação prática e escorreita, como notam MAURACH / ZIPF¹⁵³? Algo haveria na lei que permitisse a renúncia ao conceito de dolo no seu sentido tradicional, fazendo operar estes conceitos tão latos? E mesmo se houvesse, ante o seu carácter assaz indeterminado, não violariam eles o princípio da legalidade criminal¹⁵⁴? Com efeito, como muito bem nota WELZEL, tal fórmula poderia redundar numa visão autoritária do direito, pois decreta como obrigatória uma determinada (e unitária) conceção jurídica para problemas diferenciados de forma não contestável – logo, autoritária – e como inexecutável qualquer situação que dela se desvie, incluindo o erro sobre a mesma¹⁵⁵.

Por outro lado, note-se que a censura dimanada desta formulação – culpa pela condução na vida ou culpa na formação da personalidade – pode levar à punição de factos da vida do agente anteriores à própria comissão do facto criminoso, postergando-se, assim, o direito penal do facto, em função de um direito penal de autor. Veja-se, com especial foco na culpa da condução da vida – consubstanciando-se esta unicamente

¹⁵¹ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1971, *cit.*, p. 420. No entanto, este pensamento não pode ter por base, isoladamente, o puro sentido literal da lei, antes tem de ser complementado por referência ao princípio da culpa, pois, caso o não seja, entra em conflito com o elemento histórico-interpretativo subjacente ao art. 29º do CP de 1886. Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, *cit.*, p. 313-314.

¹⁵² Não terá sido com base em conceitos assaz análogos que o III Reich, com Hitler no seu comando, segregou milhões de seres humanos inocentes, considerados indesejados ou inimigos do povo?

¹⁵³ MAURACH / ZIPF, *Derecho Penal – Parte General 1 – Teoría General del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible*, trad. da 7ª edição alemã de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 649.

¹⁵⁴ Veja-se que o princípio da legalidade, plasmado no art. 29, n.º 3 da CRP, segundo o qual *nulum crimen nulla poena sine lege praevia, stricta, scripta*, demanda um grau de determinação objetiva no que concerne às ações tipificadas como crime. Ainda que se admita a possibilidade de haver elementos normativos e conceitos indeterminados, é mister, que a sua abstração não seja uma tal que obste a uma determinabilidade objetiva, uma vez que, como ensina SOUSA E BRITO, “previsões legais vagas, ou de outro modo indeterminadas são um modo de desvirtuar a função de garantia da reserva de lei e da legalidade por inteiro”. E tais finalidades prendem-se com a efetivação dos direitos, liberdades e garantias do cidadão. De outro modo, a lei penal seria um instrumento de repressão arbitrário (v.g. como a lei que manda punir as ações que violem os princípios da revolução). Cf JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A Lei Penal na Constituição”, in Teresa Pizarro Beleza (org.), *Textos de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 53 e ss. No caso vertente, tais conceitos não são passíveis de uma determinação exata, donde a possibilidade de uma sua utilização arbitrária.

¹⁵⁵ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, *cit.*, pp. 190-191.

numa culpa pelo carácter que levou a um determinado modo de vida que se reputa censurável -, que esta leva, por um lado, como sustenta FIGUEIREDO DIAS, a uma dificuldade acrescida, senão impossível, de diferenciar em juízo os elementos censuráveis dos elementos não censuráveis, no que concerne à conformação do carácter do agente. Ademais, veja-se que o agente pode ter recebido, por herança social ou biológica, uma certa predisposição não culposa, qual circunstância fortuita, tendente a aumentar o seu impulso criminógeno, pelo que os limites da imputabilidade ficam ininteligíveis¹⁵⁶.

Muitos autores há, que sustentam que a teoria do dolo limitada postula uma ficção do dolo, não compatível com o princípio da culpa, uma vez que, em tais casos (hostilidade / inimizade ao direito e cegueira jurídica) o agente atuaria sem dolo¹⁵⁷. Sem dúvida que tal é de aplicar, sem delongas e dúvidas, quanto aos factos censurados no quadro de uma culpa na condução da vida. Mas quanto ao facto criminoso concreto, tal consideração deverá depender de uma apreciação casuística. Aquele que atua de forma *hostil*, v.g. por hábito, contra o direito, convicto, porventura, da legitimidade da sua ação criminosa, tende a reagir, fugindo, após uma investida policial. E não é isso revelador de um conhecimento, ainda que residual, dos valores ético-jurídicos dominantes na comunidade jurídica? Citemos, por ora, as impressivas palavras de NÉLSON HUNGRIA: “*pode êle [o agente] eximir-se aos padrões éticos que informam a norma jurídica, adotando, até mesmo habitualmente, a deformada moral dos inimigos declarados da sociedade, mas não deixa de conhecer a ética elementar que dita os versículos da lei penal*”¹⁵⁸. Paradoxalmente, o delinquente que atua hostilmente, por habitualidade, cegueira deliberada, etc., não deixando de reconhecer, porventura, o mínimo ético conformador do direito, não é permeável ao apelo normativo, pois reputa a legitimidade da sua ação maior, reputa a sua ação mais benéfica ante a violação do direito. Pelo que aquele que atua de forma *hostil* ou por cegueira jurídica¹⁵⁹, não deixando de atuar com

¹⁵⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 92-98.

¹⁵⁷ Cf. HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, *cit.*, pp. 190-191. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 485.

¹⁵⁸ NÉLSON HUNGRIA, “O Êrro de Direito em Matéria Penal”, *cit.*, p. 9.

¹⁵⁹ Havendo uma impossibilidade de nos debatermos com detalhe sobre o problema da cegueira jurídica, Cf, detalhadamente e sobre a complexidade do tema, RUI AIDO, *Cegueira Deliberada*, Lisboa: s.n. 2018 (dissertação de mestrado em ciências jurídico-forenses, disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37647/1/ulfd137654_tese.pdf). Não se confunda esta problemática, contudo, com aquela que corresponde à dos factos de consciência. Estes podem relevar no *quantum* da censurabilidade e da medida da pena, uma vez que o agente, se, ao atuar, optar pelo dever-ser jurídico, pode inevitavelmente colidir com o seu projeto existencial, com a sua *pessoa moral*, posto que a decisão de consciência se reputa, para ele, necessária e incondicional, tratando-se, nessa medida, de uma decisão axiológica séria. Mas uma vez que estão em colisão vários bens constitucionalmente e penalmente

dolo ou consciência da ilicitude, é dotado de uma característica acrescida: a perigosidade. Com efeito, ainda que tais delinquentes conheçam o núcleo ético elementar conformador do direito, eles distanciam-se socialmente da comunidade jurídica e possuem um enquadramento subcultural que legitima a consecução de oportunidades ilegítimas e que incrementa os seus propósitos crimínógenos. Com efeito, se há uma “*desaculturação*” ou uma “*dessocialização*”, sobreleva um princípio de ressocialização e de diminuição / supressão da perigosidade do agente, subjacente às medidas de segurança¹⁶⁰. Da confluência daí resultante, ante a perigosidade do agente consubstanciado no paradoxo não permeabilidade ao apelo normativo / conhecimento de um mínimo ético conformador do direito, se a pena, limitada pela culpa documentada no facto, não cumprir o seu propósito de ressocialização, deve ser complementada com uma medida de segurança, a fim do cumprimento de tal finalidade¹⁶¹. Assim, a teoria limitada do dolo pode, em certos casos, construir uma ficção de dolo desnecessária. Nos outros casos, poderá haver, efetivamente, lugar à punição por negligência.

Em todo o caso, a teoria limitada do dolo é de rejeitar, pois tende a suprir a democraticidade humanitária consubstancial à dignidade da pessoa humana constitutiva do direito penal do facto e desvirtua o quadro constitucional penal substantivo.

1.5.2.3. O FINALISMO E A TEORIA DA CULPA

Com o advento do finalismo, concebido, essencialmente, por HANS WELZEL, operou-se uma verdadeira revolução no direito penal. A partir do finalismo, o dolo, que até então fazia parte da culpa ou constituía um seu elemento, qual *dolus malus*, foi transposto para a ação típica, erigido como seu elemento essencial e concebido como *dolus naturalis* – representação e vontade de realização do tipo criminal. Assim, a consciência da ilicitude passou a constituir um elemento autónomo da culpa e o dolo assumiu uma função de impulsionar o agente para averiguar o problema da ilicitude, ao nível das suas

protegidos, a prática do facto correspondente à decisão de consciência só pode relevar na medida em que consubstancie uma *afetação fugaz* de bens individuais ou coletivos. Esta problemática não pode, contudo, ser estudada com a profundidade necessária no presente estudo. Para uma aturada reflexão do problema, Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Dos Factos de Convicção aos Factos de Consciência: Uma Consideração Jurídico-Penal”, in Antunes Varela, *et. al.* (org.), *Ab Uno Ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, *passim* (em especial, pp. 660-665; 675 e ss.).

¹⁶⁰ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Criminologia – O homem Delinquent e a Sociedade Criminógena*, reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 352-353. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, 3ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019, pp. 85-86.

¹⁶¹ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, pp. 99-100.

representações valorativas. Mas esse impulso ainda não significava que ele teria atuado, desde logo, com tal consciência, embora constituísse um forte indício nesse sentido. Mas para percebermos melhor esta “*revolução jurídica*”, releva atentar mais de perto na teoria da ação final de WELZEL.

Para WELZEL, a ação humana consubstancia-se “*no exercício da atividade finalista*”. Com efeito, a ação é um sucesso final e não apenas causal. A finalidade ou a atividade final da ação assenta na constatação de que o ser humano, sobre a base do seu conhecimento causal, tem a capacidade de prever, em certa medida, as consequências possíveis de uma ação / atividade, propor-se objetivos de diversa natureza e dirigir a sua ação, o seu agir segundo um plano tendente à realização desses objetivos¹⁶². I.e., sobre a base do seu prévio conhecimento causal, o homem está em condições de dirigir os vários atos constitutivos da sua atividade global, de tal forma que logra dirigir a ação, o acontecimento causal exterior, mediante um objetivo, pelo que ele supradetermina o seu agir com base nesse objetivo¹⁶³. Assim, continua WELZEL, “*como a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever em determinada escala as consequências da intervenção causal, e, a partir daí, dirigi-la segundo um plano tendente à realização de um objetivo, a vontade consciente do objetivo, que dirige o acontecimento causal, é a espinha dorsal da ação final*”¹⁶⁴. A vontade consciente que veicula um objetivo é o fator de direção que supradetermina o acontecimento causal exterior, pelo que, deste modo, a vontade final estende-se a todas as consequências que o agente deve realizar para a obtenção do objetivo, i.e.: a) o objetivo que se propõe alcançar; b) os meios que emprega para isso; c) as consequências secundárias, necessariamente ligadas com o emprego dos meios.¹⁶⁵ Prossegue WELZEL, ensinando que a vontade final da ação é a vontade de realização de um objetivo, que compreende todas as consequências conhecidas pelo agente, que estão necessariamente associadas à obtenção do objetivo, sendo que, em função da sua realização / obtenção, ele as pretende¹⁶⁶. Assim, o dolo consubstancia-se na vontade final da ação, que está dirigida à realização dos elementos objetivos de um tipo de crime¹⁶⁷. Numa palavra, o dolo não é elemento da culpa, mas sim da ação, fazendo parte do tipo, uma vez que este descreve objetivamente a ação,

¹⁶² HANS WELZEL, *Teoría de la Acción Finalista*, trad. de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker, Buenos Aires: Astrea, 1951, pp. 19-20.

¹⁶³ HANS WELZEL, *Teoría de la Acción Finalista*, cit., p. 20.

¹⁶⁴ HANS WELZEL, *Teoría de la Acción Finalista*, cit., pp. 20-21.

¹⁶⁵ HANS WELZEL, *Teoría de la Acción Finalista*, cit., p. 21.

¹⁶⁶ HANS WELZEL, *Teoría de la Acción Finalista*, cit., p. 22.

¹⁶⁷ HANS WELZEL, *Teoría de la Acción Finalista*, cit., p. 27.

e passa a ser objeto de valoração, objeto do juízo de censura¹⁶⁸. Ao agente, diz WELZEL, vai censurar-se a sua decisão de atuar ilicitamente, porquanto reconheceu ou podia ter reconhecido a ilicitude do facto que praticou, sendo que podia ter omitido a sua ação. Daqui se pode deduzir que a consciência da ilicitude não é elemento do dolo, mas sim da culpa – ao agente vai censurar-se o dolo, na medida em que este podia ter atualizado a consciência da ilicitude e convertê-la num contramotivo determinante da sua atuação¹⁶⁹.

WELZEL sustenta, com efeito, que o conceito de culpa repousa no princípio da responsabilidade, segundo o qual toda a pessoa é portadora de responsabilidade por conformar as suas decisões segundo o direito, dentro dos limites da sua capacidade de compreensão ético-social¹⁷⁰. Por isso, o ordenamento jurídico só desculpa uma realização típica quando o erro sobre a ilicitude não era culposos. E tal asserção parte da constatação, segundo WELZEL, de que, quando o ordenamento jurídico declara socialmente inadmissível uma determinada ação, parte do pressuposto que o cidadão comum pode realizar, através de um esforço de consciência, essa valoração¹⁷¹.

Com efeito, para WELZEL, o objeto do juízo de censura assenta na vontade da ação antijurídica. Ela é censurada ao agente, porquanto este podia ter atuado de outra maneira e não atuou, i.e., o agente é censurado porque tinha ou podia ter tido consciência da ilicitude do facto que praticou e, conseqüentemente, tal consciência ter-se-ia convertido num contramotivo da sua vontade final. Embora a capacidade individual de autodeterminação (em conformidade com a norma) seja mais difícil de constatar nos casos em que o agente não atualizou a sua consciência, é de afirmar, em todo o caso, que se o agente podia ter conhecido a ilicitude da conduta mediante um esforço de consciência, por recurso a uma consulta jurídica ou outros meios análogos, ele deve ser censurado, conquanto em menor medida, face à situação em que teria atuado com essa consciência atualizada. Assim, o erro sobre a ilicitude vencível ou evitável atenua a

¹⁶⁸ HANS WELZEL, *Teoría de la Acción Finalista*, cit., p. 33.

¹⁶⁹ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 192.

¹⁷⁰ Como ensina WELZEL, qual pressuposto de um direito penal do bem jurídico, visto como *ultima ratio* do sistema jurídico, a pena deve aplicar-se única e exclusivamente face a ações ético-socialmente censuráveis. O Estado tem o poder-dever de reagir face àquelas ações que transgridem o quadro axiológico essencial, conformador do sentimento jurídico da comunidade e, por vias disso, de afirmar a validade dos valores positivos do agir humano, formar o juízo-ético-social dos cidadãos e fortalecer o seu sentimento jurídico permanente. Assim, pressuposto da pena deve ser apenas a culpa e não a perigosidade do agente. Pelo que “*apenas onde a função ético-social do direito penal não lograr eficácia alguma, é que se deve recorrer à função puramente preventiva de precaução; assim, a respeito de pessoas que não são capazes de um compromisso ético-social (...) (v.g. doentes mentais perigosos, etc.)*”. HANS WELZEL, *Teoría de la Acción Finalista*, cit., pp. 13-14.

¹⁷¹ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., pp. 192-193.

medida da culpa e, por conseguinte, a medida da pena, na medida da evitabilidade¹⁷². Sem embargo, note-se que o dolo da ação fica intocado. Veja-se o seguinte exemplo aduzido por WELZEL: na zona ocupada pelos russos, quando a Alemanha estava dividida (após o fim da II Guerra Mundial até à Queda do Muro de Berlim), o aborto não era punido, pelo que uma grande parte da população formou a forte convicção, segundo a qual o aborto não era jurídico-penalmente proibido na Alemanha em geral. No entanto, uma jovem grávida passou da Alemanha Oriental para a Alemanha Ocidental, onde praticou um aborto, que, no entanto, falhou, sendo a tentativa punível. Perante o tribunal, essa jovem alegou, de forma credível, que não sabia que o aborto era jurídico-penalmente proibido¹⁷³. Para WELZEL e para os finalistas, uma vez que o dolo do facto pertence à ação (típica), no exemplo aduzido, dúvidas se não descortinam que a jovem atuou com dolo, uma vez que ela quis efetivamente praticar um aborto, sendo indiferente se se equivocou ou não acerca da ilicitude da ação. Com efeito, o erro sobre a ilicitude não afasta o dolo da ação, mas apenas a censurabilidade da ação. O que releva averiguar, é se, apesar da falta de consciência da ilicitude da ação, o agente teve a possibilidade de lograr essa consciência, mediante um esforço de diligência ou consciência, como já se referiu¹⁷⁴. Em suma, o dolo não é valoração, mas objeto de valoração.

WELZEL teve o mérito de reformular todo o sistema do facto punível, com a construção de um conceito de ação a partir da sua natureza ontológica, apartando do sistema a relevância de factos puramente causais, que se não coadunam, de forma alguma, com a natureza do ser¹⁷⁵. Com a transferência do dolo para a ação típica e com a construção de uma nova teoria da culpa, não obstante as críticas que já se fizeram ouvir quanto à teoria da ação final, algumas das quais por nós subscritas¹⁷⁶, WELZEL veio pôr um ponto final aos problemas político-criminais que se prendiam com lacunas de punibilidade, quando o dolo era totalmente excluído, mesmo que o erro sobre a ilicitude

¹⁷² HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán, cit.*, p. 195.

¹⁷³ HANS WELZEL, *Teoría de la Acción Finalista, cit.*, p. 36.

¹⁷⁴ HANS WELZEL, *Teoría de la Acción Finalista, cit.*, pp. 36-38.

¹⁷⁵ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, pp. 285-286.

¹⁷⁶ Parece-nos, tal como têm apontado alguns autores, que a ação final não compreende, ao menos de forma cabal e escorreita, a omissão e a ação negligente. Quanto à omissão, veja-se que o estabelecimento de um processo causal se faz em termos análogos. Ora, assim sendo, não se pode falar, em rigor, que o agente não supradetermina a omissão ou o processo causal a ela associado. Já no quadro da negligência, veja-se que, na negligência inconsciente, o comportamento não é objeto de uma supradeterminação, mas, como nota CONCEIÇÃO VALDÁGUA, causa as consequências “*de modo cego*”. Ainda que se fale em finalidade potencial na negligência, “*na realidade, a finalidade potencial não é finalidade nenhuma*”. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Direito Penal I – Parte Geral (Apontamentos)*, Lisboa: s.n. (polic.), 2006-07, pp. 190-192.

fosse facilmente evitável. A partir daí, o dolo fixou-se na tipicidade, mesmo nas construções pós-finalistas. Veja-se, como bem nota GALLAS, que a transferência do dolo para a categoria da ação veicula “*uma declaração não simplesmente sobre a essência do ato, mas sobre tal ato como comportamento típico*”¹⁷⁷.

No entanto, nesta visão estrita da teoria da culpa, tanto o erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, como o erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação equivalem ao erro sobre a ilicitude, pois, em todo o caso, o dolo da ação subsistiria. Quanto à primeira hipótese, não há dificuldades de maior em classificá-la como erro sobre a ilicitude, uma vez que o agente representa, de forma errónea, a existência de uma norma justificante não existente ou os limites de uma norma justificante existente. Maiores dificuldades se descortinam, contudo, quanto à segunda hipótese. Com efeito, tal asserção não se revela assim tão clara, uma vez que, não raro, nessas situações, a função do dolo de impelir o agente para um problema de ilicitude fica neutralizado, como teremos oportunidade de analisar melhor¹⁷⁸. Como notam MAURACH / ZIPF, aceitar esta teoria – a teoria estrita da culpa – na sua plenitude seria pagar um elevado preço, pois equiparar-se-iam, do ponto de vista da regulamentação, casos de defeitos de percepção com defeitos de valoração. Cada um desses casos merece uma regulação diferenciada, conforme a sua natureza¹⁷⁹.

1.5.2.4. RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL DO ERRO SOBRE A ILICITUDE E O § 17 DA NOVA PARTE GERAL DO STGB ALEMÃO

Embora anteriormente possamos encontrar laivos, no sentido da atribuição da relevância ao erro sobre a ilicitude em casos muito particulares¹⁸⁰, foi a partir de meados do Séc. XX que tal relevância foi efetivamente consagrada na prática jurisprudencial, e foi, outrossim, a partir daí que se dá a cisão categorial entre erro de direito e erro de facto, para se consolidarem, finalmente, de forma rigorosa, as figuras do erro sobre o tipo – que compreende o erro sobre os pressupostos de facto constitutivos do tipo e o erro sobre os elementos normativos do tipo – e o erro sobre a ilicitude ou sobre a

¹⁷⁷ WILHELM GALLAS, *La Teoría del Delito en su Momento Actual*, trad. de Juan Cordoba Roda, Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2018, p. 38.

¹⁷⁸ Em sentido próximo, WILHELM GALLAS, *op. cit.*, p. 102, nota 3.

¹⁷⁹ MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, p. 651.

¹⁸⁰ V.g. num Acórdão do TRP de 22-04-1913, num erro que resultou numa infração à regulamentação de celebrações fúnebres, veio o tribunal dizer que “*o agravante realizou o referido enterro religioso sem... convencido de que estava nessa ocasião suspensa a exigência desse... não tendo a mais mínima intenção de..., convicção que lhe veio de uma errada interpretação da portaria... por todos estes fundamentos... despronunciam o agravante*”. *Apud*, LUIS OSÓRIO, *Notas ao Código Penal Português*, Vol. I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1923.

proibição, na terminologia alemã- que tem única e exclusivamente por objeto a consciência da ilicitude.

Com efeito, em sentença datada de 17 de setembro de 1940, o Supremo Tribunal Belga veio sustentar que o erro inevitável sobre a ilicitude isentava o agente da pena. Em sentença de 3 de maio de 1949, o Supremo Tribunal dos Países Baixos também veio reconhecer o erro sobre a ilicitude, num caso com os seguintes contornos: A, guarda de bicicletas, não estava permitido por lei a cobrar mais de determinada quantia pela sua função. Não esclarecido quanto a isso, com vista a pôr fim às suas dúvidas, dirigiu-se à polícia, onde lhe foi dito que podia cobrar até ao dobro do valor previsto na lei, o que A veio a fazer. A veio a ser condenado em primeira instância, pela infração cometida, mas o Supremo Tribunal, na referida sentença, veio absolvê-lo, sustentando que o agente tinha atuado sem culpa, em virtude de uma ignorância não culposa da lei. Em 13 de agosto de 1946, o Tribunal Regional de Kiel veio repudiar a diferença entre erro penal e erro extrapenal e sustentar a não diferenciação entre erro de direito e erro de facto¹⁸¹.

Mas foi a partir da Sentença do BGH de 18 de março de 1952 que a prática jurisprudencial veio romper com a teoria do dolo, tendo estabelecido a teoria da culpa como paradigma dogmático-prático para futuro¹⁸². Num exercício de “*complementação do direito*”, nos dizeres de ENGLISH, o BGH alemão veio erigir como elemento autónomo da culpa a consciência da ilicitude, sustentando aquele tribunal que o agente só pode ser objeto de um juízo de censura quando tenha atuado com tal consciência ou tenha podido atuar nesse sentido, se tivesse empreendido um esforço de consciência. Adianta ENGLISH, citando a dita sentença, que “*O BGH considerou expressamente como sendo sua tarefa «descobrir e aplicar, pela via heurística judicial, aqueles princípios jurídicos que asseguram a actuação do princípio da culpa e se conformam à essência da mesma culpa»*”¹⁸³.

Tal doutrina veio influir, a par de outras construções dogmáticas, na configuração do novo § 17 do StGB alemão, consagrando esta disposição a teoria da culpa, no que

¹⁸¹ Cf. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 68-71.

¹⁸² Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 863.

¹⁸³ KARL ENGLISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 10ª edição, trad. de João Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 300-301. Embora FIGUEIREDO DIAS faça uma crítica cerrada à jurisprudência do BGH, sustentando que o que está em causa, não é a determinação da censurabilidade tendo por base a consciência ética do agente, mas sim a mera investigação do cumprimento de um dever de diligência, não se pode negar o mérito da mesma para a moderna configuração do erro sobre a ilicitude e respetiva relevância. E, por outro lado, não é certo que, no quadro dessa investigação, se não determine a censurabilidade do erro cometido pelo agente. Cf. FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, cit.*, p. 327.

concerne ao erro sobre a ilicitude. Dispõe tal preceito que “*se, ao cometer o facto, falta ao agente a consciência de que pratica um ilícito, age sem culpa, quando não tenha possibilidade de evitar este erro. Se o agente pôde evitar o erro, a pena pode ser... reduzida*”¹⁸⁴.

1.5.2.5. A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO DE FIGUEIREDO DIAS NO CÓDIGO PENAL DE 1982

Quando o insigne penalista FIGUEIREDO DIAS se debruçou globalmente sobre o problema da consciência da ilicitude pela primeira vez, ainda estava em vigor o CP de 1886, que, à primeira vista, ante a exegese do seu art. 29º, não conferia relevância ao erro sobre a ilicitude, não obstante o contributo de vários autores já citados para ultrapassar o problema que a lei penal de então levantava.

Na sua tese de doutoramento, FIGUEIREDO DIAS propugnava que a aceitação da tese da “*impossibilidade absoluta de uma falta de consciência da ilicitude*”, como substrato conformador do art. 29º do CP, levaria à reprimenda do brocardo *error iuris nocet* e, por vias disso, a uma violação dos termos interpretativos – i.e., do alcance – do princípio da culpa. Porquanto o princípio da culpa se configurava como princípio conformador de todo o direito penal português, tal como se podia deduzir do art. 44, n.º 7 do CP de 1886, que dispunha que “*justificam o facto, em geral, os que tiverem procedido sem intenção criminosa e sem culpa*”, notava FIGUEIREDO DIAS que “*uma interpretação do art. 29º de acordo com o princípio da culpa, é pressuposto irrenunciável de qualquer problema ligado à consciência da ilicitude*”¹⁸⁵.

Na sua investigação, FIGUEIREDO DIAS recusa quer a tese, segundo a qual se pode ultrapassar o teor literal do art. 29º, por referência à concreta falta de consciência da ilicitude face a uma *ratio* de proibição geral de desconhecimento geral da lei, pois que o teor literal da lei carece de ser concretizado pelo princípio da culpa¹⁸⁶, quer a tese mais conservadora, segundo a qual o art. 29º só vale para aqueles comportamentos – todos eles tipificados na lei penal – intrinsecamente ilícitos, ao ponto de dispensarem o conhecimento da norma para que se logre a consciência da ilicitude material, porquanto ela consubstancia uma presunção autoritária de ilicitude material espalhada por todo o Código Penal, presunção essa que, sob pena de violação do princípio da culpa, o art.

¹⁸⁴ KARL ENGLISH, *op. cit.*, p. 300.

¹⁸⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, cit.*, pp. 312-313.

¹⁸⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, cit.*, p. 314.

29º, ou qualquer outra disposição, não pode arrogar-se o direito de erigir. Com efeito, para FIGUEIREDO DIAS, a solução para a questão da consciência da ilicitude tem de ser dada *“a partir da consideração de cada caso concreto da vida à luz do pensamento da culpa”*. O art. 29º, n.º 1 deve, nesta linha de raciocínio, ser entendido, no sentido de valer para os casos concretos em que o conhecimento dos pressupostos de facto do tipo conduzam o agente a uma correta e suficiente compreensão do problema da ilicitude subjacente. Os restantes casos devem ser resolvidos, não por referência ao art. 29º, mas sim invocando o art. 44, n.º 7 do CP de 1886¹⁸⁷, que dispunha que *“justificam o facto, em geral, os que tiverem procedido sem intenção criminosa e sem culpa”*.

No entanto, uma vez que o art. 44, n.º 7 do CP de 1886 configura uma expressão meramente formal do princípio da culpa, FIGUEIREDO DIAS advoga que o problema da falta de consciência da ilicitude – mormente no que tange aos critérios de concretização de censurabilidade ou não censurabilidade a ela subjacente – há de reconduzir-se a um *“espaço livre de legislação”*¹⁸⁸, quanto à sua definitiva solução *material*¹⁸⁹, abrindo, assim, caminho à sua própria construção dogmática.

Em tal construção, que será detalhadamente analisada *infra*, FIGUEIREDO DIAS rejeita o critério da evitabilidade, sustentando que o erro sobre a ilicitude não será censurável sempre que a consciência ética do agente não documente, na prática do facto, uma atitude interna reprovável face aos valores jurídico-penais. I.e., o erro não será censurável quando o agente atue de forma reta, i.e., quando há uma *“persistência no agente, apesar do erro sobre a ilicitude em que incorreu, de uma atitude de fidelidade a exigências reais-objectivas de direito, a pontos de vista de valor juridicamente correctos”*¹⁹⁰. Pelo que, já em 1969, concluía o decano de Coimbra que o legislador deve ser partidário da possibilidade de um erro não censurável sobre a ilicitude, que tenha por efeito a exclusão da culpa do agente, *“fazendo a afirmação de princípio de que age*

¹⁸⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, cit.*, pp. 316-317.

¹⁸⁸ O espaço livre de direito – embora o seu conceito seja objeto de viva discussão na doutrina e não possa aqui ser escarpelizado -, traduz-se, para uns, num espaço por regular, para outros, num espaço por valorar, ao nível jurídico. Veja-se que, por vezes, há normas que, encaradas isoladamente, consubstanciam uma verdadeira lacuna jurídica. Mas se forem complementadas com outra ou outras, que se encontrem na mesma lei, ou se forem complementadas por recurso à concretização de princípios jurídicos estruturantes, ganham uma unidade de sentido, completando-se o que estaria incompleto. Parece ser este o exercício empreendido por FIGUEIREDO DIAS. E não se diga que este raciocínio – porventura analógico -, vem violar o princípio da legalidade, pois trata-se de uma construção jurídico-argumentativa, no plano penal, *pro libertatis*.

¹⁸⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, cit.*, p. 319.

¹⁹⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal, cit.*, p. 352.

*sem culpa quem pratica um facto sem consciência da ilicitude, se o erro lhe não for censurável*¹⁹¹.

De facto, foi este pensamento que, efetivamente, veio a ser plasmado - em preterição do art. 13º do Projeto Parte Geral de EDUARDO CORREIA – no art. 17º do CP de 1982, que dispõe o seguinte: “N.º 1: *age sem culpa quem atuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável. N.º 2: se o erro lhe for censurável, o agente é punido com pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada*”¹⁹².

Com efeito, a lei penal portuguesa consagra a teoria da culpa limitada – tal como muitas outras legislações penais hodiernas de matriz romano-germânica a consagram -, conquanto que temperada por uma teoria do dolo, no que concerne ao erro sobre as proibições legais.

¹⁹¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., p. 364.

¹⁹² Veja-se o n.º 4 do preâmbulo do Código Penal: “*Característico de toda a filosofia deste diploma é o modo como se consagra a problemática do erro. Na verdade, este ponto pode perspectivar-se como charneira de toda a problemática da culpa, já que é nele – quer se considere o erro sobre as circunstâncias do facto (artigo 16º) quer o erro sobre a ilicitude (artigo 17º) – que o direito penal encontra o verdadeiro sentido para ser considerado como direito penal da culpa. Torna-se assim evidente, à luz deste diploma, que o agente só pode merecer um juízo de censura ética se tiver actuado com consciência da ilicitude do facto. Porém, se tiver agido sem consciência da ilicitude e o erro lhe for censurável, o agente «será punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, que pode ser especialmente atenuada» (artigo 17º, n.º 2). Ficam deste modo, protegidos não só determinados fins da prevenção, como também o valor que todo o direito prossegue: a ideia de justiça*”.

2. CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E ERRO

2.1. CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Só o agente cabalmente socializado pode ter pleno acesso à consciência da ilicitude de uma proibição jurídico-penal. Pelo que o processo de socialização e tudo o que nele está implicado é condição essencial para que se possa valorar aquilo que se arvora num desvalor da ação e num desvalor de resultado, em função de uma lesão ou de um perigo de lesão de um bem jurídico fundamental. É mister apreciarmos este aspeto.

O indivíduo, como novo membro da sociedade, irá passar por um complexo processo integrativo, onde irá apreender as normas de conduta e os costumes e aspetos culturais essenciais da comunidade onde se insere, onde uma pluralidade de agentes desempenham um papel fundamental para tanto. Em primeiro lugar, a família irá assumir uma posição de suma importância no desenvolvimento da personalidade do indivíduo, uma vez que é ela, por norma, que supre as suas necessidades essenciais, lhe atribui uma primeira dimensão social, constitui um porto de amparo e lhe abre caminho para a perceção de si mesmo. Segue-se o papel da escola na transmissão de informações tendentes à formação de uma consciência sobre os valores e as normas dominantes numa comunidade histórico-espacialmente situada. Releva, outrossim, atentar nos pares do indivíduo, que, ao sublinharem a importância da cooperação e da entreatajuda, lhe descortinam ideias sobre o sentido de justiça e da moral. Já no mundo profissional, “*dominam as orientações universalísticas e voltadas para a consecução de um objectivo*”¹⁹³.

Daqui resulta que a mimese e o reforço são elementos essenciais da socialização. Com efeito, o novo membro da sociedade tende a imitar o que um padrão modelo faz, apreendendo paulatinamente os seus usos e costumes. Por outro lado, o indivíduo começa a ter perceção do que é o *bem* e do que é o *mal*, quando continua a fazer aquilo que lhe trouxe uma recompensa e quanto evita fazer aquilo que levou à sanção, porquanto esta foi interiorizada e permanece latente como motivo de ansiedade¹⁹⁴. Assim, como bem assinala GIMBERNAT ORDEIG, da mesma forma que a consciência da criança é formada ao reagir com a privação de afeto ante a realização de um

¹⁹³ AUGUSTO DA SILVA, “Socialização”, in *Polis – Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado*, Vol. 5, Lisboa-São Paulo: Verbo, 1987, pp. 905-906.

¹⁹⁴ GLEITEMAN / FRIDLUND / REISBERG, *Psicologia*, trad. coord. por Danilo R. Silva, 8ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 805-807; 812.

comportamento proibido e com a concessão de afeto ante a realização de um comportamento conforme aos padrões normativo-educacionais desejáveis, o direito tem de recorrer à ameaça da sanção – no caso, da aplicação de uma pena privativa da liberdade -, para lograr o respeito pelas regras mais elementares de convivência em sociedade¹⁹⁵. A partir do momento em que o indivíduo apreende e compreende que assim é, i.e., que a sociedade reforça as suas regras mais elementares, com a ameaça de aplicação de uma sanção, ele entra numa relação de *cuidado-de-perigo* – nos dizeres de FARIA COSTA – para com o próximo e para consigo próprio¹⁹⁶, pelo que quando essa relação é violada, o indivíduo – consciente disso – aparta-se de tal quadro comunicacional, pervertendo a relação primeva de *cuidado-de-perigo*¹⁹⁷. I.e. – e estamos em condições de o sustentar -, é através de um fenómeno integrativo-comunicacional que o indivíduo fica imbuído de um espírito axiológico-normativo conformador e integrativo do seu ser, a título solidário, na sociedade. Essa linguagem axiológica, que ele vai apreendendo e consolidando paulatinamente, permite-lhe distinguir aquilo que é socialmente respeitável e aquilo que é socialmente danoso e insuportável e, por vias disso, aquilo que é permitido ou proibido pelo direito¹⁹⁸.

Nestes termos, a capacidade para valorar só pode existir com a possibilidade de alcançar o desvalor material associado à norma jurídico-penal¹⁹⁹. Com efeito, a

¹⁹⁵ ENRICO GIMBERNAT ORDEIG, “¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídicopenal?”, in Teresa Pizarro Beleza (org.), *Textos de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 259-261.

¹⁹⁶ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 10.

¹⁹⁷ JOSÉ DE FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 340.

¹⁹⁸ CLÁUDIO BRANDÃO, “A Consciência da Antijuridicidade no Moderno Direito Penal”, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n.º 136, 1997, p. 57. Com efeito, as normas fundamentais conformam a matriz identitária de uma determinada comunidade histórico-espacialmente situada, sendo que o seu substrato repousa na vivência quotidiana e na experiência do intercâmbio social. Tais normas são apreendidas pela experiência de vida em sociedade e integradas na consciência de cada um dos seus membros. O seu desconhecimento só se justifica, por regra, em casos de socialização anómala ou de ausência de socialização. Cf. AGUSTÍN DANNENBERG BROCCARDO “Consciencia del Ilícito y Ofensividad Social”, in *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 6, 2020, p. 16.

¹⁹⁹ “Os valores precisam de ser compreendidos e integrados na consciência do agente”, para que se lhe possa assacar uma responsabilização, em função da possibilidade de atualização da consciência do carácter imperativo ou proibitivo da norma. De outra forma, o agente responderia a título de responsabilidade objetiva. Cf. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Vol. II, *Teoría del Delito, Teoría del Sujeto Responsable y Circunstancias del Delito*, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 368.

consciência da ilicitude é o “*resultado de uma determinação comunicativa*”²⁰⁰, de um complexo processo de integração social, cultural e normativo²⁰¹.

A consciência da ilicitude consubstancia-se, *prima facie*, na compreensão valorativa de que uma determinada conduta não é juridicamente permitida²⁰². I.e., a consciência da ilicitude reporta-se ao juízo valorativo-material incidente sobre a proibição da norma. Trata-se de identificar o desvalor ou o prejuízo consubstancial à violação de uma norma proibitiva ou imperativa²⁰³. É a antijuridicidade material, entendida como desvalor da ação e desvalor do resultado, em função da lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico fundamental, que constitui o objeto da consciência da ilicitude. Note-se, como sustenta a maior parte da doutrina finalista e pós-finalista, que o objeto da consciência da ilicitude não é o específico conhecimento da concreta configuração da proposição normativa violada, porquanto tal exigência levaria a consequências político-criminais insustentáveis, mormente à impunidade de uma pluralidade de casos que seriam facilmente valoráveis, mediante um pequeno esforço de reflexão ou de consciência, antes é a cognoscibilidade de que a conduta é contrária às exigências da ordem jurídica e, conseqüentemente, é juridicamente proibida²⁰⁴. Está em causa, como há muito é afirmado por MEZGER, uma valoração paralela na esfera do leigo, ou, na melhor formulação de FIGUEIREDO DIAS, uma “*apreensão do sentido ou significado social desvalioso do agente, ao resultado da valoração jurídica*”²⁰⁵. Mas em que termos? Será apenas necessária a consciência da danosidade social ou da imoralidade da conduta para haver consciência da ilicitude? Analisemos mais de perto esta problemática.

A consciência da danosidade social não é, *per se*, suficiente para fundamentar a consciência da ilicitude, embora constitua um forte indício²⁰⁶, ao menos, de uma

²⁰⁰ INÊS FERNANDES GODINHO, “O Erro, a Proibição e a Ilicitude – Reflexões Sobre o Tempo a Partir do Ilícito Objectivo”, in Helena Mota, *et. al.* (org.), *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 617. Mais adianta a autora que, se o agente fica impedido de valorar o facto – i.e., de reconhecê-lo como juridicamente desvalioso, “*carece conseqüentemente da existência de um desvalor material da sua conduta*”. *Idem, Ibidem.*

²⁰¹ Só na medida em que haja lugar à apreensão e a um domínio paulatino da razão prática sobre os comandos normativos essenciais, no quadro de um processo de socialização normal (ausência de analfabetismo, subcultura, etc.), é que poderá surgir a questão da consciência da ilicitude. Cf. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal – Parte General*, 8ª edição, Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 382.

²⁰² CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 866.

²⁰³ AGUSTÍN DANNENBERG BROCCARDO “Consciencia del Ilícito y Ofensividad Social”, *cit.*, p. 11.

²⁰⁴ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Vol. I, trad. da 5ª edição alemã de Miguel Olmedo Cardenete, Breña: Pacífico Editores, 2014, p. 668.

²⁰⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, p. 644.

²⁰⁶ Tome-se em conta a constatação de ARMIN KAUFMANN, segundo a qual, a consciência da ilicitude não apenas pode ser obtida por meio do conhecimento da lei, mas também – e talvez o seja na maioria dos casos – pela consideração de que uma determinada ação seja socialmente danosa e, por vias disso, há uma elevada probabilidade de ser juridicamente proibida. Cf. ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las Normas –*

consciência eventual da ilicitude (*infra*). Tem de se tratar de uma ofensividade social intolerável de tal forma, que o agente, ao atuar, teve consciência de que lesava a ordem social e, concomitantemente, lesava ou punha em perigo um bem jurídico fundamental²⁰⁷.

A mera imoralidade da norma também é insuficiente para fundamentar, por si só, a consciência da ilicitude, embora o agente possa aceder à consciência da ilicitude por vias do conhecimento de uma *imoralidade intolerável*, uma vez que o próprio direito pode ser concebido como um mínimo ético, i.e., como um sistema impositivo de um conjunto de regras essenciais para a convivência em sociedade. Em todo o caso, como propugna STRATENWERTH, o juízo de censura constitutivo da culpa só pode assentar na constatação de que o agente se não determinou pelo direito; as regras morais, pertencentes a um quadro de interioridade, transcendem, em muito, o mínimo ético conformador de uma essencialidade jurídica²⁰⁸. O mero conhecimento da incompatibilidade da conduta com determinados valores não supõe, necessariamente, o conhecimento jurídico da norma que é violada. Veja-se o exemplo bastante elucidativo aduzido, a este propósito, por JESCHECK / WEIGEND: v.g. A, esposa de B, sabe que o seu marido se preparava para cometer um assalto, mas nada faz para que ele mude de ideias. Embora saiba que o seu silêncio é imoralmente incorreto, A desconhece o dever de denúncia ou a obrigação de impedir a consumação do facto típico. Neste caso, conquanto A tenha representado que a sua ação era moralmente incorreta, tal representação não a impulsionou para o conhecimento de um dever jurídico que sobre ela impendia, incorrendo, assim, num erro sobre a ilicitude²⁰⁹. Como bem nota STRATENWERTH, o agente tem de representar que o facto que praticou é suscetível de desencadear uma sanção de jaez coercivo-estatal²¹⁰. Em última análise, a norma jurídico-penal tem por escopo a tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais e não uma qualquer moralidade costumeira²¹¹.

O que se acaba de expor é a regra. A regra de que a consciência da ilicitude não exige o conhecimento da punibilidade nem da concreta configuração do preceito legal que

Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna, trad. de Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977, p. 256.

²⁰⁷ AGUSTÍN DANNENBERG BROCCARDO "Consciencia del Ilícito y Ofensividad Social", *cit.*, p. 19.

²⁰⁸ GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General: El Hecho Punible*, trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti, Madrid: Civitas, 2005, p. 251.

²⁰⁹ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, *cit.*, p. 669.

²¹⁰ GÜNTHER STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 253.

²¹¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, *cit.*, p. 645.

contém a proibição. Com efeito, na maioria dos casos, o agente terá consciência de que a conduta que pratica é ilícita, porquanto tal ilicitude faz parte de uma consciência normativa global (v.g. homicídio, ofensas à integridade física, furto, etc.)²¹².

Destarte, situações há em que só o conhecimento da proibição legal é que possibilita o acesso à consciência da ilicitude, quais sejam, aquelas em que a norma não revista uma coloração ético-social imediata²¹³, i.e., a norma é dotada de uma carga axiológica diminuta. Falamos, mormente, dos *delicta mere prohibita*, i.e., aquelas condutas cuja proibição não repousa num prévio desvalor comunitariamente apreendido e compreendido, mas dimana de momentos de oportunidade político-criminal transitória ou de necessidades de regulamentação de determinadas áreas, cujo alcance proibitivo não é diretamente apreensível pelos seus destinatários²¹⁴.

A consciência da ilicitude constitui um elemento autónomo da culpa e não do dolo. Trata-se de uma valoração e não de mera representação intelectual. E é assim, porquanto a função de apelo à permeabilidade normativa subjacente à proposição jurídico-penal só é eficaz se o agente pode conhecer que o facto que pratica é proibido, sob pena de ausência de motivação para se abster de praticá-lo²¹⁵. Autores há, no entanto, que sustentam que o dolo é ainda elemento da culpa – configurando-se como *dolus malus* – consubstanciando-se o *dolus naturalis* – como representação e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo – num exercício de artificialismo, em nome de suportas exigências ontológicas²¹⁶. Em nossa opinião, o dolo tem uma função de advertência quanto à valoração da conduta, que não raro tem lugar em momento concomitante à representação intelectual. Na maior parte das vezes, a representação dolosa de um ilícito-típico é quase sempre acompanhada da consciência de que se fez algo que é

²¹² HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 670. Este tipo de condutas, inserindo-se num quadro de essencialidade valorativa, são objeto de um desvalor sociocultural tendencialmente universal, pelo que “a realização de um tipo legal de crime pertencente a este âmbito basta para o agente poder orientar a sua consciência para o problema da ilicitude”. Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 143.

²¹³ GÜNTHER STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 252. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 426.

²¹⁴ Tais proibições podem ser encontradas em múltiplas disposições do direito penal secundário ou especial, onde existe uma “*hiper-regulamentação*” de carácter altamente técnico e onde, não raro, é discutida a legitimidade do fenómeno de criminalização. Cf. HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 670.

²¹⁵ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 381.

²¹⁶ Cf. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, ALFONSO SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español – Parte General*, 18ª edição, Madrid: Dykinson, 1995, p. 462. SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal – Parte General*, 8ª edição, Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 553.

proibido pelo direito²¹⁷. Mas nem sempre é assim. Basta pensar no agente inimputável, que, conquanto represente e queira realizar uma conduta tipificada como crime, não consegue valorar o seu conteúdo axiológico, i.e., o seu desvalor. Donde, a consciência da ilicitude se consubstancia na valoração e o dolo no objeto da valoração. Pelo que a sua inserção sistemático-categorial há de cifrar-se na culpa. Com efeito, para que se possa formular um juízo de censura ao agente, este tem de ter presente, ou no mínimo há de ter a possibilidade de lograr esse estágio, a “*consciência do desvalor do facto*”, i.e., se ele sabia ou podia saber da reprovabilidade do seu modo de agir. Ademais, as necessidades preventivas – que não de limitar negativamente a culpa -, quer no sentido da intimidação e orientação cultural, quer no sentido da ressocialização, só podem ser cabalmente exercidas se o agente tiver ou puder ter consciência do ilícito²¹⁸

WOLFGANG FRISCH vem sustentar uma posição minoritária, que intenta pôr em xeque a integração da consciência da ilicitude como elemento da culpa. Para FRISCH, desde a primeira fundamentação da integração da consciência da ilicitude na culpa até ao momento ocorreram importantes transformações dogmáticas. Por um lado, a retribuição, como ideia de culpa, foi afastada, tendo a teoria da prevenção ganhado palco privilegiado na dogmática penal, segundo a qual, o fim da pena reside no “*fortalecimento da vigência da norma violada*”, a qual foi desprezada ou questionada pelo agente. Essa conceção vai ter, segundo o autor, importantes consequências em toda a dogmática penal. Do ponto de vista material, para FRISCH, o crime há de ser concebido como o “*desprezo ou questionamento da vigência da norma*”. Assim sendo, só se pode falar de um desprezo ou questionamento da norma em caso de ausência de consciência atual da ilicitude quando aquele que atua ilicitamente, por via da compreensão normativa dimanada da exigência de cumprimento da norma, poderia apreender a natureza ilícita do seu comportamento e quando existia a expectativa jurídica de que o agente tivesse logrado esse conhecimento, a fim de evitar o ilícito²¹⁹. Pelo que, deste ponto de vista, a consciência da ilicitude constitui apenas um elemento parcial do desprezo pela norma violada, que, com a obrigação jurídica de lograr o conhecimento da norma, se consubstancia num elemento necessário para se afirmar o desprezo ou o questionamento da norma, i.e., trata-se de um pressuposto do próprio ilícito típico, que

²¹⁷ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 381.

²¹⁸ FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale*, 4ª edição, Pádua: CEDAM, 2001, pp. 308-309.

²¹⁹ WOLFGANG FRISCH, “La Teoría de la Conciencia del Injusto: Debilidades y Necesidad de una Revisión”, in J.M. Silva Sánchez, et. al., (coord.), *Estudios de Derecho Penal – Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2017, pp. 574.575.

precede a culpa. Esta posição é de afastar. A ilicitude consubstancia-se numa contrariedade da ação típica com a ordem jurídica, cujo predicado valorativo assenta no desvalor da ação e no desvalor do resultado. A ordem jurídica reprova a conduta do agente, expressada no desvalor do comportamento, ante lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos fundamentais. Trata-se de uma dimensão objetiva da valoração penal, porquanto, como nota FARIA COSTA, o comando normativo dimanado da proibição veicula uma valoração prévia, posto que o “*desvalor acompanha a conduta proibida*”. Pelo que o ilícito é um “*prius lógico e temporal relativamente à norma de determinação*”. Embora se fale em ilícito pessoal, ante a valoração objetiva que está ínsita nesta categoria dogmática, é de afirmar que a ilicitude não se aparta de tal valoração²²⁰. Ora, a consciência da ilicitude tem por objeto, como o próprio nome indica, esse *prius* valorativo. Trata-se de um elemento necessário a um juízo axiológico-normativo individual que só poderá inserir-se no quadro da culpa, posto que se insere num quadro de tendência subjetiva. Ademais, o argumento de FRISCH é incongruente do ponto de vista lógico: se a consciência da ilicitude faz parte do ilícito, isso significa que a ilicitude tem por objeto... a própria ilicitude! Tal carece totalmente de sentido! Com efeito, o objeto da ilicitude é o facto típico.

A consciência da ilicitude pode ser atual ou atualizável. Quando o agente pratica o facto típico, não é necessário, como bem nota CUELLO CONTRERAS, que ele pense “estou a realizar um facto ilícito, tipificado na norma x do Código Penal”, para que tenha consciência da ilicitude, antes basta que possua a consciência de que a conduta que pratica se reconduz àquele grupo de atos socialmente intoleráveis e gravosos de tal forma que há um elevado grau de probabilidade de serem antijurídicos²²¹. Por outro lado, note-se que, após o agente apreender determinados significados, signos, costumes, modos de vida, que lhe permitam um mapeamento da estrutura normativa onde se insere, a consciência dos imperativos e proibições socialmente danosos permanece latente no seu *superego*, sempre pronta a ser atualizada a qualquer momento. Pelo que quem tem conhecimento, conquanto que latente, da norma, pode atualizar, na sua consciência, o seu conteúdo e a sua *ratio*, a fim de conformar a sua conduta em função do dever ser²²². Com efeito, como propugna CURADO NEVES, a obtenção da consciência de que uma conduta é ilícita supõe um processo mental, em

²²⁰ JOSÉ DE FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 257.

²²¹ JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español – Parte General: Nociones Introductorias. Teoría del Delito*, 3ª edição, Madrid: Dykinson, 2002, p. 1088. Também neste sentido, JOSÉ CEREZO MIR, *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 1982, p. 85.

²²² ARMIN KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 218-219.

que os impulsos para a consciencialização da valoração social ou jurídica debater-se-ão com outros em sentido contrário, e serão objeto de uma escolha, não raro irrefletida²²³.

Mais problemáticas são as situações em que o agente tem dúvidas sobre o caráter lícito ou ilícito do facto e age. Em tais casos, a situação jurídica não está clara, é dúbia, obscura. O agente considera que a sua conduta possa ser lícita, não obstante contar, também, com a possibilidade de ser proibida. Como devem ser tratados tais casos?

ALAOR LEITE construiu uma tese inovadora e muito interessante a este respeito. Para o autor brasileiro, a dúvida sobre o caráter antijurídico da conduta não redundava numa consciência eventual da ilicitude, constituindo apenas um motivo concreto para a emergência do dever de se informar. Se o agente não cumprir tal dever e ainda assim atuar, ele incorre em erro sobre a ilicitude evitável ou censurável, porquanto se assim não fosse, quase não haveria espaço para o reconhecimento deste erro, o que redundaria na efetivação do brocardo *error iuris nocet*²²⁴.

Não obstante o salutar contributo dogmático, tal solução tem de ser lida cuidadosamente. É certo que sobre o agente, quando a situação jurídica subjacente à ação não está clara e despoleta dúvidas na sua mente, recai um dever de se informar, de se esclarecer, nomeadamente junto de um especialista ou mediante a consulta de fontes adequadas (v.g. a jurisprudência e a doutrina dominante sobre o assunto). Só depois de desvanecer as suas dúvidas é que ele deverá tomar uma posição quanto à atuação pretendida. Ora, se o agente teve dúvidas sobre o caráter antijurídico da conduta e ainda assim atuou, ele representou duas possibilidades, e numa delas ele não estaria alheado da desconformidade da ação com a ordem jurídica. A dúvida, é, com efeito, motivo suficiente para que o agente se abstenha de atuar e reflita mais profundamente sobre a sua potencial atuação²²⁵. Outra coisa diferente é o caso de o agente, de boa fé, confiar numa fonte de informação jurídica dimanada de um órgão estatal, que lhe formou a convicção de que a conduta seria lícita ou muito provavelmente o era, pois o que está em causa é o princípio da boa fé e da confiança na honorabilidade do Estado. Mas esta delimitação entre consciência eventual da ilicitude e erro evitável

²²³ JOÃO CURADO NEVES, *A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 118.

²²⁴ ALAOR LEITE, “Existem Deveres Gerais de Informação no Direito Penal? – Violação de um Dever, Culpabilidade e Evitabilidade do Erro de Proibição”, in *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*, ano 23, n.º 2, 2013, pp. 215-235.

²²⁵ JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 1088.

sobre a ilicitude será desenvolvida em IV. Em todo o caso, se o agente representou seriamente a possibilidade de que a sua conduta poderia traduzir-se numa lesão ou num perigo de lesão de um bem jurídico fundamental, ele atuou com consciência da ilicitude, ainda que eventual²²⁶. Nestes casos, o agente vai ser responsabilizado pela comissão dolosa do ilícito-típico que praticou, embora no plano da culpa exista uma menor censurabilidade face aos casos em que o agente possui uma consciência “segura” da ilicitude²²⁷. Quando o agente atua com consciência eventual da ilicitude, a responsabilidade só pode ficar totalmente apartada quando se venha a provar, através de um processo mental hipotético em tudo semelhante ao comportamento lícito alternativo, que a dúvida é totalmente irresolúvel, i.e., que ainda que o agente, hipoteticamente, tivesse optado por cumprir de forma zelosa e diligente o dever de se informar, a dúvida não se dissiparia²²⁸.

Por último, releva notar que a consciência da ilicitude é cindível, i.e., como afirma RUDOLPHI, “*se um agente realiza com o seu comportamento vários tipos legais, então ter-se-á de relacionar a sua (potencial) consciência da ilicitude com o conteúdo do ilícito material de todos os crimes por ele realizados*”²²⁹. No entanto, se o agente só tem consciência de violar uma das normas penais, entre as várias que foram infringidas, ele só atinge o apelo dessa única norma, pelo que o seu comportamento só pode ser censurado quanto à(s) infração/infrações que não representou, na medida em que ele tivesse a possibilidade de ter conhecido e compreendido o conteúdo do ilícito a elas subjacente, uma vez que lhe faltou a possibilidade de determinar livremente a sua ação pelo apelo das normas jurídicas violadas que não chegaram à sua consciência no momento da deliberação para o agir²³⁰.

²²⁶ J.M. SILVA SANCHÉZ, “Observaciones Sobre el Conocimiento “eventual” de la antijuridicidad”, in *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*, Tomo 40, Fasc. 3, 1987, p. 652. Note-se que se trata de um problema de representação/valoração condicionada e não de um problema de volição, pois, para que o erro sobre a ilicitude fique apartado basta que o agente conheça a ilicitude da sua conduta. *Idem, Ibidem*. Mais intransigente, PÉREZ ALONSO vem sustentar que a dúvida resolúvel deve ser equiparada à responsabilidade total e a dúvida irresolúvel à atenuação penal. (Cf. ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO, “La Duda Sobre la Prohibición”, in *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*, Tomo 48, Fasc. 1, 1995, pp. 87-88). Se se concluir que a situação jurídica não seria esclarecida, então o erro há de reputar-se inevitável, posto que não há, em tais casos, frustração de expectativas jurídico-comunitárias.

²²⁷ J.M. SILVA SANCHÉZ, *op. cit.*, p. 653. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, pp. 652-653.

²²⁸ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 875. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 1089.

²²⁹ HANS-JOACHIM RUDOLPHI, “A Consciência da Ilicitude Potencial como Pressuposto de Punibilidade no Antagonismo entre “Culpa” e “Prevenção””, trad. de Maria Fernanda Palma, in *Direito e Justiça, Vol. III (Volume de Homenagem ao Professor Doutor Manuel Cavaleiro de Ferreira)*, 1987-1988, p. 92.

²³⁰ HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *op. cit.*, pp. 92-93. Aproximadamente, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal -Parte Geral, cit.*, p. 647.

A consciência da ilicitude é um elemento essencial da culpa, sem o qual não pode haver lugar a um juízo de censura ou a um cabal juízo de censura, uma vez que o agente agiu sem que pudesse motivar-se pelo apelo da norma, pelo que não há uma rotura da relação comunicacional com o próximo e com ele próprio, ao menos na sua totalidade.

2.2. ERRO SOBRE A ILICITUDE

2.3. CONCEITO E FORMAS DE MANIFESTAÇÃO

O erro sobre a ilicitude pressupõe que o agente, quando o facto é praticado, não possua consciência da antijuridicidade do seu comportamento²³¹. O agente, conquanto represente e queira realizar os elementos objetivos do tipo, não sabe que a sua atuação não é permitida pela ordem jurídica²³². O erro sobre a ilicitude, como notam JESCHECK / WEIGEND, entre outros autores, não é apenas a aceitação positiva de que o facto que se pratica é permitido à luz da ordem jurídica, mas também a ausência de uma representação axiológica, no sentido do desvalor que acarreta a realização do ilícito típico²³³. Esta asserção é de aplaudir, porquanto, para que o erro sobre a ilicitude assuma relevância ao nível da culpa, releva, mais do que perceber se o agente representou intelectualmente uma permissão, a representou axiologicamente, uma vez que é o elemento axiológico-valorativo que exprime, de forma mais direta, se o agente atuou de forma mais ou menos censurável²³⁴. Em suma, e em termos gerais, o erro sobre a ilicitude consubstancia-se no desconhecimento de que um facto é ilícito, i.e., que se está a violar uma norma protetora de um (ou vários) bem jurídico fundamental de jaez proibitivo. No erro sobre a ilicitude, o agente, em virtude do desconhecimento do carácter antijurídico da conduta ou de uma errónea valoração, viola inconscientemente uma norma²³⁵.

O erro sobre a ilicitude há de excluir a culpa, se o erro for não censurável, ou poderá atenuar a pena, se o erro for censurável (art. 17º CP). Para ROXIN, esta consequência, qual corolário do princípio da culpa, repousa da constatação de que quem não tem a possibilidade de aceder à consciência da ilicitude, fica apartado do alcance

²³¹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2º Vol., reimp., Lisboa: AAFDL, 2010, p. 309.

²³² CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 861.

²³³ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 672.

²³⁴ Cf., falando numa “*falta de sentimento de maldade da ação respetiva*”, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 641.

²³⁵ JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 1090.

mandamental da norma, não se verificando, por conseguinte, o apelo normativo constitutivo do juízo de censura²³⁶. CURADO NEVES critica esta posição, sustentando que na falta de consciência da ilicitude, o agente não deixa de ser permeável ao apelo normativo, porquanto, caso conhecesse a norma – ao contrário do que sucederia com aqueles que não têm domínio dos seus atos -, teria a possibilidade de a seguir. Continua o autor, afirmando que apenas se verificam obstáculos ao conhecimento da norma, não uma incapacidade que vede ao agente a apreensão do alcance normativo²³⁷. Cremos que esta crítica não é merecedora de subscrição, uma vez que ROXIN sustenta a sua posição para os casos em que houve uma absoluta impossibilidade de aceder à consciência da ilicitude. Nesses casos, o agente que incorre em erro – invencível ou não censurável – não logra ser um destinatário dos comandos normativos, tal qual aqueles que mediante um esforço de consciência o seriam ou aqueles que apreendem e compreendem cabalmente o desvalor subjacente à norma. Quanto a nós, sustentamos que a relação comunicacional de cuidado para com o próximo ou para consigo próprio não fica pervertida – ou apenas o fica parcialmente – quando o agente erra sobre a antijuridicidade da ação que realizou, porquanto, quando ele pratica o facto, não sabe ou não poderia saber²³⁸ que a sua conduta se consubstanciaria numa violação de normas protetoras de bens jurídicos essenciais à preservação e ao livre desenvolvimento de uma comunidade e do próprio indivíduo. Note-se, como bem observa RUDOLPHI, que só quando o agente tenha tido a possibilidade de compreender a natureza obrigatória subjacente à norma violada e, por vias disso, a ilicitude da sua conduta, é que se poderia afirmar que ele poderia ter sido sensível ao apelo normativo²³⁹. Com efeito, a norma penal tem o poder de influir no curso causal da ação humana, mercê de um quadro axiológico, no qual o indivíduo poderá fazer da norma um parâmetro conformador da sua conduta. Assim, na senda de ARMIN KAUFMANN, quem tem a capacidade de constituir a norma vinculativa em valor paramétrico é livre de realizar a ação em sentido normativo. Pelo contrário, se não há um impulso contrário ao dever ser jurídico-penal, a norma fica impedida de influir no curso causal da ação humana e, conseqüentemente, a “*sobre-determinação conforme ao sentido*” deixa de ser possível. Em casos tais, o imperativo de conformar o seu comportamento em função

²³⁶ CLAUD ROXIN, *Derecho Penal- Parte General*, cit., p. 878.

²³⁷ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 121.

²³⁸ GÜNTHER STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 250.

²³⁹ HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 91.

das exigências jurídico-comunitárias constitui um imperativo menor do ponto de vista axiológico-jurídico, pois o agente não pôde autodeterminar-se pela norma²⁴⁰.

O erro sobre a ilicitude pode manifestar-se das seguintes formas: a) erro sobre a ilicitude direto; b) erro sobre a ilicitude indireto; c) erro sobre o dever de agir nas omissões impuras.

O erro sobre a ilicitude direto é a forma de manifestação paradigmática deste tipo de erro. Aqui, o agente não tem consciência de que o facto que pratica é proibido²⁴¹, i.e., ele tem por permitida a norma que é proibida²⁴² e por isso ele atua. É o caso de *A* que supõe erroneamente que ter relações com *B*, menor de 16 anos, é uma conduta permitida, quando na verdade configura o crime de atos sexuais com adolescentes, p. e p. no art. 173º do CP. A consequência deste erro há de aferir-se em função dos critérios concretizadores da censurabilidade e não censurabilidade do erro, que serão analisados *infra* IV.

O erro sobre a ilicitude indireto compreende as situações em que o agente representa, erroneamente, a existência ou os limites de uma causa de justificação²⁴³. Há, com efeito, uma falha na valoração jurídica, quanto a uma causa de justificação ou quanto à amplitude da causa de justificação²⁴⁴. Aqui, o agente não erra sobre circunstâncias fácticas – tal como no erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação -, mas valora erroneamente a situação justificativa²⁴⁵ - o agente pensa erradamente que tem o direito a agir numa determinada situação, quando na verdade não tem²⁴⁶. Exemplo muito difundido quanto ao erro sobre a existência de uma causa de justificação é o do médico que crê erroneamente poder operar, sem mais, o seu paciente, em função do exercício profissional de medicina, quando na verdade carece do seu consentimento (art. 149º CP)²⁴⁷. Outro exemplo que poderá ser aduzido é o da jovem sueca que, estando grávida de 16 semanas, e estando a passar férias em Portugal, pratica o crime de aborto, p. e p. no art. 140º do CP, sem que concorra alguma das situações excludentes da

²⁴⁰ ARMIN KAUFMANN, *op. cit.*, p. 234.

²⁴¹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal, cit.*, pp. 309-310.

²⁴² HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 673.

²⁴³ Cf., entre outros autores, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 871; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 679.

²⁴⁴ ERIC HILGENDORF, BRIAN VALERIUS, *Direito Penal – Parte Geral, trad. da 2ª edição alemã de* Orlandino Gleizer, São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 218.

²⁴⁵ ERIC HILGENDORF, BRIAN VALERIUS, *op. cit., loc. cit.*

²⁴⁶ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal, cit.*, p. 310.

²⁴⁷ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 680.

responsabilidade criminal previstas no art. 142º do CP, pensando erroneamente estar amparada por uma causa de justificação. Por outro lado, exemplo paradigmático do erro sobre os limites de uma causa de justificação é o do pai que agride violentamente o filho, pensando que tal conduta ainda está compreendida no direito de correção. Este erro é equiparado, para todos os efeitos, ao erro sobre a ilicitude direto, porquanto, como propugnam ERIC HILGENDORF e BRIAN VALERIUS, “aquele que julga o seu comportamento contrário à ordem jurídica como adequado a ela não é digno da mesma proteção merecida por aquele que age em erro de tipo permissivo, que quer, com a sua conduta, respeitar os limites legalmente previstos para uma conduta adequada ao direito”²⁴⁸.

O erro sobre o dever de agir nas omissões impuras²⁴⁹ sucede quando o agente não tem consciência do dever de agir que sobre si impende, sobre a posição de garante em que está investido e, por vias disso, comete um crime omissivo²⁵⁰. Não se confunda esta situação com aquela em que, a título de exemplo, o agente deixa de prestar o auxílio devido, porquanto representa erroneamente que a prestação de auxílio representa grande perigo para a sua vida. Este exemplo consubstancia um caso de erro intelectual²⁵¹. No erro em análise, o agente erra sobre a existência do dever de agir, i.e., pensa que o dever de evitar uma determinada conduta lhe não assiste. É o caso do pai que, estando a ver que o seu filho se está a afogar, lhe não vai prestar socorro, porque pensa erroneamente que o dever de socorro assiste apenas e exclusivamente aos

²⁴⁸ ERIC HILGENDORF, BRIAN VALERIUS, *op. cit.*, p. 219. Veja-se, ainda, o sugestivo exemplo que nos é dado pelo Tribunal da Relação do Porto (TRP), em acórdão datado de 17-06-1992, Proc. N.º 9230377, cujo sumário se reproduz: *I – A acção directa pressupõe: a) – A existência de um direito próprio; b) – A impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais (judiciais ou policiais); c) – Ser a acção directa indispensável para evitar a inutilização prática do direito; d) – Não exceder o agente o que for necessário para evitar o prejuízo; e) – Não importar a acção directa o sacrifício de interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar. II – A não censurabilidade do erro a que se refere o artigo 17º, n.º 1, do Código Penal, tem que ser posta em conexão directa com o significado essencial da consciência da ilicitude no contexto da culpa, e, portanto, com o seu carácter de deficiência da consciência do agente ou do seu sentido dos valores jurídico-penais. III – A conduta errónea dos arguidos ao considerarem estar a defender um direito de servidão é perfeitamente desculpável e, face ao disposto no artigo 17º, n.º 1, do Código Penal, não censurável com a inerente exclusão da culpa.”. Todos os acórdãos citados, salvo indicação expressa em contrário, podem ser consultados em <http://www.dgsi.pt>.*

²⁴⁹ Nos crimes omissivos, verifica-se a violação de um dever jurídico de atuar, que recai sobre determinada pessoa. Nas omissões puras, basta que o agente pratique a ação, *rectius* o auxílio, para que esteja preenchido o tipo (cf. art. 200º CP). Nas omissões impuras, além da omissão, *per se*, exige-se a verificação de um resultado (cf. art. 10º CP). A omissão consubstancia uma tomada de posição face a uma determinada situação que se pode considerar um comportamento humano. Neste tipo de omissões, só pode ser punido quem tem especial dever de agir.

²⁵⁰ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal, cit.*, p. 310.

²⁵¹ CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Teoria Geral do Delito – Uma Visão Panorâmica da Dogmática Penal Brasileira*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 403.

nadadores-salvadores ali perto²⁵², quando efetivamente há um dever de agir que sobre si impende, que deriva diretamente da existência de uma relação familiar²⁵³.

Embora a identificação e a caracterização do erro sobre a ilicitude possam, aparentemente, assumir um cunho mais descritivo, a realidade prática vem demonstrar a sua elevada relevância. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Espanhol, num caso de apreciação dos estatutos incidentes sobre a atividade material de um clube canábico – veja-se que essa atividade viola do disposto no art. 368º do CP Espanhol -, partiu, sem delongas, para os critérios de determinação da evitabilidade ou inevitabilidade do erro, sem ter procedido à questão prévia da sua identificação e caracterização. Ante a ocultação da produção e distribuição de cannabis pelos sócios, veio aquela instância sustentar que havia um motivo para que eles duvidassem acerca do caráter (lícito ou ilícito) da atividade, motivo esse que sustenta a evitabilidade do erro (STS 484/2015, 7-9, FJ 6º)²⁵⁴. Mas na verdade o que sucede é que inexistente erro sobre a ilicitude, posto que com as condutas de encobrimento levadas a cabo pelos agentes, deduz-se claramente que os sócios sabiam que a sua conduta era ilícita, parecendo mesmo verificar-se consciência atual da ilicitude²⁵⁵

E que dizer acerca dos erros de validade e de subsunção? Essencialmente o seguinte:

O erro de validade é aquele em que o agente conhece a norma proibitiva, mas considera-a inválida, v.g. por padecer de inconstitucionalidade material, orgânica ou formal²⁵⁶. Quanto a nós, tal erro pode cair fora do erro sobre a ilicitude, nas situações em que a norma não foi submetida ao juízo do Tribunal Constitucional, porquanto, ainda que o agente pense que a norma não tem legitimidade para ser eficaz para um número

²⁵² Assim, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal, cit.*, pp. 310-311.

²⁵³ Sobre o dever de agir aquando da existência de relações familiares ou análogas, Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, pp. 1093 e ss.

²⁵⁴ Caso descrito em SILVIA FERNANDÉZ BAUTISTA, “El Error de Prohibición. Especial Consideración de Las Conductas Relacionadas con los Clubes Cannábicos”, in J.M. Silva Sánchez, *et. al.*, (coord.), *Estudios de Derecho Penal – Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2017, pp. 1076-1077.

²⁵⁵ SILVIA BAUTISTA sustenta a existência de uma consciência eventual da ilicitude no caso vertente. SILVIA FERNANDÉZ BAUTISTA, *op. cit.*, p. 1080-1081. Esta posição é, outrossim, de rejeitar. Embora se possa argumentar que a inscrição da Sociedade na Direção Geral de Direito e de Entidades Jurídicas possa emprestar uma sanção positiva de legalidade da atividade, o que é certo é que os agentes ocultaram certas informações relevantes para que a pessoa jurídica fosse inscrita. Daí se deduz à partida que eles saberiam que a sua atividade não era permitida. Ademais, a atividade de produção e distribuição de cannabis, embora exista uma tendência atual de descriminalização, assume uma carga axiológica patente, posto que é objeto de forte discussão jurídica e social. Pelo que motivos não se descortinam para beneficiarem de um juízo de censura mais baixo, na sequência da afirmação de uma consciência eventual da ilicitude e, por maioria de razão, do erro sobre a ilicitude evitável, que atenua obrigatoriamente a pena, nos termos do art. 14º do CP Espanhol.

²⁵⁶ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 873.

geral e abstrato de destinatários, ele representa, ainda assim, que a norma tem um carácter proibitivo, cuja pretensão de eficácia é imediata. Tal situação em nada altera a consciência de que a conduta que se pratica é proibida. Se o agente quer discutir a potencial invalidade da norma, deve fazê-lo em sede própria, mormente junto do Provedor de Justiça, nos termos do art. 23º da CRP, ou suscitar a fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade em juízo próprio, nos termos do art. 280º da CRP. Assim, o agente que pratica o crime de lenocínio, nos termos do art. 169º do CP, pode argumentar que a norma é inválida, por violar a natureza subsidiária do direito penal, uma vez que logra proteger uma determinada moralidade. Mas, em todo o caso, ele sabe que, ao fazê-lo, está a praticar uma conduta tipificada como crime, ele tem consciência da ilicitude da sua conduta. Caso diferente, é o da norma que foi objeto de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, em que a disposição é privada da sua eficácia no caso concreto, mas não é expurgada da ordem jurídica (arts. 204º e 280º CRP). Em casos tais, pode haver, não raro, uma contradição entre uma decisão do TC em sede de fiscalização concreta, em que julgue inconstitucional a norma (v.g. o TC julga inconstitucional, no caso concreto, o crime de lenocínio simples, por considerar que viola a natureza subsidiária do direito penal) e uma prévia decisão do TC em sede de fiscalização abstrata (v.g. que não julgue inconstitucional o crime de lenocínio simples). Em casos tais, o leigo, pode, à luz dos seus conhecimentos, não entender a diferença entre privação de eficácia e força obrigatória geral, e, por vias disso, incorrer em erro sobre a ilicitude.

Já o erro de subsunção nos parece que seja, por regra, um erro irrelevante, porquanto o agente, conquanto erre quanto à interpretação da norma, associando o facto que praticou a crime diverso daquele que lhe é imputado – convocando o exemplo de JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, o agente pensa que preencheu os pressupostos do crime de burla (art. 217º CP), quando na verdade preencheu os pressupostos do crime de extorsão (art. 223º CP)²⁵⁷ – ele representa, em todo o caso, o desvalor da ação praticada, i.e., representa que a sua ação é ilícita²⁵⁸. No entanto, se o erro vedar ao agente a compreensão da danosidade social ou do conteúdo do sentido social do elemento típico, tal erro pode relevar ao nível da culpa, porquanto ele incide sobre elementos normativos dotados de elevada complexidade consubstanciais a uma dúvida hermenêutica ou a uma convicção, quer seja pelo carácter permitido, ou pelo carácter proibido da conduta.

²⁵⁷ JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Erro em Direito Penal*, 2ª edição, Lisboa: AAFDL, 1999, p. 26.

²⁵⁸ Assim, JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *op. cit.*, *loc. cit.*

Assim, no exemplo de ROXIN, se um advogado interpreta mal o elemento “mesmo assunto jurídico” constante do § 356 do StGB, que tipifica o crime de deslealdade profissional por traição, em função de dupla defesa, pode representar que é permitido que defenda ambas as partes num processo, pelo que incorre em erro sobre a ilicitude²⁵⁹.

Releva, para situarmos cabalmente o erro sobre a ilicitude na doutrina do facto punível, compará-lo com outras figuras que, de certa forma, possam conezionar-se com ele. O mesmo é dizer, compará-lo com outros tipos de erro, mormente o erro sobre o tipo, o erro sobre as proibições legais e o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação.

2.3.1. DIFERENCIAÇÃO FACE A OUTROS TIPOS DE ERRO

2.3.1.1. ERRO SOBRE A ILICITUDE E ERRO SOBRE O TIPO

Em termos meramente pragmáticos, a diferença entre o erro do tipo e o erro sobre a ilicitude é evidente, embora se excogitem zonas de fronteira, não raro duvidosas. Com efeito, no erro do tipo, o agente crê que não concorrem algumas das circunstâncias objetivas do tipo, i.e., ele fica na situação de desconhecimento sobre algumas dessas circunstâncias. Há, nestes termos, uma situação de desconformidade entre o que o agente representa, entre o seu plano, e a realidade fáctica. Tal desconformidade faz excluir o dolo, pois o plano do agente não equivale, não está em conformidade com o facto típico. O elemento intelectual do dolo fica excluído e, por vias disso, também o elemento volitivo (art. 16, n.º 1 CP). Assim, se *A* representa e quer disparar sobre uma peça de caça que julga mover-se entre arbustos, dispara e acerta em *B*, que por ali passava, do que resultou a sua morte, *A* erra sobre o objeto típico do tipo de homicídio (art. 131º CP), uma vez que ele desconhecia que o objeto da ação era uma pessoa²⁶⁰. Já no erro sobre a ilicitude, o agente, conquanto represente os elementos objetivos do tipo, erra acerca do significado antijurídico da conduta que pratica. Trata-se de uma valoração errónea. Este erro pode, nos termos do art. 17º do CP, excluir a culpa ou atenuar a pena, conforme seja não censurável ou censurável, respetivamente.

²⁵⁹ CLAUD ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, pp. 872-873.

²⁶⁰ Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Direito Penal I – Parte Geral, cit.*, pp. 267 e ss. MANUEL COBO DE ROSAL, TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho Penal – Parte General*, 4ª edição, Valência: Tirant Lo Blanch, 1996 pp. 603-604.

KINDHÄUSER, através de uma decomposição metodológico-substantiva da norma penal, fornece-nos um importante critério de distinção. Assim, na senda do autor germânico, releva ter em conta os seguintes elementos na análise da subsunção: a) a premissa maior, que corresponde, quer aos elementos fácticos e conceituais do tipo, quer ao conteúdo da proibição; b) a interpretação do tipo; c) a premissa menor, que compreende os factos analisandos; d) as circunstâncias do facto, i.e., as características do objeto da ação; e) a conclusão, onde se vai aferir se os factos analisandos são ou não subsumíveis no tipo legal de crime²⁶¹. Para KINDHÄUSER, com base no exposto, o agente incorre em erro do tipo se ele reconheceu de forma deficiente os factos constitutivos da premissa menor, i.e., “*ele está em erro sobre as características de uma circunstância que se enquadra na descrição do tipo*”. Por outro lado, ele incorre em erro sobre a ilicitude, quando não representa que o facto que praticou preenche as características conceituais de um tipo proibitivo, seja porque não as conhece na sua totalidade, seja porque compreende mal o seu conteúdo. Assim, o erro sobre a ilicitude é “*um erro relativo à existência da norma ou do seu significado conceptual*”²⁶². Em suma, o erro do tipo é um erro essencialmente intelectual e o erro sobre a ilicitude é um erro essencialmente valorativo.

Mas as coisas não são assim tão lineares. Com efeito, quer o erro sobre o tipo, quer o erro sobre a ilicitude têm elementos fácticos e elementos normativos, donde o afastamento perentório da distinção categorial romanística entre *error facti* e *error iuris*. Tal é bastante nítido ao nível do tipo, porquanto além dos elementos fáctico-descritivos – aqueles que reproduzem dados ou processos corporais ou anímicos e que são verificados de modo cognoscitivo -, existem elementos normativos – aqueles elementos, cuja concorrência pressupõe uma valoração (v.g. carácter alheio da coisa; documento público, etc.). Tais elementos, conquanto sejam objeto de uma apreciação jurídica global, são diferenciados para efeitos práticos de demarcação.

²⁶¹ URS KINDHÄUSER, “A Distinção Entre Erro Sobre as Circunstâncias do Facto e o Erro Sobre a Proibição”, in Urs Kindhauser (org. de Beatriz Corrêa Camargo, Inês Fernandes Godinho e Bruno de Oliveira Moura), *Dogmática Penal no Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 139.

²⁶² URS KINDHÄUSER, “A Distinção Entre Erro Sobre as Circunstâncias do Facto e o Erro Sobre a Proibição”, *cit.*, p. 140. Veja-se, outrossim, o exemplo diferenciador que nos é dado pelo TRP, em acórdão datado de 23-03-2011, Proc. N.º 800/10.3TBVLG.P1, a propósito de uma contraordenação de aterro em área incluída na Reserva Ecológica Nacional (REN), p. e p. pelos artigos 20º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de agosto, e no art. 22º, n.º 4, al. b) da Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto, onde o arguido foi solicitado a proceder à descarga de terras num terreno classificado como REN, a pedido do respetivo proprietário, embora este lhe não tenha dado conhecimento de tal classificação. O TRP veio classificar tal situação errónea, não como um erro sobre a ilicitude, mas como um erro do tipo, excludente do dolo, “*por falta de representação da recorrente dos elementos integrantes do facto ilícito, nomeadamente por desconhecimento material de circunstâncias essenciais de facto que pertencem ao tipo legal (...)*”.

O conhecimento dos elementos normativos do tipo não se reconduz a um conhecimento do concreto significado da qualificação jurídica, como exigia VON LISZT, sob pena de só poder cometer crimes aquele que for especialista em direito, mas sim um conhecimento paralelo na esfera do leigo quanto ao sentido axiológico do elemento.²⁶³ Assim, no crime de furto (art. 203º CP), o agente não tem de saber que a coisa que furta é, nos termos do Código Civil, algo que se rege pelas regras de propriedade, que há um poder de uso, fruição e disposição titulado por outra pessoa, que repousa num título aquisitivo da propriedade, mas simplesmente representar que a coisa que furta lhe não pertence. Trata-se de uma representação do conteúdo do significado social do sucesso²⁶⁴.

Porquanto os elementos normativos do tipo demandam uma valoração por parte do agente, em caso de erro, como distingui-lo do erro sobre a ilicitude? Acompanhamos ROXIN, que clarificou cabalmente este problema. Segundo ROXIN, quando o erro sobre uma conceção ou um conceito jurídico veda ao agente a compreensão do sentido social da sua atuação (v.g. representa por própria a coisa alheia), tal erro exclui o dolo, falando-se num erro sobre os elementos normativos do tipo²⁶⁵, porquanto, se o significado social do conceito escapa à compreensão do agente, ele não logra a possibilidade de orientar a sua consciência para um problema de valoração do ilícito-típico, uma vez que o espectro das suas representações se não compadece com o preenchimento do tipo. Já se tal significado social for compreensível, o dolo fica intacto. Destarte, se o agente considerar que a conduta que pratica é lícita, ele atua em erro sobre a ilicitude²⁶⁶. É o caso de A que se apropriou de um animal alheio, que por alguma vicissitude veio deambular pelo seu terreno, pensando que tal conduta era lícita, quando na verdade tal conduta configura o crime de apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa ou animal achados, p. e p. no art. 209º do CP. Por outro lado, o erro sobre a ilicitude pode reportar-se a uma circunstância de facto que, conquanto aparente ser um elemento individual, inclui em si um juízo de ilicitude²⁶⁷.

²⁶³ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Direito Penal I – Parte Geral, cit.*, pp. 263-264.

²⁶⁴ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 461.

²⁶⁵ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 462.

²⁶⁶ WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Derecho Penal – Parte General – El Delito y su Estructura*, trad. da 46ª edição alemã de Raúl Pariona Arana, Breña: Pacífico Editores, 2018, p. 334.

²⁶⁷ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 463.

2.3.1.2. ERRO SOBRE A ILICITUDE E ERRO SOBRE AS PROIBIÇÕES LEGAIS

Como referimos *supra*, relativamente a certos crimes, mormente àqueles que se incluem em alguns espaços do direito penal secundário, o conhecimento da proibição legal é indispensável para que o agente oriente a sua consciência para um problema de ilicitude. Se o agente desconhecer a proibição legal, tal desconhecimento é, nos termos do art. 16º, n.º 1, 2ª parte do CP, equiparado ao erro do tipo, que exclui o dolo²⁶⁸. Esta solução veio consagrar um quadro compromissório entre a teoria da culpa limitada e a teoria do dolo limitada, ante a equiparação consequencial do erro sobre as proibições legais – erigindo o conhecimento da proibição legal a elemento intelectual do dolo – ao erro sobre o tipo²⁶⁹. E assim é, porquanto a ilicitude mencionada no art. 17º do CP se reporta, essencialmente, à ideia de associação de um determinado facto a um conteúdo jurídico-penalmente desvalioso presente na consciência jurídico-comunitária, i.e., o art. 17º refere-se aos crimes que são normalmente conhecidos por todos aqueles que passaram por um cabal processo de socialização²⁷⁰. Destarte, mesmo aqueles que passaram por tal processo podem se não dar conta de que certas condutas são tipificadas como crime. Com efeito, a consciência jurídico-comunitária decorre da historicidade sociocultural imanente à ideia de realização da justiça e da compreensão do direito como uma obra do ser livre. No entanto, casos há, em que as proibições jurídico-penais não habitam no centro nevrálgico dessa consciência, antes decorrem de certas necessidades ou oportunidades de regulamentação subjacentes a exigências organizativo-administrativas ou político-criminais²⁷¹. Conquanto uma tal regulamentação deva ser “*vista como correspondente a uma exigência parcial da comunidade jurídica*”, tais condutas não são dotadas de um amplo desvalor, i.e., não levantam problemas de maior ao nível da valoração moral, cultural ou social, pelo que o conteúdo do ilícito a

²⁶⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicidade em Direito Penal*, cit., p. 396.

²⁶⁹ INÊS FERNANDES GODINHO, *op. cit.*, p. 612.

²⁷⁰ JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *op. cit.*, pp. 23-24.

²⁷¹ Neste sentido, JOÃO DA COSTA ANDRADE, “O Erro Sobre a Proibição e a Problemática da Legitimação em Direito Penal (Elemento Diferenciador entre o Direito Penal Económico e o Direito Penal de Justiça)”, in José de Faria Costa (coord.), *Temas de Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 57, sustentando que no âmbito do direito penal secundário há crimes, cuja relevância axiológica é bastante fraca, ante a sua associação à contingência e mutabilidade subjacentes ao sentido de oportunidade que promana de determinada política criminal ou de quadros de neocriminalização, o que tem como consequência que o agente, em tais casos, só se aperceba que o facto é ilícito se puder conhecer a proibição legal. Assim, “*só quando se afirmar a consciência psicológica do agente, se poderá vir a afirmar que ele se decidiu pela prática do ilícito*”, i.e., o conhecimento do tipo objetivo e a vontade de o realizar é pressuposto irrenunciável da formação da consciência da ilicitude e, consequentemente, de um posterior juízo de censura. (*Idem*, p. 56).

elas subjacente deriva da sua previsão legal e não de um prévio desvalor axiológico-normativo²⁷².

Para FIGUEIREDO DIAS, se o conhecimento da factualidade típica, nas incriminações que veiculam em si uma forte coloração axiológica, dão lugar, em princípio, a um problema de valoração jurídica, ante o seu carácter axiologicamente relevante, o conhecimento puramente factual das proibições que não comportam tal coloração não é por si suficientemente idóneo para gerar um problema de valoração, porquanto, em tais casos, *“a conduta, em si mesma, cindida da proibição que a atinge, é axiologicamente neutra, é um substrato inidóneo para nele se ancorar o dever-ser jurídico”*. Pelo que apenas quando se verifica a conexão cognoscitiva entre a conduta e a proibição legal é que é possível que se constitua um *“substrato idóneo de valoração”*²⁷³. Sumariamente, para FIGUEIREDO DIAS, o conhecimento da proibição legal é erigido, em tais casos, a elemento intelectual do tipo subjetivo, ante a neutralidade axiológica da conduta incriminada. Tais condutas, para o autor, abundam no direito penal secundário e no direito de mera ordenação social²⁷⁴.

Em anotação jurisprudencial, juntamente com PEDRO CAEIRO, FIGUEIREDO DIAS ilustra melhor o seu pensamento, tendo por base um caso de violação de normas orçamentais²⁷⁵. De forma sintetizada, o caso tem os seguintes contornos: *A*, Presidente da Câmara Municipal X, e *B*, que fora vereador com o pelouro da cultura, foram acusados pelo MP de violação de normas de execução orçamental, mercê da realização e respetiva execução de contratos de fornecimento que careciam de forma, não

²⁷² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, cit., pp. 397-398.

²⁷³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, cit., pp. 398-399. Também assim, tentando enxertar o critério do homem médio no critério da atitude interna, sustentando que no erro sobre as proibições legais, há uma insusceptibilidade de o agente exprimir uma atitude desvaliosa, de contrariedade ou indiferença, quando muito, havendo lugar à negligência do ilícito típico, uma vez que o não conhecimento de proibições legais ou de proibição não é idóneo ao preenchimento do dolo do tipo, que, por seu turno – na ausência de causas de justificação –, consubstancia um juízo indiciário de culpa, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Participação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 611.

²⁷⁴ Assim, por exemplo, o TRP, em acórdão datado de 25-06-2014, Proc. N.º 270/12.1PAVFR.P1, considera que a situação do agente que erroneamente representa estar habilitado para conduzir em território português, sendo titular de uma *“provisional driving licence”* (licença de aprendizagem emitida no Reino Unido, que habilita o titular a conduzir nesse território), tendo sido imputado pelo crime de condução de veículo de condução sem habilitação legal, p. e p. pelo Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de janeiro, é reconduzível, não ao erro sobre a ilicitude do art. 17.º do CP, mas ao erro sobre a proibição legal, previsto no art. 16, n.º 1, 2ª parte do CP, porquanto, ante a neutralidade axiológica subjacente à conduta, e por estarmos perante um crime de *“criação política”*, o agente viu-se impedido de orientar a sua consciência ética para um problema de valoração da ilicitude. Trata-se, com efeito, de um erro que se confina ao plano intelectual.

²⁷⁵ Trata-se de um caso sentenciado pelo Tribunal Judicial da Comarca de Anadia, em 03-06-1994 e pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14-12-1994.

submetidos a visto obrigatório do Tribunal de Contas, tendo-se constatado, contudo, que o setor administrativo camarário onde *B* exercia atividade esteve longo tempo com falta de pessoal com habilitações bastantes para prestar a necessária assessoria jurídica, indispensável a um cabal esclarecimento do específico quadro normativo em causa, não se tendo provado, por conseguinte, que os arguidos tomaram conhecimento da proibição em causa, do que resultou a sua absolvição em primeira instância. O MP interpôs recurso para o Tribunal da Relação, que veio a condenar *B*, sustentando que não eram os funcionários da autarquia que o tinham que informar, mas que esse tal dever lhe competia a ele²⁷⁶. FIGUEIREDO DIAS e PEDRO CAEIRO, em anotação a este caso, sustentam que, em regra, as proibições que constam nos diplomas de direito penal secundário e de direito de mera ordenação social “*tendem a ser dotados de uma coloração ética mais fraca que os crimina naturalis*”. O crime de violação de normas de execução orçamental insere-se formal e materialmente no âmbito do direito penal secundário, porquanto se destina a “*assegurar a legalidade da administração dos dinheiros públicos por parte das autoridades que deles dispõem*”, i.e., tem por objeto a sanção de normas organizativo-administrativas. Ademais, continuam os professores, trata-se de uma norma dotada de elevada fungibilidade, pois que se trata da materialização de um juízo de oportunidade tendente a concretizar, de forma mediata, os valores que guiam a atividade administrativa, materialização essa que pode ser apartada e substituída em curtos espaços de tempo, mercê da elevada flutuação e fluidez subjacentes aos juízos de oportunidade e conveniências transitórias político-criminais. Pelo que a conduta inscrita em tal norma, na senda dos autores, é dotada de uma neutralidade axiológica²⁷⁷.

TERESA SERRA critica a recondução, realizada por FIGUEIREDO DIAS, dos comportamentos axiologicamente neutros às normas constantes do direito penal secundário, pois a apreciação do que é ou não um comportamento axiologicamente neutro pode redundar num subjetivismo exacerbado. Para a autora, o art. 16, n.º 1, 2ª parte do CP deve ser objeto de uma interpretação restritiva e utilizar-se “*um critério de*

²⁷⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, PEDRO CAEIRO, “Erro Sobre Proibições Legais e Falta de Consciência do Ilícito (arts. 16º e 17 do Código Penal) – Violação de Normas de Execução Orçamental”, in *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*, ano 5, 1995, pp. 245-259. Também sobre este caso, com breve comentário, no essencial, em conformidade com o propugnado pelos autores acima referenciados, CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Erro – Sentença do Tribunal Judicial da Anadia de 3 de Junho de 1994; Acórdão da Relação de Coimbra de 14 de Dezembro de 1994”, in Maria Fernanda Palma, *et. al. (coord.)*, *Casos e Materiais de Direito Penal*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 379-384.

²⁷⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, PEDRO CAEIRO, “Erro Sobre Proibições Legais e Falta de Consciência do Ilícito (arts. 16º e 17 do Código Penal) – Violação de Normas de Execução Orçamental”, *cit.*, pp. 269-270.

*evitabilidade que abranja a maioria dos casos que surjam neste âmbito*²⁷⁸. Estamos de acordo, quando TERESA SERRA sustenta que a recondução dos comportamentos axiologicamente neutros ao espaço do direito penal secundário não pode ser feita sem mais. Basta pensar, a título de exemplo, nos crimes de burla tributária e de fraude fiscal, p. e p. pelos artigos 87º e 103º do RGIT, respetivamente, cujas condutas são dotadas de uma forte coloração axiológica. Há uma consciência geral de que o enriquecimento fraudulento, artificioso à custa dos contribuintes ou a não liquidação, entrega ou pagamento de prestação tributária ou a obtenção de vantagem indevida ou outras vantagens, tendo tais factos idoneidade para diminuir o erário público, contêm um desvalor intrínseco. No que não podemos concordar, contudo, é com a proposta de solução de TERESA SERRA, pois que se traduziria numa desrazoável restrição “*in mala partem*” do alcance da norma. Não se pode evitar o inevitável. Com efeito, o desconhecimento de uma proibição dotada de uma diminuta carga axiológica impede o agente de conhecer o seu desvalor, uma vez que tal desvalor existe na proibição *per se*. Assim, se o agente não lograr a consciência da ilicitude subjacente a tal proibição, trata-se de uma “*falta de ciência*” e não de um equívoco²⁷⁹.

Também distintamente de FIGUEIREDO DIAS, FREDERICO DA COSTA PINTO propugna que a distinção entre o erro sobre a ilicitude e o erro sobre as proibições legais não deve assentar na “*atitude ética do sujeito perante os valores do sistema jurídico*”, mas antes repousar numa referência social que ponha em relevo as exigências de prevenção subjacentes ao tipo de direito penal em causa ou ao direito contraordenacional. Assim, no direito penal secundário ou no direito de mera ordenação social, há elementos que relevam especialmente para a formulação do juízo de censura, quais sejam, a inserção social e profissional do agente, bem como “*as exigências próprias do circuito económico, laboral ou social em que os factos ocorrem*”²⁸⁰. Esta posição é acertada quando falamos daqueles casos em que, mercê da inserção num específico setor de atividade, há uma exigibilidade acrescida sobre o agente de aceder à consciência da ilicitude da conduta antes de atuar, por vias do cumprimento do dever de se informar. Aí, pode falar-se, com propriedade, como o faz COSTA PINTO, numa ética profissional ou negocial no quadro de uma específica área de atividade constitutiva da censura jurídico-penal, onde se procura saber se, dentro de uma área

²⁷⁸ TERESA SERRA, *Problemática do Erro Sobre a Ilcitude*, reimp., Coimbra: Almedina, 1992, p. 78.

²⁷⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, cit., p. 400.

²⁸⁰ FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “Erro e Consciência da Ilcitude em Infracções Contra o Mercado de Valores Mobiliários”, in AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 668.

especificamente regulamentada, é exigível ou não o conhecimento de uma tal regulamentação²⁸¹. Já não, quando se trata de uma pessoa apartada de tal quadro, que não logra aceder ao conteúdo de uma proibição, cuja conduta é axiologicamente pouco densa.

Em nossa opinião, o erro sobre as proibições legais, previsto no art. 16, n.º 1, 2ª parte, tem por objeto, essencialmente, os *delicta mere prohibita*. Os *delicta mere prohibita* são condutas incriminadas, cujo desvalor repousa na proibição, em si e não num prévio desvalor axiológico-normativo. Por outro lado, os *delicta in se* são crimes que são estruturalmente desvaliosos, são desvaliosos por si, i.e., *não é necessária a proibição para a afirmação do seu desvalor*²⁸². Nos *delicta mere prohibita*, ao contrário do que sucede com os *delicta in se* – uma vez que estes compreendem “*um domínio de condutas genuinamente criminosas*”²⁸³ – não há uma presunção de conhecimento da norma pelo agente que a violou, porquanto o substrato de desvalor habita, mormente, na proibição. Donde, o agente não logre formar a consciência da ilicitude se não conhecer os pressupostos típicos da norma. Sem embargo, como bem nota INÊS FERNANDES GODINHO, “*quando uma proibição perdura no tempo, a proibição torna-se mais conhecida, logo, reconhecida como proibição*”²⁸⁴, o que quer dizer que a duração, a permanência de uma proibição, conquanto que inicialmente pouco difundida – e conseqüentemente pouco reconhecida, pode vir a erigir-se na tutela de um bem jurídico de avultado valor em determinada comunidade. Mas note-se que não é a permanência, *per se*, da proibição que logra tal efeito, mas a sua associação a um reconhecimento de eficácia, de validade, de vigência, mediante a “*correlativa aplicação*”. Assim, “*a consciência da ilicitude é temporal e historicamente condicionada*”. Com efeito, segundo INÊS FERNANDES GODINHO, a simples passagem do tempo é substituída pela ideia de *temporalidade*²⁸⁵. Ante o exposto, é de constatar que o reconhecimento da proibição e corresponsiva formação da consciência da ilicitude são determinados pela ideia de *temporalidade*, consubstanciada na permanência e aplicação da norma proibitiva, tanto no caso de estrangeiros ainda não integrados na nova comunidade onde se irão inserir, como nos casos das proibições que, a título

²⁸¹ FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “Erro e Consciência da Ilcitude em Infracções Contra o Mercado de Valores Mobiliários”, *cit.*, p. 669.

²⁸² INÊS FERNANDES GODINHO, *op. cit.*, pp. 613-614. Desenvolvidamente, sobre a distinção, Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, “*Delicta In Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*” – *Uma Análise do ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra: Almedina, 2008, cap. II.

²⁸³ AUGUSTO SILVA DIAS, “*Delicta In Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*” – *Uma Análise do ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, *cit.*, p. 210.

²⁸⁴ INÊS FERNANDES GODINHO, *op. cit.*, p. 618.

²⁸⁵ *Idem, ibidem*.

inicial, têm um grau de reconhecimento assaz menor. Em suma, nos *delicta mere prohibita*, a ilicitude torna-se mais reconhecível ao passar pelo crivo da *temporalidade*²⁸⁶.

Note-se, contudo, que se falarmos de uma norma pertencente a um quadro de regulamentação de um específico setor de atividade onde o agente se insere, em caso de erro, falamos de erro sobre a ilicitude, que releva ao nível na culpa, e não de erro sobre a proibição legal excludente do dolo, ante a acrescida exigência que sobre ele recai de se informar e de conhecer as normas que regulam a sua atividade²⁸⁷. Destarte, FIGUEIREDO DIAS rejeita esta posição. Para o decano de Coimbra, a identificação de que existe, ao menos, uma determinada regulamentação específica sobre o exercício de uma determinada atividade não corresponde, hoje, em regra, à realidade da vida, sendo certo de que, para que se empreenda uma restrição do regime do erro sobre as proibições legais nesse sentido, seria mister demonstrar que o agente ficaria orientado para um problema de valoração axiológico-normativo da sua conduta, pelo simples facto de pertencer a um certo círculo de vida ou de exercer uma determinada atividade profissional. Sustenta o autor que tal asserção é de afastar, pois, estando em causa uma proibição legal e, portanto, uma conduta axiologicamente neutra, dificilmente o agente logrará orientar a sua consciência ética, se a não conhecer²⁸⁸. Tal posição é de afastar, porquanto, se assim fosse, as normas não passariam de um pedaço de texto que, conquanto intencional, não seria dotado de força exterior, nem teria destinatários. Não negamos que, em circunstâncias tais, o agente pode ser mais ou menos censurado, em função de um maior ou menor tempo de exercício profissional, ou de uma maior ou menor facilidade ou fluidez no acesso à informação normativa relevante, ou mesmo da categoria profissional em que se encontra²⁸⁹. Mas esta flexibilidade não equivale à recondução do agente a uma carapaça imune às normas que regulamentam o seu setor de atividade. Ademais, o tempo, a ideia de *temporalidade*, também influi na paulatina apreensão e compreensão do dever de se informar e, posteriormente, das normas que devem influir no curso causal da sua atuação.

Releva analisar algumas constelações de casos típicos que se reconduzem, normalmente, ao erro sobre as proibições legais.

²⁸⁶ INÊS FERNANDES GODINHO, *op. cit.*, p. 619.

²⁸⁷ JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *op. cit.*, pp. 24-25.

²⁸⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, *cit.*, pp. 409-410.

²⁸⁹ FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “Erro e Consciência da Ilcitude em Infracções Contra o Mercado de Valores Mobiliários”, *cit.*, p. 670.

Desde logo, há que apontar os típicos casos de neocriminalização, na sequência de um juízo de oportunidade político-criminal, ou casos de incriminação meramente transitória ou fungível, que habitam, mormente, no direito penal secundário, cujas condutas são dotadas de uma relevância axiológica diminuta e carecem de aplicação, pretensão de eficácia, para serem apreendidas pela consciência jurídico-comunitária, num quadro de *temporalidade*.

FIGUEIREDO DIAS advoga que quando estivermos perante um crime de perigo abstrato, há uma forte possibilidade de tal crime compreender uma conduta axiológicamente neutra, cujo desconhecimento releva nos termos do art. 16º, n.º 1, 2ª parte²⁹⁰. No entanto, este critério, por si só, é insuficiente para se poder afirmar, sem mais, a neutralidade axiológica das condutas consubstanciais aos crimes de perigo abstrato. Crimes há de perigo abstrato, cuja conduta é dotada de uma elevada coloração ético-jurídica. Basta pensar no crime de exposição ou abandono, p. e p. pelo art. 138º do CP, que pode comportar perigo para o bem jurídico vida da vítima abandonada. Tal critério tem de ser acompanhado de uma exigência de verificação de que o desvalor da conduta assenta na proibição, *per se*.

Já quanto aos casos dos estrangeiros que ainda não estão cabalmente integrados na nova comunidade, parece acertada a asserção de FIGUEIREDO DIAS de que “*se o estrangeiro demonstra que a conduta praticada é, segundo os padrões da comunidade em que habitualmente vive, em que está inserido e que reconhece, não apenas lícita, mas axiológicamente neutra, não há dúvida então que o erro sobre a proibição deve ser relevante no sentido de excluir o dolo*”²⁹¹. Relembramos, contudo, que adotamos o critério de que os *delicta mere prohibita* são o objeto por excelência deste tipo de erro. Portanto, estamos em condições de afirmar que os casos de excisão clitoridiana no âmbito do ritual do fanado²⁹² cometidos em Portugal por estrangeiros que se inseriam em comunidades africanas altamente fechadas, e ainda não passaram pelo processo de integração social, se reconduzem ao erro sobre as proibições legais, que exclui o

²⁹⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, cit., p. 408.

²⁹¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, cit., p. 412.

²⁹² Trata-se de um ritual, onde se procede à extração do clitóris, no caso das raparigas, ou da circuncisão, no caso dos rapazes de certas comunidades africanas, que se traduz num momento da transição ou de agregação para a comunidade. Normalmente, nestas comunidades, há uma crença, segundo a qual o ser humano nasce sexualmente neutro. A identidade sexual é atribuída com uma inscrição no corpo, através de um dos métodos acima descritos, constituindo a atribuição dessa identidade a integração na comunidade como membro dotado de plena capacidade de exercício, pronto a desenvolver uma vida e a criar uma família, pois que o caráter híbrido representa uma ameaça latente. Sobre isto e mais desenvolvidamente, Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, “Faz Sentido Punir o Ritual do Fanado? Reflexões Sobre a Punibilidade da Excisão Clitoridiana”, in *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*, ano 16, n.º 2, 2006, pp. 187 e ss.

dolo²⁹³. Em tais casos, os estrangeiros ainda não lograram apreender e compreender os valores ético-sociais dominantes da nova comunidade onde habitam. Para os elementos de tais comunidades – mormente comunidades africanas promanadas do Bali, Senegal, Costa do Marfim, Guiné Bissau, etc. -, tal conduta não é apenas lícita, como desejável, uma vez que esse ato consubstancia uma transição da fase de neutralidade e de dependência para uma fase de plenitude, no que concerne à capacidade de exercício (constituição de família, comunidade de vida, etc.). Não raro, quando os agentes são acusados de tal prática, perguntam-se de que estão a ser acusados, pois que essa prática se lhes não afigura como uma ofensa corporal altamente danosa²⁹⁴, mas sim como um imperativo cultural e costumeiro de pertença à comunidade, pelo que os imperativos socioculturais e costumeiros derrogam, pelo menos em parte, o alcance meramente legal proibitivo²⁹⁵. Só após uma cabal integração social e um diálogo intercultural é que o agente liberta a sua consciência ética para os valores ético-sociais e normativos dominantes na nova comunidade. Também aqui, uma vez mais, a ideia de *temporalidade* é de suma importância²⁹⁶. Caso diferente é o do

²⁹³ Diferentemente, AUGUSTO SILVA DIAS, “Faz Sentido Punir o Ritual do Fanado? Reflexões Sobre a Punibilidade da Excisão Clitoridiana”, *cit.*, p. 229 e ss., reconduzindo estas situações ao erro sobre a ilicitude. Não se confunda estas situações com as situações em que o agente rejeita as normas do ordenamento jurídico onde se insere e atua segundo os costumes que o conformaram. Trata-se de um crime culturalmente motivado, onde o agente tem consciência da ilicitude da conduta que pratica, uma vez que sabe que, à luz da ordem jurídica, ela é desvalorosa. Em todo o caso, se há de dizer, com HASSEMER, que a “*enculturação é um processo difícil e prolongado com muitas possibilidades de fracasso. Isto deve-se sobretudo ao carácter das normas sociais... Estas normas são formalizadas de forma débil: vagas, diferenciadas, mutáveis não é nada fácil de as apreender – cognitiva e normativamente*”. WINFRIED HASSEMER, *Transkulturelles Strafrecht*, p. 9, *apud*, AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes Culturalmente Motivados – O Direito Penal Ante a Estranha Multiplicidade das Sociedades Contemporâneas*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 456. O que vem relevar o papel da *temporalidade*, como fator necessário a uma integração comunicacional, onde o indivíduo possa cabalmente ser convocado à apreensão do código axiológico-jurídico fundamental onde se vem inserir. Esta discussão é desenvolvida e aprofundada na última obra citada de SILVA DIAS, pp. 451-491.

²⁹⁴ A excisão clitoridiana está prevista expressamente no art. 144º-A do CP. Note-se que esta prática, para além de vedar futuramente à mulher ter uma experiência plena, a nível sexual, pode ter consequências nefastas ao nível do corpo, podendo provocar infertilidade, problemas menstruais, stress pós-traumático e, em alguns casos, a própria morte, na sequência de infeções graves.

²⁹⁵ A este propósito, SILVA DIAS dá-nos conta de um caso julgado no Tribunal Superior de Manheim, na Alemanha, em que absolveu um estrangeiro islâmico, residente há pouco mais de um ano na Alemanha, da prática do crime de omissão de auxílio, com fundamento em erro sobre a ilicitude (note-se que na Alemanha inexistente a figura do erro sobre as proibições legais), porquanto ele representou que não tinha o dever praticar o auxílio a uma mulher infiel (tratava-se de uma mulher nua e embriagada). Ademais, o agente era analfabeto e não dominava a língua alemã. Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, “Faz Sentido Punir o Ritual do Fanado? Reflexões Sobre a Punibilidade da Excisão Clitoridiana”, *cit.*, nota 89.

²⁹⁶ Esta ideia de temporalidade é bem patente na análise casuística de situações deste género. A título de exemplo – e ainda que aquela instância tenha reputado o erro sobre a ilicitude vencível -, em sentença datada de 15 de novembro de 2011 da Audiência Provincial de Teruel, em Espanha, o tribunal veio pôr em relevo, para efeitos de declaração de uma situação de erro sobre a ilicitude incidente sobre um caso de mutilação genital feminina, a procedência da mãe de um país, cuja cultura era assaz distante e o pouco tempo que habitava em Espanha, insuficiente para falar e compreender a língua e para se integrar social e culturalmente no mesmo meio. Cf. INÉS OLAIZOLA NOGALES, *El Error de Prohibición - ¿Ausencia de Conocimiento y/o Ausencia de Comprensión?*, texto policopiado, disponível em <https://ficip.es/wp-content/uploads/2017/03/Olaizola-Nogales.-Ponencia-II.pdf>, p. 6. Quanto a nós, uma vez que o agente não tinha qualquer capacidade de se motivar pela norma, e porquanto a conduta é desejável na cultura de onde

agente holandês que, uma vez em Portugal, pratica sobre um amigo de longa data, que padece de uma doença terminal, o crime de homicídio a pedido da vítima, p. e p. no art. 134º do CP. Neste caso, o agente deveria ter-se informado primeiro, porquanto a eutanásia constitui um assunto assaz controvertido na cultura euro-comunitária, que tem sido objeto de um infindável diálogo interdisciplinar, onde estão compreendidos a filosofia, mormente na vertente da ética e da moral, o direito, a medicina, etc. Trata-se, com efeito, de uma conduta axiologicamente relevante no centro ético-social e cultural europeu, conquanto seja lícita em alguns países. Com efeito, se a conduta é lícita no estrangeiro, porém axiologicamente relevante, a representação da factualidade típica tem idoneidade bastante para conduzir o agente a um problema de ilicitude²⁹⁷.

Problema que pode suscitar dúvidas maiores prende-se com o erro sobre as normas penais em branco²⁹⁸.

Para FIGUEIREDO DIAS, porquanto as normas penais em branco se referem, essencialmente, a ilícitos-típicos de natureza transitória, mercê de razões de oportunidade – pois só nesses casos, sob pena de violação do princípio da legalidade, é que o legislador deixou a outras entidades o ónus de concretizar e integrar a tipificação que ficou em branco -, as condutas incriminadas aí são axiologicamente neutras, pelo que o erro incidente sobre tal tipologia normativa será um erro sobre a proibição legal integradora, que exclui o dolo, nos termos do art. 16, n.º 1, 2ª parte²⁹⁹.

Por outro lado, a posição de ROXIN não é tão linear. Para ROXIN, o erro sobre a existência da norma integradora é um erro sobre a ilicitude. No entanto, se o erro recair sobre os pressupostos de facto da norma integradora, tal erro exclui o dolo – trata-se de um erro do tipo. Destarte, quando a norma penal é integrada por uma disposição individual e concreta (v.g. um ato administrativo), o seu desconhecimento é sempre um

provém, pensamos estar perante um autêntico erro sobre a proibição legal. A censurabilidade e a condenação do agente, no caso, seria contraproducente, face às exigências preventivas, quer de dissuasão, quer de ressocialização, posto que há um perigo maior, em caso de privação da liberdade, de dessocialização do agente por via de uma estigmatização que sobre ele irá impender. Releva, antes, convocar a ideia de reeducação e de integração social do agente, por via do auxílio na apreensão e aprendizagem dos valores ético-sociais e jurídicos dominantes da comunidade onde se insere agora. Pelo que a necessária abertura do processo penal poderá, em tais casos, e com a advertência de que a conduta é contrária à ordem jurídica, para cumprir tal desiderato. Aí, como bem nota OLAIZOLA NOGALES, uma vez invocado o erro sobre a ilicitude, este não pode voltar a ser apreciado no quadro da mesma conduta, pois aí o agente não pode invocar que desconhecia que a sua conduta era proibida. *Idem, Ibidem.*

²⁹⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicidade em Direito Penal, cit.*, p. 413.

²⁹⁸ As normas penais em branco são aquelas que só contêm uma norma sancionatória, mas remetem a sua integração para outras leis, regulamentos ou até atos administrativos. Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 465.

²⁹⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicidade em Direito Penal, cit.*, p. 406.

erro do tipo, porquanto falta uma proibição de carácter geral e abstrato, a fim de ser conhecida por uma pluralidade indeterminada de destinatários³⁰⁰.

Mais adequado – estamos em crer – é o juízo doutrinal da labuta de TERESA BELEZA e FREDERICO COSTA PINTO. Para os autores, dependendo da norma, i.e., conforme se trate de uma norma arreigada à consciência jurídico-comunitária ou de uma proibição que ainda se não espraie no centro nevrálgico do tecido social, o erro é, respetivamente – no que concerne à norma sancionatória -, um erro de valoração ou um erro intelectual. Por outro lado, quem conhece a norma sancionatória em branco, mas desconhece a norma integradora, já possui os elementos essenciais para formar a consciência da ilicitude do facto, uma vez que o agente conhece a proibição, mas não representa os seus limites, pelo que o erro deverá ser tratado, em tais casos, como um erro sobre a ilicitude, relevante ao nível da culpa³⁰¹.

Quanto ao erro sobre os pressupostos de facto da norma integradora, nada há a apontar – trata-se de um erro do tipo, excludente do dolo, como sustenta ROXIN. Já se a norma for integrada por um ato administrativo, releva verificar se a prescrição da administração é adequadamente publicitada, tendo por destinatários, mormente, os agentes que exerçam um determinado tipo de atividade. Se sim, trata-se de um erro sobre a ilicitude, pois se verifica uma exigibilidade acrescida de diligenciar para obter a informação acerca dessa prescrição; se não, trata-se de um erro sobre a proibição legal, que exclui o dolo, pois o agente não logrou orientar a sua consciência para um problema de valoração, uma vez que nem sequer logrou representar a prescrição integradora no seu espetro intelectual³⁰².

2.3.1.3. ERRO SOBRE A ILICITUDE E ERRO SOBRE OS PRESSUPOSTOS DE UMA CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO

Após se ter distinguido o erro sobre a ilicitude de dois importantes tipos de erro, releva distingui-lo do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação. O que há de comum entre ambos é que o agente representa estar atuando licitamente. Assim sendo, pode o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação reconduzir-se a um

³⁰⁰ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 466.

³⁰¹ TERESA PIZARRO BELEZA, FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “O Erro Sobre Normas Penais em Branco”, in AAVV, *Colectânea de Estudos em Memória de Francisco Lucas Pires*, Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1999, pp. 277-278.

³⁰² TERESA PIZARRO BELEZA, FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “O Erro Sobre Normas Penais em Branco”, *cit.* p. 279.

erro de valoração, relevante ao nível da culpa? Será um erro intelectual, que releva ao nível do dolo? Como tratar os casos em que o agente atua, representando erroneamente estar a coberto de uma causa de justificação? Embora o nosso Código Penal, nos termos do art. 16º, n.º 2, resolva a questão, excluindo o dolo do agente, tal questão está longe de ser pacífica na doutrina, mormente em relação ao seu fundamento.

Para a teoria estrita da culpa, cujo principal subscritor foi WELZEL, o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação é um erro sobre a ilicitude, que releva ao nível da culpa. Para WELZEL, quem, ao querer defender-se, comete uma ofensa corporal a outrem, comete, em todo o caso, uma ofensa corporal dolosa. Com efeito, se o agente representa essa ofensa corporal, o dolo deve exercer a função de impulsionar o agente à comprovação efetiva da licitude ou ilicitude da sua conduta, ou, melhor dizendo, da existência ou inexistência de uma causa de justificação. Não obstante o putativo defendente representar a defesa, tal não influi, para WELZEL, na constatação de que o agente representa e quer realizar uma ofensa corporal, i.e., atua com dolo, pelo que tal representação deveria orientar a consciência do agente para um problema de ilicitude. Assim, este erro é tratado como um erro sobre a ilicitude, que pode ou não ser evitável³⁰³. Conforme se verificar, que uma pessoa medianamente diligente, em tais circunstâncias, não representaria ou representaria, conquanto que erroneamente, os pressupostos sobre uma causa de justificação (v.g. agressão atual, não removível de outro modo), o erro é evitável ou inevitável, respetivamente³⁰⁴.

Tal posição é de rejeitar. Como bem nota ROXIN, quem representa um conjunto de circunstâncias que, a existir, justificariam o facto, atua teleologicamente em conformidade com o ordenamento jurídico. Se ao agente, em tais circunstâncias, lhe é imputado o crime, a título de dolo, vai diluir-se a diferença entre dolo e negligência, porquanto apenas atua dolosamente quem se decide por uma conduta proibida pela ordem jurídica. Quem conforme a sua ação por representações que, segundo um juízo objetivo, se dirigem a um fim juridicamente permitido e produz um resultado não desejado por falta de atenção ou de cuidado, só pode ser punido a título de negligência³⁰⁵. Para ROXIN, a teoria estrita da culpa desconhece esta diferença valorativa quando reconduz este erro ao erro sobre a ilicitude, uma vez que equipara uma diferença qualitativa elementar.³⁰⁶ Note-se, com TAIPA DE CARVALHO, que “há

³⁰³ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., pp. 199-200.

³⁰⁴ TERESA BELEZA, *Direito Penal*, cit., p. 280.

³⁰⁵ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., pp. 583-584.

³⁰⁶ *Idem*, *Ibidem*.

*que (...) não esquecer que as causas de justificação pressupõem situações de conflito que não se compadecem com demoras da situação real em que o agente intervém*³⁰⁷, pelo que o fim de impelir o agente a realizar um exame especialmente cuidadoso quanto à valoração do facto fica neutralizado com a suposição de estar a coberto de uma causa de justificação. Com efeito, seguindo de perto ROXIN, quem representa erroneamente estar a coberto de uma causa de justificação, atua, segundo a sua representação, de modo semelhante a quem atua licitamente; tal circunstancialismo neutraliza os impulsos de valoração e de inibição que, em condições de normalidade, dimanam do tipo subjetivo. Por outro lado, o apelo a uma conduta cautelosa não surge, a título absoluto, da compreensão do tipo, mas sim da perigosidade da situação, que também muitas vezes exige com particular clareza a atenção de quem age sem dolo³⁰⁸.

Uma outra solução pode residir na teoria dos elementos negativos do tipo. Segundo esta teoria, as causas de justificação fazem parte do tipo, numa formulação negativa, enquanto que a ilicitude constitui o seu elemento positivo, o que redundaria num tipo total de ilícito. Clarificando: como elemento positivo do tipo temos a realização dolosa de um crime e como elemento negativo do tipo a não existência de uma causa de justificação. Assim, e a título de exemplo, o crime de homicídio, p. e p. no art. 131º do CP, deve ser entendido, não apenas como *“quem matar outra pessoa é punido com uma pena de 8 a 16 anos”*, mas sim como *“quem matar outra pessoa sem estar a coberto de uma causa de justificação, será punido com uma pena de 8 a 16 anos”*³⁰⁹. Se uma causa de justificação constitui um elemento (negativo) do tipo, o erro sobre os pressupostos dessa causa de justificação constitui um autêntico erro do tipo, que tem por consequência a exclusão do dolo³¹⁰.

Não obstante algumas virtualidades que esta teoria pode emprestar à compreensão do problema, é mais correto fazer uma separação sistemática da teoria da infração penal, uma vez que cada elemento cumpre uma função própria.

Melhor nos parece ser a teoria limitada da culpa consubstancial à carência do dolo do ilícito, cujo principal propulsionador é ROXIN, e em Portugal encontra acolhimento em alguns autores, como TAIPA DE CARVALHO³¹¹ e, de certa forma, em PAULO PINTO

³⁰⁷ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 350.

³⁰⁸ CLAUD ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, pp. 584-585.

³⁰⁹ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Direito Penal I – Parte Geral, cit.*, p. 233.

³¹⁰ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Direito Penal I – Parte Geral, cit.*, p. 233; TERESA BELEZA, *Direito Penal, cit.*, p. 285.

³¹¹ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 349 e ss.

DE ALBUQUERQUE³¹². Para a teoria limitada da culpa, há uma equiparação estrutural do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação com o erro do tipo e, nessa medida, o erro exclui o dolo. Mas não se trata apenas da exclusão do dolo do tipo. Trata-se, outro tanto, da exclusão do dolo do ilícito. Com efeito, na senda de ROXIN, para que uma conduta se repute ilícita, não basta que se verifique o dolo do tipo, exigindo-se, outrossim, o dolo do ilícito. O dolo do ilícito é constituído pela não suposição de circunstâncias justificantes. Com efeito, o dolo tanto é excluído pela falta de conhecimento ou representação errónea dos elementos do tipo, como também pela suposição errónea da existência de uma causa de justificação³¹³. Tal solução é adequada, uma vez que o agente representa uma realidade fáctica em que atua em conformidade com a ordem jurídica. Nas palavras de TAIPA DE CARVALHO, “a única coisa que lhe pode ser imputada é a precipitação ou descuido na representação errada da situação fáctica”³¹⁴. E, não raro, nos casos de legítima defesa putativa – erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação por excelência – o agente não viola um dever objetivo de cuidado quando valora a situação de perigo e, nessa medida, a sua ação não representa uma ação ilícita³¹⁵. Destarte, tal asserção não significa equiparar a legítima defesa putativa à própria legítima defesa. Como muito bem nota CONCEIÇÃO VALDÁGUA, o defensor putativo, por mais razoável e fundado que seja o seu erro, ataca efetivamente um bem jurídico-penalmente protegido. Tal equiparação consubstanciaria uma violação dos princípios da proteção de direitos individuais e da afirmação ou preservação do ordenamento jurídico, pois, na legítima defesa putativa quem parece ser agredido é o autêntico agressor e quem parece o agressor é o autêntico agredido³¹⁶.

Sem embargo da adequação desta teoria, ela tem sido objeto de críticas pela doutrina. Uma das maiores críticas apontadas à teoria da culpa consubstancial à carência do dolo do ilícito é a de que o agente não representa essa “ausência de dolo”, nem sequer num quadro difuso de co-consciência, o que redundaria, para os críticos – nas impressivas

³¹² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 164-165.

³¹³ CLAUD ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 586. Assim, embora por referência ao homem médio, se parece posicionar ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, op. cit., pp. 612-613 (ver, em especial, nota 79).

³¹⁴ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, op. cit., p. 350.

³¹⁵ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “Legítima Defensa y Legítima Defensa Putativa – Observaciones a la Ponencia de Muñoz Conde”, in J.M. Silva Sánchez (ed. Espanhola), Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias (coord.), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 202.

³¹⁶ MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “Legítima Defensa y Legítima Defensa Putativa – Observaciones a la Ponencia de Muñoz Conde”, cit., pp. 202-203.

palavras de FIGUEIREDO DIAS -, num “*dolo monstruoso*”³¹⁷. Ademais, a defesa de uma tal teoria levaria a que qualquer participante não fosse punido, por via do princípio da acessoriedade limitada³¹⁸. Os críticos também aduzem que esta teoria impossibilita a aplicação de uma medida de segurança ao inimputável que errou sobre os pressupostos de uma causa de justificação, uma vez que o pressuposto de aplicação da medida de segurança é a ilicitude da conduta e a perigosidade do agente, nos termos do art. 91º do CP³¹⁹.

Nestes termos, foram construídas teorias da culpa limitada orientadas para as consequências jurídicas.

O próprio FIGUEIREDO DIAS sustenta que a teoria da culpa limitada é correta, uma vez que o erro do tipo e o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação são materialmente idênticos, porquanto em ambos os casos o agente fica impedido de orientar a sua consciência ética para resolver o problema da ilicitude do facto³²⁰. No entanto, FIGUEIREDO DIAS reconhece que há uma diferença estrutural – o agente que erra sobre os pressupostos de uma causa de justificação atua com dolo do tipo, pelo que, em tais casos o dolo que é excluído não é o dolo do tipo, mas sim o dolo da culpa. Mas isso não se reconduziria materialmente à consciência da ilicitude? FIGUEIREDO DIAS sustenta que “*no caso do erro que exclui o dolo (...) a censura só pode referir-se à omissão do dever do agente de se informar cuidadosamente sobre “o que é isto”, enquanto que na falta de consciência da ilicitude ela se dirige à omissão do agente de determinar “se está autorizado”, i.e., “o limite da censurabilidade do erro nos há-de ser dado, não pela persistência no agente de uma consciência recta que não chega a entrar em questão, mas pelas suas capacidades pessoais para conhecer exactamente a situação em que vai atuar ou para sobre ela se informar ou esclarecer correctamente*”³²¹.

³¹⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., p. 435. NUNO BRANDÃO, “Erro Sobre os Pressupostos das Causas de Justificação: Um Erro que Pode Excluir a Ilicitude?”, in Manuel da Costa Andrade et. al. (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 187 e ss. TERESA SERRA, op. cit., pp. 81 e ss. HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 89.

³¹⁸ Assim é, porquanto para que o participante seja punido o facto praticado pelo autor deve ser típico e ilícito (art. 27º CP). Se o facto não preencher esses pressupostos, então o participante fica por punir. Com efeito, nas palavras de CONCEIÇÃO VALDÁGUA, o princípio da acessoriedade limitada significa que “o autor tem que, pelo menos, dolosamente dar início à execução de um facto típico e ilícito para que os participantes possam ser punidos (...)”. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Direito Penal I – Parte Geral*, cit., p. 289.

³¹⁹ Por todos, Cf. NUNO BRANDÃO, “Erro Sobre os Pressupostos das Causas de Justificação: Um Erro que Pode Excluir a Ilicitude?”, cit. p. 185.

³²⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., p. 427.

³²¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., pp. 433-434. Também nesta linha, propugna NUNO BRANDÃO que o que é excluído é o dolo da culpa, pois, ao

Mas ao pressupor o dolo do tipo, FIGUEIREDO DIAS não admite, ainda que sub-repticiamente, que o agente terá de fazer um especial exercício, a fim de resolver o problema da ilicitude subjacente? A negligência culposa não redundará, assim, materialmente, num erro sobre a ilicitude evitável? Não se arvorará o dolo da culpa, para aqueles que propugnam uma dupla função do dolo, numa efetiva consciência da ilicitude? Tal é o que deduzimos, das considerações do decano de Coimbra e de alguns subscritores da sua posição. Com especial clareza, veja-se a asserção de RUI PEREIRA, que, subscrevendo a teoria da dupla função do dolo e advogando que o erro sobre os pressupostos sobre uma causa de justificação exclui o dolo da culpa, refere que a culpabilidade dolosa compreende não apenas o ilícito-típico, objetiva e subjetivamente, como, outro tanto, a consciência da ilicitude material³²².

Também JESCHECK / WEIGEND e, entre nós, TERESA SERRA, sustentam que o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação exclui o dolo da culpa, mas vão mais longe: para os autores, o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação constitui um erro *suis generis*, estruturalmente semelhante ao erro do tipo e consequencialmente semelhante ao erro sobre a ilicitude. E assim é, porquanto, a nível estrutural, o erro compreende os elementos descritivos e normativos da norma de justificação do ilícito-típico, e consequencialmente, verifica-se que o dolo do tipo se mantém, uma vez que o agente pretende efetivamente realizar o tipo, mas crê erroneamente que a proibição a ele subjacente é apartada pela norma permissiva. Se o dolo se mantém, este exerce uma função de impelir o agente à resolução de um problema de valoração. No entanto, o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação deve excluir o dolo – o dolo da culpa -, no sentido em que, conquanto o agente realize o tipo de ilícito doloso, ele só poderá ser punido a título de negligência, uma vez que há um menor desvalor da ação ante a representação pelo agente de estar a coberto de uma causa de justificação reconhecida juridicamente, e, por outro lado, a motivação que levou à formação do dolo não se consubstancia numa atitude interna de

nível da sua consciência, o agente carece de elementos fácticos constitutivos da realidade, o que impede que elabore um juízo informado sobre o caráter ilícito da conduta. Assim, ele não revela uma atitude de contrariedade ou indiferença face ao direito. Cf. NUNO BRANDÃO, “Erro Sobre os Pressupostos das Causas de Justificação: Um Erro que Pode Excluir a Ilicitude?”, cit. p. 197. Mas não é exatamente esse impedimento que se situa ao nível do ilícito-típico e não da culpa, uma vez que a função de impelir o agente à resolução do problema de ilicitude fica neutralizado com o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação? Parece, outro tanto, ser a posição sufragada pela jurisprudência portuguesa. Cf. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 05-06-1991, Proc. N.º 041727 e de 01-02-1996, Proc. N.º 048471.

³²² RUI CARLOS PEREIRA, “Justificação do Facto e Erro em Direito Penal”, in Fernanda Palma, *et. al.* (coord.), *Casos e Materiais de Direito Penal*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 146.

contrariedade ao direito, mas numa análise descuidada da situação fáctica³²³. Nestes casos, sustentam JESCHECK / WEIGEND, que o agente não é um apóstata dos valores jurídicos dominantes numa determinada comunidade³²⁴.

As teorias da culpa limitada orientadas às consequências jurídicas são de afastar, pois intentam uma construção dogmática para obviar a problemas putativos.

Acompanhemos a tese de CORTES ROSA, segundo a qual o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação só exclui o dolo da culpa é de afastar, uma vez que tal conceção redundaria numa compressão da diferenciação sistemática entre ilicitude e culpa. O autor, com razão, sustenta que o erro censurável/evitável no plano da culpa merece um tratamento mais severo que o erro evitável ao nível do tipo de ilícito, uma vez que o dolo do tipo de ilícito deve impulsionar o agente a resolver um problema de valoração. Ora quando o agente supõe erroneamente estar a coberto de uma causa de justificação, ele parte do pressuposto que se está a comportar de forma lícita, i.e., que o seu comportamento é permitido, o que lhe veda o acesso à compreensão da ilicitude do facto. O que poderá ser objeto de censura, no máximo, como havíamos dito, é uma falta de cuidado ou de atenção na apreciação das circunstâncias, que, não raro, se esfuma na apreciação de uma situação de perigo iminente e não removível de outro modo³²⁵.

Quanto à crítica de que o agente não representa a ausência das circunstâncias justificantes, releva dizer que, do mesmo modo que o agente representa as circunstâncias do facto, ele representa, num quadro de co-consciência não reflexiva, que não está a coberto de qualquer causa de justificação, i.e., representa que não existe uma “compensação neutralizante” do desvalor da ação³²⁶.

Também não é necessária uma teoria da culpa limitada orientada às consequências jurídicas para resolver problemas de participação, porquanto, regra geral, tais casos consubstanciam uma efetiva situação de autoria mediata, sendo que os casos de mera participação são muito escassos ou residuais. Assim, aquele que dolosamente dá uma

³²³ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., pp. 681; 684. TERESA SERRA, *op. cit.*, pp. 84-86.

³²⁴ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 684.

³²⁵ MANUEL CORTES ROSA, "La Función de la Delimitación de Injusto y Culpabilidad", in J.M. Silva Sánchez (ed. Espanhola), Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias (coord.), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1995, pp. 254-255.

³²⁶ CLAUDIUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 586.

pistola ao defendente putativo, sabendo que há um elevado grau de probabilidade de ele disparar e, por vias disso, matar o pretenso agressor, não é mero participante, porquanto está a usar o defensor putativo como instrumento, a fim de provocar um resultado pretendido³²⁷. Quanto às demais situações, ante o seu carácter residual, deve partir-se do pressuposto, como bem nota CORTES ROSA, de que o legislador não teve a intenção de punir os partícipes de um facto coberto por uma causa de justificação³²⁸.

Quanto à impossibilidade de se aplicar uma medida de segurança ao inimputável que atua em erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, estamos em crer que tal é um risco que a sociedade deve suportar, uma vez que o inimputável não praticou um facto típico e ilícito, sendo a ilicitude pressuposto irrenunciável da aplicação de tal medida, sob pena de o Estado de Direito soçobrar perante um funcionalismo preventivista exacerbado³²⁹. Ademais, o problema da perigosidade para bens jurídicos relevantes pode obviar-se por via do recurso ao internamento compulsivo, sem necessidade da comissão de um ilícito-típico, tal como prescrevem as disposições da Lei de Saúde Mental (Lei n.º 36/98, de 24 de julho), mormente no seu artigo 12º.

³²⁷ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, *cit.*, p. 588.

³²⁸ MANUEL CORTES ROSA, "La Función de la Delimitación de Injusto y Culpabilidad", *cit.*, p. 256.

³²⁹ Aproximadamente, MANUEL CORTES ROSA, "La Función de la Delimitación de Injusto y Culpabilidad", *cit.*, p. 261.

3. A DIMENSÃO MATERIAL DA CULPA JURÍDICO-PENAL

O conteúdo da culpa está intimamente associado às ideias de responsabilidade, imputabilidade, falta, pecado, remorso, castigo, penitência. Objetivamente, a culpa está associada à falta assacável ao indivíduo, pelos atos axiologicamente desvaliosos por si praticados. Subjetivamente, pressupõe uma dimensão relacional, de responsabilidade para com o próximo.

O grau de culpa pode ser maior ou menor, consoante o enquadramento dos processos de socialização em ambientes díspares. A culpa é, com efeito, graduável. E o seu conceito, no plano jurídico-penal, é objeto de uma controvérsia inacabada e, quiçá, interminável.

A culpa jurídico-penal desdobra-se em duas dimensões³³⁰: a dimensão principiológica, segundo a qual não há pena sem culpa, que se deduz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º CRP) e do direito à liberdade (art. 27º CRP)³³¹. Tal princípio carece de substanciação dogmática, o que abre caminho à sua dimensão material, como juízo de censura que recai sobre o agente, por, num quadro pré-compreensivo, ter atuado ilicitamente³³². Mas a pacificidade termina aqui. O conceito material de culpa tem sido um dos temas mais disputados pela doutrina jurídico-penal, ante as aporias que recaem sobre o seu substrato – a disputa irresolúvel entre livre arbítrio indeterminístico, determinismo, compatibilismo, liberdade existencial, liberdade normativa, ficção de liberdade, etc.

Não pretendendo aqui uma escarpelização exaustiva – o que transcenderia o nosso objeto de estudo -, a análise da dimensão material da culpa merece a nossa atenção, uma vez que, como nota FIGUEIREDO DIAS, *“no afirmar-se ou negar-se a possibilidade de uma falta de consciência da ilicitude não está ínsita uma confissão a favor ou contra o princípio da culpa, mas uma diferença nos modos de entender o seu conteúdo material”*³³³. I.e., a substanciação do princípio da culpa irá ser o nosso fio condutor em

³³⁰ Cf. CLÁUDIO BRANDÃO, “Culpabilidade: Sua Análise na Dogmática e no Direito Brasileiro, in *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*, ano 16, n.º 2, 2005, pp. 213 e ss.

³³¹ Assim, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A Lei Penal na Constituição”, *cit.*, pp. 9 e ss.

³³² A equiparação da culpa à censura deve-se, em grande parte, a REINHARD FRANK, como já notámos em I, e aos desenvolvimentos da teoria culpa normativa de GOLDSCHMIDT, que veio propugnar a existência de uma “norma de dever” interna, segundo a qual todo o indivíduo deve comportar-se de modo a que atue em conformidade com as exigências impostas pelo ordenamento jurídico à sua conduta externa (Cf. JAMES GOLDSCHMIDT, *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, 2ª edição, trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez, Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2002, pp. 91 e ss.).

³³³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, *cit.*, p. 311.

sede de exculpação. Com efeito, o princípio da culpa, conquanto nos informe que o erro sobre a ilicitude inevitável ou não censurável exclui a culpa por completo, não nos diz por que forma a culpa é excluída, i.e., não nos fornece pistas, no que tange aos critérios de diferenciação entre a evitabilidade e a inevitabilidade ou a censurabilidade ou a não censurabilidade do erro. O seu conceito material vai, de certa forma, conduzir-nos criticamente até esses critérios. Donde, a necessidade de abordá-lo³³⁴.

A culpa, na sua dimensão material, cai numa discussão aporética. Não existe um conceito material de culpa perfeito; talvez, apenas um menos imperfeito. Uma vez ultrapassadas quaisquer concepções exclusivamente psicologistas da culpa e, como advento do finalismo e do pós-finalismo, ultrapassadas estão as primeiras visões normativistas, excluindo, outro tanto, por violação da dignidade da pessoa humana, concepções que têm por objeto, a título exclusivo, a personalidade do agente, a nossa análise crítica percorrerá o seguinte itinerário: a) a culpa como poder de agir de outra maneira; b) a culpa da atitude interior; c) a culpa existencial da personalidade; d) culpa derivada de exigências de prevenção geral; e) teoria comunicativa da culpa; f) conceito dualista de responsabilidade; g) culpa e prevenção, num quadro de limitação recíproca.

3.1. CULPA COMO PODER DE AGIR DE OUTRA MANEIRA

A culpa como poder de agir de outra maneira encontrou – conquanto anteriormente já existissem formulações nesse sentido³³⁵ - o seu principal subscritor em WELZEL, e é defendida por uma parte considerável da doutrina³³⁶. Releva atentar especialmente em WELZEL.

³³⁴ E o que é aqui dito para o problema do erro sobre a ilicitude vale, *mutatis mutandis*, para as outras causas de exclusão da culpa.

³³⁵ Cf. BERTHOLD FREUDENTHAL, *Culpabilidad y Reproche en El Derecho Penal*, trad. de José L. Guzmán Dalbora, Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2012, pp. 71 e ss.

³³⁶ Cf. HANS JOACHIM HIRSCH, “Acerca de los errores y extravios en la teoría contemporánea de la culpabilidad”, trad. de Guillermo Orce, in *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*, Tomo 60, Fasc. 1, 1993, 2007, p. 29. JOSÉ DE FARIA COSTA, *op. cit.*, pp. 332 e ss. No entanto note-se que estes autores fundamentam a culpa numa liberdade necessária, intrínseca ao ser humano e à sua iminente dignidade e já não na teoria dos estratos, como WELZEL. Com efeito, HIRSCH sustenta que, como o ser humano se experimenta a si mesmo como livre, o direito deve partir da sua liberdade, i.e., deve aceitar, não o livre arbítrio em si – que é empiricamente indemonstrável -, mas a representação do livre arbítrio, como fundamento da ação humana. Por outro lado, a ameaça da pena e a pena em si mesma partem desta base conceptual, uma vez que se dirigem à formação da vontade do indivíduo. Assim, o ser humano atribui-se a si próprio a liberdade de ação. (*Idem, Ibidem*). Já FARIA COSTA fala em liberdade como “*categoria ou estrutura originariamente moral capaz de sustentar o pesado edifício prático-normativo de atribuição quotidiana de responsabilidades*” (JOSÉ DE FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 334). Mudando recentemente de posição, afastando a concepção da culpa como decisão pelo ilícito, não obstante a permeabilidade ao apelo normativo, e adotando o conceito de culpa como poder de agir de outra maneira na concreta situação de

Para WELZEL, a culpa consubstancia-se no juízo de censura que recai sobre o agente, por este não ter omitido a ação ilícita, quando tinha a possibilidade *concreta* de a omitir. I.e., a censura fundamenta-se na constatação de que a conduta do agente está em desconformidade com o dever-ser jurídico-penal, quanto ele podia ter observado as exigências subjacentes ao dever-ser. Em suma, podia ter agido de outra maneira – em conformidade com a norma – mas não o fez. Pelo que a culpa assenta na configuração da vontade. Assim, “*toda a culpa é culpa da vontade*”, i.e., só o agente que age voluntariamente é que pode ser objeto do juízo de censura³³⁷.

Para WELZEL, o juízo de censura em que repousa a culpa pressupõe que o agente podia ter-se motivado em conformidade com a norma, não se tratando tal poder de um poder abstrato, antes se tratando de um poder concreto, de um poder de agir de outra maneira na concreta situação de facto em que o agente atuou, um poder de direção da vontade, na concreta situação, de acordo com a norma³³⁸.

Como constrói o autor esta posição?

WELZEL recorre a um complexo de investigações antropológicas e caracterológicas para fundamentar a liberdade do ser humano.

WELZEL começa por dizer que, em contraposição face ao animal, o ser humano caracteriza-se, negativamente, por possuir uma ampla esfera de liberdade, face às formas inatas e instintivas de conduta, e, positivamente, pela capacidade de estabelecer por si mesmo uma conduta reta, i.e., consegue comportar-se de forma inteligente e racional, o que lhe confere responsabilidade, qual elemento conformador da sua existência³³⁹. A configuração do ser como um centro de responsabilidade faz com que o homem tenha uma pluralidade de estratos. Um estrato profundo, que compreende os impulsos vitais de conservação da sua espécie e de autoconservação, as paixões, os desejos, as aspirações, os interesses, quais elementos que conformam o “*eu*”, bem como o arrastam e o impulsionam para a ação. No centro dessa impulsão ou desses impulsos, emerge a ideia de “*mesmeidade*” (segundo estrato), i.e., o centro regulador dos impulsos, que os dirige e lhes empresta sentido e valor. Com isto se sustenta que os impulsos podem ser dirigidos de acordo com um conteúdo de sentido e valor a eles

facto em que o agente atuou, DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, “Libertad, Culpabilidad y Neurociencias”, in *Anatomía do Crime*, n.º 3, 2016, pp. 82 e ss.

³³⁷ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., pp. 166-167.

³³⁸ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., pp. 169-170.

³³⁹ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 171.

associado, para uma tarefa de vida que se estende para futuro, para um sentido de vida obrigatório e transcendente. Objeto dessa direção final não é um processo causal exterior, mas os impulsos que compelem o indivíduo à realização da ação. O critério orientador de tal direção repousa no quadro normativo do ordenamento jurídico, qual ordem obrigatória, tendo em conta as contingências histórico-culturais e as necessidades momentâneas de regulação obrigatória³⁴⁰.

Continuando a expor a sua investigação, sustenta WELZEL que os impulsos têm um caráter duplo – uma determinada intensidade de impulso ou compulsão e um determinado conteúdo de sentido, sendo que ambos podem não coincidir. Apenas o estrato profundo decide em caso de contradição entre eles – o impulso mais forte vence e submete os demais. Os impulsos convertem-se em motivos quando a decisão da vontade os invoca como seus fundamentos objetivos. Só o impulso que veicula um instinto, uma aspiração, um interesse, é que pode converter-se no fim de uma decisão da vontade. Todos os fins do seu conteúdo, qualquer que seja o seu valor axiológico, provêm do estrato profundo – são fins instintivos, aspiracionais, teleológicos, etc³⁴¹.

Passando para o quadro caracterológico, propugna WELZEL que as condições causais do pensamento são meras infraestruturas, i.e., são pressupostos existenciais dos atos do pensamento, mas não da forma da sua execução – o modo como se desenvolve o pensamento não é determinado por mera causalidade, antes por elementos inteligíveis consubstanciais a um sentido finalístico. A vontade associada ao desejo do conhecimento, pressupõe como condição material um impulso do estrato profundo, qual seja, o interesse no conhecimento. A sua relação com os outros impulsos é determinada segundo um conteúdo constituído por uma tarefa objetiva. Com efeito, o conhecimento só é possível se puder ser assumido responsabilmente como realização de uma tarefa colocada ao indivíduo e compreendida conforme o sentido, i.e., se o conhecimento é possível, o indivíduo cognoscente não pode ser simplesmente encarado como sujeito dos seus impulsos, mas tem que ter a capacidade de compreender o impulso como tarefa dotada de sentido. Numa palavra, assumir a responsabilidade pelo ato do conhecimento³⁴².

Assim, para WELZEL, o direito penal parte de uma liberdade antropológica, segundo a qual, o homem, ser dotado de responsabilidade, está capacitado existencialmente para

³⁴⁰ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán, cit.*, pp. 172-173.

³⁴¹ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán, cit.*, pp. 173-174.

³⁴² HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán, cit.*, pp. 175-177.

configurar a dependência causal dos impulsos³⁴³. Não estamos, na sua visão, portanto, perante uma liberdade indeterminista, como poder arbitrário de eleição, antes perante uma liberdade que tem em conta o sentido e o valor possíveis da ação finalística. Assim, segundo WELZEL, a culpa assenta na censura pela falta de autodeterminação conforme ao sentido, que recai sobre um sujeito que tinha a capacidade – concreta – para tal autodeterminação³⁴⁴. No âmbito dessa censura, há um papel relevante a ser desempenhado por outro estrato – o estrato da personalidade (terceiro estrato). Este situa-se entre o estrato profundo e o estrato / centro do “eu” (ou a ideia de *mesmidade*) e compreende uma reserva de decisões prévias, consubstancial a uma atitude e posição internas inconscientes da personalidade, dotada de idoneidade para controlar algumas “excitações vegetativas”, permitindo umas e reprimindo outras. Na medida em que o homem se desenvolve, no espaço da vivência social, por meio da educação, da experiência e da receção positiva e do fazer ativo, constrói em si essa estrutura inconsciente da atitude³⁴⁵.

Por referência à teoria dos estratos de HARTMANN, WELZEL logra construir um conceito de liberdade idóneo a suportar um juízo de censura. Mas não pelo poder de agir de outra maneira, na situação de facto concreta, porquanto tal poder exige um *liberum arbitrium indifferentiae*. Ora, a teoria dos estratos compreende, não um poder de agir indiferenciadamente, de forma arbitrária, mas uma liberdade não indeterminista, que tem em conta a determinação final em conformidade a uma unidade de sentido e valor. Trata-se de uma liberdade determinada pela *pessoa moral*, pelo mundo dos valores. Trata-se de uma liberdade conformadora da vida em geral do ser humano, visto como ser moral, responsável, racional, que tem a possibilidade de ordenar a sua vida, tendo em conta uma tarefa, um fim, o sentido teleológico. Tal liberdade pode fundamentar, *maxime*, um poder abstrato de motivação em conformidade com a norma, mas já não um concreto poder de agir de outra maneira³⁴⁶. Ora, o poder de agir de outra maneira, na situação concreta, pressupondo um livre arbítrio indeterminista, é indemonstrável empiricamente, tal como se pode constatar por referência às ciências naturais, com especial ênfase para a neurociência³⁴⁷. A disputa entre livre arbítrio e

³⁴³ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán, cit.*, p. 177.

³⁴⁴ *Idem, Ibidem*.

³⁴⁵ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán, cit.*, pp. 178-179.

³⁴⁶ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, pp. 43 e ss.

³⁴⁷ Várias investigações têm sido empreendidas, no que concerne à relação entre culpa jurídico-penal e neurociência. Grande parte delas têm uma tendência para afirmar o determinismo e pôr em causa o direito penal da culpa. Numa conferência pronunciada por ocasião do doutoramento *honoris causa* na Universidade de Linz, JESCHECK dá-nos conta das conclusões a que chegou WOLF SINGER, neurocientista que se tem dedicado a tais investigações. Começando por dizer que ainda não se

determinismo é aporética, irresolúvel. Assim, como muito bem nota ALESSANDRO BARATTA, “*ao mistério da liberdade corresponderá a hipótese (indemonstrável enquanto a liberdade for um mistério) do ter podido agir de outra maneira*”. O poder de agir de outra maneira redundante, com efeito, numa ficção, qual seja, a de se pressupor que o estrato do “eu” poderia ter agido em conformidade ao direito, conquanto que seja certo que tudo se passou de determinada forma e não de outra. Não há a possibilidade de voltar atrás e verificar se tal pressuposição se confirma³⁴⁸. E mesmo que houvesse, o agente já não seria o mesmo, a mesma pessoa, após a comissão do ilícito³⁴⁹.

Em suma, se a culpa, em WELZEL, é a censura que recai sobre o agente, porque este agiu contra o dever-ser jurídico-penal, quando podia ter evitado essa conduta, determinando-se em conformidade com o sentido, o valor, havendo uma preferência pela ação instintiva, como verificar empiricamente, *in concreto*, a possibilidade de conformação pelo dever-ser? WELZEL constrói, com dados onto-antropológicos, uma ponte que permite afirmar, em abstrato, uma culpa do agente por ter atuado ilicitamente,

demonstrou, até agora, a liberdade de decidir na situação concreta, SINGER prossegue, justificando que o cérebro se organiza de forma altamente distributiva, o que não possibilita detetar ou encontrar um espaço central unitário, que congregue todas as informações, i.e., uma recondução destas a uma interpretação unitária. Destarte, a sua investigação logrou resultados, no sentido de tornar mais claros fenómenos de comportamento, inclusive funções psíquicas e mentais, por via de processos neuronais. Cf. HANS-HEINRICH JESCHECK, “Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria”, *in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 3, 2003, p. 8, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05.html>. Nem mesmo BENJAMIN LIBET, autor tendencialmente favorável à afirmação da liberdade, logrou resolver a disputa entre livre-arbítrio e determinismo. Numa experiência factual, de que nos dá conta ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, no seu magistral estudo, LIBET logrou demonstrar que para que o cérebro tenha consciência dos estímulos sensoriais, carece de cerca de 0,5 segundos de atividade (*v.g.* só temos consciência de tocarmos com o dedo numa mesa 0,5 segundos depois de o termos feito). Então, como é que conseguimos reagir tão rápido, *v.g.*, numa situação em que estamos a conduzir e uma criança se atravessa repentinamente à frente no veículo? Como conseguimos travar em 150 milésimos de segundo (ms) se, para termos consciência, necessitamos de 500? LIBET diz que se trata de uma decisão não consciente. O autor levanta, com efeito, a questão de saber se a decisão de atuar e a atividade cerebral que leva à ação voluntária podem ter início antes da consciência da decisão. O neurocientista, mais uma vez, procede à comprovação experimental, que consistiu no seguinte: um grupo de pessoas deviam dobrar o pulso num momento por si escolhido e, concomitantemente, olhar para o ponto em que se encontrava o ponteiro do relógio e deviam reparar nesse ponto no momento em que decidissem baixar o pulso. Daí resultou que os eventos cerebrais começam entre 350 a 400 ms antes do início da consciência. E isto nega o livre-arbítrio? Ora, não há prova, quer do livre-arbítrio, quer do determinismo. Destarte, o autor provou que, não obstante aquele processo não consciente do ato, há um momento em que a pessoa tem consciência e aí tem a possibilidade de vetar ou não vetar o ato (cerca de 150 a 200 ms). No entanto, a decisão de vetar não pode ser entendida como livre-arbítrio, se ela resultar de um processo não consciente precedente. Embora ainda não tenha havido prova, LIBET inclina-se para uma não sujeição do veto consciente a um processo não consciente. Cf. ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *A Negligência Inconsciente – Entre a Dogmática Penal e a Neurociência*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 289-299.

³⁴⁸ ALESSANDRO BARATTA, “Crítica da Conceção Antropológica da Liberdade e da Conceção Finalista da Culpa (Welzel)”, *in* Teresa Pizarro Beleza (org.), *Textos de Direito Penal, Tomo II*, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 308-309.

³⁴⁹ Assim, JOSÉ CERESO MIR, “Culpabilidad y Pena”, *in ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*, Tomo 33, Fasc. 2, 1980, p. 348.

mas não é suficiente para suportar o seu conceito, pois é requerido, no plano concreto, um dado que não é passível de comprovação³⁵⁰

FERNANDA PALMA intenta construir uma conceção de jaez compatibilista, com potencial para ultrapassar tal problema. A autora logra interligar, embora com relativa autonomia de uma em relação à outra, a culpa jurídica e a culpa moral, sustentando que renunciar a esta visão seria suprimir uma parte ética da realidade, qual seja, o próprio direito penal³⁵¹. Com efeito, o fundamento da culpa deve repousar numa moral mínima, que tem em conta o interesse universal das pessoas, uma *“igual bondade para todos”*, i.e., uma moral racionalizada, como critério de fundamentação da ação, que deverá consubstanciar-se naquilo que é aceitável e bom para todos, numa medida mínima. Tal culpa moral há de passar pelo crivo da autocompreensão crítica, no sentido da aceitação de critérios de ação universais por cada um de nós, e não por imposição externa, consubstancial a uma *“lógica universal, mas individualizável”*³⁵². Sustenta FERNANDA PALMA que *“a culpa moral exprimiria, assim, o sentido de responsabilidade, à luz de uma vida digna e autónoma experienciável”*³⁵³. Ademais, a responsabilidade penal, ante o seu grau de gravidade – uma vez que o direito penal tutela aqueles bens jurídicos indispensáveis à livre realização do indivíduo e da sociedade -, demanda uma motivação, que entra em confronto com o quadro axiológico que confere unidade de sentido à ação humana, o que *“torna o facto também censurável pessoalmente”*³⁵⁴.

A penalista da Escola de Lisboa concebe a liberdade, não como uma liberdade da vontade, porquanto esta esbarra contra potenciais fatores passíveis de determinar a própria ação, mas como uma *“liberdade de querer, desejar”*, representativa de desejos, paixões, emoções, sentimentos, reportando-se à ideia de *“consciência de si”*, constituindo o suporte da culpa moral³⁵⁵. Mais adianta que *“as paixões, os desejos e os sentimentos podem ser um critério da acção livre e não sintoma de um seu obstáculo”*³⁵⁶. Assim, *“a culpa que justifica moralmente a responsabilidade penal é expressão de uma acção, tanto porque reflete a identidade do seu autor (a sua consciência de si), como*

³⁵⁰ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa Direito Penal*, cit., pp. 49-54; GÜNTHER STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 233.

³⁵¹ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, 2ª edição, Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 134-135.

³⁵² MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, cit., p. 136.

³⁵³ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, cit., pp. 137-138.

³⁵⁴ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, cit., p. 133.

³⁵⁵ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, cit., pp. 83-84.

³⁵⁶ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, cit., p. 84.

*pressupõe não estarem em causa as condições essenciais de uma opção por alternativas*³⁵⁷.

Destarte, conquanto existam dificuldades de maior na comprovação do poder de agir de outra maneira, FERNANDA PALMA sustenta que releva tentar lograr provar empiricamente se o agente teve uma concreta oportunidade de adotar outra conduta, “*em face das nossas representações, das representações dominantes e das representações do próprio agente*”, através de critérios extrajurídicos, sendo o agente desculpado quando existam fatores que afetem a consciência de si, como manifestação da identidade no facto³⁵⁸. Assim, *v.g.* se um homicida condenado, ao esquecer-se de tudo o que levou à pena capital (de todo o processo que levou à cominação do crime até ser condenado), mercê de uma lesão cerebral, não deve ser punido, porquanto houve uma afetação da consciência de si, que lhe não permite associar-se ao ato praticado, inexistindo sentimento de culpa³⁵⁹.

Quanto a esta última asserção, embora pareça estar correta no plano das funções da pena, suscita algumas dificuldades. Veja-se que o agente, ao praticar o facto, praticou-o com consciência da ilicitude, com consciência de estar a violar um bem jurídico fundamental, tendo olvidado esse facto supervenientemente, mercê de uma vicissitude cerebral. Ademais, levar às últimas consequências a asserção, segundo a qual a pena não pode ser aplicada se não lograr a sua função de recuperação social do agente, de emenda, de superação, de reeducação, significaria que certos psicopatas, ante a sua diminuta capacidade de empatia, de remorso, de compaixão e o baixo controle emocional, deveriam ficar impunes, ante a sua impermeabilidade à ordem axiológico-normativa, ante a inexistência do designado “sentimento de culpa”. Com efeito, o direito penal é direito penal do facto, não um direito penal do “pecado”, de diminuição do valor e de expiação da falta em sentido superveniente³⁶⁰. Como nota CURADO NEVES, a expiação da falta, como expressão espiritual do agente, não se afigura função legítima da pena. Ademais, “*mesmo que o direito penal esteja sujeito ao respeito de regras morais básicas, que podem ser objecto de consenso, como defendido por FERNANDA PALMA, tal implica uma limitação negativa do poder penal, que não pode impor penas*

³⁵⁷ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, cit.*, p. 144.

³⁵⁸ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, cit.*, p. 153.

³⁵⁹ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, cit.*, pp. 142-143. Trata-se de uma explanação incompleta do exemplo reproduzido no filme *O Enforcamento*, em que um homicida condenado sobrevive miraculosamente à pena capital, tendo sofrido uma total amnésia.

³⁶⁰ Assim, JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 304.

*que não satisfaçam aquelas regras e não a obrigação de observância pelos membros da comunidade jurídica de preceitos morais*³⁶¹.

Por outro lado, quando FERNANDA PALMA sustenta que se deve tentar provar a concreta oportunidade de opção por outra conduta, a sua conceção parece aproximar-se da culpa como poder de agir de outra maneira, sofrendo algumas das suas aporias, pelo que não pode ser adotada como condição material bastante para suportar a culpa jurídico-penal³⁶².

Ainda no quadro do poder de agir de outra maneira, autores há que intentam construir a censura do agente por referência a um padrão normativo, a uma abstração, designada de “homem médio”, i.e., um padrão normativo que tem por referência um indivíduo normalmente zeloso, diligente, sagaz, que age normalmente em conformidade com os valores ético-morais e jurídicos dominantes. Então, para efeitos formulação do juízo de censura, a questão que se levanta é a seguinte: teria agido o homem médio, colocado na posição do agente e nas suas circunstâncias de facto concretas, de maneira diferente? Se sim, o agente é culpado. Caso a resposta seja negativa, o agente não é culpado³⁶³.

Em nossa opinião, este critério de formulação do juízo de censura é de afastar, pois a culpa, como categoria altamente graduável, não pode ter por referência um padrão normativo de um cidadão criterioso e diligente, o que levaria situações diferenciadas a serem resolvidas de forma igual. O homem médio consubstancia-se numa figura ideal, construída pelo direito, que suporta um parâmetro de razoabilidade, prudência, respeito, zelo, diligência. Tal figura é extremamente volátil num quadro espaço-temporal, porquanto a cultura, o pensamento, as mentalidades e o modo de ser das pessoas e a própria sociedade são objeto de metamorfoses progressivas, que patenteiam, não raro, verdadeiras revoluções sociológicas. E nesse sentido, embora se intente com tal figura um critério objetivo de formulação do juízo de censura, ele pode redundar materialmente numa extrema subjetivação desse mesmo juízo, uma vez que pode refletir o próprio modo de ser do julgador, uma estimativa calculada individualmente. Assim, corre-se o risco de o homem médio variar de juiz para juiz³⁶⁴. Como muito bem sustenta SILVA DIAS, “a culpa não consiste numa desconformidade de uma consciência individual ou

³⁶¹ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, pp. 304-305.

³⁶² Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, p. 619.

³⁶³ Neste sentido parece direcionar-se JOSÉ CEREZO MIR, “Culpabilidad y Pena”, *cit.*, pp. 358-359.

³⁶⁴ Assim, CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *O Dever de Cuidado Como Modelo de Gestão do Risco*, Tese de Doutoramento, Lisboa: s.n. (policop.), 2010, pp. 80 e ss.

*subsistema psíco-físico (como se preferir) a um modelo normativo abstracto, mas num processo interpretativo em que se reconstrói tipicamente e com o grau de concretização possível do sujeito da culpa e se aprecia à luz das normas jurídico-penais se e em que medida a uma pessoa desse tipo, no contexto da acção, é exigível que se comporte de acordo com a normatividade jurídica*³⁶⁵.

Pelo que qualquer formulação do poder de agir de outra maneira deve ficar, *in limine*, excluída.

3.2. A CULPA DA ATITUDE INTERIOR

Em contraposição ao poder de agir de outra maneira, surgiram teorias, onde o acento tónico recaía num determinado “*ânimo*” do agente em relação ao facto, que repousa numa “*liberdade de decisão*”, numa liberdade não indeterminista, mas cujos alicerces se consubstanciam numa moralidade condutora da acção humana. Com efeito, o homem é visto como ser psiquicamente maduro e racional, cuja acção passa pelo crivo de um processo mental de controle, onde se situa o “*ato pessoal de decisão*”³⁶⁶. Algo muito semelhante ao que vimos ao analisar a teoria de WELZEL.

Aqui, a culpa é formulada – formulação essa subscrita por GALLAS³⁶⁷, WESSELS³⁶⁸, JESCHECK / WEIGEND³⁶⁹ e, entre nós, por TERESA SERRA³⁷⁰ - como o juízo de censura do agente, por, no momento do facto, ter manifestado uma atitude interior juridicamente desvaliosa, uma “*atitude interior deficiente*”, consubstancial a uma decisão a favor do ilícito. Trata-se, com efeito, do desvalor da atitude interna do agente atualizada no facto, desvalor esse que está associado à decisão do agente ter atuado contra as representações valorativas ético-sociais dominantes no ordenamento jurídico.

JESCHECK / WEIGEND introduzem um critério, para efeitos de aferição do juízo de censura constitutivo da culpa, de natureza social comparativa, conquanto temperado por características individuais do agente. Para os autores, releva perguntar se uma pessoa medianamente diligente e zelosa, vinculada aos valores jurídicos protegidos, tendo em conta a sua idade, sexo, profissão, inserção social, capacidades intelectuais,

³⁶⁵ AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, cit., p. 730.

³⁶⁶ WESSELS / BEULKE / SATZGER, *op. cit.* pp. 275 e ss; HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 604.

³⁶⁷ WILHELM GALLAS, *op. cit.*, p. 101.

³⁶⁸ WESSELS / BEULKE / SATZGER, *op. cit.* pp. 278-279.

³⁶⁹ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp. 625-630.

³⁷⁰ TERESA SERRA, *op. cit.*, p. 54.

passível de ser comparada com o agente, v.g. por habitar na mesma comunidade / ambiente social, por partilhar alguns dos seus valores, etc., no seu lugar, teria manifestado, no facto, uma atitude interna deficiente, decidindo-se contra o direito³⁷¹. Se não manifestasse tal atitude, o agente é censurado. Embora este critério de aferição do juízo de censura seja assaz útil e profícuo, a culpa da atitude interna é objeto de críticas várias, que fazem com que tal conceção não deva proceder.

A maior crítica que se tem dirigido a esta doutrina é a de que não é correto que a cada facto ilícito corresponda um desvalor de ânimo, da atitude interna. Basta atentar nos factos cometidos por negligência, mormente por negligência inconsciente³⁷². Com efeito, o que se censura na negligência inconsciente é, como nota BÁRBARA SOUSA E BRITO, “a cognoscibilidade individual da ilicitude”, i.e., a possibilidade de o agente ter conhecido que, com a sua conduta, estaria a preencher um ilícito-típico³⁷³. Não cremos aí estar ínsito um desvalor do ânimo do agente, pois, em tais casos, ele nem pouco se dá conta, no momento do facto, da sua realização, nem da violação do dever de cuidado. Mais longe vai HIRSCH, chegando mesmo a afirmar que tal atitude desvaliosa não é manifestada nos homicídios privilegiados, cometidos por motivos de solidariedade³⁷⁴. Ademais, a culpa referida à atitude interna exige, em rigor, na senda do propugnado por HIRSCH, uma consciência atual da ilicitude, porquanto, para haver uma atitude desvaliosa a nível interno, o agente tem de estar em “*contacto valorativo*” com o facto que pratica³⁷⁵. BERND SCHÜNEMANN vem reforçar esta asserção, sustentando que o juízo de censura é dirigido à evitabilidade da conduta como tal, o que não é compatível com a ideia de uma culpa dolosa distinta do dolo do tipo³⁷⁶. Ora, isso levaria a graves consequências político-criminais, mormente ao nível da impunidade, como já tivemos a oportunidade de observar no capítulo precedente.

Em último, como faz notar HIRSCH, existe um perigo latente de transformação do direito penal do facto num direito penal do agente ou de autor, se levarmos a formulação da

³⁷¹ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp. 629-631.

³⁷² Cf. CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, trad. de Maria da Conceição Valdágua, in *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, Lisboa, 1991, p. 516; HANS JOACHIM HIRSCH, *op. cit.*, p. 18.

³⁷³ ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *op. cit.*, pp. 429-431; 465.

³⁷⁴ HANS JOACHIM HIRSCH, *op. cit.*, p. 18.

³⁷⁵ HANS JOACHIM HIRSCH, *op. cit.*, p. 19.

³⁷⁶ BERND SCHÜNEMANN, “La Culpabilidad: Estado de la Cuestión”, in J.M. Silva Sánchez (ed. Espanhola), *Sobre el Estado de la Teoría del Delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid: Civitas, 2000, p. 95. Mais adianta o autor que, no caso do erro sobre a ilicitude, a culpa pelo facto não pode dar lugar a uma culpa da atitude interna, pois que, porquanto a atitude interna é passível de se espalhar em momentos prévios à prática do facto, o agente, em rigor, nesses momentos não agiu ilicitamente (*Idem, Ibidem*).

culpa da atitude interior até às últimas consequências. Com efeito, a atitude interior, o ânimo, consubstancia-se num elemento espiritual do agente que não se esgota num momento fugaz, antes se estende pelo tempo. Tal constatação é passível de repriminar, sob a forma de culpa da atitude interna, a culpa pelo caráter ou pela condução da vida. Ademais, o ânimo compreende um complexo normativo que se não queda pelo jurídico, antes compreende uma ordem moral, uma ordem de trato social e uma ordem religiosa. Esse complexo normativo presente no ânimo pode levar a uma insuficiente diferenciação entre os preceitos que constituem as diversas ordens, pelo que a culpa da atitude interior não pode fundamentar a culpa jurídico-penal. Por outro lado, na mesma linha de raciocínio, a atitude interior ou o ânimo andam frequentemente associados a ideologias, algumas das quais violadoras da dignidade da pessoa humana, como as ditaduras fascistas e comunistas. Fundamentar a culpa no desvalor da atitude interna empresta uma enorme plasticidade a tais sistemas, a fim de reprimirem “o inimigo do povo” ou o “inimigo da revolução”³⁷⁷. Pelo que o conceito material de culpa deve ser substanciado por critérios mais claros e garantísticos.

Fica, com efeito, sem procedência a formulação da culpa da atitude interior.

3.3. A CULPA EXISTENCIAL DA PERSONALIDADE

A culpa existencial da personalidade assenta numa construção doutrinária complexa, desenvolvida por FIGUEIREDO DIAS e sufragada por parte da doutrina portuguesa³⁷⁸, e, em parte, aceite pela doutrina estrangeira³⁷⁹, tendente a superar, quer a doutrina da

³⁷⁷ HANS JOACHIM HIRSCH, *op. cit.*, p. 22.

³⁷⁸ Subscrevendo a tese de FIGUEIREDO DIAS, na doutrina portuguesa, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 467, falando numa culpa do agente pelo inadimplemento da sua existência em conformidade com os valores ético-sociais e jurídicos dominantes na comunidade, indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa e da própria comunidade; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade – Os Critérios da Culpa e da Prevenção*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2014 pp. 474 e ss., associando a culpa à personalidade desvaliosa, censurável, materializada no ilícito típico, que tem por fundamento uma liberdade existencial.

³⁷⁹ KAI AMBOS aceita a doutrina de FIGUEIREDO DIAS, não obstante a aposição de certas críticas e precisões. Cf. KAI AMBOS, “A Liberdade no Ser como Dimensão da Personalidade e Fundamento da Culpa Penal – Sobre a Doutrina da Culpa de Jorge de Figueiredo Dias”, trad. de Pedro Caeiro e Susana Aires de Sousa, *in Panóptica*, ano 3, n.º 18, 2010, pp. 176 e ss. Em Itália, GIUSEPPE BETTIOL conferia razão a FIGUEIREDO DIAS, sustentando que a culpa deriva de uma decisão prévia do homem sobre si próprio, conformadora da sua direção, quanto a um complexo axiológico que há de determinar o valor ou desvalor da sua atitude pessoal. Cf. GIUSEPPE BETTIOL, “A Culpa do Agente e a Certeza do Direito”, *in ROA (Revista da Ordem dos Advogados)*, ano 38, Vol. III, 1978, p. 13.

culpa como poder de agir de outra maneira, quer as concepções da culpa na vida e a culpa na formação da personalidade³⁸⁰.

FIGUEIREDO DIAS começa por sugerir que se o homem for, a partir da sua essência, um ser livre, então pode pensar-se, com propriedade, numa culpa da pessoa. Mas essa liberdade reclama a superação de uma liberdade indeterminista, impondo-se uma liberdade existencial do ser, que será produto da confluência de ideias filosóficas, antropológicas e biopsicológicas³⁸¹.

FIGUEIREDO DIAS constrói os alicerces filosóficos da sua doutrina, recorrendo a PLATÃO, KANT, SCHOPENHAUER e BERGSON. De PLATÃO, o autor retira a afirmação de que o homem escolhe o seu “*deimon*” – a culpa apenas atinge o homem que opta, que escolhe, e não alguma divindade, sendo certo que a primeira escolha incide sobre a sua própria existência, o que lhe empresta uma dimensão ética, qual centro concomitante de autoconformação e imputação³⁸². De KANT, sublinha a teoria do carácter inteligível. Segundo tal teoria, o homem, segundo o seu carácter inteligível, tem, na sua essência, uma razão livre para agir, que fica subtraída ao plano da causalidade natural. Conquanto para KANT exista um certo mistério quanto à associação da moralidade da nossa atuação ao efeito da liberdade – de uma liberdade transcendental -, ele aceita uma liberdade prática, entendida como libertação da coação causal (do plano puramente sensível), onde emerge a consciência moral do ser, onde se fundamenta a sua responsabilidade ética e moral. I.e., embora não saibamos se uma ação é ou não produto de certo mecanismo que a pré-determina, há uma lei racional,

³⁸⁰ O Mestre de FIGUEIREDO DIAS, EDUARDO CORREIA, advogava uma culpa na formação da personalidade, segundo a qual, uma vez que a tendência criminógena se relacionaria com um certo modo de ser, antes de se censurar alguém, deve apurar-se o processo de motivação do agente, pelo que, para efeitos de atribuição da culpa, é essa motivação que deve ser censurável. A principal ideia que presidia à concepção de EDUARDO CORREIA era a de que o homem é, no decurso da sua vida, responsável por aquilo que é, por aquilo que se tornou, i.e., o homem, ser dotado de uma natureza moral, de consciência, que transcende a mera senciência, é um ser dotado, igual e conseqüentemente, de vontade, vontade essa que abre caminho à atribuição da culpa pela cominação de uma infração. Assim, EDUARDO CORREIA sustentava que a culpa se traduzia numa omissão do cumprimento de uma obrigação na vida do agente, qual seja, a de orientar a sua personalidade, de modo a que esta se afigure idónea a conformar-se axiologicamente ao direito. Dizia o autor que “*na medida em que o direito criminal afirma certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever de formar, ou ao menos preparar, a sua personalidade de modo a que, na sua atuação na vida, se não ponham em conflito com aqueles valores ou interesses*”. Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1971, cit., pp. 315-330. Apesar de as concepções terem semelhanças, uma vez que FIGUEIREDO DIAS também adota uma culpa da personalidade, ele sustenta, contudo, a realização de uma transição “*de uma liberdade como poder fático de querer sem perturbações externas ao mecanismo psicológico da vontade (uma liberdade que pode existir numas situações e faltar noutras), para uma liberdade do homem como seu atributo indeclinável, como característica do seu ser pessoal*”. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, cit., p. 115.

³⁸¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, cit., pp. 117 e ss.

³⁸² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, cit., pp. 120-121.

segundo a qual o homem pode determinar a sua ação pela razão moral, onde repousa a possibilidade de censurá-lo pelas suas faltas. Assim, as ações são imputadas ao seu caráter inteligível. Donde, a possibilidade de formulação de uma liberdade positiva, como capacidade da razão prática, i.e., uma liberdade da razão humana, que advém da consciência moral, constitutiva de um centro de imputação individual de responsabilidade³⁸³. Do pensamento de SCHOPENHAUER, resulta que, em sede de culpa, o que releva é o íntimo, a essência, a condução que o homem faz de si próprio, por sua iniciativa, qual produto da sua deliberação e opção, donde uma culpa por aquilo que se é quando se podia ser algo diferente. O homem responde pelos factos por si cometidos na base daquilo que é, uma vez que ele é conscientemente livre, o que resulta num reconhecimento da vontade própria. Embora para SCHOPENHAUER a liberdade seja um dado prévio à individualidade do ser, o que lhe confere um certo misticismo, ele demonstra, contudo, que o indivíduo é um ser ético, um ser que se cumpre na sua existência³⁸⁴. Finalmente, da filosofia de BERGSON, resulta uma conceção de liberdade como “*fenómeno fundamental de consciência*”. Ela surge da consciência do “*eu*”, da personalidade associada à ação, dos sentimentos, das aspirações, cogitações, etc. Assim, a liberdade é graduável em função do *quantum* de personalidade que se manifesta na ação³⁸⁵.

Para FIGUEIREDO DIAS, a existência pressupõe impulsos e pulsões constitutivas da própria vitalidade, qual condição existencial biológica e orgânica. Com efeito, a existência é produto da individualidade, da autoafirmação, da autoconformação, de um “*poder-ser*”, não obstante certos condicionalismos materiais prévios. Assim, a pulsão é constitutivamente originária. A existência assume-se como tarefa do ser, como pulsão para a autorrealização, para uma realização pessoal e livre³⁸⁶. O homem é, assim, entendido como “*abertura ou essência aberta*”³⁸⁷.

A liberdade do homem não há de ser uma liberdade negativa, indeterminística, antes pressupõe condicionalismos, devendo arvorar-se na autoconformação existencial, i.e., uma autorrealização no quadro da sua inserção existencial no mundo. Esta liberdade convoca certas construções psicológicas e antropológicas existenciais, que podemos ver em obras do psiquiatra VIKTOR FRANKL e de KARL JASPERS. Para FRANKL, o

³⁸³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, pp. 121-126.

³⁸⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, pp. 127-131.

³⁸⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, pp. 132-133.

³⁸⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, pp. 141-142.

³⁸⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, p. 142.

ser humano não é apenas conformado e condicionado pelo mundo interior e pelo mundo exterior, mas posiciona-se frente a eles, tomando posição nos demais períodos da sua existência, quer face ao espaço social onde se insere, quer face ao espaço vital psicofísico³⁸⁸. Nesta medida, a pessoa não é apenas um ser de carne e osso, antes é eminentemente espiritual. E como ser espiritual que é, é essencialmente incalculável, na medida em que há uma imprevisibilidade sobre os seus comportamentos, sobre a sua conformação existencial. Com efeito, é o poder de escolher e de decidir que vai emprestar conteúdo a essa conformação existencial. Se a pessoa possui tal poder, ela decide-se sobre si mesma, posto que se sobrepõe a certas disposições, ao caráter e ao ambiente em que se insere. Assim, a liberdade é vista, outrossim, como uma liberdade para a personalidade, uma liberdade do ser, de ser assim e uma liberdade para se tornar noutro³⁸⁹. A liberdade da minha pessoa é apreendida na autorreflexão e a liberdade de ser outro na autodeterminação³⁹⁰. Já JASPERS vem dizer que *“tomamos consciência da nossa liberdade quando reconhecemos certas exigências em relação a nós próprios. Depende de nós cumpri-las ou eximirmo-nos a elas”*. Para o autor, é incontornável a tomada de decisão, pelo homem, por determinada conduta, decisão essa que, em regra, o irá responsabilizar. Quem intente negar essa asserção não pode impor as suas pretensões. Embora a nossa criação nos não seja imputável, a título individual, diz JASPERS que é inegável que o homem vive em liberdade, numa liberdade não indeterminista, mas concedida. Com efeito, uma decisão livre consubstancial à conformação existencial não é, ou melhor, não pode ser concebida como produto de uma coação derivada de uma causa natural, antes deve ser associada a uma *“íntima*

³⁸⁸ VIKTOR FRANKL, *O Homem Incondicionado – Lições Metaclínicas*, trad. de Guilherme de Oliveira, Coimbra: Arménio Amado, 1968, p. 165.

³⁸⁹ VIKTOR FRANKL, *op. cit.*, pp. 172-173.

³⁹⁰ VIKTOR FRANKL, *op. cit.*, p. 174. Mais adianta o citado psiquiatra que a liberdade não prescinde da instintividade, na medida em que esta é o ponto de partida, sobre o qual aquela se há de erguer. Com efeito, o indivíduo luta contra os instintos, não se identificando, em exclusivo, com eles, qual elemento diferenciador face aos demais animais, antes distanciando-se deles, repousando a sua conformação existencial numa base de valores (*op. cit.*, p. 179). FRANKL dá o exemplo, porventura radical, do homem torturado: embora o homem torturado padeça de dores sufocantes que lhe são causadas pelo ato da tortura, casos há em que, mediante o exercício de um “poder de resistência”, ele opta por resistir, por exemplo, não revelando o segredo que quem tortura quer que ele revele, tratando-se esse poder de uma obra do espírito, de uma conformação existencial, que vem, na visão do autor, sublinhar a liberdade do homem (*op. cit.*, pp. 183-184). Também neste sentido se parece direcionar KAI AMBOS, ao dizer que a liberdade se encontra num estádio profundo da existência do homem, qual seja, os seus impulsos / pulsões. Estes são elementos tendentes à autoconformação do homem, emprestando-lhe uma construção existencial, *“um modo característico da realização humana”*, i.e., uma realização suportada para a liberdade. Também os motivos têm um papel de suma importância na afirmação existencial do homem, do seu ser, da sua essência. Se os motivos foram erigidos a concretizações da liberdade, então pode entender-se que eles são *“expressão da liberdade pessoal, encontrando-se o elemento da liberdade no mais fundo da estrutura da motivação”*. KAI AMBOS, *op. cit.*, pp. 182-183.

*adesão da vontade*³⁹¹. Assim, “ao homem é dado, pela liberdade, conformar a sua existência como se modela qualquer material”, liberdade essa que é orientada³⁹².

Com base neste substrato teórico, FIGUEIREDO DIAS afirma que “o homem tem de se decidir a si e sobre si, sem que possa em qualquer momento furtar-se a tal decisão”, constituindo essa decisão – uma decisão crónica, no presente e no devir – a sua conformação, a sua realização, a sua essência, o seu ser assim e o poder para se tornar outro. O homem concretiza-se, promovendo-se ou aniquilando-se, enquanto ser que age. Assim, “a eleição de uma acção concreta tem pois de ser reconduzida, necessariamente, a uma decisão (...), através da qual o homem se decide sobre si mesmo, criando o seu próprio ser, ou (...) afirmando a sua própria essência”³⁹³. Neste sentido, ser livre significa a “maneira de ser própria” da tarefa existencial do homem³⁹⁴. Pelo que a culpa do homem residirá, nesta linha de raciocínio, na decisão ou conformação da sua essência pelo inadimplemento das exigências do dever-ser, que se constituem como linhas paramétricas da própria existência, i.e., como linhas de orientação de uma autoconformação livre num complexo de possibilidades que ficam à sua disposição, emprestando ao ser a capacidade de máxima realização livre e de respeito pela realização do próximo³⁹⁵.

A culpa jurídico-penal será, com efeito, o juízo de censura que recai sobre o agente, por este, enquanto ser que se autoconforma livremente, ter violado o dever de se conformar existencialmente de tal forma para que, no quadro do seu agir na vida, não viole ou ponha em perigo bens jurídicos fundamentais³⁹⁶. Concretizando, esclarece FIGUEIREDO DIAS que se trata de uma culpa não exclusivamente da personalidade, mas uma culpa da personalidade atualizada, que se manifesta na comissão do facto típico. E tal manifestação da personalidade do agente no facto é formulada num duplo sentido: 1) o direito parte da exterioridade para a interioridade – primeiro, releva verificar se um bem jurídico foi lesado ou posto em perigo; e só depois se irá aquilatar se tal

³⁹¹ KARL JASPERS, *Iniciação Filosófica*, 7ª edição, trad. de Manuela Pinho dos Santos, Lisboa: Guimarães Editores, 1987, p. 60.

³⁹² KARL JASPERS, *op. cit.*, p. 62.

³⁹³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, pp. 146-147.

³⁹⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, p. 148.

³⁹⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, pp. 158-159.

³⁹⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, p. 160.

sucesso é imputável à pessoa; 2) toda a culpa só se realiza na ação ou na omissão concretos, onde a personalidade se atualiza no facto socialmente relevante³⁹⁷.

Muitos autores se têm insurgido contra esta construção doutrinária, ora vendo nela uma censura ilegítima sobre atos prévios ao facto, ora vendo nela uma conceção de liberdade que carece de substanciação ontológica, ora vislumbrando uma dificuldade acrescida de provar tal culpa face ao poder de agir de outra maneira, ora vendo dificuldades processuais quanto à sua determinação. Vejamos tais críticas mais de perto.

FERNANDA PALMA opôs uma crítica cerrada e mordaz à conceção de liberdade existencial, que há de fundamentar a culpa da personalidade do agente. Para a penalista da Escola de Lisboa, tal liberdade carece de substância ontológica atual, o que faz com que a liberdade fique apartada de conteúdo. Se assim é, i.e., se se não vislumbra a necessária ligação simbiótica entre a responsabilidade e o momento ôntico que lhe deve presidir, despida da “*vivência subjectiva e reflectida da acção*”, então a pessoa, qual escrava da sua própria sombra, que lhe deforma a essência, pode vir a responder pelo que não vê e pelo que não sente³⁹⁸. O afastamento da ideia da consciência de si, redundante, para FERNANDA PALMA, na possibilidade de uma responsabilização de uma liberdade não vivida e não consciencializada, o que deforma a imagem ôntica da pessoa, remetendo-a a um quadro platónico, qual alienação da sua essência, materializada num centro de imputação não dominado nem construído verdadeiramente pela pessoa³⁹⁹. Ilustrando esta ideia, FERNANDA PALMA sustenta que a via da liberdade existencial pode conduzir a uma aceitação de uma “*culpabilidade inocente*”, representativa da afirmação “*somos culpados de tudo*”, que DOSTOIEVSKI, escritor cuja literatura influenciou toda a filosofia existencial, retratou na sua obra *Os Irmãos Karamazov*⁴⁰⁰.

³⁹⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal, cit.*, p. 162. Daqui emerge um elemento emocional da culpa, arvorado em duas atitudes pessoais dignas de reprovação: uma atitude íntima do agente contrária ou indiferente ao direito, designada de culpa dolosa; uma atitude leviana ou descuidada, designada de culpa negligente. Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, pp. 622 e ss; 1043 e ss.

³⁹⁸ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, cit.*, pp. 76-78.

³⁹⁹ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, cit.*, p. 77.

⁴⁰⁰ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, cit.*, p. 82. Também, neste sentido, vem ROXIN afirmar que a culpa não pode ser atribuída à pessoa pela estrutura do seu carácter, algo pelo qual nada ou pouco pode fazer, pelo que, levando isso às últimas consequências, poder-se-ia estar a condenar um inocente. Ademais, diz ROXIN, “*a condução da vida não é uma realização culpada do facto típico; e só esta é punível*”. Em todo o caso, uma culpa na condução da vida não é comprovável no plano forense e é suscetível de pôr em causa o princípio da culpa, enquanto figura limitadora do *ius*

Esta crítica, conquanto altamente complexa, parece proceder e identificar grandes fragilidades na posição de FIGUEIREDO DIAS. Com efeito, se a culpa, na visão de FIGUEIREDO DIAS, pressupõe uma conformação existencial, tal conformação deverá reconduzir-se a uma preparação. I.e., o homem deve preparar-se para agir conforme o direito. Se ao longo dessa preparação, o indivíduo vai construindo um quadro axiológico piramidal, isso quer dizer que está a completar paulatinamente o seu processo de socialização. Numa palavra, a personalidade do indivíduo não é produto da simples escolha em existir, mas sim produto do seu crescimento, da sua educação, das suas vivências, da sua formação, dos seus valores, do ambiente em que habita, de certas disposições hereditárias e psicológicas, entre outros fatores. Ora, uma culpa de jaez existencial pode levar ao absurdo de responsabilizar uma pessoa por uma personalidade desenvolvida, senão totalmente, ao menos em boa parte, como nota TERESA BELEZA, antes de ser capaz de culpa⁴⁰¹. Ainda que FIGUEIREDO DIAS releve que se trata de uma censura pela personalidade desvaliosa documentada no facto, que associação necessária há entre tal preparação e o facto em si considerado? Não será tal preparação, tal conformação existencial, algo de extemporâneo, i.e., um domínio apartado do facto? Donde, a possibilidade de uma “*culpabilidade inocente*”, como refere FERNANDA PALMA.

Por outro lado, note-se o seguinte: as decisões, as opções fundamentais do agente, podem ser influenciadas e influenciáveis por diversos fatores, tais como experiências diferenciadas, estados do humor, fadiga, afeto, temperamento, padecimentos, mudanças na alma, inclinações, ambientes, etc.⁴⁰². Ora, como bem nota KAI AMBOS, a conceção da culpa – mesmo nesta formulação existencial – tende a desvalorizar certos fatores, sejam eles internos ou externos, que influem no desenvolvimento da personalidade e que são passíveis de condicionar certas formas de comportamento do agente⁴⁰³. Com efeito, há condições no meio em que o agente se insere que podem explicar compreensivamente o facto, pelo que são constitutivas de um obstáculo à “*incondicionalidade da livre actuação*”. Sob outro enfoque, veja-se que a personalidade nem sempre é a explicação da prática de determinados crimes (v.g. crimes praticados

puniendi. Cf. CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, pp. 516; 519.

⁴⁰¹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal, cit.*, pp. 297-298. Também neste sentido se posiciona JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “A Medida da Pena no Novo Código Penal”, in Teresa Pizarro Beleza (org.), *Textos de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 342 e ss.

⁴⁰² Cf. HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General, cit.*, pp. 606-607.

⁴⁰³ KAI AMBOS, *op. cit.*, p. 198.

com negligência inconsciente ou no âmbito do direito penal secundário) ou de factos praticados na juventude ou em situações de pressão extrema⁴⁰⁴.

Para CURADO NEVES, numa perspetiva mais positivista, FIGUEIREDO DIAS aparenta pensar, ao falar de uma culpa pré-jurídica, de uma culpa existencial, “*numa ética que vincula o ser humano enquanto tal e não ainda como ser social*”, pelo que o ser humano, nesta medida, teria apenas de responder internamente e não externamente, i.e., perante si próprio e não perante a sociedade. Se assim é, tal responsabilidade não pode ser objeto de reação por parte de um aparelho coercivo estatal, pois o pensamento, a deliberação ou o diálogo estão sob reserva da esfera individual⁴⁰⁵. Nesta medida, esta crítica vem complementar a *supra* aduzida, ao sublinhar que tal culpa pode redundar numa culpa mais espiritual do que numa culpa perante o outro. Ademais, releva sublinhar a advertência de CURADO NEVES, segundo a qual existe o perigo de cairmos num direito penal do agente, quanto a personalidade seja vista como um todo que se manifesta na prática de crimes, apenas permitindo distinguir entre personalidades fiéis ao direito e personalidades criminais⁴⁰⁶. No entanto, FIGUEIREDO DIAS supera esta objeção, deixando, ao longo da sua obra, clara a característica da variabilidade da personalidade.

Em termos processuais, a aceitação da culpa existencial da personalidade pode consubstanciar-se, como bem notam JESCHECK / WEIGEND, na possibilidade de a indagação sobre a personalidade do agente conduzir a uma violação da sua esfera íntima na audiência, o que seria passível de redundar numa jurisprudência doutrinária e moralizante, o que se não compadece com o fim da justiça e com as finalidades de prevenção, na sua vertente de ressocialização do agente⁴⁰⁷. Como pertinentemente sublinha SILVA DIAS, se a culpa é um juízo de censura, que visa, na medida do possível dos poderes de cognição do juiz, a reconstrução de como o agente realizou o facto, é de afirmar que o juiz não tem o poder para aceder à normal consciência do agente, porquanto o quadro interno é inacessível a nível exterior. Se assim é, o julgador não

⁴⁰⁴ KAI AMBOS, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁰⁵ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, pp. 400-401.

⁴⁰⁶ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 407. CURADO NEVES, bem como outros autores, aduzem outras críticas a FIGUEIREDO DIAS, mormente às consequências da culpa existencial da personalidade incidentes sobre a inimputabilidade e a inexigibilidade, duas importantes causas de exclusão da culpa. Malgrado, tal discussão tem de remeter-se para outra oportunidade, posto que transcende o nosso objeto de estudo.

⁴⁰⁷ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 622.

deve recorrer a meios “*violentos, fraudulentos ou insidiosos para aceder a esse espaço, por serem proibidos pela lei processual penal dos Estados*”⁴⁰⁸.

Voltemos agora ao ponto de partida. FIGUEIREDO DIAS construiu a sua doutrina da culpa existencial da personalidade como tentativa dogmática superadora das aporias subjacentes ao poder de agir de outra maneira na concreta situação de facto em que o agente atuou, ante o carácter irresolúvel da disputa entre livre arbítrio e determinismo. Dúvidas já se não descortinam quanto à afirmação de que o poder de agir de outra maneira não pode ter lugar, enquanto construção teórico-dogmática material da culpa jurídico-penal, enquanto o livre arbítrio – entendido como *liberum arbitrium indifferentiae* - não for comprovado, o que está longe de acontecer. Com efeito, nos dizeres de KAI AMBOS, a culpa existencial da personalidade reporta-se a uma liberdade “*retro-referida a um momento passado*”, um poder de “*ser outro*”, porventura dotado de uma complexidade maior do que o “*eu anterior*”. Com efeito, se o poder de agir de outra maneira é empiricamente indemonstrável, o poder de conformação da essência do homem, como decisão existencial, é, *ad maiori ad minus*, outro tanto, insuscetível de prova⁴⁰⁹. Como de forma pertinente afirma ASSIS TOLEDO, “*é óbvio que, se para o menos – um simples ato – não tivermos resposta, não haveremos de tê-la, igualmente, para o mais – a multidão de atos e de opções que recheiam o existir humano*”⁴¹⁰.

Ante o exposto, é de afastar a concepção da culpa existencial da personalidade.

3.4. CULPA DERIVADA DE EXIGÊNCIAS DE PREVENÇÃO GERAL

Influenciado pelo funcionalismo sistémico de LUHMANN⁴¹¹, JAKOBS vem propor um conceito funcional de culpa, tendo em conta apenas exigências de prevenção geral, no sentido de fidelidade ao direito. JAKOBS expõe o seguinte dilema: aparentemente, o desrespeito pelo princípio da culpa torna a pena ilegítima. No entanto, o princípio da culpa limita, de forma considerável, a utilização de meios socialmente funcionais,

⁴⁰⁸ AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, cit., p. 726.

⁴⁰⁹ KAI AMBOS, *op. cit.*, pp. 202-203.

⁴¹⁰ FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 244.

⁴¹¹ Para JAKOBS, como veremos através da sua visão da culpa jurídico-penal, o direito penal tem essencialmente uma função de estabilização e orientação das expectativas sociais, pelo que a sua estrutura dogmática da teoria da infração está simbioticamente associada a um fim social, mormente o de reposição contrafáctica da força normativa e, por vias disso, das expectativas sociais na segurança jurídica. A visão funcionalista de JAKOBS interessa-se, não tanto pela pessoa em si, mas numa construção de um sistema social autopoiético, onde o homem só adquire relevância como estrutura ou portador de certas funções. Cf. BERND SCHÜNEMANN, “La Culpabilidad: Estado de la Cuestión”, cit., p. 99.

tendentes a construir um conteúdo e um fim adequados. A pena que é útil para a prossecução dos seus fins sociais, se não é limitada pelo princípio da culpa, pode tratar a pessoa como instrumento; no entanto, a pena que é limitada pela culpa perde a sua funcionalidade. Pelo que a pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social, sob pena de ser um mal inútil⁴¹².

Para JAKOBS, para cumprir uma norma, é necessário ter um motivo para respeitá-la e ter capacidade psíquica de encontrar e acatar a norma em questão. “*Só pode cumprir determinada ordem quem tem a vontade de acatar tais ordens, quem é capaz de reconhecer que essa ordem se dirige a ele e pode conhecer que é para cumprir a ordem*”⁴¹³. Trata-se de um “*querer e conhecer*”, de um lado volitivo e de um lado cognitivo do comportamento. Nesta medida, a existência de um defeito volitivo agrava a responsabilidade – no sentido de uma vontade desleal à norma -, enquanto que o defeito cognitivo tem um efeito atenuante⁴¹⁴. Com efeito, para JAKOBS, “*quanto menor seja a vontade do agente de ter em conta a norma, i.e., quanto maior e mais obstinada seja a atitude de infidelidade à norma, mais grave será a sua culpa*”⁴¹⁵.

JAKOBS sustenta que só o fim confere substância à culpa, qual seja, o de prevenção geral positiva, no sentido da estabilização da norma vulnerada. Adianta JAKOBS que, por meio da ameaça da pena, abre-se a possibilidade de dirigir a vontade e por meio da vontade dirigida pode conservar-se uma determinada configuração social normativa. A direção da vontade é dotada de idoneidade para compensar o carácter vulnerável (ou violável) da norma. Não se trata de dirigir a vontade em função do medo da pena em si, mas intentar converter em prática usual, em costume, o comportamento conforme à norma – nisto se consubstancia a prevenção geral mediante a prática de fidelidade à norma⁴¹⁶. Com efeito, JAKOBS concebe a culpa jurídico-penal como um defeito volitivo, qual seja, o déficit de motivação fiel ao direito⁴¹⁷. Desta forma, da mesma maneira que um indivíduo que atuou de forma não ajuizada deve ser educado ou reeducado, da mesma forma que alguém que, no seio de uma comunidade religiosa, intente negar o carácter absoluto e transcendente de Deus ou do Divino se deve considerar um herege, entre outros casos, também aquele que reconhece a vigência da norma e, não obstante,

⁴¹² GÜNTHER JAKOBS, “El Principio de Culpabilidad”, trad. de Manuel Cancio Meliá, in *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*, Tomo 45, Fasc. 3, 1992, p. 1052.

⁴¹³ GÜNTHER JAKOBS, “El Principio de Culpabilidad”, *cit.*, pp. 1053-1054.

⁴¹⁴ GÜNTHER JAKOBS, “El Principio de Culpabilidad”, *cit.* p. 1054.

⁴¹⁵ GÜNTHER JAKOBS, “El Principio de Culpabilidad”, *cit.*, p. 1055.

⁴¹⁶ GÜNTHER JAKOBS, “El Principio de Culpabilidad”, *cit.*, pp. 1071-1072.

⁴¹⁷ GÜNTHER JAKOBS, “El Principio de Culpabilidad”, *cit.* p. 1072.

se decide pelo seu inadimplemento, deve ser sancionado⁴¹⁸. Com base nesta culpa, penalizar-se-á o agente, a fim de que, com a cominação da pena, se produza um efeito geral de tranquilização, no sentido de afirmar que a norma está vigente, de que a norma, que foi vulnerada pela comissão do facto típico, voltou a ser fortalecida, ante a aplicação da pena⁴¹⁹. E é assim, porquanto, segundo JAKOBS, “*num sistema de imputação em funcionamento fica excluída a conceção, segundo a qual o destinatário da imputação se situa antes da sociedade*”, i.e., o direito penal da culpa há de ter sempre como fundamento essencial a prossecução dos seus fins sociais⁴²⁰.

Esta conceção de culpa, de tendência impessoal⁴²¹, é de rejeitar.

JAKOBS intenta transformar a censura pessoal constitutiva da culpa jurídico-penal numa censura funcional impessoal, que atende com exclusividade, quer parecer-nos, ao fim de reposição contrafáctica da força normativa, de estabilização da ordem jurídico-social⁴²², postergando a individualidade em função de um transpersonalismo, onde o ser humano é apenas visto como mais uma peça do todo global.

JAKOBS desvirtua por completo o princípio da culpa – a função de limitação do *ius puniendi*. Se a prevenção geral se erige como uma das principais finalidades das penas, a culpa tem como função controlá-la e limitá-la, para que se evitem cominações de penas privativas da liberdade exacerbadas e desproporcionais. Com efeito, a culpa erige-se em limite da responsabilidade individual face a potenciais demandas securitárias e privativas da liberdade em escala ampla e desproporcionada, dimanadas da prevenção geral⁴²³. A punibilidade do agente deve ter em conta necessariamente a medida da sua culpa, não podendo estar vinculada exclusivamente àquilo que se reputa adequado para que os cidadãos voltem a ter confiança no direito, para estabilizar a fidelidade ao direito⁴²⁴. Basear a culpa na prevenção geral redundaria numa desindividualização da culpa, onde se passaria a tratar a pessoa humana como instrumento ao serviço da estabilização das expectativas normativas e sociais, o que, como nota ROXIN, viola frontalmente a sua intrínseca dignidade, uma vez que não há

⁴¹⁸ GÜNTHER JAKOBS, “El Principio de Culpabilidad”, *cit.* p. 1071.

⁴¹⁹ GÜNTHER JAKOBS, “El Principio de Culpabilidad”, *cit.* p. 1074.

⁴²⁰ GÜNTHER JAKOBS, “El Principio de Culpabilidad”, *cit.*, p. 1077.

⁴²¹ Assim, ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *op. cit.*, p. 133.

⁴²² Cf. ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *op. cit.* p. 134.

⁴²³ Cf. CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 522; HANS JOACHIM HIRSCH, *op. cit.*, p. 30.

⁴²⁴ Cf. CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 522.

medida que permita apurar aquilo que é necessário à estabilização da confiança no direito. Tal levaria a uma enorme arbitrariedade e a uma enorme discricionariedade na aplicação da pena, incompatível com os princípios basilares da “Constituição Penal”⁴²⁵.

Ademais, note-se que a culpa é dirigida a factos pretéritos – o facto típico, ilícito e culposo, que já teve lugar, uma vez que pode assumir tal configuração -, enquanto que a prevenção geral, no seu estado puro, e tal como é concebida por JAKOBS, parece dirigir-se para factos futuros. Tal visão, levada às últimas consequências, consubstanciar-se-ia numa culpa por factos, cujo sucesso ainda não teve lugar. Ora, o direito penal não pune – nunca seria essa a sua função legítima, sob pena de um direito penal altamente persecutório e (procedimentalmente) inquisitório – expectativas de factos, pensamentos, cogitações, mas tão só factos típicos, ilícitos e culposos⁴²⁶ – i.e., factos socialmente danosos, que estão previstos na lei como crime -, que já tiveram lugar. Numa palavra, o direito penal é um direito penal do facto culposo e não um direito penal do inimigo, onde se procede a uma diferenciação dual entre cidadão e *inimigo*, sendo que este fica apartado das garantias penais e processuais penais presentes na “Constituição Penal”, sendo tratado como mero instrumento, como *alvo* a neutralizar⁴²⁷.

Em síntese, sem estar limitada pelo princípio da culpa, a prevenção geral não pode desempenhar cabal e justamente a sua função, pois a sua formulação em estado puro, em preterição da culpa, redundaria numa rutura com o ordenamento axiológico-constitucional, o que incrementaria, outrossim, instabilidade e agitação a nível social, posto que supria qualquer quadro garantístico e previsibilidade do direito, subjacentes à segurança jurídica⁴²⁸. Com efeito, o indivíduo viveria, socialmente, em estado de angústia, sem poder calcular, minimamente, as consequências dos seus atos. Pelo que a culpa derivada de imperativos de prevenção geral é, assim, perentoriamente rejeitada.

⁴²⁵ Cf. CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 523.

⁴²⁶ Note-se que num direito penal de matriz liberal e humanista, por regra, os atos preparatórios – atos tendentes à facilitação, agilização, preparação de um determinado crime – não são puníveis. Pelo que meras cogitações ou intenções criminosas, que não encontram, posteriormente, manifestações objetivas materiais, não são puníveis (art. 21º CP). Cf. TERESA BELEZA, *Direito Penal, cit.*, pp. 340 e ss.

⁴²⁷ Assim, HANS JOACHIM HIRSCH, *op. cit.*, p. 30.

⁴²⁸ Cf. CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, pp. 523-524.

3.5. TEORIA COMUNICATIVA DA CULPA

A teoria comunicativa da culpa intenta fundamentar a culpa jurídico-penal numa lógica discursivo-comunicativa de reconhecimento pessoal recíproco. Vejamos com mais detalhes os alicerces desta teoria, propugnada por URS KINDHÄUSER e, entre nós, por SILVA DIAS.

Para KINDHÄUSER, a liberdade de ação há de procurar os seus critérios hermenêuticos à luz de uma liberdade comunicativa⁴²⁹ Tal liberdade há de ser entendida como a “*autonomia participativa da compreensão comunicativa das normas*”⁴³⁰. KINDHÄUSER faz notar que as normas intentam erigir limites à extensão do comportamento humano, em função do estabelecimento de uma ordem de convivência. Assim, em conjunto com outros elementos ou outras “*ordens*” conformadoras da comunidade, consubstanciais a uma lealdade na comunidade, tais como a família, os usos e costumes, a cultura ou a religião, também as normas jurídicas suportam ou conformam a integração social. Mediante tal integração, há lugar à transição de um “*mundo natural*”, para um “*mundo social*”. Com efeito, a integração social é lograda através da circunscrição do comportamento dos indivíduos em função do dever⁴³¹. No entanto, há todo um conjunto de comportamentos desconformes ao dever que descortinam a vulnerabilidade da integração social, passível de produzir uma potencial desintegração. Mas tal desintegração é apenas potencial, porquanto pode ser fortuita ou produto de qualquer contrariedade não assacável ao sujeito. Tal não põe em causa o sentido da norma. Assim, só se considera desintegrador aquele comportamento que, como ato comunicativo de um agente capaz de comunicação, pretende ser portador de sentido, e, por vias disso, ampliar aquilo que é dotado de sentido para além dos limites impostos. A culpa vai fornecer o critério para determinar quando um comportamento adquire tal significado⁴³².

Releva perguntar: o que se entende por comportamento como ato comunicativo? KINDHÄUSER releva que a integração social se funda num entendimento comunicativo-discursivo. Assim, a ação discursiva é aquela que se refere à obtenção de um acordo, à produção de um consenso que tem por objeto os interesses dos sujeitos. Estes

⁴²⁹ URS KINDHÄUSER, “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, trad. de Percy García Cavero, in Urs Kindhäuser, Juan Pablo Mañalich R., *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*, Lima: Ara Editores, 2009, p. 85.

⁴³⁰ URS KINDHÄUSER, “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, *cit.*, p. 87.

⁴³¹ URS KINDHÄUSER, “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, *cit.*, p. 91.

⁴³² URS KINDHÄUSER, “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, *cit.*, p. 92.

tendem a congregar as suas vontades num acordo em vista de um objetivo comum, sob pena de que, num conflito de interesses, prevaleça o interesse daquele que tem maior capacidade de se impor (a lei do mais forte). Tal pressupõe que os sujeitos não adotem o papel de meros observadores externos, antes de verdadeiros participantes, que fazem valer as suas pretensões, por cuja realização aceitam ser responsabilizados⁴³³. Nesta sequência, para efeitos de coordenação dos interesses mediante o entendimento comunicativo, os participantes atribuem força obrigatória geral às normas, vinculam-se ao seu cumprimento e preveem sanções em caso de violação. No entendimento acerca das normas, cada participante desempenha um duplo papel. Por um lado, é autor da norma e, por outro, constitui-se, concomitantemente, como destinatário da norma, à qual concede um “*espaço de ação*”⁴³⁴.

Para o modelo do entendimento comunicativo, é mister uma determinada medida de lealdade, a qual compreende a disposição de reconhecimento da possibilidade de formação da decisão a cada indivíduo⁴³⁵. Pelo que, como salienta SILVA DIAS, a violação da norma há de emergir como “*ofensa desleal ao estatuto do participante e às estruturas do reconhecimento recíproco*”⁴³⁶.

Com base nesta construção, KINDHÄUSER e SILVA DIAS associam a culpa material a uma deslealdade comunicativa, como manifestação da “*quebra*” da autonomia comunicativa e do reconhecimento dos participantes no processo comunicativo social e juridicamente empreendido⁴³⁷. Com efeito, a “*quebra*” de uma norma democraticamente estabelecida lesa a autonomia comunicativa dos participantes, uma vez que o agente do crime, com a “*quebra*” da norma, nega o entendimento sobre o qual repousa a norma – a tutela dos direitos subjetivos e bens jurídicos no quadro da interação comunicativa quotidiana⁴³⁸ - e, por vias disso, também a autonomia comunicativa dos participantes, que se manifesta numa intervenção de reconhecimento recíproco – intervenção essa caracterizada por uma corresponsabilização no que concerne ao cumprimento das normas⁴³⁹ -, independentemente de reputar a norma irracional ou injusta. Posto que não é a sua irracionalidade, mas sim a lealdade comunicativa face aos demais, que vincula

⁴³³ URS KINDHÄUSER, “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, *cit.*, p. 93; AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *cit.*, pp. 709 e ss.

⁴³⁴ URS KINDHÄUSER, “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, *cit.*, p. 100.

⁴³⁵ URS KINDHÄUSER, “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, *cit.*, p. 101.

⁴³⁶ AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *cit.*, p. 701.

⁴³⁷ URS KINDHÄUSER, “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, *cit.*, p. 107; AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *cit.*, p. 704.

⁴³⁸ AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *cit.*, p. 704.

⁴³⁹ *Idem*, *Ibidem*.

o agente à norma. Assim, a culpa jurídico-penal traduz-se num déficit de lealdade comunicativa, lealdade essa que, em geral, torna possível o entendimento que assume forma jurídica⁴⁴⁰.

Não obstante originalidade da construção dogmática, esta teoria não está isenta de críticas, o que a torna, porventura, insuficiente para resolver as aporias da culpa jurídico-penal.

Num primeiro vislumbre panorâmico, a deslealdade comunicativa parece não explicar cabalmente os elementos materiais constitutivos da culpa. Por exemplo, o inimputável que aja com defeito comunicacional, ante a sua anomalia psíquica, não deixa por isso, como nota CURADO NEVES, de agir de forma desleal⁴⁴¹. Assim, também aquele que atua apartado da consciência da ilicitude do facto, não obstante a desconformidade comunicacional entre a representação e a realidade, age deslealmente.

Observando mais aproximadamente esta teoria, somos levados a crer que aqueles que não participam no processo de empreendimento de integração social, não podem ser agentes do crime. Se a legitimidade da ordem social e jurídica se funda num duplo papel do participante, como legislador e destinatário da norma, em termos concomitantes, então o juízo de censura penal só poderá ser dirigido àquele que teve, com propriedade, oportunidade de participar no processo de criação da norma, de forma ativa, i.e., àquele que teve a possibilidade de participar na discussão incidente sobre a *ratio* da norma e de se pronunciar, num quadro dialógico-discursivo, no sentido de aderir ou não, de forma livre, ao quadro normativo que se pretende construir⁴⁴². Basta pensar na capacidade de exercício de certos direitos, que está sob condição suspensiva, até que o sujeito titular atinja determinada idade. Assim, há agentes que não participam no processo de comunicação, mas nem por isso devem ver-se livres da responsabilidade criminal, sob pena de se pôr em risco o livre desenvolvimento da pessoa humana e da sociedade. Note-se que o indivíduo acede e adere à norma, não em função de uma participação ativa na sua criação, mas mercê do processo de socialização e da hierarquização de valores⁴⁴³.

⁴⁴⁰ URS KINDHÄUSER, “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”, *cit.*, p. 108.

⁴⁴¹ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 295.

⁴⁴² Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *cit.*, p. 711.

⁴⁴³ Assim, JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 288.

Por outro lado, a teoria comunicativa da culpa padece de uma ausência de pessoalidade entre o agente e a norma violada. Note-se que a deslealdade comunicativa se traduz, no quadro da doutrina em análise, no desrespeito pela norma, pela autonomia dos outros sujeitos participantes que se inserem na sociedade, num Estado de Direito Democrático. Ora, lembre-se que a culpa não é mera contrariedade à norma, antes pressupõe um juízo valorativo que se vai consubstanciar na censura que há de recair sobre o agente do crime. Tal deslealdade comunicativa caberia, quando muito, no plano da ilicitude, mas não da culpa⁴⁴⁴.

Por último, há quem aduza a crítica, segundo a qual a teoria comunicativa poderá, em potência, relevar na discussão da legitimidade do direito penal ou do direito ou mesmo suportar uma explicação para o direito em geral – podendo eventualmente KINDHÄUSER cair no plano de equiparar o discurso dogmático da culpa jurídico-penal, que se insere no plano sistemático da teoria da infração penal, com um discurso associado à política jurídica, tendente a procurar soluções reformistas⁴⁴⁵ - mas não é dotada de idoneidade para fundamentar adequadamente a culpa jurídico-penal, na sua dimensão material⁴⁴⁶. Ainda que no plano abstrato se possa pensar assim, certo é, como nota BERND SCHÜNEMANN, que KINDHÄUSER não tem em conta o facto real como objeto de valoração – i.e., como objeto de uma censura individual -, antes põe o acento tónico num pretense ato comunicativo que vê na ação do sujeito participante, ou a negação da norma, ou a sua afirmação, o que redundará na substituição do direito penal do bem jurídico por um “*metanível*”. Ora, se o direito penal depende, em geral, da capacidade de os destinatários de se conformarem face às normas, i.e., de evitar a lesão ou o perigo de lesão de bens jurídicos, a sua fundamentação há de repousar necessariamente na tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais e não tanto na ação comunicativa como reconhecimento recíproco, ainda que aquela função possa estar ínsita nesta ação⁴⁴⁷.

BERND SCHÜNEMANN, em alternativa ao processo comunicacional como reconhecimento recíproco da pessoa, responde pela via do interacionismo simbólico, que invoca as estruturas profundas da linguagem quotidiana, a fim de, ante a explanação da realidade social e a atribuição de sentido, fundamentar a liberdade

⁴⁴⁴ Cf. JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 290.

⁴⁴⁵ BERND SCHÜNEMANN, “La Culpabilidad: Estado de la Cuestión”, *cit.*, p. 101-102.

⁴⁴⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, p. 620.

⁴⁴⁷ BERND SCHÜNEMANN, “La Culpabilidad: Estado de la Cuestión”, *cit.*, pp. 102-103.

humana⁴⁴⁸. A realidade social é concebida como uma construção de sentido possibilitada pela linguagem, i.e., as relações humanas dotadas de significado são constituídas e reguladas pela linguagem. Pelo que o direito também é conformado pela linguagem e pelas estruturas destas, pois que não pode ignorar a realidade social⁴⁴⁹.

Em conformidade, SCHÜNEMANN vem fundamentar a liberdade do homem para comportar-se, em determinada situação, de forma lícita ou ilícita, na nossa realidade, realidade essa que está constituída linguisticamente e para qualquer função social vinculada à linguagem. Mais aponta que se não trata de uma mera ficção de liberdade ou uma proposição normativa em tal sentido, mas um verdadeiro dado da realidade social. Assim, o sujeito social de que SCHÜNEMANN fala em direito penal, constitui uma expressão do “eu” pensante kantiano, no quadro de uma realidade certa, necessária e ontológica, realidade essa que é inelutável a qualquer uso da linguagem referida à sociedade. Parte dessa realidade social é constitutiva do direito e, por vias disso, conformadora do mesmo⁴⁵⁰.

Para SCHÜNEMANN, as decisões de atuar hão de realizar-se mediante operações linguísticas, que pressupõem a liberdade do agente e que estão constituídas pelo contexto social apenas descritível mediante a linguagem. A afirmação kantiana, segundo a qual, “*se puedes, então debes*”, pode ser entendida, na sua visão, como a afirmação empírica de que a renúncia consciente à satisfação de uma necessidade impulsiva é possível, porquanto a compreensão construída na consciência da ilicitude possibilita uma ação dirigida pela consciência e de acordo com a norma, ação essa que, sem essa compreensão, não poderia vislumbrar o quadro de possibilidades de ação do sujeito. SCHÜNEMANN não defende uma liberdade indeterminista, antes sustenta uma liberdade suportada pela possibilidade de autoconformação da consciência vinculada pela linguagem, que se constitui em “*premissa inquestionável*” de todos os fenómenos sociais culturais e jurídicos⁴⁵¹.

Esta última asserção parece ser dotada de elevada razoabilidade, posto que o ser humano, eminentemente inserido na sociedade, vai paulatinamente apreendendo e construindo um conjunto de símbolos dotados de sentido e valor, aptos a conformarem a sua pauta axiológica e, por vias disso, a conduzirem a sua ação. Tais símbolos,

⁴⁴⁸ BERND SCHÜNEMANN, “La Culpabilidad: Estado de la Cuestión”, *cit.*, p. 104.

⁴⁴⁹ BERND SCHÜNEMANN, “La Culpabilidad: Estado de la Cuestión”, *cit.*, p. 111.

⁴⁵⁰ BERND SCHÜNEMANN, “La Culpabilidad: Estado de la Cuestión”, *cit.*, p. 112-113.

⁴⁵¹ BERND SCHÜNEMANN, “La Culpabilidad: Estado de la Cuestión”, *cit.*, p. 113, nota 46.

conquanto variem de cultura para cultura, têm-se revelado idóneos à coesão social, ao desenvolvimento do espírito humano e de uma sociedade livre, posto que, ao conduzirem a ação humana, no quadro do seu livre agir, têm, outro tanto, desenvolvido mecanismos intersubjetivos cada vez mais complexos – que partem da escala de valores simbólica, constitutiva de uma linguagem comum – de resolução de conflitos de interesses. Donde uma liberdade pressuposta da possibilidade de autoconformação da consciência vinculada pela linguagem, pelos valores, pelos símbolos. E quer parecer-nos, malgrado, que esta formulação não está em contradição com a sensibilidade ao apelo normativo, que analisaremos mais à frente, antes se integra nela, ou, possivelmente a complementa. Destarte, releva deduzir uma etiologia que se centre, não tanto no interacionismo simbólico, a nível externo, antes em como o indivíduo – no plano em que tal seja possível – processa esses símbolos a nível interno, explicação essa que SCHÜNEMANN nos não fornece.

Em todo o caso, não obstante a bondade desta formulação, que se releva assaz pertinente, a teoria comunicativa da culpa, tal como formulada por KINDHÄUSER e, entre nós, desenvolvida por SILVA DIAS, é de rejeitar, como fundamento material da culpa.

3.6. CONCEITO DUALISTA DE RESPONSABILIDADE

O conceito dualista de responsabilidade, desenvolvido por MAURACH, intenta intercalar pela ilicitude e pela culpa a responsabilidade total do agente pelo facto, tendente a superar a rigidez que pretensamente preside à culpa.

A responsabilidade do agente pelo facto compreende, segundo MAURACH, um juízo de desvalor que recai sobre o agente, mas que não tem como pressuposto necessário o poder de agir de outra maneira, antes procura diferenciar os vários elementos constitutivos da culpa, graduando-os progressivamente, tendo em conta a variação da “atribuição”. Aventa MAURACH que se se determinar que o agente não cumpriu aquelas regras de conduta, cujo respeito pode ser exigido de forma muito genérica e típica, levando em linha de consideração uma estatística média dos arguidos, é estabelecida a responsabilidade pela sua conduta, mas não, porém, já a censura e o juízo de culpa. Com efeito, a violação das “*exigências médias*” de conduta fundamenta a responsabilidade pelo facto, como primeira etapa da imputação; apenas o facto de o agente ficar desfasado, face às exigências de conduta que lhe são assacadas é que

desencadeia a censura, como segunda fase da imputação⁴⁵². O primeiro grau de imputação reporta-se ao enlace social do agente, onde se pergunta se é possível responsabilizar o indivíduo pela prática do facto, enquanto membro da comunidade jurídica. No segundo grau, a censura individual reporta-se à personalidade do agente e às suas possibilidades específicas e pergunta-se se ele pode ser censurado de acordo com as possibilidades que tinha. Isto dá lugar a uma valoração bipartida da culpa. A responsabilidade pelo facto significa ter de responder pelas lesões ilícitas ao ordenamento jurídico-comunitário. Ta responsabilidade pode admitir exceções a esse “*ter que responder*”, quando, conquanto se não possa verificar a licitude da conduta do agente, ele é exonerado de recorrer às suas possibilidades individuais (v.g. estado de necessidade). Aqui não está em causa a desculpa individual do agente, antes a desculpa de qualquer pessoa que passasse por essa situação⁴⁵³. Com efeito, tendo em consideração a particular natureza do ser humano, opera, aqui, para MAURACH, um perdão geral sobre todo aquele que se deparar com uma situação de necessidade, de pressão psíquica extrema face a uma situação externa altamente complexa, subsistindo o desvalor da ação, mas já não o de resultado⁴⁵⁴.

Prossegue MAURACH, propugnando que na etapa da valoração da ilicitude, releva perguntar se a conduta é excecionalmente típica e lícita, e, por vias disso, aceitável, do ponto de vista do ordenamento jurídico e social. Dentro da imputação impõem-se duas questões: 1) se, mercê das concretas circunstancias de facto em que o agente atuou, a opção por uma conduta conforme ao direito lhe era ou não exigível; 2) e se é possível formular um juízo de censura individual baseado nas capacidades e possibilidades do agente⁴⁵⁵. Neste sentido, a culpa será o juízo de censura dirigido ao agente, pois este deveria ter atuado de forma correta, i.e., a censura manifesta-se na constatação de que o agente teve a capacidade e a possibilidade de reconhecer o conteúdo e o alcance do seu facto e de conformar a sua vontade de acordo com um tal conhecimento. Numa palavra, “*o agente foi diferente, segundo a sua capacidade de valoração e de direção, daquilo que podia ser*”⁴⁵⁶.

A tese de MAURACH, embora revele uma capacidade de inovação dogmática ímpar, não nos parece adequada.

⁴⁵² MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, pp. 536-537.

⁴⁵³ MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, p. 537.

⁴⁵⁴ MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, p. 538.

⁴⁵⁵ MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, p. 538.

⁴⁵⁶ MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, pp. 542-543.

MAURACH constrói a sua teoria da responsabilidade, transportando a inexigibilidade para o plano da ilicitude, intentando promover um perdão geral a comportamentos que se subsumem em tal cláusula. Mas vejamos. Em primeiro lugar, MAURACH diz que subsiste o desvalor da ação em tais casos. Se levamos esta doutrina avante, no plano literal, não seríamos induzidos a aplicar o regime da tentativa a situações que revelassem uma pressão psíquica individual face a condições externas compressoras de uma ação conforme ao direito, ainda que disso se tenha consciência? O próprio MAURACH sustenta que no plano da culpa se tem de aquilatar das possibilidades específicas do agente. As situações de estado de necessidade desculpante – onde opera por excelência a cláusula de inexigibilidade – demanda uma apreciação, na *medida do possível*, da situação circunstancial concreta, das específicas possibilidades do agente⁴⁵⁷. Reportando-se a inexigibilidade a uma situação extrema, passível de vedar ao agente a normal motivação pela norma, onde o agente é sujeito a uma enorme pressão psíquica, que pode vedar-lhe a liberdade de ser sensível ao apelo normativo, ela deverá ser tratada em sede de culpa, pois que veicula um problema de valoração individual⁴⁵⁸. Em segundo lugar, como nota FIGUEIREDO DIAS, comportamentos há que não merecem a luta penal do legislador, que são, desde logo, considerados comportamentos atípicos e não conformadores de uma causa de justificação⁴⁵⁹. Em último, o juízo de censura que preside à segunda etapa da imputação em MAURACH não se parece diferenciar substancialmente da doutrina do poder de agir de outra maneira, pelo a sua conceção está, outrossim, sujeita às mesmas aporias que apontámos em III, 1. Em consequência, afastamos no nosso espetro de opções a tese da responsabilidade pelo facto de MAURACH.

⁴⁵⁷ V.g. No exemplo clássico da Tábua de Carnéades, onde um dos náufragos é acusado de homicídio, por ter retirado a tábua ao outro, releva aquilatar, quer as circunstâncias em que isso sucedeu – por exemplo, verificar se, sem a tábua, ambas as vidas seriam perdidas, ou se ambos os sujeitos cabiam na tábua – e as representações do agente. Caso ambos os sujeitos coubessem na tábua, não se tendo o agente apercebido disso, ele erra sobre os pressupostos do estado de necessidade desculpante. E aí poderia operar a cláusula de inexigibilidade – ainda que num quadro *de jure condendo* – caso se se determinasse que, uma pessoa do tipo social do agente, em tais circunstâncias, também erraria, em função da pressão psíquica sobre si exercida. Defendendo a aplicação da clausula da inexigibilidade, como solução *de jure condendo*, aos casos de erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da culpa, mormente em caso de erro sobre os pressupostos do estado de necessidade desculpante, Cf. MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Direito Penal I – Parte Geral*, cit., p. 177-178.

⁴⁵⁸ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, cit., p. 707.

⁴⁵⁹ *Idem*, *Ibidem*. O professor dá o exemplo da interrupção voluntária da gravidez nos casos previstos no art. 142º do CP.

3.7. POSIÇÃO ADOTADA

3.7.1. O PROBLEMA DA LIBERDADE DAS CIÊNCIAS NATURAIS NO DIREITO PENAL

Até ao momento, com exceção de certos pormenores e de uma formulação doutrinal, as construções teórico-dogmáticas que foram objeto de análise depararam com aporias que as tornam inidóneas à fundamentação da culpa jurídico-penal em sentido material.

É certo que as investigações neurocientíficas até agora não lograram resolver a disputa entre livre arbítrio e determinismo. E muitas delas, quiçá de forma erradamente perentória, intentam, ativa e arrogantemente, impor um determinismo mecanicista, passível de reformular o direito penal da culpa. Assim, GERHARD ROTH diz que *“o ato consciente da vontade não pode de algum modo ser causa do... movimento, por que tal movimento é já previamente determinado por processos neuronais”*, o que, em seu entender, veda a liberdade da vontade, ou, no mínimo, de uma *“consciência intermitente”*⁴⁶⁰. O neurocientista DANIEL WEGNER sustenta que a liberdade da vontade é apenas uma liberdade aparente, no sentido de que apenas temos a sensação de que somos autores das nossas ações, mercê de pensamentos consistentes, consubstanciando-se tal sensação apenas numa interpretação da realidade, interpretação essa que, como todas as interpretações, está sujeita ao erro. Trata-se, segundo WEGNER, de uma apreensão da realidade e não da realidade em si mesma, traduzindo-se a consciência numa ilusão⁴⁶¹.

Conclusivamente, tais pesquisas apontam para o afastamento do controlo individual na formação de processos de decisão, mercê de processos causais prévios que escapam à liberdade individual. Destarte, conquanto estejamos perante conclusões neurocientíficas, tais conclusões apartam-se das evidências da psicologia, da

⁴⁶⁰ GERHARD ROTH “Worüber dürfen Hirnforscher reden – un in welcher Weise”, in Christian Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, p. 73, *apud* WINFRIED HASSEMER, “Neurociencias y Culpabilidad en Derecho Penal”, trad. de Manuel Cancio Meliá, in *InDret – Revista para Análisis del Derecho*, n.º 2, 2011, disponível em <https://indret.com/neurociencias-y-culpabilidad-en-derecho-penal/>, p. 6.

⁴⁶¹ DANIEL WEGNER “Who is the Controller of Controlled Process?”, in R.R. Hassin, *etl al.*, (ed.), *The New Unconscious*, Oxford, 2005, pp. 22-30, *apud* ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *op. cit.*, pp. 299-301. No entanto, como criticamente releva BÁRBARA SOUSA E BRITO, as experiências que WEGNER levou a cabo para demonstrar a sua tese consubstanciaram-se em situações criadas especificamente para lograr a prova de que as pessoas têm ilusão de causar o comportamento, pelo que estamos perante meras hipóteses insuficientes para afirmar a certeza de tal asserção. Cf. ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *op. cit.*, pp. 303-304.

psiquiatria, da antropologia, entre outras ciências⁴⁶². Com efeito, como nota HASSEMER, há uma desconformidade entre a teoria do conhecimento e a neurociência, que redundaria num “*erro categorial*”, qual seja, o de se supor que as ciências – neste caso, a neurociência em específico – têm o poder, por fazerem uso do método empírico, de emitir juízos científico-proposicionais de aprovação ou rejeição⁴⁶³ sobre outras ciências. Veja-se que não existe uniformidade científica, o que, por si só, não legitima tais juízos de valor. E se assim é, inexistente, outro tanto, um conceito uniforme e específico de liberdade passível de se sobrepor sobre todas as ciências⁴⁶⁴.

Intentar desconstruir o direito penal da culpa, invocando exclusivamente as investigações neurocientíficas que sobre ele se debruçam, seria transcender o quadro categorial da neurociência. Mesmo à luz destes novos estudos neurocientíficos, é mister afirmar – como teremos oportunidade de desenvolver adiante – que há valores que são apreendidos socialmente, que são objeto de uma consciencialização normativa e que influenciam o processo de decisão da pessoa e a própria ação humana⁴⁶⁵. O ser humano tem, no plano inteligível, capacidade de autodeterminação. A este propósito, invoque-se a longínqua lição de BELING, que já na primeira metade do séc. XX parecia antecipar este problema. Questionava BELING que, se toda a ação humana é, como propugnam os deterministas, definida previamente – o que redundaria na supressão da culpa -, porque é que se traçam diferenças entre os homens, quanto à sua responsabilidade? Com efeito, prosseguia BELING, se assim fosse, uma ação que *pretensamente* se quer e uma outra ação que não é produto da volição seriam intrinsecamente iguais, posto que não livres, pelo que as ações de alguém que padecesse de anomalia psíquica e as ações de uma pessoa mentalmente sã deveriam equivaler-se no plano axiológico, sob pena de contradição insanável, porquanto concluir-se-ia necessariamente que ambas

⁴⁶² WINFRIED HASSEMER, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶³ Não queremos com isto dizer que o recurso à neurociência ou outras ciências seja ilegítimo. Antes pelo contrário, o direito penal, como reiteradamente nos vem ensinando BÁRBARA SOUSA E BRITO, a fim de não se apartar da realidade que regula, tem de ser estudado numa perspetiva interdisciplinar e ser suportado por fortes bases ontológicas. A nossa própria *Mestre* fez um uso assaz profícuo e adequado da neurociência, tendo logrado apontar certas situações que, *a priori*, teriam sido consideradas ações praticadas com negligência inconsciente, se revelaram, na realidade, ações jurídicas-penalmente irrelevantes, precisamente porque tal área do saber das ciências naturais possibilitou revelar isso e, dessa forma, julgar tais situações com mais justiça e precisão. Cf. toda a Parte II de ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *op. cit.* O que se não pode consentir, nesta sede, é que uma área do saber científico-natural ponha em cheque, quer todas as demais áreas do saber científico-natural, quer certas áreas das ciências sociais e humanas, como a sociologia e a psicologia, que emprestam sentido, conteúdo e valor ao direito, e por fim, o próprio direito penal, tal como está estruturado, que vem sendo objeto de maturação ao longo dos séculos.

⁴⁶⁴ WINFRIED HASSEMER, *op. cit.*, pp. 6-8.

⁴⁶⁵ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, “Neurociência, Culpa e Inimputabilidade”, in Maria João Antunes (coord.), *Anomalia Psíquica e Direito – Colóquio Comemorativo dos 20 anos da Entrada em Vigor da Lei de Saúde Mental*, Coimbra: Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, p. 58.

as ações são igualmente pré-determinadas causalmente⁴⁶⁶ - aduzindo as informações atuais, pré-determinadas por processos causais neuronais. Para BELING, o direito penal só pode construir-se sob uma concepção “*autodeterminista*”, que, em seu ver, equivale a uma liberdade condicionada ou a uma concepção compatibilista. Para tal concepção, o homem é livre, no sentido de que ele possui um poder de resistência, poder esse que lhe atribui freios inibitórios no plano valorativo, qual possibilidade de paralisação dos impulsos criminosos, ante a existência de um ou uma pluralidade de contramotivos. O ser humano tem, com efeito, a capacidade de deliberar e levar a cabo a ação que pretende⁴⁶⁷, por referência a uma razão prática, a uma consciência axiológica. Defender o contrário seria advogar a substituição de um direito penal da culpa por um direito penal das medidas de segurança, materialmente mais gravoso, no que concerne à privação da liberdade, o que violaria frontalmente a dignidade da pessoa humana e outros direitos e princípios que daí decorrem, tais como o direito à liberdade (art. 27º CRP) e o princípio da proporcionalidade *latu sensu* (art. 18º CRP).

Nesta medida, como bem nota SUSANA AIRES DE SOUSA, que acompanhamos de perto, se a liberdade que constitui o substrato do juízo de censura não pode ser uma liberdade, entendida como *liberum arbitrium indifferentiae*, ela há de ser uma liberdade que compreende a capacidade para a apreensão dos valores essenciais comunitariamente cristalizados, i.e., aquilo que é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade e da sociedade, e de ser sensível a fatores exógenos e normativos, tendentes à formação de uma hierarquia axiológica. Assim, “*ao direito não importa como se forma a consciência [do ponto de vista dos fenómenos neuronais]; mas sim se o agente é capaz de consciencializar e de atualizar os valores jurídicos na sua atuação*”⁴⁶⁸. Como impressivamente assinala HASSEMER, o ser humano não é uma “*máquina humana*”, no sentido de uma máquina em forma de homem⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ ERNST BELING, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁶⁷ *Idem, Ibidem.*

⁴⁶⁸ SUSANA AIRES DE SOUSA, *op. cit.*, p. 59. Também neste sentido, WINFRIED HASSEMER, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁶⁹ WINFRIED HASSEMER, *op. cit.*, p. 10. A dignidade do ser humano postula necessariamente a sua liberdade e, por consequência, a sua responsabilidade. Como bem destaca HASSEMER, quem nega a responsabilidade do ser humano, nega, outrossim, a construção mundo social e jurídico. Da dignidade do ser humano decorre o reconhecimento recíproco de cada um de nós como ser dotados de razão prática, i.e., seres livres, donde promana a necessidade de sermos tratados como seres iguais, dignos e responsáveis e não meramente como um ser senciente dotado de um esqueleto, musculatura e órgãos. Tal reconhecimento recíproco é *conditio sine qua non* à paz na sociedade e ao seu livre desenvolvimento. Mas donde retiramos essa razão prática? Precisamente de um processo de apreensão valorativa, que nos faz conhecer o que é a responsabilidade e que nos confere capacidade para graduá-la, em função das diferentes pessoas e circunstâncias (*op. cit.*, p. 9).

Estamos em condições de dizer, na senda do pensamento do psiquiatra PEDRO POLÓNIO, que, a par do nosso passado, nós vislumbramos o nosso futuro, para efeitos de antecipação de potenciais consequências nos nossos atos, existindo, com efeito, uma responsabilidade que pode ser assacável a cada um de nós⁴⁷⁰. Mas esta afirmação não significa a aceitação, conquanto que sub-reptícia, da doutrina do poder de agir de outra maneira no concreto circunstancialismo fáctico em que o agente atuou. Tal poder é insuscetível de comprovação no plano empírico, como já afirmámos, posto que inexistem conhecimentos suficientes para que um juízo de censura possa ter como suporte esse poder de agir de outra maneira. Veja-se, como sublinha HASSEMER, que tal poder, ante a complexa marcha processual penal, onde se intenta reconstruir a culpa do agente e onde se assistem a bloqueios sistemáticos à descoberta da verdade material, por via de mecanismos dilatatórios utilizados pelos sujeitos processuais, só pode ser visto como uma “*mentira vital dos penalistas*”⁴⁷¹. Tal aceitação teria de levar, em rigor científico, à aplicação do princípio *in dubio pro reo* sempre que não houvesse resposta para o *quando* e o *quantum* da liberdade concreta para agir de outra maneira⁴⁷².

Não obstante, em geral, o agente conforma a sua decisão e a sua ação pelo motivo que reputa preferível. E ainda que ele possa ter um impulso criminoso, existem contramotivos que se erigem na sua preferência, invocados por uma ordem de valores que ele apreendeu e hierarquizou paulatinamente. Assim, como oportunamente releva MIR PUIG, a decisão que o agente tomar e que se consubstanciar na sua ação há de se lhe imputar, porquanto se trata de uma decisão “*própria do sujeito*”, própria do seu “*eu*”⁴⁷³. Com efeito, parece-nos que a construção dogmática que pode explicar cabal e adequadamente a culpa jurídico-penal assenta na formulação de ROXIN, segundo a qual a culpa, em sentido material, é entendida como a decisão pelo ilícito, não obstante a “*permeabilidade ao apelo normativo*” do agente, culpa essa que irá enquadrar-se numa relação de limitação recíproca com necessidades de prevenção geral e especial, numa lógica de subordinação às exigências do Estado de Direito Democrático, que, nesta sede, postula uma política criminal racional e humanitária. É tempo de entrarmos na

⁴⁷⁰ PEDRO POLÓNIO, *Psiquiatria Forense*, Lisboa, 1975, pp. 87-88.

⁴⁷¹ WINFRIED HASSEMER, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁷² Cf. CLAUD ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 514; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, *cit.*, p. 608.

⁴⁷³ SANTIAGO MIR PUIG, *op. cit.*, p. 538.

análise da formulação roxiniana da culpa jurídico-penal, reservando-nos, contudo, a possibilidade de aduzir algumas críticas, correções ou precisões complementares.

3.8. A CULPA MATERIAL DE ROXIN – A RELAÇÃO DE LIMITAÇÃO RECÍPROCA ENTRE CULPA E PREVENÇÃO

Para ROXIN, a responsabilidade jurídico-penal – que erige em categoria dogmática autónoma, compreendendo a culpa e necessidades preventivas– depende da culpa do agente e da necessidade preventiva de aplicação de uma pena. O agente atua com culpa quando, ante a realização do facto típico, poderia ter determinado a sua vontade, mediante o apelo normativo, e fosse dotado de uma “*capacidade suficiente de autocomando*”⁴⁷⁴. A isto adita ROXIN que casos há, em que, apesar da comissão de um facto ilícito e apesar de o agente poder ter sido sensível à norma, ele não deverá ser punido, ou porque se não vislumbram razões preventivo-gerais para o efeito, mercê da existência de uma culpa altamente diminuta, não materializada numa violação de expetativas jurídico-comunitárias, ou porque se não vislumbram razões preventivo-especiais para o efeito, não carecendo o agente, em tais casos, de ressocialização. Assim, a culpa e as necessidades preventivas limitam-se reciprocamente, donde resulta a categoria da responsabilidade⁴⁷⁵. E limitam-se neste sentido: a culpa vem estabelecer um limite à prevenção no interesse dos cidadãos, pois a prevenção, por si só, poderia levar a penas privativas da liberdade exacerbadamente amplas e desproporcionadas. Já as necessidades de prevenção limitam a culpa, no sentido de que, por um lado, se afigura inútil a aplicação de uma pena quando o agente, em razão da sua configuração mental e psíquica, não logra motivar-se pelo direito, pois em tais casos não se assiste a uma destruição de expetativas jurídicas; por outro, sempre que as necessidades preventivas o impuserem, a pena deve ficar abaixo da medida da culpa, *v.g.*, por a sua aplicação se revelar mais prejudicial do que a sua não aplicação, no sentido de comportar uma autêntica dessocialização do agente⁴⁷⁶.

Nesta medida, ROXIN não pode ser acusado de a sua teoria – porquanto invoca necessidades de prevenção teleológico-funcionais – redundar numa potenciação da

⁴⁷⁴ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 504.

⁴⁷⁵ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 505. Entre nós, adotando a tese roxiniana da culpa, Cf. TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal, cit.*, pp. 298-301.

⁴⁷⁶ CLAUS ROXIN, “Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa”, *in* Teresa Pizarro Beleza (org.), *Textos de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 415-416; 419-422.

prevenção e numa perseguição penal mais gravosa e socialmente danosa. Como bem afirma ROXIN, quando se refere à substanciação do conceito de culpa penal, “quando se faz depender a punibilidade da culpa do agente, isso tem como objectivo traçar um limite ao poder punitivo do Estado (em especial, às necessidades de prevenção)”⁴⁷⁷. A prevenção surge aqui como fator restritivo da culpa e, conseqüentemente, da pena, e não como fator de ampliação, assumindo um cunho garantístico. Em conformidade, a medida da pena jamais poderá ultrapassar a medida da culpa. Contrariamente, a medida da pena poderá ficar abaixo da medida da culpa, pelo que a medida da culpa é pressuposto necessário mas não suficiente da medida da pena.

Como já antecipámos, para ROXIN, a culpa consubstancia-se na “actuação contrária ao direito, a despeito da existência da permeabilidade ao apelo normativo”⁴⁷⁸, ou, noutra tradução, a realização do ilícito típico, não obstante “a idoneidade para ser destinatário das normas”⁴⁷⁹. I.e., a culpa do agente deve ser afirmada quando este, pela sua constituição mental e psíquica, esteve em condições de se motivar pela norma⁴⁸⁰. Trata-se de uma posição agnóstica, compatível, tanto com o indeterminista ortodoxo, como com o determinista, que não redunde num poder de agir de outra maneira na concreta situação de facto – pois, como bem nota MIR PUIG, nesta senda, ante a multiplicidade de fatores que concorrem no momento da ação, é lógico que esta não poderia ter sido outra no momento em que o agente decidiu, por muito que se tente introduzir alguma variante no momento anterior, para além de inexistirem dados empíricos que permitam afirmar que o agente agiria de outra forma no momento em que atuou⁴⁸¹ -, mas antes é construída com base numa liberdade que traz em si ínsita uma “capacidade de comando”, uma liberdade normativa, uma exigência sociológica, que se prende com uma capacidade apreensão do apelo normativo, i.e., da motivação que deriva da norma, do valor a ela subjacente, de modo a que o agente atue em conformidade⁴⁸². Tal liberdade trata-se, com propriedade, de uma proposição normativa de liberdade. Para ROXIN, quando o homem possui a “capacidade de comando psíquico”, ele tem a capacidade de, face a determinada situação da vida, agir de forma livre, pois ele

⁴⁷⁷ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 512.

⁴⁷⁸ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 524.

⁴⁷⁹ CLAUS ROXIN, “A Culpabilidade e sua Exclusão no Direito Penal”, trad. de Luís Greco, *in RBCC (Revista Brasileira de Ciências Criminais)*, Vol. 12, n.º 46, São Paulo, 2004, p. 57.

⁴⁸⁰ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 524.

⁴⁸¹ SANTIAGO MIR PUIG, *op. cit.*, p. 531.

⁴⁸² CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 525.

reproduz uma imagem de si em liberdade, i.e., tem consciência da liberdade, sendo que tal liberdade constitui pressuposto irrenunciável da vida em sociedade, numa sociedade certa, ordenada e organizada. Ela é pressuposto do direito, do nosso complexo normativo. Assim, “o direito penal tem de partir da liberdade, embora ela não seja passível de uma prova exacta”⁴⁸³. Trata-se de uma liberdade normativa que, segundo ROXIN, pode ser verificável no plano empírico, ao nível da psicologia e da psiquiatria, falando o insigne penalista numa culpa como “*dado misto empírico-normativo*”⁴⁸⁴. Malgrado, ROXIN não concretiza / desenvolve como pode ser essa liberdade verificável no plano empírico, o que pode levar alguns autores, quer a questionar-se acerca da verdadeira substância de tal liberdade, quer a sustentar que se trata de uma ficção de liberdade passível de se consubstanciar numa presunção de culpa⁴⁸⁵, quer a acusar o próprio ROXIN de contradição insanável, uma vez que, pretensamente, intenta sustentar algo – a verificação empírica da liberdade – que, concomitantemente, rejeita de forma liminar, equiparando a sua formulação da culpa jurídico-penal, em termos materiais, à doutrina do poder de agir de outra maneira da concreta situação de facto⁴⁸⁶. De facto, a posição de ROXIN não é clara, precisamente, por falta de concretização. Pelo que, sem prejuízo de melhor opinião e sem intenção de desrespeitar a tese do insigne penalista, pensamos, contudo, que melhor é emprestar-lhe conteúdo ontológico, invocando aqui a ideia que aduzimos *supra* 7.1., intentando desenvolvê-la.

Segundo o psiquiatra PEDRO POLÓNIO, o indivíduo, através do processo de socialização e aculturação, vai construindo uma série de valores, crenças, costumes, que se refletem na sua identidade, no seu pensamento, na sua ação⁴⁸⁷. O ser humano desenvolve-se num quadro de interação recíproca, segundo o qual, nas palavras do psiquiatra JOSÉ DIAS CORDEIRO, “*cada momento do desenvolvimento humano é eminentemente dinâmico e feito de inter-relações sistémicas multiplicativas, quer no sentido da normalidade, quer no sentido da patologia*”⁴⁸⁸. Segundo um raciocínio psicanalítico, que concretiza a asserção de que o indivíduo se pode mover por valores, quando a criança pratica algo que é proibido e é sancionada com o castigo, a ansiedade que promana dessa consequência é associada à conduta que ela praticou, pelo que, no

⁴⁸³ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 527.

⁴⁸⁴ CLAUS ROXIN, “Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade”, *cit.*, p. 528.

⁴⁸⁵ Assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *op. cit.*, p. 466.

⁴⁸⁶ Assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *op. cit.*, p. 462; 466 e ss. Equiparando os dois conceitos, embora em jeito de aceitação, Cf. JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, pp. 386-388.

⁴⁸⁷ PEDRO POLÓNIO, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁴⁸⁸ J.C. DIAS CORDEIRO, *Psiquiatria Forense*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 26.

futuro, assistir-se-á a um condicionamento. Com efeito, ao ser castigada múltiplas vezes, a criança irá abster-se de praticar o comportamento proibido, pois a ansiedade associada à possibilidade de ser sancionada irá sobrelevar, normalmente, à decisão da prática de tal ato. Por outro lado, observar-se-á uma aprendizagem pedagógica, ao nível dos valores, quando a criança é premiada, beneficiada pela assunção de uma conduta axiologicamente valiosa⁴⁸⁹.

E não se olvide, outrossim, que o indivíduo está sujeito a condicionalismos sociais, culturais, políticos e económicos, que conformam a sua própria individualidade. Pelo que a liberdade há de ser uma *“liberdade condicionada”*, no sentido de estar vinculada ao nosso grau de evolução cognitiva e cultural, i.e., à capacidade de apreensão *“objectivo-racional”* do mundo externo e do mundo interno⁴⁹⁰.

Nesta linha de pensamento, invoque-se o assertivo raciocínio de GIMBERNAT ORDEIG, já brevemente referido em II, 1., segundo o qual, da mesma forma que a criança é sancionada, mediante a aplicação de um castigo, ao comportar-se de forma proibida e, com isso, sendo forçada a reprimir aqueles impulsos cuja satisfação prejudicam os demais, também o indivíduo, ante a ameaça da pena, mediante o uso da razão prática, há de acatar a norma e inibir-se de violá-la, sob pena de ser privado da sua liberdade. Com efeito, a ameaça da pena vai ter um efeito inibitório, no sentido do indivíduo dirigir a sua ação de acordo com aquele complexo normativo, cuja observância é imperiosa ao livre desenvolvimento da pessoa e da sociedade, i.e., a ameaça da pena tende a erigir-se em obstáculo psicológico, no que tange à prática de atos passíveis de perigarem a dignidade humana e a paz social⁴⁹¹.

Sem embargo, a abordagem de GIMBERNAT ORDEIG pode ser precisada pela teoria da abordagem dinâmico-estrutural, desenvolvida pelo psiquiatra WERNER JANZARIK, que nos é explicada por CURADO NEVES.

Para JANZARIK, *“a actividade humana (como de outros seres vivos) tem origem numa autopragmatismo, pelo que se entende uma tendência espontânea de disposições para agir”*⁴⁹². Tais disposições são produto de uma disposição biológica inata, de autoconservação e de realização de condutas instintivas, e são substanciadas por uma pluralidade de

⁴⁸⁹ J.C. DIAS CORDEIRO, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁹⁰ J.C. DIAS CORDEIRO, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁹¹ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, pp. 262-263.

⁴⁹² JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, pp. 248-249.

situações da vida, que lhes imprimem dinâmica. Assim, tendo em consideração os diferentes estímulos e as diferentes manifestações ante as mais variadas situações da vida, as representações serão armazenadas e objeto de uma associação valorativa e normativa e serão atualizadas em situações semelhantes. Em conformidade, e em decorrência dessa dinâmica, é desenvolvido o raciocínio, a ordenação, a hierarquização e uma estrutura valorativa paulatinamente mais complexa. Assim, *“com a representação dinâmica de novas vivências e sua inserção na estrutura mental surgem novas disposições, que vão alargar as possibilidades de acção e permitir a opção pelos comportamentos mais adequados a cada caso*⁴⁹³. Por outro lado, a estrutura mental é ampliada pela dimensão interna, onde abunda a imaginação, que sobreleva à ação, fluindo livremente, criando-se, desta forma, novas disposições que consolidam a estrutura mental, que, por seu turno, vai intervir no hiato entre disposição e ação, por via da desatualização ou da ativação. A desatualização consubstancia-se no processo de retirada de alguma dinâmica da consciência (*“campo psíquico”*), tendente à remoção de tal quadro o espectro de ações não viáveis, permanecendo *“apenas a disposição escolhida, que se converterá em acção”*. Já a ativação é entendida como o *“esforço de iniciação, concentração, perseverança”* e vai impulsionar e reforçar a orientação de orientações e disposições, *“incrementando a carga dinâmica que forem de alguma maneira ser estimuladas pela situação da vida”*⁴⁹⁴.

A consciência, onde *habitam* a ativação e a desatualização, é constituída por intenções e aspirações, pelo que, em razão de orientações que são incrementadas, mercê de novas representações, há lugar à construção de complexos estruturais e comportamentais, o que tem por consequência a ampliação do leque de escolhas entre várias opções possíveis, e ampliar, da mesma forma, a fluidez, no que tange ao processo de escolha, emergindo uma resposta mais racionalizada face a diversas situações. Aqui é constituído um quadro de orientações, orientações essas dotadas de alcance mais longo do que outras, onde se constrói um *“edifício valorativo”*, de pendor hierarquizante, tendente a orientar a atividade do indivíduo.⁴⁹⁵ Com efeito, *“o relevo da situação é identificado e salientado por uma consciência de risco de que todo o indivíduo adulto é dotado e que se actualiza quando os processos mentais no interior do campo psíquico chegam a um ponto em que defrontam o que JANZARIK chama a resistência da vontade”*, i.e., a consciência do risco invoca o edifício valorativo, fazendo o indivíduo

⁴⁹³ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 249.

⁴⁹⁴ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 250.

⁴⁹⁵ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 251.

vetar, por norma, as opções axiologicamente desvaliosas, inviáveis, do ponto de vista consequencial⁴⁹⁶, v.g., por a sua consecução levar a uma sensação de dor, de ausência de prazer, de reprovação social, etc. Pelo que “a prática de acções que são objecto de juízos negativos ou jurídicos desperta imediatamente a consciência do risco”⁴⁹⁷. A consciência do risco, nesta linha de raciocínio, faz com que o indivíduo rompa com a deliberação tendente a uma manifestação axiologicamente reprovável, ou que, no mínimo, a modifique. Numa palavra, a consciência do risco opera um efeito inibitório.

Cremos que esta base ontológica se arvora em suporte bastante para a formulação da culpa jurídico-penal de ROXIN, em jeito de etiologia da estrutura mental, ou melhor, do complexo axiológico-normativo que se erige em fio condutor da ação humana, complexo esse que se constrói, quer no plano social e cultural, quer no plano psicológico, dando origem à consciência do risco, por seu turno, consubstancial, por um lado, ao efeito inibitório que a ameaça da pena acarreta, e, por outro, à própria razão prática do ser humano. Pelo que cremos que as críticas que se podem formular a ROXIN, ficam, com efeito, despidas de razão. A proposição normativa de liberdade roxiniana não se trata de uma mera proposição carecida de conteúdo material, antes se pode confirmar na constatação de uma liberdade para se ser sensível ao apelo normativo e, por vias disso, para se ser responsável. E essa sensibilidade advém da consciência do risco, da invocação de um acervo axiológico, que torna o ser humano responsável perante si e perante o próximo. Com efeito, o ser humano é sensível aos comandos normativos, é motivável pela norma, *in casu*, pela norma penal. Reforçando esta ideia, vem sublinhar LUZÓN PEÑA, embora agora defendendo outro conceito de culpa⁴⁹⁸, que a nossa psique é constituída, tanto por paixões, instintos e impulsos, como por uma razão prática, i.e., por uma consciência racional, pela inteligência, pela volição e pela capacidade de controle dos impulsos, dos desejos e de comandar a própria ação. Tal capacidade é produto de um processo gradual de amadurecimento e de autocontrolo. Isso traduzir-se-á, no plano normativo, no reconhecimento de que o ser humano é “*dono dos próprios atos*”⁴⁹⁹. Assim, pode e deve entender-se a culpa como realização do ilícito típico, não obstante a permeabilidade do agente ao apelo normativo, i.e., a sua

⁴⁹⁶ Pelo que se logra associar, desta forma, que essa consciência de risco, no plano normativo, está ínsita na permeabilidade ao apelo normativo, na tal “*capacidade de comando psíquico*”, de que ROXIN nos fala. É essa consciência que permite ao indivíduo invocar dados valorativos condutores da sua deliberação e da sua ação e fazer com que, em condições de *normalidade*, ele seja acessível ao comando da norma.

⁴⁹⁷ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁹⁸ Para LUZÓN PEÑA, a culpa consubstancia-se na “*censura jurídico-penal individual do facto típico*”, suportada por uma autoconvicção da vontade. DIEGO M. LUZÓN PEÑA, “Libertad, Culpabilidad y Neurociencias”, *cit.*, p. 76.

⁴⁹⁹ DIEGO M. LUZÓN PEÑA, “Libertad, Culpabilidad y Neurociencias”, *cit.*, p. 80.

idoneidade para se motivar pela norma e o valor em si ínsito. A culpa será, neste sentido, o juízo de censura que recai sobre o agente, ante a realização de uma conduta ilícita, não obstante a existência de uma contramotivação – no sentido inibitório – ínsita na norma jurídico-penal e no valor que lhe inere, posto que ele tem idoneidade para apreender e compreender o seu conteúdo e alcance.

Sem embargo, existe a possibilidade de ir mais longe. Com efeito, a culpa como censura pelo ilícito, apesar da idoneidade do agente para se motivar pela norma, pode ser criticada por assumir um cunho demasiado generalista, i.e., por erigir um critério abstrato de formulação do juízo de censura, que se não compadece com certas diferenças inerentes a cada pessoa. Note-se que um indivíduo nunca é igual ao seu semelhante, não ao nível da igual dignidade que inere a todo e qualquer ser humano, mas ao nível das características biológicas, das disposições individuais, dos diferentes enraizamentos sociais, económicos, culturais e políticos, dos diferentes graus de formação, etc., que são fatores que influem, de forma diferenciada e decisiva, no pensamento, na imaginação, na deliberação, na capacidade de inibição e na conformação para a ação. Como releva MIR PUIG, situações há de desigualdade social – v.g. disparidades económicas, sociais e culturais -, passíveis de incrementar desordens no processo motivacional (v.g. uma pressão psíquica disfuncional, favorável à comissão do ilícito típico, mercê de uma inserção social anómala), que devem ser tidas em conta, quer no plano da culpa, quer no plano da pena⁵⁰⁰.

Malgrado, esta ordem de ideias não nos pode levar à aceitação da doutrina do poder de agir de outra maneira, na concreta situação em que o agente atuou. Para além das aporias de que padece, o caráter, a consciência e a biografia do agente, como nota SILVA DIAS, não são apreensíveis no plano puramente individual, num concreto contexto processual. No entanto, releva construir um modelo de referência normativa, que se aproxime ao máximo da caracterologia do indivíduo concreto. Esse modelo consubstancia-se no critério do tipo social do agente, sufragado, entre nós, por SILVA DIAS, e, na Alemanha, por JESCHECK. De acordo com este critério, o julgador vai ter em conta “*a personalidade inserta num determinado mundo de vida*”, como que uma *individualização* da experiência do outro, assumindo uma estrutura diferenciada, em função de cada “*eu*”⁵⁰¹. Será essa referência que irá determinar a evitabilidade ou a inexigibilidade da atuação na situação concreta. A questão que se terá de colocar é a

⁵⁰⁰ SANTIAGO MIR PUIG, *op. cit.*, p. 543.

⁵⁰¹ AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, *cit.*, p. 729.

seguinte: seria ou não razoável, à luz de uma pessoa do tipo social do agente, que o autor do crime tivesse evitado a sua conduta? Ou seria razoável, à luz de uma pessoa do tipo social do agente, exigir um comportamento diverso?⁵⁰²

O tipo social do agente consubstancia-se num critério normativo, que repousa, já não numa mera abstração, num modelo de pessoa zelosa diligente e sagaz - que redundaria na punição de forma igual de situações diferenciadas⁵⁰³ -, antes num plano, que compreende, como sustenta assertivamente JESCHECK, uma pessoa modelo, a que se irá recorrer como termo de comparação, que deve aproximar-se o máximo possível do agente, tendo em consideração a sua individualidade, a sua idade, o seu sexo, a sua profissão, as suas características físicas e biopsicológicas, a sua inserção social, a sua formação, as suas raízes culturais, a sua experiência de vida, etc.⁵⁰⁴ I.e., o julgador vai recorrer ao “*mundo de vida do agente*”. O tipo social do agente irá condicionar e delimitar os termos da culpa, uma vez que, se a censura recai sobre um “*eu*” socializado, a formulação do juízo de censura não deverá ser configurada de forma rígida e uniforme, antes deverá ter em conta a dinâmica do meio social onde o agente se insere e a influência dessa dinâmica na comissão do ilícito, porquanto “*aquilo que um indivíduo é, é-o também porque cresceu de uma determinada maneira num determinado ambiente social*”⁵⁰⁵.

Assim, à culpa como decisão pelo ilícito, apesar da permeabilidade do agente ao apelo normativo, há de acrescentar-se o padrão / referência do tipo social do agente como critério de formulação da censura. A culpa será o juízo de censura ante a comissão de um ilícito típico, não obstante a capacidade de o autor se motivar pela influência contramotivacional da norma proibitiva, censura essa que terá em conta o tipo social do agente, para efeitos de determinação da medida da culpa.

Desta forma se tratam situações desiguais de forma desigual, da medida da sua desigualdade, o que garante uma maior justiça na resolução do caso concreto; pois, tendo em conta um estágio de aproximação, se logrará compreender, de forma mais racional e adequada, o *quantum* e o *como* da influência da força inibitória que preside à

⁵⁰² AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, cit., p. 730.

⁵⁰³ O que, por seu turno, se não compadece com o princípio constitucional da igualdade material (art. 13º CRP).

⁵⁰⁴ HANS-HEINRICH JESCHECK, “Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria”, cit., p. 10. Também, HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., pp. 625-631.

⁵⁰⁵ AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita*, cit., p. 731.

norma penal e de que forma, de caso para caso, as pulsões criminógenas se sobrepõem às pulsões inibitórias, em estreita correlação com o ambiente existencial do agente. Tal permite uma maior estabilização das expectativas jurídico-comunitárias, uma maior paz, uma maior igualdade material, uma justiça mais efetiva, e uma maior eficácia, no que concerne aos propósitos ressocializadores, posto que diferem de indivíduo para indivíduo.

Uma vez analisada a dimensão material da culpa jurídico-penal, reúnem-se certas pistas condutoras, para a análise da dimensão dogmático-exculpatória – *in casu*, os critérios de determinação e delimitação da censurabilidade / não censurabilidade do erro sobre a ilicitude.

4. A DETERMINAÇÃO DA CENSURABILIDADE / NÃO CENSURABILIDADE DO ERRO SOBRE A ILICITUDE

Uma vez percorridos os itinerários históricos do erro sobre a ilicitude, empreendido o labor de síntese concernente à consciência da ilicitude, à caracterização do erro e analisadas figuras próximas, realizado um esforço compreensivo incidente sobre a dimensão material da culpa jurídico-penal, é tempo de alocarmos o foco analítico à determinação da censurabilidade / não censurabilidade do erro sobre a ilicitude, que terá como ponto guia a prévia questão da culpa em sentido material.

O presente capítulo compreende uma substancial relevância prática, constituindo, porventura, o *tópico* mais importante da presente dissertação, uma vez que é por referência aos critérios que dão concretização à censurabilidade do erro que se irá enxergar a consequência jurídico-penal aplicável ao agente que agiu em situação errónea.

Em primeiro lugar – uma vez que foi a partir da decisão do BGH de 18-03-1952, que se assistiu a uma rotura, na praxis, com as teorias do dolo -, far-se-á uma abordagem crítica sobre o critério da tensão da consciência, tal como preconizada pelo Supremo Tribunal Federal Alemão em tal decisão histórica, para, em seguida, empreendermos um esforço analítico pelos labores dogmáticos que nos foram trazidos pelos finalistas. De seguida – sublinhando-se o papel informador e conformador que a doutrina jurídico-penal alemã desempenha entre nós e entre a maioria dos países de matriz romano-germânica -, apreciaremos os argumentos e as posições doutrinárias dos autores pós-finalistas, intentado apreender os contributos que estes deram para a evolução da censurabilidade do erro.

Em segundo, passando para o ordenamento jurídico espanhol, que recebeu com profundidade e acerto dogmático o contributo germânico, iremos realizar um esforço exegético incidente sobre o arts. 6º bis a), 3º parágrafo do antigo Código Penal e 14º, 3º parágrafo do atual Código Penal espanhol, a fim de convocarmos os contributos dos principais autores da doutrina jurídico-penal espanhola e realizarmos a respetiva apreciação crítica.

Em terceiro lugar, na sequência do que se disse acima, olhamos para os subsídios doutrinários latino-americanos, que são, outrossim, profundamente influenciados pelos germânicos.

Em quarto lugar, conquanto a estrutura do facto punível ainda esteja arreigada a uma perspetiva dogmática assaz tradicional, viajaremos para o ordenamento jurídico italiano, onde, por força do art. 5º do seu Código Penal, o erro sobre a ilicitude, até há *pouco* tempo, era totalmente irrelevante. Trata-se de um caso curioso, porquanto a eficácia escusante do erro e a construção dos primeiros critérios para efeitos de aferição da inevitabilidade da *ignorantia iuris* tem origem jurisprudencial, na *Sentenza* 364/1988, da *Corte Costituzionale*, que será objeto de análise, o que abriu lugar a ulteriores construções doutrinárias.

Em quinto lugar, apreciando, embora de forma breve, alguns subsídios anglo-saxónicos, procuraremos compreender como foram erigidos os critérios que romperam com a arreigada máxima *error iuris nocet* e analisar a letra do Model Penal Code a este respeito, que, de resto, já é adotado, embora com algumas alterações, em algumas jurisdições norte-americanas.

Em sexto lugar, iremos regressar ao ordenamento jurídico português, sendo objeto do nosso conspecto crítico os critérios de determinação da censurabilidade ou não censurabilidade do erro pelos autores portugueses desde o fim da década de 70 até ao momento, com especial incidência no inovador critério da retitude da consciência errónea, construído e propugnado pelo insigne penalista, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, malgrado a crítica que lhe possa ser apontada e outras referências dogmáticas ulteriores. Ainda dentro do ordenamento jurídico português, teremos de passar pelo crivo da jurisprudência, intentando aquilatar da bondade da aplicação dos critérios de determinação da censurabilidade do erro sobre a ilicitude.

A final, tomaremos posição, partindo do critério do tipo social do agente, intentando, outrossim, analisar a operacionalidade de alguns princípios na determinação da censurabilidade do erro, quais sejam, o da igualdade, da boa fé e da confiança, não descurando o efeito das necessidades preventivas, que entram numa relação de restrição recíproca com a culpa.

4.1. ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO

4.1.1. A POSIÇÃO DA SENTENÇA DO BGH DE 18-03-1952 – A TENSÃO DA CONSCIÊNCIA

Como já tivemos a oportunidade de observar em I, o BGH, na famosa e histórica sentença de 18-03-1952, veio entrar em rutura com as teorias do dolo e adotar a teoria da culpa, uma vez que esta permite “*adequar a pena ao grau correspondente da culpa*”⁵⁰⁶. Esta questão já foi discutida *supra* I.

A questão que nos importa é a de saber qual o critério adotado pelo BGH para efeitos de determinação da censurabilidade do erro. Nessa sentença⁵⁰⁷, veio sustentar o BGH que o indivíduo, antes de levar a cabo uma determinada ação, deve ter a sensibilidade para verificar a conformidade da sua conduta com o dever-ser jurídico. Para tanto, deve empreender esforços de reflexão ou de informação ou esclarecer-se acerca das regras do seu “*círculo vital*”. I.e., é mister que o agente empreenda um esforço de consciência ou de tensão da consciência, a fim de estar capacitado para reconhecer o carácter ilícito da sua conduta. Se se considerar que, embora realizado o esforço de consciência, o agente não pôde lograr aceder à consciência da ilicitude, o erro há de ser não censurável⁵⁰⁸.

Não obstante a inegável relevância histórica desta decisão – pois veio conferir relevância, na praxis judicial, ao erro sobre a ilicitude -, cremos que este critério não é adequado.

Veja-se que através de um esforço de consciência o agente pode convocar à sua consciência o desvalor axiológico de uma conduta enquadrável no *mínimo ético* conformador do direito, i.e., através de uma tensão da consciência, o agente pode adequadamente contar, no plano valorativo, que uma conduta intrinsecamente ilícita vai contra o direito. De fora de tal reflexão valorativa decorrente da tensão da consciência

⁵⁰⁶ BGHSt, 194, § 45, *apud* ALBIN ESER, BJÖRN BUKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la Base de Casos de Sentencias*, Madrid: Editorial Colex, 1995, p. 292.

⁵⁰⁷ A matéria de facto do caso apreciado pelo BGHSt em 1952 é a seguinte: A, advogado, defendeu B, no âmbito de um processo penal, sem ter acordado com a sua cliente um pagamento prévio. Na primeira audiência, A exigiu de B um pagamento imediato de 50 UM (unidades monetárias), tendo ameaçado desistir do caso se B não procedesse ao pagamento. A acreditava que tinha o direito de assim proceder. B, na sequência do sucedido, pediu um empréstimo para efetuar o pagamento dos honorários, tendo levado a quantia solicitada a A na manhã seguinte. Todavia, A, repetindo a ameaça, exigiu que B pagasse mais 400 UM, agindo em erro sobre a ilicitude, que teve por objeto o crime de coação, p.e p. pelo então § 240 do StGB. Cf. ALBIN ESER, BJÖRN BUKHARDT, *op. cit.*, pp.285-286.

⁵⁰⁸ BGHSt, 194, § 20-25, *apud* ALBIN ESER, BJÖRN BUCKARDT, *op. cit.*, pp. 288-289.

ficam os crimes com menor densidade axiológica. Esses parecem ficar a dever-se a um dever de informação, que não é concretizado nem balizado, o que pode redundar num “*regressus ad infinitum*”, uma vez que se apenas convoca um “dever de informação” em termos gerais. Ora, esse dever vai gerar uma série de deveres, no sentido de o agente diligenciar até aceder ao conhecimento da ilicitude, o que é manifestamente insustentável, pois paralisaria a vida social⁵⁰⁹. Como bem notam MAURACH / ZIPF, a sentença do BGH de 18-03-1952 constrói uma formulação excessivamente generalizante sobre a evitabilidade, porquanto o acento tónico é colocado num cuidado necessário no tráfego, sem ter em conta, de forma adequada, a situação individual do agente⁵¹⁰.

4.1.2. POSIÇÕES FINALISTAS

As primeiras posições finalistas não se diferenciam substancialmente da posição sufragada pelo BGH, na sentença acima referida. Vejamos o que nos dizem ARMIN KAUFMANN e WELZEL.

Para ARMIN KAUFMANN, por referência às capacidades particulares do conhecimento do dever, na senda de BINDING – a cognoscibilidade da norma, a cognoscibilidade da situação em que surge o dever e a capacidade de vincular tal situação à norma⁵¹¹ -, quando o agente duvida sobre a contrariedade do impulso ao dever e, por vias disso, da concreta ação, ele está obrigado a agir em conformidade com o valor, no sentido de se libertar da determinação do impulso duvidoso. Tal quadro só será excecionado, para o autor, em caso de dúvida entre dois valores, embora não especifique que tipo de valores devem estar em confronto. Destarte, a dúvida sobre o dever vai influir no grau de censurabilidade do agente. I.e., para KAUFMANN, quem está assolado espiritualmente por dúvidas em relação ao dever, está necessariamente mais capacitado para resolvê-las.; *a contrario*, quem não tem a menor dúvida sobre o dever, está menos capacitado para cumpri-lo. Com efeito, segundo o raciocínio de ARMIN KAUFMANN, quem duvida não está seguro da conformidade da sua ação com o dever, pelo que há de determinar-se por ele, conquanto, em tais casos, a falta de direção da vontade em conformidade com o valor não seja tão grave como a falta de quem possui

⁵⁰⁹ Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 882; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, cit., pp. 736-737; ENRIQUE BACIGALUPO, “La Evitabilidad o Vencibilidad del Error de Prohibición”, in *RBCC (Revista Brasileira de Ciências Criminais)*, ano 4, n.º 14, 1996, pp. 31-32.

⁵¹⁰ MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, pp. 682-683.

⁵¹¹ ARMIN KAUFMANN, *op. cit.*, p. 294.

uma consciência segura que está a lesar o valor, a agir contra o dever⁵¹². Conquanto esta linha argumentativa careça de concretização, havendo uma generalização substancial da orientação da ação final conforme ao dever, parece-nos estar esboçada, em termos prévios, a graduação da censurabilidade incidente sobre estádios de dúvida, sejam eles facilmente resolúveis ou irresolúveis.

Por seu turno, WELZEL vem dizer que, porquanto a lei penal, não raro, vem punir uma ação que já era previamente desvaliosa do ponto de vista moral, ela vem relevar o “*esforço de consciência*” como critério de determinação da censurabilidade ou não censurabilidade do erro. I.e., por norma, o erro será censurável quando o agente não proceda a um esforço de consciência, porquanto os conteúdos da consciência formam-se, essencialmente, com aquilo que é vivencial e culturalmente apreendido. Assim, para WELZEL, o erro sobre a ilicitude é censurável quando o agente teve a possibilidade de se certificar da antijuridicidade subjacente ao facto que praticou, mediante uma reflexão assente nos valores ético-sociais dominantes do meio onde o agente se insere⁵¹³. Já aquelas condutas que se não inserem no centro nevrálgico do direito penal de justiça – mormente aquelas que têm por escopo a ordenação e a garantia do cabal funcionamento da atividade administrativa, i.e., aqueles que têm um específico objeto de proteção decorrente de um sentido de oportunidade estatal de criminalização – levantam um especial problema de valoração, pois não são normas apreensíveis, *a priori*, pela vivência sociocultural do indivíduo. WELZEL, nestes casos, à semelhança da sentença *supra* do BGH, adiciona o “*dever de se informar*”. I.e., aquele que não possui tais conhecimentos jurídicos, a título prévio, deve esclarecer-se, informar-se acerca da situação jurídica, através da consulta a um especialista em matérias jurídicas antes de prosseguir para a prática do facto. Com efeito, para WELZEL, a censurabilidade da representação errónea de que uma determinada conduta, em tais casos, é lícita, quando o não é, tem por referência, não uma falta de um esforço de consciência, ou de reflexão, mas a violação do dever de se informar⁵¹⁴.

Para além das críticas aduzidas em 1.1., a propósito do critério da tensão da consciência, procederem quanto à posição em apreciação, releva sublinhar que WELZEL não esclarece de onde promanda tal dever de se informar, i.e., qual a sua origem ou substrato. Ora, se o dever não tem um suporte que o sustente, pode,

⁵¹² ARMIN KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 296-297.

⁵¹³ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán, cit.*, p. 203.

⁵¹⁴ HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán, cit.*, pp. 203-204.

efetivamente, falar-se de um verdadeiro dever? Quanto é que, afinal, há dever? Se o agente não pode contar, com efeito, com o conhecimento do dever, como pode ele violar um dever e ser censurado? Em último caso, a imposição de um tal dever, em termos tão gerais, levaria a que todo o indivíduo tivesse que procurar conhecer todas as normas compreendidas no ordenamento jurídico (ou ao menos, na ordem jurídico-penal), o que é manifestamente insustentável, qual impossibilidade fáctica. Assim, é de concordar com a crítica aduzida por FIGUEIREDO DIAS, quando o insigne penalista sustenta que *“para esta concepção da culpa e da consciência do ilícito decisiva é, só pode ser, a afirmação ou a negação da cognoscibilidade do ilícito (...), sem que interesse averiguar das causas, da origem ou dos fundamentos da falta de conhecimento atual do ilícito”*⁵¹⁵. Ademais, adianta o mesmo autor, o critério do esforço de consciência parece estar em contradição com a concepção material de culpa, tal como sustentada por WELZEL e por boa parte da doutrina, i.e., com o poder de agir de outra maneira. Com efeito, do que se trata aqui não é de um verdadeiro poder, mas de um autêntico dever ou obrigação geral de conhecimento da ilicitude, o que viola o *“princípio de debere ad posse non velet consequentia”*⁵¹⁶.

Em sentido totalmente oposto vem posicionar-se o finalista ECKHART HORN. Para HORN, a capacidade de aceder à consciência da ilicitude não se trata de uma mera possibilidade. Se se está perante uma mera possibilidade, não se pode dizer que o agente oriente finalisticamente a sua ação. Se a consciência da ilicitude é resultado de uma ação e se a possibilidade não se equipara a uma capacidade de ação finalística, então, nos casos em que o agente podia ter acedido à consciência da ilicitude e não acedeu, o erro há de reputar-se, segundo o raciocínio de HORN, inevitável⁵¹⁷. I.e., para HORN, *“capaz de ação apenas é aquele que conhece o fim da sua ação. A finalidade de uma ação de conhecer seria, precisamente, eliminar uma lacuna de conhecimento”*. A capacidade para realizar a ação de se informar pressupõe *“a consciência da falta de conhecimento a que ela se refere”*. Pelo que *“quem não tem pelo menos a consciência atual de que a sua ação podia estar proibida, é incapaz de se motivar pela norma para a omissão do seu projeto de ação”*⁵¹⁸.

⁵¹⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, p. 737.

⁵¹⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, pp. 738-739.

⁵¹⁷ ECKHART HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit.: Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*. Berlim: Duncker & Humblot, 1969, pp. 87 e ss, *apud* JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 128.

⁵¹⁸ ECKHART HORN, *Die Dogmatik des Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 94-95; 105; 146, *apud* ENRIQUE BACIGALUPO, “La Evitabilidad o Vencibilidad del Error de Prohibición”, *cit.*, p. 34.

O pensamento de HORN parece ir demasiado longe. Com efeito, se levarmos a sua teoria às últimas consequências, só quem tiver uma consciência atual da ilicitude é que poderá motivar-se de acordo com o direito⁵¹⁹. Em consequência, se só a capacidade e não a possibilidade (v.g. em casos de dúvida, o agente pode, por via de uma correta informação, aceder à consciência da ilicitude) pode orientar o agente, do ponto de vista finalístico, à consciência do ilícito, então o agente que represente a possibilidade de, com a sua conduta, estar a violar a norma – atuando com consciência eventual da ilicitude -, será, por consequência, totalmente desresponsabilizado. E será assim, porventura, também nos casos em que o agente poderia facilmente aceder à consciência da ilicitude e facilmente vencer o estado de erro⁵²⁰, o que deveria (e efetivamente deverá) levar a uma maior censurabilidade do erro. Como bem nota CURADO NEVES, segundo o raciocínio de HORN, “a capacidade nunca existiria senão por puro acaso, insusceptível de qualquer espécie de valoração”⁵²¹. Pelo que a tese de HORN não é adequada à determinação da censurabilidade do erro sobre a ilicitude, ante a sua ostensiva desconformidade com uma correta delimitação entre erro vencível e consciência eventual da ilicitude e a sua inatendibilidade face a necessidades preventivas enxertadas no quadro da culpa.

4.1.3. POSIÇÕES PÓS-FINALISTAS

4.1.3.1. AS PRIMEIRAS POSIÇÕES

A partir do pós-finalismo, o critério da evitabilidade foi erigido como guia central na determinação da censurabilidade do erro sobre a ilicitude, critério esse que, de resto, está consagrado no § 17 do StGB alemão⁵²² e em boa parte nas legislações penais europeias, tendo o critério da tensão da consciência, ante a forte crítica de que foi alvo, sido abandonado, mercê da consagração de posições dogmáticas político-criminalmente mais adequadas, posições essas menos exigentes, do ponto de vista

⁵¹⁹ Cf. ENRIQUE BACIGALUPO, “La Evitabilidad o Vencibilidad del Error de Prohibición”, *cit.*, p. 37.

⁵²⁰ Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, *cit.*, p. 885.

⁵²¹ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, pp. 128-129.

⁵²² § 17 StGB – “*Se, ao cometer o facto, falta ao agente o conhecimento de que pratica um ilícito, age sem culpa, quando não tenha tido possibilidade de evitar este erro. Se o agente pôde evitar o erro, a pena pode ser... reduzida*”. Tradução de BAPTISTA MACHADO, em KARL ENGLISH, *op. cit.*, p. 300. Sobre o erro sobre a ilicitude e o critério adotado na legislação alemã e noutras legislações europeias Cf. HANS-HEINRICH JESCHECK, “Nueva Dogmática Penal y Política Criminal en Perspectiva Comparada, trad. de Angel Sanz Morán, in ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales), Tomo 39, Fasc. 1, 1986, pp. 22-27.

cognitivo e axiológico, face àquela⁵²³. Vejamos o que nos dizem as primeiras posições pós-finalistas, com especial ênfase em MAURACH / ZIPF e STRATENWERTH.

Para MAURACH / ZIPF, o dever de diligência, que anteriormente foi objeto de uma exacerbada generalização, deve ser adequadamente individualizado, de forma a que a medida da evitabilidade possa ser aferida em função da concentração e da consciência do agente, individualmente considerado⁵²⁴.

Embora a individualização seja desejável no plano prático, temos para nós, como já referimos a propósito da culpa da vontade em III, e concordando com a crítica de FIGUEIREDO DIAS, que tal individualização não é passível de comprovação empírica, porquanto se não pode demonstrar se, *in concreto*, o agente poderia ter agido de forma diferente⁵²⁵. Tal individualização terá de ser empreendida de forma aproximativa, por referência ao meio social onde o agente se insere, à sua cultura, formação, situação económica, entre outros elementos.

Mais adiantam os autores que o erro há de ser inevitável quando o agente se tenha informado de forma suficiente acerca da questão jurídica; e ainda que tenha omitido o dever de se informar, o erro será inevitável se, mesmo que tivesse cumprido o dever, se chegue à conclusão que ele não teria logrado clarificar a situação jurídica dúbia⁵²⁶. A suficiência da informação tem por referência as interpretações, ainda que erróneas, que promanam dos tribunais superiores ou das consultas prestadas por profissionais adequadamente credenciados⁵²⁷.

Acerca da fundamentação da ação pela jurisprudência, MAURACH / ZIPF rejeitam a doutrina, segundo a qual, caso o agente fundamente a sua ação numa decisão jurisprudencial que está em contradição com outras decisões jurisprudenciais com igual força, em caso de dúvida, o risco opera contra si, uma vez que tal conceção colocaria “o agente na mesma posição de um jogador de lotaria”⁵²⁸.

Nada mais acertado! Com efeito, se a jurisprudência jurisdicional, ainda que não unânime, reputa por lícita uma conduta, o agente, por maioria de razão, uma vez que não é ator da justiça, também a deve reputar, i.e., deve poder confiar na interpretação

⁵²³ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, pp. 737-738.

⁵²⁴ MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, pp. 682-683.

⁵²⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, p. 736.

⁵²⁶ MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, p. 683.

⁵²⁷ *Idem, Ibidem.*

⁵²⁸ MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, p. 684.

e aplicação que os órgãos competentes façam das leis penais. Ademais, as disputas jurisprudenciais não devem imputar-se à responsabilidade do agente, mas sim ao próprio Estado, quer porque o legislador não precisou, de forma suficiente, a lei penal no plano da sua determinação, tal como é exigido pelo princípio da legalidade⁵²⁹, quer porque tal exigência redundaria na paralisação da vida social, devendo tal situação reputar-se um risco permitido para a esfera do agente, porquanto os tribunais devem resolver as suas disputas e porque o *ius puniendi* não pode ser exercido se a lei penal não for certa ou ao menos determinável, pois que, em tais casos, não operará a função contramotivacional subjacente às exigências de prevenção. Em último caso, sempre se dirá que o indivíduo que fundamenta o seu agir com base na jurisprudência não está a agir contra o direito.

Também STRATENWERTH acede ao critério da evitabilidade, aduzindo críticas mordazes ao critério da tensão da consciência. Para STRATENWERTH, a asserção, segundo a qual, o que releva é determinar se o agente podia ter tomado conhecimento do ilícito, caso tivesse realizado um esforço de consciência que lhe era exigível é de rejeitar, porquanto a consciência não pode ser a instância efetivamente decisiva, uma vez que, por essa via, é impossível averiguar o conteúdo das normas jurídicas, salvo em casos de erros dificilmente desculpáveis. Ademais, a generalização de um dever de informação de tal forma exacerbada é impensável. Com efeito, como bem diz o autor, é totalmente desrazoável exigir um dever de estar constantemente a examinar a conduta com o dever-ser jurídico-penal, pois tal exigência, levada às últimas consequências, retiraria utilidade prático-funcional e dogmática ao erro sobre a ilicitude⁵³⁰.

Sustenta STRATENWERTH que há um conjunto de motivos que devem levar o agente à confirmação da conformidade da sua conduta com o direito. Tal sucede quando o agente tenha sabido ou considerado como possível que a sua conduta recai num quadro regulado por disposições jurídicas. No entanto, mesmo nestes casos, há que distinguir várias situações. Se o agente não está seguro que uma determinada conduta está em conformidade com o direito, não se pode, sem mais, exigir-lhe que a não pratique, contanto que estejam em causa interesses essenciais do próprio agente e a decisão não admita demora. Com efeito, para STRATENWERTH, concorre, aqui, a favor do agente, a *inexigibilidade* de esclarecer a situação⁵³¹. No entanto, não há uma

⁵²⁹ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, p. 218.

⁵³⁰ GÜNTHER STRATENWERTH, *op. cit.*, pp. 258-259.

⁵³¹ GÜNTHER STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 259.

especificação por parte do autor de que interesses essenciais se tratam, nem de como pode a situação não admitir demora, posição passível de consubstanciar-se numa cláusula bastante arbitrária e eximente de erros facilmente evitáveis. Tudo dependerá, pois, da sua concreta concretização.

Continua STRATENWERTH, dizendo que pode suceder que o agente represente que a sua conduta é lícita, mas tenha motivos suficientes para duvidar disso, em virtude de saber que uma conduta análoga é proibida ou que existam sentenças / processos que vão contra a sua opinião. Aí, sustenta o autor, se a exigência de comprovar constantemente se um determinado comportamento é ou não conforme ao direito peca por excesso, exigir que o agente só confirme tal conformidade apenas quando tenha quaisquer dúvidas a esse respeito redundaria na atribuição de um prémio pela indiferença⁵³². Para a doutrina, o que se deve exigir é uma medida de esforço superior àquele que se exige no quadro da negligência, a fim de se evitar a lesão ou o perigo de lesão de bens jurídicos. No entanto, para STRATENWERTH, tais exigências só podem ser incrementadas quando o agente tenha consciência de vulnerar uma norma jurídica e represente estar no seu direito para fazê-lo, em virtude de qualquer permissão jurídica reconhecida judicialmente⁵³³.

O que nos apraz dizer a propósito do que é sustentado por STRATENWERTH é que situações há em que o desinteresse que leva à falta de conhecimento da realização do facto ilícito pode, não raro, dar lugar a uma situação de negligência. Mas note-se que se a falta da medida de esforço que leva ao desconhecimento tiver por referência a própria norma, a situação é dolosa e a censurabilidade terá por escopo a falta desse esforço, pelo que no erro sobre a ilicitude a medida do esforço terá de ser sempre maior que aquela que decorre da responsabilidade por negligência.

Adiante, STRATENWERTH faz referência às posições doutrinárias e jurisprudenciais, segundo as quais o erro se deve reputar evitável, ainda que no momento da prática do facto tenha sido inevitável para o agente, o que sucede nos casos de déficit de informação que concernem a um âmbito vital ou profissional. Para STRATENWERTH, o que se censura aqui ao agente não é a sua atuação no momento do facto, mas o facto de ele se não ter esforçado em momento anterior para evitar o erro⁵³⁴. Muitos autores têm criticado STRATENWERTH de convocar, aqui, uma culpa na condução da vida e,

⁵³² GÜNTHER STRATENWERTH, *op. cit.*, pp. 259-260.

⁵³³ GÜNTHER STRATENWERTH, *op. cit.*, pp. 260-261.

⁵³⁴ GÜNTHER STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 262.

por vias disso, uma punição por uma falta de orientação. Não nos parece que seja o que está em causa. Com efeito, o que está efetivamente em causa é a censura da previsibilidade e, conseqüentemente, da cognoscibilidade e evitabilidade do erro e da comissão do ilícito, por referência ao momento de o agente se não ter informado sobre o direito⁵³⁵.

4.1.3.2. ENTRE A CULPA E A PREVENÇÃO – AS POSIÇÕES TELEOLÓGICO-RACIONAIS DE RUDOLPHI E ROXIN

Ulteriormente, desenvolveram-se teorias que compreendem na responsabilidade do agente uma conexão simbiótica entre a censura e necessidades preventivas, no quadro de uma relação de restrição recíproca, porquanto, como nota ROXIN, em rigor, a maioria das situações de erro sobre a ilicitude seriam evitáveis, uma vez que a norma penal é passível de verificação por recurso a “*indagações incessantes*”, o que se não compagina com um fluido andamento da vida social. Por conseqüência, o agente ficaria preso num quadro de estagnação pessoal e social se a cada passo que desse necessitasse de empreender reflexões jurídicas de alta envergadura, reflexões essas que se não compadecem com os conhecimentos de um leigo. Pelo que uma ordem jurídica de matriz democrática não pode impor tais exigências, antes deverá limitar-se a um padrão normativo de fidelidade ao direito, promanado da conexão entre a culpa e a prevenção, e terá de reputar como inevitável o erro sobre a ilicitude quando o agente, num quadro de razoabilidade motivacional suficiente, supôs que estava autorizado a praticar o facto⁵³⁶. Falaremos com mais pormenor da tese de ROXIN adiante. Vejamos, primeiro, o contributo de RUDOLPHI, cuja tese não é muito longínqua.

Para RUDOLPHI, apenas quando o agente tenha tido a possibilidade de compreender a natureza obrigatória da norma e, por vias disso, a ilicitude da sua conduta, é que se pode afirmar que ele podia ter evitado a realização do ilícito, pois poderá ter tido a sensibilidade para omitir o facto jurídico-penalmente proibido. No entanto, propugna RUDOLPHI que a censurabilidade decorrente dessa possibilidade deve entrar numa relação harmónica com considerações de natureza preventiva, mormente preventivo-geral, de forma a associar a responsabilidade a um exercício de fidelidade ou de déficit de fidelidade ao direito⁵³⁷. Mais adianta o autor que o conceito dogmático-penalístico de

⁵³⁵ *Idem, Ibidem*. Com aproximado raciocínio, conquanto por referência os crimes negligentes, Cf. ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *op. cit.*, p. 269.

⁵³⁶ CLAUS ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal”, in Claus Roxin, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, Tomo I, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Lima: Grijley, 2016, pp. 203-204.

⁵³⁷ HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *op. cit.*, pp. 91-92.

evitabilidade do erro sobre a ilicitude está imbuído de uma ideia de reciprocidade material, onde estão compreendidos o princípio da culpa e considerações de ordem preventiva. Quanto ao princípio da culpa, o agente deve suportá-la quando o erro é evitável, porquanto ele não deu uso à sua capacidade de autodeterminação para aceder à consciência da ilicitude e, por vias disso, orientar a sua ação pelo apelo do comando da norma. Por outro lado, é pressuposto da punibilidade do erro sobre a ilicitude evitável que o agente, no momento em que atuou, pudesse ter algum motivo que lhe levantasse dúvidas ou o fizesse refletir quanto à valoração da sua conduta. Ora, *“se faltar ao agente, no momento do facto, qualquer motivo para reflectir sobre a ilicitude da sua conduta, então ele não estava capacitado para atingir, através de um acto de liberdade, uma possibilidade, que lhe é oferecida, de reconhecimento da ilicitude”*⁵³⁸.

A censurabilidade do erro existirá, segundo RUDOLPHI, em vários casos. Na primeira constelação de casos, embora o agente não tenha pensado expressamente na ilicitude subjacente à sua conduta, ele tinha a possibilidade, no momento da decisão, de atualizar a sua consciência, i.e., poderia lograr o conhecimento da ilicitude com um pequeno esforço de memória⁵³⁹. A segunda constelação compreende a violação do dever de informação no âmbito de um específico setor de atividade vivencial ou profissional. Para RUDOLPHI, a punição pela violação do dever de esclarecimento ou de informação, no âmbito de um erro sobre a ilicitude que recai sobre uma norma reguladora de um específico setor de atividade, repousa, em larga medida, em considerações preventivas. Com efeito, diz o autor, estão em causa a proteção de bens jurídicos tendentes a garantir a manutenção da segurança e da ordem públicas. Pelo que a absolvição do agente, quando ele não procede culposamente ao cumprimento do dever prévio de informação normativa respeitante ao setor onde atua, redundaria, quer na atribuição de um prémio por uma atuação negligente ou indiferente do agente, quer num enfraquecimento da eficácia da norma, mormente na sua dimensão de garantia⁵⁴⁰.

⁵³⁸ HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 100. Para RUDOLPHI, *“o agente age de uma forma completamente culposa somente, quando, no momento do facto estava consciente da ilicitude da sua conduta, era-lhe, portanto, dado, no momento do facto, o motivo do dever, de uma tal maneira, que ele poderia dirigir a sua decisão de vontade imediatamente para ele”*. Quando isso falte, o agente encontra-se em erro sobre a ilicitude, porquanto ainda não está esclarecido *“que forma de consciência é exigida para o conhecimento do ilícito”*. HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 96.

⁵³⁹ HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁴⁰ HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *op. cit.*, pp. 102-103. Em último caso, diz RUDOLPHI que *“a cada autor bastaria meramente omitir, desde logo, o dever de informar-se sobre as normas reguladoras da sua actividade profissional ou específica, para poder, ulteriormente, violá-las, impunemente”*. *Idem, Ibidem*.

Quanto à primeira constelação de casos, pensamos que se não levantam problemas de maior, contanto que tal esforço de memória se reporte a delitos facilmente convocáveis no plano da valoração. Já quanto à segunda constelação, não podemos deixar de manifestar as nossas reservas ao papel assumido pela prevenção geral na tese de RUDOLPHI. Temos para nós que a responsabilidade do agente pela violação do dever de se informar quando atua num específico âmbito vital ou profissional tem por referência a censura da previsibilidade e conseqüente cognoscibilidade da norma, que deverá ser diferenciada, tendo em conta o tipo social do agente. Sempre se dirá que um empresário cosmopolita e dotado de formação académica e profissional terá maior idoneidade para conhecer os limites jurídicos da sua atuação e as zonas de proibição do que o agricultor do interior que não possui formação e habita num quadro social bastante fechado e isolado. Convocar a prevenção geral de forma como o faz RUDOLPHI seria dar azo à possível punição de verdadeiros erros inevitáveis à luz do tipo social do agente e, por vias disso, não censuráveis. A prevenção não se pode substituir à censura, constituindo esta pressuposto irrenunciável de uma responsabilidade subjetiva e valorativamente adequada. Ademais, as considerações preventivas devem ser convocadas para limitar o *ius puniendi*, na medida em que tal se justifique, mormente quando da punição da situação censurável pudesse resultar numa dessocialização do agente ou quando o grau de censura é tão baixo que a conduta do agente não põe em causa a validade da norma e as expetativas jurídico-sociais.

Por outro lado, para RUDOLPHI é reconhecida a inevitabilidade do erro sobre a ilicitude sempre que, através de uma análise objetiva, se não vislumbrar qualquer possibilidade de o agente aceder à consciência da ilicitude, mercê de uma prévia inacessibilidade de refletir sobre a valoração da conduta ou de cumprimento do dever de informação. Todavia, adianta o autor que *“daqui se não pode deduzir, inversamente, que um juízo de evitabilidade e com isso uma punição serão sempre de afirmar, quando foi dada ao autor uma possibilidade de reconhecimento da ilicitude”*, porquanto o erro inevitável confinar-se-ia apenas às constelações de casos em que o circunstancialismo impede que o agente elabore um juízo reflexivo-valorativo mais consistente acerca da sua conduta. A evitabilidade tem de ser, com efeito, submetida a uma limitação. Assim, afirma RUDOLPHI, o erro sobre a ilicitude há de ser inevitável quando o agente se esforçou substancialmente para firmar um juízo valorativo sobre a conduta a tomar, *v.g.*, por ter confiado na bondade de um parecer jurídico, de uma consulta ou de informação obtida mediante o estudo da jurisprudência dos tribunais superiores ou da doutrina. Embora aqui não logre concretizar a profundidade desse esforço, sustenta RUDOLPHI

que em tais casos há uma “*falta da necessidade preventiva da pena que conduz a negar a relevância penal a uma possível censura da culpa*”⁵⁴¹.

Louvamos o papel restritivo que RUDOLPHI atribui, nesta sede, às necessidades de prevenção, na sua relação com a culpa jurídico-penal. Apenas diremos que a análise objetiva do juízo de evitabilidade ou inevitabilidade deve ser, na medida do possível, subjetivada, a fim de um maior rigor, de uma maior igualdade e justiça na apreciação da responsabilidade do agente.

Já ROXIN, embora partilhando perspectiva idêntica, releva o papel restritivo das exigências preventivas face ao *ius puniendi*. Para ROXIN, o erro sobre a ilicitude invencível consubstancia-se, ao mesmo nível que as situações de inimputabilidade, numa autêntica causa de exclusão da culpa, uma vez que, como já havíamos referido em III, para o autor, quando o agente não tem a possibilidade de aceder ao conhecimento da ilicitude, não é permeável ou sensível aos apelos normativos, permeabilidade ou sensibilidade essa que está na base do juízo de culpa⁵⁴². Mas porquanto o erro, em termos teóricos, seria sempre evitável, por referência a sucessivas indagações – que, de resto, paralisariam o normal funcionamento da sociedade e a conformação existencial do indivíduo -, a culpa terá de ser limitada por exigências preventivas, sob pena de um *regressus ad infinitum* ou mesmo da convocação da máxima romanística *error iuris nocet*. Assim, a responsabilidade jurídico-penal há de excluir-se quando o agente supôs, mercê de razões suficientes, estar autorizado a realizar a conduta. E tais razões suficientes reportam-se, para ROXIN, ao sentido de uma “*fidelidade normal ao direito*”⁵⁴³. E cremos que tal fidelidade não concerne a uma atitude interna ou à personalidade do agente, mas a um padrão de razoabilidade do facto consubstancial a um juízo de conformidade positivo global do facto com o direito. Pelo que, para ROXIN, há de excluir-se a responsabilidade do agente, afirmando-se a inevitabilidade do erro, quer quando se repute impossível a criação de dúvidas, quer quando o agente tiver razões bastantes para representar que o facto seja permitido de

⁵⁴¹ HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *op. cit.*, pp. 104-105.

⁵⁴² CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 888. Para ROXIN, enquanto que as causas de exclusão da culpa vedam a possibilidade de realizar um juízo de censura, porquanto o agente não é, de todo, permeável ao apelo normativo, as causas de desculpa têm por objeto a prática de ilícitos em que ainda se vislumbra esse apelo, essa sensibilidade por parte do agente, mas a censurabilidade é tão diminuta que o ordenamento jurídico decidiu, porquanto razões preventivas se não descortinam, desculpar tais comportamentos.

⁵⁴³ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 879-880.

tal modo, que a sua conduta (errónea) revele uma atitude objetiva de fidelidade ao direito, carecendo de sanção, atendendo à culpa e às necessidades preventivas⁵⁴⁴.

Para nós, tal apreciação – a responsabilidade total do agente, que compreende a culpa e as necessidades preventivas – deverá ser objeto de uma subjetivação, à luz do tipo social do agente, atendendo ao meio existencial onde se encontra, porquanto, nas condições em que ROXIN avalia o problema, parece abrir as portas para o aplicador convocar o critério do homem médio, diligente e prudente, qual critério estático e iníquo⁵⁴⁵, que nos parece entrar em colisão com as intenções do seu próprio pensamento. No entanto, a ideia central de ROXIN parece-nos bastante acertada – a evitabilidade não se deve reconduzir ao física e psicologicamente impossível, sob pena de o erro ser sempre evitável, mas sim ao normativamente exigível – e é o critério normativo que, para nós, deverá sofrer algumas alterações, de modo lograr uma maior e mais eficaz justiça do caso concreto. Destarte, o problema é bem identificado e resolvido – na medida em que se identifique um resquício de censura, mas se não vislumbrem razões preventivas para punir, o agente deve ver a sua responsabilidade criminal apartada, na medida em que, por um lado, o seu agir erróneo não tenha violado expectativas jurídico-sociais subjacentes à força da norma e, por outro, o agente não careça de ressocialização, uma vez que agiu de forma diligente.

Se sobre estes pressupostos há lugar à exclusão da responsabilidade criminal, sob que pressupostos o erro sobre a ilicitude a ela dá lugar? Para ROXIN há lugar à vencibilidade ou evitabilidade do erro sobre a ilicitude quando estejam reunidos os seguintes pressupostos: a) tem de existir um motivo para que o agente verifique a natureza ou qualidade jurídica da sua conduta; b) quanto exista tal motivo, que o agente se não tenha esforçado seriamente para verificar a situação jurídica, ou o tenha feito de forma insuficiente e de tal maneira insignificante que, do ponto de vista preventivo, é irrelevante restringir a responsabilidade; c) quando um pequeno ato de diligência se teria afigurado idóneo ao esclarecimento da situação jurídica⁵⁴⁶.

ROXIN procede, adiante, ao desenvolvimento destes tópicos.

Em a), sustenta ROXIN que o motivo existe em três casos:

⁵⁴⁴ CLAUD ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 880.

⁵⁴⁵ Cf. JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, pp. 373-374.

⁵⁴⁶ CLAUD ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., pp. 883-885; CLAUD ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal”, cit., pp. 204 e ss.

1) Quando o agente seja assolado por dúvidas acerca da legitimidade ou da licitude/ilicitude da conduta, através de um esforço de autorreflexão, por via de leituras especializadas, mediante a invocação associativa de experiências anteriores ou por referência a comunicações com terceiros. Em tais casos, abre-se a possibilidade de o agente dissipar as suas dúvidas, através de uma investigação mais profunda. Malgrado, se o agente reprimir as suas dúvidas em função da confiança na licitude da conduta, o erro sobre a ilicitude será evitável⁵⁴⁷. A solução parece-nos acertada, uma vez que, por via de diligência reflexiva ou informativa, o agente poderia ter acedido à consciência da ilicitude, embora releve convocar o quadro circunstancial que levou à rutura da sua consciência com a valoração;

2) Existe um motivo para realizar uma avaliação jurídica da situação sempre que alguém pertence a um âmbito vital ou a um círculo profissional especialmente regulado. Por exemplo, quem inicia um negócio de venda de víveres, tem de tomar conhecimento que há normas jurídicas que disciplinam essa atividade, a fim de impedir perigos para a saúde pública. Tal é suficiente para que se conheçam, com exatidão, tais disposições. Se se omitir o dever de informação e de conhecimento de tal regulação, o erro é vencível⁵⁴⁸.

Note-se, contudo, que o fator *temporalidade* tem de ser tido em conta. Com efeito, o indivíduo tem de se adaptar ao seu âmbito vital ou profissional, não se podendo exigir que ele conheça, *ab initio*, todas as disposições reguladoras a este propósito. Pelo que é mister convocar, outrossim, o tipo de atividade a desempenhar, a inserção sociocultural e histórico-profissional do agente, bem como a sua formação.

Estes casos levantam um problema já atrás apontado – o agente, se não se informou do quadro normativo regulador da sua atividade a título prévio, no momento em que praticou o facto, o erro era inevitável, só se podendo a evitabilidade referir-se a outro momento, havendo quem fale, a este propósito, numa culpa na condução da vida.

ROXIN aduz o seguinte exemplo: imagine-se que A violou as regras de tráfego rodoviário pela omissão do dever de as aprender (note-se que é do conhecimento geral que o Código da Estrada é objeto de sucessivas alterações em curtos espaços de

⁵⁴⁷ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 886; CLAUS ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal”, cit., p. 204.

⁵⁴⁸ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., pp. 887-888; CLAUS ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal” pp. 205-206.

tempo). No momento do facto, o agente não teve, objetivamente, a possibilidade de aceder à consciência da ilicitude. No entanto, seria injusto que beneficiasse da absolvição derivada da inevitabilidade do erro. Para ROXIN releva ter em conta uma “culpa anterior” que se não consubstancia numa culpa pela condução da vida, antes se traduz numa “culpa pela assunção”, que se analisa nos factos negligentes. Assim, e em jeito de concretização, sustenta ROXIN que da mesma maneira que alguém que tem lesões oculares não pode observar com exatidão a estrada e que não pôde evitar o acidente na concreta situação de tráfego, é punido a título de negligência, de forma análoga, pode fundamentar-se a vencibilidade do erro sobre a ilicitude, pois o erro em que o agente incorreu no exemplo representa uma “imprudência de direito”, passível de comparação com uma ação negligente⁵⁴⁹.

Embora esta construção dogmática resolva o problema da culpa na condução da vida, levanta outros problemas. Com efeito, se tal culpa tem por referência os crimes negligentes, porquê punir o agente a título de dolo? Se tal situação representa uma imprudência de direito, não deveríamos, de acordo com o raciocínio de ROXIN, excluir o dolo nos casos em apreciação, ressaltando-se, se previsto na parte especial da lei penal, a punição a título de negligência? Pelo que pensamos que a fundamentação da culpa numa culpa pela assunção ou por provocação culposa não será o mais acertado, mas sim fundamentar a culpa numa previsibilidade, cognoscibilidade e, por vias disso, numa evitabilidade material. Com efeito, quando o agente se insere num determinado círculo vital ou profissional, ele, conquanto possa não conhecer a específica norma potencialmente vulnerada ou violada, tem de reconhecer, ao menos, que o setor onde se insere é especialmente regulado e que há regras que balizam os limites da sua atuação, a fim de proteger bens jurídicos e de promover a segurança no tráfego. Donde, ele possa evitar a sua violação, por referência a uma atuação diligente, contanto que se respeite a *temporalidade* subjacente à adaptação e se tenham em conta as circunstâncias existenciais do agente. Numa palavra, o agente pode prever, reconhecendo a especial regulação do círculo onde se insere, a possível violação da norma; e se consegue prever, tem a possibilidade de evitar, pelo que se trata de uma situação errónea, no momento do facto, materialmente evitável.

3) Em terceiro lugar, para ROXIN, o agente deve refletir sobre a legitimidade / litude ou ilicitude da sua conduta quando reconhecer que, mediante a sua prática, há a

⁵⁴⁹ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., pp. 882-884; CLAUS ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal”, cit., pp. 210-211.

possibilidade de outras pessoas ou a própria coletividade sofrerem danos permanentes. Por exemplo, aquele que com a sua ação possa provocar graves perdas económicas a outrem, deve verificar se a sua ação / atividade é lícita ou não. *Mutatis mutandis* para os casos de emprego de violência (v.g. que possa ser empregue, por exemplo, por forças policiais)⁵⁵⁰.

A contrario, o erro sobre a ilicitude é invencível quando se não possa afirmar a existência de algum dos referidos motivos⁵⁵¹.

Existindo um motivo que leve o agente a apreciar ou a esclarecer-se acerca da natureza / qualidade da conduta / situação jurídica, ele, como cidadão leigo que é – ao menos, em grande parte das situações -, deve procurar resolver as suas dúvidas ou cumprir o dever de informação de uma forma suficiente. O esforço do agente é suficiente, segundo ROXIN, quando ele consulte um profissional do foro (v.g. um advogado). Caso o agente forme a convicção de que a conduta é lícita por referência à consulta prestada por profissional do foro, quando, afinal, é ilícita, o erro sobre a ilicitude será invencível, porquanto, por um lado, o cidadão deve poder confiar que o profissional, ante a formação e a habilitação que possui para exercer a profissão, tem idoneidade bastante para prestar uma informação jurídica segura, e, por outro, não se pode exigir do cidadão leigo que tenha as mesmas competências que um profissional do foro para resolver as dúvidas concernentes à situação jurídica. Assim, diz ROXIN, ainda que se trate de uma informação improvisada, “o cidadão não pode julgar se tal informação se baseia na especial competência do advogado, na claridade da situação jurídica, ou, por acaso, numa sobrevalorização negligente da pessoa por ele consultada”. Só assim não será nos casos em que o agente tiver dúvidas ou motivos que o levem a questionar acerca da bondade da conduta do próprio profissional⁵⁵². Esta solução é de aplaudir, porquanto convoca a importância do princípio da confiança, quer nas instituições, quer nas relações privadas, que devem ser pautadas pela boa fé. *Mutatis mutantis* para a exigência de um especial sentido crítico dos empresários quanto às informações prestadas por um advogado ou jurista vinculado à empresa⁵⁵³. Quando o advogado ou o profissional do foro ele próprio manifestar dúvidas, ou quando é partidário de uma opinião favorável àquele que pede a informação, há, em todo o caso, uma

⁵⁵⁰ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 887; CLAUS ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal”, cit., p. 205.

⁵⁵¹ *Idem, Ibidem; Idem, Ibidem.*

⁵⁵² CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 889; CLAUS ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal”, cit., p. 206.

⁵⁵³ *Idem, Ibidem.*

representação de várias opiniões, i.e., várias posições possíveis na doutrina e na jurisprudência, pelo que há lugar a uma dúvida sobre a ilicitude do facto⁵⁵⁴.

Para ROXIN, é também suficiente o esforço para dissipar as dúvidas aquele que repousa numa leitura da jurisprudência sobre o assunto objeto de dúvidas ou, se esta se revelar insuficiente, na doutrina dominante⁵⁵⁵. Malgrado, terá de tratar-se de jurisprudência uniforme ou dominante. E caso exista contradição entre jurisprudência, terá de prevalecer a jurisprudência dos tribunais de hierarquia superior. Em caso de conflito entre jurisprudência e doutrina, diz ROXIN, há de prevalecer a jurisprudência⁵⁵⁶. Mais problemático é o conflito jurisprudencial entre tribunais hierarquicamente equivalentes. Em tais casos, para ROXIN, o agente não pode orientar-se, sem mais, pela opinião que lhe mais convenha, antes deverá aguardar por uma decisão do tribunal hierarquicamente superior que resolva a disputa⁵⁵⁷.

Quando a este problema, valem as considerações que tecemos a propósito da tese de MAURACH / ZIPF. O risco de uma questão não resolvida pelos tribunais não pode recair sobre o agente, sob pena de este ser visto apenas como um jogador de lotaria. Com efeito, o agente deve poder confiar que a apreciação dos tribunais incidente sobre a lei penal é correta, convocando-se, aqui, o princípio da confiança na honorabilidade do Estado e, por consequência, uma zona de risco permitido. As disputas jurisprudenciais não de ser imputadas ao próprio Estado; o exercício do *ius puniendi* redundaria num abuso de direito, pelo que a pretensão punitiva, em tais casos, deverá ser paralisada. Em todo o caso, aquele que, de forma diligente, procurou informar-se e atuou em conformidade com a jurisprudência – ainda que esta não seja unânime -, atuou em conformidade com o direito, não havendo lugar a uma violação de expectativas jurídico-sociais, nem de validade da norma, reclamadas por exigências preventivas.

Sem embargo, o próprio ROXIN parece relativizar tal exigência, propugnando o insigne penalista que em caso de dúvidas irresolúveis, i.e., aquelas que nem os especialistas nem as entidades competentes (o que sucede acima) logram resolver pacificamente, ante a proliferação de opiniões jurídicas, é inadequado afirmar-se a existência de consciência eventual da ilicitude, porquanto o agente deve poder confiar, ao menos, na opinião dominante. Caso o faça e a conduta seja ilícita, o erro em que incorre exclui a

⁵⁵⁴ *Idem, Ibidem.*

⁵⁵⁵ CLAUS ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal”, *cit.*, p. 206.

⁵⁵⁶ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, *cit.*, p. 890; CLAUS ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal”, *cit.*, p. 207.

⁵⁵⁷ *Idem, Ibidem; Idem, Ibidem.*

culpa. E não se diga que se deve punir o agente a título de consciência eventual da ilicitude. Tal significaria punir o cidadão que reputou estar a atuar, com grande probabilidade, dentro da legalidade. Se se levasse a cabo tal posição, o indivíduo teria que se abster, não apenas de praticar aquilo que pode ser reconhecido como ilícito, como outros factos qualificados como lícitos por alguém, sem que o agente tenha a possibilidade de disso se convencer. I.e., toda e qualquer opinião jurídica desfavorável à licitude recairia, a título de responsabilidade, sobre o agente. Para ROXIN, em caso de dúvida irresolúvel, ainda que o agente represente, conquanto de uma forma assaz longínqua, a possibilidade de o ato ser ilícito, deve aplicar-se, por analogia, o § 17 do StGB⁵⁵⁸.

Esta posição é de aplaudir, uma vez que entra em consonância com as considerações que tecemos. Com efeito, o risco de uma disputa jurisprudencial não pode recair sobre o agente, devendo e podendo este confiar nas soluções hermenêutico-judicativas apresentadas pelas entidades competentes.

Por outro lado, e no entanto, note-se, com ROXIN, que se o leigo empreender, por própria iniciativa, um esforço de esclarecimento da situação jurídica, porventura assaz complexa, através da consulta de decisões jurisprudenciais, de manuais ou de legislações anotadas ou comentadas, isso não torna o erro automaticamente invencível, porquanto o agente deve ter a capacidade / sensibilidade para entender que, perante questões difíceis e complexas, os seus conhecimentos não são suficientes para resolver as suas dúvidas. Com efeito, a utilização adequada das fontes de direito pressupõe uma formação prévia, só assim se tornando compreensíveis. Normalmente, o indivíduo leigo não possui as competências que são atribuídas por esse tipo de formação, pelo que as conclusões que ele retirar da leitura das fontes podem não ser as mais acertadas e confiáveis. O erro será, contudo, invencível, se o texto legal consultado tiver sido redigido de tal forma clara, que sugere até a um leigo instruído que a sua conduta é lícita⁵⁵⁹.

Já se o agente não empreendeu os esforços necessários e suficientes ao esclarecimento da situação jurídica, tendo partido do pressuposto da conformidade da sua conduta com o direito, propugna ROXIN que se se vier a constatar que um advogado

⁵⁵⁸ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., pp. 876-877; CLAUS ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal”, cit., pp. 207-209.

⁵⁵⁹ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., pp. 891-892; CLAUS ROXIN, “Acerca del Error en Derecho Penal”, cit., p. 207.

ou um profissional de confiança teriam confirmado tal conformidade, o erro há de ser invencível⁵⁶⁰. Parece-nos que o autor convoca a qui o raciocínio subjacente aos cursos causais hipotéticos ou ao comportamento lícito alternativo, embora o negue, sustentando que o decisivo é como haveria sucedido a situação, caso se tivesse obtido uma informação confiável. No entanto, estamos em crer que o raciocínio persiste, o que leva a dificuldades de maior no seu sucesso na vida prática, tendo em conta que a apreciação do direito tem um cunho altamente subjetivo. Caso diferente de um raciocínio totalmente hipotético é o recurso à apreciação efetiva por parte de um conjunto de profissionais ou peritos. Caso estes, face à complexidade da questão, a não lograssem resolver de forma pacífica, o erro será inevitável⁵⁶¹.

4.1.3.3. A EVITABILIDADE POR REFERÊNCIA À CULPA DA ATITUDE INTERNA

JESCHECK / WEIGEND, defensores de uma culpa que se refere a uma atitude interna desvaliosa ou deficiente, vêm sustentar que o erro sobre a ilicitude invencível não pode conduzir a um juízo de censura, porquanto aquele que não se encontra numa situação de compreender a ilicitude do facto típico não manifesta uma atitude interna reprovável ao atuar contra o direito. Este erro exclui, com efeito, a culpa⁵⁶². Já quando o erro é vencível, emerge a questão de saber em que grau e sobre que fundamento se pode expressar o juízo de censura. Ora, como notam os penalistas citados, o ordenamento jurídico tem uma pretensão onipotente e onipresente de validade, pelo que o cidadão tem de ser minimamente zeloso e diligente, de forma a comportar-se em conformidade com o direito. Pelo que, quando agente, ainda que atuando de boa fé, tenha omitido os esforços que lhe eram exigíveis para que lograsse o conhecimento do direito, será censurado⁵⁶³.

⁵⁶⁰ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 892; *Idem, Ibidem*.

⁵⁶¹ Aproximadamente, embora recorrendo a um juízo de abstração, ALBIN ESER, BJÖRN BUKHARDT, *op. cit.*, pp. 312-313, sustentando que “a essência da evitabilidade encontra-se na possibilidade de conhecer a ilicitude concreta do próprio comportamento”. Se assim é, a violação de um dever genérico de informação não basta para que se possa formular um juízo de censura sobre o facto, antes se tem de constatar que o seu cumprimento levaria o agente a tomar consciência da antijuridicidade do facto. Mas como efetivar tal constatação? O tribunal deve procurar verificar que informação teria recebido o agente de uma pessoa ou instituição para o efeito. Mas tal parece não ser possível, posto que o agente não consultou uma instituição ou pessoa concreta. Então, aí, o tribunal deve recorrer a uma pessoa ou instituição abstrata e ver qual a informação que seria prestada.

⁵⁶² HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 673.

⁵⁶³ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 673-674.

Começando por apreciar a posição dos autores, para além de todas as reservas que manifestámos em III quanto à admissibilidade de uma culpa da atitude interna, releva convocar um dos argumentos mais fortes com que esta doutrina se defronta: em rigor, tal como já foi propugnado por HIRSCH e entre nós sublinhado por CURADO NEVES, a doutrina da culpa da atitude interna pressupõe, no momento da prática do facto, uma consciência da ilicitude atual, porquanto tem de existir um contacto valorativo do agente para com a ação que pratica, para se falar de atitude interna. Se tal consciência se não tiver verificado, há uma neutralidade axiológica no contacto com o facto; assim, a deliberação do agente ou a possibilidade de ele aceder à consciência da ilicitude não poderia ser censurada, posto que ela não expressa no facto uma consciência ética desvaliosa. Destarte, o agente é, quanto a nós, efetivamente censurado pela possibilidade de aceder à consciência da ilicitude e, por vias disso, vetar a ação. E não se pense que se pode afirmar que há uma atitude de indiferença ou desinteresse face à existência da norma, posto que essa atitude pressupõe o conhecimento de que a norma existe⁵⁶⁴.

Abstraindo dessa problemática, releva atentar nos critérios de determinação da vencibilidade do erro desenvolvidos por JESCHECK / WEIGEND.

Para os autores, o conhecimento das circunstâncias de facto do tipo, indiciárias da ilicitude, deveriam constituir um motivo suficiente para que o agente examinasse a relação existente entre o facto e o ordenamento jurídico⁵⁶⁵.

Malgrado, estamos em crer que, apesar da função da chamada de atenção subjacente ao tipo subjetivo, a fim de impelir o agente para um problema de valoração, tal nem sempre sucede, bastando pensar em certas normas do direito penal secundário ou mesmo em algumas normas do direito penal de justiça cuja densidade axiológica não é tão patente. E tal função dependerá sempre do circunstancialismo inerente à situação errónea. Basta convocar o exemplo, já julgado pelo BGH, em que um indivíduo pertencente a um meio social fechado e isolado, não sabia, de forma absoluta, que manter relações sexuais com uma doente mental por esta consentidas constituía um ilícito⁵⁶⁶. Aí, o indivíduo quis realizar o facto típico, mas não logrou dar-se conta, de forma

⁵⁶⁴ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, pp. 144-145.

⁵⁶⁵ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General, cit.*, pp. 674-675.

⁵⁶⁶ Exemplo citado em CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 871.

absoluta, que ele era proibido penalmente, pelo que a função de chamada subjacente ao tipo subjetivo não funcionou, não tendo sido suficiente para o problema de valoração.

Mais propugnam os autores que quando o facto constitua, não apenas uma infração jurídica, mas, outro tanto, uma insuportável violação da ordem moral, o erro é, por regra, vencível, porquanto a valoração normativa repousa diretamente no sentimento jurídico geral, e, por isso, o carácter ilícito da conduta é reconhecível por um esforço de consciência⁵⁶⁷.

Esta asserção tem de ser lida com cuidado. A violação insuportável da ordem moral terá de ser reconduzida à ideia de mínimo ético conformador do direito, uma vez que a moral transcende, em larga medida, o direito; e aquilo que é intolerável do ponto de vista moral pode variar de acordo com os códigos ético-morais de cada um, de cada sociedade ou de cada cultura⁵⁶⁸. Melhor será convocar a ideia de intolerabilidade social do facto.

Não obstante, para JESCHECK / WEIGEND, mesmo quanto não existe tal proximidade, o dever de esclarecimento ou de informação deriva do dolo típico. Esta ideia é de rejeitar. O dolo típico, como já mencionámos, é condição suficiente, mas não necessária, para o problema da valoração. Tal dever decorre, antes, do estágio dubitativo assolador do espírito do agente incidente sobre a qualidade da ação, ou da sua inserção num âmbito especialmente regulado, regulação essa com que tem de contar para agir de forma correta e adequada, a fim de não lesar ou perigar bens jurídicos⁵⁶⁹.

Já a posição de JESCHECK / WEIGEND, quanto à violação do dever de informação, no quadro dos círculos profissionais especialmente regulados, é assaz curiosa. Para os penalistas, tais situações, onde, por regra, deparamos com normas pertencentes ao direito penal secundário e, em geral, na doutrina, quando há uma violação do dever de se informar, o agente deverá ser punido a título de dolo, são apreciadas de forma excessiva. Recorrendo à teoria da dupla função do dolo, sustentam os autores que se evitam condenações excessivamente rigorosas por um facto doloso, naqueles casos onde, apesar do cumprimento do tipo doloso pelo agente, ele violou o dever de

⁵⁶⁷ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 675.

⁵⁶⁸ Sobre o problema da relação entre o direito e a moral, Cf. ARTHUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 5ª edição, trad. de António Ulisses Cortês, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 321-326; 329-332.

⁵⁶⁹ Também neste sentido parecem ir JESCHECK / WEIGEND, quando dizem que, em caso de dúvida, só a informação jurídica fidedigna salvará o agente. HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 676.

informação incidente sobre normas assaz formais ou técnicas. Em tais casos, para JESCHECK / WEIGEND, a violação do dever de informação não é suficiente para fundamentar o juízo de censura consubstancial ao dolo da culpa, podendo o agente ser, eventualmente, punido pelo tipo de culpa negligente⁵⁷⁰.

Malgrado, tal situação beneficiaria, de todo em todo, o agente. Na medida em que o agente podia prever, e nessa medida, evitar o erro, ao saber que a sua atividade é especialmente regulada, incorrerá num erro evitável, que só pode ser censurado por referência a uma ação dolosa. Se o agente for punido a título de negligência, ver-se-á impune em várias hipóteses, posto que o facto negligente só é punido quando expressamente previsto. O agente, embora não conheça a norma em causa, e por vias disso, a proibição, reconhece, ante a sua inserção num âmbito especialmente regulado, a sua (potencial) existência. Assim, parece-nos que a evitabilidade do erro por referência à atitude interna será, de todo em todo, de rejeitar.

4.1.3.4. A “EVITABILIDADE” POR REFERÊNCIA A EXIGÊNCIAS EXCLUSIVAMENTE PREVENTIVAS – O FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE JAKOBS

Partindo de uma conceção funcionalista da culpa, que, materialmente, despersonaliza o juízo de censura, repousada em considerações preventivo-gerais, ao referir-se ao erro sobre a ilicitude, sustenta JAKOBS que o conceito de evitabilidade presente no § 17 do StGB foi construído e positivado de forma infeliz, tendo em conta duas linhas de raciocínio: por um lado, a evitabilidade do erro não é suficiente, posto que, se o agente apenas atuou em erro sobre a ilicitude evitável, ele estará, da mesma forma, a realizar o ilícito típico com consciência da ilicitude, não havendo, em rigor, situação de erro. Pelo que, diz JAKOBS, se *“não teria adiantado nada a favor da validade da norma”*. Por outro lado, o conceito de evitabilidade parece remeter a um quadro de liberdade psicológica, i.e., a um conceito de capacidade, presente nos §§ 20 e ss. do StGB. Mas quando se fala em erro, para o autor, não se trata tanto dessa capacidade, mas de imperativos sociais que se podem assacar àquele que erra – constituindo essa, para JAKOBS, a medida da evitabilidade – e de apurar qual o grau de ignorância que se pode aceitar

⁵⁷⁰ HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 677-678.

pelo Estado e pela sociedade, sem que a função de prevenção geral fique posta em causa. Assim, a evitabilidade há de estar dependente do fim da pena⁵⁷¹.

Quanto à primeira linha de raciocínio, sempre diremos que há uma diferenciação entre consciência eventual da ilicitude e erro evitável. Neste, o agente não sabe que está a atuar contra o direito, apesar de poder ter sido sensível ao alcance do conhecimento da norma. Naquela, o agente representa estar a atuar contra o direito, ainda que de forma mais longínqua face àquele que disso efetivamente tem consciência. Pelo que a desvalorização da capacidade psicológica na sua plenitude, como pretende JAKOBS, não deve ser aceite, antes tal capacidade deverá estar associada a critérios normativos de aproximação, na medida do facticamente possível, ao agente concreto. Já a equiparação da evitabilidade a uma ignorância subordinada àquilo que é aceitável do ponto de vista social é puro arbítrio e constitui uma desconsideração pela situação errónea do agente e pelas suas capacidades; tal asserção pode, com facilidade, convocar, novamente, a legitimidade do *error iuris nocet* para o discurso jurídico-penal, o que redundaria num grave retrocesso dogmático.

Sustenta JAKOBS que a evitabilidade só pode ser afastada, em rigor, caso o erro incida sobre normas do direito penal de justiça, se o agente demonstrar um déficit de socialização. Em tais casos, o agente deverá ser tratado como um inimputável⁵⁷². A asserção de JAKOBS parece-nos demasiado perentória. Embora possa ser erigida a regra geral no âmbito do direito penal de justiça, onde, por norma, as normas são convocadas à consciência mediante um esforço de consciência ou de reflexão, é certo que tal nem sempre sucede. Basta pensar no seguinte exemplo, que nos é dado por HELENA MORÃO: *A*, estrangeira, encontra-se temporariamente em Portugal e pretende interromper voluntariamente a gravidez com mais de 12 semanas de gestação. Tendo dúvidas acerca da natureza (lícita ou ilícita) da conduta que pretende levar a cabo, *A* recorre a *B*, advogado, que, conhecido na sua zona por já ter atuado de forma eticamente reprovável, mostra a *A* um Código Penal dolosamente modificado, convencendo-a de que o aborto não é punível em Portugal. Com base nessa consulta jurídica, e uma vez que *A* não tinha, outro tanto, conhecimento do mau caráter de *B*, resolveu praticar o facto. Ora, neste caso, embora a situação errónea incida sobre um

⁵⁷¹ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª edição, trad. de Joaquin Cuello Contreras e Jose González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 673-674.

⁵⁷² GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, cit., pp. 674-675.

crime inserto no direito penal de justiça, nunca se dirá que tal erro é resultado de uma socialização deficiente de A. Com efeito, esta demonstrou ser uma pessoa diligente e prudente, ao procurar resolver as dúvidas subjacentes à situação jurídica, recorrendo a um advogado. O que está em causa, não é um déficit de socialização, mas simplesmente uma “*influência instrumentalizada*” que B realizou sobre A, pelo que o seu erro deve reputar-se inevitável. Aqui, a realização do crime deve ser imputada ao homem de trás, i.e., a B, a título de autor mediato, nos termos do art. 26º do CP⁵⁷³.

Continua JAKOBS, propugnando que o agente não pode invocar um déficit nas condições psíquicas de observância da norma, uma vez que da própria função do direito penal emergem expectativas de que toda a pessoa imputável não deixe que se produza tal situação deficitária. Para o autor, se a função do direito penal é a garantia da confiança na norma, daí se deduz que todo o agente é responsável por qualquer situação de déficit de lealdade à norma. Assim, sustenta JAKOBS, para efeitos de verificação da responsabilidade penal, nestas situações, releva invocar um parâmetro normativo de comparação entre a situação psíquica real e uma situação hipotética, que se há de formular da seguinte forma: se o agente tivesse demonstrado uma disposição suficiente para observar a norma – o que não veio a suceder -, então teria tornado presente à sua consciência a norma e, por vias disso, tê-la-ia representado, não se supondo que o agente conheça a norma em questão, mas apenas que ele deve obedecer a toda a norma, seja ela qual for⁵⁷⁴.

Parece-nos, como já intuimos, que esta asserção, levada às últimas consequências, poderá levar à exclusão da eficácia escusante de todo o erro sobre a ilicitude, ou, pelo menos, à exclusão da inevitabilidade. Conquanto se consinta a existência de expectativas no cumprimento da normação jurídico-social, o Estado e a sociedade não podem exigir ao agente o conhecimento de todas as normas; uma tal exigência cai no absurdo, porquanto humanamente impossível. Com efeito, o indivíduo não é somente uma peça num sistema autopoietico supraordenador e transpersonalista; é uma pessoa de carne e osso, imperfeita, com limitações no plano psicológico, no plano do conhecimento e no plano das valorações. Se o agente não conhece a norma nem pode conhecê-la, como

⁵⁷³ HELENA MORÃO, *Autoria e Execução Comparticipadas*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 200-201.

⁵⁷⁴ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, cit., p. 675. Assim, na conceção de JAKOBS, a medida da responsabilidade pelo erro não dependerá apenas dos processos psíquicos que tenham lugar na mente do agente no momento do facto, mas também dos motivos de tais processos. Se há que compensar um déficit substancialmente elevado de disposição na observação da norma, essa circunstância não diminui a culpa, salvo em caso de anomalia psíquica / ofuscação. *Idem, Ibidem*.

pode aceder ao apelo normativo contramotivacional à infração? Releva ter em conta, no mínimo, a possibilidade ou a previsibilidade material do acesso à norma.

Sem embargo, JAKOBS, de certa forma, reconhece isso amiúde, relativizando a sua posição mais rígida. Diz JAKOBS que a responsabilidade do agente, em casos de erro, há de determinar-se por referência à existência ou inexistência de um grau insuficiente de reconhecimento do direito positivo. E o reconhecimento suficiente depende do respetivo âmbito de regulação. Com efeito, *“ao direito positivo só cabe impô-lo em determinados âmbitos, se o próprio é quem o averigua”*. JAKOBS refere-se, em especial, às normas cuja densidade axiológica é diminuta ou reguladoras de um específico círculo vital ou profissional. Por exemplo, a aprovação no exame de advocacia trás em si ínsita que o exercício de tal profissão demanda certos conhecimentos especializados, sobre os quais o advogado que exerce a atividade deve manter-se atualizado⁵⁷⁵. E nos casos de evitabilidade do erro, quando se está perante uma norma que faz parte da regulação de um específico âmbito, para JAKOBS não está em causa uma culpa na condução da vida, mas antes considerações incidentes sobre o fim da pena. Para JAKOBS, o agente, em tais casos, não só fracassou na tarefa de se informar sobre conhecimentos especiais, mas também revelou um déficit de lealdade normativa totalmente inaceitável, uma vez que se está perante uma falta de competência do agente⁵⁷⁶. Destarte, sempre diremos que nem sempre a falta de competência do agente é causadora do erro. Com efeito, releva convocar os fatores *temporalidade e adaptabilidade*, no que tange aos específicos âmbitos em análise. Falar de falta de competência, em tais termos, parece-nos exigir uma diligência exacerbada nos vários tipos sociais de agentes e levar, conseqüentemente, a uma elevada censura da evitabilidade do erro.

Já quanto aos concretos pressupostos da evitabilidade, advoga JAKOBS que há lugar à evitabilidade sempre que existir um motivo para o agente refletir ou informar-se acerca da situação jurídica, sendo que esse motivo emerge quando a conduta do agente está em desconformidade com a vigência do direito positivo e o erro não seja atribuível a mera causalidade ou a outro sistema⁵⁷⁷. Aqui, o penalista parece entrar em contradição com a asserção, segundo a qual a evitabilidade, no âmbito do direito penal de justiça,

⁵⁷⁵ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, cit., p. 677.

⁵⁷⁶ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, cit., p. 676.

⁵⁷⁷ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, cit., p. 678.

só pode ser afastada em caso de déficit de socialização – se o erro é atribuível a mera causalidade ou a outro sistema (v.g. indução em erro), então o espaço da inevitabilidade terá de ser necessariamente alargado no discurso do autor. Por outro lado, e, não obstante, cogitamos que a desconformidade com o direito positivo é manifestamente insuficiente para levar o agente a refletir ou a informar-se. Com efeito, tal situação de desconformidade é o centro nevrálgico do erro. O que deve levar o agente a refletir ou a informar-se é, ou a dúvida, ou a previsibilidade consubstancial a uma evitabilidade material.

Prossegue JAKOBS, afirmando que releva ter em consideração a informação externa que está acessível ao agente, com preferência para as indagações / informações de fonte fidedigna, constituindo a informação pressuposto da irresponsabilidade pelo erro. Com efeito, a fidedignidade de uma fonte depende da sua conformidade com o direito positivo. Mas se o agente errar sobre a fidedignidade, tal erro exclui a culpa, contanto que o seu fundamento não afete o reconhecimento do direito positivo (v.g. em caso de o agente não poder saber que a fonte não era confiável e se se lhe não pudesse exigir isso)⁵⁷⁸. Já se a fonte determinante não é fidedigna por motivos assacáveis ao agente (v.g. estamos perante um advogado que é conhecido por recomendar a prática de crimes, segundo um determinado método para contornar a lei), este não se vê livre de culpa⁵⁷⁹. Por outro lado, alvitra JAKOBS que se o agente procurar esclarecer a situação jurídica por via correta e fidedigna, obtendo a informação de que a sua conduta é permitida, conquanto o não seja, ele não é responsável pelo erro. Já se o resultado da informação é ambíguo, o agente deve informar-se por referência a uma “*instância superior*” (v.g. jurisprudência dos tribunais superiores). Quanto tal não seja possível, deve seguir a posição jurídica que irá determinar, previsivelmente, a valoração positiva da sua conduta sendo o agente desculpado de acordo com as regras do conflito de deveres⁵⁸⁰.

Debalde, não nos parece necessário convocar o conflito de deveres para resolver o problema em discussão. Com efeito, o conflito de deveres pressupõe que um dever de ação ou omissão contradita um outro e haja lugar à preterição de um em prol do outro. Convocando o princípio da boa fé e da confiança e o raciocínio do risco permitido, em

⁵⁷⁸ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, cit., p. 679.

⁵⁷⁹ Acrescentaremos nós, não se vê livre de culpa, desde que disso tenha conhecimento ou a cognoscibilidade de tal situação seja ostensiva.

⁵⁸⁰ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, cit., p. 680.

caso de conflito entre duas fontes, v.g. jurisprudenciais, e se o agente optar por aquela que repute mais favorável, ele estará a atuar em conformidade com o direito, constituindo a disputa de posições um risco a ser assumido pelo próprio Estado. Com efeito, não nos parece que o agente tenha o dever de se abster de atuar, dever esse que estaria em contradição com o direito de atuar. Apenas existe o direito de atuar, num quadro de risco permitido, risco esse que será assumido pelo Estado.

Termina JAKOBS, sustentando que se, hipoteticamente – nos casos em que o agente se não informou -, se viesse a provar que não teria sido possível obter a informação correta, porque teria sido transmitida de forma incorreta ou de forma fortuita, o agente permanece responsável, porquanto a possibilidade de ele resolver a questão não é imputável à falha efetiva de outras pessoas ou entidades⁵⁸¹. Releva alvitrar, contudo, que se se constatar que a situação errónea é de tal forma difícil e complexa que nenhum profissional a lograria resolver, então o agente deve ser desresponsabilizado, porquanto, em último caso, o caráter irresolúvel das suas dúvidas ou do dever de informação iria paralisá-lo.

Em consequência, a tese de JAKOBS não propõe uma forma adequada de resolução da censurabilidade do erro.

4.1.3.5. A INSERÇÃO DA EVITABILIDADE NA ILICITUDE POR FRISCH

Não muito longe de um pensamento funcionalista, WOLFGANG FRISCH intenta enxertar a cognoscibilidade do ilícito e, por vias disso, a evitabilidade do mesmo, no plano da ilicitude. Quanto a esta específica problemática já nos pronunciámos, em termos gerais, em II. Agora releva analisar como FRISCH trata o problema no quadro da determinação da vencibilidade do erro.

FRISCH começa, em jeito de crítica, por sustentar que a tensão das forças da consciência, como critério para lograr a consciência da ilicitude, poderá ser inadequado, porquanto, do ponto de vista das funções da pena, é inaceitável vincular a sanção de determinados ilícitos a uma consciência potencialmente formada de modo insuficiente;

⁵⁸¹ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*, cit., p. 681.

aí, ela não opera, ainda que o agente pudesse aceder à consciência da ilicitude por outra via⁵⁸².

No que concerne ao dever de informação, na sequência de uma dúvida, FRISCH levanta as seguintes questões: de onde resulta esse dever? Qual a sua extensão? A informação só é exigida quando exista uma dúvida ou deve procurar-se no quadro de uma conduta, cuja regulação há de existir numa sociedade moderna? Para FRISCH, embora a violação de tais deveres, que leva à constatação que o seu cumprimento comportaria a evitação do facto, se trate, à primeira vista, de um problema de culpa, de valoração, eles surgem, porém, em momento prévio⁵⁸³. Como afirmámos *supra* II, é uma incongruência lógica reconduzir a consciência do ilícito à categoria da ilicitude. Com efeito, a ilicitude não pode ter como objeto a valoração, ou a potencial valoração, da própria ilicitude. Tal cabe à categoria da culpa, i.e., na acessibilidade aos comandos normativos constitutiva do juízo de censura.

Já quanto ao específico problema da evitabilidade, sustenta FRISCH que, caso o agente não reconheça a desconformidade entre a sua conduta e o direito, em todo o caso, a pretensão de vigência da norma exige do destinatário que, antes de agir, se esclareça, mediante reflexão ou informação, acerca do carácter da sua conduta. Assim, o facto é expressão de um desprezo pela pretensão de validade da norma se se verificar que o agente violou o dever de esclarecimento / informação (v.g. em caso de dúvida). E tal dever emerge não apenas quando o agente tenha um motivo específico para se esclarecer, posto que na essência de um ordenamento jurídico expectativas jurídicas há de cumprimento geral das normas⁵⁸⁴.

Releva, contudo, perguntar: se o agente não logrou, de forma absoluta, aceder à consciência da ilicitude, por manifesta falta de motivo, como pode ser ele censurado, se não logrou, de forma não culposa, ser sensível ao apelo normativo? Isto redundaria numa sociedade insegura e inquieta, porquanto iria emergir uma instabilidade psicológica, derivada da *hiper-imprevisibilidade* do exercício do *ius puniendi*, da responsabilização; a culpa esfumar-se-ia. Pelo que a confiança nas instituições e na licitude dos atos praticados por outrem, que para FRISCH se erige em pressuposto

⁵⁸² WOLFGANG FRISCH, *op. cit.*, p. 571.

⁵⁸³ WOLFGANG FRISCH, *op. cit.*, pp. 572-573.

⁵⁸⁴ WOLFGANG FRISCH, *op. cit.*, p. 576.

irrenunciável da liberdade de ação, transformar-se-ia, afinal, num estado de angústia, desconfiança e instabilidade. Pelo que o seu pensamento é manifestamente de afastar.

4.1.3.6. A EVITABILIDADE POR REFERÊNCIA À CONCEÇÃO EXPRESSIVA DO CRIME DE MICHAEL PAWLIK

MICHAEL PAWLIK, debruçando-se recentemente sobre o problema do erro sobre a ilicitude, mormente sobre situações confusas ou dúbias que entram na fronteira com a consciência eventual da ilicitude, veio desenvolver uma posição assaz inovadora e digna de aplauso.

PAWLIK começa por sugerir que o critério da evitabilidade não pode ser visto de forma rígida e estrita, porquanto, se assim fosse, não existiriam erros inevitáveis, como, de resto, ROXIN já tinha alertado. Com efeito, a evitabilidade do erro deve ser aferida de caso para caso, tendo em conta as particularidades de cada circunstância⁵⁸⁵.

O autor identifica que o critério da evitabilidade tem sido largamente desenvolvido sob o mote de uma doutrina de matriz psicologista, segundo a qual há erro sobre a ilicitude se se verificar uma desconformidade entre a representação valorativa e a verdade, i.e., o acento tónico é colocado na consciência da ilicitude, na graduação desta e na sua verificação ou não verificação. E quanto mais a consciência for alargada, menor será a possibilidade de o agente incorrer em erro inevitável e, por vias disso, se ver apartado da responsabilidade criminal. Veja-se o caso da consciência eventual da ilicitude, que, se aceite e aplicada, leva a que, defronte uma situação jurídica dúbia, confusa, difusa, o cidadão reserve em si *“todos os riscos jurídicos, inclusive aqueles que estão mais além do seu âmbito de influência”*⁵⁸⁶.

Note-se, porém, que não é necessariamente assim. A consciência eventual da ilicitude deve ser aceite e aplicada nos casos em que o agente represente efetivamente a possibilidade de a conduta ser ilícita. Em casos de dúvidas, mediante o emprego de uma ação diligente, o agente tem o poder de supri-las. Só não será assim nos casos mais confusos, i.e., caso a situação jurídica não lograr ser resolvida por profissionais ou

⁵⁸⁵ MICHAEL PAWLIK, “Error de Prohibición en Caso de Situación Legal Confusa”, trad. de Andrés Falcone, in *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2020, p. 563, disponível em <https://indret.com/error-de-prohibicion-en-caso-de-situacion-legal-confusa/>.

⁵⁸⁶ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, pp. 563-564.

entidades competentes ou em caso de conflito jurisprudencial, passível de paralisar a vida do agente.

Mais adianta PAWLIK que tal distribuição de riscos apenas é aceitável em ordenamentos jurídicos pouco complexos, conformados por uma essencialidade jurídica, mas já não num quadro sociocultural e jurídico altamente desenvolvido do ponto de vista tecnológico, cuja dinâmica demanda uma regulação normativa ampla, técnica e complexa, o que tem por consequência o incremento exponencial de situações jurídicas duvidosas e, por vias disso, uma distribuição de riscos inaceitável. E reputar-se-ia inaceitável, porquanto, ante o incremento exponencial de novos quadros normativos, todo aquele que, no âmbito da sua atuação, pretendesse evitar conflitos jurídicos, lhe não restaria outra opção que não abandonar a prossecução daquilo que pretendesse realizar, o que violaria a sua liberdade geral de atuação⁵⁸⁷.

Este ponto de vista merece a nossa concordância quanto aos seus princípios. Ante o incremento de um quadro normativo, não raro axiologicamente pouco patente e cujos alcances motivacionais não lograram penetrar na esfera do conhecimento geral, seria um absurdo que recaísse sobre o agente, em casos de situações jurídicas muito complexas, o risco da não representação valorativa. Mas sempre se dirá que se tais normas pertencerem à esfera de regulação de um círculo de vida ou profissional em que o agente está inserido, ele tem o dever de, a título progressivo, conhecê-las, de modo a exercer cabalmente e dentro da licitude a sua atividade, sob pena de tais normas se transformarem num ostensivo significado semântico sem força normativa e consequentemente ficarem em perigo bens jurídicos de terceiros.

Aduzida a sua primeira proposição, PAWLIK levanta a seguinte questão: como compatibilizar a posição, segundo a qual se não pode, a título unilateral, impor sobre o agente os riscos de situações jurídicas dúbias com o permanente reconhecimento e aplicação da consciência eventual da ilicitude? Ademais, poder-se-ia conceder o mesmo regime, tanto àquele que está convicto que a sua ação estará, com maior probabilidade, em conformidade com o direito, como àquele que pensa que o Estado decidirá a seu favor? Para PAWLIK, a questão da distribuição dos riscos está dependente de uma conceção global dos fundamentos, pressupostos e limites do direito penal, que se consubstancia numa conceção expressiva do crime e da pena⁵⁸⁸. Segundo esta

⁵⁸⁷ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, p. 564.

⁵⁸⁸ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, pp. 564-565.

conceção, tal como desenvolvida por PAWLIK, o cidadão deve à comunidade política o cumprimento externo de deveres que a ordem jurídica impõe, a fim de, com esse cumprimento, contribuir para o quadro de liberdades existente. Daqui resulta que a violação externa dos deveres se traduz numa lesão comunicacional dos deveres de diligência e cooperação do cidadão para com a comunidade, o que resulta na cominação de um ilícito típico⁵⁸⁹. Para que um indivíduo pratique um ilícito típico, nesta linha de raciocínio, o conteúdo do dever ínsito na norma deve estar definido com exatidão suficiente. Com efeito, uma vez que o indivíduo não pertence à comunidade de direito de “*corpo e alma*”, mas apenas lhe está vinculado num grau limitado de lealdade (posto que não é um erudito), só os deveres suficientemente definidos podem dar lugar a uma sanção. Por outro lado, para que a pena resulte, do ponto de vista físico-comunicativo, inequívoca, “*a ação deve ter que se interpretar conforme ao seu sentido comunicativo, como sublevação inequívoca contra a pretensão de cooperação da comunidade em direito*”. Pelo que, em casos de carência de inequivocidade, o agente demonstrou estar disposto a certificar-se dos limites aceitáveis da sua ação, mas não cometeu um “*injusto*”⁵⁹⁰.

Não nos cabe, na medida do presente estudo, empreender um esforço de análise profunda incidente sobre o sentido material do direito penal e onde repousa a legitimidade do *ius puniendi*. Tal demandaria um outro estudo, com cuidada profundidade, pelo que a conceção expressiva do crime não será aqui apreciada. Destarte, os resultados a que PAWLIK chega parecem bastante acertados, conquanto devam ser interpretados de forma cuidadosa. Com efeito, a determinabilidade do tipo legal, qual exigência do princípio da legalidade, demanda uma previsão ou determinabilidade objetiva dos pressupostos descritivos e/ou normativos sob os quais está dependente uma determinada punição, a fim de que o comportamento dos cidadãos se possa dirigir e motivar em conformidade. No entanto, e como nota FIGUEIREDO DIAS, os novos desafios hodiernos demandam uma técnica de legislação mais complexa, onde abundam elementos normativos, conceitos indeterminados, cláusulas por concretizar, cujo “*campo de eleição será o do direito penal secundário*”⁵⁹¹. Nesses casos, o efeito dirigente e motivacional da norma será mais difícil de realizar. Não obstante, “*é indispensável que a sua utilização não obste à determinabilidade das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos, sob pena de*

⁵⁸⁹ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, p. 566.

⁵⁹⁰ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, p. 567.

⁵⁹¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, pp. 219-220.

*violação irremível, neste plano, do princípio da legalidade e sobretudo da sua teleologia garantística*⁵⁹². Pelo que a exigência de determinação suficiente reclamada por PAWLIK tem de ser reconduzida à ideia, não de efetiva determinação, mas de determinabilidade, a fim de haver uma coexistência, no plano do cumprimento, de ambos os casos.

Segue discursivamente PAWLIK, propugnando que o dever de cooperação é passível de se impor ao cidadão, porquanto se vislumbra necessária a conservação do quadro de liberdades existente, constituída por um “*marco normativo*” de orientação e valoração, que atribui um conjunto de expectativas jurídicas nos cidadãos, no sentido de se encontrarem na realidade social, de modo a que possam organizar normalmente as suas vidas. Se, no momento do facto, a atividade interpretativa do aplicador resulta apenas numa possibilidade hermenêutica, entre outras igualmente possíveis e válidas, e se a ação que o agente realizou estiver em conformidade com um desses resultados interpretativos, não se pode afirmar que se verifica “*uma negação inequívoca do ordenamento jurídico*”, uma vez que a sua conduta se não exprime na violação de um dever de cooperação⁵⁹³. Para PAWLIK, aquele que atua em conformidade com o que resulta da atividade dos tribunais, não obstante a existência de conflito jurisprudencial, cumpre com as exigências que a ordem jurídica lhe pode impor⁵⁹⁴.

Nada mais acertado. Com efeito, aquele que motiva a sua ação de acordo com a atividade dos tribunais, havendo uma entidade jurisdicional que reputa a sua ação como lícita, atua, num quadro de raciocínio que convoca o risco permitido, de acordo com o direito, uma vez que deve poder confiar em tal atividade, nessa medida se podendo falar em boa fé, no que tange às suas representações valorativas, à sua motivação e à sua ação. Embora a jurisprudência não tenha a força de precedente, ela exerce um enorme peso, quer na compreensão e no descortinar das normas jurídicas, quer na mediação e concretização dos princípios gerais de direito, falando mesmo BAPTISTA MACHADO num papel de “*legislador complementar*”, passível de explicitar uma “*consciência jurídica geral*”⁵⁹⁵ e FERNANDO BRONZE no papel reconstitutivo do “*sistema de normatividade*

⁵⁹² *Idem, Ibidem.*

⁵⁹³ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, p. 569. Isto tem especial razão quando temos por referência aqueles casos em que, no momento do facto, a conduta do agente estava em conformidade “*com a interpretação da norma decisiva desde o ponto de vista prático da vida*”, embora tal interpretação tenha passado por um processo de compressão e ficado mais limitada / rígida, o que levou à proibição da conduta no momento da ação. É convocada, aqui, a lógica que preside à aplicação da lei penal mais favorável. *Idem, Ibidem.*

⁵⁹⁴ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, pp. 569-570.

⁵⁹⁵ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13ª reimp., (1ª edição de 1982), Coimbra: Almedina, 2002, pp. 162-163.

*vigente*⁵⁹⁶. Nesta medida, não se pode negar, ante o relevantíssimo papel, senão obrigatório-decisivo, pelo menos altamente persuasivo desempenhado pela jurisprudência jurisdicional, que o indivíduo que por ela se motiva atua em conformidade com o direito. Ademais, os riscos das disputas jurisprudenciais, ante a confiança que o cidadão deve depositar no cabal exercício dos órgãos estatais, devem ser imputados ao próprio Estado e não ao indivíduo, sob pena de estagnação permanente da sua atividade e, por vias disso, da própria vida social. Mais se dirá que se a jurisprudência não logrou a necessária harmonização e estabilização, houve, outro tanto, uma falha do Estado-legislador, no sentido da suficiente determinabilidade da lei penal, de modo a que os próprios tribunais possam qualificar adequadamente, de forma a não lesar a segurança jurídica, o que é penalmente proibido e aquilo que é permitido.

Por outro lado, no que concerne ao dever de informação já várias vezes referido neste capítulo, sustenta PAWLIK que, conquanto o agente tenha violado tal dever, a responsabilidade criminal deve ser apartada caso o resultado final da sua conduta seja igual àquela que seria de esperar de um cidadão adequadamente informado⁵⁹⁷. Em nossa opinião, esse critério normativo de comparação deve aproximar-se, na medida do possível, do agente concreto, tendo em conta o seu tipo social, uma vez que, por referência a vários elementos existenciais, as situações erróneas podem ser avaliadas de forma diferenciada, assim o demandando a dimensão material do princípio da igualdade.

Ademais, afirma o autor, é irrelevante se o agente representou, no plano das suas valorações, se a sua conduta era passível de violar o direito. Para PAWLIK, *“um agente que, pese embora a existência de uma praxis jurídica que aprova o seu comportamento, parte, no momento do facto, da contrariedade da sua conduta à lei, tampouco possui uma consciência da ilicitude normativamente relevante se depois o tribunal que sentencia a sua conduta chega à conclusão que a sua atuação foi, efetivamente, lícita”*⁵⁹⁸. E assim é, porquanto o cidadão não tem a obrigação de tomar conhecimentos acrescidos face àquilo que resulta da praxis dos tribunais da comunidade onde se insere. *Mutatis mutandis* para os casos em que há uma situação jurídica dúbia⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Metodologia do Direito*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020, p. 196.

⁵⁹⁷ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, p. 570.

⁵⁹⁸ *Idem, Ibidem.*

⁵⁹⁹ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, p. 571.

Importa questionar: se a dúvida é mais patente nas representações do indivíduo, não tem este um dever acrescido de se informar / esclarecer? Se ele representa mais fortemente a ilicitude subjacente à conduta, conquanto tenha dúvidas, não deverá dissipá-las, mediante uma consulta idónea para o efeito? *Maxime*, o que pode relevar, para efeito escusante, é o caráter irresolúvel da dúvida, ante a disputa jurisprudencial, posto que não resolvida. E aí decidir-se-á a favor do agente, numa lógica análoga ao princípio processual penal *in dubio pro reo*.

Posto isto, sintetiza PAWLIK que a interpretação que pode oferecer uma orientação para a vida prática é a interpretação que resulta da jurisprudência, uma vez que há uma pretensão de ultrapassagem da insegurança dimanada das interpretações díspares entre si, mas igualmente atendíveis. “*Se os tribunais lograram uma prática suficientemente estável, o cidadão deve orientar-se segundo essa prática para poder exonerar-se da responsabilidade penal*”⁶⁰⁰. Caso os tribunais não tenham transcendido a ambivalência interpretativa, as variantes possíveis “*apresentam aproximadamente as mesmas possibilidades de se impor*”, pelo que, em tais casos, o agente, orientando-se por uma dessas interpretações, deve ficar livre da responsabilidade criminal. Uma orientação em sentido contrário redundaria num efetivo *venire contra factum proprium*, porquanto a pretensão da punição estaria em contradição com a orientação de quem tem competência para a realizar⁶⁰¹.

Subscrevemos na íntegra esta posição, porquanto o agente deve poder confiar na atividade dos tribunais. Na medida em que confia e que motiva o seu agir por uma posição jurisprudencial que lhe é favorável, atuando, nessa medida, de boa fé, a pretensão punitiva redundaria numa autêntica atuação em contrário, consubstancial ao abuso de direito; aí, o *ius puniendi* deve ficar paralisado.

Caso estivermos perante interpretações de diferentes instâncias, o agente deve orientar-se pela interpretação da instância de hierarquia superior⁶⁰².

E se o agente realizar um exercício de interpretação defensável, mas não “*possibilitador da realidade*”? Aí, diz PAWLIK, encerrando a sua análise, que o agente simplesmente se afastou da interpretação dominante, mas não do direito. Ademais, “*o âmbito discursivo de possibilidades*” está em constante mutação, pelo que aplicar-se-á uma

⁶⁰⁰ *Idem, Ibidem.*

⁶⁰¹ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, p. 572.

⁶⁰² *Idem, Ibidem.*

pena atenuada⁶⁰³. Importa, contudo, quanto a nós, tentar verificar se o agente representou que tal posição mereceu uma rejeição mordaz pela jurisprudência ou pela doutrina dominantes ou se se trata de uma posição *de jure condendo*. Aí, não se pode negar uma consciência eventual da ilicitude.

4.2. ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL

Releva agora olhar para o ordenamento jurídico espanhol, uma vez que se trata, no plano jurídico-penal, de um ordenamento muito próximo do português, passível de o informar compreensivamente sobre o problema da determinação da censurabilidade do erro sobre a ilicitude; ademais, a doutrina que se debruçou sobre este problema foi, tal como a nossa doutrina, diretamente influenciada pela doutrina alemã.

4.2.1. ARTIGO 6º BIS A), 3º PARÁGRAFO DO CÓDIGO PENAL ESPANHOL DE 1973

Na sua versão originária, o CP espanhol de 1973 não tinha uma disposição reguladora incidente sobre o erro sobre a ilicitude. Volvidos dez anos, a fim de dissipar quaisquer resquícios de responsabilidade objetiva presentes no Código Penal e regular os problemas atinentes às situações erróneas de acordo com o princípio da culpa, a Ley Organica n.º 8/1983, de 25 de junho⁶⁰⁴ veio aditar o art. 6º bis a), cujo terceiro parágrafo preceituava que *“a crença errónea de se estar a agir licitamente exclui a responsabilidade. Se o erro for vencível, observar-se-á o disposto no artigo 66º”*, sendo que tal remissão demandava, em caso de vencibilidade, a atenuação obrigatória da penal.

Quer no confronto com os parágrafos anteriores⁶⁰⁵, quer de acordo com a exposição de motivos do referido diploma legal, verifica-se que o art. 6º bis a) do antigo CP espanhol veio consagrar a teoria da culpa, uma vez que exclui a responsabilidade criminal do agente em caso de inevitabilidade e lhe atenua a pena, por crime doloso, em caso de evitabilidade. E quanto a este último aspeto, o CP espanhol de 1973, após a Ley Organica n.º 8/1983, de 25 de junho, veio diferenciar-se face à lei alemã e imprimir inovação ao problema – nos casos de erro sobre a ilicitude vencíveis a atenuação da

⁶⁰³ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, p. 573.

⁶⁰⁴ A legislação espanhola, atual ou revogada, pode ser consultada em <https://www.boe.es/> (sítio oficial da Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado).

⁶⁰⁵ O primeiro parágrafo vem prever o erro do tipo e o segundo parágrafo dispõe que se tal erro for vencível ressalva-se a punição a título de negligência.

pena é obrigatória. Pode dizer-se, em todo o caso, que a censura daquele que atua em erro evitável é menor do que a censura daquele que atua com consciência da ilicitude. Mas nos casos de erro muito facilmente vencíveis, este tipo de regulação não iria beneficiar, em excesso, o agente? A este propósito, diz CEREZO MIR que, embora tal inconveniente possa suceder, tal solução está em maior conformidade com o princípio da culpa. Com efeito, ainda que o erro tenha sido facilmente vencível, é certo que o agente não tinha consciência da ilicitude da sua conduta e, por vias disso, a sua capacidade de atuar em conformidade com o direito encontrava-se diminuída, pelo que o juízo de censura que sobre si recai deve ser necessariamente menor do que se tivesse atuado com tal consciência. Por outro lado, o juiz tem a faculdade de reduzir consideravelmente a atenuação⁶⁰⁶. Debalde, vale perguntar: será assim, mesmo que um pequeno esforço de consciência fosse o suficiente para vencer o erro? Em situações de ostensiva vencibilidade deve o agente beneficiar de tal regime? Não poderá consubstanciar-se num mecanismo de desmesurada compressão da responsabilidade? Por outro lado, na praxis judicial, isso não fará com que os juízes sejam levados a reconduzir ou a confundir situações de erro evitável com situações de consciência eventual da ilicitude, para escapar à aplicação da atenuação obrigatória, apartando-se, assim, de uma qualificação jurídica rigorosa? Como bem nota e denuncia ENRIQUE BACIGALUPO, casos há em que a evitabilidade é tão ostensiva, que a atenuação da pena há de ser inadequada, pelo que os tribunais espanhóis, para resolverem o problema, podem ser tentados a argumentar no sentido de afastar a evitabilidade, para obviar à questão que lhes é colocada. No entanto, em tais casos, não estão a proceder corretamente, posto que estão a construir um quadro artificial de imputação, sempre mais gravoso para o agente. Com efeito, vale reiterar que aquele que age em erro facilmente evitável atua com uma culpa menor que aquele que atua com consciência da ilicitude⁶⁰⁷.

Atentemos em alguma doutrina que, ainda no âmbito do art. 6º bis a), 3º parágrafo do CP espanhol de 1973, desenvolveu critérios de determinação da vencibilidade ou invencibilidade do erro sobre a ilicitude: convoquemos GÓMEZ BENÍTEZ, QUINTERO OLIVARES e ENRIQUE BACIGALUPO.

⁶⁰⁶ JOSE CEREZO MIR, “La Regulación del Error de Prohibición en el Código Penal Español y su Transcendencia en los Delitos Monetarios”, in *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*, Tomo 38, Fasc. 2, 1987, pp. 279-280.

⁶⁰⁷ ENRIQUE BACIGALUPO, “La Evitabilidad o Vencibilidad del Error de Prohibición”, *cit.*, p. 29. Criticamente sobre o art. 6º bis a), 3º parágrafo, Cf. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *El Error en Derecho Penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 1988, pp. 121 e ss.

Começa por dizer GÓMEZ BENÍTEZ que, quando se fala em evitabilidade do erro, invoca-se a ideia de que o agente não empreendeu os esforços necessários e possíveis para sair do erro. Para GÓMEZ BENÍTEZ, ao contrário do que sucede no facto cometido por negligência, em que basta ter cumprido o dever de cuidado para a responsabilidade ser afastada, para que o erro sobre a ilicitude se repute invencível, releva ter em conta uma pluralidade de exigências que vão mais além⁶⁰⁸. Malgrado, GÓMEZ BENÍTEZ não concretiza com precisão que exigências são essas, nem as explica de forma compreensiva. Pelo que o seu esforço dogmático de determinação da evitabilidade revela-se materialmente ineficaz.

Já QUINTERO OLIVARES adere ao critério do homem médio, embora admita as fragilidades que a esse critério estão subjacentes. Sugere QUINTERO OLIVARES que a referência ao homem médio implica que, conquanto se não saiba bem quem ele é – pois que se trata de uma abstração jurídica -, e embora o ser humano viva em relação ao seu semelhante, se parta do pressuposto de que todos “*estamos de acordo com um conjunto médio de virtudes, capacidades, conhecimentos, etc.*”. E mais adianta o autor espanhol que tal critério constitui “*a expressão do sentimento da maioria do mesmo modo que no direito privado se estabelece como critério de prudência ou de administração o de «um bom pai de família»*”⁶⁰⁹.

Para além das críticas que já aduzimos ao critério do homem médio, para efeito de determinação do juízo de censura em III, tendo notado que é um critério altamente variável em função de diferentes circunstancialismos espaço-temporais e que é inadequado impor um critério igualitário de censurabilidade para situações materialmente desiguais, merecedoras de um juízo de censura diferenciado, o critério do homem médio, no quadro da determinação da censurabilidade do erro, parece convocar exigências de direção do problema de valoração que têm por referência uma comparação normativa que se reporta a um homem diligente, zeloso e normalmente fiel ao direito. Ora, se se levar este critério às últimas consequências, sempre se há de dizer que um *bom pai de família* empreenderá infundavelmente meios de evitar o erro, recorrendo a sucessivas indagações, o que, como nota BACIGALUPO, exclui qualquer hipótese de inevitabilidade do erro. Com efeito, ante a positivação e publicação do direito, todo o homem médio tem a possibilidade de evitar o erro sobre a ilicitude.

⁶⁰⁸ JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Derecho Penal – Parte General – Teoría Jurídica del Delito*, Madrid: Civitas, 1984, p. 487.

⁶⁰⁹ GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal – Parte General*, 2ª edição com adenda do anteprojeto do Código Penal de 1992, Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 412.

Ademais, a teoria do homem médio parte do pressuposto da existência de um dever geral de conhecimento do direito, em tudo semelhante àquele que resulta do critério da tensão da consciência. Se assim é, tal redundará num *regressus ad infinitum*⁶¹⁰. Pelo que tal critério é dogmatica e político-criminalmente inadequado.

Diferentemente, ENRIQUE BACIGALUPO vem suportar uma posição que bebe diretamente da doutrina alemã. Sustenta BACIGALUPO que se o agente teve razões para pensar que a sua conduta poderia ser ilícita deverá proceder ao esclarecimento acerca do significado jurídico da sua conduta, quer por via de reflexão ou de informação. A reflexão consubstancia-se num esforço de consciência para compreender o significado jurídico da conduta. Não obstante, trata-se de um recurso altamente condicionado pelos conteúdos da consciência, conteúdos esses que são resultado do processo de socialização do agente, só logrando o seu objetivo quando estejam em causa normas ético-socialmente reconhecidas⁶¹¹. Já a informação confere melhores possibilidades, contanto que provenha de fonte confiável / fidedigna. Como muito bem nota BACIGALUPO, e como já tivemos oportunidade de apreciar positivamente, “o cidadão não deve carregar a tarefa de verificar a correção do conselho jurídico, pois isso levá-lo-ia a uma cadeia interminável de comprovações, que praticamente impediria todo o comportamento, o que seria incompatível com o direito genérico à liberdade de ação, que se deduz da dignidade da pessoa e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade que lhe é inerente”⁶¹².

Para BACIGALUPO, em caso de jurisprudência contraditória, não é exigível que o agente logre um elevado grau de certeza ou conhecimento sobre a situação jurídica, posto que nem os tribunais a lograram. Se o agente fundamentar a sua atuação por referência a uma das posições jurisprudenciais em conflito, o erro há de reputar-se inevitável⁶¹³. Aplaudimos esta posição, uma vez que o risco de uma disputa jurisprudencial não deve ser imputado ao agente, mas sim ao próprio Estado. Se a lei penal não tem o grau de precisão suficiente para uma determinação fluida e uma aplicação clara e responsável, o responsável pelo não cumprimento das exigências do princípio da legalidade é o próprio Estado-legislador. O agente, ao atuar em conformidade com a labuta dos tribunais, atua de acordo com o direito, agindo de boa

⁶¹⁰ ENRIQUE BACIGALUPO, “La Evitabilidad o Vencibilidad del Error de Prohibición”, *cit.*, pp. 31-32.

⁶¹¹ ENRIQUE BACIGALUPO, “La Evitabilidad o Vencibilidad del Error de Prohibición”, *cit.*, pp. 37-38.

⁶¹² ENRIQUE BACIGALUPO, “La Evitabilidad o Vencibilidad del Error de Prohibición”, *cit.*, p. 39.

⁶¹³ *Idem, Ibidem.*

fé, uma vez que confiou na bondade da atividade mediadora de revelação, interpretação e aplicação do direito.

Em jeito de síntese proposicional, propugna BACIGALUPO que releva ter em conta dois momentos, para efeitos de determinação da evitabilidade ou inevitabilidade do erro: 1) o agente alega em juízo ter desconhecido que a ação que levou a cabo era ilícita e o tribunal reputa credíveis e razoáveis os seus argumentos. 2) Releva questionar: pôde o agente evitar o seu erro? Para responder a essa questão é mister invocar outras: teve o agente razões para pensar na possível ilicitude da conduta? Considera-se que o agente as teve se: a) desconfiou que a sua conduta poderia ser ilícita; b) sabia que produzia um dano a outrem ou à sociedade; c) atuava num âmbito especialmente regulado. E teve a possibilidade de afastar o erro? A resposta será positiva quando: a) podia ter afastado o erro por recurso a reflexão; b) podia ter recorrido a uma fonte de confiança, a fim que lhe fosse prestada informação jurídica adequada à questão levantada⁶¹⁴. A posição de BACIGALUPO revela-se assaz próxima da posição funcional teleológico-racional de ROXIN.

4.2.2. POSIÇÕES DOUTRINAIS POR REFERÊNCIA AO ART. 14º, 3º PARÁGRAFO DO CÓDIGO PENAL ESPANHOL DE 1995

Em 1995 entrou em vigor o novo (e atual) Código Penal espanhol. O art. 14º do CP espanhol não se diferencia substancialmente do anterior art. 6º bis a). Dispõe o art. 14º, 3º parágrafo que *“o erro invencível sobre a ilicitude do facto constitutivo da infração penal exclui a responsabilidade criminal. Se o erro for vencível, aplicar-se-á pena mais baixa em um ou dois graus”*. Não há grandes dúvidas que o art. 14º, 3º parágrafo consagra a teoria da culpa, uma vez que, em caso de invencibilidade, a responsabilidade é excluída e em caso de vencibilidade, o agente é punido pelo crime doloso, havendo lugar a uma atenuação obrigatória da pena. Já os parágrafos anteriores são reservados ao erro do tipo e ao erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação⁶¹⁵. Assim, a tese de MIR PUIG, segundo a qual o art. 14º, 3º parágrafo pode ser interpretado de acordo com a teoria do dolo, ante a atenuação obrigatória da

⁶¹⁴ ENRIQUE BACIGALUPO, “La Evitabilidad o Vencibilidad del Error de Prohibición”, *cit.*, pp. 39-40.

⁶¹⁵ Cf. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, MERCEDES GARCÍA ÁRAN, *Derecho Penal – Parte General*, *cit.*, pp. 383 e ss.

pena em caso de vencibilidade do erro sobre a ilicitude⁶¹⁶, não pode ser aceite, sob pena de tal disposição perder a sua razão de ser.

Uma boa parte da doutrina espanhola que se debruça sobre a determinação da vencibilidade ou invencibilidade do erro, com pequenas flutuações discursivas, tende a adotar as posições maioritárias preconizadas pela doutrina alemã, assistindo-se a uma influência direta da doutrina funcional teleológico-racional em tais sustentáculos dogmáticos⁶¹⁷. A análise de todas essas posições traduzir-se-ia numa maçuda e excessiva repetição. Pelo que seleccionámos para objeto do nosso conspecto as virtualidades das posições de LUZÓN PEÑA, OLAIZOLA NOGALES e NIETO MARTÍN.

DIEGO LUZÓN PEÑA, influenciado por ROXIN, veio empreender um esforço de individualização / subjetivação da posição roxiniana sobre a evitabilidade do erro, o que, quanto a nós, se revela assaz salutar.

Segundo o critério subjetivo-individual de LUZÓN PEÑA, releva ter em conta o agente concreto, para efeitos de determinação da evitabilidade do erro, nas concretas circunstâncias de facto em que atuou, uma vez que se está perante “*uma questão de exclusão ou diminuição da culpa*”⁶¹⁸. LUZÓN PEÑA critica, e a nosso ver bem, o critério do homem médio, uma vez que tal critério se consubstancia numa abstração normativo-comparativa, onde é construído um modelo de homem zeloso, diligente, prudente, criterioso, em suma, um sujeito ideal. Ora, tal implicaria que o erro sobre a ilicitude invencível deixasse praticamente de existir, posto que para o homem médio, que atua sempre em conformidade com o direito, nunca haveria situações de erro⁶¹⁹. A crítica contra o critério do homem médio é totalmente procedente. Mas não podemos deixar de dizer que intentar emitir um juízo de censura por referência ao agente concreto, nas circunstâncias de facto em que atuou, não é passível de comprovação empírica, nos termos já assinalados em III; não obstante, daqui se podem retirar virtualidades para uma abordagem aproximativa, onde se intenta subjetivar ao máximo, na medida do possível, o critério objetivo subjacente ao homem médio, o que vai redundar no tipo

⁶¹⁶ SANTIAGO MIR PUIG, *op. cit.*, p. 558.

⁶¹⁷ Cf. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Algunas Cuestiones del Error en Derecho Penal”, in Maria da Conceição Valdágua (org.), *Problemas Fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002, pp. 81-84; JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 1108-1112; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *op. cit.*, pp. 374-376; ENRIQUE BACIGALPO, *Derecho Penal – Parte General*, 2ª edição, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, pp. 439-446.

⁶¹⁸ DIEGO M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, 3ª edição, Valência: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 527.

⁶¹⁹ *Idem, Ibidem.*

social do agente. Mais adianta LUZÓN PEÑA, a este propósito, que o princípio da culpa demanda a qualificação como invencíveis os erros sobre a ilicitude que não tenham apenas por objeto um grupo de casos residuais, mas qualifique, outro tanto, como invencíveis os erros que se consubstanciam numa situação de enorme dificuldade de acesso à consciência da ilicitude, acesso esse que demandaria um esforço tão inusitado, que tornaria o erro compreensível e não censurável⁶²⁰. Acertadíssima, quanto a nós, esta posição de LUZÓN PEÑA. Se o acesso à consciência da ilicitude é exacerbadamente difícil, sempre se dirá que o agente não é nem pode ser sensível ao apelo normativo; e mesmo que o fosse, o esforço para tal seria tão inusitado que, não obstante haver a possibilidade de formulação de um juízo de censura, ele é tão diminuto que, do ponto de vista das necessidades preventivas, se torna desnecessária a aplicação de uma pena ao agente. E é isto que LUZÓN PEÑA, embora de forma aproximada, vem efetivamente dizer. Para o autor espanhol, em tais casos, o grau de invencibilidade há de ser total ou quase total, uma vez que o acesso à consciência da ilicitude é de uma dificuldade tal que, do ponto de vista jurídico-penal, há de operar uma equiparação entre o erro sobre a ilicitude “*totalmente invencível*” com o erro sobre a ilicitude “*quase totalmente invencível*”⁶²¹.

LUZÓN PEÑA, no que concerne aos pressupostos sobre a inevitabilidade do erro, distingue entre pressupostos excepcionais ou pessoais e pressupostos normais ou fora de condições excepcionais.

Nos primeiros, estão compreendidas circunstâncias ou situações especiais e/ou excepcionais, que obstam a que o agente tome consciência da ilicitude, ainda que para o homem médio não exista um obstáculo dessa natureza. LUZÓN PEÑA dá os seguintes exemplos: a) o estrangeiro que ainda se não adaptou aos valores ético-sociais dominantes do novo país; b) o indivíduo que padece de um déficit de formação, cultura ou inteligência, déficit esse que obsta à compreensão do alcance da norma proibitiva; c) alguém que se insere num quadro circunstancial de enorme tensão e stress ou angústia no plano pessoal, familiar ou profissional, que incrementa uma ação anímica impeditiva da tomada da consciência da ilicitude; d) alguém que é induzido em erro por um advogado, etc. Aqui, há condições pessoais ou situações especiais / excepcionais e anómalas, que obstam a que o agente tome consciência da ilicitude da sua conduta⁶²².

⁶²⁰ DIEGO M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 528.

⁶²¹ DIEGO M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 527.

⁶²² DIEGO M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 528.

Parece-nos que, no essencial, LUZÓN PEÑA empreendeu um adequado esforço ilustrativo, embora passível de algumas precisões. Quanto ao primeiro exemplo (a)), uma vez que o ordenamento jurídico espanhol não é *temperado* por uma teoria do dolo subjacente ao nosso erro sobre as proibições legais, não se podem levantar considerações de maior; apenas releva esclarecer que, como atrás alvitramos, há condutas que, por serem não apenas lícitas, mas altamente desejáveis noutras ordens jurídico-culturais, antes do período de adaptação, elas aparecem como verdadeiros *delicta mere prohibita*, à luz da representação do estrangeiro que entrou de imediato num novo país, o que pode levar, entre nós, à convocação e aplicação de tal figura em certos casos. Quanto ao segundo exemplo (b)), cogitamos estar bem formulado e em conformidade com o princípio da igualdade material; alguém que tem, no plano global, um défice de socialização, que se repercute no seu grau de cultura, formação ou inteligência, pode ser menos permeável ao apelo normativo e deve ser julgado em conformidade com esses traços específicos; o que importa é a ideia do tipo social do agente. No entanto, se o grau inferior de cultura, formação ou inteligência se dever a mais do que isso, *v.g.*, a uma doença do foro psiquiátrico, releva verificar se tal impedimento de o agente se motivar de acordo com a norma se deve ou não a tal quadro patológico; em caso afirmativo, estamos perante um caso de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade, que impede factualmente o agente de se aperceber da ilicitude⁶²³. Quanto ao terceiro exemplo (c)), fatores há que influem na atenção do agente, havendo lugar a uma falha, ao nível dos estímulos, para que o agente realize uma conduta adequada e conforme ao direito, podendo haver fenómenos neuronais determinantes⁶²⁴. Em tais casos, é difícil conceber que, não obstante a inevitabilidade do erro, se qualifique a ação do agente, ao nível do tipo subjetivo, como dolosa. Estamos em crer que, *máxime*, apenas se pode falar numa ação negligente. O último exemplo (d)), salvo se o agente pudesse suspeitar da bondade da conduta do profissional, trata-se de uma ilustração inequívoca de erro sobre a ilicitude, como já havíamos referido.

Já nos pressupostos normais ou fora de circunstâncias excecionais de inevitabilidade do erro, estão compreendidas aquelas circunstâncias que, embora não tornem impossível o acesso à consciência da ilicitude, tornam tal acesso exacerbadamente dificultado⁶²⁵. I.e., tratam-se de situações passíveis de tornarem compreensíveis e, por

⁶²³ Cf. JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 120.

⁶²⁴ Sobre a influência de tais fenómenos na atuação do agente, por referência à neurociência da ação e da consciência, pormenorizadamente, ANA BÁRBARA SOUSA E BRITO, *op. cit.*, pp. 370 e ss.

⁶²⁵ DIEGO M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 529.

consequência, desculpáveis, situações de erro que, malgrado não veicularem uma impossibilidade fáctica de acesso à consciência da ilicitude, todavia, equiparam-se a um erro “*normalmente invencível*”⁶²⁶. Concretizando estas hipóteses, LUZÓN PEÑA tem por referência a posição de ROXIN, conquanto empreenda um raciocínio *a contrario*. Assim, vem propugnar LUZÓN PEÑA que o erro há de ser *normalmente* inevitável / invencível quando: 1) o agente não tenha tido qualquer motivo para refletir acerca da ilicitude da conduta que queria prosseguir e, conseqüentemente, não tenha tido o dever de se informar; 2) tenha havido um motivo que tenha levado o agente a refletir e a empreender um esforço para cumprir o dever de se informar e ele tenha procurado consultar um advogado ou uma entidade competente para o efeito ou tenha procurado esclarecer-se por si próprio, por referência a um esforço exegético incidente sobre disposições normativas claras e simples; 3) conquanto tenha tido um motivo para refletir e sobre si tenha recaído, por vias disso, o dever de se informar e o agente se não tenha informado de forma suficiente e tenha partido do princípio de que a sua conduta era lícita, se vem a provar que o cumprimento do dever de se informar não iria resolver o problema da consciência da ilicitude sobre a conduta, posto que o especialista, nessa situação, teria confirmado a permissibilidade da ação⁶²⁷.

Quanto aos casos limite, onde se tem discutido o que se deve qualificar por erro evitável ou por consciência eventual da ilicitude, LUZÓN PEÑA defende uma interpretação restritiva incidente sobre a consciência eventual da ilicitude, nas situações em que o agente tenha procurado, de forma diligente, dissipar as suas dúvidas, suportando a convicção de permissibilidade da sua conduta numa posição interpretativa minoritária, mas que tenha sido adotada pela jurisprudência. Aí, para o autor, o erro deve reputar-se evitável⁶²⁸. Somos levados a discordar desta asserção. Em tais casos, o risco de disputa de decisões contraditórias prolatadas pelos tribunais não deve ser imputado ao agente; é, com efeito, ao Estado-legislador que incumbe o dever de criar leis penais com determinação suficiente para uma aplicação o mais uniforme possível. Por outro lado, o agente, ao confiar nas decisões dos tribunais, age de boa fé, pelo que o *ius puniendi*, em tais casos, deve ser paralisado e o erro do agente reputar-se inevitável.

Esta nossa linha de raciocínio é, outrossim, confirmada na doutrina espanhola por INÉS OLAIZOLA NOGALES. Seguindo de perto, no que tange aos pressupostos gerais de

⁶²⁶ *Idem, Ibidem.*

⁶²⁷ DIEGO M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 530.

⁶²⁸ DIEGO M. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal – Parte General, cit.*, p. 526.

inevitabilidade do erro, a linha roxiniana, já quanto ao problema da motivação da conduta do agente por um conteúdo jurídico que está em contradição com outras instâncias jurisdicionais equivalentes, sustenta OLAIZOLA NOGALES que o erro há de ser inevitável, porquanto, a equivocidade subjacente ao caráter irresolúvel da questão não deve ser imputada ao agente; ao agente que, de forma diligente, procurou informar-se e, nesse sentido, resolver a dúvida, não se pode exigir mais do que foi produzido pela jurisprudência; o risco não é dele, mas das entidades que assim procederam⁶²⁹. Em tais casos, para a autora, o agente, uma vez que tem motivos para crer, com um alto grau de razoabilidade motivacional, que a sua conduta está em conformidade com o direito, exprimindo, assim, uma atitude de respeito face à ordem jurídica, deve ver a sua culpa excluída⁶³⁰

ADÁN NIETO MARTÍN, tendo realizado um aprofundado estudo sobre a problemática da vencibilidade do erro sobre a ilicitude e nele desenvolvido uma abordagem mais subjetiva, vem demandar a necessidade de um contexto comunicativo entre o agente e a norma, para que se fale em evitabilidade. Esse contexto existe quando o agente tem dúvidas ou razões que o levem a certificar-se da conformidade da sua conduta com o direito. E assim é, porquanto a dúvida gera no agente a representação de duas alternativas comportamentais possíveis, conquanto axiologicamente distintas, e essa representação constitui o fio condutor para a reflexão ou a informação. Ademais, é esse contexto que permitirá censurar o erro ao agente, porquanto demonstrativo de uma acessibilidade normativa, ainda que vaga⁶³¹. Mas, enuncia o autor, a existência de dúvidas ou motivos não é por si só suficiente para censurar o erro. É necessário, além disso, comprovar que o agente empreendeu um esforço tendente à clarificação da qualidade da conduta. E, embora não tenha empreendido tal esforço, o erro não é automaticamente censurável. Com efeito, se se provar que, não obstante a omissão de tal esforço, se o agente o tivesse empreendido, daí não resultaria o acesso à consciência da ilicitude, o erro reputar-se-á inevitável⁶³².

Para NIETO MARTÍN, como a essência da evitabilidade assenta na efetiva possibilidade de ter consciência da ilicitude, há de reconhecer-se que o esforço empreendido para

⁶²⁹ INÉS OLAIZOLA NOGALES, *El Error de Prohibición*, texto policopiado (correspondente à apresentação no Congresso Los retos actuales de la Teoría del delito), Barcelona, 2015, II, § 3, disponível em <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Olaizola.-EL-ERROR-DE-PROHIBICI%C3%93N.pdf>.

⁶³⁰ *Idem, Ibidem*.

⁶³¹ ADÁN NIETO MARTÍN, *El Conocimiento del Derecho – Un Estudio Sobre La Vencibilidad del Error de Prohibición*, Barcelona: Atelier, 1999, pp. 168-169.

⁶³² ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, p. 172.

dissipar a dúvida constitui um *meio*; e como meio que é, tem de revelar idoneidade no acesso à consciência da ilicitude. Se essa idoneidade se não vem efetivamente a verificar, por se concluir que, de qualquer forma, o agente não teria acesso à consciência da ilicitude, daí não pode resultar um juízo de culpa. Com efeito, “*impossibilium nulla est obligatio*”, numa lógica de comportamento lícito alternativo⁶³³. Aí, não importa determinar a fonte de informação a que o agente teria recorrido, uma vez que isso não é passível de comprovação empírica; o que releva convocar é um “*operador jurídico competente e sério*”⁶³⁴, solução que se nos afigura mais consentânea com a asserção, segundo a qual se, ante a complexidade e dificuldade da situação jurídica, nenhum profissional ou entidade lograria a sua resolução, o erro há de ser inevitável; e, conquanto o agente represente duas possibilidades distintas de comportamento, dotadas de uma diferenciação axiológica, a inevitabilidade do erro, face ao carácter irresolúvel da situação jurídica, há de operar a favor do agente.

NIETO MARTÍN, de forma bastante sugestiva, elabora uma aproximação subjetiva, a fim de cumprir com a dimensão material do princípio da igualdade. Para o autor, a fim de empreender uma individualização do juízo de evitabilidade, releva ter em conta o grau de formação, inteligência, cultura, inserção social do agente, etc., o que é determinante para averiguar, de forma adequada, qual seria a informação escolhida e o grau de confiança na capacidade do agente para avaliar a qualidade da sua ação⁶³⁵.

Para além dos critérios supramencionados, sugere NIETO MARTÍN que um erro só será evitável se, do ponto de vista preventivo, a pena se revelar socialmente útil. Ademais, outros interesses devem ser ponderados, tais como a tolerância, a segurança jurídica, o princípio da determinação, a confiança nas decisões judiciais, etc.⁶³⁶ Louvamos o esforço de NIETO MARTÍN de convocar para a discursividade da culpa e das necessidades preventivas elementos que são determinantes para uma justa determinação da responsabilidade global do agente. Apenas é de notar que, para além do socialmente útil, a pena deve ser individualmente útil, sob pena de comportar uma dessocialização do agente. Vejamos como operam tais considerações de matriz principiológica na determinação da vencibilidade ou invencibilidade do erro.

⁶³³ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pp. 172-173.

⁶³⁴ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, p. 173.

⁶³⁵ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, p. 174.

⁶³⁶ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, p. 175.

Quanto ao princípio da tolerância, sustenta NIETO MARTÍN que “*um Estado Democrático deve estar disposto a admitir que existe menor necessidade de pena naqueles casos de erro pessoalmente vencível que se produzem a respeito de condutas cuja punibilidade é socialmente polémica*”. O princípio da tolerância, ao ser enxertado na prevenção, faz com que as necessidades desta dimanadas diminuam. Com efeito, se há pontos de vista igualmente válidos, conquanto socioculturalmente díspares, que se refletem no discurso da legitimidade punitiva, o Estado deve ser favorável à aceitação desse discurso e aos seus efeitos *bonam partem*⁶³⁷.

O princípio da determinação ou determinabilidade da lei penal, como já apreciámos *supra*, vai influir decisivamente nos casos em que, tradicionalmente, eram reconduzidos ao erro evitável ou à consciência eventual da ilicitude, mas que se vêm a revelar, materialmente, em casos de erro inevitável. Com efeito, e como de forma bastante acertada nota NIETO MARTÍN, se uma disposição normativa dá azo a várias interpretações possíveis e contraditórias entre si e os tribunais não lograram determinar qual prevalece, as necessidades preventivas que poderiam existir veem-se comprimidas, pois que, se o Estado não desempenha cabalmente a tarefa de legislador (função legislativa) com a necessária precisão e determinação (ou determinabilidade), não se pode dizer que daí resulta uma adequação informativa do quadro legiferante. Se as leis não são claras, quando há uma imposição constitucional que demanda a sua precisão, não é aceitável que o cidadão tenha de carregar todos os riscos concernentes ao desconhecimento desse quadro normativo insuficientemente precisado / determinado. E isto, sob pena de a pretensão punitiva se erigir num abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*⁶³⁸.

Tal asserção vem ser confirmada por considerações que dimanam do princípio da boa fé e da confiança. Daqui resulta que se um órgão estatal proporciona uma interpretação ou atua de forma a que atribua ao cidadão a confiança suficiente para reputar como lícito o seu comportamento, a conduta materialmente ilícita não merece a aplicação da pena, pelo que, desde o momento em que o cidadão confia na informação estatal existem expectativas jurídicas, suscitadas pela confiança na honorabilidade do Estado, que devem ser tuteladas. Se o Estado atua de uma forma e depois entra em contradição com essa atuação, tal não deverá ser assacável ao agente a título de responsabilidade

⁶³⁷ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pp. 187-188.

⁶³⁸ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pp. 192-194.

criminal⁶³⁹. Por outro lado, prossegue NIETO MARTÍN, também do ponto de vista da prevenção geral positiva, se o fim da pena se consubstancia na afirmação da força normativa, de forma a assegurar o livre desenvolvimento da sociedade, então o Estado, ao aplicar as normas, deve reger-se por postulados de justiça; se não atuar justamente, não logrará que os cidadãos assimilem o conteúdo da norma. Assim, o erro há de reputar-se inevitável quando o agente funda a convicção de permissibilidade da sua conduta numa linha jurisprudencial que é ulteriormente modificada, i.e., após a comissão do facto⁶⁴⁰. Isto deriva da lógica subjacente à proibição da retroatividade *in malam partem* da lei penal. Também em caso de jurisprudência contraditória entre si, ante a falta de segurança jurídica imputável ao legislador, por permitir um incremento hermenêutico tão díspar, o erro há de ser inevitável⁶⁴¹.

O merecimento da pena cairá, outrossim, substancialmente, quando o agente consulta um especialista, a fim de se esclarecer, ainda que a informação prestada lhe não tenha dissipado todas as dúvidas, pois que, por norma, se pode e deve confiar no parecer dos profissionais entendedores da matéria em causa⁶⁴².

A posição de NIETO MARTÍN vai ao encontro, no essencial, da nossa posição, uma vez que vem desenvolver e concretizar as observações críticas que temos tentado elaborar ao longo deste capítulo. A ela voltaremos em *posição adotada*.

4.3. ORDENAMENTOS JURÍDICOS LATINO-AMERICANOS

Também na América Latina se assistiu a uma receção das doutrinas alemã e espanhola, quer ao nível das legislações, quer ao nível da própria doutrina.

Quanto às legislações, importa realizar um primeiro esforço exegético das principais disposições latino-americanas reguladoras do erro sobre a ilicitude.

Dispõe o art. 21º do CP brasileiro⁶⁴³ que “o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Par. Único – Considera-se evitável o erro se o agente atua ou omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas

⁶³⁹ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pp. 198-199,

⁶⁴⁰ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pp. 200-202.

⁶⁴¹ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pp. 203-204.

⁶⁴² ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pp. 212.

⁶⁴³ Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91614/codigo-penal-decreto-lei-2848-40>.

circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”. Deparamos com a consagração da teoria da culpa no presente preceito, sendo que, se tem entendido na doutrina jurídico-penal brasileira que a isenção da pena, nestes casos, se reconduz à exclusão da culpa⁶⁴⁴.

O art. 14º, 2º parágrafo, do CP peruano⁶⁴⁵ veio, essencialmente, reproduzir a disposição paralela do CP espanhol. Estatui tal disposição normativa que *“o erro invencível sobre a ilicitude do facto constitutivo da infração penal exclui a responsabilidade. Se o erro for vencível, a pena será atenuada”*, também consagrando a teoria da culpa⁶⁴⁶.

Mais problemática se revela a consagração do erro sobre a ilicitude no ordenamento jurídico argentino. O CP argentino⁶⁴⁷ não positivou, de forma inequívoca, o erro sobre a ilicitude. A única norma que pode relevar para esta problemática é a constante do art. 34º, n.º 1 do CP argentino. Dispõe tal norma que não é punível *“1º - aquele que não puder no momento do facto, seja por insuficiência das suas faculdades, por alterações mórbidas das mesmas ou pelo seu estado de inconsciência, erro ou ignorância de facto não imputável, compreender a criminalidade do facto ou dirigir as suas ações”*. Há quem entenda que quando esta disposição se refere à capacidade de compreensão do carácter criminoso do facto, daí se deduz a consagração do erro sobre a ilicitude. Mas note-se que a norma só faz referência ao erro de facto – quanto a nós, de forma bastante infeliz, uma vez que a diferenciação entre erro de facto e erro de direito já há muito que está ultrapassada -, numa clara alusão ao erro do tipo. Mas nem por isso o erro sobre a ilicitude deixa de ficar consagrado no ordenamento jurídico argentino. Como bem nota EDGARDO DONNA, o erro sobre a ilicitude resulta de uma leitura dos artigos 18º (que recebe as normas de direitos humanos na Constituição material) e 19º (que consagra o princípio da liberdade, por referência à autonomia da vontade) da Constituição argentina. Daí resulta, diz DONNA, que *“é óbvio que apenas é possível sancionar alguém se se o advertiu previamente de tal possibilidade. De contrário, o sujeito estaria livre de atuar conforme os seus princípios”*⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ Cf. FRANCISCO ASSIS TOLEDO, *op. cit.*, pp. 277 e ss.

⁶⁴⁵ Disponível em <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>.

⁶⁴⁶ Cf. JOSÉ HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Vol. I, 3ª edição, Lima: Grigley, 2005, pp. 669-670.

⁶⁴⁷ Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

⁶⁴⁸ EDGARDO ALBERTO DONNA, *Teoría del Delito y de la Pena*, Vol. 2, *Imputación Delictiva*, Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 278.

Da leitura dos subsídios doutrinários latino-americanos, resulta que grande parte dos autores, ou adotou o critério do homem médio⁶⁴⁹, ou, com pequenas variações, as soluções dogmáticas propostas pela doutrina majoritária alemã⁶⁵⁰, pelo que a sua apreciação no corpo textual da presente dissertação seria pecar por repetição. Atentaremos, contudo, nas especificidades que apresentam as posições de ALAOR LEITE e EUGENIO ZAFFARONI.

ALAOR LEITE vem desenvolver uma posição radicalmente oposta ao critério da tensão da consciência. Em apreciação crítica ao critério proposto pelo BGH, na sentença de março de 1952 já atrás analisada, propugna ALAOR LEITE que a fundamentação de uma culpa reduzida a um dever geral de informação violaria o princípio da legalidade, pois que tal dever não está previsto legalmente, o que redundaria na criação *contra legem* de um crime por omissão própria⁶⁵¹. Por outro lado, tal posição comportaria um *regressus ad infinitum* – se o agente desconhece, quer a ilicitude do facto que cometeu, quer o dever geral de informação, ele será punido pela violação do dever geral de se informar sobre o dever geral de informação. Tal consubstancia uma culpa pelo modo de vida, que é, em todo o caso, uma culpa do agente e não do facto⁶⁵². ALAOR LEITE defende que quem sustenta o dever geral de informação pressupõe que as normas jurídico-penais são ou devem ser sempre conhecidas pelos seus destinatários, qual onnipresença proibitiva. Em consequência, esta tese pode traduzir-se numa culpa pelo modo de vida, onde toda a conduta é considerada suspeita, o que viola o carácter de *ultima ratio* do direito penal, onde a regra é a permissão e a proibição a exceção. Tal premissa paralisaria a vida em sociedade, pois o cidadão, antes de qualquer atuação, teria sempre de diligenciar pelo conhecimento da norma⁶⁵³.

Não poderíamos estar mais de acordo, uma vez que o critério da tensão da consciência, levado às últimas consequências, poderia reprimatizar a máxima romanística, segundo a qual *error iuris nocet*, ou, no mínimo, excluir a inevitabilidade do erro. Intentar impor ao indivíduo, com as suas particularidades, uma exigência igualitária de comportamento de acordo com a prudência que transcende as capacidades normais do leigo, seria

⁶⁴⁹ Cf. DAMÁSIO DE JESUS, *Direito Penal – Parte Geral*, 32ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 532-533; ARTUR GUEIROS, CARLOS EDUARDO JAPIASSÓ, *Direito Penal (Vol. Único)*, São Paulo: Atlas, 2018, pp. 284-285.

⁶⁵⁰ Cf. FRANCISCO ASSIS TOLEDO, *op. cit.*, pp. 260-264; 270; JUAREZ CIRNINO DOS SANTOS, *Direito Penal – Parte Geral*, 5ª edição, Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, pp. 305-309; EDGARDO ALBERTO DONNA, *op. cit.*, pp. 297-301; JOSÉ HURTADO POZO, *op. cit.*, pp. 667-670.

⁶⁵¹ ALAOR LEITE, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁵² ALAOR LEITE, *op. cit.*, pp. 220-221.

⁶⁵³ ALAOR LEITE, *op. cit.*, p. 221.

incrementar um quadro de estagnação individual e de paralisação social. É humanamente impossível que todo o indivíduo possa conhecer e apreender todas as normas. Intentar exigir tal conhecimento é uma demanda destinada, *ab initio*, ao fracasso⁶⁵⁴.

A fim de enquadrar cabalmente o papel do dever de informação, ALAOR LEITE recorre à teoria das normas, sustentando que a norma secundária, consubstanciada no dever de abstenção da prática do facto surge quando há um controlo do agente consubstancial à consciência da ilicitude. Trata-se de uma abstenção categórica. Já quando o agente tem um motivo para se informar, surge uma diferente norma secundária, de conteúdo “*informe-se*”, veiculando, não uma “*proibição categórica*”, mas uma “*proibição dilatária*”, assente no dever de informação. O cumprimento de tal dever assume a função de atualização da consciência da ilicitude da proibição que lhe está subjacente⁶⁵⁵. Trata-se, com efeito, de uma exigência que recai sobre o destinatário da norma para adquirir – uma vez que tal se não revela objetiva e subjetivamente impossível – os conhecimentos ou competências idóneas à observação da norma primária, que carrega a proibição penal⁶⁵⁶.

No que concerne ao surgimento do dever de informação, ALAOR LEITE debruça-se, essencialmente, sobre duas hipóteses: 1) situações de dúvida; 2) âmbitos especialmente regulados.

Quanto à primeira hipótese, dúvidas de maior se não descortinam: diz LEITE que quando o agente duvida se a natureza da sua conduta é ou não proibida, i.e., quando a situação é pouco clara, do ponto de vista axiológico-normativo, surge um dever concreto de se informar. Nas suas palavras: “*a existência de uma proibição moral enraizada deve servir de impulso para que o agente se informe se a conduta aparentemente imoral, é, também, ilegal ou punível*”⁶⁵⁷. Quanto a nós, sempre se dirá, contudo, que se tal imoralidade se consubstanciar num mínimo ético conformador do direito, mormente do direito penal de justiça, parece-nos que um esforço de consciência ou de reflexão é suficiente para o agente aceder à consciência da ilicitude. As situações pouco claras parecem reportar-se, neste âmbito, àqueles crimes cuja densidade axiológico-

⁶⁵⁴ Cf. BRUNO MOURA, “Dúvida e Erro Sobre a Proibição no Direito Penal – A Atuação nos Limites Entre o Permitido e o Proibido, de Alaor Leite”, in *RBCC (Revista Brasileira de Ciências Criminais)*, ano 21, Vol. 103, 2013, p. 426.

⁶⁵⁵ ALAOR LEITE, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁵⁶ Cf. BRUNO MOURA, *op. cit.*, p. 428.

⁶⁵⁷ ALAOR LEITE, *op. cit.*, pp. 226-227.

normativa, conquanto patente, é objeto de discussão. É o caso dos crimes de aborto, de homicídio a pedido da vítima, de suicídio assistido, etc., por exemplo, praticados por estrangeiros que se não informaram acerca do caráter da conduta.

Já quando o agente atua em setores especificamente regulados, o dever de se informar sobre tal regulação resulta de o agente se inserir em tais âmbitos, a fim de se mover dentro do permitido e de forma adequada, posto que há bens jurídicos de terceiros que devem ser protegidos. No entanto, para ALAOR LEITE, ante a proliferação de normas proibitivas, mormente organizatórias ou regulamentares, que compreendem todo o habitáculo de atividades específicas, afirmar que sempre que o agente se insere num âmbito especificamente regulado há lugar a um dever específico de informação, cuja violação redundaria na inevitabilidade do erro, é dar azo à reprimenda da teoria do dever geral de informação. Assim, “*é preciso, no plano subjetivo, que o sujeito saiba que aquela atuação possui regras específicas e que essas regras tenham um determinado peso, i.e., que o seu estabelecimento ocorreu para a proteção de bens jurídicos de terceiros*”⁶⁵⁸, assentando a culpa, em tais situações, na exigência da “*violação de um dever concretamente determinável no tempo*”⁶⁵⁹.

Tal posição aparenta aproximar-se da linha de pensamento que temos sugerido. Com efeito, quando convocados os fatores *adaptabilidade* e *temporalidade*, o que releva determinar é se o agente, quer na participação do tráfico, quer na atividade que prossegue, pôde apreender, de forma progressiva, o peso da regulação a que ele, por referência à atividade ou ao tráfico, está sujeito. Com o tipo social do agente pretende-se afirmar que essa apreensão normativa e cognitiva está sujeita a uma geometria variável, de acordo com a inserção social do agente e o tipo de atividade em questão. Assim, na medida de aproximação subjetiva possível, se se verificar tal possibilidade, pode fundamentar-se uma inevitabilidade material do erro por referência à previsibilidade e à cognoscibilidade da norma, i.e., apesar de o agente não ter conhecido a norma no momento da prática do facto, ele sabia que a sua atividade estava sujeita a uma regulação específica, de modo a que ele não ultrapassasse, no âmbito do seu exercício, o plano da licitude, de forma a não lesar ou perigar bens jurídicos protegidos.

Quando o agente cumpra o dever específico de se informar, tendo por consequência atualizado a consciência da ilicitude, surge o imperativo de abstenção categórica. Quer

⁶⁵⁸ ALAOR LEITE, *op. cit.*, p. 229.

⁶⁵⁹ ALAOR LEITE, *op. cit.*, p. 230.

isto dizer, para ALAOR LEITE, que “*apenas nesse momento é que o Estado pode exigir legitimamente uma abstenção categórica por parte de seus cidadãos e puni-los em caso de violação dessa exigência*”. Caso o agente viole tal dever, releva verificar se, hipoteticamente, o cumprimento de tal dever teria atualizado a consciência da ilicitude. Caso se conclua que não, o erro sobre a ilicitude é inevitável. E tal assenta na constatação de que “*em situações de dúvida e indefinição sobre os limites entre o permitido e o proibido, não pode o Estado exigir uma abstenção categórica*”⁶⁶⁰.

Tal asserção revela-se assaz acertada. Se o Estado, através do papel de legislador ou de aplicador, não logra uma precisa determinação da norma penal, dando azo a situações de disputas consubstanciais a dúvidas e indefinições dificilmente sanáveis sobre aquilo que é permitido ou proibido, não pode arrogar-se o direito de exercer o *ius puniendi*; tal risco deve ser a si imputado, sob pena de abuso de direito incidente sobre a pretensão punitiva. Nas palavras do próprio ALAOR LEITE: “*É o Estado quem define o limite da proibição através da legislação e da jurisprudência, e caso o próprio Estado não consiga emitir uma ordem clara de comportamento ao sujeito, tampouco pode puni-lo ex post*”⁶⁶¹.

Destarte, para ALAOR LEITE, a situação de dúvida consubstancia um verdadeiro erro sobre a ilicitude, constituindo um motivo concreto para o dever de informação. Se o agente não tem a certeza que a sua conduta é ou não permitida, incorre em erro sobre a ilicitude evitável⁶⁶².

Levantamos muitas reservas quanto a esta asserção. Com efeito, se o agente tem dúvidas e as não dissipa, optando pela atuação, ele representa duas condutas axiológico-normativamente possíveis: uma lícita e uma ilícita e, não obstante essa representação valorativa, ele leva a conduta avante⁶⁶³. Não se pode resignar, sem mais, à consideração de que o agente, ante a representação valorativa associada à possibilidade de ilicitude da conduta, atua, em tais casos, com consciência eventual da ilicitude. Apenas quando a dúvida não for resolúvel é que, apesar de o agente ainda contar com a ilicitude da conduta, haverá erro. E aí, ele será invencível, afastando-se a sua responsabilidade, numa lógica análoga ao princípio *in dubio pro reo*.

⁶⁶⁰ ALAOR LEITE, *op. cit.*, pp. 234-235.

⁶⁶¹ ALAOR LEITE, *op. cit.*, p. 226.

⁶⁶² ALAOR LEITE, *op. cit.*, p. 232.

⁶⁶³ Também assim, BRUNO MOURA, *op. cit.*, p. 429.

Já ZAFFARONI, partindo de um conceito de culpa que tem por referência a autodeterminação do agente no momento do facto e a censura pelo facto de vulneração do sistema penal⁶⁶⁴, erige, como critério compreensivo e conformador das causas de exclusão da culpa ou de desculpa a inexigibilidade, que tem por referência a autodeterminação pressuposta pela culpa. Assim, propugna ZAFFARONI que cada vez que o âmbito de autodeterminação não logre um limiar mínimo, não se poderá exigir juridicamente ao agente uma conduta diferente daquela que foi efetivamente realizada, pelo que todas as causas de exclusão da culpa ou de desculpa são pressupostas pela inexigibilidade de outra conduta, sendo a inexigibilidade o denominador comum de todas as causas de exclusão da culpa ou de desculpa. E assim é, na senda de ZAFFARONI, porquanto, embora o âmbito de autodeterminação exista sempre, pelo facto de ser inerente à condição da pessoa humana, é inegável que as características pessoais do agente, quais sejam, o carácter, a personalidade, a sua vivência, o meio onde se insere, grau de cultura e formação, grau de socialização, experiências anteriores, etc., são circunstâncias que o condicionam⁶⁶⁵. Assim, o carácter e as demais circunstâncias pessoais e biográficas do agente são relevantes ao nível do juízo de censura. E note-se que se não está a reprovar aquilo que o agente é; apenas se está a recolher dados para determinar a magnitude do âmbito de autodeterminação que, em concreto, vai influir na medida da culpa e da pena⁶⁶⁶.

Como opera a inexigibilidade no específico âmbito do erro sobre a ilicitude? ZAFFARONI começa por afirmar que a exigência de lei prévia dimanada do princípio da legalidade tem por fim que os cidadãos possam conhecer e compreender a cominação penal de determinado facto antes da sua realização, pelo que quando essa compreensão inexistente, i.e., quem não está em condições de saber que o facto que pratica se trata de um facto criminoso, não pode ser censurado juridicamente, sob pena de violação das mais elementares regras da racionalidade jurídica. Ora, o princípio da culpa, como consequência necessária da legalidade, impede, em tais casos, o exercício do *ius puniendi*⁶⁶⁷. Sem embargo, pode assim não ser, no que toca aos crimes que são dotados de elevada carga axiológica. Mas veja-se que há um conjunto alargado de

⁶⁶⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 2ª edição, Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 520.

⁶⁶⁵ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 532.

⁶⁶⁶ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 533.

⁶⁶⁷ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 532.

disposições penais apartado de transparência e de um preciso conteúdo valorativo. Mesmo não raro, aqueles que as interpretam têm dificuldades de maior em fazê-lo⁶⁶⁸.

Apesar de este entendimento, quanto ao resultado, ser correto, parece-nos que há, no raciocínio de ZAFFARONI, uma confusão entre elementos da culpa. A exclusão da culpa nos casos de erro sobre a ilicitude não se deve, com efeito, a uma pressão exógena extremada que condiciona, de forma substancialmente alargada, a possibilidade de o agente dirigir o seu comportamento em conformidade com o direito, que leva à sua desculpa, mas sim a falta de consciência da ilicitude; é por referência à consciência da ilicitude que o agente pode autodeterminar-se de acordo com o apelo normativo. Neste *tópico*, quando se fala em exigibilidade ou inexigibilidade, tem-se por referência as situações de dúvida irresolúvel ou de inexigência de consulta de vários profissionais ou de empreendimento de sucessivas indagações, a fim de lograr uma certeza absoluta do caráter da conduta. Mas o elemento que opera é a consciência da ilicitude – a sua falta, aqui, é que exclui a culpa e não a inexigibilidade, que tem por referência, mormente, o estado de necessidade desculpante⁶⁶⁹.

Já quanto à determinação da evitabilidade do erro sobre a ilicitude, para ZAFFARONI, ela deve ter em conta o indivíduo em concreto e as circunstâncias que o rodearam, pelo que têm de ser analisados os seguintes aspetos essenciais: a) se foi possível recorrer a algum meio adequado de informação; b) se o recurso à reflexão ou à informação foi preterido ante a urgência em decidir e agir; c) se era exigível que o agente acesse à consciência da ilicitude da conduta, o que não sucede quando, tendo em conta a sua capacidade intelectual, a sua instrução e pressupondo um *standard* mínimo de prudência, não haveria motivos para a presumir. E assim é, porquanto, convocando a função limitadora da culpa, diz ZAFFARONI, a vencibilidade do erro deve ser determinada com as condições pessoais do agente e nunca em função de uma pretensa objetividade, que se cifra numa figura ideal (v.g. o homem médio)⁶⁷⁰.

No essencial, a posição de ZAFFARONI merece a nossa concordância. Embora a censura por referência a um agente concreto não seja passível de comprovação

⁶⁶⁸ *Idem, Ibidem.*

⁶⁶⁹ E note-se que, malgrado a pressão exógena extremada, que influi na conduta do agente, nada obsta à afirmação de que ele pode ter representado, ao nível valorativo, a antijuridicidade da conduta. O que está em causa não é a representação valorativa, mas sim um juízo traduzido no afastamento da censura, por se considerar que, no caso, não era exigível que o agente adotasse outra conduta, ante o circunstancialismo fáctico em que se viu envolvido.

⁶⁷⁰ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 537.

empírica, os elementos subjetivos aduzidos por ZAFFARONI, para efeitos de determinação da evitabilidade, são demonstrativos da adequação para a aproximação subjetiva possível, ínsita ao tipo social do agente, o que leva a juízos político-criminalmente mais adequados e decisões mais justas.

4.4. ORDENAMENTO JURÍDICO ITALIANO

A ciência penal italiana, até há pouco tempo, estava arreigada a concepções dogmáticas mais tradicionais. Tanto assim é, que, até tempos *recentes*, o ordenamento jurídico italiano não consagrava a eficácia escusante do erro sobre a ilicitude, não obstante a eficácia de tal erro no quadro das sanções de natureza administrativa (contravenções)⁶⁷¹. O art. 5º do CP italiano dispõe que “*ninguém pode invocar como sua escusa a ignorância da lei penal*”⁶⁷². E tal devia-se, no pensamento da doutrina tradicional, quer ao dever de o agente estar consciente dos valores inscritos numa consciência axiológica comum, a fim da conservação dessa unidade valorativa, quer porque a lei deve ter um cunho majestático-imperativo, não podendo estar condicionada pela geometria variável da psicologia, nem pela prova do seu conhecimento⁶⁷³. Mas tal parece contrariar o princípio da culpa.

Já nas décadas de 70 e de 80 do século passado, BETTIOL sustentava que o ânimo do agente deve compreender e exprimir, não apenas o conhecimento do facto, mas, outrossim, a sua natureza desvaliosa. I.e., é mister que, para efeitos de responsabilização, o agente atue com consciência da ilicitude material do facto, na medida em que a sua comissão se contrapõe aos interesses jurídico-penalmente protegidos⁶⁷⁴. Para BETTIOL, o art. 5º do CP italiano contrastava, de forma ostensiva, com a realidade psicológica, sendo imposto apenas por razões políticas, intentado reduzir o problema da consciência da ilicitude a um plano puramente formalista⁶⁷⁵. Do ponto de vista material, tendo em conta exigências ético-psicológicas, deve reconhecer-

⁶⁷¹ TULLIO PADOVANI, *Diritto Penale*, 4ª edição, Milão: Giuffrè Editore, 1998, pp. 307-309. O erro excluía a responsabilidade do agente, caso incidisse sobre uma contravenção, contanto que este fundamentasse a permissibilidade da conduta num parecer positivo de autoridade pública, numa sentença absolutória, que tivesse por objeto uma conduta idêntica, ou numa persistente tolerância por parte da administração quanto à conduta ilícita. *Idem, Ibidem*.

⁶⁷² Tradução do preceito transcrita em GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penal – Parte Geral*, Tomo III, trad. de Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra Editora, 1973, p. 105.

⁶⁷³ Cf. *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale*, § 3, disponível em <https://www.cortecostituzionale.it/>.

⁶⁷⁴ GIUSEPPE BETTIOL, LUCIANO PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale*, 12ª edição, Pádua: CEDAM, 1986, pp. 508-510.

⁶⁷⁵ GIUSEPPE BETTIOL, LUCIANO PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale*, *cit.*, p. 558.

se eficácia desculpante ao erro sobre a ilicitude, ao menos quando o erro tenha por objeto crimes que não tenham um grau de ilicitude assaz patente⁶⁷⁶.

Alvitrava BETTIOL que o ordenamento jurídico italiano, mormente jurídico-penal, consagrava a máxima romanística, segundo a qual *error iuris nocet*, consubstancial a uma linha de pensamento jurídico injusta e arcaica, totalmente desconforme com os aspetos psicológicos mais elementares da ação humana jurídico-penalmente relevante, aspetos esses que têm por base, segundo a doutrina tradicional, a função de garantia e de observação da norma. E como muito bem nota BETTIOL, uma obrigação, mormente a obrigação de conhecer o direito, só pode ser cumprida, na medida em que pode ser exigido o seu cabal cumprimento. Ora, ante a pluralidade complexa de normas existentes, o cumprimento da obrigação de conhecer toda a lei penal redundaria num absurdo⁶⁷⁷. Nas suas palavras: “*não se pode dizer que aquele que se haja determinado à acção ignorando ou errando acerca da existência de uma norma penal, quando essa ignorância ou erro sejam invencíveis, tenha tido um comportamento contrário ao dever*”⁶⁷⁸.

A doutrina italiana, na década de 80, começou a insurgir-se contra o carácter absoluto do art. 5º do CP italiano, pugnando pela eficácia escusante, ao menos, da *ignorantia legis* invencível.

E efetivamente, a *Sentenza* n.º 364/1988 da *Corte Costituzionale* italiana veio, finalmente, no fim da década de 80, contrariar séculos de uma dogmática da culpa assaz tradicionalista, resolvendo, embora não na totalidade, o problema da desconformidade entre o art. 5º do CP italiano e a Constituição italiana, na medida em que violava o princípio da culpa, declarando a sua inconstitucionalidade, na parte em que tal preceito não conferia relevância exculpatória à *ignorantia legis* inevitável. Atentemos nos fundamentos da decisão.

Da factualidade resulta o seguinte: A e outros foram acusados da prática da infração prevista no art. 17º, al. b), da Lei n.º 28, de janeiro de 1997 (realização de obras para finalidade agrícola, sem alvará de construção). No entanto, os réus foram considerados dignos de absolvição, por terem atuado em estado de ignorância e de boa fé, o que foi

⁶⁷⁶ GIUSEPPE BETTIOL, LUCIANO PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale, cit.*, p. 551.

⁶⁷⁷ GIUSEPPE BETTIOL, LUCIANO PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale, cit.*, pp. 561-562.

⁶⁷⁸ GIUSEPPE BETTIOL, *Direito Penal – Parte Geral, III, cit.*, p. 104.

contestado pelo órgão jurisdicional de reenvio, sustentando este que a Constituição preza pela unidade da ordem jurídica e pela defesa dos interesses legítimos de terceiros, o que se não compadece com a admissibilidade do erro de direito. Destarte, alguns pretores vieram a contestar a constitucionalidade da norma constante do art. 5º do CP italiano, na medida em que, se uma lei penal não pode ser conhecida, o agente deve ser desculpado⁶⁷⁹.

Expostos detalhadamente os argumentos da doutrina tradicional, a favor do *error iuris nocet*, vem a referida *Sentenza* refutá-los, sustentando que tais argumentos apenas parecem ter em conta aquelas normas que têm uma pretensão de ilicitude universal. Tendo em conta o movimento criminalizador, que se faz sentir em áreas bastante complexas, o que comporta um significativo aumento de proibições, não se pode dizer que existe uma “*consciência comum*”, passível de compreender todas essas normas, uma vez que estão em causa “*valores imprevisíveis*”. Por outro lado, a imposição de uma absoluta irrelevância da falta de consciência da ilicitude não é condição de validade da norma. Com efeito, muitos sistemas há em que se concede relevância exculpatória ao erro sobre a ilicitude e não é por isso que a lei é inválida e ineficaz. Ora, a consciência da ilicitude decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade, pelo que a imposição de um dever geral e autónomo de conhecimento da lei, na sua plenitude, consubstancia uma presunção *iuris et de iure* ou uma ficção de conhecimento da lei, o que contraria o princípio da essencialidade da consciência da ilicitude e, por vias disso, a escusabilidade da ignorância da lei penal. Tal vem a traduzir-se numa relação de “*incivilidade*” entre o art. 5º do CP italiano e a Constituição italiana⁶⁸⁰.

Entrando na análise do princípio da culpa, explana a *Corte Costituzionale* que a culpa tem uma função garantística, segundo a qual o fundamento do *ius puniendi* estatal se nela funda – a culpa é fundamento e limite do *ius puniendi*. Daqui decorre que a estrutura da lei penal, para ser conhecida ou cognoscível, deve estar suficientemente determinada ou ser suficientemente determinável, a ponto de o agente receber orientações comportamentais imediatamente reconhecíveis. Com efeito, os elementos *controlo*, *conhecimento* e *consciência* são indispensáveis a uma escolha livre; essa escolha livre é pressuposto da culpa, que, por seu turno, é pressuposto e limite do *ius*

⁶⁷⁹ *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale*, Considerações de Facto, §§ 1-3.

⁶⁸⁰ *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale*, Considerações de Direito, §§ 3-6.

puniendi. Se o agente não pode evitar a comissão do crime e se a inevitabilidade lhe não é assacável, ele não pode responder por esse facto⁶⁸¹.

Daqui se retiram pistas de leitura do art. 27º, §1 da Constituição italiana⁶⁸². Nos termos do § 1 de tal norma, “*a responsabilidade penal é pessoal*”. Do ponto de vista sistemático, ao vincular o n.º 1 ao n.º 3, o art. 27º demanda a culpa do agente face aos elementos da *fattispecie* típica da norma penal, posto que a função de “*reeducação do condenado*” não teria razão de ser se este não tivesse agido com culpa. Da culpa decorre a previsibilidade e a evitabilidade do facto⁶⁸³. Portanto, a culpa é pressuposto da punição do agente, devendo ficar excluídos do art. 27º, § 1 da Constituição italiana quaisquer resquícios de responsabilidade objetiva⁶⁸⁴.

Da vinculação entre o n.º 1 e do n.º 3 da lei fundamental italiana, advém a *ilegittimità costituzionale* da punição do facto que não constitua expressão da culpa do agente. Com efeito, só poderão ser punidos os erros que se consubstanciem numa desconformidade, ou, pelo menos, numa indiferença do agente para com os valores essenciais da convivência social, ínsitos na norma penal. Se o erro não for imputável à vontade do agente, a responsabilidade penal há de ver-se afastada⁶⁸⁵.

No entanto, a *Corte Costituzionale* vem referir-se, mais adiante, aos “*deveres instrumentais*” de conhecimento da lei penal. No entendimento daquele tribunal, os destinatários da norma devem empreender um esforço de consciência, uma tensão máxima, com o ensejo de tutelar os direitos e interesses legalmente protegidos dos demais. E quem adere ao cumprimento desses deveres, quais necessidades preventivas e obrigações de solidariedade estatal, não pode ser tratado da mesma forma que aqueles que, deliberadamente, os violaram, donde decorre que a ignorância inevitável da lei penal deve ser desculpada⁶⁸⁶. Com efeito, a efetiva possibilidade de conhecimento da lei penal é erigida a pressuposto mínimo de imputação (*lato sensu*); tal conhecimento, releva, em particular, do juízo de censura. Pelo que o art. 5º deve ser interpretado como postulado geral, mas não tem que ver com a concreta possibilidade

⁶⁸¹ *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale*, Considerações de Direito, §§ 7-8.

⁶⁸² Dispõe o art. 27º da Constituição italiana que: “*a responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado réu até condenação definitiva. As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado. Não é admitida a pena de morte*”. Tradução portuguesa pelo Senado da República Italiana com a colaboração de Paula Queiroz, versão de 2018, disponível em https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf.

⁶⁸³ *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale*, Considerações de Direito, § 11.

⁶⁸⁴ *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale*, Considerações de Direito, § 13.

⁶⁸⁵ *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale*, Considerações de Direito, § 14.

⁶⁸⁶ *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale*, Considerações de Direito, § 18.

de conhecimento da lei penal⁶⁸⁷. Nesta medida, a atribuição de relevância ao desconhecimento inevitável da lei penal como circunstância escusante deve ser compatível com o art. 5º do CP italiano⁶⁸⁸.

Após este desiderato discursivo-judicativo consubstancial à efetiva decisão que acima referimos, a *Corte Costituzionale*, de forma impressiva, vem fazer referência aos critérios de determinação da inevitabilidade da ignorância. Tal releva para evitar outras violações da Constituição. Importa esclarecer se o agente pode, por alguma via, aceder ao conhecimento da lei penal, não sendo legítimo que ele se aproveite de um erro geral sobre a ilicitude. Com efeito, da Constituição italiana resulta inadmissível uma conceção da culpa que permita não censurar o agente pelo facto, quando há a possibilidade de o indivíduo conhecer a lei penal e, por vias disso, a ilicitude da ação. Pelo que, para que a ignorância se repute inevitável importa, segundo aquele tribunal, ter em conta um critério objetivo e um critério misto. Segundo aquele, a inevitabilidade da ignorância resulta de uma impossibilidade de formar uma consciência acerca da ilicitude, ora porque o texto legal é assaz dúbio e obscuro, ora porque a atividade interpretativa é exacerbadamente caótica. Segundo este, o erro é inevitável, porquanto, na situação em que se formou a decisão de agir, qualquer sujeito teria, em princípio, incorrido no erro⁶⁸⁹.

A *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale* trata-se de uma decisão histórica para o ordenamento jurídico italiano, chegando mesmo MANTOVANI a qualificá-la de “corajosa” e “revolucionária”⁶⁹⁰, uma vez que finalmente veio consagrar a atribuição de eficácia escusante ao erro sobre a ilicitude. Mas nem por isso está isenta de reparos.

⁶⁸⁷ Cogitamos que é, outro tanto, desta forma que o art. 6º do Código Civil português (CC), segundo o qual “a ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas”, deve ser interpretado. Com efeito, o princípio, segundo o qual o desconhecimento da lei não escusa vem erigir uma presunção *iuris et de iure* de conhecimento, que não tem em conta a realidade jurídica em que vivemos, onde nos encontramos perante uma proliferação normativa altamente técnica e complexa, que suscita os maiores problemas de interpretação e de aplicação da lei. Assim, sempre se dirá que a afirmação segundo a qual, “é normal o conhecimento da lei” se trata de uma “pura ficção”. A rigidez do princípio tem de ser atenuada, por referência ao princípio da legalidade e ao princípio da culpa, no sentido em que o agente só pode cumprir a obrigação de conhecer a lei e de respeitar o direito e, por vias disso, ser censurado, se disso tiver possibilidade. Em consequência, o princípio vertido no art. 6º do CC deve subordinar-se à reserva da consciência da ilicitude material, posto que é por referência à consciência da ilicitude material que se descortina a possibilidade de cumprimento da obrigação de conhecimento da lei. Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, cit., pp. 55-58. Tal a interpretação corretiva de que o art. 6º do CC deve ser objeto, sob pena de incumprimento e abrogação, por via de um costume *contra legem*. Cf. JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 135.

⁶⁸⁸ *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale*, Considerações de Direito, §§ 19-20.

⁶⁸⁹ *Sentenza* n.º. 364/1988 da *Corte Costituzionale*, Considerações de Direito, §§ 26-28.

⁶⁹⁰ FERRANDO MANTOVANI, “Ignorantia Legis Scusabile ed Inexcusabile”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano 33, fasc. 2, 1990, p. 384.

Em primeiro lugar, a *Corte Costituzionale* não fez referência ao erro sobre a ilicitude evitável, sendo este equiparável, em consequência, a uma plena consciência da ilicitude. Ora, tal não se compadece com o caráter graduável da medida da culpa – um agente que incorre em erro evitável, conquanto por isso seja censurado, atua com uma culpa menor, ainda que possa ser pouco menor que aquele que atua com plena consciência da ilicitude. Ainda que se possa recorrer a uma ampla discricionariedade na fixação da medida da pena, no plano concreto, para efeitos de atenuação⁶⁹¹, haverá sempre uma qualificação errada, que pode redundar numa errada cominação da pena, porquanto materialmente injusta e em desconformidade com a medida da culpa do agente.

Em segundo lugar, quando a *Corte Costituzionale* convoca o critério da tensão da consciência para efeitos de cumprimento de deveres instrumentais de conhecer a lei, parece afastar-se daquilo que propugna ao longo da sua decisão. Não se pode convocar a existência de um dever geral de conhecer a lei, por referência a um constante esforço de consciência, sob pena de um *regressus ad infinitum*. Tais deveres emergem, no plano concreto, através da dúvida ou da inserção do agente num âmbito especialmente regulado, onde, por referência à reflexão ou informação, deve procurar esclarecer-se sobre a situação jurídica. Tais deveres só podem ser conhecidos por referência a esse pressuposto prévio.

Em terceiro lugar, em jeito de introdução aos critérios determinantes da invencibilidade do erro, a *Corte Costituzionale* sustenta que a Constituição não permite não censurar o agente, em caso de evitabilidade do erro. Mas tal não é necessariamente assim. Com efeito, conquanto o erro seja evitável, se do ponto de vista das necessidades preventivas, a punição resultar numa dessocialização do agente e não revelar a violação de expectativas jurídico-sociais, o agente deve ver-se apartado da responsabilidade criminal.

Por último, o critério misto de determinação da censurabilidade do erro parece consubstanciar-se, materialmente, num critério estritamente objetivo, convocando a tese do homem médio. Ora, se a ideia da *Corte Costituzional* é conferir relevância escusante à *ignorantia legis* inevitável, dificilmente logrará tal desiderato por referência ao homem médio, como já tivemos a oportunidade de apreciar neste capítulo.

⁶⁹¹ Cf. FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual di Diritto Penale – Parte Generale*, 14ª edição (revisão de Luigi Conti), Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 413.

Ainda assim, não obstante algumas vozes críticas terem vindo sustentar que a atribuição de relevância exculpatória à ignorância da lei redundava na introdução de um “*cavallo de troia da delinquência*”, qual veículo possibilitador da impunidade⁶⁹², tal decisão, como bem nota FERRANDO MANTOVANI, veio suprimir os resquícios de responsabilidade objetiva ainda existentes, incompatíveis com a responsabilidade individual, e consagrar, de forma expressa, o personalismo-garantístico, qual princípio conformador de todo o direito penal⁶⁹³. Apenas acrescentaríamos que a consagração da eficácia atenuante ao erro evitável iria precisar tal asserção. Destarte, e na essência, concordamos com MANTOVANI, sendo que as vozes tradicionalistas devem ser rejeitadas no plano do discurso dogmático-penal, porquanto, como nota ANTOLISEI, a eficácia escusante não comporta um entorpecimento social significativo, uma vez que a prova do erro não recai sobre a acusação⁶⁹⁴.

Em suma, e convocando as considerações de MANTOVANI, a *Sentenza* n.º 364/1988 da *Corte Costituzionale* produziu um “*efeito inovador disruptivo*” em relação ao dogma romanístico, segundo o qual *error iuris nocet*, tendo consagrado o princípio personalístico-garantístico como princípio conformador do direito penal positivo italiano; eliminou a desconformidade da lei positiva com o princípio da culpa, ao circunscrever o âmbito da inevitabilidade da *ignorantia legis*; resolveu o problema do objeto da culpa, realçando o papel da consciência da ilicitude como elemento da culpa; ofereceu critérios para a determinação da inevitabilidade⁶⁹⁵.

A partir de tal momento, a doutrina jurídico-penal italiana veio desenvolver critérios para a determinação da inevitabilidade da *ignorantia legis*, tendo a boa fé como referência histórica, critérios esses que têm referências mais ou menos objetivas e subjetivas, exemplificativo-sugestivas ou a própria doutrina alemã.

⁶⁹² Como denuncia ANTOLISEI. FRANCESCO ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 411.

⁶⁹³ FERRANDO MANTOVANI, “*Ignorantia Legis Scusabile ed Inescusabile*”, *cit.*, p. 385.

⁶⁹⁴ FRANCESCO ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 412.

⁶⁹⁵ FERRANDO MANTOVANI, “*Ignorantia Legis Scusabile ed Inescusabile*”, *cit.*, p. 387. Para MANTOVANI, a tese da escusabilidade relativa da *ignorantia legis* tem o mérito de, por um lado, obviar à problemática das exigências dimanadas do princípio da culpa, operando uma harmonização com a disposição constitucional que prevê a responsabilidade pessoal; por outro lado, do ponto de vista praxiológico, logra uma harmonização, evitando os polos extremos, repressivo e exculpatório (p. 382). Não podemos concordar com MANTOVANI. Com efeito, a graduação da culpa demanda um juízo diferenciado, consoante as situações em causa, pelo que se não pode equiparar a consciência da ilicitude com o erro sobre a ilicitude evitável. Uma qualificação praxiológica adequada da situação jurídica é pressuposto irrenunciável de um juízo de culpa e, por consequência, de uma punição justos. E nem se diga que a admissibilidade do erro evitável pode redundar num extremo exculpatório – o agente será, por norma, em tais situações, censurado, mas será censurado na medida da inevitabilidade do erro.

Para ANTONIO PAGLIARO, a boa fé pode excluir a responsabilidade criminal do agente, desde que a sua boa fé resulte, não de simples desconhecimento da lei penal, mas de circunstâncias que lhe incrementaram a convicção de que a sua atuação era permitida (v.g. aquiescência por parte de autoridade competente para esclarecer o caráter da conduta). Propugna PAGLIARO que para o cidadão comum, sobretudo se não for dotado de competências específicas, o erro é inevitável quando ele cumpriu o dever de informação com a normal diligência, mediante um correto recurso aos meios de informação e/ou investigação adequados⁶⁹⁶.

PAGLIARO parece despersonalizar a boa fé subjetiva, em função de um critério objetivo, por referência a um cidadão zeloso e diligente. Ademais, o autor esquece a boa fé, no quadro relacional entre cidadão e Estado, onde o primeiro deve poder confiar na precisão e determinação da lei penal e nas decisões jurisprudenciais, qual corolário do princípio da confiança na honorabilidade do Estado.

FIANDACA / MUSCO criticam esse critério objetivo, que tem por referência um cidadão medianamente diligente, com um exemplo bastante sugestivo. Aduzem os autores que se não pode esperar razoavelmente que um imigrante vindo do Senegal que vende isqueiros sem licença deva conhecer a lei penal da mesma forma que um vendedor ambulante *médio*, pois que não possui os mesmos conhecimentos, no que concerne à regulação da atividade específica em que se insere, face a um comerciante médio. Para FIANDACA / MUSCO, embora algumas circunstâncias objetivas possam ser invocadas – por exemplo, as regras da experiência comum -, as características pessoais do agente, como o seu grau de socialização, de formação, a sua inserção sociocultural ou político-económica, a sua função profissional, entre outras, hão de ter o mesmo relevo, para efeitos de determinação da inevitabilidade da ignorância, erigindo, assim, um critério híbrido, tendente à máxima individualização facticamente possível, em tudo semelhante ao critério do tipo social do agente, de forma a que se possam tomar decisões mais justas⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ ANTONIO PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale – Parte Generale*, 6ª edição, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, pp. 403-404. Em sentido próximo, FRANCESCO ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 412.

⁶⁹⁷ GIOVANI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto Penale – Parte Generale*, 2ª edição, Bolonha: Zanichelli, 1989, pp. 288-291.

Já MANTOVAIN vem distinguir entre ignorância evitável, que compreende a ignorância preordenada, a ignorância intencional e a ignorância negligente e ignorância desculpável⁶⁹⁸.

A ignorância preordenada ocorre quando o agente, ciente da existência da lei, não pretende conhecer o seu conteúdo, a fim de agir com maior tranquilidade de consciência ou a fim de invocar uma desculpa para justificar a sua atuação⁶⁹⁹. Esta situação não pode, contudo, ser reconduzida a uma situação de ignorância ou de erro, mas sim de verdadeira consciência eventual da ilicitude, posto que o agente representa a possibilidade de a sua conduta ser ilícita e prossegue.

Por seu turno, a ignorância intencional ocorre quando o agente, também ciente da existência da lei, não pretende conhecer o seu conteúdo, por razões que se prendem ou que se expressam numa hostilidade ou indiferença face ao ordenamento jurídico ou por mera preguiça ou descuido. Ademais, compreende a hipótese de dúvida sobre a existência da norma ou de lei, mercê do inadimplemento do dever de informação, donde poderiam promanar os necessários esclarecimentos da situação jurídica⁷⁰⁰. Também estas situações são reconduzíveis à consciência eventual da ilicitude. Com efeito, o agente que permanece num estágio de dúvida e se não abstém de agir, aceita o risco de ilicitude subjacente à conduta.

No que concerne à ignorância negligente, releva atentar nos seguintes pressupostos: 1) carência da natureza voluntária da ignorância; 2) inobservância de uma conduta cautelosa e diligente, que pressupõe a existência de um obstáculo ao próprio erro, porquanto tal conduta demanda a exigência do recurso à informação acerca da complexidade da lei ou da natureza da atividade em causa, ou o esclarecimento referente a assuntos diversos enquadráveis no mesmo tipo de atividade; 3) imputação da ignorância ou erro sobre a lei penal ao agente pelo incumprimento das regras da prudência e diligência, cujo cumprimento era razoavelmente exigido de uma pessoa da mesma condição social e económica⁷⁰¹. Trata-se, aqui, verdadeiramente, de uma situação de erro sobre a ilicitude evitável, cuja determinação tem por referência um critério objetivo-subjetivado. Releva, no entanto, indagar se o recurso a tal informação

⁶⁹⁸ FERRANDO MANTOVANI, "Ignorantia Legis Scusabile ed Inescusabile", *cit.*, pp. 391 e ss.

⁶⁹⁹ FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale, cit.*, p. 312.

⁷⁰⁰ FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale, cit.*, pp. 312-313.

⁷⁰¹ FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale, cit.*, pp. 313-314.

faria com que o agente evitasse o erro. Se se concluir pela negativa, o erro há de ser inevitável.

A ignorância desculpável pode ocorrer, segundo MANTOVANI, por exclusão de partes, nas seguintes circunstâncias: a) caso fortuito ou de força maior, consubstanciais aos casos de impossibilidade objetiva, geral e invencível de conhecimento (v.g. erro de impressão no jornal oficial ou elevada obscuridade do texto legal); b) quando o erro seja gerado por informações falsas transmitidas ao agente ou por erro / engano por parte de fontes especializadas e competentes para o efeito⁷⁰².

O quadro de ignorância desculpável proposto por MANTOVANI vem demonstrar proposições exemplificativo-sugestivas, constitutivas da exclusão da culpa, mas não desenvolve proposições gerais, passíveis de concreção e exemplificação adaptáveis, numa lógica de subsunção material, a cada caso. No entanto, o esforço doutrinal para concretizar o critério da escusa é, de todo em todo, de louvar, uma vez que até 1988 o ordenamento jurídico italiano não conhecia algum.

Por último, MARIO ROMANO recebe e adota, essencialmente, a doutrina alemã de matriz roxiniana. Para o comentarista, quando o agente, para ultrapassar um estágio de dúvida e empreenda um esforço de diligência, a fim de se esclarecer e/ou cumprir o dever de se informar e fundamente a sua ação com base na informação errónea que recebeu, o erro será inevitável ou tendencialmente inevitável, se a informação recebida ou apreendida dimanar, quer de uma fonte específica, quer chegue por acaso ao agente, quer respeite a um pedido específico do sujeito, e for dotada de razoabilidade e fidedignidade tais, que crie no agente a genuína confiança que o ato que se propõe praticar é lícito⁷⁰³. E essa razoabilidade / fidedignidade está associada, essencialmente, à competência específica no campo normativo onde é colocada a questão. Por exemplo, ter a licença para advogar é suficiente para que o agente possa confiar na informação recebida⁷⁰⁴. Quanto a estas considerações já nos pronunciámos, pecando apenas por tardia a receção da doutrina alemã na dogmática italiana.

⁷⁰² FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale*, cit., p. 314.

⁷⁰³ MARIO ROMANO, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Vol. I, 2ª edição, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, p. 103.

⁷⁰⁴ MARIO ROMANO, *op. cit.*, p. 104.

4.5. DA COMMON LAW

Nos países que pertencem à família da *common law*, cujo direito é essencialmente de natureza casuístico-jurisprudencial, permanece arraigada a ideia de que *ignorance of law is no excuse*, uma vez que se ainda conserva o pensamento de que a eficácia escusante do erro sobre a ilicitude poria em causa a eficácia e a vigência do próprio direito, o que se não compadece com o princípio da culpa, aliás, consagrado nos principais instrumentos normativos internacionais e regionais de direitos humanos⁷⁰⁵. É neste último sentido que a doutrina tem vindo a desenvolver critérios, designadamente inferidos de decisões jurisprudenciais, para obviar a tal problemática.

Ilustremos este introito com o Caso *Hopkins vs. States*: num caso que remonta aos anos 50, o tribunal considerou que o agente, um clérigo, foi responsável criminalmente por publicitar a solicitação de casamentos, conquanto ele tenha sido informado pelo Procurador-Geral do Estado que tal conduta não configurava um crime⁷⁰⁶. Parece-nos, este caso, estarmos perante um abuso de direito, que tem por objeto a pretensão punitiva estatal, na modalidade *venire contra factum proprium*, posto que o agente empreendeu um esforço de diligência perante autoridade estatal para se esclarecer e por via desse esclarecimento formou a convicção de que podia agir e, mais tarde, de forma surpreendente, veio a ser condenado, em sentido totalmente contrário! Neste caso, como muito bem aponta GEORGE FLETCHER, é difícil sustentar que o agente teve a possibilidade de evitar a conduta, porquanto ele fez tudo o que estava ao seu alcance para se esclarecer acerca da natureza da conduta que se propunha realizar. Com efeito, na senda do pensamento de FLETCHER, o agente não deve suportar os riscos decorrentes da discordância entre o juiz e o Procurador-Geral⁷⁰⁷. O mesmo é dizer, há uma dúvida irresolúvel, que não deve ser imputada ao agente, mas sim ao próprio Estado, por não ter logrado a sua resolução.

⁷⁰⁵ Cf. SIMESTER / SULLIVAN, *Criminal Law – Theory and Doctrine*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2000, pp. 550-551. Com efeito, o princípio da culpa retira-se do art. 9º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), segundo o qual “*todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, exceto pelos motivos fixados por lei e de acordo com os procedimentos nela estabelecidos*”. Do direito à liberdade e à proibição de penas arbitrárias se deduz que o agente só pode ser responsabilizado criminalmente na medida da sua culpa, i.e., na medida de uma autodeterminação permissiva de um juízo de censura. No mesmo sentido dispõem os arts. 5º e 49º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, respetivamente.

⁷⁰⁶ Cf. GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 2000, p. 731.

⁷⁰⁷ *Idem, Ibidem*.

Daqui resulta a necessidade de combater a máxima *error iuris nocet*, posto que a não atribuição de relevância ao *mistake of law*, a fim de se lograr uma estabilidade normativo-social, redundaria numa instrumentalização da pessoa, num quadro em que ela é tratada como um meio para atingir um fim e não um fim em si mesmo, o que viola a eminente dignidade da pessoa humana. Ademais, as normas jurídicas não “quebram” nem mudam quando o júri vislumbra que o suspeito particular não pôde nem sequer esperar saber que estaria a violar a norma. Com efeito, as normas são desenhadas para desempenharem uma função de condução e de influência comportamental⁷⁰⁸. Nas próprias palavras de FLETCHER, “é difícil compreender que se possa condenar alguém que antes de atuar fez tudo o que pôde para se informar acerca da correção do seu agir do ponto de vista legal”⁷⁰⁹.

Agora a questão principal será a de saber quando é que o *mistake of law* tem eficácia escusante⁷¹⁰.

Alguns autores têm fornecido algumas pistas para o efeito. Atentemos nos contributos de JOSHUA DRESSLER, ANDREW ASHWORD e RE'EM SEGEV.

JOSHUA DRESSLER, através de um esforço de inferência, intenta retirar da jurisprudência algumas exceções ao *error iuris nocet*, que conferem eficácia escusante ao *mistake of law*. São elas: 1) a *Reasonable Reliance* (Confiança Razoável); 2) *Fair Notice*; 3) *Negation of Mens Rea*⁷¹¹. Apenas analisaremos as duas primeiras, porquanto a última, em rigor, se consubstancia num erro sobre os elementos normativos do tipo, nos termos da respetiva qualificação pela dogmática penal continental.

A *Reasonable Reliance Doctrine* reconduz-se ao esforço de diligência e ao cumprimento do dever de informação, já objeto do nosso conspecto. Segundo tal exceção, um indivíduo não fica apartado da sua responsabilidade criminal se a sua atuação se fundar na sua própria interpretação da lei⁷¹². Tal asserção pode ser erigida a regra geral; mas se a lei ou as decisões jurisprudenciais forem dotadas de uma enorme clareza e ainda assim induzam em erro, parece-nos, na senda da doutrina alemã, que o agente deve ser desculpado. Mais adianta DRESSLER, a propósito de tal exceção, que o indivíduo

⁷⁰⁸ GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 734.

⁷⁰⁹ GEORGE FLETCHER, *Conceptos Basicos de Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Valência: Tirant lo Blanch, 1997, p. 226.

⁷¹⁰ Cf. GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 737.

⁷¹¹ JOSHUA DRESSLER, *Understanding Criminal Law*, 2ª ed., Carolina Academic Pr., 1995, p. 150.

⁷¹² *Idem*, *Ibidem*.

só se pode ver apartado da sua responsabilidade criminal se, de forma razoável, pôde confiar num *Official Statement of Law*, ulteriormente declarado erróneo por pessoa ou órgão responsável pela interpretação ou execução da lei que defina o delito. Veja-se que a pena não pode cumprir o seu efeito de dissuasão numa determinada pessoa cuja conduta foi autorizada por pessoa ou entidade dotada de autoridade. Ademais, uma pessoa que atue com base numa interpretação errónea oficial da lei age num quadro de representação valorativa em que a sua conduta é aceite pela comunidade. Por último, seria injusto que um oficial autorizasse, *prima facie*, a conduta e, posteriormente, viesse a condenar o agente que atuou com base nessa autorização⁷¹³. Subjaz a esta asserção a lógica de imputação do risco de dúvida irresolúvel ao Estado, sendo convocada a tutela da confiança e a proibição de *venire contra factum proprium*, o que parece ser bastante acertado.

Já uma informação que provenha de fonte privada não é considerada, nos termos da linha jurisprudencial maioritária, uma *defense*⁷¹⁴. Malgrado, como pertinentemente assinala DRESSLER, tal regra não tem muita razão de ser, uma vez que uma regra formulada de forma a encorajar as pessoas a procurar assistência jurídica junto de advogados ou profissionais do foro promoveria o conhecimento da lei⁷¹⁵. Ademais, o cidadão, ao procurar esclarecer-se, atuando de forma diligente, deve poder confiar no que alguém especializado na área lhe possa esclarecer ou informar. Uma tal atuação é demonstrativa de uma ação conforme com o direito.

Por seu turno, a exceção da *Fair Notice* repousa no *Princípio de Lambert*, cujo caso originário releva convocar: *D* era residente em Los Angeles. Uma *Ordinance* local determinava que os criminosos (caso de *D*) que residissem na cidade por mais de cinco dias registassem a sua presença junto da polícia. A violação da *Ordinance* seria punida com pena máxima de 6 meses de prisão, 500 dólares de multa ou ambos. O agente foi condenado após o tribunal não ter admitido como prova as suas alegações, quais sejam, as de ter agido com ignorância da lei. O *Supreme Court*, na sua decisão, veio sustentar que tal condenação violava a *due process clause* constitucional. Conquanto aquele tribunal tenha reconhecido que a *ignorantia iuris nocet* ainda está muito arreigada na *Common Law*, a *due process clause* demanda a aposição de limites a tal máxima, mormente a possibilidade de conhecimento da lei, para efeitos de imputação do facto

⁷¹³ JOSHUA DRESSLER, *op. cit.*, p. 151.

⁷¹⁴ JOSHUA DRESSLER, *op. cit.*, pp. 151-152.

⁷¹⁵ *Idem*, *Ibidem*.

ao agente, *in casu*, o efetivo conhecimento do dever de se registrar ou a cognoscibilidade de tal conhecimento, contanto que provada⁷¹⁶.

Estamos perante a punição de uma omissão pelo primeiro tribunal, cujo dever de agir resultou de um *status* e não da atividade do agente. Ademais, a infração reconduzia-se à categoria dos *delicta mere prohibita*. Ora, se se trata de um *delicta mere prohibita*, o conhecimento da proibição é pressuposto irrenunciável da orientação da consciência para um problema de valoração; pelo que só com uma cabal publicitação da *Ordinance* é que o agente poderia aceder a tal conhecimento e a agir em conformidade⁷¹⁷. Estamos, em rigor, perante um erro que se conserva no plano intelectual e ainda não no plano valorativo, o que, entre nós, exclui o dolo (art. 16º, n.º 1, 2ª parte CP).

Para ANDREW ASHWORD, o *mistake of law* pode ter eficácia exculpatória, contanto que se repute razoável. E assim é, quando se verificar que a advertência sobre o carácter proibido não tenha operado. O *mistake of law* poderá ser considerado razoável, segundo ASHWORD, de acordo com a ideia inicial, se se verificar que o agente não teve um motivo que o levasse a suspeitar que a sua conduta era proibida penalmente, ou se se verificar que o agente foi informado ou aconselhado de forma errónea acerca da lei. Por outro lado, o *mistake of law* dificilmente será razoável se o agente estiver envolvido num negócio ou atividade cuja regulação é altamente fluida e transitória⁷¹⁸. Trata-se de um critério que bebeu diretamente das fontes doutrinárias alemãs e que deve ser concretizado por referência a determinada conceção material de culpa.

Em sentido disruptivo, RE'EM SEGEV intenta desenvolver uma posição assaz diferenciada. Para o autor, os casos de *reasonable mistake of law* dão lugar, não a uma situação de exculpação, mas a uma verdadeira situação de justificação, quando o agente funda a permissibilidade da sua conduta num conselho ou informação que provém, quer de autoridade pública oficial, quer de uma consulta jurídica particular⁷¹⁹.

Para fundamentar tal posição, sustenta SEGEV que as regras jurídicas refletem certos *standards* normativos, passíveis de interpretação. Essa interpretação pode ser correta ou errada, à luz da sua conformidade com tais *standards*. Tal significância e alcance pode redundar numa situação de divergência e de disputa quanto à correta interpretação

⁷¹⁶ JOSHUA DRESSLER, *op. cit.*, pp. 152-153.

⁷¹⁷ JOSHUA DRESSLER, *op. cit.*, p. 153.

⁷¹⁸ ANDREW ASHWORD, *Principles of Criminal Law*, 3.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 245.

⁷¹⁹ RE'EM SEGEV, "Justification, Rationality, and Mistake: Mistake of Law is no Excuse? It Might be a Justification!", *in Law and Philosophy*, n.º 25, 2006, p. 38.

pelas próprias autoridades. Pelo que a questão relativa à interpretação correta deve ser distinta da questão de quem tem a autoridade para resolver as disputas que se referem a tal quadro interpretativo, no sentido em que a interpretação realizada pelas autoridades oficiais pode não ser necessariamente correta⁷²⁰. Afirmo SEGEV que, não obstante a enorme importância da regra do precedente, consubstancial ao facto de os tribunais criarem o direito e se não confinarem apenas à sua aplicação, tal não é totalmente determinante para se afirmar a correção da interpretação da lei, posto que as interpretações dotadas de autoridade são passíveis igualmente de erro⁷²¹.

Adiante, SEGEV vem propugnar que o conceito de justificação se baseia numa reflexão racional das razões. De acordo com este ponto de vista, uma ação está justificada se se refletir racionalmente sobre os motivos da atuação. Assim, uma crença, quer incida sobre factos, quer sobre aspetos jurídicos, fica justificada, contanto que tenha havido lugar a uma reflexão racional sobre os motivos da crença⁷²².

Para o autor, ações e crença são justificadas quando baseadas em probabilidades conjunturais que concernem à existência de factos relevantes⁷²³. Assim, a justificação deve basear-se em probabilidades conjunturais, que compreendem uma estimativa racional das possibilidades relevantes, à luz das informações que o agente tem ou deve ter, uma vez que nem sempre é possível ou adequado realizar investigações adicionais. Por um lado, pode ser impossível adquirir mais informações. Por outro, ainda que tal seja possível, isso pressupõe que o agente tenha recursos para o fazer ou que tenha de paralisar ou atrasar certos atos associados ao âmbito vital em que se insere⁷²⁴.

SEGEV vai mais longe, sustentando que a ação está justificada quando o agente baseia a sua ação numa informação incompleta, desde que, à luz de tal informação, ele conclua racionalmente que os custos conjunturais subjacentes a uma investigação adicional são muito maiores que o custo do ato baseado na informação incompleta⁷²⁵.

⁷²⁰ RE'EM SEGEV, *op. cit.*, pp. 38-39.

⁷²¹ RE'EM SEGEV, *op. cit.*, p. 40.

⁷²² RE'EM SEGEV, *op. cit.*, p. 41.

⁷²³ RE'EM SEGEV, *op. cit.*, p. 43.

⁷²⁴ RE'EM SEGEV, *op. cit.*, p. 46.

⁷²⁵ RE'EM SEGEV, *op. cit.*, p. 47.

Em suma, para SEGEV, uma pessoa que tenha empreendido esforços razoáveis para se informar acerca do conteúdo da lei deve ver a sua ação justificada, ainda que tenha agido erroneamente⁷²⁶.

Esta posição é de rejeitar. No plano dogmático, as causas de justificação não se prendem tanto com uma reflexão sobre probabilidades conjunturais, como com uma séria representação, seguida de ação, de uma situação conflitual, que compreende a tutela de um interesse preponderante em preterição de outro⁷²⁷. Ora, nas situações de falta de consciência da ilicitude não é isso que sucede, pois não se verifica tal situação conflitual. A ação é ilícita, mas pode não ser censurável, se se verificar que o agente não pôde aceder ao conhecimento do direito. Estamos no plano axiológico-valorativo subjetivo. E ainda que assim se não entendesse, haveria, por certo, sempre uma incongruência lógica – se o *mistake of law* constituísse uma justificação, a consciência da ilicitude constituiria parte da própria ilicitude. E sendo que a consciência da ilicitude tem por objeto a própria ilicitude, em último caso, a ilicitude teria por objeto a própria ilicitude, qual contradição insanável! Por último, é de dizer que, por norma, o agente que recebe uma informação dotada de razoabilidade e motiva a permissibilidade da conduta por referência a tal informação, a culpa será excluída. Mas se ele suspeitar que ela é incompleta, permanecerá num estágio de dúvida, constitutiva de uma situação de consciência eventual da ilicitude.

A par do esforço doutrinal produzido nos países pertencentes à família jurídica anglo-saxónica, desde 1962 que o ordenamento jurídico norte-americano conhece um modelo de codificação penal, que tem por finalidade a harmonização ou atualização do direito penal dos Estados Unidos, o *Model Penal Code* (MPC), que já tem sido aceite e recebido em algumas jurisdições americanas.

O MPC regula o *mistake of law* na *section 2.04 (3)*. Aí, vem aquela proposta codificadora dispor que o *mistake of law* pode constituir uma defesa aceitável face à acusação quando o *Statute* ou outro meio em que a infração esteja prevista não tenha sido adequadamente publicado ou disponibilizado antes da conduta; quando houver lugar à invalidade ou declaração de invalidade superveniente do *Official Statement of Law*, pelo qual o agente tenha fundado a sua crença; quando tenha fundado a permissibilidade da conduta numa decisão judicial, na *opinio iuris* ou na jurisprudência, ou numa autorização

⁷²⁶ RE'EM SEGEV, *op. cit.*, p. 55.

⁷²⁷ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, cit.*, p. 457.

administrativa; quando a informação provenha de interpretação oficial de funcionário público ou de entidade responsável pela administração, interpretação ou execução da lei que define a infração⁷²⁸.

Embora, como referimos, o MPC seja aceite por algumas jurisdições, Estados há que apõem restrições às suas disposições, excluindo, a título de exemplo, como fundamento da razoabilidade do *mistake of law* a informação resultante de um esforço de interpretação pessoal ou dimanada de entidade não oficial, independentemente do quão não censurável possa ser o erro⁷²⁹.

Criticando, com razão, este fenómeno, louvam-se as palavras de FLETCHER: “*não há nada nas disposições legais que indique uma ligação sentida entre a dependência de um Official Statement of Law e a questão da responsabilização na violação da lei*”⁷³⁰.

De resto, o próprio autor parece ter aceite as propostas promanadas da doutrina alemã, sustentando que o critério da evitabilidade é dotado de idoneidade e adequação, a fim de fundamentar, na praxis jurisprudencial, o *reasonable mistake of law*⁷³¹.

Embora a máxima *error iuris nocet* ainda esteja bastante presente na *Common Law*, estamos em crer que o esforço doutrinal de absorção e adaptação das posições germânicas se pode louvar de idoneidade para reverter essa tendência na praxis judicial.

4.6. ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

O art. 17º do CP, que regula o erro sobre a ilicitude, embora consagre a teoria limitada da culpa, por referência ao contraste com a norma constante do art. 16º, e por vias disso, encontre alguma inspiração no § 17 do StGB alemão⁷³², dele, contudo, se pretende diferenciar. Com efeito, enquanto o § 17 do StGB consagra expressamente o critério da evitabilidade, o art. 17º do CP português tem por referência a *censurabilidade*, que se reveste de uma maior latitude e abstração. Convoquemos novamente o teor de tal disposição: “1. *Age sem culpa quem atuar sem consciência da ilicitude do facto, se*

⁷²⁸ Cf. GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., pp. 755-756; GEORGE FLETCHER, *Conceptos Basicos de Derecho Penal*, cit., pp. 226-227.

⁷²⁹ GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 755.

⁷³⁰ GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 756.

⁷³¹ GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., pp. 749 e ss.

⁷³² Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 167; 169.

o erro lhe não for censurável. 2. Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com pena aplicável ao crime doloso respetivo, a qual pode ser especialmente atenuada”.

Esta atitude legislativa inspira-se, diretamente, no pensamento de FIGUEIREDO DIAS, que já em 1969 criticava de forma mordaz o critério da evitabilidade e propugnava um critério da censurabilidade. Para o insigne penalista, o critério da evitabilidade, para além de ser insuscetível de verificação no plano empírico – reportando-se à culpa da vontade -, conduz a resultados político-criminalmente intoleráveis, consubstanciais a um *regressus ad infinitum*⁷³³. Todavia, FIGUEIREDO DIAS apenas tinha em conta o critério da tensão da consciência ou da evitabilidade por referência ao homem médio e já não as novas construções dogmáticas demonstrativas de soluções adequadas no plano político-criminal. Mais adianta FIGUEIREDO DIAS que “*o critério da vencibilidade ou de evitabilidade do erro não se compagina com o da censurabilidade da falta de consciência da ilicitude*”, reportando-se a censurabilidade à essência ou qualidade da situação errónea⁷³⁴.

Na doutrina portuguesa que tem por referência o Código de 1982, não obstante as fontes, históricas e doutrinárias, de que se pode valer, não encontra repouso quanto às soluções científicas a adotar. Podemos observar uma voz de defesa da teoria do dolo; assistimos à receção e adaptação da doutrina alemã; vislumbramos uma construção dogmática totalmente inovadora – a da retitude da consciência errónea; enxerga-se, ainda, uma tentativa de subjetivação concretizadora por referência à ideia de *mesmeidade* ou consciência de si. E não podemos descurar o crivo jurisprudencial. Procedamos a uma análise mais detida destas posições.

4.6.1. PERMANÊNCIA DE UMA TEORIA DO DOLO – A POSIÇÃO DE CAVALEIRO DE FERREIRA

CAVALEIRO DE FERREIRA, nas suas lições já incidentes sobre o CP de 1982, conserva parte da sua posição anterior – “*exclui o dolo a falta de consciência da ilicitude*”, diz o autor, uma vez que a consciência da ilicitude faz parte do dolo⁷³⁵. Pelo que, segundo CAVALEIRO DE FERREIRA, o erro sobre a ilicitude – leia-se, erro sobre

⁷³³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, cit., p. 332.

⁷³⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, cit., p. 332, nota 7.

⁷³⁵ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, Vol. I, *A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 2ª edição, Lisboa-São Paulo: Verbo, 1987, p. 208.

a ilicitude direto – se reconduz ao regime do art. 16º. Já o art. 17º, para o autor, estaria reservado para o erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação⁷³⁶

Tal posição é liminarmente de afastar, uma vez que está em clara contradição com a letra e o espírito da lei. Para além das críticas que merecem as teorias do dolo, é de sustentar que o art. 16º, nos seus vários artigos, não compreende nenhum erro sobre a ilicitude; compreende o erro do tipo, o erro sobre as proibições legais – que se conserva no plano intelectual -, o erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação e o erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da culpa. Por seu turno, o art. 17º não tem por objeto um concreto tipo de erro sobre a ilicitude, mas antes qualquer erro que, no plano nas valorações, obnubilou o acesso à consciência da ilicitude.

4.6.2. A RECEÇÃO DA DOCTRINA ALEMÃ

Cedo se assistiu, na doutrina portuguesa, a um fenómeno de receção e adaptação da doutrina alemã, mormente o critério da evitabilidade, tendo, por exemplo, TERESA SERRA procurado inspiração na doutrina de JESCHECK⁷³⁷ e TERESA BELEZA, embora de forma mais descritiva e didática, adotado a doutrina roxiniana⁷³⁸.

Também FARIA COSTA parece aderir ao critério da evitabilidade⁷³⁹. Mas o autor adita algumas considerações que não são de somenos. Diz FARIA COSTA que “*a multivivência ético-cultural que está na base da consciência jurídica potencia consideravelmente as hesitações quanto ao exame da possibilidade de evitar o erro*”. Pelo que quando se verifique que o agente está deficientemente integrado nos valores de determinada comunidade jurídica, mercê da disparidade axiológico-normativa, face àquela em que ele formou a sua consciência jurídica – na qual, aliás, a conduta não era socialmente proibida nem socialmente danosa -, estamos, no seu pensamento, na presença de um forte indício de que o agente atuou com falta de consciência da ilicitude não censurável⁷⁴⁰.

⁷³⁶ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, Vol. I, *A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, cit., pp. 208-209.

⁷³⁷ TERESA SERRA, *op. cit.*, pp. 70-72.

⁷³⁸ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, cit., pp. 313-314.

⁷³⁹ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, cit., p. 416.

⁷⁴⁰ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, cit., pp. 418-419.

Releva, para nós, verificar se a deficiência é uma tal – por exemplo, mercê de um período altamente curto de adaptação -, que possa consubstanciar uma diferença na qualificação do erro, como já referimos em II.

INÊS FERNANDES GODINHO, cuja doutrina é fortemente inspirada no pensamento onto-antropológico de FARIA COSTA, vem sustentar que *“a relevância para a questão de um erro sobre a proibição nasce da inclusão do agente em um específico ordenamento normativo em que o mesmo determina não apenas o padrão de comportamento, mas também o conhecimento da norma por parte do agente”*⁷⁴¹. Assim, exigências mínimas se descortinam ao nível das representações para que o agente possa reconhecer a norma e, por vias disso, orientar-se em conformidade. São elas a representação do facto típico e a representação valorativa da sua proibição / antijuridicidade⁷⁴².

Em seguida, a autora centra a sua atenção no critério da censurabilidade do erro. Partindo, embora, da evitabilidade à luz do homem médio, sustenta INÊS GODINHO que a ele devem ser impostos limites. A pergunta que deve ser feita é a seguinte: constitui a ausência de motivo – que levaria o agente, ao menos, a tentar evitar o erro – um déficit de lealdade ao direito? A resposta será, para a autora, afirmativa, quando se verificar que *“o agente tenha tido a oportunidade de confirmar a fidelidade ao direito da sua conduta, e que lhe tenha sido possível, no âmbito dessa confirmação, ganhar a perspectiva correcta sobre a ilicitude da sua conduta”*⁷⁴³.

Não obstante a bondade do critério, que parece evidenciar um cunho funcionalista, releva perguntar: em que se espraia a oportunidade de o agente confirmar a sua fidelidade ao direito? De que modo se pode balizar o quadro de possibilidades de ganhar uma adequada e correcta perspectiva acerca da qualidade da sua conduta? Embora se possa relegar o critério de INÊS GODINHO para uma ulterior concretização jurisprudencial ou doutrinal, certo é que nos faltam dados para compreendermos cabalmente o *modus operandi* da evitabilidade do erro preconizado pela autora.

⁷⁴¹ INÊS FERNANDES GODINHO, *op. cit.*, p. 619.

⁷⁴² INÊS FERNANDES GODINHO, *op. cit.*, p. 620.

⁷⁴³ *Idem, Ibidem.*

4.6.3. A RETITUDE DA CONSCIÊNCIA ERRÓNEA – A POSIÇÃO DE FIGUEIREDO DIAS

Para FIGUEIREDO DIAS, à luz de uma culpa existencial da personalidade, saber se o erro sobre a ilicitude é censurável depende de uma expressão ética e juridicamente desvaliosa subjacente à personalidade do agente, manifestada na “*consciência errónea*”⁷⁴⁴. I.e., *a contrario*, de acordo com a culpa existencial da personalidade, o erro sobre a ilicitude será não censurável quando a situação errónea, materializada no facto típico, não constitua uma expressão ética e juridicamente desvaliosa subjacente à personalidade do agente, pela qual este tenha de responder⁷⁴⁵. Assim, segundo FIGUEIREDO DIAS, ainda que se verifique o dolo do tipo, qual elemento indiciador de uma culpa assacável à personalidade do agente, se se verificar, por via de uma apreciação valorativa total da personalidade, que ela se reputa conformada pelo direito, i.e., que esteja orientada por critérios axiológicos aceites ou reconhecidos pela ordem jurídica, o agente atua de forma não censurável, uma vez que a sua consciência exprime uma “*consciência recta*”. E tal consciência reta constitui um obstáculo à culpa⁷⁴⁶. Com efeito, a retitude da consciência errónea será a referência axiológico-normativa de conservação da personalidade do agente para com o direito.

Ensina o decano de Coimbra que, do ponto de vista filosófico, uma consciência reta é aquela que, embora não coincida com a verdade objetiva, se consubstancia numa consciência não censurável, ante a compreensão de um bem objetivo sobre ela incidente⁷⁴⁷. Trata-se, nesta medida, de uma “*atitude de abertura para com os sentidos e valores, através da qual se torna possível a sensibilização da consciência-ética, na situação, ao valor que através deste se manifesta*”⁷⁴⁸. A consciência reta tem como principal característica o esforço e a persistência do projeto existencial de respeito do *eu* para com o *eu* (ou para comigo) e do *eu* para com o *outro*, na medida em que tal se manifeste no livre desenvolvimento da personalidade e promova a própria liberdade.

Intentando transpor esta ideia para o plano jurídico, segundo FIGUEIREDO DIAS, a consciência reta vem consubstanciar-se numa atitude efetiva de fidelidade ao direito,

⁷⁴⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, cit.*, p. 329.

⁷⁴⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, cit.*, pp. 334-335.

⁷⁴⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, cit.*, p. 338.

⁷⁴⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, cit.*, p. 339.

⁷⁴⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, cit.*, pp. 341-342.

que parte da personalidade do agente⁷⁴⁹. Assim, e numa palavra, a *“atitude geral de fidelidade ao direito”*, por referência, do ponto de vista caracterológico, a *“exigências jurídicas objectivas”*, constitui o substrato e o ponto de partida para a concretização de um critério que venha a afastar a censurabilidade do erro sobre a ilicitude⁷⁵⁰. FIGUEIREDO DIAS, entre outros, convoca o exemplo do marido que, após a mulher ter tomado uma dose letal de soporífero, a fim de pôr termo à sua vida, acede ao seu pedido para não procurar ajuda médica e sustenta que, uma vez que estão em conflito dois valores (a vida e a autonomia ética) e, por vias disso, valorações que, embora não coincidentes, almejam um reconhecimento pelo direito, tal pode dar origem a um erro sobre a ilicitude não censurável⁷⁵¹.

Nesta linha de raciocínio, vem propugnar FIGUEIREDO DIAS que, quando estivermos perante situações axiologicamente discutíveis e tais situações relevarem no plano do desvalor do facto, a censurabilidade há de ser afastada se o agente, ao agir, intente conformar-se, no plano da ilicitude, por um ponto de vista relevante *“no plano ético-jurídico”*, porquanto, se é certo que errou na interpretação das exigências jurídicas, não é menos certo que pautou a sua conduta por *“exigências jurídicas objectivo-reais correspondentes a um ponto de vista eticamente aceitável”*, o que é demonstrativo de uma atitude de fidelidade ao direito⁷⁵². Em tais casos, embora o agente não cumpra com a intenção normativa predicada na norma, no que respeita ao seu *“resultado”*, agindo, com efeito, de forma ilícita, ele coincide com o *“princípio”* da valoração jurídica, uma vez que a sua atitude veicula uma maneira de realização do direito⁷⁵³. Donde se extrai que *“a fundamental característica da recta consciência ético-jurídica encontra-se na persistência no agente, apesar do erro sobre a ilicitude em que incorreu, de uma atitude de fidelidade a exigências reais-objectivas do direito, a pontos de vista de valor juridicamente relevantes”*, i.e., o agente motiva a sua ação por referência a um padrão axiológico reconhecido pelo direito e, por vias disso, a sua atitude espraia-se numa lealdade à ordem jurídica⁷⁵⁴.

Concretizando, em jeito proposicional, o seu critério, FIGUEIREDO DIAS sustenta que constituem princípios determinantes de uma reta consciência excludente do erro sobre

⁷⁴⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., p. 344.

⁷⁵⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., p. 346.

⁷⁵¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., pp. 347-349.

⁷⁵² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., pp. 349-350.

⁷⁵³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., p. 351.

⁷⁵⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., p. 352.

a ilicitude: a) a comprovação de que a falta de consciência da ilicitude não é imputável a uma qualidade ética e juridicamente desvaliosa subjacente à personalidade do agente, que se exprime numa atitude de fidelidade ao direito consubstancial à concorrência de exigências axiológicamente reconhecidas; b) que a questão da valoração da conduta, no plano da ilicitude, seja controversa, aberta a pontos de vista diferentes, demonstrando, por isso, o conflito de posições axiológicas diversas, juridicamente relevantes; c) que a solução para o problema da valoração, prosseguida pelo agente, convoque um ponto de vista axiológico reconhecido pela ordem jurídica, “*por forma a poder dizer-se que ele conduziria à licitude da conduta se não fosse a situação de conflito*”; d) que a atitude do agente seja uma tal, que convoque um ponto de vista axiológicamente reconhecido pelo direito, seja ele decorrente de um propósito expresso ou resultado de um “*esforço ou desejo continuado de corresponder às exigências do direito*”⁷⁵⁵.

O critério da retitude da consciência errónea, não obstante a sua salutar inovação na doutrina jurídico-penal, quer portuguesa, quer internacional, suscita-nos algumas reservas.

Em primeiro lugar, se o conceito material de culpa de FIGUEIREDO DIAS se consubstancia na censura pela não conformação da personalidade do agente de acordo com um projeto existencial que demanda o cumprimento das exigências do direito e, por vias disso, a proibição de lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos protegidos, tal conceção não demandaria uma atitude de diligência exaustiva por parte do agente, a fim de se esclarecer ou refletir de modo suficiente, até lograr o estado de certeza associado à imposição de uma omissão ou à atribuição de uma permissão? Se o agente deve conformar existencialmente a sua personalidade de acordo com o direito, a fim de evitar a lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos, não deverá ele, segundo tal conceção da culpa, mover-se diligentemente até ao momento em que esteja certo que possa (ou não) atuar? E isso não redundaria no referido *regressus ad infinitum*, que o próprio FIGUEIREDO DIAS critica cerradamente? A culpa existencial da personalidade,

⁷⁵⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, cit., pp. 362-363. Este critério é, outro tanto, adotado por parte significativa da doutrina portuguesa. Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 489; HELENA MORÃO, *op. cit.*, pp. 204-205; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, 2ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 288; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 168-169. Enunciando, NUNO BRANDÃO, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 310 e ss.

à semelhança de uma culpa na condução da vida, parece demandar um dever geral de informação⁷⁵⁶, o que, como já vimos, é de afastar.

Abstraindo deste nóculo problemático, quando FIGUEIREDO DIAS se refere à exigência de pontos de vista juridicamente relevantes, conflitantes entre si, parece confundir o critério de determinação da censurabilidade do erro sobre a ilicitude com a lógica que preside ao conflito de deveres ou à relevância das decisões de consciência em direito penal, uma vez que a sua tese parece pressupor um conflito axiológico. No exemplo aduzido pelo autor, o marido que acede ao pedido da mulher que tomou uma dose letal de soporífero para não procurar ajuda, pôde, não obstante o respeito pela autonomia ética desta, reconhecer o caráter ilícito da comissão omissiva ou ao menos duvidar disso. Esse conflito não nos parece suficiente para excluir, à partida, a consciência da ilicitude, ao menos a consciência eventual da ilicitude. O que poderá efetivamente suceder, em tal caso, é uma diminuição da culpa, por referência a uma exigibilidade diminuída, mercê de uma atuação (neste caso, omissão) que tenha convocado um motivo social ou moral atendível. E aí poderão operar considerações de ordem preventiva que, na apreciação da responsabilidade total, demandem a não aplicação de uma pena. Nesta medida, o conflito entre valores – não obstante a sua possível influência no acesso à consciência da ilicitude – parece-nos reconduzir-se a um problema autónomo do direito penal.

Sem embargo, o insigne penalista faz referência a valores passíveis de reconhecimento jurídico, constitutivos de um esforço de continuidade de conformação da personalidade do agente ao direito, contanto que a sua conduta tenha sido pautada por exigências objetivo-reais correspondentes a um ponto de vista juridicamente aceitável. Ora, mas esse esforço de continuidade / conformidade com o direito pode redundar numa apreciação assaz subjetiva do valor em causa. Com efeito, o que para uns pode ser uma atitude de fidelidade ao direito pode repugnar a outros. Códigos ético-morais diferenciados podem dar azo, neste plano, a concepções de fidelidade ao direito distintas. A falta de consciência da ilicitude, designadamente a não censurabilidade do erro, não pode ficar totalmente dependente – ainda que tal seja relevante no plano da apreciação da censura – da pessoa do agente, sob pena de tal pôr em causa a eficácia e a vigência do próprio direito (ao menos, do próprio direito penal). Assim, o problema da atitude do agente, na sua relação com a norma jurídica, não pode confundir-se com o problema do

⁷⁵⁶ Aproximadamente, JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 140.

conhecimento, da representação valorativa da norma – ainda que o agente possa manifestar uma atitude nobre, no quadro dos valores dominantes da ordem jurídica, se ele representar o alcance proibitivo, antijurídico da norma, nem por isso se deixará de constatar que ele atuou com consciência da ilicitude. O espírito e a representação do agente, embora possam estar correlacionados, não se devem confundir. Como assinala CURADO NEVES, “*as normas jurídicas não têm por objectivo uma atitude correcta dos seus destinatários, mas o respeito de certas normas de conduta, e este respeito não é compatível com a dispensa do seguimento da lei caso o agente a observar apenas em espírito*”⁷⁵⁷.

4.7. A CENSURABILIDADE POR REFERÊNCIA AOS VALORES E ÀS EMOÇÕES – A CONSCIÊNCIA DE SI – POSIÇÃO DE FERNANDA PALMA

Para FERNANDA PALMA, a motivação do agente pelo direito associa-se a um quadro valorativo invocado como a prossecução de um ideal comum, de um projeto existencial que veicula bens, estados afetivos e emoções, tendentes ao desenvolvimento da identidade de cada um e da identidade do todo. Pelo que, *v.g.*, da proibição de matar resulta uma motivação, não apenas em nome da vida humanas *per si*, enquanto bem supremo, mas também porque ela é o pressuposto irrenunciável da “*realização de si mesmo*” ou da livre realização da comunidade⁷⁵⁸.

Na sequência deste conjunto de ideias, FERNANDA PALMA questiona se o critério para aferir da censurabilidade do erro sobre a ilicitude terá de ser necessariamente o da retitude da consciência errónea, tal como preconizado por FIGUEIREDO DIAS⁷⁵⁹.

FERNANDA PALMA convoca uma relação de simbiose entre a moralidade e as emoções e a representação valorativa dessas emoções⁷⁶⁰. Neste sentido, a avaliação da vivência das emoções do agente e dos valores representados por elas constituem um ponto vital na apreciação da não censurabilidade do erro sobre a ilicitude. E tratam-se de valores, não objetivados e puramente externos, mas sim daqueles que resultam da apreciação valorativa das emoções vividas pelo agente. No entanto, as emoções podem vincular-se a quadros socioculturais e projetos existenciais conflituantes com uma lógica de valores universais, pelo que, para a autora, releva invocar uma “*ética das*

⁷⁵⁷ JOÃO CURADO NEVES, *op. cit.*, p. 149.

⁷⁵⁸ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, cit.*, p. 227.

⁷⁵⁹ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, cit.*, p. 228.

⁷⁶⁰ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, cit.*, p. 229.

emoções”, operando como abertura, harmonização e critério de desculpa do erro sobre a ilicitude⁷⁶¹.

Previamente, FERNANDA PALMA discorre sobre o conteúdo material que preside à justificação dessas emoções. Este poderá compreender uma adequação da emoção face a uma situação apresentada, num quadro de normalidade, ou, de forma mais complexa, *“um plano mais sofisticado de concordância de uma emoção com ideias de valor consideradas socialmente preferíveis”*⁷⁶². Com efeito, para FERNANDA PALMA, o que está na base da não censurabilidade do erro, não é tanto um ponto de vista valorativo, um valor ético-moral juridicamente relevante – tal como sustenta FIGUEIREDO DIAS, na construção do critério da retitude da consciência errónea -, mas sim barreiras ou dificuldades que se erigem entre a emoção ou o afeto do agente e a motivação pelo direito em função de um projeto existencial individual, bem como a falta de *“oportunidade para desenvolver as emoções adequadas a uma motivação pela norma”*⁷⁶³. Esse juízo de adequação subjacente à emoção depende muito, quer da valoração da afeção por determinados bens, quer do código ético-moral do agente, quer da cultura de onde este provém, não obstante a inexistência de uma atitude de fidelidade ao direito, tal como pressuposta pela retitude da consciência errónea. Pelo que a censurabilidade do erro sobre a ilicitude será afastada sempre que o agente atue em função de emoções e valores essenciais inultrapassáveis, que inerem ao seu projeto existencial, ou quando o agente *“apela a uma ordem afectivo-valorativa correspondente a um agir moral segundo um critério metaético”*, i.e., de acordo com um valor ou uma conformação promanados de contextos sociológicos divergentes ou de quadros sociais minoritários⁷⁶⁴.

FERNANDA PALMA assemelha o raciocínio exculpatório incidente sobre o erro sobre a ilicitude àquele que preside ao estado de necessidade desculpante, uma vez que, em ambos, existem *“obstáculos emocionais”*, que promanam da apreciação do conteúdo e alcance das situações vivenciadas no projeto de vida do agente. A principal diferença que delimita as duas causas de exclusão da culpa em apreciação assenta em que no erro sobre a ilicitude há lugar a *“um processo impeditivo do conhecimento de valoração*

⁷⁶¹ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, cit., pp. 230-231.

⁷⁶² MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, cit., p. 231-232.

⁷⁶³ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, cit., p. 232. Já assim, MARIA FERNANDA PALMA, “A Teoria do Crime como Teoria da Decisão Penal (Reflexão sobre o Método e o Ensino do Direito Penal)” in *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*, ano 9, n.º 4, 1999, pp. 575 e ss.

⁷⁶⁴ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, cit., pp. 232-233.

*do Direito, por força de uma deficiente inserção do agente na cultura de valores reconhecida pelo direito*⁷⁶⁵.

Também a tese de FERNANDA PALMA nos suscita algumas reservas.

Começando pelo fim: embora seja totalmente admissível que uma deficiente inserção do agente na cultura de valores reconhecida pelo direito – promane tal deficiência de um déficit de socialização, de uma inserção sociocultural ou político-económica diversa, etc. – influa decisivamente, no plano das representações valorativas, na apreciação da ilicitude, quiçá obnubilando o cabal reconhecimento da antijuridicidade da ação, não deixa de ser correto, contudo, que não há uma relação necessária, mas apenas suficiente, entre o erro sobre a ilicitude e tal deficiência. Basta pensar no caso do agente que, duvidando, empreende uma ação, no sentido de se esclarecer e, induzido em erro por profissional do foro reconhecido na praça, motiva a sua ação por referência à informação que recebeu. Não se dirá que a não censurabilidade do erro, ante a diligência do agente, se deve a uma deficiente inserção do agente na cultura de valores reconhecida pelo direito.

Mas antes, a penalista de Lisboa faz referência a um quadro afetivo-emocional decorrente do panorama sociocultural ou de um código ético-moral que o precede, como fator decisivo na determinação da não censurabilidade do erro, uma vez que podem estar em causa valores essenciais e inultrapassáveis associados ao projeto existencial do agente. Ora, tal asserção não corre o risco de redundar, levada às últimas consequências, num radical relativismo axiológico? I.e., ainda que, v.g., o agente estrangeiro passe por um período de adaptação na nova ordem jurídica e social, onde se vem inserir, pode ele arrogar-se o direito de abrogar o caráter ilícito de determinado tipo de crime em função de um valor totalmente válido, aceite e desejável na sua cultura de origem? E, com isso, recorrer ao mecanismo do erro sobre a ilicitude para apartar-se de qualquer responsabilidade? Cremos que não. Não obstante o respeito pelos valores das minorias, consagrado na Constituição, se o agente lograr reconhecer que determinada conduta é desconforme ao direito, na nova sociedade onde se insere, malgrado constituir uma conduta desejável na ordem jurídico-social-cultural de origem, dir-se-á, certamente, que ele agiu com consciência da ilicitude. O direito, com a sua

⁷⁶⁵ MARIA FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, cit., pp. 234-235.

inerente pretensão de vigência e eficácia, não pode, com efeito, ser substituído pela moral subjetiva de cada pessoa.

Ademais, parece-nos que esta tese está em contradição com a moral mínima, pressuposta no conceito material de culpa preconizado pela autora, analisado em III, enxertando no campo jurídico uma abertura para a moral muito mais vasta do que aquela que pode ser adequadamente admitida.

Sem embargo, sempre se há de dizer, contudo, que as vivências do agente – a iminente e diferenciada existência de cada um – não de influir, no plano das valorações e, por vias disso, na censurabilidade e nas necessidades preventivas, numa lógica de tolerância. Mas tal avaliação só se há de poder realizar de modo aproximativo.

4.7.1. A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

A jurisprudência exerce uma função de revelação mediadora e concretizadora – embora não criadora, no sentido que tradicionalmente lhe é atribuído, por referência ao princípio da separação de poderes - da lei, convocando, na sua fundamentação, não só a legislação concretamente aplicável, mas, outro tanto, princípios gerais de direito, a técnica metodológico-hermenêutica e subsuntiva mais adequada, a multidimensionalidade do sistema e outras fontes contributivas concretizadoras do direito, designadamente a doutrina⁷⁶⁶.

Dos acórdãos dos tribunais superiores que analisámos, lográmos concluir que grande parte da jurisprudência aplica o critério da retitude da consciência errónea de FIGUEIREDO DIAS⁷⁶⁷. Malgrado, situações há em que nos parece que o critério não é aplicado de harmonia com o pensamento fundante que lhe preside ou não leva a soluções adequadas. Enxerguemos detalhadamente as soluções judicativo-decisórias dos tribunais superiores a este respeito.

No Acórdão do STJ de 29-05-1991 (Proc. N.º 041691), A, sócio-gerente da construtora X, e B, encarregado de obras da mesma firma, na sequência da realização de obras de saneamento da Vila Y, procederam à abertura de valas, não tendo estas sido

⁷⁶⁶ Embora, em regra, o pensamento jurídico não conceda espaço a uma qualificação imediata da doutrina como fonte de direito, ela há de, ante o importante papel que desempenha no desenvolvimento do direito, mormente na sua interpretação, e visto que a *opinio iuris* é convocada como relevantíssimo auxiliar na solução de casos concretos da vida dos tribunais, ser vista, ao menos, como fonte mediata ou indireta de direito.

⁷⁶⁷ Cf. Acórdão do TRG de 22-11-2004, Proc. N.º 1121/04-1.

sinalizadas, representando perigo para quem ali passasse. *A* e *B*, alertados para o perigo, não providenciaram pela correção da referida obra, pelo que lhes foi imputado o crime de infração de regras de construção (art. 263º da versão da época do CP, correspondente ao atual art. 277 do CP). Os arguidos invocaram ter agido em erro sobre a ilicitude, nos termos do art. 17º do CP. O STJ veio sustentar que, uma vez que os arguidos se inseriam num específico círculo profissional (*“tratando-se de engenheiro civil, sócio gerente e encarregado de obras”*) e tendo, outro tando, sido alertados para o perigo atrás referido, o erro deve reputar-se censurável. Com efeito, o STJ, nesta decisão, adotou, numa das raras vezes que o fez, o critério da evitabilidade, invocando a relevância do dever de diligência e de informação, que promana da inserção dos agentes num âmbito profissional especialmente regulado. E poderá questionar-se, mais ainda, se, quando alertados, não puderam os agentes ter representado como possibilidade, ao nível das suas valorações, que a sua omissão constituía um ilícito.

Em Acórdão do STJ, datado de 28-06-1996 (Proc. N.º 048759), foi imputado a *A* o crime de abuso de confiança, sustentando o arguido ignorar que a não entrega de certa quantia ao Instituto do Vinho e da Vinha correspondia a uma conduta jurídico-penalmente relevante. O STJ veio decidir-se pela censurabilidade do erro, uma vez que *“o Arguido A não actuou com o cuidado que uma pessoa portadora de uma recta consciência ético-jurídica teria, informando-se convenientemente sobre a proibição legal do ponto de vista criminal da sua conduta”*. Ora, embora no ponto de chegada a decisão nos pareça correta, a censurabilidade do erro, no caso vertente, não se prende materialmente com a retitude da consciência errónea ou a falta dela, mas antes com a violação do dever de informação e de esclarecimento que dimana da inserção do agente num determinado círculo vital / profissional, a fim de se inteirar – e, por vias disso, evitar o erro – quanto à regulação a que está submetida a sua atividade. Com efeito, o agente, embora não conhecesse a norma, reconhecia, contudo, que a sua atividade estava sujeita a uma regulação especial, ficando aberta a possibilidade de prever e evitar o ilícito típico.

No Acórdão do STJ de 18-12-1996 (Proc. N.º 048495), foi imputado aos arguidos *A*, *B*, *C* e *D*, em coautoria, o crime de sequestro, p. e p. pelo então art. 160º do CP (atual art. 158º). Os arguidos invocaram ter agido em erro sobre a ilicitude, nos termos do art. 17º do CP, mercê de uma falta de informação subjacente a tal proibição. Os arguidos, agentes da Polícia Judiciária (PJ), levaram *E*, contra a sua vontade, para as instalações da PJ, a fim de ser interrogada como testemunha num processo de coação, por

suspeitarem que ela poderia ter informações relevantes. O erro foi afastado, porquanto, uma vez que estamos perante agentes de um Órgão de Polícia Criminal (OPC), *“não aproveita aos arguidos uma eventual deformação profissional, com o emprego da força de actos autoritários. Pois a lisura e a correcção para com os cidadãos, que passa pelo estrito cumprimento das leis e dos regulamentos profissionais, têm de ser presentes e observados por aqueles que melhor as conhecem e executam, como são os agentes da Polícia Judiciária, considerada a elite de todas as forças policiais e de segurança”*. Estamos perante a convocação, uma vez mais, do critério da evitabilidade e da relevância do acesso à consciência da ilicitude em determinados âmbitos. Mas tal não fundamentaria, ao menos, a censurabilidade do erro? Neste caso não, porque, para além de estarmos perante uma elite policial que deve ter presente, de forma especial, as regras que balizam a fronteira do lícito e do ilícito, uma vez que a sua atividade implica, não raro, a compressão de direitos fundamentais dos cidadãos, como nota o douto tribunal, *“é impensável que após os concursos de provimento, a sujeição a processos selectivos, o estágio e os acessos e progressão nas carreiras (...) possam [os arguidos] invocar validamente um desconhecimento dos mais elementares deveres que pautam o exercício da função e um desconhecimento não culposo”*. Por outro lado, está em causa um crime, cuja ilicitude tem uma elevada carga axiológica e atinge valores fundamentais na sociedade.

Em Acórdão do TRP de 20-05-2009 (Proc. N.º 0817916), foi imputado a *A, B e C* o crime de sequestro, p. e p. pelo art. 158º do CP, uma vez que *D*, a ofendida, veio a ser encontrada numa pedreira a realizar uma prática religiosa que os arguidos reputaram de bruxaria, tendo estes retido *D* em tal espaço, privando-a da realização de necessidades básicas, tendo representado atuar ao abrigo de um direito, por se encontrar em lugar *pretensamente* privado. Malgrado, veio a constatar-se que a referida pedreira se tratava de uma propriedade rústica de solo em exploração industrial não cercada, pelo inexistia o referido direito de detenção (art. 255º CPP). Mas como os arguidos representaram que se tratava de uma propriedade privada e estar ao abrigo de uma permissão, pode suscitar-se o problema da existência de um erro sobre a ilicitude indireto, incidente sobre a (in)existência de um direito. Destarte, porquanto a detenção de *D* foi claramente desproporcional (privaram a ofendida de realizar necessidades de higiene básicas, inerentes à sua privacidade, insultaram-na, etc.), o TRP veio afastar a hipótese de erro, tendo em conta a conduta dos arguidos, posto que todos eles demonstraram, no seu entender, uma atitude juridicamente desvaliosa. Quanto a nós, pensamos ser mais correto qualificar o presente caso como erro sobre a

ilicitude indireto censurável, posto que a conduta dos arguidos demonstra uma especial culpa, ainda que tenham agido motivados pela representação permissiva. Como bem nota o presente Acórdão, *“é do conhecimento comum que uma pessoa, esteja ou não detida, deve ser tratada com dignidade, sendo impensável no mundo de hoje, em Portugal, um comportamento como o descrito”*. Ademais, necessidades preventivas há que afastam a possibilidade de recorrer ao mecanismo da atenuação facultativa da pena, previsto no art. 17º, n.º 2 do CP, ante o contraste comportamental dos agentes com o bem que a norma violada visa tutelar.

Em Acórdão do TRL datado de 12-01-2016 (Proc. N.º 743/10.0TALRS.L1-5), foi imputado a A e B, sócias de uma sociedade comercial, que tem por escopo a realização de trabalhos gráficos, o crime de abuso de confiança fiscal contra a segurança social, por não terem procedido à entrega das declarações das remunerações dos trabalhadores à Segurança Social, após desconto e retenção de um total de € 21.745,90 (vinte e um mil, setecentos e quarenta e cinco euros e noventa cêntimos), entre os meses de outubro e janeiro do ano X. As arguidas alegaram ter agido em erro sobre a ilicitude, nos termos do art. 17º do CP, ante a falta de consciência de que tal omissão constituía um ilícito penal, punido por lei. Porquanto as arguidas tomavam parte direta no desenvolvimento da empresa, designadamente no que tange ao pagamento dos salários e à atividade contabilística, tal revela que não houve um esforço de diligência por parte das mesmas, tendente ao esclarecimento acerca da regulação da sua atividade – o dever de informação que sobre elas impendia constituía, por si só, uma chamada para o conhecimento da proibição em causa e da representação dos elementos subjetivos do crime. Para o TRG, o desconhecimento da ilicitude de tal omissão é incompatível com as exigências subjacentes ao círculo profissional das arguidas, pelo que, para aquele tribunal, na senda de FIGUEIREDO DIAS, *“havia (...) um conhecimento necessário a uma correcta orientação da consciência ética do agente para o desvalor do resultado”*, inexistindo, por consequência, fundamento para a existência de uma situação de erro sobre a ilicitude. Cremos, contudo, que tal decisão foi precipitada. Se é certo que havia um dever de informação que impendia sobre as arguidas, a fim de tomarem conhecimento da regulação a que a sua atividade estava sujeita, a sua violação não comporta necessariamente a presença de um agir com consciência da ilicitude, mas tão só que o erro era evitável, ainda que o fosse em larga

medida⁷⁶⁸, na medida da exigência do cumprimento de um especial dever de informação decorrente da inserção das arguidas num específico círculo profissional e que, por vias disso, pudessem prever e evitar o erro. Nesta medida, estamos em crer que deparamos com um erro sobre a ilicitude, ainda que censurável, que pode dar lugar à atenuação (facultativa) da pena, nos termos do art. 17º, n.º 2 do CP.

No Acórdão do TRP de 27-04-2016 (Proc. N.º 187/0804FBAVR.P1), foram imputados a A e B, comerciantes, em concurso real, os crimes de fraude sobre mercadorias, contrafação, imitação e uso ilegal de marca e venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos, nos termos dos arts. 23º, n.º 1 do DL n.º 28/84, de 24 de janeiro, e 323º e 324º do Código de Propriedade Intelectual, ante a exposição e venda de louça, que ostentava determinada marca que lhe não correspondia, nunca tendo esse tipo de louça sido produzida por tal marca e as decorações apresentadas nas peças (feitas à mão) eram produto de técnica diferente da aplicada pela referida marca. A e B alegaram ignorar que a venda de tais peças era ilegal, agindo, assim, em erro sobre a ilicitude, nos termos do art. 17º do CP. Uma vez que no local onde os arguidos habitam (Ílhavo) é prática usual, desde há longo tempo, comprar peças em branco de tal marca e, posteriormente, pintá-las fora das suas instalações, os arguidos atuaram na convicção de que o podiam fazer e comercializar, não pretendendo, com isso, ludibriar o consumidor final, com o intuito de criar a convicção de que se tratavam de peças originais. Assim, e convocando o critério da retitude da consciência errónea, o TRP decidiu-se pela não censurabilidade do erro, uma vez que não se pode afirmar que os arguidos tenham atuado, no quadro da situação errónea, com uma atitude desvaliosa e desleal face ao direito, i.e., o seu erro não se ficou a dever a uma qualidade desvaliosa e imputável à sua consciência ética. Quanto a nós, a decisão é de aplaudir, mas não nos convence, no entanto, quanto à fundamentação jurídica. Com efeito, o que está verdadeiramente em causa é a determinação de uma menor exigibilidade de uma maior diligência, por referência ao elemento *habitualidade* invocado na matéria de facto e ao quadro sociocultural e comunitário onde os arguidos se inseriam, o que parece convocar uma ideia de inevitabilidade à luz do tipo social do agente. Estamos em crer que a decisão não seria a mesma se se tratasse de uma empresa de comércio de louça de maior dimensão, que operasse num meio citadino.

⁷⁶⁸ Como o próprio TRL reconhece no Acórdão citado, “os escassos conhecimentos aliados à forma mais informal como a testemunha TJ acabou por explicar que as decisões tinham lugar, leva a crer que esta arguida pouco ou nada tinha claro na sua mente para além de que a empresa tinha dívidas”.

Em Acórdão do TRG, datado de 18-11-2013 (Proc. N.º 1600/12.1TAGMR.G1), A, tendo proferido diversas vezes que B “*andava a agarrar miúdas da escola para as violar*”, veio alegar que agiu sem a consciência de que tal facto constituía o crime de difamação, atuando, assim, em erro sobre a ilicitude. Para a Relação de Guimarães, recorrendo ao critério da atitude interior, segundo o qual se a situação errónea manifestou uma atitude interna deficiente do agente no facto, ou, pelo menos, uma atitude de indiferença face ao direito, o erro há de reputar-se censurável, o erro em apreciação não exclui a censurabilidade do agente, porquanto se uma pessoa imputável e cabalmente socializada não tem consciência de que expressões tais como as suprarreferidas ou análogas constituem uma violação / atentado contra a honra de outrem, tal desconhecimento só pode ser atribuído a uma atitude desvaliosa do agente⁷⁶⁹. Com efeito, tratando-se de um crime intrinsecamente ilícito, cuja coloração axiológica é forte e patente, estamos em crer que por recurso à reflexão – não obstante a relevância da vivência e inserção sociocultural do agente – o erro seria facilmente vencível.

No Acórdão do TRG de 22-06-2015 (Proc. N.º 8/15.1PFBRG.G1), foi imputado a A o crime de detenção de arma proibida, p. e p. pelo art. 86, n.º 1 da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro, uma vez que o arguido foi encontrado com uma arma de fogo semiautomática classe c, sem, à data, ser portador de uma licença para o respetivo uso, detenção ou porte. A tinha um passado criminal associado a práticas de tráfico de estupefacientes, posse de arma proibida, tentativa de homicídio, falsas declarações e roubo. A invocou ter agido sem consciência da ilicitude, alegando ter pegado nas munições por brincadeira. O TRG veio decidir, quanto a nós de forma bastante acertada, que o erro é afastado, pois o arguido, face aos seus antecedentes criminais, e visto já ter sido condenado pelo mesmo crime, sabia ou deveria saber que o facto que praticou não é conforme ao direito e que está compreendido no tipo de ilícito em questão, tendo agido, com efeito, com consciência da ilicitude.

No Acórdão do STJ de 27-01-2016 (Proc. N.º 23/10.1PEAGH.L1.S1), foi imputado a A o crime de detenção de arma proibida, p. e p. pelo art. 86, n.º 1 da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro. A veio alegar ter atuado sem consciência da ilicitude, sustentando desconhecer que a detenção de uma mera munição seria, na mesma medida que o é a detenção de uma arma de fogo, proibida. Para o STJ, uma vez que há consenso na opinião pública de que é proibido ter armas sem licença e porquanto “*é errado ter armas*

⁷⁶⁹ Em sentido idêntico, Cf. Acórdão do TRP de 12-07-2017, Proc. N.º 853/15.3SMRT.P1.

ou munições em casa, pela perigosidade que encerram”, o arguido expressou uma atitude pessoal de indiferença face à detenção de munição, pois deveria ter empreendido um esforço, a fim de se inteirar do carácter da conduta, i.e., uma *“atitude displicente juridicamente desvaliosa que impediu a consciência ética de decidir corretamente a questão do desvalor jurídico do facto”*. No entanto, tenhamos em conta que a munição foi usada pelo arguido como mero adorno. Embora a detenção de arma sem licença seja uma proibição de largo alcance e consenso no ordenamento jurídico português, estaremos legitimados para afirmar, sem mais, que a utilização de uma munição como adorno constituía motivo suficiente para impelir, por si só, o agente para um problema de valoração, i.e., constituía motivo suficiente para o agente se informar ou sequer refletir? Não estaremos, ante as especificidades factuais, no âmbito de uma conduta dotada de pouca densidade axiológica? E, por vias disso, reconduzível à categoria dos *delicta mere prohibita*? Não sendo, correspondentemente, aplicável o erro sobre a proibição legal, constante do art. 16º, n.º 1, 2ª parte do CP?

No Acórdão do TRC de 08-11-2017 (Proc. N.º 60/16.2GCSCD.51), foi imputado a A o crime de detenção de arma proibida, p. e p. pelo art. 86, n.º 1, al. d) da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro, ante a detenção, no seu veículo, de uma arma artesanal (bastão). O arguido veio alegar ter agido sem consciência da ilicitude, nos termos do art. 17º do CP, uma vez que a construção e a detenção de tal arma foram afetas exclusivamente à sua defesa e da sua família, posto que tinha sido recentemente assaltado e reiteradamente alvo de ameaças à sua vida e à vida dos seus filhos. O TRC, sustentou, na senda de uma doutrina pré-finalista e já ultrapassada, e em desconformidade, quer com a letra da lei, quer com a *ratio* histórico-teleológica que lhe preside, que o dolo compreende a representação e a vontade de realização do facto típico com consciência da ilicitude, pelo que o art. 17º tem, no seu entender, por objeto um erro intelectual, qual seja, o *“erro ignorância”*, incidente sobre os *mala in se*. Assim, e porquanto não há justificação para a posse de um bastão, constituindo tal facto um crime que, não obstante ser regulado por diploma especial, nem por isso deixa de ser um *mala in se*, e sendo o agente uma pessoa cabalmente socializada, tendo *“por certo a noção, que é comum, de que é interdito a todo e qualquer cidadão a detenção de determinados objectos, em função da sua perigosidade, inerente às suas características e fins”*, há de ver-se a afastada a hipótese de erro sobre a ilicitude.

Os argumentos do presente Acórdão, salvo o devido respeito, não merecem a nossa concordância. Com efeito, enquanto o dolo é um elemento do tipo subjetivo, constituído

pelos elementos intelectual e volitivo, a consciência da ilicitude é um elemento da culpa, que tem por objeto a antijuridicidade, sendo constituída, essencialmente, pelo elemento de valoração. Por outro lado, não há uma necessária relação de implicação entre os *mala in se* e o erro sobre a ilicitude. Basta pensar que o agente que erre sobre uma norma que regula especialmente o campo da sua atividade profissional incorre em erro sobre a ilicitude e não em erro sobre a proibição legal. Por último, pensamos haver lugar a um erro sobre a existência de uma causa de justificação ou sobre os limites de uma causa de justificação, uma vez que o arguido representou poder construir uma arma artesanal para se proteger a si, à sua família e a sua propriedade face a ataques de terceiros. E tendo em conta que o arguido não tem antecedentes criminais, agindo com um propósito de defesa, não se parecem descortinar razões que o pudessem impelir a duvidar e, por vias disso, a esclarecer-se acerca da natureza dessa conduta, o que nos parece revelar um verdadeiro caso de erro sobre a ilicitude (indireto) não censurável.

No Acórdão do TRG de 21-06-2013 (Proc. N.º 986/10./PCBRG.G1), a A, entre outros, foi imputada a contraordenação de detenção de arma ilegal, p. e p. pelos arts. 2.º, n.º 1, al. e), 3.º, n.º 2 e n.º 9 e 97.º, n.º 1 da Lei n.º 5/23, de 27 de fevereiro, por ter apontado uma *arma de alarme*, bastante semelhante a uma arma real, a fim de criar a convicção de que dela se disparavam projéteis (tais armas apenas recriam o efeito sonoro dos projéteis). A não tinha licença para o porte de tal arma, mas alegou o desconhecimento de tal exigência, uma vez que, até à entrada em vigor da referida lei, a aquisição de tais armas era livre e bastante comum. Quanto a esta questão em específico, porquanto o arguido já detinha tal arma há longo tempo e uma vez que a sua situação errónea se devia a falta de esclarecimento, e tendo em conta que a comercialização de tal tipo de armas era bastante comum até 2006, veio dizer o TRG que “*será razoável antever que ao longo do tempo se tenha criado e mantido uma consciência generalizada quanto à livre aquisição e transmissão das pistolas de alarme*”, pelo que, relevando, outrossim, a falta de publicidade adequada concernente a tão profunda mudança de regime e intentado enxertar o critério do homem médio no critério da retitude da consciência errónea, veio aquela instância decidir que é de concluir que um homem de normal diligência, dotado de uma reta consciência axiológica, não teria sido impelido pelo dever de diligenciar tendente ao esclarecimento da proibição em causa; com efeito, o erro sobre a ilicitude há de reputar-se não censurável⁷⁷⁰. Embora a decisão seja de louvar,

⁷⁷⁰ Em sentido próximo. Cf. o Acórdão do TRP de 25-02-2015, Proc. N.º 120/08.3GCBGC-A.G1.P1/AC; Acórdão do TRG de 08-09-2014, Proc. N.º 235/1306GAMLG.G1/AC; Acórdão do TRP de 13-01.2021, Proc. N.º 70/18.5PEPRT.P1.

parece-nos que o tribunal recorreu materialmente ao critério da evitabilidade por referência ao homem médio, uma vez que o que pesou na decisão não foi o confronto entre dois valores conflitantes, atendíveis no plano jurídico, mas sim uma abstração jurídica, consubstanciada num tipo de homem medianamente zeloso e diligente, constituindo a questão fulcral a de saber se esse homem médio teria incorrido ou não no mesmo erro, o que pode, noutras decisões, revelar-se assaz arbitrário.

Em Acórdão do TRL datado de 03-03-2020 (Proc. N.º 280/19.8SCLSB.L1-5), a A, tendo conduzido, embriagado, um velocípede sem motor, foi imputado um crime de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, p. e p. pelo art. 292º do CP, tendo, no entanto, o arguido alegado ter atuado em erro sobre a ilicitude, ante a falta de ressonância social do facto. Malgrado, foi provado que A já tinha sido condenado no passado por três vezes pela prática do mesmo crime, pese embora em tais casos se tenha tratado de veículo motorizado. Tendo afastado a hipótese de qualificar tal erro como um erro sobre as proibições legais (art. 16º, n.º 1, 2ª parte do CP), o TRL colocou o problema ao nível do erro sobre a ilicitude (art. 17º), tendo recorrido ao critério da retitude da consciência errónea, embora refira, outrossim, a importância da dúvida sobre a natureza do facto para efeitos de veto da conduta, tendo concluído que o comportamento do agente revela um défice de fidelidade ao direito, mercê do perigo que a condução sob o efeito do álcool representa para certos bens jurídicos protegidos e das condenações já anteriormente sofridas⁷⁷¹. Quanto a nós, uma vez que o agente já tinha sido condenado em três situações diferentes pelo mesmo tipo de crime, pensamos que deve colocar-se a hipótese de, ao menos, ele ter sido sensível aos comandos normativos por referência a uma atuação com consciência eventual da ilicitude – a comunicação do fundamento das anteriores condenações deveria, no mínimo, ter suscitado uma dúvida facilmente resolúvel – e não uma atuação errónea.

Mais perplexos nos deixa, contudo, o Acórdão do TRG datado de 05-11-2012 (Proc. N.º 253/11.9GACBT.G1). Tal Acórdão vem dizer, no quadro da imputação de um crime de condução de veículo ciclomotor sem habilitação legal – o condutor possuiu habilitação para tal, mas alegou desconhecer a obrigação de renovação e, por vias disso, representou poder, dentro da legalidade, conduzir o dito veículo – que *“o erro sobre a ilicitude excluirá o dolo do tipo sempre que determine uma falta do conhecimento*

⁷⁷¹ Em sentido próximo, Cf. o Acórdão do TRL de 15-12-2015, Proc. N.º 200/15.9PBOER.L1-5.

necessário a uma correcta orientação da consciência ética do agente para o desvalor do ilícito”. Mas mais vem dizer aquele tribunal, utilizando o critério do homem médio, que tal homem, colocado na posição do agente, não seria levado a empreender um esforço de diligência tendente a uma informação regular e periódica junto das autoridades competentes, uma vez que a licença não tinha um prazo de validade, pelo que a responsabilidade se há de ver afastada ante a não censurabilidade do erro. Estamos em crer que o tribunal confundiu o dolo do tipo com o dolo da culpa, isto para quem admita a teoria dualista do dolo, uma vez que, no máximo, a consciência da ilicitude só pode fazer parte do dolo se este fizer parte da culpa, como ainda alguns autores propugnam. No entanto, como bem assinala o Acórdão do TRG de 21-10-2013 (Proc. N.º 131/08.9TAFLG-A-G1), a consciência da ilicitude não está compreendida no dolo do tipo, qual representação e vontade do facto típico, mas antes constitui um elemento da culpa jurídico-penal, sob pena de – não obstante as insanáveis contradições sistemático-dogmáticas que isso implicaria – tal consciência ter de ser atualíssima e não uma consciência material, potencial da ilicitude, mesmo nos crimes intrinsecamente ilícitos.

4.8. POSIÇÃO ADOTADA

4.8.1. INTROITO

Como já vimos, a culpa constitui pressuposto e limite da pena. A cominação da pena deve ser precedida de um juízo axiológico-social e jurídico subjetivo, sob pena de se não vislumbrar a sua necessidade. Em consequência, a pena sem culpa carece de sentido, do ponto de vista preventivo, porquanto, se o agente está inacessível aos comandos normativos, a ameaça da pena não produz o seu efeito útil, qual seja, o de evitar outras infrações. Ademais, só um comportamento culposos pode constituir uma vulnerabilidade para a força da norma. Como assinalam ESER / BUKHARDT, entre a pena e a culpa deve existir uma relação de fim-meio, pelo que a pena só será necessária e, por vias disso, admissível, por referência à proporcionalidade⁷⁷². Assim, para efeitos de imputação de um juízo de culpa, é mister que o agente tenha consciência de que a sua conduta é desvaliosa à luz da ordem jurídica, ou disso tenha possibilidade. E assim é, porquanto, nas palavras de ADRIANO VERA JARDIM, *“pela mesma razão que não é possível decidir sobre um estado (uma situação) sem o conhecer, também não é*

⁷⁷² ALBIN ESER, BJÖRN BUKHARDT, *op. cit.*, pp. 294-295.

*possível a determinação se não existe conhecimento sobre o que separa duas posições (ou situações) que existem em alternativa ou paralelamente*⁷⁷³.

Se o agente está impossibilitado, de alguma forma, de reconhecer a contrariedade ao dever-ser por causa que lhe não é imputável, há lugar a uma falta de motivação para atuar com o direito, falta de motivação essa que impossibilita, de igual forma, a elaboração de um juízo de censura, o que comporta, em consequência, a inexistência da vulneração do fundamento de validade da norma e de expectativas jurídico-sociais e a ausência de uma necessidade de ressocialização. I.e., se se concluir que o agente não pôde evitar a infração, mercê da falta de consciência da ilicitude / situação errónea, a culpa é afastada, porquanto, se no momento da prática do facto há um sucesso não compreensível pelo agente – nem a possibilidade dessa compreensão -, o facto não é merecedor de reprovabilidade penal nem atenta contra a validade da ordem normativa, posto que o agente não era permeável ao apelo normativo⁷⁷⁴. E note-se que a relevância a dar à validade da ordem normativa, mormente no plano criminal, não encerra em si apenas uma necessidade de reposição contrafáctica da força da norma, mas, outrossim, uma ideia de função protetora de bens jurídicos necessários ao livre desenvolvimento da personalidade, que está compreendida na eficácia do direito penal. E se assim é, está convocada a ideia de subsidiariedade e necessidade do direito penal, não podendo, por consequência, a prevenção associada à validade da ordem normativa ter uma pretensão de exacerbada punitividade, antes, em associação recíproca com a culpa, a deve limitar, devendo esta ideia ser convocada na apreciação casuística do âmbito exculpatório⁷⁷⁵.

O que releva agora determinar é a censurabilidade do erro, que, como já antevimos, terá por referência a evitabilidade à luz do tipo social do agente e será balizada e conformada por um quadro principiológico tendente a uma solução político-criminal mais equitativa e adequada. Atentemos mais de perto na nossa proposta.

⁷⁷³ ADRIANO VERA JARDIM, “O Problema da Culpa na Obra de Kafka. Primeiro Esboço de uma tentativa de interpretação”, in *Direito e Justiça*, Vol. IV, 1989, p. 100.

⁷⁷⁴ Aproximadamente, TERESA MANSO PORTO, “Efectos Jurídico-Penales del Error de Prohibición en los Sistemas Colombiano, Español y Alemán”, in Eduardo Montealegre Lynett (coord.), *El Funcionalismo en Derecho Penal – Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 309-311.

⁷⁷⁵ Cf. CLAUS ROXIN, “Sentidos e Limites da Pena Estatal”, trad. de Ana Paula dos Santos e Luís Natschenradetz, in Claus Roxin, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª edição, Lisboa: Vega, 2004, pp. 31 e ss.

4.8.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E TIPO SOCIAL DO AGENTE

Em termos gerais, segundo a dimensão material do princípio constitucional da igualdade (art. 13º CRP), para além da proibição de situações de vantagens injustificadas erigidas em verdadeiros privilégios e da exigência de tratamento igual dos cidadãos, a igualdade demanda o tratamento desigual em situações desiguais, na medida da sua desigualdade. I.e., demanda uma diferenciação ou discriminação positiva e material, uma vez que há, com enorme frequência, situações desiguais e necessariamente diferenciadas entre si, merecedoras de uma compensação operatoricamente material no caso concreto⁷⁷⁶.

Nas situações erróneas, este princípio deve ser feito valer, porquanto, ainda que o agente se insira numa sociedade mais ou menos homogénea, o seu processo de socialização é necessariamente diferenciado, consoante a sua específica situação existencial, que se prende com uma específica educação, com um específico meio sociogeográfico, com uma específica situação cultural, com uma específica capacidade económico-financeira, com uma maior ou menor abertura, com a natureza mais citadina ou rural do meio, entre outros elementos. A título de exemplo, e convocando a impressiva afirmação de NIETO MARTÍN, *“obviamente que um pescador não tem porque estar inteirado de que o uso de informação privilegiada no mercado constitui um comportamento ilícito, mas seguramente lhe resulta evidente e de sentido comum a proibição de determinadas artes da pesca ou de espécies em período de defeso”*⁷⁷⁷. Para diferentes tipos sociais de agentes, apreciações judicativas diferenciadas ao nível da censurabilidade.

Na confluência destas asserções e de tudo o que fomos sugerindo ao longo do presente capítulo, será de concluir, com WESSELS, que a medida da evitabilidade e, por vias disso, da censurabilidade do erro sobre a ilicitude, deve ter necessariamente em consideração o tipo social ou a *“posição social”* do agente, relevando, a partir daí, verificar se o agente, por referência a um juízo aproximativo que tem por objeto as suas capacidades sociais, juízo que se elabora através da sua inserção social, grau de formação, cultura, inteligência, conhecimentos, situação cultural e socioeconómica, etc., e o *“uso exigível”* (i.e., esforço razoável de compreensão) do seu entendimento,

⁷⁷⁶ Cf. JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, “Anotação ao art. 13º”, in Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 222-223.

⁷⁷⁷ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, p. 161.

percepção e das suas representações axiológico-normativas, teria tido a possibilidade de aceder à consciência da ilicitude do facto que realizou⁷⁷⁸

Intentado concretizar o critério do tipo social do agente, seguimos de perto o pensamento de TERESA MANSO PORTO, que nos fornece preciosos contributos. Para efeitos de determinação da influência do “*âmbito vital*” constitutivo do tipo social do agente na consciência material da ilicitude, é mister convocar as descrições da realidade participativa e quotidiana do agente, nelas se compreendendo “*a realidade em que o homem entra em ação, a que pode transformar e a que ao mesmo tempo pode limitar-lhe as suas possibilidades de atuar*”⁷⁷⁹. Mas como sublinhámos na análise da dimensão material da culpa jurídico-penal e reiterámos ao longo dos últimos dois capítulos, não se trata de penetrar na vida concreta e privada do agente, pois que do ponto de vista probatório e da admissibilidade axiológico-jurídico-constitucional tal não se reputa, quer adequado, quer mesmo possível. A referência terá, antes, por incidência uma realidade a mais aproximada de um quadro em que o modo de ser do agente e o seu tipo de consciência possam, similarmente, encontrar-se noutros membros, porquanto os atos de interação e o complexo comunicacional originam um pensamento comum ou mesmo um “*âmbito cultural*” histórico-espacialmente situado⁷⁸⁰.

Com efeito, nas palavras de MANSO PORTO, “*toda a pessoa que faz parte de uma sociedade dispõe de uma reserva de conhecimentos relativos ao seu mundo vital*”. Tal reserva compreende um saber continuado, contruído e sedimentado, por referência ao itinerário evolutivo-vivencial do agente, ao peso da sua inserção social, económica e política, à sua formação, cultura, às ações que praticou e que o conformaram numa linha (embora não necessariamente) espaço-temporalmente contínua e que, em última análise, conforma o seu próprio ser⁷⁸¹.

Tal saber, como observa MANSO PORTO, vai espraiair-se na consciência normativa quotidiana, que é dotada de geometria variável na sociedade. Nessa consciência, pretensamente normal, existe, de forma latente ou ativa, a percepção valorativa do lícito e do ilícito, ao menos quanto às ações cuja carga de ilicitude é mais patente. Todos

⁷⁷⁸ WESSELS / BEULKE / SATZGER, *op. cit.*, p. 332. Também assim, ERIC HILGENDORF, BRIAN VALERIUS, *op. cit.*, p. 212; AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes Culturalmente Motivados – O Direito Ante a “Estranha Multiplicidade” das Sociedades Contemporâneas*, *cit.*, pp. 475-476.

⁷⁷⁹ TERESA MANSO PORTO, *Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 83.

⁷⁸⁰ TERESA MANSO PORTO, *Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal*, *cit.*, pp. 83-84.

⁷⁸¹ TERESA MANSO PORTO, *Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal*, *cit.*, p. 84.

sabem que é proibido matar, que ofender a integridade física de outrem não é permitido. Tratam-se de *“imperativos que em cada uma das experiências correspondentes são sempre conhecidos, ainda que se não produza uma reflexão consciente sobre os mesmos”*⁷⁸². *“O âmbito quotidiano compreende, com efeito, o círculo de vida em que o agente concreto se desenrola durante um longo tempo”*. Assim, no círculo de vida do agente, este deve ir aprendendo qual os meios mais idóneos e adequados para proporcionar resultados dentro da licitude, o que irá resultar, após tal processo, num *“saber evidente”*. Assim, nas situações típicas do quotidiano, não há lugar, em regra – uma vez que estamos perante ilícitos cuja carga axiológica é densa – ao erro inevitável⁷⁸³, conquanto tudo dependa do juízo incidente sobre o tipo social do agente.

Malgrado, situações há em que a norma não está compreendida no quadro da consciência quotidiana, mas, ainda assim, o agente tem o dever de atualizar a consciência mediante o emprego de diligência, a fim de, em contextos sociais específicos, evitar a criação ou a incrementação de riscos passíveis de lesar ou perigar bens jurídicos protegidos. Tal dever emerge, mormente, da inserção do agente num âmbito vital ou profissional especialmente regulado, cujas normas proibitivas não detêm uma carga de ilicitude patente⁷⁸⁴. A título de exemplo, o advogado não pode invocar desconhecer o crime de procuradoria ilícita, pois a sua cédula pressupõe o conhecimento dos deveres jurídicos e deontológicos que inerem à sua profissão. O dever de atualização da consciência, por referência ao cumprimento do dever de esclarecimento ou informação no âmbito da inserção do agente numa atividade especialmente regulada, tem por escopo a garantia de um *standard* de conhecimentos jurídicos, conquanto tais conhecimentos variem em função do âmbito vital ou profissional em que o agente se insere. Esses conhecimentos visam que o agente paute a sua atividade pelos limites da licitude, a fim de não lesar ou perigar bens jurídicos de terceiros ou coletivos⁷⁸⁵.

Neste contexto, estamos perante uma culpa, não na condução da vida, mas uma culpa que tem por referência a previsibilidade e a cognoscibilidade do ilícito – porquanto o agente, ao reconhecer que a sua atividade é especialmente regulada pode informar-se

⁷⁸² TERESA MANSO PORTO, *Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal*, cit., p. 84-85.

⁷⁸³ TERESA MANSO PORTO, *Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal*, cit., pp. 86-87.

⁷⁸⁴ TERESA MANSO PORTO, *Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal*, cit., p. 92.

⁷⁸⁵ TERESA MANSO PORTO, *Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal*, cit., p. 93.

sobre o quadro regulador e reconhecer que há proibições que limitam a sua atividade – e, por vias disso, uma evitabilidade material ao tempo do facto.

Nesta constelação, o erro há de reputar-se inevitável, como nota MANSO PORTO, se, na atuação do agente, por referência à sua inserção existencial e aos limites de ordem sociocultural presentes na sua consciência, e tendo o seu comportamento revelado boa fé, se puder imputar o erro a “*outro sistema*”, mormente a uma impossibilidade fáctico-temporal, que se prende com a temporalidade e adaptabilidade, com a qualidade da informação recebida e com a fidedignidade do prestador da informação⁷⁸⁶. Sintetizemos os pressupostos do dever de informação e observemos como se determina a (in)evitabilidade do erro sobre a ilicitude.

4.8.3. O DEVER DE INFORMAÇÃO

Como já observámos, o dever de informação ou esclarecimento surge em três constelações típicas de casos: a) quando o agente seja assolado por dúvidas quanto à natureza da conduta que pretende levar a cabo, não resolúveis por via de um esforço de consciência ou de reflexão; b) quando o agente se insere num círculo vital ou profissional especialmente regulado; c) quando a sua atuação é passível de lesar um bem individual ou coletivo. Aí, na senda de ALAOR LEITE, nasce um imperativo cujo conteúdo é “*informe-se*”⁷⁸⁷, pois o agente tem um motivo concreto que o deve levar à atualização da consciência da ilicitude, de forma a não lesar ou pôr em perigo bens jurídicos de terceiros ou da coletividade. Ele, em tais casos, deve ser impelido ao esclarecimento da situação jurídica, sob pena, caso persistam as dúvidas dimanadas de uma situação mais complexa, de atuar com consciência eventual da ilicitude. Se o agente mantém a dúvida sobre o carácter lícito ou ilícito da conduta presente no seu espírito, a culpa não fica excluída, porquanto não está excluída, ou ao menos perturbada, como nota DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, na sua totalidade, a sua capacidade de ser sensível ao apelo normativo⁷⁸⁸.

Quando assim suceda, o agente – porquanto, em situações de normalidade, não tem conhecimentos especializados que lhe permitam dissipar a dúvida individualmente e disso deve ser consciente – deve procurar esclarecer-se junto de um profissional do foro (v.g. um advogado, uma entidade competente, um jurisconsulto, um professor de direito,

⁷⁸⁶ TERESA MANSO PORTO, *Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal*, cit., p. 94.

⁷⁸⁷ ALAOR LEITE, *op. cit.*, p. 223.

⁷⁸⁸ MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *op. cit.*, p. 80.

etc.)⁷⁸⁹. Com efeito, os profissionais associados ao direito e à justiça estão devidamente formados e credenciados para prestar uma informação jurídica adequada e fidedigna. Nessa medida, o agente deve poder confiar na correção e fidedignidade da informação quando recorre a uma consulta jurídica profissional, i.e., deve poder confiar, quer nas instituições, quer naquilo que se estabelece nas relações privadas, tal como o exige a boa fé e a confiança. Em consequência, caso o agente, por referência à informação obtida em consulta jurídica junto de profissional competente, forme a convicção de que a sua conduta é lícita, quando efetivamente o não é, incorre em erro sobre a ilicitude inevitável e, por vias disso, não censurável. Ficam, contudo, excecionados os casos em que o agente manifestou reservas quanto à bondade, imparcialidade e fidedignidade do profissional, casos em que deve procurar outras opções de esclarecimento, ou quando o profissional manifesta ele próprio dúvidas, passíveis de resolução por referência a alguém ou entidade mais credenciada. E assim é, porquanto se não pode exigir do indivíduo, como leigo que é, um especial juízo incidente sobre a competência do profissional ou sobre as suas conclusões jurídicas. Concorre aqui uma lógica que subjaz ao risco permitido – com efeito, existe o risco de erro por parte de um profissional do foro; mas esse risco não pode recair sobre o agente, pois, se assim fosse, estaríamos perante um *regressus ad infinitum*, posto que o agente teria de estar constantemente a diligenciar pela verdade jurídica.

Uma fonte particularmente confiável, no quadro da dissipação da dúvida ou do dever de informação, é a jurisprudência. Com efeito, o agente⁷⁹⁰ deve recorrer à jurisprudência, uma vez que esta tende, segundo o pensamento de CASTANHEIRA NEVES, “à *integração da normatividade jurídica constituída no sistema jurídico*”⁷⁹¹. Malgrado, a jurisprudência pode conflitar entre si. Em tais casos, a jurisprudência dos tribunais hierarquicamente superiores, ante a sua força de *precedente persuasivo*, deve prevalecer. Mais problemático é o caso da jurisprudência conflituante entre si⁷⁹² que

⁷⁸⁹ Cf. WESSES / BEULKE / SATZGER, *op. cit.*, p. 332.

⁷⁹⁰ Note-se que tal indagação releva, sobretudo, para os profissionais do foro, atuando em representação de outrem ou no contexto comunicacional que preside a uma consulta, posto que, em regra, é o profissional e não o leigo que procede à análise da jurisprudência.

⁷⁹¹ A. CASTANHEIRA NEVES, “Fontes de Direito – Contributo para a Revisão do seu Problema”, in *BFDUC (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, Vol. LVIII, Coimbra, 1982, p. 283.

⁷⁹² Como ensina NUNO BRANDÃO, esse conflito pode ser sincrónico ou diacrónico. No conflito sincrónico, há lugar a uma coexistência de duas correntes jurisprudenciais conflitantes entre si. No conflito diacrónico, há lugar a uma substituição de uma corrente jurisprudencial pacífica, estável e consolidada por uma outra corrente. Cf. NUNO BRANDÃO, “Contrastes Jurisprudenciais: Problemas e Repostas Processuais Penais”, in Manuel da Costa Andrade, *et. al.*, (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1301-1302. No presente tópico teremos em especial conta os conflitos sincrónicos, posto que os conflitos diacrónicos dão origem a um erro sobre a ilicitude inevitável, posto que o agente baseou a sua conduta numa corrente jurisprudencial que claramente lhe atribuía a permissão para

dimana de instâncias jurisdicionais equivalentes. Este problema merece um tópico específico.

4.8.3.1. O PROBLEMA DO CONFLITO JURISPRUDENCIAL PROVENIENTE DE INSTÂNCIAS JURISDICIONAIS HIERARQUICAMENTE EQUIVALENTES

Parte da doutrina tradicional sustenta que em caso de conflito jurisprudencial que promane de tribunais hierarquicamente equivalentes, o agente deve abster-se de agir e esperar que um tribunal superior venha resolver a disputa. Assim, o risco desse conflito recairia sobre o agente, caso este atuasse. Tal pensamento é de rejeitar, relevando convocar os princípios da boa fé e da confiança e a exigência de determinabilidade da lei penal, para, compreensivamente, resolvermos o problema da censurabilidade do erro sobre a ilicitude nesta particular constelação.

4.8.3.1.1. A OPERACIONALIDADE DOS PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DA CONFIANÇA

Os princípios de direito, como assinala KARL LARENZ, podem atuar como operadores de decisão, mercê da força promanada do seu conteúdo material ou de razões de oportunidade. Embora não operem de forma imediata, como regras de aplicação ao caso concreto, eles revelam certos conteúdos paramétricos passíveis de se transformarem em regras de resolução de uma determinada questão. Veja-se que casos há que, embora tenham sido objeto de resolução constante e, por vias disso, pacífica, tal resolução pode não satisfazer a “*sensibilidade jurídica*”⁷⁹³. É o que sucede com a doutrina tradicional – embora constantemente aplicada, parece imputar um risco ao agente de que este não é de todo responsável, seja porque o Estado, por via dos órgãos competentes, não resolveu a disputa jurisprudencial, seja porque a lei não foi formulada de forma suficientemente determinada ou determinável, a fim de lograr uma aplicação pacífica, quer da lei, quer dos critérios de determinação da censurabilidade desenvolvidos pela doutrina. Assim, a flutuação da jurisprudência não pode, nestes casos, ser imputada ao agente, sob pena de violação dos princípios da confiança e da

agir e nisso formou legítimas expectativas, confiando na jurisprudência estável dos tribunais superiores, que tinha realmente uma permissão. Se o tribunal modifica a sua corrente ulteriormente, deve operar uma lógica subjacente à aplicação da lei penal retroativa mais favorável ao agente. A pretensão punitiva, em tais casos, violaria o princípio da boa fé e da confiança, consubstanciando um abuso de direito, na modalidade *venire contra factum proprium*. Cf. NUNO BRANDÃO, “Contrastes Jurisprudenciais: Problemas e Repostas Processuais Penais”, *cit.*, p. 1307.

⁷⁹³ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 8ª edição, trad. da 6ª edição alemã de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 599.

segurança jurídica e do próprio princípio da legalidade, na vertente da exigência da determinabilidade. Convoquemos, então, o princípio da confiança.

Diz LARENZ que “o princípio da confiança é um princípio inerente à nossa ordem jurídica que, dentro dos limites em que cada caso se lhe assinalem, pode almejar ser tido em conta em todos os ramos do direito”⁷⁹⁴.

Segundo os ensinamentos de MENEZES CORDEIRO, a confiança está intimamente ligada à boa fé. A pessoa confia quando, no quadro das suas representações, intelectuais ou valorativas, possa fundada e legitimamente crer no sucesso de determinadas situações, crença essa que deve ser reconhecida e tutelada pela ordem jurídica, uma vez que a crença se pode repercutir, por via da adesão, na esfera do agente que crê⁷⁹⁵. Com efeito, como nota SÓNIA FIDALGO, a confiança convoca uma certa ideia de indiferença, cuja operacionalidade se espraia num sistema permissivo de ação, que neutraliza certos riscos, riscos esses que paralisariam o êxito da conduta de cada um e, dessa forma, o normal andamento e funcionamento da sociedade⁷⁹⁶. Pelo que o princípio da confiança demanda a proteção de expectativas promanadas das relações comunicacionais juridicamente relevantes. Nessas relações se contam aquelas que se estabelecem entre os indivíduos entre si ou entre os indivíduos e o Estado, ante os atos que são praticados⁷⁹⁷. Veja-se que os indivíduos devem poder contar, com um determinado grau de razoabilidade, com a bondade ou correção dos atos do poder público, passíveis de influírem consequencialmente na sua esfera jurídica, sob pena de uma paralisação *ad eternum* da sua ação e, por vias disso, de se assistir à violação da dignidade da pessoa humana. Assim, exige-se que, no âmbito da orientação e realização do direito, os poderes públicos conduzam a sua atuação de forma a que o indivíduo possa contar razoavelmente com a sua bondade e continuidade, de forma a que a esfera jurídica individual não corra riscos exacerbados. Pelo contrário, não deverá ser o indivíduo a suportar tais riscos, mas sim o próprio Estado⁷⁹⁸. I.e., segundo o

⁷⁹⁴ KARL LARENZ, *op. cit.*, p. 603.

⁷⁹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 1984, pp. 1234 e ss. Sobre a boa fé, em jeito panorâmico-generalista, Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, *Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 175 e ss.

⁷⁹⁶ SÓNIA FIDALGO, *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 23.

⁷⁹⁷ SÓNIA FIDALGO, *op. cit.*, p. 33

⁷⁹⁸ SÓNIA FIDALGO, *op. cit.*, p. 34. Do princípio da confiança se pode retirar o privilegiamento pela dinâmica da ação, postergando-se, assim, situações que redundam numa estagnação ou paralisação. Neste sentido, por exemplo, se o Estado emprestou comunicativamente uma indicação segura ou uma específica verosimilhança a um ato praticado pelos seus órgãos e, por vias disso, segurança no sentido da sua atuação, o princípio da confiança tem de ser convocado e tutelar as expectativas legítimas que daí resultaram para quem crê fundamentadamente em tal atuação. Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, *cit.*, p. 1247. E veja-se que, o BGH, já no século passado, sustentava que caso o agente tenha

pensamento de BAPTISTA MACHADO, as declarações de ciência ou os atos de comunicação são passíveis de vincular, pela confiança que geram, pelas representações de lealdade consubstanciais à crença que no recetor emerge, uma vez que *“a tais condutas inere a pretensão de autenticidade e, logo, de coerência com a imagem exteriormente projectada”*. Pelo que a confiança na continuidade e coerência da ação humana, que deriva de legítimas expetativas criadas ou incrementadas por atos comunicacionais pretensamente autênticos, deve merecer a tutela do direito. O princípio da confiança constitui, com efeito, um princípio geral constitutivo e constituendo de direito, tendente a promover a pacificidade, a fluidez e a cooperação nas relações intersubjetivas⁷⁹⁹. *“A relação de confiança ou a própria «autovinculação» torna justificável que os danos resultantes dessa confiança (...) vão onerar quem a criou”*⁸⁰⁰.

Por referência ao raciocínio de FARIA COSTA, podemos afirmar que há situações contextualmente objetivas que se erigem em signos comunicacionais e padrões de comportamento, em função da confiança que emprestam ao destinatário. Posto que, se o destinatário é convictamente induzido por tais signos a orientar o seu comportamento em conformidade, por confiar atuar dentro da legalidade, havendo uma intencionalidade de atuar por referência à intencionalidade criada ou incrementada pela confiança, ele não deverá carregar o risco de uma intencionalidade em sentido contrário⁸⁰¹. Com efeito, o princípio da confiança deverá operar nas situações em que, por via de um ato comunicacional entre indivíduos ou entre indivíduos e os poderes públicos, o agente tenha atuado passivamente como recetor de um contexto comunicacional que lhe sugeriu que pode, que tem permissão para agir. Em tais situações, o agente é titular de legítimas expetativas, merecedoras de tutela. Ora, se o conteúdo e alcance desse ato comunicacional for subvertido mediante um comportamento em sentido oposto, há lugar a uma situação de *venire contra factum proprium*, situação essa que não pode ser admitida. Se há uma situação comunicacional prévia idónea à criação de expetativas, a

legítimas expetativas de manutenção da sua posição haverá lugar a uma proibição constitucional de desvalorização, por parte dos poderes públicos, de tal posição, não podendo o direito ser alterado, em função do princípio da confiança. Cf. SÓNIA FIDALGO, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁹⁹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da Confiança e «Venire Contra Factum Proprium»”, in João Baptista Machado, *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga: Scientia Iuridica, 1991, pp. 352-353.

⁸⁰⁰ JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da Confiança e «Venire Contra Factum Proprium»”, *cit.*, p. 378. E note-se que a operatividade da tutela da confiança não pressupõe o dolo daquele que intenta levar a cabo determinada pretensão. O que está em causa é, efetivamente, a proteção da aparência, passível de se espraiar em consequências na esfera jurídica do agente que vão contra o sentido de justiça. (p. 385).

⁸⁰¹ JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal – Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 490-491.

situação ulterior não pode subverter a intencionalidade da situação anterior, sob pena de emergir o abuso de direito⁸⁰².

Transpondo as considerações acima tecidas para o quadro da motivação errónea do agente por referência à jurisprudência contraditória dimanada de instâncias jurisdicionais hierarquicamente equivalentes, é de sustentar que se a atividade jurisdicional tende a situar-se num contexto comunicacional que cria ou incrementa a confiança adequada e, por vias disso, legítimas expectativas, para que o agente qualifique como conforme ao direito a conduta que pretende realizar, porquanto ele pode e deve confiar nos atos (comunicacionais) praticados pelo Estado, a sua conduta materialmente ilícita há de ser inevitável e inevitável há de ser o seu erro. Com efeito, o indivíduo pode confiar – tendo, por vias disso, legítimas expectativas, que devem ser tuteladas – na honorabilidade do Estado. Abre-se uma zona efetiva de risco permitido favorável ao agente. Se o Estado intentar atuar em sentido contrário com a primeira atuação, há lugar a um abuso de direito da pretensão punitiva, na modalidade *venire contra factum proprium*⁸⁰³. Como bem diz NUNO BRANDÃO, “a contradição sincrónica

⁸⁰² JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal – Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas*, cit., pp. 492-494 e nota 66. Com efeito, como ensina BAPTISTA MACHADO, quando se puder contar que, tendo em conta a posição, o estabelecimento, a seriedade e a identidade do agente, que o seu agir comunicativo é digno de crédito, de forma a criar legítimas expectativas na continuidade coerente de tal conduta, há lugar à proibição futura do *venire contra factum proprium*, ante a violação da pretensão de autenticidade, validade e/ou credibilidade subjacente ao agir. Com efeito, a confiança gerada noutrem postula, consequencialmente, que o risco da conduta praticada pelo autor que a criou ou incrementou recai sobre este. Assim, se este pretende exercer, ulteriormente, um direito em sentido contrário, invocar-se-á a inexigibilidade de o agente o satisfazer, por ter acreditado legitimamente num sentido do agir comunicacional que é agora frustrado. JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da Confiança e «Venire Contra Factum Proprium»”, cit., pp. 354; 368. De forma sistematizada, são, segundo MENEZES CORDEIRO, pressupostos da relevância operacional do princípio da confiança: a) uma situação de confiança fundada na boa fé subjetiva, na qual a pessoa se encontra num estágio de ignorância, não tendo violado os deveres de se informar / esclarecer e de cuidado; b) que tal situação de confiança se justifique cabalmente, por referência a elementos idóneos à provocação de uma “crença plausível”; c) criação ou incrementação da confiança no indivíduo, pelo facto de determinados atos jurídicos ou de atividades juridicamente relevantes terem estado na sua base; d) “imputação da situação de confiança criada ao prejudicado em causa, o qual, por acção ou omissão, terá dado azo à entrega do confiante ou ao factor objectivo que a tanto conduziu”. Caso se verifique uma atuação contrária que frustre as expectativas legitimamente criadas no agente estamos perante um caso de abuso de direito, na modalidade *venire contra factum proprium*. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, cit., pp. 1248-1249.

⁸⁰³ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, pp. 198-199. Ademais, porquanto a jurisprudência se não traduz numa mera reprodução mecânica da lei, no quadro de uma lógica formal puramente subsuntiva, mas antes pressupõe a revelação judicativo-material de pontos de vista hermenêuticos, a realização jurisdicional do direito deve estar balizada pela segurança jurídica. E, segundo a doutrina de CASTANHEIRA NEVES, uma vez que os princípios da confiança e da segurança conformam o direito penal e o próprio Estado de Direito, não obstante entrarem num quadro de concordância prática com outros princípios (v.g. reserva de lei), demandam os seguintes resultados proposicionais: “1) o respeito pelo enquadramento abstracto-legal em que deverá mover-se a jurisprudencial mediação concretizadora, 2) com um particular ónus de contra-argumentação das decisões que se afastarem da jurisprudência estabilizada e 3) o relevo escusante de um juízo de culpa (sobre o erro) referido à possível influência daquela jurisprudência no comportamento do agente”. A. CASTANHEIRA NEVES, O Princípio da Legalidade Criminal – O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático”, in A. Castanheira Neves, *Digesta – Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 1º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 363-369.

*de julgados, quando consista numa divergência quanto à ilicitude ou licitude penal do facto, obstaculiza a função orientadora da norma objecto de dissídio (...)*⁸⁰⁴, pelo que, nestas situações, o erro há de reputar-se inevitável.

Ademais, sempre se dirá que aquele que pautou a sua conduta por referência à atividade jurisdicional, ainda que essa atividade se tenha consubstanciado em conflitos judicativo-hermenêuticos, agiu em conformidade com aquilo que lhe era exigido pela ordem jurídica, i.e., cumpriu com o seu dever de diligência e informação, intentando esclarecer-se, conquanto a sua dúvida / situação jurídica tenha permanecido irresolúvel⁸⁰⁵. E se assim foi, é de sustentar, com FIGUEIREDO DIAS, que exigir um esforço adicional de informação é um absurdo, porquanto a palavra valorativa final cabe aos aplicadores da lei⁸⁰⁶. E se os aplicadores da lei reputaram como lícita a conduta, não obstante a controvérsia, por maioria de razão, a há de ter reputado o agente⁸⁰⁷. Mas ainda que o agente tenha porventura representado a possibilidade de ilicitude da conduta, visto que a situação jurídica é irresolúvel, ele não há de ser responsabilizado, aplicando-se uma lógica exculpatória que convoca uma lógica análoga ao princípio *in dubio pro reo*.

Por outro lado, se a jurisprudência não logrou ultrapassar o quadro das flutuações, em tudo contrastante com a segurança jurídica, é porque o legislador não logrou formular a lei penal com o necessário e adequado grau de determinação (ou determinabilidade). Ora, se o Estado não realiza cabalmente a função de legislar, no âmbito penal, com a necessária precisão ou determinação, o agente não pode motivar-se cabalmente pela norma, uma vez que a informação do quadro legiferante é deficiente. Se há uma obscuridade subjacente à lei penal, face ao princípio da legalidade, que exige que seja precisa e determinada ou facilmente determinável, os riscos do desconhecimento desse quadro normativo devem ser imputados ao próprio Estado e o erro reputar-se-á inevitável⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ NUNO BRANDÃO, “Contrastes Jurisprudenciais: Problemas e Repostas Processuais Penais”, *cit.*, 1308.

⁸⁰⁵ MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, p. 570.

⁸⁰⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, *cit.*, p. 333.

⁸⁰⁷ Como muito bem assinala FIGUEIREDO DIAS quando se refere à influência problemática dos conflitos jurisprudenciais na consciência da ilicitude, fundamentar a “*impossibilidade de segura previsão*” numa violação do dever de informação poderia redundar num juízo de censurabilidade do erro sobre os próprios juízes, posto que a sua palavra é mais tarde contraditada, o que materialmente não sucede. Ora, embora a situação do agente da justiça e a situação do cidadão não sejam, de todo em todo, equiparáveis, não é menos certo que é inadequada a imposição de uma exigência adicional de informação, quando os próprios órgãos competentes para aplicar o direito não lograram resolver a questão jurídica de forma unívoca. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, *cit.*, p. 334.

⁸⁰⁸ ADÁN NIETO MARTÍN, *op. cit.*, p. 193; MICHAEL PAWLIK, *op. cit.*, p. 567.

4.8.4. BREVÍSSIMA SÍNTESE

Em jeito de síntese, podemos concluir com ROXIN⁸⁰⁹ que o erro será inevitável e, por vias disso, não censurável, quando se afigure impossível a formação de dúvidas e quando o agente possuir motivos sensatos e razoáveis para supor o carácter permissivo da conduta que pretenda levar a cabo, de tal modo que o facto, na sua globalidade, não mereça um juízo de censura ou, ainda que seja culposo, a censura seja de tal modo baixa que, do ponto de vista preventivo, o agente não mereça ser responsabilizado, por a sua conduta não atentar contra a validade do direito penal, por não frustrar expectativas jurídico-sociais ou por a punição representar uma verdadeira dessocialização para o agente.

⁸⁰⁹ CLAUD ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, cit., pp. 886 e ss; Também assim, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *op. cit.*, p. 83.

REFERÊNCIAS

AIDO, Rui - *Cegueira Deliberada* [Em linha]. Lisboa : [s.n.], 2018. Dissertação de mestrado em ciências jurídico-forenses da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. [Consult. 14 nov. 2022]. Disponível em WWW:<URL:https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37647/1/ulfd137654_tese.pdf>.

ALBUQUERQUE, Martim de - Para uma distinção do erro sobre o facto e do erro sobre a ilicitude. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*. N. 104-105 (1967) 59-126.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de – Erro : Sentença do Tribunal Judicial da Anadia de 3 de junho de 1994; Acórdão da Relação de Coimbra de 14 de dezembro de 1994. In PALMA, Maria Fernanda Palma, coord. [et. al.] - *Casos e materiais de direito penal*. 3.^a ed. Coimbra : Almedina, 2004. p. 379-384.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de - *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco* [Em linha]. Lisboa: [s.n.], 2010. Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito, Universidade de Direito. [Consult. 25 nov. 2022]. Disponível em WWW:<URL:https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/4279/3/ulsd061182_td_Carlota_Almeida.pdf>.

AMBOS, Kai - A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias. Trad. de Pedro Caeiro e Susana Aires de Sousa. *Panóptica*. A. 3, n. 18 (2010) 176-207.

ANDRADE, João da Costa - O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em direito penal (elemento diferenciador entre o direito penal económico e o direito penal de justiça). In COSTA, José de Faria, coord. - *Temas de direito penal económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ANTOLISEI, Francesco - *Manual di diritto penale – parte generale*. Revisão de Luigi Conti. 14.^a ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997.

TOMÁS DE AQUINO, Santo - *Suma Teológica* [Em linha]. Trad. de Alexandre Correia. [S.l.]: Alexandria Católica, 2017. [Consult. 18 nov. 2022]. Disponível em WWW:<URL:<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>.

ARISTÓTELES - *Ética a Nicómaco*. 6.^a ed. Trad. de António de Castro Caeiro. Lisboa : Quetzal, 2018.

ASHWORTH, Andrew - *Principles of Criminal Law*. 3.^a ed. Oxford : Oxford University Press, 1999.

ASÚA, Luís Jiménez de - *Tratado de Derecho Penal : La Culpabilidad y su Exclusión*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1962. Tomo VI.

BACIGALUPO, Enrique - *Derecho Penal – Parte General*. 2.^a ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique - La Evitabilidad o Vencibilidad del Error de Prohibición. *RBCC (Revista Brasileira de Ciências Criminais)*. A. 4, n.º 14 (1996) 27-40.

BARATTA, Alessandro - Crítica da Concepção Antropológica da Liberdade e da Concepção Finalista da Culpa (Welzel). In BELEZA, Teresa Pizarro, org. - *Textos de Direito Penal*, Tomo II. Lisboa: AAFDL, 1999.

BAUMAN, Jurgen - *Derecho Penal – Conceptos Fundamentales y Sistema – Introducción a la Sistemática Sobre la Base de Casos*. Trad. da 4.^a edição alemã de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

BAUTISTA, Silvia Fernández - El Error de Prohibición. Especial Consideración de Las Conductas Relacionadas con los Clubes Cannábicos. In SANCHÉZ, J.M., *et. al.*, coord. - *Estudios de Derecho Penal – Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2017.

BETTIOL, Giuseppe - A Culpa do Agente e Certeza do Direito, *ROA (Revista da Ordem dos Advogados)*. A. 38. Vol. III (1978) 1-13.

BETTIOL, Giuseppe - *Direito Penal – Parte Geral*. Trad. de Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra Editora, 1973. Tomo III.

BETTIOL, Giuseppe ; MANTOVANI, Luciano Pettoello - *Diritto Penale – Parte Generale*, 12.^a ed. Pádua : CEDAM, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto - *Teoria Geral do Delito – Uma Visão Panorâmica da Dogmática Penal Brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, MALARÉE, Hernán Hormazábal - *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Vol. II, *Teoría del Delito, Teoría del Sujeto Responsable y Circunstancias del Delito*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

BELEZA, Teresa Pizarro - *Direito Penal*. Reimp., Lisboa: AAFDL, 2010. Vol. 2.

BELEZA, Teresa Pizarro ; PINTO, Frederico Lacerda da Costa - O Erro Sobre Normas Penais em Branco. In AAVV - *Colectânea de Estudos em Memória de Francisco Lucas Pires*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1999. p. 265-279.

BELING, Ernst Von - *Esquema de Derecho Penal; La Doctrina del Delito-Tipo*. Trad. de Sebastian Soler. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1944.

BINDING, Karl - *La Culpabilidade en Derecho Penal*. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2009.

BRANDÃO, Cláudio - A Consciência da Antijuridicidade no Moderno Direito Penal. *Revista de Informação Legislativa*. A. 34. n.º 136 (1997), 55-62.

BRANDÃO, Cláudio - Culpabilidade: Sua Análise na Dogmática e no Direito Brasileiro, *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*. A. 16, n.º 2 (2005) 209-227.

BRANDÃO, Nuno - Contrastes Jurisprudenciais: Problemas e Repostas Processuais Penais. In ANDRADE, Manuel da Costa, *et. al.*, org. - *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

BRANDÃO, Nuno - *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BRANDÃO, Nuno - Erro Sobre os Pressupostos das Causas de Justificação: Um Erro que Pode Excluir a Ilicitude?. In ANDRADE, Manuel da Costa, *et. al.* coord. - *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. Vol. II.

BRITO, Ana Bárbara Sousa e - *A Negligência Inconsciente – Entre a Dogmática Penal e a Neurociência*. Coimbra: Almedina, 2015.

BRITO, José de Sousa e - A Lei Penal na Constituição. In BELEZA, Teresa Pizarro, org. - *Textos de Direito Penal*, Tomo II. Lisboa: AAFDL, 1999.

BRITO, José de Sousa e - A Medida da Pena no Novo Código Penal. In BELEZA, Teresa Pizarro, org. - *Textos de Direito Penal*. Lisboa: AAFDL, 1999. Tomo II.

BROCCARDO, Agustin Dannenberg - Consciencia del Ilícito y Ofensividad Social. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. n.º 6 (2020) 1-26.

BRONZE, Fernando José - *Metodologia do Direito*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020.

CAETANO, Marcello - *Lições de Direito Penal – Súmula das Prelecções Feitas ao 4º ano Jurídico no Ano Lectivo 1938-39*. Lisboa: Jornal do Comércio, 1939.

CARVALHO, Américo Taipa de - *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais – Teoria Geral do Crime*. 3.ª ed. Porto: Universidade Católica Editora – Porto, 2016.

CASTRO, Manuel Mendes de - *Repertório das Ordenações do Reino de Portugal Novamente Recompiladas*. Lisboa: Pedro Craesbeeck Impressor del Rey, 1623.

CEREZO MIR, Jose - Culpabilidad y Pena. *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*. Tomo 33. Fasc. 2. (1980) 347-365.

CEREZO MIR, Jose - La Regulación del Error de Prohibición en el Código Penal Español y su Transcendencia en los Delitos Monetarios, *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*. Tomo 38. Fasc. 2. (1987) 277-284.

CEREZO MIR, Jose - *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1982.

COBO DEL ROSAL, Manuel ; VIVES ANTÓN - Tomás Salvador, *Derecho Penal – Parte General*, 4ª ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1996.

CONDE, Francisco Muñoz - *El Error en Derecho Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1988.

CONDE, Francisco Muñoz, ARÁN, Mercedes García - *Derecho Penal – Parte General*. 8ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

CONLLEDO, Miguel Díaz y García - Algunas Cuestiones del Error en Derecho Penal. In VALDÁGUA, Maria da Conceição, org. - *Problemas Fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002, pp. 71-85.

CORDEIRO, António Menezes - *Da Boa Fé no Direito Civil* - Vol. II. Coimbra: Almedina, 1984.

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil Português* - Tomo I. *Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 1999.

CORDEIRO, J.C. Dias - *Psiquiatria Forense*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

CORREIA, Eduardo - *Direito Criminal* - Vol. 1º, lições ao 4º ano jurídico coligidas por Francisco Pereira Coelho e Manuel Rosado Coutinho. Coimbra: Atlântida, 1949.

CORREIA, Eduardo - *Direito Criminal* - Vol. I. reimp. (1ª edição de 1963). Coimbra: Almedina, 1971.

COSTA, António Manuel de Almeida - *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Participação em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA, Mário Júlio de Almeida - *História do Direito Português*. 5ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

COSTA, José de Faria - *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

COSTA, José de Faria - *O Perigo em Direito Penal – Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CRESPO, Eduardo Demetrio - ¿Libertad versus Determinismo en Derecho Penal? *Anatomia do Crime*. n.º 3. (2016) 87-96.

CRUZ, Sebastião - *Direito Romano (Ius Romanum)*, I, *Introdução e Fontes*. 4ª ed. Coimbra: Dislivro, 1984.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín - *El Derecho Penal Español – Parte General: Nociones Introductorias. Teoría del Delito*. 3ª ed. Madrid: Dykinson, 2002.

DEVESA, José María Rodríguez, GOMEZ, Alfonso Serrano - *Derecho Penal Español – Parte General*. 18ª ed. Madrid: Dykinson, 1995.

DIAS, Augusto Silva - *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*. Coimbra: Almedina, 1987.

DIAS, Augusto Silva - *Crimes Culturalmente Motivados – O Direito Ante a “Estranha Multiplicidade” das Sociedades Contemporâneas*. reimp. Coimbra: Almedina, 2018.

DIAS, Augusto Silva - *“Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita” – Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Augusto Silva - Faz Sentido Punir o Ritual do Fanado? Reflexões Sobre a Punibilidade da Excisão Clitoridiana, *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*. A. 16. n.º 2. (2006) 187-238.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*. 3ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Dos Factos de Convicção aos Factos de Consciência: Uma Consideração Jurídico-Penal, in VARELA, Antunes, et. al. org. - *Ab Uno Ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa - *Criminologia – O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo, CAEIRO, Pedro - Erro Sobre Proibições Legais e Falta de Consciência do Ilícito (arts. 16º e 17 do Código Penal) – Violação de Normas de

Execução Orçamental, *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*. A. 5 (1995), 245-276.

DONNA, Edgardo Alberto - *Teoría del Delito y de la Pena*, Vol. 2, *Imputación Delictiva*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

D'ORS, Álvaro, *et. al.* (org. e trad.) - *El Digesto de Justiniano*, Tomos I e II. Aranzadi: Pamplona, 1968-1972.

DRESSLER, Joshua - *Understanding Criminal Law*. 2ª ed. Carolina Academic Pr., 1995.

ENGLISH, Karl - *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10ª ed. Trad. de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ESER, Albin, BURKHARDT, Björn - *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la Base de Casos de Sentencias*. Madrid: Editorial Colex, 1995.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Direito Penal Português*, Vol. I, *Parte Geral*. 2ª ed. Lisboa São-Paulo: Verbo, 1982.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito Penal - preleções ao curso do IV ano jurídico coligidas por Carmindo Rodrigues Ferreira e Henrique Vaz Lacerda*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1940-1941.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito Penal - Vol. I - A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 2ª ed. Lisboa-São Paulo: Verbo, 1987.

FERRI, Enrico - *Princípios de Direito Criminal: O Criminoso e o Crime*. Trad. de Luís Lemos d'Oliveira. Coimbra: Arménio Amado, 1931.

FEUERBACH, Anselm von - *Tratado de Derecho Penal*. Trad. da 14ª edição alemã de Eugénio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo - *Diritto Penale – Parte Generale*. 2ª ed. Bolonha: Zanichelli, 1989.

FIDALGO, Sónia - *Princípio da Confiança e Crimes Negligentes*. Coimbra: Almedina, 2019.

FLETCHER, George P. - *Conceptos Basicos de Derecho Penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.

FLETCHER, George P. - *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

FRANK, Reinhard - *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2002.

FRANKL, Viktor E. - *O Homem Incondicionado – Lições Metaclínicas*. Trad. de Guilherme de Oliveira. Coimbra: Arménio Amado, 1968.

FREIRE, Pascoal José de Mello - *Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I, Com as Provas*. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844.

FREIRE, Pascoal José de Mello - Instituições de Direito Criminal Português. Trad. da edição em latim de 1794 de Miguel Pinto de Meneses, *BMJ (Boletim do Ministério da Justiça)*. n.º 155-156 (1966) 44-168.

FREUDENTHAL, Berthold - *Culpabilidad y Reproche en El Derecho Penal*. Trad. de José L. Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2012.

FREYRE, Alonso R. Peña Cabrera - *Curso Elemental de Derecho Penal – Parte General*. 5ª ed. Lima: Legales Ediciones, 2015.

FRISCH, Wolfgang - La Teoría de la Conciencia del Injusto: Debilidades y Necesidad de una Revisión. In SANCHÉZ, J.M., et. al., coord. - *Estudios de Derecho Penal – Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2017.

GALLAS, Wilhelm - *La Teoría del Delito en su Momento Actual*. Trad. de Juan Cordoba Roda. Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2018.

GILISSEN, John - *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª ed. Trad. de António Manuel Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GLEITEMAN / FRIDLUND / REISBERG – *Psicologia*. Trad. coord. por Danilo R. Silva. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

GODINHO, Inês Fernandes - O Erro, a Proibição e a Ilicitude – Reflexões Sobre o Tempo a Partir do Ilícito Objectivo. In MOTA, Helena, *et. al.* org. - *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*. Coimbra: Almedina, 2017.

GOLDSCHMIDT, James - *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. 2ª ed. Trad. de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2002.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel - *Derecho Penal – Parte General – Teoría Jurídica del Delito*. Madrid: Civitas, 1984.

GUEIROS, Artur, JAPIASSÓ, Carlos Eduardo - *Direito Penal (Vol. Único)*. São Paulo: Atlas, 2018.

HASSEMER, Winfried - Neurociencias y Culpabilidad en Derecho Penal. Trad. de Manuel Cancio Meliá, *InDret – Revista para Análisis del Derecho*. n.º 2 (2011) 1-13. [Consult. 03 dez. 2021]. Disponível em WWW: <URL: <https://indret.com/neurociencias-y-culpabilidad-en-derecho-penal/>>.

HEGEL - *Princípios de Filosofia do Direito*. 2ª ed. Trad. de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1976.

HILGENDORF, Eric, VALERIUS, Brian - *Direito Penal – Parte Geral*. Trad. da 2ª edição alemã de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HIRSCH, Hans Joachim - Acerca de los errores y extravíos en la teoría contemporánea de la culpabilidad. Trad. de Guillermo Orce, *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*. Tomo 60. Fasc. 1 (1993) 11-38.

HUNGRIA, Nelson - O Erro de Direito em Matéria Penal, *Scientia Iuridica*. Tomo VIII. n.º. 42-43 (1959) 6-15.

JAKOBS, Günther - *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e Jose González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther - El Principio de Culpabilidad. Trad. de Manuel Cancio Meliá, *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*. Tomo 45. Fasc. 3 (1992) 1051-183.

JARDIM, Adriano Vera - O Problema da Culpa na Obra de Kafka. Primeiro Esboço de uma tentativa de interpretação, *Direito e Justiça*. Vol. IV (1989) 93-107.

JASPERS, Karl - *Iniciação Filosófica*. 7ª ed. Trad. de Manuela Pinho dos Santos. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

JESCHECK, Hans-Heinrich - Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n.º 3 (2003) 1-19, [Consult. 18 out. 2021]. Disponível em WWW:<URL: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05.html>>.

JESCHECK, Hans-Heinrich - Nueva Dogmática Penal y Política Criminal en Perspectiva Comparada. Trad. de Angel Sanz Morán, *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*. Tomo 39. Fasc. 1 (1986) 9-32.

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas - *Tratado de Derecho Penal – Parte General* – Vol. I. Trad. da 5ª edição alemã de Miguel Olmedo Cardenete. Breña: Pacífico Editores, 2014.

JESUS, Damásio de - *Direito Penal – Parte Geral*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JORDÃO, Levy Maria - *Commentario ao Código Penal Portuguez*. Tomo I. Lisboa: Typographia Baptista Morando, 1853.

JUSTO, A. Santos - *Nótulas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

KASER, Max - *Direito Privado Romano*. Trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KAUFMANN, Armin - *Teoría de las Normas – Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*. Trad. de Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

KAUFMANN, Arthur - *Filosofia do Direito*. 5ª ed. Trad. de António Ulisses Cortês, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

KINDHÄUSER, Urs - La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad. Trad. de Percy García Caveró. In KINDHÄUSER, Urs, MAÑALICH R., Juan Pablo - *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Lima: Ara Editores, 2009.

KINDHÄUSER, Urs - A Distinção Entre Erro Sobre as Circunstâncias do Facto e o Erro Sobre a Proibição. In KINDHÄUSER, Urs, org. de CAMARGO, Beatriz Corrêa, GODINHO, Inês Fernandes e MOURA, Bruno de Oliveira - *Dogmática Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*. 8ª ed. Trad. da 6ª edição alemã de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LEITE, Alaor, Existem Deveres Gerais de Informação no Direito Penal? – Violação de um Dever, Culpabilidade e Evitabilidade do Erro de Proibição, *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*. A. 23. n.º 2 (2013) 215-235.

LISZT, Franz von - *Traité de Droit Pénal Allemand*. Trad. da 17ª edição alemã de M. René Lobstein. Paris: V. Giard & E. Briere Libraries-Éditeurs, 1911.

LUMBRALES, Costa Leite - O Erro em Direito Penal, *BFUC (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*, A. 10 (1926-1928) 251-278.

MATTA, José Caeiro da - *Direito Criminal Português* - Vol. II. Coimbra: França Amado Editor, 1911.

MACHADO, João Baptista - *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 13ª reimp. (1ª edição de 1982). Coimbra: Almedina, 2002.

MACHADO, João Baptista - Tutela da Confiança e «Venire Contra Factum Proprium». In MACHADO, João Baptista, *Obra Dispersa* - Vol. I. Braga: Scientia Iuridica, 1991.

MANTOVANI, Ferrando - *Diritto Penale – Parte Generale*. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 2001.

MANTOVANI, Ferrando - Ignorantia Legis Scusabile ed Inexcusabile, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. A. 33. Fasc. 2 (1990) 379-397.

MARTÍN, Adán Nieto - *El Conocimiento del Derecho – Un Estudio Sobre La Vencibilidad del Error de Prohibición*. Barcelona: Atelier, 1999.

MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz - *Derecho Penal – Parte General 1 – Teoría General del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible*. Trad. da 7ª edição alemã de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MERKEL, Adolf - *Derecho Penal – Parte General*. Trad. de Pedro Dorado Montero, Montevideo-Buenos Aires: B de F Editores, 2013.

MEZGER, Edmund - A Culpa no Moderno Direito Penal, *BFDUC (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*. Vol. 32 (1957) 195-217.

MEZGER, Edmund - *Derecho Penal – Libro de Estudio – Parte General*. Trad. de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MEZGER, Edmund - *Tratado de Derecho Penal - Tomo II*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

MIR PUIG, Santiago - *Derecho Penal – Parte General*. 8ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui - Anotação ao art. 13º. In MIRANDA, Jorge, MEDEIROS Rui - *Constituição da República Portuguesa Anotada - Tomo I*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MONTESQUIEU - *O Espírito das Leis*. Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORÃO, Helena - *Autoria e Execução Comparticipadas*. Coimbra: Almedina, 2014.

MOURA, Bruno - Dúvida e Erro Sobre a Proibição no Direito Penal – A Atuação nos Limites Entre o Permitido e o Proibido, de Alair Leite, *RBCC (Revista Brasileira de Ciências Criminais)*, A. 21. Vol. 103 (2013). 423-430.

NEVES, A. Castanheira - O Princípio da Legalidade Criminal – O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático. In NEVES, A. Castanheira - *Digesta – Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros - Vol. 1º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, João Curado - *A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

OLAIZOLA NOGALES, Inés - *El Error de Prohibición*, texto policopiado (correspondente à apresentação no Congresso *Los retos actuales de la Teoría del delito*), Barcelona [s.n.], 2015. [Consult. 12 mai. 2022]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Olaizola.-EL-ERROR-DE-PROHIBICI%C3%93N.pdf>>.

OLAIZOLA NOGALES, Inés - *El Error de Prohibición - ¿Ausencia de Conocimiento y/o Ausencia de Comprensión?*, texto policopiado, [Consult. 12 mai. 2022]. WWW:<URL: <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/03/Olaizola-Nogales.-Ponencia-II.pdf>>.

OLIVARES, Gonzalo Quintero - *Derecho Penal – Parte General*. 2ª ed. com adenda do anteprojeto do Código Penal de 1992. Madrid: Marcial Pons, 1992.

ORDEIG, Enrico Gimbernat, ¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídicopenal? In BELEZA, Teresa Pizarro, org. - *Textos de Direito Penal* -Tomo II. Lisboa: AAFDL, 1999.

Ordenações Filipinas - Livros I, IV e V. Reprodução fac-simile da edição feita por Cândido Mendes de Almeida (Rio de Janeiro, 1870). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

Ordenações Manuelinas - Livro V. Reprodução fac-símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1797. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

OSÓRIO, Luís - *Notas ao Código Penal Português* - Vol. I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1923.

PADOVANI, Tullio - *Diritto Penale*. 4ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1998.

PÁDUA, Fabrício Renê Cardoso de - *O Casuísmo Jurídico-Metodológico Romano e a Autonomização do Direito*. Coleção Estudos Doutoramento & Mestrado. Série 7. Coimbra: Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

PAGLIARO, Antonio - *Principi di Diritto Penale – Parte Generale*. 6ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

PALMA, Maria Fernanda - A Teoria do Crime como Teoria da Decisão Penal (Reflexão sobre o Método e o Ensino do Direito Penal), *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*. A. 9. n.º 4 (1999) 523-603.

PALMA, Maria Fernanda - *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. 2ª edição. Lisboa: AAFDL, 2021.

PAWLIK, Michael, Error de Prohibición en Caso de Situación Legal Confusa. Trad. de Andrés Falcone, *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*. n.º 3 (2020) 560-576. [Consult. 20 nov. 2021]. Disponível em WWW:<URL: <https://indret.com/error-de-prohibicion-en-caso-de-situacion-legal-confusa/>>.

PEÑA, Diego M. Luzón - *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. 3ª ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2016.

PEÑA, Diego M. Luzón - Libertad, Culpabilidad y Neurociencias, *Anatomía do Crime*. n.º 3 (2016) 57-86.

PEREIRA, Rui Carlos - Justificação do Facto e Erro em Direito Penal. In PALMA, Fernanda, et. al., coord. - *Casos e Materiais de Direito Penal*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan - La Duda Sobre la Prohibición, *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*. Tomo 48. Fasc. 1 (1995) 71-88.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz - *Apontamentos de Direito Romano*. Cascais: Princípia, 2015.

PINTO, Frederico Lacerda da Costa - Erro e Consciência da Illicitude em Infracções Contra o Mercado de Valores Mobiliários. In AAVV - *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários* - Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

POLÓNIO, Pedro - *Psiquiatria Forense*. Lisboa, 1975.

PORTO, Teresa Manso - *Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

PORTO, Teresa Manso - Efectos Jurídico-Penales del Error de Prohibición en los Sistemas Colombiano, Español y Alemán. In LYNETT, Eduardo Montealegre, coord. - *El Funcionalismo en Derecho Penal – Libro Homenaje el Profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

POZO, José Hurtado - *Manual de Derecho Penal Parte General*. Vol. I. 3ª ed. Lima: Grigley, 2005.

RENZIKOWSKI, Joachim - O Objecto da Consciência da Illicitude. Trad. de Inês Fernandes Godinho, *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*. A. 26 (2016) 59-75.

RODRIGUES, Anabela Miranda - *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade – Os Critérios da Culpa e da Prevenção*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ROMANO, Mario - *Commentario Sistematico del Codice Penale* - Vol. I. 2ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.

ROSA, Manuel Cortes, La Función de la Delimitación de Injusto y Culpabilidad. In SANCHÉZ, J.M. Silva, (ed. Espanhola), SCHÜNEMANN, Bernd, DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. - *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1995.

ROXIN, Claus - Acerca del Error en Derecho Penal. In ROXIN, Claus - *La Teoría del Delito en la Discusión Actual* - Tomo I. Trad. de Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2016.

ROXIN, Claus - Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa. In BELEZA, Teresa Pizarro, org. - *Textos de Direito Penal* - Tomo II. Lisboa: AAFDL, 1999.

ROXIN, Claus - Culpa e Responsabilidade – Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade. Trad. de Maria da Conceição Valdágua, *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*. n.º 4 (1991) 503-541.

ROXIN, Claus - A Culpabilidade e sua Exclusão no Direito Penal. Trad. de Luís Greco, *RBCC (Revista Brasileira de Ciências Criminais)*. Vol. 12. n.º 46 (2004) pp. 46-72.

ROXIN, Claus - *Derecho Penal – Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. da 2ª edição alemã de Diego Luzón Peña, Miguel García Conlledo e Javier Remesal. Madrid: Civitas. 1997.

ROXIN, Claus - Sentidos e Limites da Pena Estatal. trad. de Ana Paula dos Santos e Luís Natschenradetz. In ROXIN, Claus - *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª edição. Lisboa: Vega, 2004.

RUDOLPHI, Hans-Joachim - A Consciência da Ilicidade Potencial como Pressuposto de Punibilidade no Antagonismo entre “Culpa” e “Prevenção”. Trad. de Maria Fernanda Palma, *Direito e Justiça*. Vol. III (Volume de Homenagem ao Professor Doutor Manuel Cavaleiro de Ferreira). (1987-1988) 83-110.

SANTOS, José Beleza dos - *Direito Criminal*, preleções aos cursos do 4º e 5º anos jurídicos do ano letivo de 1935-1936, coligidas por Hernâni Marques. Coimbra: Coimbra Editora, 1936.

SANTOS, Juarez Cirino dos - *Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHOPENHAUER, Arthur - *Sobre o Fundamento da Moral*. 2ª ed. Trad. de Maria Lúcia Cacciola. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd - La Culpabilidad: Estado de la Cuestión. In SANCHÉZ, J.M. Silva (ed. Espanhola) - *Sobre el Estado de la Teoría del Delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, 2000.

SEGEV, Re'em - Justification, Rationality, and Mistake: Mistake of Law is no Excuse? It Might be a Justification!, *Law and Philosophy*. n.º 25 (2006) 31-79.

SERRA, Teresa - *Problemática do Erro Sobre a Ilicidade*. reimp. Coimbra: Almedina, 1992.

SILVA, Augusto da - Socialização, *Polis – Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado* - Vol. 5. Lisboa-São Paulo: Verbo, 1987.

SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português – Teoria do Crime*. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA FERRÃO - *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Portuguez* - Vol. I. Lisboa: Typographia Universal, 1856.

SILVA SANCHÉZ, Jesus María - Observaciones Sobre el Conocimiento “eventual” de la antijuridicidad, *ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales)*. Tomo 40. Fasc. 3 (1987) 647-664

SIMESTER / SULLIVAN - *Criminal Law – Theory and Doctrine*. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2000.

SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e - *Classe dos Crimes por Ordem Systemática com as Penas Correspondentes Segundo a Legislação Actual*. Lisboa: Régia Oficina, 1803.

SOUSA, Susana Aires de - Neurociência, Culpa e Inimputabilidade. In ANTUNES, Maria João, coord. - *Anomalia Psíquica e Direito – Colóquio Comemorativo dos 20 anos da Entrada em Vigor da Lei de Saúde Mental*. Coimbra: Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019.

STRATENWERTH, Günther - *Derecho Penal – Parte General: El Hecho Punible*. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Civitas, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis - *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

VALDÁGUA, Maria da Conceição - Legítima Defensa y Legítima Defensa Putativa – Observaciones a la Ponencia de Muñoz Conde. In SANCHÉZ, J.M. Silva (ed. Espanhola), SCHÜNEMANN, Bernd, DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. - *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1995.

VALDÁGUA, Maria da Conceição - *Direito Penal I – Parte Geral (Apontamentos)*. Lisboa [s.n.] (polic.), 2006-07.

VALLE, Abel Pereira do - *Anotações ao Livro Primeiro do Código Penal Portuguez*. [S.l.], [s.n.], [s.d.].

VELOSO, José António - *Erro em Direito Penal*. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 1999.

WELZEL, Hans - *Derecho Penal Alemán — Parte General*. 4.ª ed. Trad. da 11ª edição alemã de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans - *Teoría de la Acción Finalista*. Trad. de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Astrea, 1951.

WESSELS / BEULKE / SATZGER - *Derecho Penal – Parte General – El Delito y su Estructura*. Trad. da 46ª edição alemã de Raúl Pariona Arana. Breña: Pacífico Editores, 2018.

WINKELS, Laurens - Error de Derecho: Comparación entre el Derecho Inglés y el Derecho Romano. Trad. de Montserrat Ricart, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. n.º 90. Anuário (1998) 335-348.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - *Manual de Derecho Penal – Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.