

COIMBRA
JURÍDICA

A **CULPA** E O **TEMPO**

JOSÉ DE FARIA COSTA

J. M. AROSO LINHARES

MARIA JOÃO ANTUNES

INÊS FERNANDES GODINHO

(COORDS.)



IMPRESA DA
UNIVERSIDADE
DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

Esta obra traz consigo um conjunto de ensaios que procuram conjugar, em torno da problemática d’“A Culpa e o Tempo” perspectivas de Direito Penal e de Filosofia do Direito, que não apenas se cruzam entre si, como cruzam diversas latitudes e longitudes, permitindo uma reflexão multidisciplinar. Organizada em torno de cinco nódulos problemáticos – Culpa, historicidade constitutiva e sentidos prático-culturais/ O princípio *nullum crimen sine culpa* e o problema da *autonomia* do Direito/ O princípio *nullum crimen sine culpa* e o problema filosófico e dogmático dos *fins das penas*/ O princípio *nullum crimen sine culpa* no contexto da doutrina geral da infração penal / O tempo e a culpa experimentados em problemas dogmaticamente específicos – a obra constitui tributo de um pensamento jus-filosófico e dogmático, pretendendo afirmar-se como pedra angular na exploração de um tema intemporal.

COIMBRA
JURÍDICA

IMPrensa DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

© DEZEMBRO 2022. Imprensa da Universidade de Coimbra.

Coordenadores:

José de Faria Costa

J. M. Aroso Linhares

Maria João Antunes

Inês Fernandes Godinho

Título: A Culpa e o Tempo

Edição

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

Coordenação editorial

Maria João Padez de Castro

Design: Carlos Costa

Infografia: João Emanuel Diogo

Execução gráfica: KDP - Kindle Direct Publishing

ISBN: 978-989-26-2230-9

eISBN: 978-989-26-2231-6

DOI: <https://doi.org/10.14195/978-989-26-2231-6>

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

A preparação do presente volume, cuja coordenação se inscreve nas atividades do IJ /UCILeR (Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), foi desenvolvida no contexto do projeto de investigação seguinte (financiado pela FCT- Fundação para a Ciência e a Tecnologia): “Desafios sociais, incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidabilidade” (Projeto UIDB/04643/2020).

José de Faria Costa
J. M. Aroso Linhares
Maria João Antunes
Inês Fernandes Godinho
(Coords.)

A CULPA E O TEMPO

Imprensa da Universidade de Coimbra
Coimbra University Press

(Página deixada propositadamente em branco)

A **CULPA** E O **TEMPO**

JOSÉ DE FARIA COSTA
J. M. AROSO LINHARES
MARIA JOÃO ANTUNES
INÊS GODINHO
(COORDS.)

(Página deixada propositadamente em branco)

Sumário

DIZERES INICIAIS	11
-------------------------------	----

José de Faria Costa

PARTE I – CULPA, HISTORICIDADE CONSTITUTIVA E SENTIDOS

PRÁTICO-CULTURAIS	15
--------------------------------	----

1. COLPA E TEMPO. UNA GLOSA HEIDEGGERIANA	17
--	----

Eugenio Mazzarella

2. O TEMPO E A CULPA EM DIREITO PENAL (UM TEMPO FUNDADOR: O MOMENTO DA PRÁTICA DO FACTO)	35
---	----

José de Faria Costa

3. A RESPONSABILIDADE JURÍDICO-CRIMINAL ENTRE A IMAGINAÇÃO LITERÁRIA E A NARRATIVIDADE (E A «REALIDADE» JURIDICAMENTE RELEVANTE COMO MULTIVERSO)? A CRÍTICA JUSESTÉTICA E OS PROBLEMAS DO(S) SENTIDO(S) DO(S) FUNDAMENTO(S) E DOS MODOS DE REALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL	45
---	----

Brisa Paim Duarte

PARTE II - O PRINCÍPIO <i>NULLUM CRIMEN SINE CULPA</i> E O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO DIREITO	93
4. PRINCÍPIO DA CULPA E CORRESPONSABILIDADE DE PRESERVAÇÃO: UMA «CONVENÇÃO CONSTITUTIVA PROFUNDA» DO JOGO DO DIREITO?	95
<i>J. M. Aroso Linhares</i>	
5. (INTER)SUBJETIVIDADE, RESPONSABILIDADE E CULPA NA (DE)LIMITAÇÃO DO SENTIDO DO DIREITO: REFLEXÃO METADOGMÁTICA SOBRE UM FUTURO-PRESENTE	113
<i>Ana Gaudêncio</i>	
6. PERSONALIDADE E CULPA: ESBOÇO E REFLEXÕES SOBRE O CONTEÚDO MATERIAL DA CULPA JURÍDICO-PENAL.....	129
<i>Rui Caria</i>	
7. O PRINCÍPIO DA CULPA E A NECESSÁRIA AUTONOMIA DO DIREITO PENAL FACE ÀS NEUROCIÊNCIAS.....	147
<i>Maria João Vaz</i>	
PARTE III – O PRINCÍPIO <i>NULLUM CRIMEN SINE CULPA</i> E O PROBLEMA FILOSÓFICO E DOGMÁTICO DOS FINS DAS PENAS.....	177
8. PREVENÇÃO E CULPA NA FILOSOFIA DO DIREITO PENAL: PLATÃO REVISITADO.....	179
<i>José de Sousa e Brito</i>	
9. REFLEXOS DO RECONHECIMENTO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPETIVA NA CULPA E NA PREVENÇÃO ESPECIAL DA PENA.....	191
<i>Adhemar Della Torre Netto</i>	
PARTE IV – O PRINCÍPIO <i>NULLUM CRIMEN SINE CULPA</i> NO CONTEXTO DA DOUTRINA GERAL DA INFRAÇÃO PENAL	243
10. BREVI NOTE SU TEMPO E COLPOVOLEZZA NELLA TRAMA NORMATIVA PENALE	245
<i>Silvia Larizza</i>	

11. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN — DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORIA DE LAS NORMAS	255
<i>Urs Kindhäuser</i>	
12. OS CRIMES AGRAVADOS PELO RESULTADO DE «DUPLA NEGLIGÊNCIA TÍPICA» E A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CULPA	273
<i>Alexandra Vilela</i>	
13. DOLUS GENERALIS O PRINCÍPIO DA CULPA: O PROBLEMA DA SIMULTANEIDADE	289
<i>Inês Fernandes Godinho</i>	
14. A INEXIGIBILIDADE COMO LIMITE DEONTOLÓGICO IMANENTE AOS CONFLITOS ENTRE BENS JURÍDICOS EXISTENCIAIS EQUIPOTENTES EM SITUAÇÕES-LIMITE	305
<i>Matheus Almeida Caetano</i>	
PARTE V – O TEMPO E A CULPA EXPERIMENTADOS EM PROBLEMAS DOGMATICAMENTE ESPECÍFICOS	365
15. CRIMES SEXUAIS PRATICADOS POR MENORES PENALMENTE IMPUTÁVEIS E RESPONSABILIDADE CIVIL IN VIGILANDO: UMA CONTRADIÇÃO NOS TERMOS?	367
<i>António Miguel Veiga</i>	
16. (S)EM TEMPO DE TER CULPA (BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL, A CULPA E OS IDOSOS)	411
<i>Marlene Neves</i>	

(Página deixada propositadamente em branco)

Dizeres Iniciais

A dificuldade de se escrever, se não quisermos fazer praticamente uma recensão de tudo aquilo que se disse e depois se deixou em letra de forma — a abrir os ensaios que se levaram a cabo em convénio, congresso ou simpósio —, qualquer coisa com interesse académico ou científico, talvez melhor, com interesse da disciplina ou disciplinas que foram trabalhadas, precisamente naqueles eventos de natureza científica, varia na razão, poder-se-á dizer, inversa à bondade e à profundidade daquilo que foi debatido. Isto é: quanto maior a densidade e a expressão dogmática ou filosófica — porque é disso que aqui se trata — do que se deixou em livro, menor o interesse das palavras iniciais. Se me ativesse exclusivamente a este critério, nada devia, pois, escrever, porquanto as várias reflexões trazidas a terreiro mostram, à saciedade, a bondade do critério das poucas palavras que se devem alinhar, inicialmente, quando o que cada um escreveu, agora, e o que antes ponderada e refletidamente ali disse, falam por si.

Por outro lado, sendo eu também alguém que participou neste importante e internacional colóquio sobre a culpa e o tempo, tal facto deixa-me numa situação, sejamos francos e com cara lavada, pouco agradável. Mas tirando-me

a mim, posso dizer, sem qualquer prejuízo, que este livro encerra excelentes ensaios, profundas reflexões e não menores pistas de abertura para a problemática que, objetivamente, foi tratada.

Seria estulto e de todo em todo inapropriado, por todas as razões e também por aquela que acabei de enunciar, tecer considerações sobre o que cada um dos meus queridos colegas disse e, ora, escreveu em tão importante congresso. Limitar-me-ei, pois, analiticamente e quase em jeito impressionista, a tecer algumas brevíssimas considerações sobre os cinco pontos que, de forma sistemática e com articulação, constituem o universo problemático deste livro.

Assim, a propósito da Parte I deste livro («Culpa, historicidade constitutiva e sentidos prático-culturais») pode dizer-se que encerra um conjunto de reflexões que trazem a debate não só um dos mais agrestes — poder-se-á mesmo afirmar corrosivos —, mas simultaneamente mais fundamentais problemas que tocaram o século XX e por esta centúria se espraiam. A tudo isto acresce que aí se fazem apelos por, sobretudo, uma compreensão heideggeriana da culpa, da sua historicidade e dos seus sentidos prático-culturais, mas, mais ainda, também aí, se vai um pouco mais longe e se ensaia mesmo levar a cabo algumas considerações sobre o que seja a responsabilidade jurídico-criminal e a imaginação literária.

Ao abrirmos a Parte II («O princípio *nullum crimen sine culpa* e o problema da autonomia do Direito»), confrontamo-nos, de imediato, com um dos problemas fulcrais de toda uma civilização, se nos quisermos exprimir de forma breve e sem exageros. Para se ser ainda mais direto, com as questões essenciais e matriciais desta civilização que encontra as suas raízes em Jerusalém, Atenas e Roma, não obstante as fecundações que recebeu dos povos do Norte, do Islamismo e do Iluminismo.

Chegados à Parte III («O princípio *nullum crimen sine culpa* e o problema filosófico e dogmático dos fins das penas»), entra-se, afoitamente, num território de discussão que ninguém que trate das «cousas» do Direito Penal pode, em caso algum, deixar de considerar e fazê-lo do princípio ao fim sem parança ou detença. Muito embora se saiba, lucidamente, que aí, nesse estudo, nesse caminho, nada se encontrará de respostas definitivas. Mas, justamente, esta incógnita quanto a uma fundamentação definitiva é que tem atraído e continuará a atrair todos os que se interrogam quanto à pergunta demoníaca e celestial: porquê punir?

A Parte IV («O princípio *nullum crimen sine culpa* no contexto da doutrina geral da infração penal») abre-nos os horizontes para uma crítica reflexão que alberga, em diferentes planos ou em diversas declinações, as conexões e as

fundamentações que o princípio da culpa, enquanto princípio estruturante de todo um direito penal liberal, mas não só, adiante-se, é capaz de desencadear.

A Parte V («O tempo e a culpa experimentados em problemas dogmáticamente específicos») dá-nos, de forma exemplar, o chamamento de uma realidade que jamais devemos esquecer: o Direito, e de modo muito particular o Direito Penal, é uma disciplina da razão prática. Só na especificidade do caso concreto é que as categorias dogmáticas ganham força, densidade e têm razão de ser.

Terei sido breve? Em demasia? Talvez. Mas fui-o acintosamente, porquanto acho que os leitores, e muito particularmente os das «cousas» do Direito Penal, são personalidades de índole crítica e que, para além de tudo, intérpretes que distinguem bem o trigo do joio, a que acresce a sua natural capacidade de elaborarem, a partir de textos do «outro», narrativas «outras», com o enriquecimento da sua própria visão do mundo e do Direito Penal. De uma forma ainda mais explícita, nestes tempos em que tudo parece querer ser «extensão comunitária», utilizando uma nomenclatura da burocracia universitária que tudo quer jugular através de categorias que nada têm de universitário, reafirmo que os congressos verdadeiramente universitários são um território onde a investigação floresce e se realiza. E de uma maneira que deve ser olhada num duplo sentido. Assim, a investigação, naquilo que comporta de partilha e de crítica em tempo real, realiza-se, antes, na oralidade do encontro e, depois, cristaliza-se em dádiva, para novas leituras e outras críticas, nos textos que se publicam. Este foi um desses congressos. Daqueles que vale a pena serem levados a cabo. O que faz com que «isto» (o livro que tendes em vossas mãos) não se «estenda» a nada e se «intenda» a tudo.

José de Faria Costa

(Página deixada propositadamente em branco)

PARTE I

**CULPA, HISTORICIDADE
CONSTITUTIVA E SENTIDOS
PRÁTICO-CULTURAIS**

(Página deixada propositadamente em branco)

01. Colpa e tempo. Una glossa heideggeriana

01. Culpability and Time. A Heideggerian gloss

Eugenio Mazzeola

Università degli Studi di Napoli Federico II

<https://orcid.org/0000-0001-7924-1744>

Abstract: The experience of guilt is the experience in which human existence, the way of being of man as a conscience, is founded and held in the foundation of its own: the relation of conscience to itself in the relationship that it has with its Sacred, the mystery of fascination and terror of the *Numinous*, of a *totally Other*, whose integrity the consciousness, the human being must tear, *to ex-sist, to be himself*, to be placed in *his being*. In an *eccentricity* to nature which is its «nature», the place it holds in the world. Eccentricity that is his debt and his connection with that Center that goes through him and from which he is out, «thrown into the world», says Heidegger, and condemned to be so — this debt and this guilt — if he wants *to be*. *The Guilt is the Time*, the experience of the time. *Being in the time* brings with it the guilt, the *being-guilty* of those who are, of those discover it, the man.

Keywords: guilt — being-guilty — time — consciousness — existence

Though wise men at their end know dark is right,
because their words had forked no lightning they
do not go gentle into that good night.

*Benché i saggi conoscano alla fine che la tenebra è giusta
perché dalle loro parole non diramarono fulmini
non se ne vanno docili in quella buona notte*

Dylan Thomas

(Non andartene docile in quella buona notte, 1951)

La *colpa* è *il tempo*: lo stare al tempo si porta con sé la colpa, l'esser-colpevole di chi vi sta, di chi lo scopre — l'uomo. Questo argomberemo.

Esperienza che appare ben presto nella riflessività di quel *qualcosa* che nella «vita», nel suo orizzonte evolutivo, si libera per se stesso. Si fa cioè *qualcuno*. Si avvia a essere la «cosa che pensa», che cioè — seguendo una definizione di Cartesio — «dubita, concepisce, afferma, nega, vuole, immagina, sente». Prima di essere tutto questo, la «cosa che pensa» *si sente in colpa*. Cioè a dire, l'esperienza della colpa è l'esperienza in cui l'uomo si affaccia a se stesso, e al suo stare al mondo. È l'esperienza fondativa di sé, *fondativa del Sé*. L'esperienza in cui il Sé, *l'esistere* umano, il *modo di essere* dell'uomo come *coscienza*, si fonda e si tiene nel fondamento. Nel fondamento che gli è proprio: l'autoriferimento a sé della coscienza nel rapporto che questa intrattiene con il suo Sacro, nei vissuti di fascinazione e terrore del *mysterium (tremendum et fascinans)* del *numinoso*, della *Santità mirabile* di un *Totalmente Altro*, di un'*integrità* — *tò olon*, il «sacro tutto» del *mondo* — che deve lacerare, da cui deve venir fuori per *ex-sistere*, per *essere sé*, per essere collocato nel suo *stare*; in un'*eccentricità* alla natura che è la sua «natura», il posto che tiene nel mondo, per dirla con la grande antropologia del '900. *Eccentricità* che è il suo *debito* e il suo *legame* (la struttura della *re-ligio*) con quel *Centro* che insieme lo attraversa e da cui è *fuori*, «gettato nel mondo» dirà HEIDEGGER, e condannato a esserlo se vuole *essere*.

Come esperienza di questo *essere in debito*, di un *imprestito* che non si può restituire, perché *restituirlo* varrebbe *estinguersi*, restituirsi al lato ctonio dell'*integrità* numinosa da cui si è venuti fuori — e questo la «cosa che pensa» lo può fare solo come corpo *morto*; non è più «cosa che pensa», ma solo più *cosa, cenere e polvere* — , come scoperta di *dovere* (*de-hibère* che vale *de-habère*, avere *da*, da cui debito come restituzione, come ciò che va restituito, istituito come era prima) ciò che si ha, di cui si è in possesso — la vita, il proprio *essere in vita* — ad altro da sé, (e, per questo, possesso che gli può sempre venir meno), l'esperienza umana è alla sua origine esperienza di questo debito *creaturale* ed insieme *terrifico*, in cui si costituisce la sua colpa, il suo essere-in-colpa.

Perché questo *debito*, questo *imprestito d'essere* che è un *sapere* del *destino* che gli è stato offerto, è la coscienza umana che lo ha acceso; che lo ha accettato, senza prudenza, senza valutare i costi di questo guadagno alla sua vita per il *momento*, per l'*essere di passaggio* della sua vita che gli si costituisce nel *sapere*. Questo debito, questo *imprestito* è stato un gesto della sua volontà, la *mossa* in cui sulla scena della vita ha fatto il suo ingresso, nel *voler-aver-coscienza* di

un vivente, la volontà di vita come *volontà cosciente*, o *tout court* la *coscienza*. La *colpa* è questo acquisto della coscienza.

Questo implesso di volontà e coscienza, di auto-costituirsi del Sé nel suo differenziarsi dal mondo, che il «mondo» istituisce, la fatica della genesi del Sé per giungere a dire «io» (che è una co-generazione di io e mondo, cosmogonia che è antropogonia, narrazione che mette in ordine in mondo, gli cerca un *logos*, mentre quel che sarà l'anima e l'io cerca e trova il suo *logos*, il suo ordine) è il contenuto del mito — come simbolo del rapporto che l'uomo intrattiene con il suo Sacro; rapporto che sarà sussunto in sé dalla coscienza religiosa. L'affermazione di RUDOLF OTTO che «la religione comincia con sé stessa» trova il suo fondamento nel fatto, nell'evidenza a essa elementare, che la coscienza per quanto divenuta, in quanto tale, comincia con se stessa; nell'essere la coscienza è un 'a capo', una creazione, un salto di stato.

In questo salto di stato che è il rapporto dell'uomo con il suo Sacro, un faccia a faccia raggiunto col Dio della creazione osando rivolgergli la parola come fa Abramo: «*mi sono fatto forza di parlare con te, io, che sono terra e cenere*» (*Genesi* 18, 27), o con la Necessità nell'avanzare delle cose secondo l'ordine del tempo nel *phainesthai*, nell'apparire, come detta Anassimandro: «L'origine da cui procedono gli esseri è anche il termine verso il quale procede la loro distruzione secondo la necessità; essi si offrono infatti reciprocamente castigo ed espiazione per la loro ingiustizia secondo l'ordine del tempo» — in questo salto di stato c'è la colpa. Questo salto di stato è la colpa. Il secondare una *spinta* che nella vita viene alla vita in un vivente che la raccoglie, e in questo raccoglierla si costituisce a *più che vita*, e insieme a *meno che vita*, perché *muore*. Perché in questa spinta che accetta, il sapere di sé, *la coscienza*, il vivente accede alla morte, *sa* che *muore*. Che noi, i viventi, siamo della sostanza dei morti, non lo *sparire* di una cosa, e neppure lo *spegnersi* del vivo, ma *un fatto personale e saputo* che ci fa quello che siamo, *sostanza di tempo*, «uomini»; e non dei, nel mito ciò che non muore, l'eterno fluttuare del sacro, che nel divino si fa presenza per sempre stabilita, *ciò che sempre vive*, perché sta da prima e sta per sempre: è *destino*, è il «pienamente stante» in sé e per sé, che noi *non* siamo.

Se destino — il latino *de-stinàre*, «fermare», «fissare», «stabilire fermamente» — vale l'*intensificazione di ciò che sta*, dell'esser fermo (*stà-re*), il «pienamente stante» in sé e per sé, stabilito altrove che qui sulla *terra*, presso *i mortali*, e insieme per ciò per i mortali «decreto», ciò da cui viene il mio destino, o meglio il mio modo di stare nel destino, il modo a me fermissimamente stabilito dell'*evento di me*, del modo in cui vengo a me, con cui è

vano lottare, questo significa che il mio destino, come ciò che per me è deciso, è che io — nell'essere, nella vita, nel divenire — non sono un *destino*, un *pienamente stante*. Al più, una contingenza avveduta, il cui primo avvedersi di sé è un vedersi consegnato, per stare in se stesso, a qualcosa di altro da sé; a qualcosa di altro da sé in se stesso e fuori di sé, alla fluttuazione che lo circonda e lo traversa di un pienamente stante in sé e per sé — il Sacro del mondo — che lo concede a se stesso per il tempo che gli è proprio; per il tempo debito e di cui resta di debito.

È la scoperta sconcertante, secondo il seducente schema di HANS JONAS, dell'ontologia — del *panvitalismo* — degli antichi, dove l'enigma è la morte. A fronte del *panmeccanicismo* dei moderni, a far data dal Rinascimento, dove la pietra dello scandalo, in una sovvertita ontologia che da ontologia della vita si fa ontologia della morte, è la vita, l'organismo. Dove l'incomprensibile è il vivente, laddove per il *panvitalismo* degli antichi l'incomprensibile era il cadavere.

È lo sconcerto che Ezechia guarito consegna nel suo rendimento di grazie al Dio dei viventi — «la morte non conviene né a me, riconsegnato all'eterno silenzio della polvere, né a Te, mio Dio, che perdi le mie lodi. E allora perché mi fai morire?» —, e che nasce da questa prospettiva *panvitalistica* in cui «l'essere è solo comprensibile, solo reale in quanto vita; e la presagita costanza dell'essere può essere intesa unicamente come costanza della vita, oltre la morte»¹. Una situazione teoretica che «durò a lungo nella storia del genere umano; prima che iniziasse la meraviglia per il miracolo della vita, ci si meravigliò della morte e di cosa potesse significare»².

È a questo sconcerto che la metafisica delle origini nelle forme del mito e della religione tenta di dare la sua risposta; oppure dispera di trovarla e si ribella senza risposte, come in QOHÉLET.

La normalizzazione concettuale della morte è il lavoro di tutto il pensiero primitivo e antico: l'ilozoismo di fondo all'opera nell'ontologia greca della *physis* (anche nella sua forma più raffinata in ARISTOTELE, nella cui «fisica» la natura fa tutto perbene, non spreca nulla nel ciclo della generazione e della corruzione, e l'eternità della specie è il pegno della ragionevolezza teleologica, per l'uomo, della natura³) e nella religione della nuova alleanza, che

¹ Hans JONAS, *Organismo e libertà. Verso una biologia filosofica*, trad. P. Becchi, Torino: Einaudi, 1999, 17.

² Ivi, 16.

³ «Ma, in realtà, non c'è nulla di disordinato tra le cose che sono per natura e secondo natura, perché la natura è per tutte causa di ordine...» Fisica, 252a 10 (versione di A. Russo, in ARISTOTELE, *Opere*, Bari: Laterza, 1973); «La natura, come un buon amministratore, non è solita scartare nulla da cui è possibile produrre qualche cosa di utile», Riproduzione degli animali, 744b 16 (versione di D. Lanza,

Dio stabilisce con Noè e i suoi figli dopo il Diluvio («Quanto a me, ecco io stabilisco la mia alleanza con voi e con i vostri discendenti dopo di voi; con ogni essere vivente che è con voi, uccelli, bestiame e bestie selvatiche, con tutti gli animali che sono usciti dall'arca. Io stabilisco la mia alleanza con voi: non sarà più distrutto nessun vivente dalle acque del diluvio, né più il diluvio devasterà la terra», *Genesi*, 9, 9-11); normalizzazione ontoteologica dell'esperienza tragica che la vita fa di se stessa all'incontro — nel cadavere — della morte, del Dio delle mosche.

Una normalizzazione che Qohélet non accetta. In lui, la soluzione all'«illogicità» della morte è di tutt'altro segno. Il suo «discorso sulla tomba» non concede nulla alla pietà religiosa del culto o di una metafisica panvitalistica. Il filo dell'«illogico», *l'alogs*, *l'algos*, il dolore per eccellenza del pensiero, è tirato dall'altra parte. Nella sapienza non c'è analgesico per questo. La morte è la normalità, l'universo è freddo; l'enigma è la vita, un insulto logico visto che si nasce non solo per morire, che già basterebbe, ma bisogna pure saperlo — uno sfregio, in buona sostanza. Intollerabile. Qohélet è l'eroe del risentimento. Vi è radicalizzata, nella Sapienza, l'inutilità del viaggio di Gilgamesh, nel mito sumerico, al «Paese del vivente».

Se prima «era il cadavere, questo caso primario di materia “morta”, che costituiva il limite di ogni comprensione e per questo la prima cosa a non essere all'apparenza accettata», ora è «l'organismo che vive, sente e aspira che ha assunto questo ruolo e viene smascherato come *ludibrium materiae*, come un raffinato inganno della materia»⁴. Una diagnosi che è propria, per Jonas, delle conseguenze teoretiche e morali dell'universo panmeccanicistico dei moderni — dove la vita si è spenta tra le stelle e l'etere è un Vuoto dominato dalle leggi dell'inerte —, ma che esprime bene la collocazione di Qohélet nella storia dello spirito, il suo grandioso anacronismo spirituale.

Se Qohélet può stare — in un grande anacronismo prospettico nella storia spirituale dell'area mediterranea — là dove giungeranno i moderni nell'universo freddo della fisica meccanica — «l'universo tremendamente ingrandito della moderna cosmologia»⁵, un campo di masse già inanimate prima di nascere e di forze senza meta —, e questo senza muoversi da uno scranno della Sapienza in Israele; se egli ha assimilato la vita alla morte per

ivi); «La natura non fa nulla senza ragione, invano», «Quasi che la natura avesse previsto ciò che accadrebbe», *Del cielo* 291b 13 e 291a 24 (versione di O. Longo, ivi). Sulla teleologia in ARISTOTELE, cfr. W. ROSS, *Aristotele*, trad. A. Spinelli, Milano: Feltrinelli, 1982, 80-81.

⁴ Hans JONAS, *Organismo e libertà*, 20.

⁵ *Ibidem*.

svuotamento dall'interno del monismo vitalistico, ben prima che vi provasse il monismo meccanicistico della scienza moderna nel progetto riduzionistico, fisico-chimico, della sua biologia, questo è perché per lui della vita il *male* — «per eccellenza l'esperienza critica del sacro, la minaccia di dissoluzione del legame tra l'uomo e il suo sacro [che] fa sentire con estrema intensità la dipendenza dell'uomo dalle forze del suo sacro»⁶ — è l'*infezione* alla radice. Se la vita è l'inesplicabile, *ludibrium materiae*, il male si spiega da sé; perché la vita è male, si dispiega nel male e come male. Per questo, Leopardi che lo seguirà sarà il poeta dei moderni.

In Qohélet del male non c'è razionalizzazione in una previsione delusiva, ma da accettare, della *vita*, della vita come si dà e come ci è data; tentativamente da difendere nella generazione, nella tenacia tragica di tener aperta la propria circostanza prima che si chiuda («io sono io e la mia circostanza», e se non salvo lei non salvo nemmeno me stesso, chioserebbe ORTEGA⁷, un lavoro da don Chisciotte) — una previsione delusiva cui la pietà per il Santo, l'Integro, deve inchinarsi. In Qohélet del male c'è il sentimento nella sua modalità più antica della colpa originaria, della colpa che è nella propria origine: della sua modalità come «*souillure*»: (sozzura) impurità, macchia, contaminazione, che in definitiva non discerne ancora «l'ordine etico del malfare dall'ordine cosmo-biologico del mal-essere: sofferenza, malattia, morte, scacco» e che in un solo implesso indica colpa ed infezione fisica, responsabilità e passività.⁸ Impurità in cui si entra accettando la *colpa*, la *spinta* — che viene nella vita — alla *coscienza*, la lacerazione nell'*homo cultura* dell'integrità della natura. E' l'ingresso nel *tempo* (*tempus*, *tem-nö*: *separo divido*, da cui l'ida di *sezione*, *periodo*, *epoca*, *stagione*), l'ingresso nella *grande separazione*, che *misura* e *si misura* nel ciclo saputo della natura e del passare di sé. Quello che sarà il «numero del prima e del poi» di Aristotele e la *distensio animi* di Agostino. All'uomo, *der Mensch*, etimologizzerà Nietzsche, il nome sarà dato dal suo gesto fondativo, co-originario di sé e del mondo: *messen* — *tagliare*, *misurare*.

⁶ Paul RICOEUR, *Finitudine e colpa*, trad. M. Girardet, introduzione di V. Melchiorre, Bologna: il Mulino, 1970, 250.

⁷ José ORTEGA Y GASSET, *Meditazioni del Chisciotte*, trad. B. Arpaia, Napoli: Guida, 2000, 44: «Dobbiamo cercare per la nostra circostanza il luogo appropriato nell'immensa prospettiva del mondo, scavando esattamente in ciò che essa ha di limitato, di peculiare. Non bisogna restare perpetuamente in estasi di fronte ai valori ieratici, ma conquistare per la nostra vita il posto che le spetta in mezzo ad essi. Insomma: il riassorbimento della circostanza è il concreto destino dell'uomo. [...] Io sono io e la mia circostanza, e se non la salvo non salvo neanche me stesso. *Benefac loco illi quo natus es*, leggiamo nella Bibbia. Per la scuola platonica l'impresa di ogni cultura consiste nel "salvare le apparenze", i fenomeni; cercare, cioè, il senso di ciò che circonda».

⁸ Paul RICOEUR, *Finitudine e colpa*, 273.

La grande separazione: l'*a parte* dalla natura della coscienza, il suo ingresso nel tempo, e nel tempo come coscienza; raccogliersi in sé che è *cultura, coltura* — di sé e del proprio ambiente, della propria circostanza. La colpa è il tempo che si affatica nella cura di sé, tempo che si affanna per tornare, ma non può essere redento da sé.

Colpa, dal latino *Cúlpa*, e più antico *Còlpa*, per gli antichi etimologisti ha la sua radice nell'antico latino *Cél-lo* (il Greco *Kèllo*) *spingo*, in quanto *spinta al mal fare* (v. *Celere*). Nei moderni ha un tema *Kalp* col senso di *secondare, occasionare*, che si ritrova nel sanscrito (*Kalpê, Kalpayāmi disporre preparare*) e nel germanico (gotico *Hilp-an*, antico alto tedesco *Hilf-an, Hëlf-an*, lituano *Szelp-ti aiutare*), in quanto è occasione di danno (Fick, Pictet). In senso etico penale atto della volontà, con il quale l'uomo offende la morale o le leggi, come rottura, infrazione, lacerazione di un ordine, che va risarcito e che comunque sarà risarcito dalla *vendetta* dell'ordine leso, dalla capacità di autoprottegersi dell'ordine leso, dell'integrità violata (*vendicare* ha nell'etimo i valori di *proteggere, liberare*, il rumeno *vindica*, e *forza*, il latino *vim*, e *prezzo*, il latino *vén-um* da *dicare*, da *offrire*: quindi proteggersi, liberarsi con la forza da un'intrusione, da un intruso, far pagare un prezzo, far espiare).⁹

Ma, si noti, questa è la semantica del mito adamitico, del mito della «caduta» nel *peccato*, della cacciata dell'uomo dal giardino creazione. Per RICOEUR — per il suo monismo, dove il fatto dell'uomo non è diviso in anima e corpo — il mito antropologico per eccellenza¹⁰, l'unico mito radicalmente fenome-

⁹ Ottorino PIANEGIANI, *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, voci *Colpa* e *Vendicare*.

¹⁰ Paul RICOEUR, *Finitudine e colpa*, 498-499: «Il mito "adamitico" è il mito antropologico per eccellenza; Adamo vuol dire Uomo. Ma non ogni mito dell'"uomo primordiale" è mito "adamitico". [...] Soltanto il mito "adamitico" è veramente antropologico; tre caratteristiche lo indicano: anzitutto il mito eziologico riferisce l'origine del male a un *antenato* della umanità attuale, la cui condizione è omogenea alla nostra; tutte le speculazioni sulla perfezione sovranaturale di Adamo prima della caduta sono adattamenti supplementari che ne alterano profondamente il significato originario, ingenuo, grezzo; esse tendono a rendere Adamo superiore e quindi estraneo alla nostra condizione e al tempo stesso riducono il mito adamitico a una genesi dell'uomo che parte da una superumanità primordiale. Non v'è dubbio che il termine stesso di caduta, estraneo al vocabolario biblico, è contemporaneo a questa elevazione della condizione "adamitica" al di sopra della condizione umana attuale; cade solo ciò che prima è stato innalzato; il simbolo della caduta non è dunque il simbolo autentico del mito "adamitico": lo si ritrova anche in Platone, nella gnosi, in Plotino. [...] il mito adamitico è più un mito dello "scarto" che un mito della "caduta". Secondo aspetto: il mito eziologico di Adamo costituisce il tentativo estremo di *sdoppiare* l'origine del male e del bene; la sua intenzione è quella di dare consistenza ad un'origine *radicale* del male distinta dall'origine più *originaria* dell'essere-buono delle cose. A prescindere dalle difficoltà squisitamente filosofiche di questo tentativo, tale distinzione del radicale dall'originario è essenziale al carattere antropologico del mito adamitico; essa fa dell'uomo un *principio* del male in seno ad una creazione che ha già il suo *principio* assoluto nell'atto creatore di Dio. All'epoca in cui il mito adamitico fu redatto, il concetto di libertà non era stato ancora elaborato come supporto di quel principio secondo — se così si può dire —, quantunque l'idea deuteronomica di una scelta radicale suscitata dall'appello profetico annunci l'evoluzione del mito adamitico verso una speculazione di grado superiore, nella quale la

nologico, legato cioè all'autoevidenza dell'uomo nel suo mondo e in questo senso sinossi simbolica non ulteriormente riducibile, razionalizzabile, del polimorfismo tipologico della coscienza mitica. Del suo impegno a dare parola alla vicenda dell'antropizzazione come esposizione della cultura al suo disagio, nella concezione del male come uno «scarto» dalla condizione originaria, che non conosce *mal essere* e *mal fare*, della «natura». Ma questo «scarto» nel *male* come *mal essere* e *mal fare* non è nient'altro che il piede in fallo della coscienza che entra — e vi si inaugura — nel tempo e nella storia, la condizione di possibilità di ogni fallibilità dell'uomo: che è fallibilità di *destino* — l'essere fermissimamente stabilito della sua impermanenza, che cioè 'passa', nasce vive e muore — prima ancora di essere esposizione alla fallibilità *etica*, al modo in cui si conduce nel mondo; al modo in cui al mondo dimora, e regge il confronto con la sua circostanza (ambiente, natura, storia, e la sua «natura» umana), esposto, nella sua azione, al regime della colpa — pratica, morale, penale.

E questo destino di colpa — e di fallibilità che ne viene — l'uomo, il vivente che è uscito dal «Paese del vivente», del sempre vivente della *Physis*, della natura, della generazione (che è prima e sta prima da sempre), se l'è scelto; l'ha voluto e per questo è colpevole, sta nella colpa, e può essere spinto avanti nella vita, come l'ha voluta, *solo come colpevole*, nel debito di tempo, imprestito di vita saputa, che ha voluto. Ma questa è la storia della coscienza, che dal fondo del suo essere *si chiama a essere*, costretta a scoprire che l'essere che chiama a sé in giudizio, che porta al suo giudizio, cui resterà affidato (la libertà che ha voluto o trovato) — quest'essere, la *vita*, non viene da sé, ma gli viene, nella fascinazione e nel terrore, da *altro*, dal mistero del numinoso, davanti a cui si troverà nuda nel suo corpo da coprire, nella carne che si è voluta mettere addosso da difendere e tenere in una *natura «umana»*, che, per il guadagno della sua libertà dalla Natura, ha dovuto lasciare a terra, nel corpo morto visto di sé, la sicurezza dell'istinto, e vedere in sé lo spegnersi senza luce della sua vita di prima,

libertà sarà non soltanto una specie di inizio, ma la capacità di defezione della creatura, cioè, in senso proprio, la capacità della creatura di disfare e disfarsi, a partire dal suo essere interamente finito. [...] A livello mitico, il potere di defezione della libertà rimane incastonato nella struttura del *racconto*; nella terminologia della caduta, vi è uno stato sovralapsario d'innocenza e uno stato infralapsario di peccabilità ... [come] *habitus* della specie, il mito adamitico racconta come un avvenimento il passaggio dall'innocenza al peccato in quanto condizione di un uomo destinato al bene e incline al male [...] Infine, — ultimo aspetto — il mito adamitico subordina alla figura centrale dell'uomo primordiale altre figure che tendono a decentrare il racconto, pur senza abolire il primato della figura adamitica... [non riassorbe] l'origine del male nella sola figura di un uomo primordiale; parla anche di un altro personaggio, Eva, che raffigura l'interlocutore dell'Altro, il Serpente o il Diavolo».

della vita animale da cui è uscita. La visione della propria nudità «creaturale» è la colpa, il tabù infranto del dio (della vita) di prima; e la vergogna dell'impurità del passo, che va pagato, espiato, nello stesso *medium* in cui l'ha compiuto, nel medio della coscienza, nel sentimento di sé come labilità, angoscia, della vita saputa.

Il Male è questo *passo*, nasce nel sapere. Non c'è *mal essere e mal fare* nella vita di prima. Il male sorge nello sguardo dell'uomo che si posa sulle cose e su di sé. «Prima», se c'è un «prima», perché anche «prima» è un concetto, un afferramento logico della propria sostanza di tempo, il male non è altro che il «tutto di scintille in giro/per lo vòto Seren brillar il mondo» di Leopardi o l'incendio cosmico, il *Pýr*, il «fuoco inestinguibile» di Eraclito, «eternamente vivo, che secondo misura si accende e secondo misura si spegne», il fuoco del divenire sentito nella distanza di una disappartenenza o nel patema di un'inclusione, in cui la vita si guarda allo specchio il suo *essere*, nel suo *terrore* e nella *fascinazione di saperlo*, di «sapere». In questo incendio, o in questo vivo calore della vita, per l'uomo, per la sua vita animale, per la sua *anima*, la vita che si muove e che si sa, non c'è più solo cielo e prato, ma baratro e foresta; e il giorno che si abbuia, e poi ritorna: «Ho udito il tuo passo nel giardino: ho avuto paura, perché sono nudo, e mi sono nascosto» (*Gen. 3,10*). Ma questo, è il rovinio del tempo; la coscienza del tempo, la coscienza-tempo. Il sentirsi intrisi — della vita — di tempo: tempo che si è, tempo da cui si viene, tempo da avere se si vuole avere tempo, restare nel tempo; avere sé, *avere* quel che si è. È l'ingresso nella grande separazione — nella natura — della natura dalla natura, di una natura che si fa *più che natura*. E questo ingresso che è *uscire* — uno «scarto» — *dalla condizione di prima*, dal piolo dell'istante della pura vita animale, è la *colpa* che la vita *per farsi umana e nel farsi umana* si addossa. Una *pecca*, una *macchia*, l'*impurità* avvertita della lacerazione della propria vita «animale», dell'*integrità* da cui emerge, dove qualcosa della vita — io, sé, qualcuno — *si angoscia, si angustia, si stringe in se stessa, e a se stessa*, cercando di sapere a chi potrà ora affidarsi, *re-ligare*, riannodare sé. Che è il grande tema della coscienza religiosa, preparato dal mito: se essa dovrà, e saprà, volgersi a Dio, il numinoso dell'affidamento creaturale (e a quali condizioni, se di relazione filiale o di partecipazione tragica allo stesso condiviso destino del ciclo della vita, ai dolori della creazione), o più solo a se stessa, al suo «nullo fondamento di una nullità», erede del dio dell'indifferenza che nel rapporto con il suo Sacro l'uomo ha ben presto conosciuto. E che resta al fondo, sia pure inespresso, come accenneremo, dell'ontologia dell'Esserci heideggeriana.

Caduto in questa colpa, spogliatosi — perché l’ha voluto: «Chi ti ha fatto sapere che eri nudo? Hai forse mangiato dell’albero di cui ti avevo comandato di non mangiare?» (Gen. 3,11), accettando la *colpa*, la *spinta* di Eva *al mal fare* che gli farà scoprire il *mal essere*, lo scandalo della morte in cui dovrà condurre la sua vita, patita fin dalla nascita — dall’immediatezza di un’appartenenza che non teme il *Signore* cui appartiene, il *principio più grande di sé*, Dio vita natura che sia; scopertosi nudo agli occhi che lo guardano di animale e mondo, al cospetto del qualcosa che è più grande di lui, uditone il passo nel giardino, l’animale uomo ha paura e si nasconde. Proprio nel vedersi *venire addosso*¹¹ il mondo che gli è aperto, *vede* la paura che l’animale solo sente. Perché aver messo le mani sull’albero della conoscenza del bene e del male, aver scelto la via della coscienza, *essersi fatto dio presunto nel sapere*, non è anche *essersi fatto dio nel maneggio della vita*, qualsiasi illusione al riguardo poi si farà, potendoci mettere le mani. Egli *sa* come dio, egli *fa* come Dio, ma egli non è come Dio, e non lo diventerà. Questa via — la via della vita —, proprio perché ha preso l’altra, gli resterà per sempre, a ritroso, chiusa alle sue spalle: «Il Signore Dio disse allora: “Ecco, l’uomo è diventato come uno di noi, per la conoscenza del bene e del male. Ora, egli non stenda più la mano e non prenda anche dell’albero della vita, ne mangi e viva sempre!”. Il Signore Dio lo scacciò dal giardino di Eden, perché lavorasse il suolo da dove era tratto. Scacciò l’uomo e pose ad oriente del giardino di Eden i cherubini e la fiamma della spada folgorante, per custodire la via all’albero della vita» (Gen. 3, 21-23).

La fenomenologia della colpa del mito adamitico ci mette sotto gli occhi che cosa di questa colpa si trasmette, di che cosa antropologicamente tratta la dottrina del peccato originale, del peccato che in Adamo ha segnato ogni uomo, nella sua colpa a lui consustanziale nel genere. Il *peccato originale* è un *peccato conoscitivo*. *Del bene e del male*, cioè della *vita* e della *morte*, del nostro originario essere esposti al male; al massimo male, che è la *morte*: contropartita inaggrabile del bene saputo, e non solo vissuto, della vita. Come peccato conoscitivo che «costituisce» l’uomo, è peccato che costituisce in un uomo tutti gli uomini: *la coscienza si trasmette*. In Adamo, il primo uomo, entra nel mondo ciò che è di tutti gli uomini, l’intuizione di sé e del proprio

¹¹ Sul senso antropologico di questo «*venirgli addosso della carne*» (la carne del mondo e la sua carne, l’uomo di carne a cui Paolo porrà il tema della «salvezza»), qualcosa in più del «corpo vivo» (*Leib*), che non solo *sente* come gli animali (*corpo agito*), ma che *avverte di sé nei suoi destini*, corpo che è vita che si fa carico di sé (il *Körper*, il corpo come oggetto, *non esiste* in natura, è solo un’oggettivazione rappresentativa, che trasforma ogni *Leib* che *si è* — l’uomo — o che è — l’animale — in qualcosa, una cosa, che *si ha*, forma figura relazione, come tutte le cose), rimando a Eugenio MAZZARELLA, «La carne addosso. Annotazioni di antropologia filosofica», *L’uomo che deve rimanere. La smoralizzazione del mondo*, Macerata: Quodlibet, 2017, 159-170.

destino di vivente: «Come a causa di un solo uomo il peccato è entrato nel mondo e, con il peccato, la morte, così in tutti gli uomini si è propagata la morte, poiché tutti hanno peccato» (*Rom. 5, 12*).¹² *Ed è un peccato comunitario*: Adamo risponde ad Eva, e rispondendo ad Eva — la costola che gli è stata tratta dal torpore della sua coscienza nella sua natura di prima (*Gen. 2,21*) perché non fosse solo, perché potesse entrare nel linguaggio, dire «io» e sentirsi rispondere — si costituisce a coscienza: «Allora si aprirono gli occhi di tutti e due e si accorsero di essere nudi; intrecciarono foglie di fico e se ne fecero cinture» (*Gen. 3,7*).

Antropologicamente, il mito fondamentale si chiude qui, nell'indicazione della strada su cui l'uomo dovrà condursi nella colpa che si è addossato di voler-aver-coscienza, di voler sapere di sé, di volersi affidare al suo giudizio facendosi uguale a Dio nella conoscenza del bene e del male («Ecco l'uomo è diventato come uno di noi, per la conoscenza del bene e del male», *Gen. 3,22*). Strada che è la sua capacità *fabbrile*, delle *mani* con cui Dio decide di salvare una natura che comunque, anche se ribelle, è uscita da lui, è fattura delle sue mani: «Il Signore Iddio fece all'uomo e alla donna tuniche di pelli e li vesti» (*Gen. 3,21*) — la grazia (la *téchne*, la bisaccia delle sue capacità esistenziali)

¹² Questo *peccato conoscitivo* si fa peccato *morale*, cioè del *mos*, del costume, del comportamento, e si trasmette come tale, come angoscia del cuore che ci fa già morti da vivi, «uomini carnali», uomini di carne che della carne patiscono il destino, nella «pre-occupazione» del cuore dalla cura per sé e per il mondo, che lo chiude nelle sue radici alla fiducia nel Signore, nella Vita che viene sempre prima, che *primerea* la morte. «Pre-occupazione» del cuore che a quella fiducia che dà stabilità («Se non crederete, non avrete stabilità», *Isaia, 7, 9*; la stabilità della fiducia in Dio che dobbiamo imparare dagli uccelli nel cielo e dai gigli del campo di *Mt. 6, 25-34*) sostituisce *Mammona*, l'affidamento tutto mondano dell'uomo modano al mondo, alle fonti della sua sicurezza nel mondo (ricchezza, stabilità economica, potenza, proprietà, sicurezza, ciò in cui l'uomo ripone tutta la sua fiducia). È significativo che la radice di «mammona», termine di origine siriana, «aman» (=credere, fidarsi, esser fedele) sia la stessa da cui deriva la parola «fede» alla base del credo biblico. Ma «nessun servitore può servire due padroni, perché o odierà l'uno e amerà l'altro, oppure si affeziona all'uno e disprezzerà l'altro. Non potete servire Dio e la ricchezza», *Lc. 16, 13*). Il senso antropologico del peccato originale, e dell'inclinazione della natura umana che ne viene, è in questa trasmissività della natura *adamitica* dell'uomo come coscienza del bene e del male ostinata a risolversi in una ricerca di stabilità che rimuove *presso* il mondo le ragioni di un originario *affidamento*, che tutto sostiene, di uomo e mondo a Dio. Nei termini del discorso condotto in queste pagine è la presunzione che la compensazione tecnica dello iato tra uomo e mondo, istitutivo della cultura, possa essere esonerante, e non solo cooperativa ai fini esistenziali dell'*homo cultura*, della compensazione religiosa. Va da sé che in Paolo Cristo, il nuovo Adamo, è il mediatore della «salvezza» da questa ostinazione del cuore che riapre una vita che si sa mortale alle sue fonti di senso che la «giustificano»: «Come dunque per la colpa di uno solo si è riversata su tutti gli uomini la condanna, così anche per l'opera di giustizia di uno solo si riversa su tutti gli uomini la giustificazione, che dà vita. Similmente, come per la disobbedienza di uno solo tutti sono stati costituiti peccatori, così anche per l'obbedienza di uno solo tutti saranno costituiti giusti», *Rom. 5, 18-19*. Il peccato morale si può redimere, nell'essere uno con Cristo e la sua fiducia nel Padre, perché è peccato cui si è esposti in ragione del peccato originale, originario che in quanto tale non si può redimere se non nella fiducia morale in cui in Cristo lo si sostiene in attesa dell'Ultimo giorno.

con cui Dio deciderà di perfezionare una natura che si è scelta da sé *contro* di Lui ma che tuttavia viene *da* Lui.

Paolo leggerà questo passaggio come promessa di salvezza nell'«ultimo giorno», al Primo Adamo, l'Uomo, nel Nuovo Adamo, Cristo: «là dove abbondò il peccato, ha sovrabbondato la grazia» (*Rom.* 5,20). Una conferma escatologica di una razionalizzazione di destino che era già stata raggiunta in *Genesi* — rispetto alla più antica tradizione yhawista di *Gen.* 2 e 3, dove la *techne* è una bisaccia di sopravvivenza perché mantenga una *re-ligio* con Lui, dio della Vita, da chi dall'Eden naturale della vita si è fatto cacciare — nella successiva (anche se nel testo ricorre prima) versione sacerdotale del mito della creazione (*Gen.* 1, 26-31), dove nel sesto giorno prima del riposo del sabato, Dio ha già deciso fin dall'inizio di fare l'uomo a sua immagine e somiglianza e di farlo signore vicario della creazione, se saprà tenersi sulle sue vie; e che questa è «cosa molto buona»: «E Dio disse: “Facciamo l'uomo a nostra immagine, a nostra somiglianza, e domini sui pesci del mare e sugli uccelli del cielo, sul bestiame, su tutte le bestie selvatiche e su tutti i rettili che strisciano sulla terra.” / Dio creò l'uomo a sua immagine; a immagine di Dio lo creò; maschio e femmina li creò. / Dio li benedisse e disse loro: “Siate fecondi e moltiplicatevi, riempite la terra; soggiogatela e dominate sui pesci del mare e sugli uccelli del cielo e su ogni essere vivente, che striscia sulla terra.” / Poi Dio disse: “Ecco, io vi do ogni erba che produce seme e che è su tutta la terra e ogni albero in cui è il frutto, che produce seme: saranno il vostro cibo. / A tutte le bestie selvatiche, a tutti gli uccelli del cielo e a tutti gli esseri che strisciano sulla terra e nei quali è alito di vita, io do in cibo ogni erba verde.” E così avvenne. / Dio vide quanto aveva fatto, ed ecco, era cosa molto buona. E fu sera e fu mattina: sesto giorno».

Nel mito adamitico il rapporto dell'uomo con il suo Sacro, proprio della coscienza mitica, è già innervato da un dialogo personale, sia pure per iniziativa di Dio, ed è questo a renderlo il mito antropologico per eccellenza. In mito in cui sarà percorribile l'uscita della coscienza religiosa dallo schema retributivo della prima razionalizzazione «morale» dello sforzo già proprio alla coscienza mitica di trovare al male un posto nel mondo: nell'esperienza panvitalistica delle origini, un significato allo scandalo ben presto scoperto della morte. L'uscita, cioè, dalla risposta retributiva propria della «confessione dei peccati» di un legame dell'uomo con il suo Sacro vissuto sotto il segno della sproporzione tra la Santità inquestionabile di Dio e la propria condizione di peccato, di un uomo che non è ancora in grado di rivolgersi al Dio che gli è emerso alla coscienza nell'orizzonte del numinoso, fascinante e tremendo, questionando da pari a pari

con Lui sul piano morale; interrogandosi cioè non solo più sulle proprie azioni, ma su quelle di Dio; di un Dio cui dovrebbe essere affidato secondo giustizia.

Una sproporzione inquestionabile tra Santità di Dio e peccato dell'uomo, che per non interrogarsi sul male in Dio che a noi viene prima ancora delle vie del male che possiamo percorrere si affida per razionalizzarlo, per farsene una ragione, a un prestito esplicativo della logica «giuridica», della vissuta relazione sociale, dove la pena da pagare è sempre il prezzo dovuto di una colpa. Il potere del negativo intimo alla vita, su cui la coscienza tragica, per altra strada getterà lo sguardo forse più profondo, affidandosi alla catarsi dello spettacolo tragico della vita per dargli sostenibilità morale.

Uno schema che solo il Giobbe biblico, con la sua domanda — preparata nel tema del Giusto sofferente della Teodicea babilonese —, che convoca Dio in giudizio e lo provoca a rispondere, farà vacillare aprendo la strada alla figura del «Servo sofferente» annunciato in Isaia, ed esaltato nel Cristo paolino come «Nuovo Adamo»; in cui l'uomo non resta abbandonato alla sua «caduta» in un nesso inestricato di colpa ed esser-colpevole, di colpa e destino, ma la sua «caduta» (esca tentazione della vita a se stessa; nella teologia adamitica voluta dall'uomo e permessa da Dio) viene riscritta in una storia della salvezza come occasione perché all'uomo possano essere mostrate le «meraviglie del Signore», i doni della sua grazia santificante, che non toglie lo stato di peccato del nostro esserci, ma toglie e regge il nostro esserne colpevoli. Che, cioè, la vita che dice sì alla *colpa*, alla *spinta* dal fondo del proprio essere alla *coscienza*, non resta abbandonata — nel *tempo* in cui «cade», in cui comunque è destinata a *fallire* — al suo essersi fatta colpevole, all'aver voluto aver-coscienza. Che se per il tempo della vita resta pienamente stabilita la colpa — l'aver voluto per sé la libertà del bene e del male circa la propria vita, il *sapere* prima di lui custodito solo nell'intimità della Vita con se stessa, nell'intimità di Dio con sé nello «stato di natura» della creazione —, e cioè la propria *impermanenza*, il massimo male della morte, l'uomo tuttavia dell'esser-colpevole della sua colpa può essere redento. Ne può aver grazia da Dio, perché la *carità* è più grande.

Una struttura di relazione dove la disarmonia prestabilita della vita tra il suo essere e il suo desiderio di sé — quello finito, questo infinito — può trovar grazia se, nonostante tutto, nonostante l'amaro del suo sapere, la Vita e le ragioni della vita restano con te. È la grazia guadagnata, pagando la sua vita vivendo, dal «Servo sofferente» che sa offrirsi alla sua vita, all'oltraggio patito della morte e del dolore, come — nonostante tutto — tempo di benedizione e di vicinanza del Signore: un'offerta della vita a se stessa, fino in fondo,

fino alla sua «fine» che la toglie dall'*accusa*, e ne ricostituisce l'innocenza agli occhi del Signore: «Il Signore Dio mi ha aperto l'orecchio / io non ho opposto resistenza, / non mi sono tirato indietro. / Ho presentato il dorso ai flagellatori, / la guancia a coloro che mi strappavano la barba; / non ho sottratto la faccia / agli insulti e agli sputi. / Il Signore Dio mi assiste, / per questo non resto confuso, / per questo rendo la mia faccia dura come pietra, / sapendo di non restare deluso. / È vicino chi mi rende giustizia; / chi oserà venire a contesa con me? Affrontiamoci. / Chi mi accusa? / Si avvicini a me. / Ecco, il Signore mi assiste: / chi mi dichiarerà colpevole?» (*Isaia*, 50, 5-9).

È la soluzione cristologica della *felix culpa*, che l'ingresso della vita nella coscienza, l'ingresso della vita nel sapere del bene e del male, è anche l'ingresso nella possibilità di incontrare il suo *redentore*, che la vita nella coscienza, quando si sia data, è un'occasione di *più che vita*, di un dialogo aperto della vita con se stessa, che si benedice e si dice sì, nonostante tutto. Nella redenzione da se stessa della vita che si è *autointesa* nello spirito, la vita — nonostante il male saputo di sé, *radicitus* — sa che, finché *vive*, il suo *sapere sé* non sarà sciolto dalla sua radice più forte, *l'albero della vita* — radice che non ha perso nonostante il suo sapere non possa metterci le mani; ed è il motivo della sua speranza: è come se la vita, nel suo essersi addossata la colpa, la spinta della coscienza, l'ingresso nel tempo, dicesse a se stessa — questa vita dello spirito — come il suo Maestro: «finché sono nel mondo sono la luce del mondo».

Se tutte le sue opere — della vita — sono intese a restarvi, perché «poi viene la notte, quando nessuno può più operare» («dobbiamo compiere le opere di colui che mi ha mandato finché è giorno), gli occhi del «cieco nato», gli occhi del peccato non sono irrimediabilmente chiusi: «Né lui ha peccato né i suoi genitori, ma è così perché si manifestassero in lui le opere di Dio.» Nella grazia di Dio anche la coscienza, la *colpa*, è *felix*, *foélix*, *féo*, il Greco *Phyô*, *produco*; partecipa, cioè, *perché* è ancora vita e *finché* è nella vita, della feracità, della fecondità dell'*inizio* necessario, di ciò che i greci chiamarono *physis*.

Per la vita c'è sempre festa nei cieli, se sa tornare — che poi è restare presso se stessa, presso le sue possibilità — alla casa del Padre, se sa restare nella paternità creaturale della sua libertà, del libero arbitraggio (il bene e il male) delle sue condizioni di possibilità, del sapere di sé che ha voluto avere. Se cioè non si crede senza *peccato*, di non aver bisogno, per la sua *integrità*, di un rapporto con il suo Sacro, l'orizzonte che l'abbraccia da ogni parte nella sua circostanza, buttando via da sé il resto che non torna, il male, il limite, nella sua radice: «Se foste ciechi, non avreste alcun peccato; ma siccome dite: Noi vediamo, il vostro peccato rimane» (*Giovanni* 9, 41).

Con la figura del Nuovo Adamo, l'antropologia del mito adamitico ha percorso tutto l'arco delle possibilità del rapporto «personale» con il Sacro proprio della tradizione ebraico-cristiana. La «storia sacra» della salvezza che disegnano — come storia degli affidamenti di Dio all'uomo e dell'uomo a Dio, che da elezione di Israele e dei suoi profeti si fa universale paternità di Dio — non è nient'altro che la storia del rapporto dell'uomo con il suo Sacro, come nesso di colpa coscienza destino, in cui l'uomo apre i suoi occhi a sé e al mondo, e a sé nel mondo. Un nesso fondativo dell'emergenza umana inquestionabile, anche quando il Dio di Abramo sarà strusciato via dalla coscienza che lo ha «inventato». Anche quando nell'universo freddo dei moderni — nell'universo della fisica meccanica, dove l'incomprensibile sarà la vita, e la morte termica l'ovvietà del Vuoto — non sarà più questionabile, perché fuori corso, fuori questione la Santità di Dio, come nell'affanno etico della coscienza religiosa (mitica) dei primi e degli antichi. Quando cioè dal rapporto dell'uomo con il suo Sacro sarà stato strusciato via il Dio abramitico, l'ipostasi dialogica personale del sacro della tradizione ebraico-cristiana. Sarà «morto Dio», il dio cristiano, come annuncerà Nietzsche; dopo che il suo avvento, concentrando il Sacro nella sua persona, aveva condotto a morte il Dio di prima, il grande Pan.

Perché dall'orizzonte del sacro può sparire Dio, il dio di Abramo e tutti i nomi possibili di dio, ma non il *sacro*, il *rapporto dell'uomo con l'ultrapotenza del destino*, il nesso della coscienza con la sua circostanza, con il suo sapere di sé e del mondo; perché questo sarebbe la fine di quell'esperienza che chiamiamo uomo, coscienza. Perché tacesse nel nesso di colpa e destino il voler-aver-coscienza della «cosa che pensa», a tacere sarebbe sulla terra lo spirito che aleggiava sulle acque; a tacere sarebbe l'individuazione umana.

Anche quando alle viste non ci sarà più nessun Accusatore, come in Isaia, o in Giobbe, Dio o il suo Avversario, il Male, come nel *processo* di Kafka, una volta che sia stata chiamata, la coscienza si porterà a giudizio da sola, anche quando non sia stata convocata, per chiarire la sua causa, anche se non è chiara l'accusa e l'unica cosa che si sa è che non si è mai verificato che un imputato finisse assolto. Resterà l'*accusato*, e il suo destino. Che è poi la scena dell'*ontologia della colpa* che all'Esserci apre la sua verità nella «chiamata della coscienza» heideggeriana in *Essere e tempo*. Dove il lemma «sacro» non ricorre, e tuttavia di nient'altro si tratta nell'attestazione di un poter essere un tutto autentico dell'Esserci della «chiamata della coscienza», guadagnata nell'esperienza dell'*angoscia* — dello stringersi a sé della coscienza, nell'angustia di un significato alla propria vita scopertasi come nullo fondamento di una

nullità — che di un dialogo dell'uomo con il proprio sacro; di una variante della scena primaria (perché *prima*) dell'essere al mondo — del sorgere e del tenersi — della coscienza.

Nella *voce della coscienza*, rispondendo alla cui *chiamata* l'Esserci, lasciandosi alle spalle la *fuga* nel *Si-stesso*, nel questo e quello della cura di sé presso il mondo, si addossa la sua libertà, il decidersi effettivo per se stesso come un «poter essere un tutto autentico» nell'anticipazione del suo essere per la fine (l'essere per la morte, apertogli nel fenomeno dell'angoscia come angoscia per il suo poter essere più proprio, il nudo spaesamento del suo essere al mondo), l'Esserci si autointende nel suo essere come «connessione cooriginaria radicata nella cura, fra morte, colpa e coscienza»¹³; come *colpevole: radicitus* (ne è la definizione formale esistenziale) «essere fondamento (cioè) di un ente determinato da un “non”, cioè *essere fondamento di una nullità*»¹⁴. Scopre, cioè, «il destino, come impotente e coraggiosa ultrapotenza del tacito e angosciato autoprogettarsi nel proprio *esser-in-colpa*», la cui «condizione ontologica di possibilità è la costituzione dell'essere della Cura, cioè la temporalità»¹⁵. Il che significa che «*l'Esserci è, come tale, colpevole*; se almeno è valida la determinazione esistenziale formale della colpa come *esser fondamento di una nullità*», se «*la Cura, nella sua stessa essenza, è totalmente permeata dalla nullità*», e «*la Cura, cioè l'essere dell'Esserci in quanto progetto gettato, significa: il (nullo) *esser-fondamento di una nullità*»¹⁶.*

«Per *esser-colpevole* l'Esserci non ha bisogno di accollarsi una “colpa” mediante azioni od omissioni, esso non deve che *essere autenticamente* quel “colpevole” che, essendo, esso è. L'ascolto genuino del richiamo equivale all'autocomprensione dell'Esserci nel suo poter-essere più proprio, cioè a un autoprogettamento nel poter-divenire-colpevole *più proprio* e autentico.»¹⁷ L'Esserci è *colpevole* «per il semplice fatto di esistere»: «“colpevole” funge da predicato dell' “io sono”»¹⁸.

«L'Esserci che comprende la chiamata, *ascoltando ubbidisce alla possibilità più propria della sua esistenza*. Ha scelto se stesso. [...] La comprensione della chiamata è una scelta; non però della coscienza che, in quanto tale, non può essere scelta. Ciò che è scelto è l'*aver-coscienza* come *esser-libero* per il più

¹³ Martin Heidegger, *Essere e tempo*, trad. it. P. Chiodi, Milano: Longanesi, 1970, 556.

¹⁴ Martin Heidegger, *Essere e tempo*, 426.

¹⁵ Martin Heidegger, *Essere e tempo*, 573.

¹⁶ Martin Heidegger, *Essere e tempo*, 429.

¹⁷ Martin Heidegger, *Essere e tempo*, 432.

¹⁸ Martin Heidegger, *Essere e tempo*, 423.

proprio esser-colpevole. *Comprensione del richiamo* significa: *voler-aver-coscienza*. [...] Il voler aver-coscienza è tanto lontano dalla ricerca di colpevolezze di fatto quanto lo è dalla tendenza alla liberazione dalla colpa in quanto esser “colpevole” radicale. [...] *Il voler-aver-coscienza è invece il presupposto esistitivo più originario per la possibilità del divenire colpevole effettivo*. Comprendendo la chiamata, l’Esserci lascia *agire in sé* il se-Stesso più proprio, a partire dal poter-essere che esso ha scelto. Solo così l’Esserci può esser responsabile. [...] La coscienza si rivela quindi come un’*attestazione* dell’essere dell’Esserci, in cui l’Esserci è chiamato davanti al suo poter-essere più originario»¹⁹.

Ma in questa scena della *coscienza*, del *venire a sé dell’uomo*, la chiamata non viene da nessuno, che a questo sorgere assista, e che la riprenda, la incolpi o l’accompagni all’uscita dalla condizione di prima. Non chiama nessuno. «Funge da chiamante il poter-essere-se-stesso più proprio [...] sebbene non è mai né progettata né volutamente effettuata da noi stessi [...] la chiamata viene da me e tuttavia da sopra di me.»²⁰ «*Nella coscienza, l’Esserci chiama se stesso.*»²¹

Adamo è solo, nella cura di sé («la chiamata è chiamata della Cura»²²). L’Esserci è tautologico, può dire solo di sé. *Caduto*, può solo riprendersi da sé, tenersi stretto alla sua colpa, se vuole avere tempo, il contenuto della colpa, ciò in cui è caduto nella spinta della coscienza: decidersi per il suo originario esser-colpevole, mantenersi in esso, in un nesso retributivo ineludibile con la pena di vivere scoperta nell’angoscia. Con il che, su questa scena del rapporto dell’uomo con il suo sacro nell’orizzonte dell’*insignificatività* del mondo (la sentita vanità del proprio avervi parte) emersa nell’angoscia, ritorna all’Esserci *come terrore ontologico* la solitudine del *terrore etico* della coscienza retributiva. Un terrore — ora — dove non è più neanche possibile la confessione dei peccati o convocare Dio in giudizio; e dove si sta da soli, in un rapporto con il proprio sacro che è la pura solitudine dell’ipseità autentica. E come non c’è spazio per la colpa *redenta* nel Nuovo Adamo o la colpa *innocente* della coscienza tragica (dell’uomo che ha patito riconciliato con se stesso, dell’Edipo a Colono, delle Furie diventate Eumenidi) — così non c’è spazio per la speranza, la *spinta* che va avanti dell’*illusione* dei poeti.

E dove alla fine non c’è neanche la saggezza, benché dura, per chi ha voluto essere luce, che «alla fine la tenebra è giutsa» (Dylan Thomas).

¹⁹ Martin Heidegger, *Essere e tempo*, 433-434.

²⁰ Martin Heidegger, *Essere e tempo*, 414.

²¹ Martin Heidegger, *Essere e tempo*, *ibidem*.

²² Martin Heidegger, *Essere e tempo*, 431.

(Página deixada propositadamente em branco)

02. O tempo e a culpa em Direito Penal

(um tempo fundador: o momento da prática do facto)

02. Time and culpability in Criminal Law

(a founding time: the moment of the act)

José de Faria Costa

Universidade de Coimbra, Universidade Lusófona-CUL e CUP

<https://orcid.org/0000-0002-8161-7795>

Abstract: From a dialogical perspective of what is «given» and what is «acquired», the moment of the act is taken as a reference as an «acquired» in its several dimensions and implications. This moment, considered in criminal law as the moment when the actor acted or should have acted, reveals certain postulates as to its onto-anthropological perspective and the meaning of time. Since the moment of the act is the crucial moment for the foundation of criminal law and its theory, especially considering the relevance of this single moment for the adscription of criminal liability in the context of the judgement on culpability, an analysis of the integration of this moment in its several spheres is carried out, in order to ascertain its meaning in the wider scope of time and responsibility.

Keywords: culpability — moment of the act — time — responsibility

Das coisas difíceis de entender e que, por vezes, nos surgem como quase misteriosas na sua universal aceitação, são os «adquiridos» e os «dados»¹ que pululam em todas disciplinas do espírito e, por certo, também no Direito Penal. Consideramos ser absolutamente necessário trabalhar com «adquiridos» e «dados» para poder estruturar, de forma coerente, uma disciplina, mormente do espírito. Não é isso que queremos discutir ou pôr em causa. O que se quer, *en passant*, é, pelo menos durante alguns momentos, questionar a sua pertinência e a sua razão de ser. Isto é: ao menos, tentar saber como apareceram nas diferentes narrativas onde se cristalizaram e perceber, para além disso, o motivo por que tem uma tal força heurística. E chegamos a uma última questão, que, é óbvio, não vai aqui sequer ter o assomo de uma resposta, mas que se deixa em aberto com possíveis acenos explicativos ao longo do estudo: os «dados» e os «adquiridos» têm potencial heurístico porque o são ou é o potencial heurístico que fazendo-se ver a partir de um elemento fazem dele, deste elemento, precisamente um «dado» ou um «adquirido»?

Na verdade, qualquer disciplina do espírito, mormente o Direito e muito particularmente o Direito Penal, para poder responder aos problemas que a sua razão de ser levanta, uma coisa não pode não deixar de levar a cabo. Vejamo-la e de forma impressiva dizendo: o Direito Penal tem de criar instrumentos teóricos que sirvam as finalidades da sua própria disciplina. Daí que não possamos esquecer que, quando nos colocamos no território do Direito Penal, o que se pretende, em definitivo, é dar

¹ «Adquiridos» ou «dados» são conceitos, regras, princípios que se assumem quer extensiva quer compreensivamente como representações insofismáveis de uma qualquer disciplina do espírito, mormente do Direito. Assim, é um «dado» que o «humano», tal como o conhecemos, só existe em comunidade, nesse sentido, o «humano» vê-se e afirma-se como «animal político» (*zoon politikon*). Porém, no nosso modo de entender, a afirmação incondicional da dignidade da pessoa humana é um «adquirido». Na verdade, se ambos são manifestações de um real construído e, por isso, com a força, por igual e por inteiro, de todo o real, equiparando-se, pois, ao real verdadeiro, é indiscutível que o «dado» é a representação imperial da dimensão ontoantropológica, o «adquirido» é a representação do sentido axiológico da História. Mais: o «adquirido» que aqui convocamos e vai pressuposto nada tem a ver com o chamado «*acquis communautaire*», não obstante a polissemia que possa desencadear. Estes adquiridos são instrumentais e vivem do efêmero de um específico território normativo. Não confundamos as coisas. Uma outra reflexão ainda a este propósito. Ninguém negará que a dignidade da pessoa humana é um «adquirido» que se foi sedimentando ao longo da História. Mas não se poderá dizer que ela é, ora, um «dado»? Pelo menos um «dado» civilizacional, da nossa civilização? Vale por dizer: há «adquiridos» que trazem em si a carga genética, se as circunstâncias históricas o propiciarem, para se transformarem irremediavelmente em «dados». E o inverso? O politeísmo já foi um «dado», mas o aparecimento do «monoteísmo» rompeu com esse «dado» e fez dele um «adquirido»? Cremos bem que sim. De onde se pode inferir que o universo dos «dados» é muitíssimo restrito. Isto é: o único «dado» que se nos antolha como inabalável é a nossa condição ontoantropológica de ser-com-os-outros, sempre dentro da História é nunca fora da História. Depois temos os «adquiridos» que, obviamente, não são todos de igual intensidade nem apresentam todos a mesma densificação. Por último, em rigor, há um único «dado» se virmos as coisas pelo prisma mais denso e sofisticado, que é o da dimensão ontoantropológica, mas não deixamos de admitir, muito embora com muito menos frequência, a existência de «dados». Isto é, de «dados» temporalmente situados, como se torna acintosamente a sublinhar, sempre dentro da História

uma solução justa ao problema — ao problema jurídico-penal — que a vida concreta nos colocou. E para conseguirmos uma tal finalidade urge aceitar certos «dados» e «adquiridos». Assim, é um «dado»² que, em nosso entender, se assume até como axioma normativo, que o Direito Penal só pode ser compreendido em toda a sua plenitude se o percebermos normativamente dentro daquilo que se concebe como «totalidade da ordem jurídica». Da mesma forma, para todos os que defendem, como nós, um Direito Penal de matriz liberal, afirmar que devemos partir sempre do facto, da ação que é facto, como o elemento axial de toda a construção penal, é um «adquirido» que se sustenta na densificação histórico-cultural que a nossa civilização sedimentou a partir do século XVIII. Mais. Um «adquirido» fortemente densificado e de alta intensidade jurídico-axiológica.

Levando em linha de conta o que se acaba de ponderar, urge que se faça uma brevíssima reflexão sobre a natureza do potencial heurístico dos «dados» e dos «adquiridos». Como é fácil de perceber, qualquer «dado» ou qualquer «adquirido», só por si, em nada iluminam ou dão sentido jurídico ao problema que queremos resolver. No entanto, o seu valor heurístico, isto é, o seu valor como elemento adjuvante à solução, pode ver-se mais pela sua vertente negativa do que pelo prisma, sempre muito bem quisto, da positividade. Expliquemos melhor, dizendo-o por outras palavras. Na verdade, quando parto do «facto» — em Direito Penal — e o consideramos como um «adquirido», imediatamente, isto faz ver que todo o horizonte compreensivo e inteligível do Direito Penal com que vamos trabalhar se afasta de um Direito Penal do dever. Assim, a proibição que o homicídio consagra resulta do «facto» de que há um bem jurídico-penal, a vida, que o Direito Penal o tutela e que o faz através de um tipo legal de crime material de realização livre e que não advém ou resulta de um qualquer dever moral ou religioso que possa incumbir sobre quem quer que seja para não praticar homicídios. Em precisos termos dogmáticos: o crime de homicídio não é um crime de dever. Assim, a força do «adquirido» de um Direito Penal do facto nasce, sobretudo, se tivermos perante nós ou defendermos um Direito Penal do dever ou um Direito Penal do agente. Utilizando uma linguagem simbólica, mas muito sugestiva que aparece nos livros de Economia, dir-se-á que o valor do «adquirido» de um Direito Penal do facto só se faz sentir quando o não temos, da mesma forma que o valor-utilidade de um guarda-chuva só se sente quando dele precisamos, isto é, quando está a chover e o não temos à mão.

² Tendo em consideração o que se disse na nota 1, urge que façamos uma explicitação. Na verdade, o «dado» que é a «totalidade da ordem jurídica» (art. 31.º, n.º 1 do Código Penal [CP]) é, efetivamente, um «dado regional», isto é, vale exclusivamente para a ordem jurídico-penal, tal como a concebemos.

Aceitamos sem exceção — entrando assim diretamente no *punctum crucis* que vamos curar — que a unidade temporal³ que rege toda a teoria geral da infração criminal seja o «momento da prática do facto»⁴. E aceitamo-lo como um «adquirido» sem nos interrogarmos muito mais sobre a razão das coisas. Pode até suceder que deva ser assim por mil e uma razões, mas o que importa é perceber ou compreender, ao menos, por que motivo, simples e luminoso ou complexo e obscuro, as «coisas» devem ser entendidas desse modo. E se nos aventurarmos a percorrer esse caminho, por certo perceberemos, então, que esse tempo é um tempo ontoantropologicamente fundante, *rectius*, fundador, e não tão-só fundante, fundador, porque a lei o diz.

Assim, dentro desta linha de pensamento, fácil é de perceber que o momento crucial do ilícito-típico esteja preso, justamente àquilo que normativamente postula o artigo 3.º do Código Penal (CP). Se o ilícito-típico se baseia no facto e se nós partimos de um Direito Penal do facto, é evidente, então, que o facto que consubstancia o ilícito se tem por praticado no momento em que o agente atuou ou devia ter atuado, no caso de omissão, e tudo isto independentemente do momento em que o resultado se verificou. No entanto, se é fácil, através deste simples raciocínio lógico, entrelaçarmos o momento da prática do facto quando temos perante o nosso olhar o ilícito-típico, as coisas já não são tão lineares se convocarmos a problemática da culpa.

Na verdade, para fazermos coincidir o juízo sobre a culpa do agente com o momento da prática do facto, mister é convocar o artigo 20.º do CP e, a partir deste, operar lógico-analiticamente com aquilo que, em termos legislativos, se aceita como inimputabilidade. Assim, em termos sintéticos, podemos enunciar o seguinte: a regra, no campo da culpa, é a de que qualquer pessoa, com mais de dezasseis anos, ascende, necessariamente, a centro de imputação penal. Por outras palavras, e de forma ainda mais simples, se bem que não simplista: em princípio todos somos imputáveis se tivermos mais de dezasseis anos. Somos, por natureza, centros de imputação, ativa e passiva, de responsabilidade. Porque somos livres, com infinitas aberturas e correspondentes clausuras, somos, em relação simétrica, seres morais responsáveis. O que em Direito

³ Falamos aqui, de propósito, em unidade temporal para, desde logo, dar a ideia de que o tempo que vai aqui pressuposto, se nada se disser em contrário ou isso não resultar evidente, é o tempo escandido pelo antes, pelo agora e pelo depois. Vale por dizer: o tempo cronológico. O tempo que interessa ao Direito Penal enquanto disciplina da razão prática. O tempo que escorre pelas máquinas medidoras do tempo, hoje, chamados de relógios.

⁴ Veja-se o art. 3.º do CP: «O facto considera-se praticado no momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão, deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido».

Penal corresponde a sermos seres para a culpa⁵, porque também seres para a morte. Esta é a regra. A exceção é podermos ser inimputáveis. E o raciocínio lógico para se chegar a esta conclusão é de uma meridiana, diríamos até mais do que meridiana, linearidade. Como se sabe, o artigo 20.º do CP diz-nos que «é inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação». O que, bom é de ver, será imputável, isto é, suscetível de um juízo de culpa, quem, no momento da prática do facto, for capaz de avaliar a ilicitude deste e de se determinar segundo essa prévia avaliação. Nada mais simples. Nada mais linear.

É, pois, inequívoco, a todas as luzes, mesmo para aquelas que iluminam a partir dos quadrantes funcionalistas, que o centro, o eixo, a matriz de toda a doutrina geral da infração está no momento da prática do facto.⁶ No entanto, não nos podemos esquivar, nem que seja por um momento fugaz, a perceber, ainda que só no âmbito deste estudo, a explicitar o sentido do «facto». Assim, se bem que de modo propositadamente sintético, podemos dizer que «facto», a que acrescentaríamos a qualificação de humano, «facto humano» é, por conseguinte, toda a alteração do real verdadeiro e do real construído, cristalizada no tempo cronológico, levada a cabo por uma ação ou omissão humanas, ou por ação ou omissão equiparadas à humana (pessoas coletivas). Mas a pergunta radical deve, agora, ser reforçada: qual a razão ou as razões para que as coisas se apresentem dessa forma?

Enunciemos um primeiro postulado. De uma ótica ontoantropológica, somos seres inteiros, unos e únicos. E isto quer nos vejamos em termos de uma pura realidade empírica, física, fisiológica, isto é, enquanto real-verdadeiro,

⁵ O que também por aqui se mostra que a culpa não pode ser só limite da pena, mas tem de ser o seu fundamento.

⁶ Como sempre, e também como sempre tenho defendido relativamente a todas as doutrinas em sistemas ou determinações pan-explicativos, por mais sofisticados que se apresentem, há qualquer coisa que se descentra. Que sai fora da cena. O mesmo se passa no contexto problemático de que estamos a curar. Na verdade, independentemente das doutrinas que possam explicar a *actio libera in causa*, é manifesto que o momento do juízo de censura que vai cobrir a culpa não coincide com o momento da prática do facto. A não ser que se queira, levando as coisas a extremo de simetria redutora, considerar que o facto relevante para o Direito Penal aconteceu quando o agente decidiu pôr-se numa situação de inimputabilidade para poder (ter força anímica) praticar a infração. Mas, nesta perspetiva, bem pode acontecer que haja um enorme hiato entre aquele «facto» e o resultado (facto) que veio a acontecer; por exemplo, a morte no homicídio. Ilustremos: A embriaga-se com o propósito de ir matar B. A vive em Lisboa, é aqui que se coloca em situação de inimputabilidade autoprovocada, mete-se no Alfa Pendular em direção ao Porto. Este chega passado três horas a Campanhã. A, com medo de o álcool já estar a perder efeito, vai a um bar e bebe quase meia garrafa de aguardente. Mete-se num táxi. Dá a direção de B. Sai do táxi. Toca à campainha, assim que B abre a porta, dispara e mata-o. O momento da prática do facto foi no Porto ou em Lisboa? E se ele não tivesse bebido a aguardente no Porto seria que teria disparado na mesma? Não será razoável aceitar que o momento sem retorno foi assumido no Porto? Parece-nos bem que sim.

quer nos antolhemos como seres morais, isto é, como centros de imputação de culpa jurídico-penal. Ora, se é esta a nossa natureza, se somos inteiros, como explicar a paragem num certo momento da nossa vida ético-jurídica para nele, que é um ponto, uma abstração, caber toda a carga de um juízo? Por outras palavras ainda: ao pensarmos assim não estamos a fazer de todos nós uma cadeia de pontos, quando muito uma corda de mónadas e em que cada mónada é tão-só um infinito e hipercomplexo ponto? Se somos assim tão fragmentáveis, se somos tão divisíveis, se somos só infinitas esferas de nós mesmos, o que é que pode levar a escolher um determinado momento e não um outro qualquer?

Hoje, ninguém nega que o Direito Penal é uma disciplina da razão prática, muito embora, em não poucos momentos, seja trespassada ou fecundada por elementos que, sem dificuldade, se têm que assumir como sendo da razão teórica.⁷ Na verdade, quando dizemos que os candidatos positivos à norma do tipo legal de homicídio somos todos nós, estamos a fazer uma afirmação compreensível pela razão prática.⁸ Percebe-se dentro do horizonte de uma linguagem que se circunscreve ao círculo da razão prática. Todavia, em termos de razão teórica ou de uma forma ainda mais precisa ou rigorosa, dentro da teoria dos conjuntos, podemos dizer que é evidente que a esse conjunto de candidatos positivos temos que retirar, por exemplo, todo o universo, todo o conjunto, que abarca os inimputáveis e, por exemplo, todos aqueles que estejam cobertos por uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa. Portanto, somos todos nós que somos candidatos positivos à norma que prevê o crime de homicídio menos aqueles que estejam cobertos por qualquer uma das causas de exclusão da ilicitude ou da culpa. Para além disso, ainda como exercício da razão teórico-analítica, isto é, como pura especulação, podemos conceber o homicídio de toda a Humanidade levado a cabo por uma só pessoa — e só por ela ser possível ser cometido — a qual também pereceria. Neste sentido, os candidatos positivos à norma, a esta precisa norma, não seria o universo de todos nós, mas antes um único. Norma que, no limite, deixaria de ter sentido porquanto deixaria de haver candidatos a que pudesse ser

⁷ Todas as considerações que se seguem são única e exclusivamente um exercício ilustrativo da razão analítica e não se podem confundir, em qualquer sentido, com tentativas de fundamentação do ilícito. Muito menos no sentido de uma fundamentação do chamado ilícito-pessoal que, como se sabe, está nos antípodas da noção de ilícito-penal que defendemos.

⁸ Explicitemos bem as coisas para que não haja mal-entendidos. O que queremos aqui significar é a assunção daquilo que a linguagem comum diz da seguinte forma: «ninguém está livre de praticar um crime; ninguém está livre de cometer um homicídio». Vale por dizer: assumimos, por inteiro, a linguagem comum que, sem sobressaltos, se pode transferir para a razão prática, com o sentido e os limites com que nos aparece no Direito Penal.

aplicada. Da mesma forma quando, como vimos, a ordem jurídico-penal faz apelo à totalidade da ordem jurídica, este conceito releva mais, muito mais, da razão teórica do que da razão prática, desde logo porque se sabe, desde a Antiguidade Clássica, que o todo é mais do que a soma das partes. E, então, é legítimo perguntar, mesmo em termos jurídico-penais, o que é esse «mais»? E quem nos responde: a razão teórica ou a razão prática? O que leva a que o artigo 30.º do CP exija sempre um horizonte crítico de dimensão teórica.

Outro exemplo. Quando queremos determinar o conteúdo, o sentido e os limites de um elemento normativo do tipo, por exemplo, «ato sexual de relevo», todos concordam que tal conteúdo, sentido e limites só podem ser alcançados através do apelo a uma ordem normativa metajurídica. Ordem que não é seguramente do universo normativo do Direito Penal e que pode ser da ordem moral ou ética. Ora, este salto, este salto metodológico, resulta claramente da razão teórica. Vale por dizer: a ordem normativa para onde vamos pode ainda ser considerada da razão prática, o que é, indubitavelmente, razão teórica é o salto de um plano para outro plano.

Enfim, tudo isto, para mostrar que o exercício da razão teórica não é uma manifestação estéril, mas qualquer coisa que reforça ainda mais o sentido da razão prática que deve caber ao Direito Penal. Assim, nesta lógica, o Direito Penal apresenta-se como uma disciplina, repetimos, da razão prática, o que implica que tenha de trabalhar, como não podia deixar de ser, com os instrumentos, os conceitos, as categorias que a razão prática emprega. E a razão prática, para sermos diretos, convoca uma noção de tempo escandido, como já se disse, em um *antes*, um *agora* e um *depois*. De onde eu também posso ser visto por tudo aquilo que fiz antes, pelo que faço agora e por todas as coisas que possa levar a cabo no futuro. Acontece que, por razões históricas, em que se intrometem profundamente os valores da certeza e da segurança, a Humanidade entendeu que nós só devemos ser responsáveis, só devemos ser criminalmente responsáveis, por aquilo que fizemos antes, num certo e preciso momento da nossa existência. Só podemos ser criminalmente responsáveis pelo facto anterior que, em tempos temporais, pode ser determinado.

Sublinhemos, agora, um segundo postulado. O «meu» tempo só tem sentido, e sentido uno e inteiro, porque é feito de factos. Quer isto dizer que o humano só é humano porque à sua volta existe a «circunstância» que mais não é do que uma pluralidade infinita de factos que me fazem, por isso mesmo, ser humano. O ser com os outros — *Mitsein* — não é uma expressão de volúpia ou luxo intelectual para se empregar mais ou menos de maneira vã. O ser com o outro é, em simultâneo, a relação e a representação de um

facto da vida vivida que não se esgota, pois, na relação nefelibata e ideal do encontro ou desencontro de espíritos, mas antes a expressão de concretude que tudo agrega no seu tempo e no seu espaço. Mas o «meu» tempo não pode, em caso algum, deixar de ser um tempo de culpa. Se a culpa é o juízo que os outros podem fazer sobre «mim» pelo modo de rutura com que atuei quando podia e devia ter agido de outro modo, isso mostra, de forma indiscutível e à saciedade, que eu nunca, mas nunca, posso ser culpado se estiver sozinho. Robinson Crusóé, na ilha deserta, em caso algum se poderia sobre ele fazer um juízo de culpa. Por duas razões tão fortes e densas que nos deixam estupefactos: primeiro, porque não havia outro ou outros que sobre ele ajuizassem sobre o seu eventual comportamento culposos; em segundo lugar, em caso algum, por definição, a culpa penalmente relevante, não já a culpa religiosa ou a culpa moral, pode ser, na sua totalidade, autorreferencial.

Acentuemos, agora, um terceiro postulado. O momento da prática do facto criminalmente relevante ser coincidente com a atuação do agente só tem sentido porque esse facto faz parte de mim, agente da infração, e fá-lo de forma una e inteira, e é ele, precisamente, que no seu desvalor, por paradoxal que pareça, me faz uno e inteiro. Na verdade, podemos viver uma vida inteira sem ter praticado um único facto criminalmente relevante e isso, evidentemente, não desfaz, não anula, não desconstrói a nossa unidade ontoantropológica. Mas, o que vamos dizer de seguida, é também um ponto de enorme importância: o facto ou os factos penalmente relevantes praticados ao longo de toda a vida também não são eles que vão desfazer, anular ou estilhaçar a unidade de sentido e de inteireza que nos faz imorredoiamente ser com os outros.

Assim, faz todo o sentido dizer-se, como o faz a nossa lei, que o facto penalmente relevante considera-se praticado no momento em que o agente atuou. Isto é, no momento em que o agente, muito embora de forma ilícita, estabelece uma relação perversa, corrompida, é certo, mas de qualquer maneira uma relação com o outro. Este é o facto que, pela sua densidade axiológica negativa, reforça a identidade do agente como ser moral responsável. E ao pensar desta forma não estamos a desvalorizar o facto, nem a lei o desvaloriza, mormente a parte final do artigo 3.º do CP, porquanto o resultado típico, aí expresso, sendo o eixo axial do ilícito-típico e não a intenção do agente — *Die Tat tötet den Mann, nicht der Täter* —, é um elemento do real construído — que o tipo legal de crime exprime — que melhor responde à fissura, em termos de segurança e certeza, que o crime provocou enquanto perversão da relação de cuidado-de-perigo no meu ser comigo e com o outro.

Por último, tentemos levar a cabo, quase em jeito de infinita abertura, um final que, por isso mesmo, não é o final do fim, mas antes o final de muitos princípios. Somos, enquanto homens e mulheres, seres com tempo e com culpa. Significa que o tempo — ou melhor, a temporalidade — é a única esfera que não posso perfurar, não posso romper. A única esfera que me mantém enclausurado, se bem que dentro dessa clausura se abram infinitas janelas para o mundo, porquanto essa esfera é o mundo, e deste, com a sua historicidade, não posso sair. Mas precisamente porque só vivo, só existo no tempo histórico e na minha própria e específica temporalidade, é que sou um ser para a culpa e, de modo muito relevante, um ser para a «culpa penalmente relevante». Por isso, só o momento da prática do facto coincidente com aquele em que atuo me faz ser aberto e responsável. A aceitação deste «dado» — e aqui voltamos ao princípio — não é a exaltação de uma qualquer antropologia do desespero e da negação. De modo algum. Essa aceitação é a interiorização de um elemento de lucidez que nos faz ver aquilo que tem que ser visto sem lentes ou arabescos que podem, momentaneamente, dulcificar o real duro e cru da vida, mas que, se bem virmos, são só panaceias intelectuais que criam mundos, relações e factos que em nada, mesmo em nada, correspondem à verdade. À verdade dos factos que acontecem num determinado momento do tempo de cada uma das nossas vidas. Sim. Dizer ou defender o contrário é, em nosso juízo — não vou empregar a expressão da moda que seria como já todos adivinharam *fake news* —, a crispação e o enfurecimento de uma descarada mentira.

Poderá dizer-se, pois, em jeito analítico e de síntese conclusiva, o seguinte:

1.º Postulado: de uma ótica ontoantropológica, somos seres inteiros, unos e únicos. E isto quer nos vejamos em termos de uma pura realidade empírica, física, fisiológica, isto é, enquanto real-verdadeiro, quer nos antolhemos como seres morais, ou seja, como centros de imputação de culpa jurídico-penal.

2.º Postulado: o «meu» tempo só tem sentido, e sentido uno e inteiro, porque é feito de factos. Quer isto dizer que o humano só é humano porque à sua volta existe a «circunstância» que mais não é do que uma pluralidade infinita de factos que me fazem, por isso mesmo, ser humano.

3.º Postulado: o momento da prática do facto criminalmente relevante ser coincidente com a atuação do agente só tem sentido porque esse facto faz parte de mim, agente da infração, e fá-lo de forma una e inteira, e é ele, precisamente, que no seu desvalor, por paradoxal que pareça, me faz uno e inteiro.

Conclusão: somos, enquanto homens e mulheres, seres com tempo e com culpa. Significa que o tempo — ou melhor, a temporalidade — é a única esfera que não posso perfurar, não posso romper. A única esfera que me mantém enclausurado, se bem que dentro dessa clausura se abram infinitas janelas para o mundo, porquanto essa esfera é o mundo, e deste, com a sua historicidade, não posso sair. Mas precisamente porque só vivo, só existo no tempo histórico e na minha própria e específica temporalidade, é que sou um ser para a culpa e, de modo muito particular, um ser para a «culpa penalmente relevante». Por isso, só o momento da prática do facto coincidente com aquele em que atuo me faz ser aberto e responsável.

03. A responsabilidade jurídico-criminal entre a imaginação literária e a narratividade (e a «realidade» juridicamente relevante como multiverso)?

A crítica jusestética e os problemas do(s) sentido(s), do(s) fundamento(s) e dos modos de realização do Direito Penal

03.Criminal responsibility according to literary imagination and narrativity (and the legal “reality” as a multiverse)?

Aesthetic criticism and the problems of the meaning(s), foundation(s) and modes of realization of Criminal Law

Brisa Paim Duarte

Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito

<https://orcid.org/0000-0001-8574-4276>

Abstract: In the context of specific strands of contemporary juridical thinking, the issues of criminal law's civilizational meaning and axiological-normative grounds, practical ends/goals, rationality and *modus operandi* are brought to the surface to be subjected to a symbolic-sensorial reappraisal which tests and extends the expected limits of legal experience in general and criminal law's in particular, rediscussing the normative relations between subjectivity-intersubjectivity, guilt and responsibility, foundations and purposes, imaginary and sociability, institution «unidimensionality» and reality's multidimensionality, abstract rationality and the singularity of suffering, law and death, community and *nomos*... trying to map the *ethos* of an *jusaesthetic* critique, this essay explores and discusses possible intersections between criminal law's discourse and law & literature and law & art/aesthetics movements.

Keywords: critical legal thinking — criminal law — law & art — law & aesthetics — law & literature — juridical subjectivity-intersubjectivity — guilty and criminal responsibility — legal rationality — imagination — narrativity — post-narrativity — criminal justice

«[O]ne of the tensions in the law is that between its own form of discourse and others. [...] [I]f abstract justice it is to become real, and not merely abstract, it must itself be wisely, justly, and artfully located in the context of these tensions. It is not too much to say that in this process lies the only hope for justice in the law.»

James Boyd White, *Justice in Tension: An Expression of Law and the Legal Mind*, 2012

1. Problemas interpelantes e perspectivas-vozes interrogantes

Considerando ser este um encontro guiado pelo fio narrativo do Direito Penal, o objetivo principal da intervenção que agora se introduz¹ será o de

¹ Este ensaio corresponde à versão desenvolvida da conferência apresentada no dia 17 de novembro de 2018, no âmbito do Simpósio Internacional *A Culpa e o Tempo*, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

explorar, na perspetiva de um dos muitos possíveis ambientes mapeáveis no caleidoscópio em que se constitui o atual pensamento jusfilosófico e jus-metodológico, possíveis tratamentos dos problemas dos sentidos e dos fins relacionáveis ao referido ramo do Direito, dos conteúdos, argumentativos e jurídicos, reconhecíveis aos valores e aos fundamentos que manifestam tais sentidos e fins, dos modos de realização e dos respetivos *tipos de resposta* que concordantemente os realizam... ensaiando, então, uma reflexão, conduzida no aludido círculo (mas procurando escapar do jogo de espelhos a que o mesmo pode conduzir...), acerca da relação entre subjetividade, culpa e responsabilidade, fundamento e finalidade, imaginário e sociabilidade, sociabilidade e *nomos*...

Tratar-se-á, portanto, de *explorar* os limites de uma proposta particular (ou de propostas particulares) de reconstrução do discurso jurídico-criminal e dos cânones dogmáticos que o alicerçam, experimentando esse discurso e estes cânones no contexto de uma matriz reflexiva que será hoje, porventura, já dificilmente qualificável como autenticamente marginal (ao menos, se levarmos a sério a sua expansão no universo académico), que é aquele habitado e percorrido por vozes que se assumem, de algum modo, como *não ortodoxas* ou *críticas*², e, mais especificamente, aquele outro território, já neste aspeto derivado ou posterior, que é o irrigado pelas propostas (implícita ou explicitamente críticas) filiadas ao carácter anunciadamente *artístico-poiético* e *humanista*³ de que se revestem os contemporâneos movimentos *direito & literatura* e *direito & estética*. Um humanismo que, apelando, portanto, à dimensão estética e explorando aspetos simbólicos que dizem respeito ao «engajamento» humano com a própria linguagem, nos seus vários modos de expressão, e relevando

² Um *diagnóstico de origem* oferecido por Peter GOODRICH alia a emergência de uma *critical jurisprudence* a um crescente (implícito ou explícito) descontentamento ou continuada insatisfação em relação a contemporâneas alterações na natureza da prática jurídica e na compreensão partilhada (ou *mainstream*) acerca dos sentidos (e, mais gravemente, da falta de sentido) atribuídos aos novos papéis sociais (preponderantemente instrumentais, regulativos e funcionais) que os modos de concretização do Direito e de expressão do seu carácter institucional (ambos diluídos numa progressiva «juridification of the lifeworld») acabariam por ser chamados a manifestar/desempenhar, alterando, assim, ou, antes, motivando, no interior da comunidade jurídica, novas angústias que se então direcionam à constituição de novos aportes discursivos e intenções reformadoras. Vide Peter GOODRICH, «Book Review: Law-Induced Anxiety: Legists, Anti-Lawyers and the Boredom of Legality», *Social & Legal Studies*, 9, 1 (2000) 147-148.

³ Cfr. Jeanne GAAKEER, «(Con)Temporary Law», *European Journal of English Studies*, 11, 1 (2007) 33. Vide, ainda, para uma incursão nas possíveis direções assumidas pelos resgates contemporâneos do *Law and Humanities*, Austin SARAT, Matthew ANDERSON, e Cathrine O. FRANK, «Introduction: On the Origins and Prospects of the Humanistic Study of Law», *Law and the humanities: an introduction*, ed. Austin Sarat, Matthew Daniel Anderson, e Cathrine O. Frank, Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2010, 1-46. Ainda, para uma perspetiva historiográfica, vide Costas DOUZINAS, «Perspectives on the History and Significance of Scholarship in Law and the Humanities: Three Views», *Law and the Humanities: an introduction*, 49-121.

ainda a possibilidade (e também as continuidades e descontinuidades) desse engajamento, convoca, de forma complexa, a experiência da linguagem e da prática da linguagem *como* um tipo de arte («as a compositional practice»), capaz de forjar universos de relação ao servir de pressuposto à constituição da dimensão relacional e simbólica, cultural e axiologicamente constitutiva do humano no seu sentido pessoal e comunitário — portanto, também jurídico, uma vez assumida aquela, a linguagem, como o ponto de partida necessário para a experiência humana do (auto)reconhecimento e da sociabilidade, e, logo, também enquanto elemento constituinte da condição de possibilidade estrutural e estruturante da experiência do Direito e da específica intersubjetividade (como interpessoalidade), mediada por uma *validade*, em que se apura o seu sentido⁴.

Território largo — o visado território crítico — que possibilita, então, não apenas a inclusão dos movimentos-vozes que abertamente se propõem no microcosmo do norte-americano *Critical Legal Studies Movement*, nas suas várias possíveis e singulares perspetivações⁵, mas ainda de outros esforços — aqueles a que aqui se irá dar prevalência — não necessariamente identificáveis ou compatíveis com o núcleo temático de uma crítica propriamente política (centrada na categoria poder). E que, assim sendo, secundarizam a intenção político-pragmática que acaba por distinguir os referidos *Critical*, ou mesmo desta abertamente abdicam, a fim de procurar constituir, por outros caminhos — mais afinados a um sentido propriamente intencional, *lato* ou medular (aristotélico) do *político* enquanto *cosmos* de relação e núcleo das formas de convivência humanamente significativa⁶ —, reflexões de natureza diversa, embora coincidentes na intenção crítica e, por diversas vias, reformadora de certos entendimentos naturalizados na cultura jurídica e das práticas (assumidamente negativas) que lhes correspondem.

⁴ Em diálogo com as condições para a emergência do Direito — mundanal, antropológica e ética — referidas por António Castanheira NEVES. Vide António Castanheira NEVES, «Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito — ou as Condição de Emergência do Direito como Direito», *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 9-41.

⁵ Sobre as fundamentais propostas e linhas desse movimento, vide Ana Margarida Simões GAUDÊNCIO, *Entre o Centro e a Periferia — A Perspetivação Ideológico-política da Dogmática Jurídica e da Decisão Judicial no Critical Legal Studies Movement*, vol. 2, 2 Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

⁶ «O político em sentido amplo e radicalmente integrante, a significar a existência comunitária da *polis* e a intencionar a sua axiologia fundamental e a institucionalização cultural da sua *praxis*, não deve confundir-se com a política, enquanto a intenção e a acção específicas do imediato finalismo estratégico ou de oportunidade ideológico-social e actuado por um poder organizado de governo. Neste sentido, se a política pressupõe o político, o político não se esgota na política.» Cfr. António Castanheira NEVES, *Apontamentos Complementares de Teoria do Direito — Sumários e Textos*, Coimbra: Policopiado (A-4), 1998, 32-33.

Mas uma reflexão, finalmente, que, ao expor e discutir em primeiro plano algumas das possíveis interpelações do Direito Penal por este último segmento dos discursos críticos, desenrolar-se-á em torno dos núcleos materiais que, como não podia deixar de ser, uma vez conexionados a diferentes representações do sentido e do papel social do Direito (ou mesmo da *função social* que este deveria assumir), dos seus *porquê* e *para que*, e desaguando em não menos distintas ideias dos *caminhos de realização* que os avocam⁷, emergem como conseqüências, tanto normativos quanto lógicos, do caráter e da largura dos círculos de relevância prática pertinentemente associáveis aos *núcleos problemáticos* e às *zonas de fronteira* que reciprocamente se reconhecem à (inter)subjetividade jurídica, por um lado, e à parcela da *realidade* social que se poderia qualificar como juridicamente relevante para efeitos jurídico-penais, por outro. Acabando então, neste caso, por conduzir a *revisitações* implícitas ou explícitas dos projetos de *validade* que se materializam no Direito Penal, e, correspondentemente, atingindo ainda a relação entre a categoria *culpa* (e o princípio da culpa) e a natureza e a extensão do tipo de *responsabilidade* criminalmente exigível (em último grau, podendo levar também a uma revisão, direta ou indireta, do arcabouço dogmático e dos fundamentos argumentativos que dão corpo ao referido princípio).

2. Direito e estética

Sobre as vertentes que aqui se abordam, em linhas gerais, em nome da necessidade de manutenção do encadeamento narrativo próprio desta intervenção, arriscar-se-á, para já, um certo grau de simplificação, optando-se pela abstenção de apresentar em pormenor as suas várias possíveis linhas de força e subdivisões internas, que abarcam desde os discursos de fundo mais crítico-conservacionista, narrativista e interpretativista, aos de inspiração crítico-desconstrucionista e àqueles – no limite – emotivistas⁸, e que se fundem,

⁷ Convocando aqui uma aproximação às formulações em que se condensam as perguntas introdutórias dos problemas do sentido-fundamento, da função-finalidade e dos modos de realização do Direito. Vide António Castanheira NEVES, «O Papel do Jurista no Nosso Tempo», *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 10. Originariamente publicado em António Castanheira NEVES, «O Papel do Jurista no Nosso Tempo», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XLIV (1968) 83 e ss.

⁸ Vide Elizabeth S. ANKER, Bernadette MEYLER, «Introduction», *New directions in law and literature*, ed. Elizabeth S. Anker e Bernadette Meyler, New York: Oxford University Press, 2017, 23-24; Ravit REICHMAN, «Law's Affective Thickets», *New directions in law and literature*, ed. Elizabeth S. Anker e

sem surpresa, ao ambiente de complexidade que identifica a circunstância do pensamento jurídico, hoje avesso à rigidez epistemológico-descritiva e a tentações de *opacidade* que se deixem determinar por ambições de separação analítica e de segmentação dogmática⁹.

Sendo necessário, então, sobre o cenário em causa dizer apenas, a título de esclarecimento complementar, que tais perspectivas, grosso modo, procuram encadear, seja sob o ponto de vista (crítico-)reflexivo da *filosofia* e da *metodologia* do Direito ou o eco descritivo de uma cientificamente naturalizada *teoria do Direito*, ainda que, neste caso, o de uma provocativa *antiteoria* consumada no papel de uma *general jurisprudence* (já em referência específica à proposta de Adam GEAREY e Costas DOUZINAS¹⁰), ou, ainda, sob o ponto de vista educativo de uma pedagogia do Direito¹¹, contracorrentes que, ao proporem alternativas (re)constitutivas aos *modos hegemónicos* de se compreender, ensinar¹², normativamente refletir e concretamente experienciar e praticar o fenómeno jurídico na contemporaneidade, concebem-no *a*) na sua face *interior*, enquanto instituição contingente, animada por correlativos modos/formas de vida institucional (articulados a outros modos de vida paralelos ou externos), *b*) na sua face *exterior*, enquanto uma dimensão partilhada e integrante da experiência civilizacional ocidental — e, portanto, dependente de um tipo distinto de código ou de discurso social e cultural que especificamente se alinha à mundividência moderno-iluminista, embora, em relação a esta, a mesma dimensão se mantivesse, nos dias que correm, em permanente situação de tensão ou de rutura¹³.

Bernadette Meyler, New York: Oxford University Press, 2017, 109-122; Robin WEST, «Law's Emotions», *Richmond Journal of Law and The Public Interest*, 2016; Martha C. NUSSBAUM, *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston: Beacon Press, 1995.

⁹ Vide José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisdição, Diferendo e “Área Aberta” — a caminho de uma “teoria” do direito como moldura?», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias*, 2009; José Manuel Aroso LINHARES, «“Juízo ou Decisão?”: Uma Interrogação Condutora no(s) Mapa(s) do Discurso Jurídico Contemporâneo», *Juízo ou Decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito*, ed. Fernando José Bronze *et al.*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, 227-229.

¹⁰ Vide Costas DOUZINAS, Adam GEAREY, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, Hart Publishing, 2005.

¹¹ Vide ELIZABETH S. ANKER, BERNADETTE MEYLER, «Introduction», 10–12; Barbara Pozzo, Bruno CAVALLONE (eds.), *Teaching Law through the Looking Glass of Literature*, Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 2010.

¹² «For me the core of the evil lies in the definition of roles and relations: the definition of the teacher as the powerful and knowledgeable manipulator; of the student as a kind of child or infant, without any responsibility beyond preparing for a routine examination; of the material as legal rules and principles embedded in cases or statutes. Legal education seems no longer to be learning to think like a lawyer but learning to think like a bar exam.». Cfr. James Boyd WHITE, «Doctrine in vacuum: Reflections on what law school ought (and ought not) to be», *Journal of Legal Education*, 36, n.º 2 (1986) 159.

¹³ Vide Peter FITZPATRICK, *The Mythology of Modern Law, Sociology of law and crime*, London/New York: Routledge, 1992; Gary MINDA, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*,

Recriando, assim, argumentativamente, pela via da rejeição, desconstrução, ou alienação desta última face, e para *além* das apontadas *limitações* ao horizonte cultural que a mesma implica, a face interna em que novos cenários, experiências e possibilidades institucionais mais contextualmente apurados seriam favorecidos pela abertura epistemológica e metodológica a lógicas e racionalidades alternativas¹⁴, oscilantes entre os narrativismos e os pós-narrativismos¹⁵ e concretamente alimentadas pelos estímulos criativos da arte e da experiência estética — esta convocada como um modo criativo particular de articulação argumentativa e de construção racional de juízos-julgamentos que se nutre de um *continuum* de momentos de transformação, momentos estes modulados nos *intervalos* entre o passado e o presente, o abstrato e o concreto, o definido e antecipável e o indefinível e inantecipável¹⁶...

Neste sentido, no contexto *exemplar* da referida *general jurisprudence* (DOUZINAS e GEAREY), encontramos uma proposta de finalidade abertamente *restaurativa*, que visa recuperar outros aspetos da legalidade/juridicidade, de natureza «estética, ética e material», que, apesar de «cruciais» para as experiências de afirmação dos vínculos de integração e de sociabilidade, teriam sido historicamente apagados diante da consumação do discurso jurídico pelo dialeto tipicamente *excludente e simplificador* de um formalista *rule of law*¹⁷: um que, vítima da sua conversão numa máquina burocrática de ad-

New York/London: New York University Press, 1995, 7-8 esp.; Stephen M. FELDMAN, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism: an intellectual voyage*, New York: Oxford University Press, 2000; Costas DOUZINAS, Peter GOODRICH, Yifat HACHAMOVITCH, «Introduction: politics, ethics and the legality of the contingent», *Politics, postmodernity and critical legal studies — The legality of the contingent*, ed. Peter Goodrich, Yifat Hachamovitch e Costas Douzinas, London/New York: Routledge, 1994, 16-17 esp.; Costas DOUZINAS, Ronnie WARRINGTON, «Posting the law: Social contracts and the postal rule's grammatology», *International Journal for the Semiotics of Law — Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, 1991.

¹⁴ Ponto a ser desenvolvido no item e (*infra*).

¹⁵ Pressupondo aqui a possibilidade de uma harmonização entre as intenções narrativistas e um tipo de vocação para a integridade como unidade de sentido (o que não significa propriamente linearidade) e para a congruência (neste caso, projetada na associação interna entre elementos complexos) que as aproxima da racionalidade hermenêutica (e do apelo desta à totalidade) e entre as pós-narrativistas e a vocação para a interrupção, para o silêncio e para a descontinuidade que as aproxima de uma intenção já pós-hermenêutica.

¹⁶ «Aesthetics does not just reflect justice, it exemplifies it; it does not just exemplify justice, it realizes it» Desmond MANDERSON, *Songs without music: aesthetic dimensions of law and justice*, *Philosophy, social theory, and the rule of law* 7, Berkeley, Calif: University of California Press, 2000, 200; Desmond MANDERSON, «Modernism, Polarity, and the Rule of Law», *Yale Journal of Law & the Humanities*, 24, n.º 2 (2012) 503 e ss.

¹⁷ «A general jurisprudence aims to bring back into the picture those other aspects of the legality of existence — aesthetic, ethical and material — which are absolutely crucial to social reproduction. By reminding us, that writers and artists have legislated, while philosophers and lawyers (some celebrated, others forgotten) have spoken poetically, we suggest the possibility of new ways of thinking and living the law.». Cfr. DOUZINAS, GEAREY, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, 34.

ministração da «justiça», sistematicamente alimentado por uma patológica fórmula de economia da linguagem e, logo, eticamente diminuído, ver-se-ia (já também com James Boyd WHITE...) definitivamente ferido pelas permanentes insuficiências normativas, humanas, culturais e linguísticas em que desaguaria a «jurisprudência formulaica» operativamente difundida na técnica estratégica da administração¹⁸.

Discussões, portanto, de fundo axiológico-político, e que atingem desde logo um complexo de categorias de inteligibilidade polarizantes do *idioma* jurídico (por exemplo, sistema, norma, lei, princípios) e de problemas transversais, como aqueles que respeitam ao sentido dos valores individuais e coletivos a serem realizados pelo *Direito em concreto* no plano da assimilação e da respetiva (re)construção normativa por este das relações que se estabelecem entre os polos do *suum* e do *commune*¹⁹ (a coordenar, consequentemente, respetivas dinâmicas entre um Eu e um Outro «correlativos e em recíproca referência»²⁰), e, por isso, respeitantes à constituição jurídica dos sentidos práticos que assimilam (juridicamente) as exigências regulativas dos valores-princípios da liberdade e da autonomia, mas, ainda (e sobretudo), à extensão e à índole dos constrangimentos impostos no Direito em nome das exigências axiológicas e normativas que se reconduzem à compreensão do(s) sentido(s) da responsabilidade e dos seus possíveis degraus²¹ («[c]ulture and community are indispensable aspects of being. This requires a different understanding of the relationship between the individual and the social, along with an entirely different conception of freedom»²²). Questões estas que — agora mais esquematicamente — se enlaçam àquelas

¹⁸ Vide James Boyd WHITE, «Law, Economics, and Torture», *Law and Democracy in the Empire of Force*, ed. H. J. Powell e J. B. White, University of Michigan Press, 2009, 271.

¹⁹ Vide José Manuel Aroso LINHARES, «O Homo Hvmánvs do Direito e e Projecto Inacabado da Modernidade», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 86 (2010) 555-561 esp.

²⁰ Cfr. António Castanheira NEVES, «Justiça e Direito», *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 279; António Castanheira NEVES, «A Revolução e o Direito», *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 169-170.

²¹ Sobre as distintas faces da responsabilidade, e especialmente aquela *específica* que se realiza no/através do Direito (a convocar desde logo como ponto de partida intencional «a mediação social» e a distinguir-se, já assim, da natureza de uma responsabilidade *incondicional* «perante o outro», no plano ético, e da «solidariedade primordial» em que se funda uma responsabilidade «perante a humanidade»), vide António Castanheira NEVES, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 153-154 esp.

²² Cfr. Costas DOUZINAS, «Perspectives on the History and Significance of Scholarship in Law and the Humanities: Three Views», 120.

... da (re)construção, no tecido relacional que constitui o Direito, das formas de entendimento da subjetividade (como crítico-reflexivo e dinâmico «constituído e constituinte» nos/dos contextos relacionais²³) e da intersubjetividade;

... das possíveis dimensões/modalidades das intenções que se implicariam numa compreensão jurídica já pós-moderna do problema da justiça (uma que se propusesse a encarar o problema da complexidade, em vez de convenientemente mascará-lo²⁴);

... dos tipos de racionalidade a serem levados a sério pelo discurso jurídico na reflexão-constituição-concretização do sentido dos materiais jurídicos e na mediação dos problemas que ao Direito interpelam;

... por fim, e correlativamente, dos modelos-rotinas de interpretação e de construção discursiva, racional e normativa do conteúdo das decisões judiciais e da doutrina-dogmática jurídica, do vocabulário em que tais materiais se traduzem e da natureza dos condicionamentos que os mesmos espelham.

Num universo nuclearmente metadogmático, em que aquilo que se questiona é o Direito na sua trajetória e lugar civilizacional, abdica-se, em regra, da intenção à especialização e à especificação que naturalmente distinguiria o núcleo das preocupações com *ramos* do Direito (note-se, como possível sintoma de uma vocação para transversalidade, o privilégio discursivo conferido ao campo dos direitos humanos, aos ditos direitos «civis», individuais e coletivos, e mesmo à dogmática constitucional²⁵).

²³ Por referência a Merlau-Ponty, afirma Douzinas que «subjectivity is a thoroughly social phenomenon [...] to see subjectivity as constituted in relationships is rather to emphasize its dynamic qualities. Subjectivity, in a word, is reflexive. Although it necessarily reflects the social context and history through which it is constituted, subjectivity is simultaneously that which expresses, enacts, and thereby changes that context.». Cfr. DOUZINAS, 117-118.

²⁴ «Perhaps justice itself is not an end but a means, not a goal or an outcome but an approach and an experience. Law, on this view, does not and cannot provide us with definite answers and certainties but it can provide us with a way of talking about questions and uncertainties and a way of engaging with them in all their complexity.». Cfr. Desmond MANDERSON, «Modernism and the Critique of Law and Literature», *Australian Feminist Law Journal*, 35 (2011) 123. Vide ainda MANDERSON, «Modernism, Polarity, and the Rule of Law», 503.

²⁵ Vide Martha MINOW, «Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover», *Yale Law Journal* 96 (1987) 1860-1915; Costas DOUZINAS, *The End of Human Rights — Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford: Hart Publishing, 2000; Costas DOUZINAS, *Human Rights and Empire — The political philosophy of cosmopolitanism*, New York: Routledge-Cavendish, 2007; Helle PORS DAM, *From Civil to Human Rights: Dialogues on Law and Humanities in the United States and Europe*, Cheltenham and Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009; Costas DOUZINAS, C. A. GEARTY (eds.), *The Meanings of Rights: the Philosophy and Social Theory of Human Rights*, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2014; Costas DOUZINAS, «Identity, Recognition, Rights or What Can Hegel Teach Us about Human Rights», *Journal of Law and Society*, n.º 3 (2002) 379-405.

3. Direito Penal e jusestética

As ressaltadas transversalidade e metadogmaticidade não devem ser entendidas, contudo, como empecilhos a que se possa identificar, na mesma arena, o cruzamento específico e localizado com o campo do Direito Penal, muito pelo contrário — como, ademais, já se antecipou: se qualquer tipo de julgamento na esfera do jurídico «contains its own dramatic structure», deixando como resíduo um rastro de «pain and death» (por referência à famosa formulação de Robert COVER)²⁶, e se, seguindo DOUZINAS e Ronnie WARRINGTON, «[a] conviction and sentence at the end of a criminal trial [...] is also the authorisation and beginning of a variety of violent acts»²⁷, na esfera do Direito Penal o aludido rastro é maximizado, permanecendo irremediavelmente acentuado o específico tipo de drama em que se sedimentam, sincronicamente, a «estrutura trágica» e o caráter violento das experiências de vida e de instituição que nucleiam as *performances* por que se anunciam as práticas do Direito e da linguagem jurídica, dando margem a diversos tipos de conexão entre o Direito Penal e a ficção²⁸, complexificando o problema

²⁶ «Legal interpretation [então reconduzida por Cover à *judicial interpretation*] takes place in a field of pain and death. [...] When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another.» Cfr. Robert COVER, «Violence and The Word», *The Yale Law Journal*, 95 (1986) 1601.

²⁷ «The word and the deed, the proposition and the sentence, the constative and the performative are intimately linked.» Cfr. Costas DOUZINAS, Ronnie WARRINGTON, «“A Well-Founded Fear of Justice”: Law and Ethics in Postmodernity», *Law and Critique*, 1991a, 115-116.

²⁸ «A third connection between criminal justice and fiction involves the inherently dramatic nature of the legal system itself, particularly the trial. As many critics have noted over the years, the criminal trial in Western culture unfolds as theater. The judge, lawyers, parties, and witnesses all have a ritualized role to perform [...]. All of these points might also be said for a civil trial about a real estate contract or accidental slip-and-fall, but there is usually more at stake in the criminal trial, politically and personally, for reasons already stated.» Acerca das conexões entre a justiça criminal e a ficção, sustentam-se aqui, para além das aludidas inerentes teatralidade e dramaticidade, mais duas razões básicas: primeiro, o caráter «profundamente político» do crime e da prática da justiça criminal, expostos na capacidade de *definição* dos primeiros e nas tentativas de *prevenção* ligadas à segunda, tornaria a aplicação das penas «one of the most abused and terrifying forms of political power, capable of producing grave injustice, preserving repressive regimes, reinforcing social hierarchies, denying fundamental freedoms, convicting the innocent and simply by being excessively harsh and inattentive to the collateral consequences of incarceration», favorecendo «[l]iterary accounts of the struggle against political and social oppression»; segundo, os aspetos claramente psicológicos implicados nas figuras do crime e do criminoso — ligados, ao mesmo tempo, à recusa social, à tentação/tabu de cometê-los e à massificação ou inevitabilidade do cometimento de ofensas menos gravosas e desmistificando, até certo ponto, o caráter patológico de ambas — fragilizariam as fronteiras entre o privado e o público e aproximariam tais figuras aos estudos de personalidade típicos dos modos ficcionais de construção de personagens, desencadeando um conjunto de sensações e de reações acerca do aparelho criminal e «raising questions of moral responsibility and autonomy in the face of extreme deprivation, political injustice, or provocation» — «[t]he literary study of character inevitably involves many of these issues, often including the decision whether to

normativo da convivência enquanto experiência de determinação de possíveis modos, tanto materiais e concretos quanto imateriais e imaterializáveis, de vinculação intersubjetiva, e convertendo as fronteiras racionais e argumentativas e os limites ético-jurídicos, humanos e simbólicos que se imbricam ao Direito como tal — e que se expõem em toda a sua crueza no contexto do Direito Penal — em terrenos férteis sob o ponto de vista estético-literário — com efeito, neste último aspeto, «[t]he intersection of Western literature and law is perhaps never richer than on the subject of crime»²⁹.

Nessa exploração, multiplicam-se as possibilidades. Desde a análise da relação complexa entre o gesto-momento da confissão, enquanto ato performático e narrativo — *storytelling* —, e a possibilidade de afirmação da verdade, e entre esta «verdade» confessional, tradicionalmente assumida como sagrada ou absoluta, e a possibilidade de afirmação objetiva, no sentido ético (e também jurídico), dos pressupostos que constituem a responsabilidade assentada na culpa (Peter BROOKS)³⁰, à proposta, apresentada por Robin WEST, no contexto das *feminist jurisprudences* e de uma crítica interna a determinadas linhas desse pensamento (então acusadas de negociar a própria nomenclatura dedicada a certas agressões), de uma intervenção decisiva na discussão categorial e tipológica acerca da praticabilidade da construção, normativa e dogmática, de uma criminologia feminista, privilegiando-se a *diferença* pessoal e social implicada na experiência *concreta* do sujeito-*mulher* — e, com isso, dando margem a uma construção-ponderação também distinta dos possíveis tipos de dano³¹ pressupostos nessa experiência e tornados visíveis na configura-

cross some criminal line, how to atone for having done so, or how to react to the transgressions or victimization of others». Cfr. Alison L. LACROIX, Richard H. McADAMS, Martha Craven NUSSBAUM (eds.), *Fatal fictions: crime and investigation in law and literature*, New York: Oxford University Press, 2017, XIV-XV.

²⁹ Cfr. LACROIX, McADAMS, NUSSBAUM, XIII.

³⁰ «To do its job, the law needs to insist upon notions of individual responsibility, including responsibility for acts of confession. But where confessions it's concerned, I'd suggest, the law needs to recognize that its conceptions of human motivations and volition are particularly flawed, and indeed something of a fiction. Perhaps the only way to conclude is to caution would-be confessors [...] with something like [...]: this is a confession, handle with care.» Cfr. Peter BROOKS, *Troubling confessions: speaking guilt in law & literature*, Chicago: University of Chicago Press, 2000, 64.

³¹ Em referência, e apenas a título exemplificativo, à categoria dos «invasive harms» «of unwanted sex» (como o estupro, o abuso sexual, a violência doméstica e o assédio sexual) proposta por WEST — danos que, suportados por muitas mulheres no decorrer da vida, podendo ser prolongados e atentatórios à «segurança e às expectativas [elementares] de segurança» que preservam a sensação de continuidade do «Eu dentro do corpo», pressuporiam como efeito direto a total desintegração do Eu — a aniquilação da subjetividade — «[t]he self is objectified, and when that occurs, it ceases to exist [...] not only is the body physically invaded, but the sense of security one should garner from intimacy is shattered, and the privacy of one's body and home is extinguished» —, materializando-se, daí, tais danos como sendo diferentes, tanto em relação à matéria constitutiva do dano em si mesmo, quanto em relação à sua gravidade e aos seus posteriores efeitos, de outras formas de violência «brought on by simple assaults.», estas não especificamente demarcadas pelo gênero

ção geral de uma autónoma modulação jurídico-política das ofensas (uma «politics of injury», segundo Janet HALLEY³²); danos que, de acordo com esta compreensão, diante da sua especial natureza e gravidade, seriam dignos de tutela específica³³ ... sem olvidar, ainda... a participação de propostas reconhecidamente *fundadoras*, como (para além da própria WEST) as de James Boyd WHITE, a quem é atribuída a contemporânea (re)invenção³⁴ do *law and literature movement*³⁵, e, mais recentemente, outras, como as de Desmond MANDERSON, Jeanne GAAKEER e Thomas GIDDENS.

Tomadas estas perspetivas à distância e em conjunto, torna-se possível constatar, enfim, que as reflexões aqui imiscuídas acabam por eleger determinados núcleos problemáticos como a sua marca de água, justamente aqueles que projetam o(s) problema(s) relativo(s) à qualificação, à densidade e aos limites relativos ao(s) fundamento(s) que sustenta(m) a exigência da

de quem suporta as suas consequências (cfr. Robin WEST, *Caring for Justice*, New York: New York Univ. Press, 1997, 102-108.).

³² Ver a crítica contundente de HALLEY ao posicionamento de WEST em Janet HALLEY, «The Politics of Injury: A Review of Robin West's *Caring for Justice*», *Unbound: the Harvard Journal of the Legal Left*, 1 (2005) 65-92 — por sua vez prolongada pela resposta de WEST em Robin WEST, «Desperately Seeking a Moralist», *Harvard Journal of Law & Gender*, 29 (2006) 1-51.

³³ «The last twenty years have seen a substantial amount of feminist law reform, primarily in the areas of rape, sexual harassment, reproductive freedom, and pregnancy rights in the workplace. For strategic reasons, these reforms have often been won by characterizing women's injuries as analogous to, if not identical with, injuries men suffer (sexual harassment as a form of "discrimination"; rape as a crime of "violence"), or by characterizing women's longing as analogous to, if not identical with, men's official values (reproductive freedom—which ought to be grounded in a right to individuation-conceived instead as a "privacy", which is derivative of the autonomy right). This misconceptualization may have once been a necessary price, but it is a high price, and, as these victories accumulate, an increasingly unnecessary one. Reconstructive feminist jurisprudence should set itself the task of rearticulating these new rights in such a way as to reveal, rather than conceal their origin in women's distinctive existential and material state of being.» (Cfr. Robin WEST, «Jurisprudence and Gender», *The University of Chicago Law Review*, 55, n.º 1 (1988) 61). No mesmo sentido (e reforçando o pressuposto da especificidade e a dimensão da distinção subjetiva projetada na esfera dos *sofrimentos*), afirma WEST que «[t]he dismissal of women's gender-specific suffering comes in various forms, but the outcome is always the same: women's suffering for one reason or another is outside the scope of legal redress. Thus, women's distinctive, gender-specific injuries are now or have in the recent past been variously dismissed as trivial (sexual harassment on the street); consensual (sexual harassment on the job); humorous (non-violent marital rape); participatory, subconsciously wanted, or self-induced (father/daughter incest); natural or biological, and therefore inevitable (childbirth); sporadic, and conceptually continuous with gender neutral pain (rape, viewed as a crime of violence); deserved or private (domestic violence); non-existent (pornography); incomprehensible (unpleasant and unwanted consensual sex) or legally predetermined (marital rape, in states with the marital exemption)». (Cfr. Robin WEST, «The Difference in Women's Hedonic Lives: a Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory», *Wisconsin Women's Law Journal*, 15 (2000) 150.)

³⁴ Vide James Boyd WHITE, «The "Legal Imagination" and the Beginning of Modern Law and Literature», *Teaching Law Through the Looking Glass of Literature*, Berna: Stämpfli Verlag, 2010, 9-24.

³⁵ Vide Brisa Paim DUARTE, «O(s) movimento(s) (do) direito & literatura no cerco da autorreferencialidade: um trajeto polifónico e (alguns) possíveis mapeamentos», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra XCII*, n.º II (2016) 1103-1160.

responsabilidade e a imposição das penas e os que convocam o contexto (inter) subjetivo, material e processual, da relação jurídico-penal (e, bem assim, as respetivas posições e os papéis institucionalmente atribuídos ao Estado, ao acusado e — em certos casos — à vítima), para além de poder ser também aqui conferido um especial destaque a outros temas, como os da própria violência, enquanto categoria de linguagem que se permite autonomizar em várias possíveis modalidades na sua relação quer com a sociedade e o Direito mesmo quer com as instituições estatais e os seus agentes; da tortura; da guerra; do terror/terrorismo; da possibilidade de tutela, pelo Direito, do sofrimento, ou da singularidade do sofrimento, em linha com E. LEVINAS³⁶...; sem descurar as comuns recuperações da discussão fundacional sobre as possíveis conexões e desconexões intencionais entre o universo normativo e de validade do Direito e o sentido da (alternativa e/ou avessa?) normatividade que se constitui — ou se destrói — na vingança e como vingança³⁷.

Colocando-se, então, já em primeiro plano uma possível crítica às tradicionais compreensões acerca da natureza de uma justiça que se assimila, na sua dimensão coletiva ou comunitária, como *geral* ou *legal* — polarizada entre as «máscaras» codependentes e recíprocas do *socii* e do *societate*³⁸ — e que se aproxima a um espectro de discussões mais recentes em torno de modalidades-ideias-rostos de justiça³⁹, *alternativas* ou *complementares*⁴⁰, irrigadas face a face e assumidas como deliberados pontos de *fuga* à excessiva teatralidade — à artificialidade — das máscaras enformadas na modernidade jurídica. Rostos em que os polos de interesse que integram a relação societária se complexificam, a exemplo da «justiça restaurativa» (embora, com esta,

³⁶ Vide Jeanne GAAKEER, «The Legal Hermeneutics of Suffering», *Law and Humanities* 3, n.º 2 (2009) 123-149.

³⁷ Vide Martha MINOW, Nancy L. ROSENBLUM (eds.), *Breaking the cycles of hatred: memory, law, and repair*, N.J/ Princeton: Princeton University Press, 2002; Austin SARAT, «Vengeance, Victims and the Identities of Law», *Social & Legal Studies*, 6 (1997) 163-189; Martha MINOW, «Between Vengeance and Forgiveness: Feminist Responses to Violent Injustice», *New England Law Review*, 32 (1998) 967-981. Acerca da hipótese da *alternativa* — a pressupor uma identidade entre o princípio «de justiça» em que se assentaria a ideia de vingança e aquele que sustentaria o sistema de Direito Penal, mas a atribuir-lhe efeitos marcadamente diferentes (uma vez que só o segundo interromperia o ciclo da violência ao projetar-se num único ato de execução) — vide René GIRARD, *Violence and the Sacred*, John Hopkins paperbacks ed., Baltimore: Hopkins Univ. Press, 1979, 14-16.

³⁸ Vide Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 48-51.

³⁹ Vide Costas DOUZINAS, Ronnie WARRINGTON, «The Face of Justice: A Jurisprudence of Alterity», *Social and Legal Studies*, 3 (1994) 405-426.

⁴⁰ Para uma reconfiguração *narrativa* ou *narrativista* de alguns tipos comumente concebidos como expressões positivadas de (tradicionais ou contemporâneas) intenções à justiça, a exemplo da justiça retributiva, da justiça corretiva, da distributiva e da dita justiça transicional, vide Matthew Noah SMITH, «Ideas of Justice: Positive», *Law and the Humanities: an Introduction*, ed. Austin Sarat, Matthew Daniel Anderson, Cathrine O. Frank, Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2010, 161-187.

as representações críticas de que agora tratamos, por várias razões, quando vistas de perto, não se permitam propriamente confundir — desde logo, por conta da ausência do pressuposto elementar da *diferença* caracterizante da relação jurídico-processual que se identifica com a via da reparação de fim restaurativo, uma «outra resposta», paralela, complementar ou, em certos casos, alternativa, à resposta típica do Direito Penal⁴¹, embora até certo ponto ambas coincidam — as perspectivas que aqui se abordam e estas da justiça restaurativa — no pressuposto crítico que atende à *crise* das experiências relativas aos modelos paradigmáticos de justiça criminal).

As possibilidades são, enfim, muitas, e será então necessário estabelecer alguns direcionamentos.

O *primeiro*, para discutir possíveis reflexos dessa crítica sobre o sentido normativo histórico culturalmente «adquirido» do princípio da culpa, ainda que sem autonomizar, nesta oportunidade, em termos analíticos, o problema das possíveis divergências teóricas sobre os modos de assimilação dogmática da categoria *culpa*, se enquanto autêntico fundamento normativo *material* (e, com isso, limite normativo-intencional), ou apenas pressuposto *formal-objetivo* para uma limitação proporcional da responsabilidade pessoalmente exigível pela prática do crime⁴².

⁴¹ Sobre a intenção à justiça restaurativa, ressalta Cláudia SANTOS que «[...] a orientação actual vai predominantemente no sentido de se aceitar — e mesmo defender — a convivência das duas formas de resposta ao crime. Neste sentido, o problema já não será tanto o de encontrar uma resposta ao crime *melhor* do que a resposta dada pela justiça penal, mas antes o da compreensão da necessidade de uma resposta ao crime *diferente* daquela dada pela justiça penal. A defesa da imprescindibilidade quer do sistema penal estadual, quer das práticas restaurativas, desencadeia a reflexão sobre as finalidades de cada uma daquelas respostas, aquilo que as distingue e os respectivos âmbitos de aplicação. A reflexão sobre a justiça restaurativa supõe assim, necessariamente, uma reflexão sobre o próprio sistema penal». Vide Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?*, 1.ª ed Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Aqui consultado na versão eletrónica da tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Cláudia Maria Cruz SANTOS, «A Justiça Restaurativa. Um Modelo de Reacção ao Crime Diferente da Justiça Penal. Porquê, Para Quê e Como?» (Tese de doutoramento em Direito, na especialidade em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013) 27.). Ainda, Cláudia Maria Cruz SANTOS, «Um Crime dois Conflitos (e a Questão Revisitada do “Roubo do Conflito” pelo Estado)», *Revista Portuguesa de Ciência criminal*, 3 (2007) 459-474. Também, vide GAAKEER, «The Legal Hermeneutics of Suffering», 128, nota 15.

⁴² Deixando, para já, portanto, de aprofundar a discussão sobre a possível unilateralidade ou bilateralidade do princípio da culpa, se seria esta última «apenas» o limite ou, para além disso, *também* o fundamento das penas. Uma vez que, se pudermos assumir que um fundamento, considerado no seu caráter intencional e metodológico, responderá por conferir um específico *sentido* racional e normativo às unidades que com o mesmo derivadamente se articulam («os sentidos são assim as referências espiritualmente culturais que convocam ao transcender da realização humana como fundamentos, orientações e compromissos da liberdade», cfr. António Castanheira NEVES, «Uma Reconstituição do Sentido do Direito — na sua Autonomia, nos seus Limites, nas suas Alternativas», *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, 1, n.º 1 (2012) 10.), na própria ideia de fundamento normativo se encontrará já intrinsecamente implicada uma ideia de limite objetivo e intencional, decorrente da «intencionalidade normativa e crítica» (cfr. NEVES, 18)

O *segundo*, para selecionar o problema da compreensão das fronteiras e dos modos de determinação do sentido da realidade juridicamente — neste caso, criminalmente — relevante como categoria própria, especialmente iluminada por algumas dessas perspectivas.

O *terceiro*, finalmente, para convocar pontualmente alguns dos problemas relacionados a esse, como o da recriação do pressuposto racional que define o traço da subjetividade jurídica, o do redimensionamento da estrutura clássica da controvérsia penal e o da correlata recompreensão da natureza da participação/intervenção dos sujeitos que nela se integram ou que deveriam integrar-se, tudo isso no contexto prático de uma narrativa do crime que então se assume, criticamente, como polifónica e multidimensional.

a. Os problemas dos sentidos da responsabilidade que se externaliza como pena e da inteligibilidade discursiva (e axiológico-normativa), ou da unidade racional e retórica, do sistema de Direito Penal (James Boyd White)

A questão dos fundamentos normativos que dariam *unidade racional e validade normativa* à justiça praticada no Direito Penal foi discutida por Boyd WHITE, que procurou na proposta *interpretação específica* da categoria «blaming» — quando assimilada num *certo* sentido *retributivo* — um caminho *alternativo* para sustentar uma reação àquilo que aponta como sendo a hegemonia, especialmente no contexto norte-americano, do argumento da prevenção-dissuasão geral — *deterrence* —, então abstratamente elevado a sustentáculo jurídico do tipo de responsabilidade exigida por meio das penas.⁴³

Recuperando, na sua proposta, a sombra do conhecido debate entre o finalismo «backward looking» das doutrinas retributivas e o utilitarismo

que àquele qualifica no seu papel fundamentante; assim como, por outro lado, na ideia de limite se encontrará pressuposta a relação constitutiva a um fundamento. Pelo que a culpa, enquanto condição básica de inteligibilidade axiológico-normativa da própria responsabilidade, e, portanto, da — eventualmente consequente — sanção penal, implicará já um imperativo de delimitação, proporcional e correspondente, da cominação das penas.

⁴³ Boyd WHITE assume o termo *deterrence* com um sentido próximo ao da prevenção geral («to mean the punishment of one person to affect the conduct of others»), deliberadamente afastando do seu sentido o da prevenção especial («the punishment of a person to affect his or hers conduct in the future»). Cfr. James Boyd WHITE, «Making Sense of What We Do — the Criminal Law as a System of Meaning», *Heracles' Bow — Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, The University of Wisconsin Press, 1985, 194, nota 1). Uma versão prévia do mesmo texto foi publicada em James Boyd WHITE, «Making Sense of the Criminal Law», *University of Colorado Law Review* 50, n.º 1 (1978) 1-28.

«forward looking» das doutrinas preventivas⁴⁴ (porém, no âmbito de um horizonte reflexivo não propriamente coincidente com o típico âmbito desta discussão), defende o autor que, de forma inerente ao referido argumento da *deterrence*, vigoraria um perigoso pressuposto de *instrumentalização* do sujeito apenado que seria incompatível com a compreensão da subjetividade jurídica e com a própria ideia de Direito — quanto a este, uma vez compreendido não como um «sistema», um «esquema de regras»⁴⁵ ou «uma máquina de controlo social»⁴⁶, e sim como a prática progressiva de uma retórica constitutiva («constitutive rhetoric»)⁴⁷, «an inherently unstable structure of thought and expression, built upon a distinct set of dynamic and dialogic tensions»⁴⁸, irreduzível à ideia de eficiência e ao correspondente calculismo da fórmula custo/benefício, às «policy choices and techniques of their implementation»⁴⁹, e dado a sua capacidade inerente de (re)criar continuamente a realidade em novas camadas de significação cultural-comunitária e em novos papéis⁵⁰,

⁴⁴ Os recortes temporais aludidos devem-se às expressões mobilizadas por M. SMITH: «it is natural to describe consequentialist justifications of punishment as forward looking, in the sense that the particularities of the commission of the original wrong drop out of view and punishment is understood as a means to promote some end, whereas it is natural to describe retributive justice as backward looking, in the sense that retributive justice requires that the particularities of the original wrong play the central role in determining both who is punished and how that person is punished, largely regardless of the connection any such punishment has to the promotion of unrealized goods.» Cfr. Matthew Noah SMITH, «Ideas of Justice: Positive», 168. Vide, ainda, Beleza dos SANTOS, «Fins das Penas», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 14 (1937-1938) 45 e ss.

⁴⁵ Cfr. James Boyd WHITE, «Justice in Tension: An Expression of Law and the Legal Mind», *No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice (NoFo)*, 9 (2012) 1; James Boyd WHITE, «Law As Rhetoric, Rhetoric As Law: The Arts of Cultural and Communal Life», *University of Chicago Law Review*, 52, n.º 3 (1985) 684, 689, 691.

⁴⁶ Vide WHITE, «Making Sense of What We Do — the Criminal Law as a System of Meaning», 205.

⁴⁷ «[L]aw is most usefully seen not, as it usually is by academics and philosophers, as a system of rules, but as a branch of rhetoric; and that the kind of rhetoric of which law is a species is most usefully seen not, as rhetoric usually is, either as a failed science or as the ignoble art of persuasion, but as the central art by which community and culture are established, maintained, and transformed. So regarded, rhetoric is continuous with law, and like it, has justice as its ultimate subject.» «I want to start by thinking of law not as an objective reality in an imagined social world, not as a part of a constructed cosmology, but from the point of view of those who actually engage in its processes, as something we do and something we teach. This is a way of looking at law as an activity, and in particular as a rhetorical activity.» Cfr. WHITE, «Law As Rhetoric, Rhetoric As Law: The Arts of Cultural and Communal Life», 684, 688. «Epistemologically, the introduction of the idea of constitutive rhetoric is a kind of paradigm shift, a shift from the then long dominant positivist theory of knowledge based on rational thought and empirical proof, resulting amongst others in legal positivism, to a revival of the Aristotelian as well as humanist tradition.» Cfr. GAAKEER, «The Legal Hermeneutics of Suffering», 130.

⁴⁸ Cfr. WHITE, «Justice in Tension: An Expression of Law and the Legal Mind», 1.

⁴⁹ Cfr. WHITE, «Law As Rhetoric, Rhetoric As Law: The Arts of Cultural and Communal Life», 686.

⁵⁰ «[W]hat characterizes legal discourse is that it is in a double sense (both substantively and procedurally) constitutive in nature: it creates a set of questions that define a world of thought and action, a set of roles and voices by which experience will be ordered and meanings established' and shared; a set of occasions and methods for public speech that constitute us as a community and as a polity. In all of this it has its own ways of working, which are to be found not in the rules that are at the center of the structure, but in the culture which determines how these rules are to be read

imperaria um dever fundamental de manutenção de uma coerência *interna* entre os elementos juridicamente relacionáveis, dever este que não daria grande margem à hesitação, sob pena de descaracterização das experiências concretas e de dissolução das próprias unidades referentes — «we cannot get away with vacillation — treating someone now as a person, now as a thing, now as a friend, now as an enemy. If we claim to perform two contradictory characters in alternation, what we have is neither of those. [...] When the meaning of what we do lies in the relation we establish with others, that relation must be consistently maintained»⁵¹.

Neste sentido, haveria então uma insanável contradição⁵² entre o argumento da prevenção-*deterrence* (o único apontado como verdadeiramente *externo* às circunstâncias particulares relacionadas ao agente e ao crime⁵³) e outros argumentos-propósitos *internos* que, para WHITE, serviriam ao Direito Penal e às instituições e políticas criminais (separação/restrição, reabilitação e retribuição)⁵⁴, tornando esse Direito e estas instituições intencionalmente ininteligíveis no seu sentido cultural — destacando-se, nessa contradição-oposição, a que se refere especialmente ao propósito retributivo.

Atribui-se à referência à *retribution* dois significados distintos: o primeiro, para indicar «a necessidade ou o desejo de retaliar» a prática de uma ofensa que poderia funcionar como «a justificação de uma punição» que já se apresenta, em si mesma, como *autolimitada* pela própria dimensão original do *dano* causado pela ofensa que a motivou — «for the injury imposed must be proportional to the harm inflicted». No segundo sentido, supostamente menos prático e «mais teórico ou conceitual», a *retribution* funcionaria como a imposição de um princípio geral condizente a um «limite [máximo] externo» à punição — «you don't get punished beyond your “deserts”», e não propriamente como o motivo/justificação, o fundamento ou o fim da aplicação das penas, que, no discurso de Boyd WHITE, poderiam ser, nesta hipótese, outros. *Justification, motive, ground e purpose* que, não obstante a sua convocação nominal, são assumidos sempre de forma indistinta, atribuindo-se-lhes um valor simétrico no seu significado especificamente jurídico.

and talked about.» Cfr. James Boyd WHITE, «The Invisible Discourse of the Law: Reflections on Legal Literacy and General Education», *University of Colorado Law Review* 54, n.º 2 (1983) 154.

⁵¹ Cfr. WHITE, «Making Sense of What We Do — the Criminal Law as a System of Meaning», 199.

⁵² Vide WHITE, «Making Sense of What We Do — the Criminal Law as a System of Meaning», 203.

⁵³ Vide WHITE, «Making Sense of What We Do — the Criminal Law as a System of Meaning», 201-202.

⁵⁴ Vide WHITE, «Making Sense of What We Do — the Criminal Law as a System of Meaning», 194.

É no primeiro sentido — o do *ground* — que à *retribution* é associada a categoria *blaming* – «as the proper ground for punishment» –, «fundamento» não simplesmente motivado, na sua dimensão de importância transindividual, por um simples e primitivo «desejo de vingança», mas que seria, pelo contrário, nessa dimensão, apoiado num imperativo de preservação da dignidade ética de cada ser humano, lembrando que só de uma culpa com nome próprio se apura uma responsabilidade que é também exigida em nome próprio e, neste caso, íntima e infungível — fornecendo à pena um sentido que não é apenas retórico-argumentativo, mas antes normativo (considerando que, aqui, o normativo culturalmente se especifica mediante uma relação constitutiva com o primeiro plano), e como se resgatando o Direito Penal e as instituições que com o mesmo se relacionam daquela que seria já uma situação-limítrofe, diante da insuportabilidade do tipo de oposição que a mesma encetaria.⁵⁵ Resgate que seria, em último grau, proporcionado pelo abandono definitivo da fórmula «para quê», ao condicionar axiologicamente a validade da aplicação das penas e, em simultâneo, ao objetivamente *autolimitar* os termos dessa mesma aplicação, com base numa intenção-*propósito* vinculada ao reconhecimento da condição de *pessoalidade* do agente.

Não obstante, no argumento apresentado, é apenas do tratamento categorial e abstrato e da visível simetria argumentativa e normativa apressadamente atribuída aos entretanto *diferentes pesos metodológicos* do *fundamento* e da *finalidade*, e da decorrente confusão entre esses dois elementos no que concerne aos papéis jurídicos que um e outro desempenham, ou que poderiam desempenhar, *em concreto*, no momento do julgamento, ou mesmo da apressada identificação (novamente em abstrato...) entre *diferentes tipos de fundamentos*, que se extrai, na proposta de WHITE, a conseqüente sobreposição — e que se atinge a guerreada contradição — entre os argumentos, por sinal, intencionalmente *distintos* (e, daí, *assimétricos* na sua função prático-normativa), da *prevenção* e da *culpa* (oposição que serve então de pressuposto discursivo à proposta de revisão do *ethos* do sistema de Direito Penal).

Pois, se é verdade que «[c]riminal punishment should be based upon blameworthiness only, and not imposed upon those who cannot be blamed», e que «the criminal law proper concerns itself only with instances of violation, and these should be punished only as blame requires, never for exemplary or

⁵⁵ «Indeed I think that what I call “blaming” is in fact essential to whatever dignity and decency the criminal law has, and that one cannot even imagine a tolerable system of criminal law that did not operate by blaming.» Cfr. WHITE, «Making Sense of What We Do — the Criminal Law as a System of Meaning», 206.

deterrence reasons», também é verdade que, considerados os fundamentos-*grounds* com a extensão que Boyd WHITE parece querer atribuir a estes, isto é, a de unidades referenciais que respondem pela viabilidade discursiva — senão pela verosimilhança — do próprio discurso que os incorpora (a ponto de poderem interferir diretamente na concludência argumentativo-racional e normativa do Direito Penal e no sentido das medidas sancionatórias que se assumem neste contexto), outras finalidades, em sentido próprio (assemelhadas a objetivos estratégicos, *policies-goals*, princípios de otimização...), poderiam conviver harmonicamente com os fundamentos (de entre as quais a de prevenção, na hipótese de esta ser/ter sido assimilada exclusivamente no plano dos fins), permanecendo aquelas finalidades subordinadas a estes fundamentos no seu sentido jurídico e apurando-se apenas destes a validade daquelas, sem que daí subsistisse qualquer tipo de contradição ou de incongruência normativa já verificável *a priori*.

Por outro lado, se assimilada a exigência de prevenção como a de um autêntico fundamento (naquela aceção), ainda assim não se haveria de falar *necessariamente* em contradição, diante da necessidade de distinção *metodológica*, nesta situação, entre níveis distintos: o dos fundamentos que, sendo chamados a atuar no momento-degrau do apuramento da imputação, dão sentido à exigência da responsabilidade criminal (encabeçados pela culpa e pelo princípio da culpa) e daqueles outros que, atuando no momento-degrau *derivado* da apenação, dão sentido próprio à imposição da pena como medida sancionatória (encabeçados pelo princípio da prevenção). Se os primeiros narrram a condição de possibilidade dos segundos, a recíproca não é verdadeira, pelo que pode haver culpa sem que haja pena, mas nunca pena sem que seja, primeiramente, apurada a culpa⁵⁶. Por outras palavras, uma vez perspetivados estes em função dos núcleos problemáticos a que se referem (respetivamente, o da responsabilidade propriamente dita e o das suas possíveis consequências), entre os imperativos do *blaming* e da *deterrence* acaba por não vigorar uma relação necessariamente paradoxal, antes uma relação constitutiva que opera

⁵⁶ É que, em linha com o que já se afirmou, ainda que o juízo de apenação seja um juízo negativo — pela não incidência da pena, diante da sua desnecessidade (na articulação entre o princípio da culpa e o princípio da prevenção), um tal juízo não implicará a desconsideração da culpa enquanto fundamento —, esta é o pressuposto necessário, mas não a condição suficiente, para implicar uma *responsabilidade que se possa exigir pela via da pena*. Haverá que jogar, portanto, *em concreto*, com outros fundamentos... o princípio da culpa demanda, em suma, que por todo ato ilícito e culposo seja exigida uma pena, mas estabelece um limite negativo, tornando juridicamente inteligível tanto a pena sem culpa quanto a pena além da culpa («não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objectiva, nem medida da pena que exceda a da culpa». Cfr. José de SOUSA E BRITO, «A Lei Penal na Constituição», *Estudos sobre a Constituição*, ed. Jorge Miranda, vol. 2, Lisboa: Petrony, 1978, 200).

entre fundamento e fim ou entre fundamentos específicos no seu pendor e na sua extensão normativa⁵⁷. Sobreposição de planos, entre fundamentos e fins, ou mesmo entre fundamentos de diferentes *densidades*, portanto, que acaba por fragilizar a proposta de WHITE. Uma sobreposição que resta ademais explícita quanto este, em dado momento, passando ao largo dessas questões e justificando-se no diagnóstico de contradição antes declarado, afirma que «[w]e should stop talking of deterrence as a “goal” of punishment that should in any way affect individual judgments of guilt, grading, or disposition»⁵⁸.

b. A perspetivação sociocultural da tipologia criminal e as aporias entre a pena e a morte e a pena de morte e o Direito (Desmond Manderson e Peter Fitzpatrick)

Se, no discurso de WHITE, são as implicações relativas à parte geral da dogmática do Direito Penal que ocupam o centro das reflexões, nomeadamente as ponderações acerca dos problemas de sentido identificáveis na própria *ratio* desse ramo do Direito, sejam os da inteligibilidade racional e da concludência prática e sistemática que do mesmo se exigem, referentes à sua unidade, sejam os dos fatores que confeririam razão de ser à responsabilidade e validade jurídica aos julgamentos que confirmassem tal unidade, Desmond MANDERSON, por sua vez, mais preocupado com a parte dita especial, aborda o conteúdo específico de certos tipos de crime, como os relativos ao tráfico e ao consumo de estupefacientes, na sua estrutural interseção sociocultural com as questões étnico-raciais⁵⁹ e com outros «deep-rooted social fears»⁶⁰, e o

⁵⁷ Em sentido próximo (embora com um vocabulário e com objetivos distintos), afirma Beleza DOS SANTOS, por menção à G. RADBRUCH: «É necessário distinguir os dois problemas: o *fim último* das penas de que já tratamos, e o do seu *fim imediato*, isto é, o *efeito próximo* que com elas se deve procurar para se obter aquele fim. Estes problemas aparecem frequentemente designados por forma diferente: o primeiro pela expressão: *fundamento do direito de punir ou fundamento jurídico da pena* e o segundo pelas palavras: *fim ou fins das penas*.». Cfr. DOS SANTOS, «Fins das Penas», 43, nota n.º 1; GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do direito [Rechtsphilosophie]*, trad. Marlene Holzhausen, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁵⁸ Cfr. WHITE, «Making Sense of What We Do — the Criminal Law as a System of Meaning», 211.

⁵⁹ Vide Desmond MANDERSON, «Substances as Symbols: Race Rhetoric and the Tropes of Australian Drug History», *Social & Legal Studies*, 6, n.º 3 (1997) 383-400; Desmond MANDERSON, «Symbolism and racism in drug history and policy», *Drug and Alcohol Review*, 18, n.º 2 (1999): 179-186; Desmond MANDERSON, «Possessed: The Unconscious Law of Drugs», *The Drug Effect: Health, crime and society*, ed. Suzanne Fraser, David Moore, New York: Cambridge University Press, 2011, 225-239; Desmond MANDERSON, «Beyond the magic bullet: Why the asylum-seeker problem is like the drug problem», *Refugees and asylum seekers: Finding a better way*, ed. Bob Douglas, Jo Wodak, Australia21 Limited, 2013, 80-84.

⁶⁰ Cfr. Desmond MANDERSON, *From Mr. Sin to Mr. Big: a history of Australian drug laws*, Melbourne/New

de terrorismo, na sua interseção com determinadas manifestações da cultura popular⁶¹, procurando, nas perspetivas jusfilosófica e histórica, os caminhos adequados para a inteção do contextualizado sentido histórico e social que tais tipos manifestariam ou que, inversamente, lograriam ocultar, protegidos pelo arcabouço discursivo e normativo (pela rede) que confere à referida dogmática e à prática institucional correspondente a sua legitimidade. Refletindo ainda em particular sobre a natureza antijurídica da prática da tortura, nomeadamente no que se refere aos vários problemas inerentes à relativização, tanto institucional quanto circunstancial e social, da sua valoração negativa em termos jurídico-penais⁶², uma valoração frequentemente *convertida* por uma alarmante contaminação pelos argumentos da «defesa» e da «guerra» e em nome de princípios e de lógicas meramente quantitativos, orientados para a imaginada *utilidade* de idealizados «resultados»⁶³ auferíveis mediante uma lógica custo-benefício e/ou fundados em falsas analogias (como a do *self-defense*) e em pseudoargumentos de moralidade⁶⁴, estes já então muito distantes da racionalidade subjacente ao «Ecrasez L'infâme» de Voltaire⁶⁵.

As várias possíveis intenções e correspondentes *verbalizações* e *substancializações* que alimentariam a preservação total ou parcial, no decurso do tempo, do instituto da pena de morte, tanto esteticamente nutridos quanto histórico-culturalmente cultivados pelo imaginário jurídico, merecem aqui também especial destaque⁶⁶, para além da deficiência — não apenas racional, mas axiológica e normativa — dos argumentos de prevenção que procuram legitimar juridicamente, em certos contextos, a referida medida punitiva (em que MANDERSON então vem, até certo ponto, somar-se à crítica de Boyd WHITE⁶⁷), uma deficiência inclusivamente anunciada na relação já à partida

York: Oxford University Press, 1993, 12.

⁶¹ «Law is always a response to fiction: the “what if” and the “as if” are precisely what drives the development of our norms and procedures. [...] But the terms of this invention are critical. In other words, the stories to which we attend, the perspective from which they are told, and the shape they are given in the telling, are of the utmost importance to law’s response.». Cfr. Desmond MANDERSON, «Trust US Justice: “24”, Popular Culture and the Law», *Imagining Legality: Where Law Meets Popular Culture*, ed. Austin Sarat, Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2010, 38.

⁶² Vide Desmond MANDERSON, «Another Modest Proposal», *Deakin Law Review*, 10, n.º 2 (2005) 640; Desmond MANDERSON, «Another Modest Proposal», *Fresh Perspectives on the «War on Terror»*, ed. Miriam Gani, Penelope Mathew, ANU Press, 2008, 27-44.

⁶³ MANDERSON insurge-se então contra os trabalhos de Mirko BAGARIC e Julie CLARKE, apresentados num conjunto de artigos em defesa da legitimidade moral e da juridicidade da tortura em certas situações. Vide MANDERSON, «Another Modest Proposal», 642, n.º 7, 644.

⁶⁴ MANDERSON, «Another Modest Proposal», 645, 646 esp.

⁶⁵ MANDERSON, «Another Modest Proposal», 641.

⁶⁶ Vide MANDERSON, *Songs without music*, 93-129.

⁶⁷ «The debate on the death penalty is focused on the question of deterrence. This appears to be

desproporcional, ou, no limite, *inversa*, entre esta última, a pena de morte, e o caráter juridicamente mais gravoso genericamente atribuído à prática autónoma da tortura⁶⁸. Ou ainda, nas palavras de FITZPATRICK, uma deficiência que se tornaria igualmente visível na impossibilidade já originária de se estabelecer juridicamente, em relação à pena de morte, um qualquer sentido verdadeiro de proporcionalidade⁶⁹, sendo esta uma das usuais falácias («tricks») que, somando-se a uma *impossível* determinação lograda, em termos jurídicos, da efetiva responsabilidade do agente (pois, neste caso, o *absoluto* que dele se exige está muito *para além* das fronteiras da responsabilidade...), e ao converterem a *death penalty* em apenas *mais um* tipo esquematizável de punição⁷⁰, equivalente, na sua *qualidade* de sanção legalmente imputável (ainda que não na sua extensão), a outras objetiváveis modalidades, responderiam pela degeneração do discurso e da prática jurídica e também pela conversão de uma ordem jurídica que aceitasse a dita pena numa ordem de não Direito, ou, ao menos, em algo inferior ao Direito ou ausente de Direito⁷¹.

Haveria então que se falar aqui, portanto, na verdadeira oposição — nesta hipótese, sim, verificável — entre os argumentos de prevenção que contribuem,

the crux of the debate on capital punishment. Put crudely, the issue is whether the existence of the death penalty deters future potential murders more effectively than would a lesser penalty. It is a question of the differential efficacy of capital punishment. Here it might seem that we are in the realm of facts and evidence, logic and reason. But this is an illusion which soon evaporates. How can we evaluate the likelihood of murders that have not yet been committed? How can we guess the possible effect of different penalties when the best testimony we have, that of murderers themselves, testifies above all to the failure of deterrence?». Cfr. MANDERSON, *Songs without music*, 102.

⁶⁸ «In fact, our societies have, at least since the Enlightenment, feared pain more than death, believed that human dignity requires absolute protection under all circumstances, and thought torture a more serious act than execution. Legal systems throughout the world outlawed torture long, long before capital punishment. In the United States, torture has always been contrary to the 8th Amendment; it is the paradigmatic example of “cruel and unusual punishment”. Yet the death penalty continues to be applied — as painlessly as possible. So clearly in the United States, and in fact throughout the world, it is generally considered worse to torture than to kill.» MANDERSON, «Another Modest Proposal», 649.

⁶⁹ «This, obviously, is to assume that incomparable death can be brought into a proportionate relation to other forms of punishment — that it becomes generically the same as them.» Cfr. Peter FITZPATRICK, «Death as the Horizon of the Law», *Courting Death: The Law of Mortality*, ed. Desmond Manderson, Pluto Press, 2015, 27.

⁷⁰ «This is not only a matter of responsibility for the criminal act. It is also a matter of determining whether the “individual” responsibility of the defendant warrants a sentence of death. All of which takes a particular effrontery in the criminal trial [...]. The prospect of death intensifies our awareness that responsibility cannot be ascertained definitively. Rather than that awareness pervading all judging of responsibility, the direction of judicial thought is the reverse: responsibility can be determined generally in the judicial process and the infliction of death is a particular consequence of such determination. The death penalty then becomes one form of another distinct “thing” called punishment which simply follows the judgment.» Cfr. Peter FITZPATRICK, «Death as the Horizon of the Law», 27.

⁷¹ «[L]aw cannot be in such a terminal relation and yet subsist as law.» Cfr. Peter FITZPATRICK, «Death as the Horizon of the Law», 21, 30.

naqueles universos, para a legitimação da pena de morte, e uma compreensão propriamente jurídica de uma responsabilidade autenticamente fundada na culpa e, portanto, ao mesmo tempo autolimitada pela intensidade (pelo grau) da culpa que a fundamenta. Da aproximação forçada entre unidades de grandezas distintas, isto é, entre o mensurável e o imensurável, entre a pena (enquanto medida que depende, na sua natureza jurídica, da própria ideia de limitação clara de uma exigibilidade, uma em que se anunciam tanto a extensão objetiva da responsabilidade que lhe é subjacente quanto a da culpa que a sustenta) e a morte (o ilimitado por definição), resulta, em suma, a necessária *aporia* entre a pena e a morte e entre a pena de morte e a própria ideia de Direito (de *um certo* Direito, aquele que — reclamando para si uma herança latente ao próprio nome — reclama por conseguinte a sua identidade, elegendo certos modos de vida enquanto recusa modos opostos⁷²), erodindo a capacidade de manutenção da integridade da linguagem deste «when dealing death», e conduzindo, por conseguinte, à «morte» do mesmo Direito e à «decomposição do discurso judicial»⁷³ a aceitação institucional da sua aproximação à morte nestes termos. Mas, ao mesmo tempo (como se numa espécie de rotação contrária...), tal incompatibilidade resultaria ainda mais especificamente, na compreensão de FITZPATRICK, do caráter não somente extremo, mas, primeiro, definitivo da morte⁷⁴, quando esta definitividade se confronta com o caráter *positivo* e contingente, temporal e aberto do projeto do Direito, enquanto promessa e intenção regulativa que se dilata no tempo e é também, neste aspeto, objetivamente indefinida ou indeterminada, *em cada tempo*, na exata extensão da sua dimensão normativa («[o]ne day to come, law could actually be more and extend to the previously excluded. Death denies that [expansionary] promise»⁷⁵). Concluindo-se então (e novamente — também — com MANDERSON) pela impossibilidade de harmonização entre a referida sanção (ou, antes, aparência de sanção) e uma compreensão da justiça que se pretenda nuclearmente *humana*, em sentido ético-axiológico e normativo⁷⁶.

⁷² «Death, then, does make a difference. Law in its determining effect cannot be everything. Obviously it must choose and elevate some modes of existence and suppress or ignore others.» Cfr. Peter FITZPATRICK, «Death as the Horizon of the Law», 26.

⁷³ Peter FITZPATRICK, «Death as the Horizon of the Law», 25.

⁷⁴ «The prospect of death intensifies our awareness that responsibility cannot be ascertained definitively.» Cfr. Peter FITZPATRICK, «Death as the Horizon of the Law», 27-28.

⁷⁵ «Law could not be complete, fully determined and fully determining because it must ever extend beyond determination.» Cfr. Peter FITZPATRICK, «Death as the Horizon of the Law», 26, 30.

⁷⁶ Cfr. MANDERSON, *Songs without music*, 102. «The is a lack of law when the putatively legal engages in capital punishment.» Cfr. FITZPATRICK, «Death as the Horizon of the Law», 30.

c. Entre a abstração do «método jurídico» e a concretude do sofrimento (Jeanne Gaakeer)

A questão dos modos pelos quais o Direito se relaciona com os possíveis tipos de sofrimento envolvidos na experiência do crime e na da sua persecução (ou a das «institutional transformations of suffering in the context of law and legal practice»⁷⁷) foi tratada por Jeanne GAAKEER, que, tecendo, inclusivamente, algumas críticas a premissas que sustentariam a já referida compreensão de Boyd WHITE (nomeadamente a do pressuposto-imperativo da vontade livre que condicionaria a possibilidade lógico-normativa de afirmação da culpa, e que a autora vê como equivocado ou insuficiente nos dias atuais)⁷⁸, procurou, na proposta de uma *hermeneutics of suffering*, constituída a partir de uma leitura autónoma de *In der Strafkolonie*, de Franz KAFKA, e de uma tentativa de harmonização das perspetivas da retórica constitutiva, devida ao próprio Boyd WHITE, e da imanência da violência na linguagem jurídica, devida a R. COVER, contribuir para a interrupção, no Direito (particularmente no Direito Penal), do ciclo da «banalidade do sofrimento», numa referência explicitamente simétrica à da «banalidade do mal» de Hannah ARENDT. Buscando com isso esculpir para o Direito a possibilidade e a alternativa de uma nova «voz institucional» cuja importância e cujo sentido material e histórico então se compreenderiam como sendo intrínsecos a uma determinação normativa culturalmente plausível do sentido axiológico por que se deixaria *desde sempre* reconhecer o princípio-dogma do *suum cuique tribuere*⁷⁹.

O imperativo de «conferir uma voz ao sofrimento» decorreria diretamente da urgência de se estabelecer um diálogo crítico com as formas tradicionalmente burocráticas e mecanicistas de compreensão do sentido e dos extremos da juridicidade e dos limites objetivos das suas práticas e, logo, também da necessidade de transformar, em intuito humanizante, a frieza típica das

⁷⁷ Cfr. Jeanne GAAKEER, «The Legal Hermeneutics of Suffering», 123.

⁷⁸ Segundo GAAKEER, «White tries to develop a rhetoric for criminal law, on the basis of a new form of blaming, starting from the premise of free will. It is precisely this Enlightenment premise in western legal cultures that has actually become more and more of a problem in legal practice and adjudication. [...] A pure rhetoric of blaming is thus utopian in that it cannot be responsive enough to the problems caused by crime in contemporary societies.» Jeanne GAAKEER, «The Legal Hermeneutics of Suffering», 131, nota 25.

⁷⁹ «That is why law must give an institutional voice to suffering in that it at least acknowledges its existence so to speak in its plurality of forms. In this sense, giving suffering a voice is a form of the basic requirement of justice, to give each man his due.» Jeanne GAAKEER, «The Legal Hermeneutics of Suffering», 143.

instituições jurídicas, em particular as jurídico-criminais, quando estas passam a ser apenas heterónoma, externa e verticalmente compreendidas e, da mesma forma, refletidas, nas rotinas, particularmente as judiciais, de perspetivação e de assimilação normativa dos problemas emergentes dos vínculos de sociabilidade.

Sendo assim, conferir ao mundo interior — a *um* mundo interior — um tipo de autonomia normativa e práctico-problemática significaria então uma espécie de rutura com a tendência do Direito à anulação desse mesmo mundo recorrendo a uma excessiva fixação na capacidade determinativa da palavra em que se traduz a regra⁸⁰ e aos rituais e maneirismos subsumíveis a uma linguagem técnica e doutrinária, fazendo corresponder àquelas instituições uma visão mais honesta e acurada das várias camadas simbólicas e invisíveis (dentre elas, a do sofrimento) que seriam inafastáveis da realidade traumática já sempre e ordinariamente pressuposta pela prática jurídica⁸¹ («even as the law introduced language to be a substitute for violence, it left the central place of suffering unchallenged. Suffering in the broadest sense of that word remains law's core business»⁸²).

Desdobrar, em sentido práctico, a «hermenêutica» de GAAKEER implicaria efetivamente assumir, em dado momento, que, das críticas à fixação objetivista e técnico-racionalista — uma fixação que, no final, demarca tanto um paradigma já em *crise* quanto algumas das contemporâneas alternativas que se propõem a substituí-lo⁸³ — devesse *positivamente* emergir, no universo de construção dogmática do discurso jurídico e como o resultado direto da absorção por este universo de um imperativo de expansão (rumo ao interior) da compreensão da realidade juridicamente relevante para efeitos jurídico-penais, uma espécie de *Direito subjetivo* (titularizado pela *vítima*) ao reconhecimento integral do sofrimento implicado numa ofensa criminal ou à integração desse sofrimento

⁸⁰ «Abandonment of the rules produces monsters; so does the abandonment of persons. Which monsters are the worse I will not argue. Our jurisprudence, however, has emphasized the first danger. [...] Our history [...] shows that the second danger is as great, the specific evils it has produced are enormous. Lawyers, lawmakers, judges do not act as responsible persons by mere faithful attention to rules.» Cfr. John T. NOONAN, *Persons and masks of the law: Cardozo, Holmes, Jefferson, and Wythe as makers of the masks*, Berkeley: University of California Press, 2002, 18-19.

⁸¹ «The task that judges face is a difficult one. The object of their deliberation is always a situation in which a form of suffering, a traumatic experience, has come to a crisis.» Jeanne GAAKEER, «The Legal Hermeneutics of Suffering», 145.

⁸² Cfr. GAAKEER, 128. Nesta linha, «[a] ideia da pena liga-se indissoluvelmente para o criminalista e para o vulgo à ideia de sofrimento; este faz parte da própria estrutura daquela. E é um sofrimento que propositadamente o Estado provoca, prescrevendo-o nas suas leis, doseando-o nos seus tribunais, executando-o por meio das suas organizações penitenciárias.» Cfr. Beleza dos SANTOS, «Fins das Penas», 24-25.

⁸³ Vide António Castanheira NEVES, *O Direito Hoje e com Que Sentido? — O problema actual da autonomia do Direito*, Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

como participante direto da narrativa do crime, senão mesmo como *príus* intencional determinante do início da relevância *jurídica* a ser atribuída ao núcleo duro das relações *sociais* que especialmente se relevam naquela qualidade.⁸⁴

Um Direito que emergisse então como o corolário prático, no campo de interesse do Direito Penal, do Direito subjetivo do *agente* senão à prática do crime propriamente dita (dado o seu caráter de ilicitude), ao menos ao exercício da capacidade-liberdade de agir ou ao tipo de visibilidade específica que confere ao agente a realização da conduta em que se traduziu a sua consumação. E que se manifestaria em ligação tanto a um complementar dever de desinvisibilização, através do Direito, da extensão da lesão interior causada pela conduta típica, quanto a um dever do próprio agente de responder pessoal e autonomamente pelo impacto do sofrimento que proporcionou, a fim de que deixasse de haver ofensas sem vítimas e vítimas sem ofensa.

Porém, ainda, um direito que, na sua própria existência material (corroborada pela relação direta àquele princípio), permaneceria em franco contraste relativamente ao pressuposto institucional de integração subjetiva numa ordem de regulação na qual o sofrimento, na sua unicidade e na sua singularidade (LEVINAS), ainda persistiria como elemento essencialmente *intraduzível*, ou mesmo como o exato *avesso* de uma linguagem *especializada* e das práticas que a projetam; linguagem esta que seria, afinal, o meio condicionante da manutenção da visão limitada que paradigmaticamente se dirige àquilo que é jurídico. Algo de muito distinto se passaria com a violência propulsora do próprio sofrimento — aquela que, se anunciando no crime, far-se-ia tipicamente visível na esfera jurídica, considerando que o crime não vem à sua evidência jurídica simplesmente como um acontecimento prático-social, mas já como uma *identidade*, e, se assim é, já como o resultado específico de uma espécie de *tradução*. Tratar-se-ia, então, da verificação de uma flagrante desproporção, no Direito, entre os tipos de dores implicadas e de respostas admitidas, entre os tipos de tratamento (de visibilidade) respetivamente dispensados ao agente e à vítima, resultando em uma prática desumana e carente de «compaixão»⁸⁵, concentrada em *punir*, mas não em *remediar*, reconhecendo a autonomia do primeiro, aquele que causou o mal, mas retirando autonomia à segunda,

⁸⁴ «The initial impetus to law in action is always someone's feeling, be it rightly or wrongly, that he or she suffers by what another person did or failed to do.» Cfr. Jeanne GAAKEER, «The Legal Hermeneutics of Suffering», 128.

⁸⁵ Vide as considerações sobre o caso *Joshua*, em Jeanne Gaakeer, «The Legal Hermeneutics of Suffering», 131, nota 27.

que o sofreu. Desproporção que, em virtude do exposto, imediatamente reconduziria a uma desigualdade de fundo, no plano subjetivo, instaurada concomitantemente à conversão, pela linguagem jurídica, da narrativa do crime numa *character-driven story* protagonizada pelo agente (já por referência à caracterização narrativa dos tipos de justiça empreendida por M. SMITH), uma narrativa na qual a vítima teria de facto um papel a representar, porém «apenas nos estágios iniciais», sendo, depois disso, descartada: «[a]fter that point, the wrongdoer is the narrative center-of-gravity around whom swirls all the events»⁸⁶. Portanto, se a dinâmica da punição apenas convoca «a small cast of characters operating against a stable, given background», fazendo com que «once the allocation of punishment is completed (or rendered impossible due to bad luck), the book is closed»⁸⁷, em sentido diferente a intersubjetividade jurídico-penal se processaria se pudéssemos levar realmente a sério a perspectiva da justiça que a referida intersubjetividade procura consumir enquanto uma *non-character-driven story* ou heteroglossia⁸⁸, e, assim, se acabássemos por assumir (diretamente?) a «utopia» «positiva» do *suum cuique tribuere* projetando-a na distribuição de bens-recursos até então apenas simbolicamente alocáveis em terrenos muito distantes do âmbito de relevância do Direito Penal: a cada um, portanto, aquilo que seria originalmente *seu* — ao criminoso, o crime, à vítima, o sofrimento («[s]ome people perpetrate crimes, other people suffer at the hands of these offenders»⁸⁹).

E assim acabam, porém, por se misturar planos de relevância substancialmente distintos: aquele, público, em que se processa a relação jurídico-criminal, sujeito a uma mediação pela linguagem jurídica e inserido no círculo de relevância prático-discursiva em que esta se firma, e o outro, privado, em que a violência se consuma alheia a essa linguagem e fora

Vide Matthew Noah SMITH, «Ideas of Justice: Positive», 170.

⁸⁷ Novamente em cruzamento com M. SMITH, nas considerações oferecidas por este relativamente ao modelo narrativo correspondente à justiça retributiva. Cfr. Matthew Noah SMITH, «Ideas of Justice: Positive», 171.

⁸⁸ Mikhail Mikhailovich BAKHTIN, «The Discourse in the Novel», *The dialogic imagination [Voprosy literatury i estetiki]*, ed. Michael Holquist, trad. Caryl Emerson e Michael Holquist, Austin/London: University of Texas Press, 1981, 269-434.

⁸⁹ «[...] and the law responds by means of retributive measures, and, ideally, with an open eye to the victim's perspective, even though the latter is often problematic because the power behind the state's authority, which seeks to inflict harm, primarily seeks just desert and ignores for the most part the victim of the crime [...] disappointed people try to obtain redress for the wrong done to them because they feel that this wrong has damaged them, and they feel that the principle of *neminem laedere, suum cuique tribuere* is thwarted.». V. Jeanne Gaakeer, «The Legal Hermeneutics of Suffering», 128.

dessa mediação (sendo esta apenas *voluntariamente* convocada)... como se a resposta *pública* do Direito ao crime, para ser rigorosamente balanceada, devesse passar necessária e privilegiadamente pela fusão entre esses dois planos. Uma vez que aquilo que se está a discutir não consiste propriamente numa *outra* relação jurídico-criminal que pudesse transmitir um projeto de expansão das usuais políticas criminais (na qual pudesse ser projetado, por exemplo, um propósito restaurativo), e sim na *mesma* relação, em que o que está em causa, em termos sancionatórios, não são medidas tópicas de recomposição-reconstituição-compensação, e sim a determinação dos limites da responsabilidade comunitária e a mensuração das referentes penas. E não parece haver propriamente distinção, no aspeto intencional, entre a ação *social* que se qualifica como crime e que desencadeia uma relação entre o agente e a sociedade-Estado, justificada por um conjunto de valores-bens e de exigências de preservação na esfera comunitária, e a relação íntima e *pessoal* em que a violência e o sofrimento conectionam diretamente e face a face agressor e vítima, para a qual o horizonte de validade jurídica, ao ser eventualmente convocado, cumpriria um tipo distinto de tutela. De todo modo, e se «o mundo prático inventado pelo direito se baseia numa conexão (dinâmica) indispensável entre a *diferença* afirmada pelos sujeitos-*partes* e a possibilidade-exigência de um tratamento-assimilação dessa diferença»⁹⁰, quer na primeira situação, quer na segunda, o Direito será sempre o foro daquilo que é comum — e, portanto, de relativização das autonomias e de *integração* das diferenças naturalmente implicadas nas dinâmicas de distribuição e de atribuição que remetem ao corpo do *suum cuique tribuere*. Neste sentido, a autonomia empírico-existencial, emocional ou simbólica do sofrimento terá de ser sempre submetida a um parâmetro transversal de comparabilidade⁹¹, portanto, mitigada, e justamente porque posta *em relação*... o que não significa, por outro lado, a sua invisibilização.

⁹⁰ «Significa[ndo] isto que o problema da controvérsia juridicamente relevante é prático-culturalmente incompatível com uma resposta que se limite a celebrar-esclarecer as autonomias em confronto (ficando pela afirmação das diferenças).» Cfr. AROSO LINHARES, «O Homo Hvmans do Direito e e Projecto Inacabado da Modernidade», 525, nota 35.

⁹¹ «[...] se trata assim de inventar uma condição de sujeitos-*partes* — sujeitos criados pela mediação constitutiva do mundo e determinados pela posição relacional que os modos situacionalmente comunicativos desse mundo (ao assegurarem uma trama de direitos e de obrigações) lhes atribuem —, não se trata menos de (simultânea e incindivelmente) inventar a mediação que os relativiza. Ora uma mediação que concerta uma estrutura intersubjectiva (*bilateralmente atributiva*) com uma exigência de *tercialidade-comparabilidade*: a tercialidade concentrada no sujeito-julgador... mas também aquela (que num plano *transsubjectivo*) — assumindo o *tertium comparationis* de um contexto-ordem (partilhado pelas partes e pelo terceiro) e da dogmática que o estabiliza —, se nos oferece afinal como condição indispensável do *juízo* deste último [...].» Cfr. AROSO LINHARES, «O Homo Hvmans do Direito e e Projecto Inacabado da Modernidade», 524-525.

d. A paradoxal indeterminabilidade abstrata da culpa, dos limites efetivos da responsabilidade e da «máscara» da subjetividade jurídica que define a identidade criminal (Thomas Giddens)

O tema do «constant (re)engagement with the subjective experiences of the living self»⁹², projetado no Direito Penal, foi também analisado por Thomas GIDDENS, que discutiu o problema da construção da máscara jurídica do agente do crime a partir de uma releitura ético-estética do sentido normativo da autorracionalidade formal identificada à concepção do sujeito *moral* de inspiração kantiana, então admitido como modelo incontornável na constituição da ideia de subjetividade jurídica, e, em particular, refletido no discurso dogmático que aborda o problema dos pressupostos de racionalidade que sustentam a definição normativa da ação criminalmente relevante. Debruçando-se, então, o autor novamente sobre a relação entre humanidade, subjetividade e Direito⁹³, e começando por rejeitar (mais uma vez) o pressuposto abstrato em que culmina a referência em causa, associada ao fantasma de uma modernidade, senão definitiva, ao menos difícil de expurgar: aquele pressuposto que, atendendo a um imperativo *numénico* de universalidade racional, exclui o traço contingente da experiência *fenoménica*, sejam as particularidades contextuais, sejam as diferenças subjetivas, do plano do apuramento da validade da ação prática, enquadrando-a numa moldura descarnada e caricata. Muito embora não tenha sido perspetivado como o único modelo racional a operar no contexto estruturante do discurso jurídico-criminal (desde logo pela sua contraposição histórica ao paradigma fortalecido por Jeremy BENTHAM), entende GIDDENS que «Kantian philosophy, although with its own limitations in relation to the deterrent, rehabilitative, or otherwise utilitarian functions of criminal justice systems, considers questions of individual responsibility in detail and is thus highly relevant to theoretical issues relating to our ethical understanding of the moral self. Put simply, Western criminal justice systems are not purely Kantian, but examining Kantian moral philosophy is an important dimension of understanding criminal (moreover *individual*) responsibility»⁹⁴.

⁹² Cfr. Thomas GIDDENS, «Criminal Responsibility and the Living Self», *Criminal Law and Philosophy* 9, n.º 2 (2015) 203.

⁹³ Vide Thomas Giddens, «Law and the machine: fluid and mechanical selfhood in The Ghost in the Shell», *Graphic justice: intersections of comics and law*, ed. Thomas Giddens, London/New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2015, 89-105.

⁹⁴ Thomas GIDDENS, «Criminal Responsibility and the Living Self», 191.

Mais especificamente, trata-se, enfim, de uma insurgência contra aquilo que se identifica como um paradoxo insustentável (diante das implicações éticas que este provocaria) entre os pressupostos empíricos-comportamentais e o método analítico-abstrato de apuramento da responsabilidade no âmbito das instituições jurídico-criminais (um paradoxo por sua vez reconduzido a um não menos conflituoso dualismo entre o *sujeito concreto e infungível*, cujo comportamento «factual» respalda a configuração da ilicitude, e o *sujeito abstrato e fungível* que serve como parâmetro normativo para a atribuição da culpa)⁹⁵. Se «“real” individuals are far more complex and unique than Kant’s abstract vision suggests»⁹⁶, propõe-se então, em resposta, a assimilação autónoma de novas categorias de inteligibilidade, nomeadamente as do *restlessness* e *astonishment*, enquanto elementos constituintes capazes de fazer corresponder à compreensão da subjetividade jurídica uma versão mais abrangente ou realista da narrativa descontínua, «poética» e contingente, que envolveria a circunstância do *sujeito ético-moral*⁹⁷. Devendo por isso ser uma espécie de encadeamento reflexivo entre aquelas duas categorias a condicionar finalmente o tipo de racionalidade exigida para a determinação *in concreto* dos deveres jurídicos em causa (numa reação à teoria da escolha racional e voluntária absorvida pela moderna teoria criminal)⁹⁸.

Uma compreensão que se constrói como uma aspiração *fenomenológica* inspirada, mais especificamente, tanto nos pressupostos de uma contemporânea *criminologia cultural* (Jeff FERRELL, Keith HAYWARD, Jock YOUNG)⁹⁹ quanto na *poética* do quotidiano desenhada por Jonathan M. WENDER¹⁰⁰

⁹⁵ «If an individual is modelled as abstracted from this “living” context, then that individual cannot be “ethically” linked with his or her behaviour, and thus cannot justly be understood as responsible.» Cfr. Thomas GIDDENS, «Criminal Responsibility and the Living Self», 189.

⁹⁶ Thomas GIDDENS, «Criminal Responsibility and the Living Self», 190.

⁹⁷ «[T]he complexity and chaotic of living individuals and their embodied reality is irreducible; if it is to be ethically approached, this cannot be forgotten. What this means is that the complexities and unique and infinite variety of lived, subjective experience cannot be synthesized into stable, unitary forms. The term *restlessness* directly relates to this astonishing nature of lived experience, and expressly promotes a constant need for (re)engagement with the living world.» Cfr. Thomas GIDDENS, «Criminal Responsibility and the Living Self», 203.

⁹⁸ «Our “choice” to act, or not to act, may not necessarily derive simply from our ability to use reason, but may stem from other factors that impinge upon or exist within ourselves as “living” humans; the standard of abstract autonomy in the responsible self works by the abstract dictates of a universal moral law, and thus overlooks these “living” dimensions.» Cfr. Thomas GIDDENS, «Criminal Responsibility and the Living Self», 191.

⁹⁹ Vide Jeff FERRELL, Keith HAYWARD, Jock YOUNG, *Cultural Criminology: an invitation*, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC: Sage, 2008.

¹⁰⁰ Vide Jonathan M. WENDER, *Policing and the poetics of everyday life*, Urbana: University of Illinois Press, 2008. Segundo GIDDENS, «Wender’s aesthetic criminology highlights the irreducibility and excessive nature of the world of lived experience of which we must retain awareness as we attempt to enrich our theoretical comprehension of embodied human experience in relation to criminality.»

(desenvolvida como uma autorreflexão filosófica da sua própria imersão na experiência policial). Sendo que aqueles pressupostos pugnam pela expansão dos tradicionais limites racionais que determinam as leituras das políticas do crime e da justiça criminal, ultrapassando então, via um *open-textured approach*, a hegemonia dos métodos empírico-estatísticos de quantificação tendencial do *human behavior* — «orthodox [scientific] knowledge»¹⁰¹ — mediante a assimilação de um entendimento particular e microscópico das dialéticas entre cultura e *praxis* e entre *praxis* e ação¹⁰², isto a fim de favorecer uma visão interseccional em que as dinâmicas simbólicas (hoje, particularmente situadas num universo complexo em que a prática do crime se funde, no seu sentido constitutivo, a um sem-fim de formas de representação massificadas e a demonstrações de *transgressão* e de *controlo*, de *sensações* e de *emoções*, bem como à contingência de campanhas políticas e de discursos públicos *definidores*¹⁰³. E que essa poética reclama, pela via estética, a partir de uma incursão na fenomenologia de HEIDEGGER, uma nova caracterização do sentido que orienta a compreensão metodológica do «problema»¹⁰⁴ dos encontros humanos para além da hipótese atomística que orienta a moderna interpretação da intersubjetividade, de modo a procurar envolver, compreendendo estas relações já como relações de *presença simultânea e compartilhada* ou de *co-presença*, e suspendendo, assim, o senso comum das preconcepções acerca do tipo de racionalidade apto a instruir os métodos capazes de guiar a ação, aspetos que dissolvem «the analytic logic and ken of bureaucratic praxis and mainstream social science»¹⁰⁵.

Acompanhando sobretudo WENDERS, e concentrando-se, portanto, nas dicotomias geral/abstrato *versus* particular/concreto, categorial *versus*

Cfr. Thomas Giddens, «Criminal Responsibility and the Living Self», 192.

¹⁰¹ «The meaning of action, of crime, cannot be found in endless tables of statistics or abstract models of rational choice, but in the dynamic world of transgression and cultural navigation.» Vide Thomas Giddens, «Criminal Responsibility and the Living Self», 199-200.

¹⁰² «Cultural forces, then, are those threads of collective meaning that wind in and around the everyday troubles of social actors, animating the situations and circumstances in which their troubles play out. For all the parties to crime and criminal justice — perpetrators, police officers, victims, parole violators, news reporters — the negotiation of cultural meaning intertwines with the immediacy of criminal experience.» Cfr. FERRELL, HAYWARD, YOUNG, *Cultural Criminology: an invitation*, 2-3.

¹⁰³ Vide FERRELL, HAYWARD, YOUNG, *Cultural Criminology: an invitation*, 2.

¹⁰⁴ Ou «a phenomenological critique which draws on the unique disclosive aspects of aesthetic experience to reveal some of what is effaced when human presence is reduced to the methodological encountering of a “problem”. [...] A phenomenological aesthetics of encounter seeks to bring an avowedly philosophical voice to criminology inquiry in order to show what such inquiry commonly takes for granted, even when it imagines itself to be proceeding in accordance with the highest degree of “rigor”.» Cfr. Jonathan M. WENDER, *Policing and the poetics of everyday life*, 9.

¹⁰⁵ Cfr. Jonathan M. WENDER, *Policing and the poetics of everyday life*, 9-10.

simbólico-sensorial, prescrição *versus* ação, texto *versus* contexto, previsível *versus* imprevisível-invisível, racional/subsumível *versus* espantoso/não subsumível (*astonishing*), GIDDENS sustenta que «libertar» realidades até então «tomadas como garantidas», negligenciadas ou invisíveis (pelo caminho da «libertação» do próprio pensamento capaz de atingi-las) poderia funcionar como uma nova escala que ensinasse a definir, fora daquele paradigma moderno, o ponto a partir de onde se poderia começar a tentar traçar a linha fina da responsabilidade. Pois, no que respeita à compreensão da responsabilidade por referência à bilateralidade dos problemas jurídicos, a mesma responsabilidade demanda uma necessária fixação (de outro modo, a possibilidade da justiça dilui-se), mas «where exactly we draw the line is debatable»¹⁰⁶. Colmatando assim uma importante deficiência de fundo ético naqueles dois planos básicos — o da constituição do sujeito abstrato e o do pressuposto teórico que define a racionalidade e a putativa liberdade-autonomia a partir da quais se definem as suas escolhas.¹⁰⁷

O que significa não só, desde logo, conferir uma *outra* autonomia metodológica à dimensão *praxística* do problema jurídico, como, ainda, inverter o ponto de partida intencional e o modo tipicamente condicionante do percurso que o racionaliza: pelo que, na prática jurídica e no discurso que a reflete-constitui (aqui particularizados no ramo do Direito Penal), o pensamento deveria progredir não simplesmente da dimensão *dogmática* do Direito para a *praxis*, da *norma* para o *facto*, e, sim, em sentido contrário... isto é, deste («desfactualizado», porque não reificado) «facto» para aquela («desnormalizada», porque racionalmente desconstruída...) «norma». Num movimento dialético e espiralado que se projetaria, assim, de forma incansável (*restlessness*), para um futuro fenomenologicamente projetável, constituível apenas a partir de leituras próximas dos tempos presentes (portanto, desvendado apenas *praxisticamente*)... um movimento durante o qual a referência à responsabilidade, por fim, se não é convocada desde logo como uma *categoria* ou como um *conceito* estático, autonomizado ou isolado no discurso jurídico, tão-pouco apareceria como uma ideia de sentido *indefinível* (ou avessa a uma concreta

¹⁰⁶ Na leitura de GIDDENS, «[t]he practical functions of criminal justice (for Wender, the bureaucracy of policing), are grounded upon processes of abstraction, upon the reification of the self into a “knowable” structure of reason, that have the effect of simplifying, obscuring, or otherwise effacing the complexities and irreducibilities of lived existence and the structures of human experience. Although, as we have seen, this may be a practical necessity, where exactly we draw the line is debatable.» Cfr. Thomas GIDDENS, «Criminal Responsibility and the Living Self», 201.

¹⁰⁷ «We need the same restlessness both in how we approach criminal identity and in how we understand what it means to be responsible.» Cfr. Thomas GIDDENS, «Criminal Responsibility and the Living Self», 204.

definição do seu ponto de chegada), mas antes emerge enquanto projeto de inspiração material, porém apenas *formalmente* estruturado ou refletido, visto que de corpo normativamente *indefinido* ou fluido (pois impassível de reconduzir a uma determinação apriorística do seu conteúdo objetivo).¹⁰⁸

e. Narrativismos, multiversos e um desenho complexo dos círculos de relevância prático-jurídica

A *teoria do multiverso* refere-se à parte controversa da filosofia da ciência, da cosmologia e da física (especialmente fletida nos campos da mecânica quântica e da teoria das cordas), que estuda a possibilidade de existência de universos paralelos àquele que compreendemos como o «nosso» universo, universos-outros que permaneceriam para nós ocultos e, numa aceção cosmológica, tenderiam cada vez mais a ocultarem-se, mergulhando infinitamente no manto profundo da escuridão do espaço. Então, um multiverso seria, na definição de David DEUTSCH, «[a] unified physical entity that contains more than one universe»¹⁰⁹.

Tais realidades, especula Brian GREENE, poderiam ter sido formadas a partir da ocorrência de uma «space-smoothing inflationary expansion»¹¹⁰

¹⁰⁸ Ecoando a conclusão de Richard SHERWIN acerca de uma compreensão do sentido da justiça como racionalmente indeterminável — a «fateful justice» ou «justice as chance» — («what kind of justice is that?»), afirma GIDDENS que «[t]he indeterminacy of phenomenological life, however, does not have to be understood as a radical challenge to the very idea of justice or our ability to attribute responsibility for behaviour». Cfr. Richard K. SHERWIN, «Cape Fear: law's inversion and cathartic justice», *University of San Francisco Law Review*, 1996, 1042; Thomas GIDDENS, «Criminal Responsibility and the Living Self», 203.

¹⁰⁹ Cfr. o glossário exposto em David DEUTSCH, *The Beginning of Infinity: Explanations That Transform the World*, London: Penguin, 2012, 211.

¹¹⁰ «Just as it's possible to hit the jackpot on a number of slot machines on the floor of the Bellagio, in the primordial state of high entropy and overall chaos there was no reason why the conditions necessary for inflationary expansion would arise only in a single spatial nugget. [...] If that were so, our universe would be but one among many that sprouted — and perhaps continue to sprout — when chance fluctuations made the conditions right for an inflationary burst. [...] As these other universes would likely be forever separate from ours, it's hard to imagine how we would ever establish whether this "multiverse" picture is true. However, as a conceptual framework, it's both rich and tantalizing. Among other things, it suggests a possible shift in how we think about cosmology.» Cfr. Brian GREENE, *The Fabric of the Cosmos: Space, Time, and the Texture of Reality*, 1ª ed. New York: A.A. Knopf, 2004, 320. «The word "universe" has traditionally been used to mean "the whole of physical reality. In that sense, there can be at most one universe. We could stick to that definition and say that the entity we have been accustomed to calling "the universe" [...] is not the whole universe at all, but only a small portion of it. Then we should have to invent a new name for that small, tangible portion. But most physicists prefer to carry on using the word "universe" to denote the same entity that it has always denoted, even though that entity now turns out to be only a small part of physical reality. A new word, multiverse, has been coined to denote physical reality as whole.» Cfr. David DEUTSCH, *The*

aliada a sucessivos *big bangs*¹¹¹, e tanto a noção de *tempo* como a de *espaço* se fracionariam em *tempos* e *espaços*, hipoteticamente redutíveis a uma *ultra-small* unidade essencial¹¹². Segundo DEUTSCH, «[s]ingle particle interference experiments [...] show us that the multiverse exists and that it contains many counterparts of each particle in the tangible universe. [...] The multiverse is roughly partitioned into parallel universes»¹¹³, e, nesse contexto, a autonomia relativa (independência) dos quantificáveis universos seria admissível¹¹⁴. De acordo com esta compreensão, portanto, a totalidade seria composta por «many non-interacting quasi-classical worlds»¹¹⁵, cada um constituindo, de forma independente, a sua própria realidade¹¹⁶. Em suma, muito embora não haja consenso quanto aos pressupostos que sustentariam a possibilidade da existência do multiverso, nem quanto às propriedades intrínsecas que este portaria, as fronteiras da realidade física, tradicionalmente compreendidas por referência às unidades mensuráveis da matéria, do tempo e do espaço, se desdobram e complexificam, quer em possíveis «universos» paralelos ou unitários, não autónomos ou autónomos, reciprocamente interferentes ou não interferentes, relacionáveis ou não relacionáveis («[t]here may be much more to space and time than we anticipated; if there is, what we consider to be “everything” may be but a small constituent of a far richer reality»¹¹⁷).

Como até aqui se apura, do contexto das perspetivas jusestéticas, a realidade juridicamente relevante não é simplesmente o campo subjacente à inflexão de uma teoria da aplicação (lógico-formal) de normas jurídicas, nem mesmo propriamente o universo deslaçado de interesses descontextualizados e quantificáveis, mas passa a ser recompreendida pelo acréscimo, a um

Fabric of Reality, USA: Penguin Books, 1998, 45-46.

¹¹¹ «[I]nflation itself is best viewed as the overarching cosmological framework within which big bang-like evolutions happen, bubble by bubble.» Cfr. Brian GREENE, *The fabric of the cosmos*, 321.

¹¹² Cfr. Brian GREENE, *The fabric of the cosmos*, 493.

¹¹³ Cfr. David DEUTSCH, *The Fabric of Reality*, 45-46.

¹¹⁴ Na física quântica, em contraposição às perspetivas ditas de racionalidade antrópica, a hipótese de existência de múltiplos universos é também estudada no contexto da teoria de H. EVERETT e da sua hipótese de um *relative state*. EVERETT teria sido o primeiro a compreender claramente, já em 1957, que a teoria quântica «descrevia um multiverso». «[T]he Everettian multiverse is rather well behaved and well understood compared to some which have been postulated. [...] In Everettian quantum mechanics we have a rather precisely constrained theory of a multiverse, generating detailed — and thoroughly confirmed — predictions, and arguably allowing us to directly detect multiple Universes in certain cases.» Cfr. David WALLACE, *The Emergent Multiverse: Quantum Theory According to the Everett Interpretation*, 1ª ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, 368. Cfr. David DEUTSCH, *The Fabric of Reality*, 49.

¹¹⁵ Cfr. David WALLACE, *The emergent multiverse*, 372.

¹¹⁶ «All its universes have the same constants of physics, and the interactions of these universes do not involve travel to, or measurement of, each other.» David DEUTSCH, *The Beginning of Infinity*, 199.

¹¹⁷ Cfr. Brian GREENE, *The fabric of the cosmos*, 412.

microcosmo problemático, prático e circunstancial, de uma dimensão ética, imagética, simbólica e emocional. A relevância prática do Direito é assim submetida à cosmologia global de uma «many-worlds theory»¹¹⁸, uma que recusa como ponto de partida para as leituras que empreende da realidade prática a ambição de determinação dogmática e institucional de um caricato *rule of law*, comprometido com unidades fixas e respostas predefinidas. A rota alternativa implicaria abrir a dimensão instituinte do Direito a outros mundos possíveis, porém ocultos, assumindo-os como constituintes necessariamente vinculantes de respostas *autênticas*. O diálogo crítico que neste ponto se esculpe é sobretudo com as compreensões mecanicistas daquela realidade, sejam as que emanam da preservação do *fantasma* do formalismo de tradição normativista e, portanto, dos resíduos do «método jurídico» em que a mesma tradição se consuma, especialmente com o «momento» meramente *técnico* que neste pode ser identificado e com o paradigma lógico-subsuntivo que ao mesmo segue aderido¹¹⁹, sejam as outras leituras, também mecanicistas, mas já em outro sentido, praticadas pelo paradigma instrumental, técnico-científico, económico ou tecnológico, que procura no jurídico apenas o *meio* para a realização de certos objetivos externos.¹²⁰

Em relação às primeiras, o «decalque» do «mundo dos factos» nos limites racionais da estrutura lógica das proposições normativas é assumido criticamente como uma espécie de fantasia teórica pela qual o unitário «mundo do Direito», animado pelas práticas da comunidade jurídica, trabalharia para domar — e, bem assim, fracionar e perverter — a complexidade inantecipável e implacável do «mundo da vida». Utilizando para tanto uma técnica assimilada como um argumento racional (mas, no fundo, despida da racionalidade que invoca, porquanto consumida pela lógica burocrática) enquanto instrumento ao serviço de um ideal patológico de simplificação. «For law works as a kind of funnel, which, as it distills the law from the brute facts of human life, intensifies the discarded factual matter of life in the process of excluding

¹¹⁸ «Everettian quantum mechanics, after all, is a many-worlds theory, and so our own world constitutes just one small aspect of the universal quantum state.» Cfr. David WALLACE, *The emergent multiverse*, 305.

¹¹⁹ Vide António Castanheira NEVES, «Método Jurídico», em *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 297-299, 301-308.

¹²⁰ Neste sentido, *vide*, por todos, António Castanheira NEVES, «Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problemas” — Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 74 (1998) 1-44; António Castanheira NEVES, «O Funcionalismo Jurídico», em *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 199-318; Aroso LINHARES, «Jurisdição, Diferendo e “Área Aberta” — a caminho de uma “teoria” do direito como moldura?».

it»¹²¹. Em relação às segundas, ganha relevo a crítica aos discursos puramente estratégico-finalísticos que, sem deixarem de mobilizar (como se arquetipicamente) a sombra do mesmo método de Oitocentos (mas recusando a *one right answer thesis* em que este desagua), compreendem aquela realidade já não propriamente como factos autónomos e isolados, «decalcados» à moldura lógica da norma, mas sim enquanto um conjunto de interesses conflitantes e localizados, passíveis de um cálculo «racional» equivalente. De um modo ou do outro, o alcance normativo da ordem jurídica encontrar-se-ia predefinido, quer pela conversão dos contextos problemáticos referentes numa caricatura composta por *factos*, quer pela sua desmaterialização em termos de uma mais ou menos desenvolvida equação.

Os discursos jusestéticos partem então, exemplarmente, da ideia de reassunção crítica do sentido que orienta a assimilação, pelo Direito, dos elementos concretos que integram os contextos práticos a conformarem a base histórico-material para a emergência dos problemas jurídicos e a definição dos seus limites intencionais, sendo daí tais contextos juridicamente refletidos não propriamente como *dados* ou *eventos*, topicamente reconduzíveis a «evidências» objetivas, mas já enquanto *histórias* microscopicamente constituídas, abrindo-se aqui a porta para a intervenção no Direito de formas de racionalidade prática alternativas, nas quais a racionalidade estética *stricto sensu* (em que a «faculdade» passiva da *aisthesis* enriquece-se da capacidade ou aptidão para o pensamento, ou *voûç*¹²²), impulsionada pela conceção aristotélica das *virtudes intelectuais*¹²³, nomeadamente a da *phronesis*, articula-se com os modos de construção das formas narrativas (vencendo o estigma do «paradoxo»

¹²¹ Cfr. Jeanne GAAKEER, «The Legal Hermeneutics of Suffering», 129.

¹²² Na sua tradução da *Ética à Nicómaco*, António CAEIRO explica que ARISTÓTELES assume o *voûç* (que então se traduz para «poder de compreensão intuitiva») como um tipo de intuição ligado ao intelecto, uma compreensão ou perceção tanto de objetos mutáveis quanto imutáveis que ultrapassa a simples manifestação circunstancial dos mesmos; *voûç* representaria a quintessência da «lucidez humana» (cfr. ARISTÓTELES, *Ética à Nicómaco*, trad. António de Castro Caeiro, Lisboa: Quetzal, 2012, 286.). R. SHINER o assume como *hexis*, ou «state of character», e, como tal, seria uma virtude intelectual ligada à parte da alma que é capaz de calcular-ponderar, ao lado da *phronesis*. Seria, portanto, um estado próprio dos seres humanos, ao passo que a *aisthesis*, ou a habilidade para sentir, pertenceria a todos os animais. Apesar de não aparecer isolado, nos humanos, do *voûç*, ou *active thinking*, a receção passiva das formas constituiria essencialmente «the sole operation of *aisthesis*». Portanto, SHINER conclui que a *aisthesis* não pode funcionar sozinha como o pressuposto para a elaboração superveniente do pensamento prático, devendo aparecer em necessária articulação com o *voûç*. Vide Roger A. SHINER, «Aisthēsis, Nous” and “Phronēsis” in the Practical Syllogism», *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition* (1979) 378-384; Joseph DUNNE, *Back to the Rough Ground – Practical Judgment and the Lure of Technique*, Indiana: University of Notre Dame Press, 1997, 295-299.

¹²³ Vide o Livro VI do *Ética à Nicómaco* na referida tradução de António Caeiro.

intencional entre *poiesis* e *verdade* invocado por W. DUONG¹²⁴)... *sem prejuízo* de ter de ser essa narratividade também revista nos seus elementos estruturantes (desde logo questionada no seu pendor tendencialmente centrípeto), ao deixar-se ainda derivar para aquelas *outras* formas que se apresentam como um possível caminho de avanço pós-narrativo — abdicarem do apelo a uma (ainda que descontínua) ambição de integralidade e unidade de sentido. Pois, se os mundos interpelantes deveriam ser já originariamente *outros*, *outras* também deveriam ser racionalidades capazes de orientar caminhos de acesso àqueles *outros-mundos*. A contribuição narrativista é, neste contexto, explorada de forma elástica para concretizar, portanto, no plano reflexivo, um salto para longe da perspectiva descritiva e reivindicar uma concertação entre as figuras típicas do *homo narrans* ou do *storyteller*, aquele que consegue transformar contextos disformes em teias de sentido, e a do *phronimos*, aquele que detém um tipo específico de sabedoria prática marcada pela capacidade de ponderação — de aceder ao «universal» — no terreno daquilo que é particular e variável, e que, portanto, requer um olhar especialmente sensível ou capaz de captar, *sem máscaras, a especificidade*, tanto performativa quanto estética, *do que é singular*.

Assim, a partir da mencionada concertação, o Direito seria alimentado com as possibilidades da comunicação e da representação simbólica daquilo que, nas línguas «originárias» dos juristas, à partida não seria possível transmitir ou absorver: desde os aspetos socioculturais ligados à configuração particular da identidade, da subjetividade íntima e dos limites à socialidade (devidamente reconstituídos *bottom-up* e não *top-down*, isto é, não a partir da dimensão dogmática potencialmente convocável, mas da perspectiva dos sujeitos interve-nientes e especificamente afetados nas suas circunstâncias concretas), às razões emocionais e *nuances* psicológicas mais delicadas e potencialmente implicadas, de modo escuro e silencioso, nos resultados *exteriores* que dão margem às controvérsias. Vai-se então admitindo, já nas palavras de Paul RICOEUR, que «todos os sistemas simbólicos constroem e reconstroem a realidade»¹²⁵, e que essa construção e essa reconstrução também se realizam no contexto jurídico, o qual evolui como o resultado de um processo de conversação permanente que abdica, à partida, de uma referenciação empírica como substância predefinida para a construção de uma *verdade lógica*, abraçando antes o caminho

¹²⁴ Vide Wendy Duong, «Law is Law and Art is Art and Shall the Two Ever Meet? Law and Literature: The Comparative Creative Processes», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2005.

¹²⁵ «In this sense, all symbolic systems have a cognitive value: they make reality appear in such and such a way.» Cfr. Paul RICOEUR, «The Narrative Function», *Hermeneutics and the Human Sciences: Essays on Language, Action and Interpretation*, ed. & trad. por John B. Thompson, Cambridge University Press, 2016, 255.

positivamente turvo, porque enriquecedor, de uma *verdade prática* que no fundo não serve à verdade alguma, e sim a um sentido de consonância ou de plausibilidade-possibilidade prático-material que atende a um *continuum* de projetos de justiça de índole supralegal e ética. Se «o mundo como o conhecemos é um conjunto de histórias dentre as quais devemos escolher de modo a recriar continuamente a vida» (FISHER)¹²⁶, e se as variadas formas de experiência da vida e de representação do mundo humano só se tornariam possíveis por meio da constituição de narrativas, também o Direito se deveria ir costurando microscopicamente no interior dos casos, de história em história, e a realidade jurídica macroscopicamente transpareceria como uma cadeia complexa de narrativas levadas adiante por um conjunto difuso de narradores, quer aqueles que diretamente interviriam, enquanto *parte*, naquelas controvérsias, quer aqueles que integrariam instrumentalmente ou acidentalmente o mesmo contexto (testemunhas, *experts*, autoridades oficiais e extraoficiais, *vozes* externas...). A experiência do Direito torna-se, assim, simultaneamente o meio e o reflexo de uma particular arte de composição da linguagem: aquela em que uma cadeia contingente de narrativas-versões entrecruzadas e possíveis, explícitas ou mascaradas, reais ou imaginadas, vai ganhando volume caleidoscopicamente.

Deste modo, quando procuramos projetar uma tal compreensão no contexto de relevância do Direito Penal, passamos a assumir o crime, na perspectiva do julgador, numa unidade contextual dificilmente linear e preponderantemente polifónica, a conexionar personagens e atores distintos, polarizados, entretanto, entre o sujeito a quem se atribui a prática da infração penal, a vítima potencialmente atingida (nos casos em que esta é chamada para integrar de algum modo a relação jurídica) e a sociedade-Estado. O autêntico sentido intencional da narrativa do crime só se preencheria verdadeiramente, portanto, pela relação entre aquele universo que se externaliza na ação e aquele outro que, sendo indefinível e singular, não é passível de determinação prévia e não se sujeita, portanto, sob pena de se desvirtuar, aos limites da linguagem corrente e à sua normativa contenção, apenas se tornando potencialmente apreensível em concreto. É como se o momento em que o sujeito pratica a ação qualificada como ilícita funcionasse apenas como o catalisador de uma teia que convoca outras unidades tanto simultâneas como variáveis, mergulhando então para dentro de outros momentos e convocando, nesse mergulho, outros *universos*: com isso, outras circunstâncias, partilhadas ou independentes, e

¹²⁶ «The world as we know it is a set of stories that must be chosen among in order for us to live life in a process of continual re-creation.» Cfr. Walter R. FISHER, *Human Communication As Narration: Toward a Philosophy of Reason, Value and Action*, Columbia: University of South Carolina Press, 1987, 65.

outras, mais ou menos autônomas, temporalidades. Parafraseando David WALLACE (este a propósito da natureza do «multiverso»), tais mundos, os que convergem para um momento definidor, estariam constantemente a dividir-se em múltiplas versões de si mesmos, e o crime, neste contexto, acaba sendo «just one amongst this multitude»¹²⁷.

Pelo que vigora aqui, portanto, uma vocação para a *integralidade*.

Uma vocação sustentada, de forma implícita ou explícita, na base desses pensamentos, pela referência a uma compreensão radicalmente ética, portanto, *integral e holística*, da humanidade enquanto valor, preponderante e indeterminado, a ser realizado pelo Direito, o que implicaria, paralelamente, a assunção de um compromisso prático vincado numa responsabilidade também ela mesma *integral e holística* (neste caso, uma responsabilidade primeiramente do próprio Direito sobre os sujeitos a quem este dirige exigências determinadas de responsabilidade), e pressuporia um mergulho fundo nas circunstâncias humanas em toda a sua complexidade, mergulho este tanto mais necessário quanto mais potencialmente gravosas fossem, no plano pessoal, as consequências da atuação jurídica. E, neste ponto, quando aquilo que a justiça equaciona são os valores-bens que mais diretamente afetam e intrinsecamente definem, no plano intencional, a própria verificação daquela condição elementar de humanidade — e o campo do Direito Penal é disto um exemplo paradigmático — os riscos de uma artificialização sistemática da realidade seriam mesmo intoleráveis. Tudo isto com o revés da constatação, quando submetemos as propostas em comento a um filtro de relevância distinto... justamente aquele que localiza o problema da autonomia do Direito, de que esta exigência *integral* de responsabilidade dirigida à própria instância responsabilizante apenas se torna logicamente possível, normativamente inteligível e praticamente realizável quando admitimos previamente a irrelevância ou a dissolução da projeção metodológica do sentido da *tercialidade* especificamente *jurídica* (não simplesmente ética, ético-política ou estética). Com o que se poria o problema da dissolução da própria compreensão da intersubjetividade, na bilateralidade que juridicamente a qualifica. Pois, quando contemplamos a abertura para a *verdadeira* aproximação-compreensão e para a assimilação incondicional do «inferno particular» de cada um, sem máscaras que nos *relativizam*... será ainda a *culpa* uma categoria inteligível?

¹²⁷ «[I]f the quantum state is a faithful description of physical reality, then that physical reality consists of a vast number of distinct “worlds” (or “universes”, or “branches”). These worlds are dynamically speaking almost independent of one another; by and large they behave approximately classically; they are constantly splitting into multiple versions of themselves; our own world is just one amongst this multitude.» Cfr. David WALLACE, *The emergent multiverse*, 46.

E, não sendo já inteligível sob o ponto de vista do Direito Penal, que tipo de responsabilidade poderiam a mesma categoria — e este Direito — demandar?

Compreendido, por isso, o Direito para além das fronteiras do seu «universo» típico ... não se pode deixar de colocar, portanto, uma pergunta crucial: a que suscita a questão de ser já ou não Direito, ainda que um Direito pós-moderno, híbrido ou rarefeito, aquilo que o conjunto das perspetivas justestéticas discursivamente determina, e, assim, se chegará tanto a elasticidade prático-normativa dos fundamentos que identificam o fio narrativo do próprio Direito enquanto experiência prático-cultural, ou se, na perspetiva de um habitante dos outros... possíveis... porém, ainda distantes... universos... não estará o próprio sentido da dimensão jurídica imerso ele mesmo no manto escuro que os condicionaria — a esta dimensão e àquilo que está no lado de lá — a uma situação originária de recíproca invisibilidade, perdida em meio ao dever de absorção da multiplicidade contida em vozes inantecipáveis e, neste infinito... um infinito sempre apenas *a posteriori* e parcialmente determinável..., perdida sobretudo no vórtex de compromissos práticos que cumpriria ao jurídico assimilar (proporcional à velocidade atordoante de uma práxis sempre a revelar e por relevar¹²⁸). Se na base da experiência do Direito está a do ser humano, na sua pessoalidade, e se no cerne dessa pessoalidade reside um fundamento ético (já isto nos ensina Castanheira NEVES...), que aqui se interceta como a sua *ultrasmall essential unity*, é bem verdade que o Direito já não o será fora desta unidade essencial — mas é igualmente verdade que o mesmo fundamento, apontando para uma feição já também *jurídica*, e não simplesmente nem integralmente ética, de autodisponibilidade axiológica, atende, portanto, a *uma ideia e a um sentido*, ou vai sendo por esta ideia e este sentido temporalmente revestido... enquanto a prática jurídica é problemáticamente chamada a realizá-los, assumindo pressupostos e compromissos normativos e dedicando-se a desenhar, na balança em que *autonomia e responsabilidade* se equilibram, o também específico rosto (a máscara de Janus?) de um sujeito *jurídico*. Que, para tornar-se partilhável, não pode ser só particular.

¹²⁸ «The movement of law is not *circular*, nor *rectilinear*, nor *parabolic*, nor rigorously *periodic* or *uniform* — its movement is not *rigorously mechanically* definable —, but *dialectical*, with *accelerations* and *decelerations*, advancing and receding, continuously answering to the *stimulus* of practice, but also, in other circumstances, being itself the *stimulus* to the development of that *praxis* — but never diluting itself in those *stimuli*, otherwise it wouldn't be anymore what it really is: a normatively regulative intention to social *praxis*.» Cfr. Ana Margarida Simões GAUDÊNCIO, «From Centrifugal Teleology to Centripetal Axiology (?): (In)Adequacy of the Movement of Law to the Velocity of Praxis», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 88 (2012) 102. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 88 (2012)

Referências bibliográficas

- ANKER, Elizabeth S.; MEYLER, Bernadette, «Introduction», in ANKER, Elizabeth S.; MEYLER, Bernadette (eds.), *New directions in law and literature*, New York: Oxford University Press, 2017, ISBN 978-019-045-636-8, 1-30
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. António de Castro Caeiro, Lisboa: Quetzal, 2012, ISBN: 978-972-564-803-2
- BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich, «The Discourse in the Novel»«, in HOLQUIST, Michael (ed.), trad. Caryl Emerson e Michael Holquist, *The dialogic imagination [Voprosy literalury i estetiki]*, Austin/London: University of Texas Press, 1981, ISBN: 978-029-271-534-9, 269-434
- BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, ISBN: 978-972-321-378-2
- BROOKS, Peter, *Troubling confessions: speaking guilt in law & literature*, Chicago: University of Chicago Press, 2000, ISBN: 978-022-607-585-3
- COVER, Robert, «Violence and The Word», in *The Yale Law Journal*. ISSN: 0044-0094, (1986) 1601-1629
- DEUTSCH, David, *The Beginning of Infinity: Explanations That Transform the World*, London: Penguin, 2012, ISBN: 978-014-027-816-3
- *The Fabric of Reality*, USA: Penguin Books, 1998, ISBN: 978-014-014-690-5
- DOUZINAS, Costas, «Perspectives on the History and Significance of Scholarship in Law and the Humanities: Three Views», in SARAT, Austin; ANDERSON, Matthew Daniel; FRANK, Cathrine O. (eds.), *Law and the humanities: an introduction*, Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2010, ISBN: 978-052-189-905-5, 49-121
- *Human Rights and Empire — The political philosophy of cosmopolitanism*, New York: Routledge-Cavendish, 2007, ISBN: 978-041-542-758-6
- «Identity, Recognition, Rights or What Can Hegel Teach Us about Human Rights». *Journal of Law and Society*, ISSN: 1467-6478, n.º 3 (2002) 379-405
- *The End of Human Rights — Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford: Hart Publishing, 2000, ISBN: 978-184-113-000-2
- DOUZINAS, Costas; GEAREY, Adam, *Critical Jurisprudence: The Political Philosophy of Justice*, Hart Publishing, 2005, ISBN: 978-184-113-452-9
- DOUZINAS, Costas; GEARTY, C. A. (eds), *The Meanings of Rights: the Philosophy and Social Theory of Human Rights*, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2014, ISBN: 978-110-702-785-5
- DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat, «Introduction: politics, ethics and the legality of the contingent», in GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat;

- DOUZINAS, Costas (eds.), *Politics, postmodernity and critical legal studies — The legality of the contingent*, London and New York: Routledge, 1994, ISBN: 978-041-508-651-6, 1-31
- DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie, «The Face of Justice: A Jurisprudence of Alterity», in *Social and Legal Studies*, ISSN: 0964-6639, 3 (1994) 405-426
- «Posting the law: Social contracts and the postal rule's grammatology», in *International Journal for the Semiotics of Law — Revue Internationale de Sémiotique Juridique*. ISSN: 0952-8059 (1991)
- «“A Well-Founded Fear of Justice”: Law and Ethics in Postmodernity», in *Law and Critique*, ISSN: 0957-8536 (1991a)
- DUARTE, Brisa Paim. «O(s) movimento(s) (do) direito & literatura no cerco da autorreferencialidade: um trajeto polifónico e (alguns) possíveis mapeamentos», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ISSN: 0303-9773, XCII, II (2016) 1103–1160
- DUNNE, Joseph, *Back to the Rough Ground — Practical Judgment and the Lure of Technique*, Indiana: University of Notre Dame Press, 1997, ISBN: 978-026-800-705-8
- DUONG, Wendy, «Law is Law and Art is Art and Shall the Two Ever Meet? Law and Literature: The Comparative Creative Processes», in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, ISSN: 1077-0704 (2005)
- FELDMAN, Stephen M, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism: an intellectual voyage*, New York: Oxford University Press, 2000, ISBN: 978-019-510-966-5
- FERRELL, Jeff; HAYWARD, Keith; YOUNG, Jock, *Cultural Criminology: an invitation*, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington D.C.: Sage, 2008, ISBN: 978-141-293-127-4
- FISHER, Walter R, *Human Communication As Narration: Toward a Philosophy of Reason, Value and Action*, Columbia: University of South Carolina Press, 1987, ISBN: 978-087-249-624-8
- FITZPATRICK, Peter, «Death as the Horizon of the Law», in MANDERSON, Desmond (ed.), *Courting Death: The Law of Mortality*, Pluto Press, 2015, 19-33, <https://doi.org/10.2307/j.ctt18fs9gk>
- *The Mythology of Modern Law. Sociology of law and crime*. London, New York: Routledge, 1992, ISBN: 978-041-508-263-1
- GAAKEER, Jeanne, «The Legal Hermeneutics of Suffering», in *Law and Humanities*, 3, n.º 2 (dezembro de 2009) 123-149, <https://doi.org/10.1080/17521483.2009.11423765>
- «(Con)Temporary Law», in *European Journal of English Studies*, 11, n.º 1 (abril de 2007) 29-46, <https://doi.org/10.1080/13825570601183328>

- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Entre o Centro e a Periferia — A Perspectivação Ideológico-política da Dogmática Jurídica e da Decisão Judicial no Critical Legal Studies Movement*, vol. 2, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013, ISBN: 978-853-752-343-8
- «From Centrifugal Teleology to Centripetal Axiology (?): (In)Adequacy of the Movement of Law to the Velocity of Praxis», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ISSN: 0303-9773, n.º 88 (2012) 91-103
- GIDDENS, Thomas, «Criminal Responsibility and the Living Self», in *Criminal Law and Philosophy* 9, n.º 2 (junho de 2015) 189-206, <https://doi.org/10.1007/s11572-013-9212-2>
- «Law and the machine: fluid and mechanical selfhood in *The Ghost in the Shell*», in GIDDENS, Thomas (ed.), *Graphic justice: intersections of comics and law*, London/New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2015, ISBN: 978-131-765-838-2, 89-105.
- GIRARD, René, *Violence and the Sacred*, John Hopkins paperbacks ed., Baltimore: Hopkins Univ. Press, 1979, ISBN: 978-080-182-218-6
- GOODRICH, Peter, «Book Review: Law-Induced Anxiety: Legists, Anti-Lawyers and the Boredom of Legality», in *Social & Legal Studies*, 9, n.º 1 (março de 2000) 143-163, <https://doi.org/10.1177/096466390000900107>
- GREENE, Brian, *The Fabric of the Cosmos: Space, Time, and the Texture of Reality*, 1ª ed. New York: A.A. Knopf, 2004, ISBN: 978-037-572-720-7
- HALLEY, Janet. «The Politics of Injury: A Review of Robin West's Caring for Justice». *Unbound: the Harvard Journal of the Legal Left*, ISSN: 1932-3808, 1 (2005) 65-92
- LACROIX, Alison L.; MCADAMS, Richard H.; NUSSBAUM, Martha Craven (eds), *Fatal fictions: crime and investigation in law and literature*, New York: Oxford University Press, 2017, ISBN: 978-019-061-078-4
- LINHARES, José Manuel Aroso. «“Juízo ou Decisão?”: Uma Interrogação Condutora no(s) Mapa(s) do Discurso Jurídico Contemporâneo», in BRONZE, Fernando José; LINHARES, José Manuel Aroso; MARQUES, Mário Alberto Reis; GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, *Juízo ou Decisão? O Problema da Realização Jurisdicional do Direito*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, ISBN: 978-989-8787-41-5, 227-249
- «O Homo Hymans do Direito e e Projecto Inacabado da Modernidade», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ISSN: 0303-9773, 86 (2010) 515-561
- «Jurisdição, Diferendo e “Área Aberta” — a caminho de uma “teoria” do direito como moldura?», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias*, ISSN: 0303-9773 (2009)
- MANDERSON, Desmond, «Beyond the magic bullet: Why the asylum-seeker problem is like the drug problem», in DOUGLAS, Bob; WODAK, Jo (eds.), *Refugees and asylum seekers: Finding a better way*, Australia21 Limited, 2013, ISBN: 978-098-739-916-8, 80-84

- «Modernism, Polarity, and the Rule of Law», in *Yale Journal of Law & the Humanities*, ISSN: 1041-6374, 24, n.º 2 (1 de janeiro de 2012) 475-505
- «Modernism and the Critique of Law and Literature», in *Australian Feminist Law Journal*, ISSN: 1320-0968, 35 (1 de janeiro de 2011) 107-123
- «Possessed: The Unconscious Law of Drugs», in FRASER; Suzanne; MOORE, David (eds.), *The Drug Effect: Health, crime and society*, New York: Cambridge University Press, 2011, ISBN: 978-052-115-605-9, 225-239
- «Trust US Justice: “24”, Popular Culture and the Law», in SARAT, Austin (ed.), *Imagining Legality: Where Law Meets Popular Culture*, Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2010, ISBN: 978-081-735-678-1, 22-52
- «Another Modest Proposal», in GANI, Miriam; MATHEW, Penelope (eds.), *Fresh Perspectives on the «War on Terror»*, ANU Press, 2008, 27-44, <http://www.jstor.org/stable/j.ctt24hf7j.10>
- «Another Modest Proposal», in *Deakin Law Review*, ISSN: 1321-3660, 10, n.º 2 (1 de janeiro de 2005) 640
- *Songs without music: aesthetic dimensions of law and justice. Philosophy, social theory, and the rule of law*, vol. 7, Berkeley, Calif: University of California Press, 2000, ISBN: 978-052-021-688-4
- Symbolism and racism in drug history and policy». *Drug and Alcohol Review*, 18, n.º 2 (1 de junho de 1999) 179-186. <https://doi.org/10.1080/09595239996617>
- «Substances as Symbols: Race Rhetoric and the Tropes of Australian Drug History». *Social & Legal Studies*, 6, n.º 3 (setembro de 1997) 383-400, <https://doi.org/10.1177/096466399700600304>
- *From Mr. Sin to Mr. Big: a history of Australian drug laws*. Melbourne, New York: Oxford University Press, 1993, ISBN: 978-019-553-531-0
- MINDA, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*. New York/London: New York University Press, 1995, ISBN: 978-081-475-510-5
- MINOW, Martha, «Between Vengeance and Forgiveness: Feminist Responses to Violent Injustice», *New England Law Review*, ISSN: 0028-4823, 32 (1998) 967-981
- «Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover», *Yale Law Journal*, ISSN: 0044-0094, 96 (1987) 1860-1915
- MINOW, Martha; ROSENBLUM, Nancy L. (eds.), *Breaking the cycles of hatred: memory, law, and repair*, Princeton, N.J: Princeton University Press, 2002, ISBN: 978-069-109-663-6
- NEVES, António Castanheira, «Uma Reconstituição do Sentido do Direito — na sua Autonomia, nos seus Limites, nas suas Alternativas». *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, ISSN: 2184-6219, 1, n.º 1 (2012): 1-31
- «Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito — ou as Condição de Emergência do Direito como Direito», in *Digesta — Escritos acerca*

- do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN: 978-972-32-1586-1, 9-41
- «O Funcionalismo Jurídico», in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN: 978-972-32-1586-1, 199-318
- «Pessoa, Direito e Responsabilidade», in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN: 978-972-32-1586-1, 129-158
- *O Direito Hoje e com Que Sentido? — O problema actual da autonomia do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, ISBN: 978-989-659-107-6
- «Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problemas” — Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito.», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ISSN: 0303-977374 (1998) 1-44
- *Apontamentos Complementares de Teoria do Direito — Sumários e Textos*. Coimbra: Policopiado (A-4), 1998.
- «Justiça e Direito», in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, ISBN: 978-972-320-675-3, 241-286
- «Método Jurídico», in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, ISBN: 978-972-320-695-1, 283-336.
- «A Revolução e o Direito», in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, ISBN: 978-972-320-675-3, 51-239
- «O Papel do Jurista no Nosso Tempo», in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, ISBN: 978-972-320-675-3, 9-50
- «O Papel do Jurista no Nosso Tempo», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ISSN: 0303-977374, XLIV (1968) 83 e ss.
- NOONAN, John T., *Persons and masks of the law: Cardozo, Holmes, Jefferson, and Wythe as makers of the masks*, Berkeley: University of California Press, 2002, ISBN: 978-052-023-523-6
- NUSSBAUM, Martha C., *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston: Beacon Press, 1995, ISBN: 978-080-704-109-3
- PORS DAM, Helle, *From Civil to Human Rights: Dialogues on Law and Humanities in the United States and Europe*, Cheltenham and Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, ISBN: 978-184-720-901-6

- POZZO, Barbara; CAVALLONE, Bruno (eds.), *Teaching Law through the Looking Glass of Literature*, Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 2010, ISBN:978-372-729-825-7
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, trad. Marlene Holzhausen, São Paulo: Martins Fontes, 2004, ISBN: 978-853-361-943-2
- REICHMAN, Ravit, «Law's Affective Thickets», in ANKER, Elizabeth S.; MEYLER, Bernadette (eds.), *New directions in law and literature*, New York, NY: Oxford University Press, 2017, ISBN: 978-019-045-636-8, 109-122
- RICOEUR, Paul, «The Narrative Function», in THOMPSON, John B. (ed. e trad.), *Hermeneutics and the Human Sciences: Essays on Language, Action and Interpretation*, Cambridge University Press, 2016, ISBN: 978-052-123-497-9
- SANTOS, Beleza dos, «Fins das Penas», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ISSN: 0303-977374, 14 (1937-1938) 21-75
- SANTOS, Cláudia Cruz, *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, Para quê e como?* 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, ISBN: 978-972-322-221-0
- SANTOS, Cláudia Maria Cruz, *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, Para quê e como?*, tese de doutoramento em Direito, na especialidade em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013
- «Um Crime dois Conflitos (e a Questão Revisitada do “Roubo do Conflito” pelo Estado)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ISSN: 0871-8563, 3 (2007): 459-474
- SARAT, Austin, «Vengeance, Victims and the Identities of Law», *Social & Legal Studies*, ISSN: 0964-6639, 6 (1997) 163-189
- SARAT, Austin; ANDERSON, Matthew; FRANK, Cathrine O., «Introduction: On the Origins and Prospects of the Humanistic Study of Law», in SARAT, Austin; ANDERSON, Matthew; FRANK, Cathrine O. (eds.), *Law and the humanities: an introduction*, Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2010, ISBN: 978-110-741-536-2, 1-46
- SHERWIN, Richard K., «Cape Fear: law's inversion and cathartic justice», *University of San Francisco Law Review*, ISSN: 0042-0018 (1996) 1023-1050.
- SHINER, Roger A, «“Aisthēsis, Nous” and “Phronēsis” in the Practical Syllogism», *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, novembro de 1979.
- SMITH, Matthew Noah, «Ideas of Justice: Positive», in SARAT, Austin; ANDERSON, Matthew; FRANK, Cathrine O. (eds.), *Law and the Humanities: an Introduction*, Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2010, ISBN: 978-110-741-536-2, 161-187
- SOUSA E BRITO, José de, «A Lei Penal na Constituição», in MIRANDA, Jorge (ed.), *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa: Petrony, 1978, 2:197-254

- WALLACE, David, *The Emergent Multiverse: Quantum Theory According to the Everett Interpretation*, 1^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, ISBN: 978-019-954-696-1
- WENDER, Jonathan M., *Policing and the poetics of everyday life*, Urbana: University of Illinois Press, 2008, ISBN: 978-025-203-371-1
- WEST, Robin, «Law's Emotions», *Richmond Journal of Law and The Public Interest*, ISSN: 1091-7322, 339 (2016)
- «Desperately Seeking a Moralist», *Harvard Journal of Law & Gender*, ISSN: 1558-4356, 29 (2006) 1-51
- «The Difference in Women's Hedonic Lives: a Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory», *Wisconsin Women's Law Journal*, ISSN: 1052-3421, 15 (2000) 149-215
- *Caring for Justice*, New York: New York Univ. Press, 1997, ISBN: 978-081-479-291-9
- «Jurisprudence and Gender», *The University of Chicago Law Review*, ISSN: 0041-9494, 55, n.º 1 (1988) 1-72
- WHITE, James Boyd, «Justice in Tension: An Expression of Law and the Legal Mind», *No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice (NoFo)*, ISSN: 1797-2264, 9 (2012) 1-19
- «The "Legal Imagination" and the Beginning of Modern Law and Literature», in *Teaching Law Through the Looking Glass of Literature*, Berna: Stämpfli Verlag, 2010, ISBN: 978-372-729-825-7, 9-24
- «Law, Economics, and Torture», in POWELL, H. J.; WHITE, J. B., *Law and Democracy in the Empire of Force*, University of Michigan Press, 2009, ISBN: 978-047-211-684-3, 265-284.
- «Doctrine in vacuum: Reflections on what law school ought (and ought not) to be», *Journal of Legal Education*, ISSN: 0022-2208, 36, n.º 2 (1986) 155-166
- «Law As Rhetoric, Rhetoric As Law: The Arts of Cultural and Communal Life», *University of Chicago Law Review*, ISSN: 0041-9494, 52, n.º 3 (1985): 684-702
- «Making Sense of What We Do — the Criminal Law as a System of Meaning», in *Heracles' Bow — Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, The University of Wisconsin Press, 1985, ISBN: 978-029-910-414-6, 192-214.
- «The Invisible Discourse of the Law: Reflections on Legal Literacy and General Education», *University of Colorado Law Review*, ISSN: 0041-9516, 54, n.º 2 (1983) 143-160
- «Making Sense of the Criminal Law», *University of Colorado Law Review*, ISSN: 0041-9516, 50, n.º 1 (1978) 1-28

(Página deixada propositadamente em branco)

PARTE II

**O PRINCÍPIO *NULLUM CRIMEN
SINE CULPA* E O PROBLEMA DA
AUTONOMIA DO DIREITO**

(Página deixada propositadamente em branco)

04. Princípio da culpa e corresponsabilidade de preservação:

uma «convenção constitutiva profunda» do jogo do Direito?

04. Principle of culpability and co-responsibility for preservation:

a «constitutive deep convention» conforming the game of Law?

J. M. Aroso Linhares

Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito

<https://orcid.org/0000-0003-1380-5396>

Abstract: This chapter endeavours to explore the principle *nullum crimen sine culpa* (in its decisive articulation with a specific co-responsibility for preservation), as well as the troubling neighbourhood connections between two heterogenous idioms (*foundational conventionalism* and *jurisprudentialism*), on the one hand in order to allude to the chain of discursive *litiges* (if not *différends*) which the dogmatic experience of this principle allows, on the other hand in order to acknowledge the specific ways of incorporation (or practical assimilation) which, on a meta-dogmatic level, the treatment of the same principle as a constitutive «deep convention» (MARMOR) and its

acknowledgment as a trans-positive foundational warrant (CASTANHEIRA NEVES) distinctively impose. Is this last recognition a plausible one, when we consider the plurality of meanings (and roles, if not functions) that the thematization of *culpa* (in its constitutive historicity) seems allowed to perform? I would say that this is the decisive question to be considered.

Keywords: *nullum crimen sine culpa* — constitutive historicity — trans-positive principles — constitutive deep conventions — rule of recognition — incorporation

O propósito da reflexão que se segue é o de concentrar um problema maior da teoria do Direito do nosso tempo no exemplo do princípio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* — e na experiência de *incorporação* (de integração no *corpus juris*) que hoje distingue a vigência deste princípio. A que problema me refiro? Ao da *historicidade constitutiva* dos princípios normativos, entenda-se, ao da determinação das significações (uma determinação contextualizada e produtivamente circular) com que os *compromissos práticos* destes princípios (levados a sério como *Direito vigente*¹) constitutivamente se nos impõem. Problema que é também o das práticas de realização correlativas? Certamente. Porque é significativamente o da possibilidade destas práticas (concentradas no seu patamar judicativo-decisório) corresponderem a uma pretensão-exigência de *consonância*², oferecendo-se-nos assim como verdadeiros correlatos do conteúdo destes princípios. Como é também, e ainda, o das chamadas *práticas de estabilização* e o da mediação institucionalizadora indispensável (sistémico-dogmaticamente relevante) que estas introduzem: mediação que é decerto atribuível às prescrições legislativas em geral e à consagração constitucional em particular, mas que, sobretudo, responsabiliza o *direito dos juristas*, e neste, muito especialmente, o contributo da *dogmática doutrinal*.³

¹ Levados a sério como *ius*. O texto mobiliza uma distinção que devemos a Castanheira NEVES — já assim proposta na sua fundadora lição-síntese sobre os princípios [ver *Sumário de uma lição-síntese sobre «Os princípios jurídicos como dimensão normativa do direito positivo (a superação de positivismo normativista)»*, Coimbra: policopiado, 1976] —, a qual nos autoriza a contrapor conceções dos princípios como *ratio*, como *intentio* e como *ius*. Remeto-me para a recriação que propus em «Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?», in Alves CORREIA; Jónatas MACHADO; João LOUREIRO (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 395 e ss.

² Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 203-204. Veja-se também *idem*, *O problema actual do direito. Um curso de filosofia do direito*, terceira versão, Coimbra-Lisboa: policopiado, 1997, 59-60.

³ Tratei deste tema em «The Claim of “Consonance” between Principles and Problem-Solving Practices. The Challenge of Plurality and the Indispensable Mediation of *Juristenrecht*», in Aroso LINHARES; Ana

1. Porque é que a experiência contemporânea do *princípio da culpa* nos incita irresistivelmente a visitar este problema (na complexidade dos seus planos e das perguntas que estes geram)? Tendo em atenção que as perguntas dirigidas à vigência e à determinação do conteúdo dos princípios (pelo menos quando estes são levados a sério como autêntico *jus*) nos expõem hoje sem exceção às exigências da *circularidade prática* — e com estas à tensão irreduzível entre pressuposição dogmática e reinvenção crítica, agravada pela pluralidade, quando não instabilidade, dos contextos de significação-realização —, eu diria que esta relação e a *distinctiveness* que a legitima terão menos a ver com uma conformação *excepcional* do que com uma manifestação-limite de *exemplaridade* (exposta com uma força e uma nitidez inexcedíveis).

A intensificação desta *exemplaridade* e o grau de nitidez que a distingue têm, por sua vez, certamente a ver com o modo como as significações atribuíveis ao *princípio da culpa* nos aparecem dinamicamente distribuídas, gerando (e protegendo) dois compartimentos ou dois territórios analiticamente estanques: o primeiro dominado por elementos de significação convergentes (ou pelo menos sobreponíveis) [1.1.], o segundo disputado por perspectivas opostas (e outras tantas divergências, no limite do *diferendo*) [1.2.].

1.1. Quais são as componentes de significação que cabem no primeiro? Desde logo, cabem neste primeiro território a *afirmação de vigência* do princípio e o *argumento de continuidade* que vincula esta afirmação (ou a sua tradução normativa) à emergência e à preservação do Estado de Direito (ou do seu horizonte de sentido⁴) — eventualmente à experiência de constituição-aquisição (nuclearmente autónoma) de um «irrenunciável direito humano fundamental»⁵. Depois, cabem nele também o reconhecimento da dignidade normativo-constitucional do princípio, se não da sua força prescritivo-autoritária — o que significa dizê-lo vigente sempre que o texto constitucional o não declara (e explorar assim as alternativas de «implicação» ou de «pressuposição» que o relacionam com outros fundamentos ou com outros critérios)⁶, mas o que significa sobretudo acolhê-lo na sua «autonomia» normativa, identificando o «precipitado» que esta sustenta e inscrevendo este «no âmbito das *normas*

GAUDÊNCIO; Inês GODINHO (ed.), *Jurists' Law and European Identity. Dogmatic-Institutional, Methodological and Legal-Philosophical Problems*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2018, 107 e ss.

⁴ Figueiredo DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 231.

⁵ Faria COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa-Nacional da Casa da Moeda, 2017, 365.

⁶ Ana Bárbara Sousa e BRITO, «Sobre o lugar do princípio da culpa na Constituição portuguesa», in João Lopes ALVES et al., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário, Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009, 751 e ss., 755-759 (III.).

*penais constitucionais de garantia*⁷. Por fim, cabem nele um conjunto de *cânones* ou de *regras de juízo-julgamento*, sustentado numa concertação lograda de práticas de estabilização legislativa e dogmática e de realização jurisdicional: cânones que encontram o seu núcleo duro na chamada proibição de «penas fixas», ou mais rigorosamente, na pretensão-exigência de, sem prejuízo da «*desnecessidade* jurídica da pena atingir o quanto que à culpa corresponde»⁸, se conjugar «medida da pena» e «medida da culpa» — com a *regra de juízo* em causa a impedir que o limite máximo presumivelmente adequado ao nexo de imputação subjetiva venha a ser ultrapassado pela determinação da pena, sejam quais foram as razões que esta determinação invoque.⁹

1.2. Independentemente do peso maior ou menor que possa (ou que deva) ser atribuído a uma possível zona de fronteira¹⁰, o território por excelência do dissídio é, por sua vez, sem surpresa, o do problema do *fundamento* ou, se quisermos, o da aspiração ou o do sentido juridicamente *constituendo* que distingue o compromisso prático do *princípio da culpa*.

É certo que tal dissídio aparece relativamente domesticado ou ocultado (sob a aparência do que, com LYOTARD, diríamos uma sequência-vertigem de *falsos litígios*) sempre que se trata de discutir as afinidades eletivas com outros princípios ou outros direitos, se não mesmo as relações de fundamentação, derivação ou desimplicação que unilateral ou reciprocamente se estabelecem entre eles¹¹ — integrando-se nos últimos, decerto, os direitos à liberdade e à segurança, mas também o direito à integridade pessoal moral e física ... e, nos primeiros, os princípios da verdade material, da proporcionalidade, da adequação social, da presunção da inocência, da livre apreciação da prova, *last but not least*, o da responsabilidade enquanto correlato da «dignidade da pessoa humana», assim mesmo levado a sério como «enunciação de um momento hipotético em que se impõe um intencionado e fundante “poder agir de outra maneira”»¹².

⁷ Faria COSTA, *Direito Penal*, 357-358 (§18).

⁸ Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, Almedina: Coimbra, 1968 (reimpressão de 1971), 318.

⁹ «Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa»: aqui temos a formulação prescrita pela *secondary rule* (se quisermos, pela *rule of adjudication*) do art.º 40.º, nº 2, do Código Penal.

¹⁰ Nesta zona de fronteira, os elementos de significação beneficiam ainda de um amplo consenso, não deixando, no entanto, já de se verem feridos por vozes discordantes: um dos exemplos possíveis é o da cisão ou clivagem dogmático-categorial entre *ilicitude-tipicidade* e *culpa*. Para uma defesa desta cisão na sua relação constitutiva com as exigências do princípio da culpa, ver Faria COSTA, *Direito Penal*, 223-225 (§§ 87 e ss.), 349 (§ 2).

¹¹ Ana Bárbara Sousa e BRITO, «Sobre o lugar do princípio da culpa na Constituição portuguesa», **752-755 (II)**.

¹² Faria COSTA, *Direito Penal*, 224 (§ 89).

A emergência sem máscaras torna-se, porém, inevitável quando o discurso dogmático estabelece *pontes* deliberadas (mais ou menos conseguidas) com arenas discursivas *exteriores*, ainda que porventura através de núcleos metadogmáticos internos (fornecidos pela teoria e filosofia do Direito). Se nos lembrarmos que estas arenas discursivas vão (ou podem ir) da filosofia moral à sociologia dos sistemas sociais e da antropologia à epistemologia crítica, passando, decerto, pelo acervo de informações e hipóteses de regularidade das ciências empírico-explicativas, é possível acrescentar que tal dissídio (enquanto iniludível confronto) se torna tanto mais evidente quanto mais unilaterais ou puramente *assimiladoras* (acriticamente assimiladoras) se revelarem as pontes em causa e as opções-*visées* que estas favorecem. Sem distinguir as muitas e variadas posições envolvidas (e muito menos as vozes que, mais ou menos exemplarmente as assumem!), fiquemos muito simplesmente pela identificação dos seus polos maiores e pelas tendências que os inspiram. Bastará, na verdade, começar por dizer que tais opções-*visées* podem ir de uma revisitação do kantiano Reino dos Fins (e da herança da *dignidade como valor*) a uma exploração assumida das possibilidades da *Zweckrationalität*...

O que está longe de simplificar os contrapontos envolvidos. A primeira assimilação pode, na verdade, respeitar a herança invocada na sua autorracionalidade *deontológica*, mas pode também expô-la à contaminação substantiva de um *personalismo ético*... — o que é suficiente para construir dois discursos heterogêneos! No que diz respeito à segunda, podemos, na verdade, admitir a opção radical por um modelo de *engenharia social*, com o seu princípio-ponte de *congruência* e o seu falibilismo epistemológico de inspiração popperiana... e então e assim reconduzir o juízo de censura pessoal (quando este é tolerado) a uma desimplicação metódica dos pressupostos da (cientificamente cunhada) *sociedade aberta*¹³... A opção mais frequente será, no entanto, outra, precisamente aquela que especifica a dita sociedade aberta num modelo de Estado social, exigindo que a conformação do *jus puniendi* passe a competir às opções estratégicas da política criminal... — o que, como se sabe, reconduz o *princípio da culpa* (ou o seu discurso de imputação) à condição funcional de um *limite*.

Sem esquecer depois que tais opções também vão (ou podem ir) da pressuposição ontogenética de uma *moralidade pós-convencional*, discursivamente

¹³ A defesa desta solução (na linha da proposta de racionalismo crítico de Hans Albert) estará hoje decerto em condições de exigir que um tratamento específico (iluminado pelos princípios-ponte da *explicabilidade, realizabilidade e congruência*) considere diretamente a chamada *revolução das neurociências* ou esta enquanto promete ao império das *afirmações não normativas* novas e surpreendentes bases de informação.

projetada na habermassiana *situação ideal de diálogo* (ainda uma reinvenção da herança de Kant!) à exigência-horizonte de uma autodiferenciação sistémica, inspirada pelo funcionalismo autopoietico de Luhmann...

Se a primeira reconduz a culpa à prática de uma *deslealdade comunicativa* (e torna a sua configuração indissociável da categoria de *Rechtstreue*), a segunda só conseguirá justificar a persistência de um subsistema de culpabilidade se reconduzir este a um *acervo de comunicações de reposição* autorreferenciais, concentradas nas expectativas perturbadas pelo delito (ou nestas reconstituídas a partir da exigência condutora da autodiferenciação e da correlação *expectativas cognitivas/expectativas normativas*).

É, no entanto, quando, no plano da exploração do fundamento, o discurso jurídico-criminal recupera a sua perspetiva condutora — precisamente quando o patamar-perspetiva a ter em conta é decisivamente o dos *fins das penas* —, que o *diferendo* explode, impondo, como bem sabemos, duas interpretações incomensuráveis do princípio da *dignidade como valor*, que o são evidentemente também da herança iluminista: com o polo da *prevenção* a impor a funcionalização político-criminal do conceito de culpa e a exigir que esta (mesmo quando o «sistema do facto punível» continua a atribuir-lhe a identidade de uma «valoração ética» ou de uma «realidade axiológica») se reconduza a um *limite da pena*, se não mesmo a uma «função limitadora do intervencionismo estatal»¹⁴ — capaz de proteger a autonomia do *sujeito-membro da comunidade* da prepotência do *todo* (ou da *societas* organizada em Estado que o mediatiza)... na mesma medida em que, já na especificação da prevenção geral positiva como prevenção-integração, contribui para a reposição da validade-vigência contrafáctica da norma —... e com o polo retribucionista ou neorretribucionista a tratar o *princípio da culpa* simultânea e incindivelmente como um *limite* e como um *fundamento* da pena¹⁵, ao mesmo tempo que nos convoca para uma «visão plurilateral» das *razões* do Iluminismo e para a correlativa «multiplicidade genético-cultural» («houve vários iluminismos!»).¹⁶

¹⁴ Figueiredo DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, tomo 1, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 43 e ss. («O problema dos “fins” da pena criminal»), 78 e ss. («Finalidades e limites das penas criminais»), 82-85 («A culpa como pressuposto e limite da pena»), 274-277 («Significado e função da culpa na construção da doutrina do facto punível»).

¹⁵ Faria COSTA, *Direito Penal*, 351-352 (§10), 369 e ss (10.3.4. «Culpa e fundamento onto-antropológico»), 373-385 (10.4. «Culpa e fins das penas»).

¹⁶ Faria COSTA, «Ler Beccaria hoje», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 74 (1998) 94-95. Tal perspetiva permite-nos, na verdade, rejeitar a *conclusion-claim* aproblemática que, no plano dos *fins das penas*, tende a vincular a «*raison raisonnée* do século XVIII» (e a sua dinâmica de *progresso*) à consagração necessária da «prevenção» e abre-nos a porta para — seguindo os

2. Contentemo-nos com esta *divisão* perfunctória e admitamos o silêncio que assim sacrifica as suas relevantes diferenciações internas. Este esboço basta-nos, na verdade, para voltar à assimetria a que comecei por aludir... e que se torna agora inteligível não apenas como uma distribuição das significações do *princípio da culpa* por dois territórios estanques... mas também como um reconhecimento de que a máxima *convergência* garantida pelo primeiro destes territórios convive aproblematicamente com o *diferendo* que explode no segundo. Como já acentuei, é desta *assimetria* e (ou) do seu *testemunho* — levado(s) a sério como um exemplo-*limite* — que quero partir para abordar um problema maior da teoria do Direito do nosso tempo: o da incorporação dos princípios e o da determinação do seu conteúdo, num contexto como o nosso, em que a tensão entre globalização detersiva e pluralidade incondicional¹⁷ expõe a exigência de *consonância prática* (e a circularidade constitutiva que a dinamiza)¹⁸ a uma muito difícil provação.

Quando discutimos a possibilidade e a relevância, se não urgência, de, numa circunstância como a nossa interpelarmos criticamente o Direito (um *certo* Direito, vinculado à *Ideia da Europa!*¹⁹), há duas acentuações (indissociáveis, porque concentradas numa exigência de *autodisponibilidade*) que me parecem indispensáveis: aquela que reconhece no mundo prático do jurídico uma *criação*

passos de Kant (ainda que seguramente *para além* deles!) — sustentar a plausibilidade de uma ligação *material* «límpida» e «forte» (uma ligação autenticamente «umbilical») entre «a afirmação e a defesa dos pressupostos da retribuição» e a herança iluminista — esta agora decisivamente concentrada na possibilidade de «perceber e fundar o direito penal como uma «ordem de liberdade» (uma ordem de «autonomia»-«autodeterminação» e de «responsabilidade») *contratualisticamente* sustentada.

¹⁷ Esta última com manifestações que ferem desde logo a *academic house* e se projetam nas práticas de estabilização do *Juristenrecht*: neste sentido, ver Aroso LINHARES, «The Claim of “Consonance” between Principles and Problem-Solving Practices...», *passim* e ainda «A “avidez da uniformidade” e a celebração incondicional da diferença: dois desafios contrários no contexto contemporâneo do *projecto* do Direito?», in Eduardo BITTAR (coord.), *Filosofia do direito: diálogos globais, temas polémicos e desafios da Justiça*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, 251-264.

¹⁸ Ver *supra*, nota 2.

¹⁹ Como já tenho dito, aquela resposta ao problema da vida em comum que, emergindo em pleno na experiência de *respondere* da *civitas* romana (e sem prejuízo de uma grande diversidade de rostos, indissociáveis de outros tantos ciclos históricos), tem vindo a apostar na possibilidade de separação-*autonomização* do mundo prático do Direito. Resposta que (na sua matriz Greco-romana, judaico-cristã e europeia) assim mesmo se distingue daquelas outras (iluminadas por distintos horizontes civilizacionais) nas quais o mesmo problema da partilha do mundo (traduzido embora em termos distintos) é enfrentado no contexto de possibilidades de um *continuum* prático (*imune* àquela pretensão de autonomia): um *continuum* no qual a moralidade comunitária, a prática religiosa, as narrativas partilhadas, as concepções de vida boa, os modelos-*exempla* de autocompreensão (ou de felicidade individual) e outros cânones socialmente vigentes são confirmados-*sancionados* como constitutivamente indissociáveis... e para o qual a ordem *jurídica* não será (nem deverá ser) porventura mais do que a institucionalização regulativamente eficaz ou do que a projeção coercitiva do conteúdo desse *continuum* — aquela *ordem jurídica* (aquele outro *Direito*) que se nomeia quando se invoca o núcleo normativo culturalmente único da ordem islâmica, do *dharma* hindu, do *halakhah* judaico ou do *beehaz'aanii* indígena.

cultural situada e aquela que confere às intenções do Direito a inteligibilidade de um *projeto*, se não, mais rigorosamente, de um *projetar-pröicere*. Se a primeira nos desafia a questionar a pretensão de universalidade ap проблемaticamente associada à experiência da juridicidade — e simultaneamente a assumir a aquisição *moderna* da *subjetividade intencional* (com a possibilidade-exigência de experimentar a *communitas* como um artefacto prático-cultural) —, a segunda traz-nos uma compreensão da *validade jurídica* indissociável das suas práticas de estabilização-realização e do *novum* irredutível que estas introduzem, conferindo à *ordem de possibilidade* da *historicidade constitutiva* — e à tematização da *autodisponibilidade* enquanto *autotranscendentalidade* (que assim mesmo se experimentam) — a identidade inconfundível de um *pensar em círculo*, se não de um *saltar para o interior do círculo*.²⁰

A brevíssima reflexão que se segue (culminando numa série-sequência de perguntas) não se propõe decerto discutir as *vantagens* relativas destas formulações e dos seus significantes centrais (*criação cultural, projeto*) — muito menos desenvolver a correspondente compreensão do Direito (o que, na verdade, tenho procurado fazer prosseguindo aquele que me parece ser um dos contributos mais preciosos e estimulantes do jurisprudencialismo de Castanheira NEVES) —, propõe-se antes confrontar tais formulações e significantes com outros possíveis, estes, por sua vez, inscritos no idioma do positivismo convencionalista (do *foundational conventionalism*) herdeiro de HART (e na tradição analítica da *rule of recognition*)²¹, e a trazerem-nos assim as vozes inconfundíveis (elas próprias situadas em campos de assimilação distintos) de Jules COLEMAN e de Andrei MARMOR.

Apesar das diferenças que separam estes idiomas, eu diria que a aproximação pode ser muito produtiva, sobretudo quando dirigida ao problema-limite do *princípio da culpa*. Se as concepções são decerto inconciliáveis — com o *não positivismo jurisprudencialista* a assumir uma tese de *separação prático-cultural* entre juridicidade e moralidade(s) e o pêndulo do positivismo crítico a oscilar entre a tese *includente-incorporacionista* da *separabilidade* e a tese

²⁰ Trata-se evidentemente de convocar Heidegger e a «perspetiva»-*visée* (*Sicht*) do *compreender-Verstehen* como modo fundamental (*Grundart*) do Ser do «estar-aí»-*Dasein* [Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 18.^a ed. (reimpressão da 15.^a), Max Niemeyer Verlag Tübingen, 2001, 142-148 (§ 31 «Das *Da-sein* als *Verstehen*»)], se não, mais claramente, de atender à estrutura existencial deste compreender enquanto *poder-ser* e *ser-possível*, o qual, na sua abertura, se cumpre como *projetar lançado no (saído para o) mundo* [«*Sein* lichtet sich dem Menschen im ekstatischen Entwurf [und] überdies [...] ist der Entwurf wesentlich ein geworfene.» (Martin HEIDEGGER, *Über den Humanismus*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1947, 25)].

²¹ Nas palavras de POSTEMA, «Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World», in PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 11, Dordrecht/Heidelberg: Springer, 2011, 484.

excludente da separação —, a verdade é que partilham uma (convivem numa) perturbante zona de fronteira: decerto porque consideram o problema da determinação do conteúdo do Direito em geral (e dos princípios em particular) na sua íntima e imediata relação constitutiva com a experiência das práticas sociais juridicamente relevantes e com a especificidade da sua realização (e da estabilização que a desonera)... na mesma medida em que nos oferecem respostas plausíveis para algumas das mais estimulantes tensões que hoje vemos assumidas pela reabilitação do pensamento prático. Refiro-me, decerto, àquelas tensões que relacionam unidade intencional e pluralidade, universalidade(s) e particularismo(s), estabilidade e transformação, disponibilidade e indisponibilidade, mas refiro-me muito especialmente àquela que (levando a sério o contraponto autovinculação/autodisponibilidade) contrapõe uma irreduzível *pressuposição dogmática* a uma indispensável *reinvenção crítica*.

Se começarmos esse exercício de *aproximação com o jurisprudencialismo* mobilizando apenas o *convencionalismo* de COLEMAN (e o *incorporacionismo robusto* que o sustenta na sua projeção direta no problema dos princípios), poderemos dizer que o contributo principal é o esclarecimento (produtivamente demarcador) de um paradoxo aparente, construído sob o fogo do binómio *necessidade/possibilidade*. Defender uma incorporação convencionalista dos princípios (mesmo na sua versão mais forte) significa, na verdade, sempre admitir uma possibilidade contingente, corroborada por certas ordens jurídicas (aquelas em que seguir, determinar e fixar a regra de reconhecimento confere validade a uma inclusão efetiva de testes morais ou de juízos de mérito enquanto critérios de juridicidade), não significa menos, no entanto, prosseguir o legado de um ponto de vista externo moderado (e do *general philosophical enquire* ou da *general theory of law* que este exige): o que implica preservar uma compreensão acultural do *conceito* e da *natureza* do Direito²²... e assim mesmo pressupor a universalidade (e a identidade *de tudo ou de nada*) das características que constituem a *sociabilidade juridicamente relevante* (a começar, decerto, por aquela que corresponde à institucionalização

²² O contraponto *nature/concept* vai aqui considerado com o sentido desenvolvido por RAZ nos três primeiros ensaios de *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford: Oxford University Press, 2009, 17-125 [«Can There be a Theory of Law?», «Two Views of the Nature of the Theory of Law...» e «On the Nature of Law»]. De acordo com a proposta de Raz, não será de todo indiferente falar do *conceito* e da *natureza* do Direito: se a determinação do primeiro só pode aspirar a um tratamento contingente ou paroquial, «culturalmente» condicionado (*the concept of law is itself a product of a specific culture*), as pretensões associáveis àquela «natureza» (*its claims*) about the nature of all law, and of all legal systems, and about the nature of adjudication, legislation, and legal reasoning, wherever they may be, and wherever they might be) tornam-se, em contrapartida, acessíveis ao esforço de uma teoria do Direito «universal», capaz de, por isso mesmo, se dizer *allgemeine* (*general theory of law*): Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation*, 91, 95, 99.

diferenciadora de uma *regra de reconhecimento*). Iluminar a concepção jurisprudencialista dos princípios (levados a sério enquanto *jus*) significa, em contrapartida, defender uma experiência necessária de incorporação (de objetivação no *corpus juris*) e, ao mesmo tempo, reconhecer a identidade cultural e civilizacional (a não universalidade) da forma ou do modo de vida no qual tal necessidade é assumidamente levada a sério. Como se a necessidade em questão só ganhasse o seu pleno sentido (um sentido muito específico e relativo) quando a tornamos explicitamente compatível com a experiência da historicidade constitutiva dos princípios (enquanto aquisições humanas abertas), mas também e sem paradoxo com a defesa da identidade plenamente cultural (não necessária) do próprio Direito. A *necessidade* em questão — considerando os princípios como *compromissos práticos* e expressões normativas de um projeto ou de uma aspiração — diz respeito, na verdade, apenas a uma certa resposta culturalmente possível para o problema da vida em comum — relacionando-se assim exclusivamente com a prática de um certo Direito que, enquanto modo específico de criação de significações comunitárias (seguindo uma persistente, ainda que permanentemente reinventada *pretensão de autonomia*), nos aparece significativamente inscrito no desenvolvimento-projeção do que poderemos chamar o Texto do Ocidente. Como se ao fim e ao cabo a disputa de idiomas nos conduzisse ao traçado de um contraponto implacável, no qual as acentuações da *necessidade* e da *possibilidade* alimentam movimentos contrários (neste sentido verdadeiramente incompatíveis)...

Até que ponto é que esse esclarecimento nos ajuda, no entanto, a responder às perplexidades suscitadas pelo *princípio da culpa* e pela assimetria das significações que lhe reconhecemos (distribuídas entre um polo de *convergência* e um polo de *discordância*, se não *diferendo*)? À primeira vista, as respostas permitidas agravam tal perplexidade.

2.1. Começemos pelo idioma do incorporacionismo robusto. Enquanto e na medida em que trata como *factos sociais* as práticas de identificação-realização do Direito internamente repetidas pelos operadores-*officials* e as atitudes de aceitação reflexiva que estas traduzem — assim mesmo investigadas como *determinantes* ou *determinantes dos determinantes* de uma ordem ou cooperação-*ordinans* (instituintes de uma regra de reconhecimento ou de um seu *sucedâneo*)²³ —, tal idioma inscreve a vigência do *princípio da culpa*

²³ Jules COLEMAN, «Beyond Inclusive Legal Positivism», *Ratio Juris*, 22 (2009) 359 e ss. «[An] essential feature of law [...] is that it involves some central, organizing, coordinating activities [...] [which] are not normative facts, [...] [which] are social facts [...], [and which] determine the determinants of

apenas numa *ordem de possibilidade*, ao mesmo tempo que, sem contradição (e à luz do mesmo *analytical enquire*), nos autoriza a reconhecer a constância ou a regularidade da consagração do princípio (ou das suas implicações normativas) nas ordens jurídicas herdeiras do Iluminismo ou dos vários Iluminismos — o que é ainda admitir que, em algumas destas ordens, o princípio possa plausivelmente valer e vincular pelos seus próprios méritos de conteúdo, independentemente de uma objetivação autoritário-prescritiva (dita *incorporation by enactment*).²⁴ O idioma jurisprudencialista, levando a sério uma compreensão dos princípios enquanto *jus*, impõe-nos, por sua vez, um tratamento do *princípio da culpa* que, dispensando também a mediação constitutiva de uma objetivação autoritária, não obstante, a reconhece e sustenta já por razões distintas, razões que precisamente iluminam o princípio na sua inteligibilidade institucional intrinsecamente jurídica e que (atendendo à posição que este ocupa no sistema) lhe conferem a identidade inequívoca de um *fundamento transpositivo* (e o sentido de necessidade que esta identidade assume). Uma necessidade que, sem renunciar à historicidade do seu compromisso prático (e à ordem de possibilidade prático-cultural em que a sua resposta se integra), nos obriga assim a reconhecer em tal compromisso (e na sua projeção enquanto *normans*) uma aquisição irrenunciável, se não um autêntico «absoluto» histórico, entenda-se, a experiência histórica de uma aquisição humana autenticamente reveladora que, no nosso ciclo histórico, se justifica e assume como universal.²⁵ Só que também (*et pour cause*) uma condição normativamente transcendental do Direito Penal hoje possível, e então e assim também uma especificação *transpositiva* (normativamente imprescindível) de dois princípios *suprapositivos*²⁶: o da *responsabilidade* e o do *mínimo* — com o primeiro a concentrar-se na *communitas* dos bens jurídicos e na corresponsabilidade de preservação que determina constitutivamente a condição do sujeito-membro ... e com o segundo a sustentar a justificação da *ultima ratio* numa experiência de *limites dos limites* ou nesta levada a sério *quoad substantiam*.²⁷

legal content.» («Beyond Inclusive Legal Positivism», 383, 384, nota 28).

²⁴ Reconhecimento este último que não se cumpre de resto sem trazer para o primeiro plano a discussão em torno da origem ético-comunitária, não especificamente jurídica, das exigências do princípio... que é também afinal a da discussão da preservação intocada desta identidade moral para além do momento da dita *incorporação*.

²⁵ Castanheira NEVES, «A revolução e o direito», *Digesta*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 209-212; *idem.*, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido», *Digesta*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 134-140, 177-178.

²⁶ Ver *infra*, nota 35.

²⁷ O ensaio de Castanheira NEVES aqui indispensável é «O princípio da legalidade criminal», *Digesta*,

Até aqui tudo parece corresponder ao esperado. A concentração na questão da assimetria e dos territórios que esta separa (e que ao separar torna possíveis) altera, no entanto, significativamente as coisas, abrindo-nos novas e inesperadas portas. Se a assimetria e a possibilidade que esta gera se mostram facilmente compatíveis com o idioma convencionalista, outro tanto não acontece já quando a articulamos com a experiência dos princípios como *jus*.

Entendamo-nos. Se privilegiarmos o idioma convencionalista, a distribuição desigual das significações não afeta (antes confirma) a afirmação de vigência do *princípio da culpa*. Bastará ter presente que o modelo para determinar esta vigência (enquanto *incorporação* de conteúdos) nos restitui ao núcleo da *rule of recognition* e das suas razões *sistémicas*... e que a interpretação possível deste núcleo, consentindo embora (nas suas versões mais robustas) um tratamento do binómio *pressuposição dogmática/reinvenção crítica* claramente sensível à possibilidade de um desacordo prático de extensão máxima (capaz de atingir as *convenções fundadoras do reconhecimento* e a correlativa *Master Rule*), não deixa nunca de preservar uma distinção decisiva entre discordâncias (morais) relativas à própria regra ou ao seu conteúdo nuclear (*about what the rule or the convention is*) e relativas à *extensão* dessa mesma *regra* ou àquilo que esta exige enquanto esquema de solução para um problema concreto («about what falls under the rule [...] or about what the convention requires in a particular case»)²⁸. O que só por si basta para legitimar a separação e a possibilidade dos territórios que nos importam: tanto mais que as discordâncias em causa afetariam aqui menos as *práticas de realização jurisdicional* enquanto tais do que as *práticas da estabilização dogmático-doutrinal* e estas, sobretudo, enquanto (e na medida) em que enfrentam a relação do *princípio da culpa* com o problema do *fim* ou do *fundamento* das penas (e os conteúdos que desta relação diretamente derivam).

Já não assim na perspetiva dos princípios como *jus*. A acentuação das exigências da *consonância prática* — com uma dinâmica circular que sobre põe *contextos* e *correlatos*, *práticas de realização* e *práticas de estabilização*... e nos autoriza a questionar a separação de territórios e a sua imunidade

vol. 1, 413419 (incluindo a decisiva nota 222); sem esquecer decerto *idem.*, «Pessoa, direito e responsabilidade», *Digesta*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 155-158.

²⁸ Jules COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2001, 157-158; *idem.*, «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», in Jules COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, 131, nota 46.

relativa²⁹... — obriga-nos, na verdade, a perguntar se (e até que ponto é que) o *diferendo* que se manifesta nalguns núcleos duros do tratamento dogmático do princípio (muito especialmente no plano do *fundamento*) não se repercute na unidade de significações deste — não torna esta particularmente débil ou particularmente vulnerável. O que representa um primeiro passo para, em termos de diagnóstico, se admitir uma *sobrevivência* puramente *nominalística* (cobrindo aporadicamente manifestações heterogéneas)...

2.2. Para o contraponto de idiomas que nos ocupa, não é este, no entanto, o único degrau possível. Haverá pelo menos um outro a ter em conta, construído como que numa segunda aproximação ou numa aproximação de segundo grau, esta, por sua vez, a tematizar (questionar) os *resultados* da primeira. Concentrarei a alusão a este degrau (ou às possibilidades do exercício reflexivo que este permite) distinguindo e confrontando duas perguntas paralelas.

No que ao idioma *convencionalista* diz respeito, trata-se agora de, com o auxílio insuspeito do positivismo excludente de Joseph RAZ, e sobretudo com a mediação decisiva de Andrei MARMOR, introduzir uma correção: precisamente aquela que, ao explorar os binómios (até agora desconsiderados) *conceito de Direito/natureza de Direito, convenções de coordenação/convenções constitutivas, convenções superficiais/convenções profundas*³⁰, passa a relativizar a inscrição do *princípio da culpa* (ou do seu conteúdo maior) numa pura ordem de possibilidade, para, de algum modo, restabelecer o contraponto *possibilidade/necessidade*. Significa isto na verdade admitir que a *censurabilidade do agente* sustentada na oportunidade de uma atuação alternativa possa ser analiticamente reconstruída como um elemento imprescindível da *corresponsabilidade de preservação-proteção* (de bens jurídicos) que *distingue* o território do Direito Penal. O que nos autoriza a começar por perguntar se os conteúdos significantes que correspondem a esta exigência — ou à construção desta responsabilidade — não devem afinal ser tratados como componentes da *natureza do Direito...* e já não apenas (contingentemente) do seu *conceito* (RAZ).³¹ Para depois também, já com as formulações de MARMOR — partindo da distinção entre dois problemas (o de saber *o que o Direito é* e o de saber *o que é que conta como Direito* numa determinada ordem social), — perguntar enfim se não deveremos reconhecer no *normans* do *princípio*

²⁹ Vide Aroso LINHARES, «The Claim of “Consonance” between Principles and Problem-Solving Practices», 108-115, 120-127 (3).

³⁰ Os dois últimos binómios (que se devem a MARMOR) pressupõem explicitamente o primeiro binómio (assimilado de RAZ): ver Andrei MARMOR, «How Law Is Like Chess», in *Law in the Age of Pluralism*, New York: Oxford University Press, 2007, 153-182.

³¹ Ver *supra*, nota 22.

da culpa uma convenção *constituente e profunda* do jogo do Direito (*defining the rules of the game, thus constituting what the game is*)³². Acentuação que nos restitui ao subtítulo do presente ensaio... e que terá implicações dificilmente negligenciáveis. É que atribuir a este *normans* a identidade de uma convenção *constituente e profunda* significa, numa palavra, libertá-lo das questões mais difíceis que, na relação com os binómios *dogmático/crítico, estabilidade/mudança, necessidade/possibilidade*, certamente se poriam se admitíssemos tratá-lo como uma simples *convenção de coordenação* ou lhe atribuíssemos a identidade de uma *convenção de superfície*.³³ Não se trata, na verdade, apenas de reconhecer uma menor vulnerabilidade, se não efetiva resistência à mudança, nas convenções em causa, trata-se também e ainda de as levar a sério como «respostas normativas a necessidades psicológicas e sociais básicas», se não a dimensões *antropologicamente necessárias*³⁴...

Falta-nos, porém, considerar a prometida pergunta paralela que, neste mesmo degrau, pode e deve ser formulada pelo idioma jurisprudencialista dos princípios como *jus*. Uma pergunta que, por sua vez, pressupõe a classificação dos princípios normativos *atendendo à posição que ocupam no sistema* (princípios *positivos, transpositivos, suprapositivos*).³⁵ Que pergunta?

³² Andrei MARMOR, «How Law Is Like Chess», 166.

³³ Andrei MARMOR, «How Law Is Like Chess», 169-171, 172 e ss. («The Deep Conventions of Law»).

³⁴ «Deep conventions differ from surface-conventions in the following ways: 1. Deep-Conventions emerge as normative responses to basic social and psychological needs. They serve relatively basic functions in our social world. 2. Deep-Conventions typically enable a set of surface conventions to emerge, and many types of surface-conventions are only made possible as instantiations of deep conventions. 3. Under normal circumstances, deep-conventions are actually practiced by following their corresponding surface-conventions. 4. Compared with surface-conventions, deep-conventions are typically much more durable and less amenable to change.» (Andrei MARMOR, «How Law Is Like Chess», 172).

³⁵ Esta é uma classificação que devemos a Castanheira NEVES [ver especialmente *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 216-218, nota 746] e que tem sido também trabalhada por Fernando BRONZE, *Lições de Introdução ao direito*, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, 632-633. Convocando o privilégio das aulas do senhor doutor Castanheira NEVES — e estas enquanto recriações constantes (sempre estimulantemente novas) da sua fundadora lição-síntese sobre os princípios [ver *Sumário de uma lição-síntese sobre «Os princípios jurídicos como dimensão normativa do direito positivo (a superação de positivismo normativista)»*, Coimbra: policopiado, 1976] —, tenho explorado esta classificação conferindo aos *princípios positivos* um sentido inequivocamente mais restrito (já explicitamente assumido nas referidas aulas... e decerto preferível... porque capaz de nos impor uma distinção muito mais *produtiva e interessante!*) [Aroso LINHARES, *Sumários desenvolvidos de Introdução ao Direito*, Coimbra: policopiado, 2009, 99-104]. Trata-se, na verdade, de defender que *princípios positivos* são aqueles e apenas aqueles que o Direito vigente (e muito especialmente o Direito objetivado nas normas legais) se vê «constrangido a objetivar», de forma explícita ou implícita, para afastar orientações alternativas também juridicamente plausíveis e os *caminhos* que as seguem ou realizam. Defender este sentido restrito (reconhecível nos exemplos dos princípios da estrutura acusatória, da consensualidade, do *numerus clausus* relativo aos direitos reais, etc.) permite-nos, na verdade, sustentar um contraponto inequívoco com os *princípios transpositivos* — os princípios que asseguram as próprias condições «normativamente transcendentais» do Direito vigente, enquanto iluminam o sentido específico de cada um dos grandes domínios

A de saber se o caráter *transpositivo* do *princípio da culpa*, enquanto e na medida em que se alimenta positivamente de uma relação com o *princípio da responsabilidade perante as condições gerais da existência comunitária*³⁶ e negativamente de uma especificação do *princípio do mínimo* (autorizando apenas os impedimentos que se revelem indispensáveis)³⁷, não partilha com os princípios *suprapositivos* um núcleo de identidade que o vincula *recto itinere* ao próprio projeto prático-cultural do Direito (ou ao modo como este se alimenta de uma dialética *societas/communitas*). Uma resposta positiva não privará o *princípio da culpa* da sua *historicidade constitutiva*, mas torná-lo-á inseparável da ordem de possibilidade do Direito e da *alternativa humana* que este constitui³⁸...

O paralelismo entre as perguntas é evidente. O *Erfragte* intencionado é, no entanto, já absolutamente distinto. Ao ponto precisamente de as imagens refletidas, na sua aparente reciprocidade, se nos imporem precisamente nas suas diferenças... enquanto resistem a um exercício de sobreposição.

A primeira pergunta (a pergunta formulada no idioma *convencionalista*) cumpre-se assumindo o propósito de um autêntico *conceito de classe* (*class concept*)³⁹, do qual se espera que nos disponibilize um acervo fechado de características (que tenham de estar preenchidas em bloco para se poder *distinguir* uma ordem, um sistema ou uma decisão *juridicamente relevantes!*)... — um conceito cuja construção abre inevitavelmente as portas a uma série-sequência de respostas *de tudo* ou *de nada* (e que assim mesmo se submete a uma experiência permanente de *corroboração-falsificação*). Como se testemunhar

dogmáticos da juridicidade (o princípio da legalidade criminal e o princípio da culpa seriam neste sentido os compromissos práticos *transpositivos* de Direito Penal) —, mas também com os *princípios suprapositivos* — os princípios que são expressão imediata das exigências da autonomia-igualdade e da responsabilidade (e nos quais se incluem os citados princípios do mínimo e da formalização) e que assim constituem, institucionalizam e autonomizam (no seu sentido último) o reconhecimento da *personalidade* (do sujeito-pessoa) juridicamente relevante. Com este sentido restrito, o contraponto em causa preserva na verdade a sua transparência *independentemente das objetivações autoritário-prescritivas que os dois últimos tipos de princípios possam (contingentemente) merecer*, evitando assim, por exemplo, que tenhamos que classificar simultaneamente como *positivos* e *transpositivos* os compromissos práticos associados aos princípios do *nullum crimen sine lege*, da constitucionalidade, da separação dos poderes, da independência judicial, do contraditório, da defesa, do caso julgado (todos eles inequivocamente *transpositivos!*) [ver Fernando BRONZE, *Lições de introdução ao Direito*, 633, nota 83].

³⁶ Este levado a sério como um *princípio suprapositivo*: ver Castanheira NEVES, «Pessoa, direito e responsabilidade», 156-157.

³⁷ Castanheira NEVES, «O princípio da legalidade criminal», 415 e ss.

³⁸ Castanheira NEVES, «O direito como alternativa humana», *Digesta*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 298-300.

³⁹ O contraponto *class concepts/archetypal concepts* que mobilizámos no texto deve-se a Nigel SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, Oxford: Oxford University Press, 2007, 51-56 («Towards the Archetype»).

a ausência das intenções normativas do princípio em possíveis *situações institucionais* admitisse sempre duas representações alternativas: aquela que, por configurar o *normans* em causa como uma convenção *constitutiva e profunda* do jogo do Direito, retira identidade jurídica às referidas *situações*; e aquela que, por sustentar a contingência daquelas intenções normativas⁴⁰, defende sem reservas esta identidade.

A segunda pergunta, na medida em que incorpora a atenção concedida pelo idioma jurisprudencialista a uma dupla face do jurídico — capaz de no-lo fazer compreender simultânea e incindivelmente *como uma instituição socialmente vigente e como uma aspiração ou compromisso prático-cultural* —, essa cumpre-se já em contrapartida por referência a um horizonte de exigências de sentido que (se as quisermos compatibilizar com um exercício de determinação conceitual) — e não tem que ser necessariamente assim! — nos remetem decerto para o plano dos chamados conceitos-*arquétipos*. Sem nos imporem (ou mesmo sem permitirem) respostas de tudo e de nada, os *arquétipos* expõem-nos na verdade a uma experiência de aproximação *em degraus*, sendo tal experiência como que internamente *diferenciadora* das ordens, sistemas ou decisões que vão ocupando esses degraus («something can constitute an instance of law [...] by its approximation to the archetype [...] while nevertheless falling short of full compliance with the requirements of that concept»⁴¹). E se assim é, poder-se-á dizer que o *conceito-arquétipo* que identifica a *juridicidade* está em condições de se nos oferecer simultânea e incindivelmente como um «critério» de demarcação (das «instâncias» sociais que contam como «jurídicas») e como um ideal regulativo, se não uma ordem-*ordinans* de validade («por referência ao qual ou à qual tais instâncias e as suas respostas» são permanentemente «julgadas»)⁴². Também aqui as implicações estão longe de ser negligenciáveis: não se trata, na verdade, apenas de reconstituir o *princípio transpositivo da culpa* na perspectiva dos princípios *suprapositivos* (invocando a experimentação inconfundível da *personalidade* que neles se afirma), trata-se também de, na perspectiva destes princípios, valorar (e distinguir) as significações que as muitas e variadas práticas de realização ou de estabilização vão introduzindo... Valorar e distinguir em

⁴⁰ Defender a contingência das intenções do princípio pode, na verdade, significar associá-las a uma *convenção de superfície* (privada da sua correspondência profunda), mas também as distinguir como um indiscutível elemento *paroquial* (comum ao *conceito de Direito* de um número maior ou menor de ordens jurídicas, mas significativamente ausente de outras... e sem poder aspirar assim à condição de *determinante da natureza do Direito*).

⁴¹ Nigel SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, 52-53.

⁴² Nigel SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, 52.

que sentido? Reconhecendo decerto os distintos contributos dessas práticas de estabilização e das correntes do *Juristenrecht* em que estas se integram (na sua continuidade com as práticas de realização que desoneram). Mas também (*et pour cause*) reconhecendo que, numa circunstância como a nossa, ferida, como já vimos, por uma tensão insuperável entre globalização detersiva e pluralidade incondicional, só um tratamento da *culpa como fundamento* (na sua inteligibilidade *neorretribucionista*) estará em condições de evitar a funcionalização pragmático-instrumental do jurídico e de garantir ao projeto-*proicere* correspondente a autonomia de que este precisa. Um argumento que terei de deixar em aberto, mas que nos basta para reconhecer a produtividade... se não do exercício de demarcação analítica que me propus esboçar, pelo menos do plano ou patamar em que este nos situa...

(Página deixada propositadamente em branco)

05. *(Inter)subjectividade, responsabilidade e culpa na (de)limitação do sentido do Direito:*

reflexão metadogmática sobre um *futuro-presente*

05. *(Inter)subjectivity, responsibility and guilt in the (de)limitation of the meaning of law:*

a meta-dogmatic reflection on a *present-future*

Ana Margarida Simões Gaudêncio

Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito

<https://orcid.org/0000-0003-2835-2473>

Abstract: In a meta-dogmatic dialogue with the normatively constitutive meanings of *responsibility* and *guilt*, as possible references to the *(de)limitation of the meaning of law*, a reflection on *juridical (inter)subjectivity* is proposed here, based on the recognition of the *subject of law* as a *person* — as proposed by CASTANHEIRA NEVES —, by building *juridicity* in the relationship between a pole of *suum* and a pole of *commune*, developed in the densification substantially conferred by a «*principle of the minimum*», and, mirroring it, in the institutional demarcation conferred by a «*principle of formalization*»

— consequently assimilating juridical responsibility in the areas of «*responsibility before the conditions of communal existence*», «*responsibility for reciprocity*» and «*responsibility for communal integration*».

Addressing law *today*, as if in a *future-present* — as in other, *past, future-presents*, but, perhaps, without parallel ... —, as radically *new* questions, by *new* subjects, with *new* understandings about *personality*, even about *personhood* ... — *individual* and *collective, human* and *non-human*... —, successive changes are, in this dialogue, presented to the normative valuations on intersubjective practice, and to the corresponding projection in the construction of the notions of *responsibility*, and of *guilt* — and, within them, and presupposedly, of the notions of *subject(s) of law(s)* and of *subject(s) of duty(ies)*... That will, on the one hand, require a discussion on the consequences of the different (im)balance(s) of (inter)subjectivities for the *(de)limitation of the meaning of law*, and, thus, for determining the presence(s) and/or absence(s) of juridical normativity... — not only between *lawfulness* and *unlawfulness*, but, and decisively, between *juridicity* and *ajuridicity*... And, on the other hand, that will provide an analysis of the bordering position(s) and of the normatively constitutive meaning(s) of legal (inter)subjectivity, starting from that *suum/commune* dialectic, and the possibility of recognizing law as a material-axiologically *autonomous* practical normativity...

Keywords: subjectivity — intersubjectivity — person — responsibility — guilt — meaning of law — jurisprudentialism

1. (Inter)subjetividade jurídica e responsabilidade jurídica — o reconhecimento do sujeito de direito como pessoa e para lá da pessoa

Numa tentativa de estabelecimento das fronteiras da *(inter)subjetividade jurídica*, partindo do pensamento de Castanheira NEVES, o «imperativo ético do direito» residirá, especificamente, num *reconhecimento recíproco do sujeito de direito* como *pessoa*, como *imperativo*, de que decorrem, como *inferências axiológico-normativas*, o *princípio da igualdade* e o *princípio da responsabilidade*, por referência a uma subjetividade jurídica projetada no *reconhecimento* de um homem-pessoa como *sujeito*, de direitos e de deveres, e uma *implicação normativa fundamental*, a de assumir o *Direito como*

validade.¹ O que, numa reflexão metadogmaticamente perspectivada concentrada nos sentidos normativamente constitutivos de *responsabilidade* e de *culpa*, enquanto possíveis referências da *(de)limitação do sentido do Direito*, se procurará retomar, à luz do *reconhecimento do sujeito de direito como pessoa* na construção da juridicidade, a partir da correspondente relação entre um *polo de suum* e um *polo de commune*.²

Assim, num primeiro passo, cumprirá recuperar a análise da dialeticamente enredada relação entre (1.) *(inter)subjetividade jurídica* e *responsabilidade jurídica*, fazendo-a residir no *reconhecimento do sujeito de direito como pessoa*, por um lado, e problematizando-a em contextos de intersubjetividade estabelecida *para lá da pessoa*, por outro. Tais reconhecimento e problematização concentrar-se-ão, por um lado, em compreender, de um ponto de vista material e internamente jurídico, (1.1.) a relação entre um *polo de suum* e um *polo de commune*, e, conseqüentemente, a (1.2.) auto(de)limitação da *intersubjetividade jurídica* — e, no âmbito desta, (1.2.1.) o «princípio do mínimo» e o «princípio da formalização», e, decorrentemente, (1.2.2.) as vertentes da *responsabilidade jurídica*, especificamente (1.2.2.1.) a «responsabilidade perante as condições da existência comunitária», (1.2.2.2.) a «responsabilidade por reciprocidade», e (1.2.2.3.) a «responsabilidade de integração comunitária».

Para além de um tal diagnóstico, propor-se-á uma reflexão sobre (1.3.) os sentidos a assumir pela *peçoalidade jurídica* e pela *personalidade jurídica*, entre *passado, presente, futuro...*, no que concerne o(s) significante(s) e significado(s) *sujeito(s) de Direito*, por um lado, e *sujeito(s) de direitos* e *sujeito(s) de deveres*, por outro... Para, tentando este segundo passo, equacionar algumas notas referentes (2.) à *responsabilidade* e à *(de)limitação do sentido (futuro?) do Direito*, questionando a (im)possibilidade do Direito enquanto material-axiologicamente (e relativamente...) *autónoma* normatividade prática...

1.1. A relação entre um polo de suum e um polo de commune

Como se num corte transversal operado a partir de um dimensionamento culturalmente estável da intersubjetividade, o *Direito* apresenta-se, então,

¹ António Castanheira NEVES, «O direito como validade», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, 3984 (2014) 154-175.

² António Castanheira NEVES, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 6 (1996) 9-43.

enquanto ordem normativa materialmente densificadora da interação entre um polo de *suum* — enquanto manifestação de intencionalidade normativamente subjetiva e intersubjetiva de autonomia juridicamente relevante — e um polo de *commune* — enquanto manifestação de intencionalidade normativamente subjetiva e intersubjetiva de responsabilidade juridicamente relevante.³ A tais polo de *suum* e polo de *commune*, enquanto domínios delimitadores das subjetividades presentes numa relação jurídica, e, assim, dialeticamente concatenados, propõe-se agora um questionamento, entre futuro e presente, e, inevitavelmente, entre presente e passado, relativamente à (im)possibilidade da respetiva estabilização face ao pluralismo atualmente caracterizador das esferas de intersubjetividade. O que se perfila, em diálogo com um amplo espectro de perspetivações da construção da juridicidade, entre duas perspetivações-limite: a primeira manifestando uma intenção *societariamente* construída de alargamento da dimensão de *suum*, com a respetiva redução da dimensão de *commune* — eventualmente, a um *consenso de sobreposição* —, e, assim, de afirmação expansiva de uma componente mais *individualmente-individualisticamente* assumida de *autonomia*; a segunda reduzindo a dimensão de *suum*, com a respetiva expansão da dimensão de *commune*, numa afirmação *comunitariamente* radicada — eventualmente, no extremo, *comunitarista* —, alargando o espectro da integração comunitária — mesmo por via da acentuação de um horizonte de referência assente numa, ou em várias, radicações de *alteridade*, e, decorrentemente, de integrante e/ou solidariamente construída *responsabilidade*... Permitindo-exigindo um questionamento fundante: perante manifestações de interação substancialmente agregadoras de múltiplos tipos de intersubjetividade, poderá construir-se normativamente, por um lado, e delimitar-se, positiva e negativamente, por outro, um sentido materialmente substanciável e institucionalmente identificável de *intersubjetividade(s)* especificamente *jurídica(s)*?⁴

³ António Castanheira NEVES, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», 32-43.

⁴ António Castanheira NEVES, «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito — ou as condições da emergência do Direito como Direito», in R. M. Moura RAMOS, et al. (org.), *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2002, 837-871, 844-861, e «Pessoa, Direito e Responsabilidade», 32-43; José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?», in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO; António Sá da SILVA (org.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012, 109-174, 152-154; Ana Margarida GAUDÊNCIO, «Justiça transcendente e autotranscendentalidade axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves», in Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO; António Sá da SILVA (org.), *Teoria do Direito*, 198-201, 206-207.

1.2. Auto(de)limitação da intersubjetividade jurídica?

1.2.1. «Princípio do mínimo» e «princípio da formalização»

O reconhecimento de uma ineliminável *dignidade ética* da pessoa — enquanto categoria determinadamente assumida na *condição ética* de emergência do Direito como Direito, na proposta de Castanheira NEVES, pressupõe uma específica compreensão de *pessoa*, enquanto aquisição axiológica, e as respectivas definições de *comunidade* e de *integração comunitária* daquele *homem-pessoa* e da decorrente *responsabilidade jurídica*.⁵ Assim, por um lado, a dita *condição ética*, assumindo-se não reduzir o Direito a uma *ética*, parece estabelecer, delimitar estruturalmente e integrar substancialmente a juridicidade como elemento constitutivo de uma matriz culturalmente cunhada de intersubjetividade, temporal e espacialmente burilada através de factos e atos historicamente constitutivos de um certo contexto civilizacional.⁶ Compreender agora um tal sentido ético como *reconhecimento* de igual dignidade a todos os *seres humanos* enquanto *pessoas*, entre os múltiplos sentidos de *ética* com que os séculos XX e XXI nos confrontam, implicará a projeção imediata de tal acervo axiológico num específico sentido material de *igualdade*, e, assim, de consideração microscópica dos sujeitos-*pessoas*, projetando-se então nas — quando não mesmo conjugando-as com as — exigências das condições de relatividade e bilateralidade em que os posiciona o Direito.

É, assim, num muito especificamente circunscrito âmbito da prática intersubjetiva que se desenvolve a intersubjetividade jurídica, o da segmentária assimilação de uma *pessoa* na figura de *sujeito de direito* — com a correspondentemente incessante delimitação recíproca de *sujeito de direito* e *sujeito de deveres*. Especificamente circunscrito no âmbito que pressupõe a potencial universalização da *condição ética* como horizonte de referência para a aferição da condição específica dos *sujeitos* à luz das exigências regulativas estabelecidas pelo Direito e da fundamentação normativamente adequada destas. E, por outro lado, e concomitantemente, a projetar-se num sentido também

⁵ António Castanheira NEVES, «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito — ou as condições da emergência do Direito como Direito», 863-871.

⁶ António Castanheira NEVES, «Uma reflexão filosófica sobre o direito — “o deserto está a crescer...” ou a recuperação da filosofia do direito?», in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 73-100; *idem*, «O Problema da universalidade do direito — ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», in *Digesta*, III, 101-128.

especificamente circunscrito de *responsabilidade*, a *responsabilidade jurídica*, que não se estenderá a uma universal atenção ao *outro* nem se reduzirá a um *neminem laedere*, antes assume distintas vertentes — «responsabilidade perante as condições da existência comunitária», «responsabilidade por reciprocidade» e «responsabilidade de integração comunitária» —, a especificar, entre passado e futuro, num presente articulador de *culpabilidade* e *responsabilidade*, metadogmaticamente refletindo a fronteira, não restritamente, entre *licitude* e *ilicitude*, mas, mais ampla e precisamente, entre *juridicidade* e *ajuridicidade*... Para propor a construção da juridicidade simultaneamente com o e para lá do polo de *suum*, a partir da densificação substancial conferida por um «princípio do mínimo», enquanto implicação axiológico-normativa negativa do polo do *commune*, e, assim, determinante do estabelecimento de *limites* à intervenção jurídica, justificando a presença ou ausência de regulação jurídica e simultânea definição de *responsabilidade*, e, espelhando-o, do ponto de vista formal-institucional, por um «princípio da formalização».

Assim, ao polo de *suum* estarão subjacentes duas exigências fundamentais: uma ideia de *liberdade-autonomia* e uma ideia de *igualdade* dos sujeitos da controvérsia perante o terceiro imparcial, condições constitutivamente determinantes do sentido de *sujeito de direito*. Relativamente ao polo de *commune*, uma dimensão de responsabilidade surge a limitar a autodeterminação dos sujeitos, ela própria limitada, através de princípios imanentemente estabelecidos como *limites dos limites*, numa sua *implicação axiológico-normativa negativa*, enquanto *limites à liberdade* estabelecidos pela *responsabilidade*. Por um lado, um *princípio do mínimo*, segundo o qual a responsabilidade haverá de ser minimamente estabelecida, como limite à autodeterminação, na estrita medida do equilíbrio requerido pelas exigências intersubjetivas aceites e assentes numa comunidade e enquanto garantia do livre desenvolvimento da personalidade dos sujeitos. Por outro lado, um *princípio da formalização*, enquanto afirmação de um esquema objetivamente definido de demarcação reconhecível dos limites daquela responsabilidade.

Nas atuais sociedades complexas, plurais, heterogêneas e desagregadas, todavia, apresenta-se prementemente questionável e recorrentemente questionada a determinação intersubjetivamente consensual do posicionamento — talvez não tanto, porém, da identificação... —, de um dito *princípio do mínimo* enquanto *princípio normativo suprapositivo*, no sentido que Castanheira Neves no-lo propõe, como limitação material *quoad substantiam*, limite de conteúdo aos limites constituídos-estabelecidos pela exigência de integração

comunitária de responsabilidade.⁷ Isto é, como limite material da intencionalidade normativa do Direito às exigências que a dimensão de *commune* poderá apresentar a cada *sujeito de direito*, e, assim, apenas assumindo como jurídico-materialmente adequados os limites da realização pessoal de cada sujeito intersubjetivamente admitidos como indispensáveis à realização pessoal e social-comunitariamente contextualizada e mutuamente consonante de todos os sujeitos.⁸ E apresentando-se prementemente questionável a determinação intersubjetivamente consensual do posicionamento, não tanto a respetiva identificação, de um tal *princípio do mínimo*, pois que a identificação, reconhecimento recíproco e delimitação não apenas do conteúdo normativo tradutor de *suum cuique tribuere*, mas também de *neminem laedere* e de *honeste vivere* se apresentam tanto decisivamente necessários a uma intersubjetividade juridicamente pacífica como inevitavelmente instáveis quanto à intencionalidade normativa fundamentantemente material que os substancia. Embora em alguns dos domínios da realidade juridicamente relevante as convicções de validade se apresentem com estabilidade cultural e intencionalidade normativa intersubjetivamente reconhecíveis, o pluralismo axiológico que ao Direito cabe confrontar, moldar e delimitar, relacionando subjetividades as mais diversas, apresenta-se como permanente desafio, na tentativa de conferência de sentido normativo a um ponto intermédio, *algures* entre *os eus* e *os outros*. A mesma dificuldade encontrará, decorrentemente, a institucionalização, num plano formal, ou *quoad modum*, do conteúdo juridicamente exigível, através de um praticamente reconhecível e normativamente assimilante *princípio da formalização* enquanto *princípio normativo suprapositivo*⁹ — o que em nada reduz a decisiva relevância da garantia institucionalmente integrante do conteúdo estabelecido à luz do *princípio do mínimo* —, também no sentido que Castanheira Neves no-lo propõe, como limite formal aos limites constituídos-estabelecidos pela exigência de integração comunitária de responsabilidade.¹⁰ A questão do estabelecimento de fronteira(s) entre *suum* e *commune* pôr-se-á sobretudo, então, no posicionamento da

⁷ António Castanheira NEVES, «O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático», *Número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I (1984) 307-469, e também in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 349-473, 416.

⁸ *Idem*, *ibidem*.

⁹ *Idem*, *ibidem*.

¹⁰ *Idem*, *ibidem*.

delimitação respetiva recíproca e da correspondente assimilação dos sentidos e fronteiras da imputação e da responsabilidade jurídica.

1.2.2. Vertentes da *responsabilidade jurídica*

Uma tal *responsabilidade* assim dita *jurídica*, conjugada com *juízos* sobre *culpa*, embora também sem *culpa* — em algumas das suas vertentes... —, revestirá diversas configurações, assumindo, assim, a noção juridicamente consonante de *culpa* — enquanto juízo sobre a imputabilidade e a imputação de um ato ou omissão a um sujeito — consoante os domínios do Direito, um papel diferenciadamente decisivo na construção da do estabelecimento de *limites de responsabilização normativamente adequados* e da relevância prática da respetiva intencionalidade normativa e consagração positivada em princípios e critérios jurídicos vigentes.

Na estruturação da diversidade possível de *conteúdos* da responsabilidade jurídica, Castanheira NEVES identifica as vertentes de «responsabilidade perante as condições da existência comunitária», «responsabilidade por reciprocidade» e «responsabilidade de integração comunitária». Assim, uma (1.2.2.1.) «responsabilidade perante as condições da existência comunitária», assumida em sentido mais negativo — ou passivo —, por um lado, e mais positivo — ou ativo —, por outro, abrangerá, em primeiro lugar, uma *responsabilidade de preservação*, mesmo de *autopreservação* — e, assim, na fronteira entre *suum e commune* —, traduzida num *princípio de corresponsabilidade (stricto sensu)*, em que a interação — *correlação e convivência* (no sentido proposto por Werner MAIHOFFER e Max WEBER¹¹) — pudesse apresentar-se como mútuo comprometimento com o(s) sentido(s) intersubjetivamente pacificador(es) conferidos de alguns bens e/ou valores juridicamente assumidos como pilares fundantes da juridicidade (*honeste vivere*). E, portanto, admitindo exemplarmente naquela *corresponsabilidade* a manifestação exponencialmente sensível da validade e da normatividade autónomas do Direito, na referenciação de *ultima ratio* à *responsabilidade criminal* — esta, tradicionalmente ligada ao princípio da culpa, repondo-se hoje a discussão sobre a responsabilidade objetiva; e, em segundo lugar, incluindo uma *responsabilidade de contribuição*, de afirmação de participação efetiva na construção do sentido do *commune*,

¹¹ Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2002, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, 221-227.

traduzida num *princípio de solidariedade* e nas suas traduções jurídicas (*suum cuique tribuere*) — desde logo, no âmbito da projeção social da justiça distributiva. Já na vertente de (1.2.2.2.) «responsabilidade por reciprocidade» se posicionaria a responsabilidade *comutativa* em geral, e a responsabilidade *contratual* em particular, a assentar na exigência de autorresponsabilidade, só parcialmente manifestada pelo princípio *pacta sunt servanda* (numa intencionalidade normativamente dirigida à *executio iusti*). Por sua vez, a vertente de (1.2.2.3.) «responsabilidade de integração comunitária» corresponderia à responsabilidade pelo dano, pelo prejuízo, por situações de ação antinómica, e assim, a perspetiva, o que se poderia dizer agora, em consequência da proposta em análise, uma condição da responsabilidade extracontratual (numa intencionalidade normativamente dirigida a *hominis ad hominem proportio*).¹²

1.3. Pessoaalidade e personalidade jurídica: *passado, presente, futuro: sujeito(s) de direito, entre sujeito(s) de direitos e sujeito(s) de deveres...*

Ser *sujeito de direito* pressupõe — pelo menos num tempo que, arriscando-se a ser rapidamente passado, é, de certo modo, ainda, presente... —, em princípio, em correspondência à personalidade jurídica, a capacidade de gozo, e, sob determinadas condições, de exercício, de direitos subjetivos e, concomitantemente, a assunção de deveres jurídicos. Ser titular de direitos subjetivos implicaria, assim, a pressuposição, por um lado, e a construção, por outro, de um centro racional de imputação, identificado *prima facie* com um membro da espécie humana...

A delimitação da intersubjetividade jurídica substancialmente suscetível de estabilizar a noção de responsabilidade jurídica a partir de reconhecível *centro* de referenciação sofre hoje os efeitos do *descentramento* da pessoa humana, que implicam, pelo menos, dois movimentos oscilantes centrífugos, ou, talvez, centrípetos, na medida em que potencialmente colidentes... Por um lado, com (re)afirmações de identidades microscopicamente — porém, não obstante, pluralmente... — enunciadas através de identificações contra-hegemónicas a partir de convicções compensatórias de desagregações de referentes, e, por outro, de negações de diferenças macroscopicamente

¹² António Castanheira NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, 1968-1969, 105-125; *idem*, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», 32-43.

— não obstante, nem sempre hegemonicamente... — sustentadas através de rejeições de identificações hegemónicas de convicções agregadoras... Trata-se de observar que (ou que tudo se passa como se), em contraponto — isto é, pelo menos, ou, ao invés, talvez mesmo só aparentemente, contrastando com aquelas progressivas individualizações —, se (re)ergue, como que (ou se) paradoxalmente, também *voluntaristicamente* (e, portanto, ainda individualisticamente...), convencionadas, *pós-modernamente* construídas agregações *comunitariamente* densificantes, em *microscopicamente* substancializadas *formas de vida* — no limite (e paradoxalmente...), inibidoras da *individualidade*... —, de *comunidades humanas e trans-humanas* — em assimilações de e/ou com outras *formas de vida* e/ou outras *formas de inteligência* — nomeadamente, de dita *inteligência artificial*.¹³

2. Responsabilidade e (de)limitação do sentido (futuro?) do Direito: a (im)possibilidade do Direito enquanto material-axiologicamente *autónoma* normatividade prática?...

Admitindo-se que o Direito encerra uma *intencionalidade material autónoma* —partindo de novo da proposta de Castanheira Neves —, uma determinação seletiva do respetivo conteúdo haverá que ocorrer, assimilando o sistema jurídico os conteúdos que, em cada específica inserção espaciotemporal, exijam do Direito uma resposta. A requerer, por sua vez, uma constituendamente discernível — embora nem sempre nítida — demarcação entre *Direito* e *moralidade(s)*, por um lado, e entre os respetivos *princípios*, por outro. Sem esquecer que na(s) *moralidade(s)* se conjuga uma multiplicidade significativa de práticas, por vezes pragmaticamente assentes, outras deontologicamente prescritas, de índoles diversas e objetivos díspares, a convocar para o Direito distintos (e divergentes entre si...) conteúdos e sentidos, na ausência de determinação das condições de delimitação material de conteúdos — *rectius*, apontando como critério delimitador um ou vários sentidos de *morality*, dominantes ou não, em estruturas sociais mais ou menos alargadas... —, e assim abrindo conjugações de fundamentação e/ou justificação

¹³ *Vide*, questionando, em diversos sentidos, a personalidade jurídica, o conjunto de propostas reunidas em Visa A. J. KURKI; Tomasz PIETRZYKOWSKI (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence, and the Unborn*, Springer International, 2017.

racionais infundáveis. A proporcionar a admissão de conteúdos potencialmente inseríveis em diversos princípios fundamentantes cuja relevância prática ficará à mercê das possibilidades abertas — *positivistas* ou *não positivas*, *includentes* ou *excludentes*...—, e sem uma determinação material-formal de fundo quanto aos critérios de delimitação da juridicidade e respetivas consequências, do ponto de vista de uma potencial convocação de conteúdos e exigências enquanto *princípios*.¹⁴ Reconhecer ao Direito um *sentido materialmente autónomo* implicará, aqui, a assunção de uma compreensão de princípios estritamente jurídicos enquanto fundamentos que, como *supra* apresentados, se configurem como verdadeiros *princípios jurídicos*. De que haverá, então, que distinguir *princípios extrajurídicos*, cuja influência na determinação do conteúdo da juridicidade se encontrará delimitado por esta. Pelo que cumprirá ao próprio *Direito* filtrar decisivamente a admissibilidade e sentido da respetiva convocação e relevância normativamente constitutiva e metodológica.¹⁵ Dificilmente, desta perspetiva, alcançará o Direito respostas cimentantes e duradouras se não procurar fundá-las — e aqui cumpre dizê-lo de novo com Castanheira NEVES — numa valoração *autónoma* que o transforme em específica dimensão crítico-reflexivamente irrenunciável da prática humana, e a mobilizar como referente essencial uma *autotranscendência de sentido* — ou mesmo *transcendentalidade prático-cultural*.¹⁶

¹⁴ José Manuel Aroso LINHARES, «Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?», in Fernando Alves CORREIRA; Jónatas E. M. MACHADO, João Carlos LOUREIRO, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, STVDIA IVRIDICA, 106, *Ad Honorem* — 6, Volume III — *Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 395-421. António Castanheira NEVES, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido», *Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim José Teixeira Ribeiro*, vol. II (1979) 73-184; também in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 95-180; *idem*, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito: lições proferidas a um curso do 1.º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, Coimbra, 1971-1972, 127-128; *idem*, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito*, 88 e ss. (48 e ss., na versão A4). Vide ainda Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 627 e ss.

¹⁵ Ana Margarida GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, Parte III, 3.1.1.1.3., 3.1.1.2.

¹⁶ António Castanheira NEVES, «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», in António Avelãs NUNES; Jacinto de Miranda COUTINHO (coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Coimbra: Almedina, 2008, 9-82, 11 (também in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIII (2007) 1-73); António Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», in Augusto Silva DIAS, et al. (org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário*, Coimbra: Almedina, 2009, 3-28, 17-18. Vide também António Castanheira NEVES, «Uma reconstituição do sentido do direito — na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, 1, 1 (2012) 17-19. Vide ainda António Castanheira NEVES, «Justiça e Direito», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LI (1975) 205-269, e também in *Digesta*, vol. 1, 241-286. Sobre este assunto, Ana Margarida GAUDÊNCIO,

Pensar neste sentido o conjunto dos padrões culturais vigentes num determinado contexto, enquanto juridicamente intencionados, construídos e projetados praticamente na *autodisponibilidade* comunitária, postula uma densificação axiológica que não propõe o *regresso* a um *jusnaturalismo*, posto que coloca a sua base de sustentação ao nível das valorações socialmente agregadoras histórica e intersubjetivamente construídas — autênticas condições de possibilidade, mas na *autodisponibilidade* dos membros de uma comunidade histórico-concreta, portanto, nem de pura contingência empírica — pois que se assumem como ideais vinculantes —, nem de origem heterónoma — pois que de constituição e reconstituição humana. O que conduz a uma projeção da problemática da fundamentação do Direito como possibilidade civilizacionalmente cunhada de construção e identificação de valores-*projetos* comunitariamente assumidos como vetores essenciais a uma intersubjetividade que torne reconhecíveis as fronteiras da relevância jurídica — aquela em que, do contextualizadamente constituindo ponto de vista jurídico, especificamente algo *inter-est*, e que justifica a *relativização* dos sujeitos intervenientes, que não aquela que se reporte às relações de *absoluto*, em que uma definição-*medida* da posição intersubjetivamente relativa, sob a forma de *critério*, não pudesse objetivamente estabelecer-se¹⁷ — identificando certos valores-*projetos* comunitariamente assumidos como vetores essenciais à intersubjetividade que define a relevância jurídica, enquanto *construções práticas* simultaneamente orientadoras, e, neste sentido, *autotranscendentes*; e, mais do que isso, enquanto *intenções à validade*, em contínua construção e redensificação histórica, *condições de possibilidade* de um projeto de fundamentação axiológicamente normativa de uma *comunidade jurídica*, e, assim, *autotranscendentais*.¹⁸

Não obstante, a(s) fronteira(s) entre *juridicidade* e *ajuridicidade* resulta(m) cada vez menos de um estrito diálogo entre humanos... A crescente complexidade das relações entre humanos e não humanos excede a (in)traduzibilidade, exigindo a tomada de consciência de uma *alteridade* sem precedentes... Se e quando não for já o único *sujeito de direito* a *Pessoa* — tomada aqui no sentido

«Do historicismo materialista à historicidade da sociedade aberta: poderá o Direito ser reflexo ou instrumento da História?» (2004), in Jorge de Figueiredo DIAS; José Joaquim Gomes CANOTILHO; José de Faria COSTA (org.), *Ars Iudicandi — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. I — *Filosofia, Teoria e Metodologia*, 515-550.

¹⁷ António Castanheira NEVES, «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito...», 868-869.

¹⁸ Vide também, neste sentido, Ana Margarida GAUDÊNCIO, «From Centrifugal Teleology to Centripetal Axiology (?): (In)adequacy of the Movement of Law to the Velocity of Praxis», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXVIII, I (2012) 91-103, 102-103.

do *reconhecimento recíproco* com que Castanheira NEVES a propõe, assumindo que o *reconhecimento recíproco* da dignidade humana¹⁹, compreendido como elemento constitutivo da *subjetividade* e da *intersubjetividade* jurídicas, e da respetiva efetivação, constitui o sustentáculo de um *sentido materialmente autónomo do Direito*²⁰ —, é não apenas de um alternativo sentido de *normatividade* que se tratará, mas de um novo sentido a atribuir à própria *intersubjetividade* — comunitária-social, em geral, e jurídica, em particular...

Deixando de residir a *valoração jurídica* dos comportamentos socialmente interferentes (o *sentido* materialmente fundante dos mesmos) no eixo de *relativização e comparabilidade* dos respetivos *sujeitos*, é não apenas de alteração do posicionamento da linha definidora da intersubjetividade jurídica que se tratará, mas de uma efetiva alteração de *sentido* da própria *juridicidade*... com um efeito de *deslocamento*, subjetiva e objetivamente, e, assim, abrindo um espaço radicalmente novo à substancialização e delimitação do que seja um *sujeito de direito*. Com o que, se partirmos da configuração daquela intersubjetividade enquanto dialética entre um polo de *suum* — de afirmação de *autonomia* — e um polo de *commune* — de afirmação de *responsabilidade* —, seguindo a proposta de Castanheira NEVES²¹, tal dialética, e, assim, o sentido e as fronteiras da juridicidade que entretece, terão de ser, no mínimo, reequacionadas, quer quanto ao respetivo sentido quer quanto ao conteúdo da tutela recíproca a conferir aos *sujeitos de direito* — algo (desde) sempre discutível e discutido... —, quer ainda quanto ao que possa assumir-se como *dignidade jurídica*, por um lado, em correspondência-analogia com a *dignidade humana* — se, talvez, e enquanto possível... —, ou, por outro lado, já na ausência de tal referente, na medida em que as exigências de valoração pressuponham diferentes instanciações — o que estabelecerá totalmente distintos sentido e conteúdo à titularidade de direitos e de deveres, e implicará um reposicionamento dos respetivos limites materiais e formais. Em tal movimentação não se porá o problema de saber se e como reconhecer *personalidade jurídica* a seres *não humanos*, nomeadamente aos constituintes de *inteligência artificial*, mas o de saber se e como reconhecer personalidade

¹⁹ Mário Reis MARQUES, «A dignidade humana como prius axiomático», in Manuel da Costa ANDRADE; Maria João ANTUNES; Susana Aires de Sousa (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, IV, 541-566, 566.

²⁰ Vide António Castanheira NEVES, «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito», 869-870.

²¹ António Castanheira NEVES, «Uma reconstituição do sentido do direito — na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas», 16. Vide ainda António Castanheira NEVES, «O princípio da legalidade criminal», 415-416. Vide também José Manuel Aroso LINHARES, *Teoria do Direito. Sumários desenvolvidos (C): «O Jurisprudencialismo»*, Coimbra: policopiado, 2008-2009, 7-8.

jurídica a seres *humanos*, uma vez assumidas relações *pós- e trans-humanas* como *paradigma da intersubjetividade*.

Se e enquanto se assumir como centro de imputação da determinação da relevância e consequente responsabilidade jurídica um cérebro humano, mesmo que numa cadeia de níveis de controlo crescentemente estabelecidos através de *inteligência artificial*, pressupor-se-á e pensar-se-á tal intersubjetividade por analogia às experiências histórico-culturais, por referência a distintas perceções do *ser pessoa* e da noção de *dignidade* que circunstancialmente lhes correspondam... A questão será, porém, já completamente distinta se se dissipar esse tipo de intersubjetividade, isto é, se um ou mais sujeitos intervenientes na relação juridicamente relevante não forem *peçoas* — *quid juris*, e, inevitavelmente, *quid jus*?... Estaremos, deste ponto de vista, já hoje em tempo e espaço de *pós-humanismo(s)*, ou *trans-humanismo(s)*, ou de *supra-humanismo(s)*, ou mesmo de *pós-humano(s)*, ou de *trans-humano(s)*, ou de *supra-humano(s)*?²²

O que aqui e agora nos importa, porém, não será propriamente discutir as diferenças entre *pós-*, *trans-* e *supra-humanismos*, mas considerar a definitiva tomada de consciência de que não só a *humanidade-humanitas* do ser humano não é universalmente inteligível como também não constituirá, no contexto em questão, condição essencial para a *intersubjetividade*... Pensada a partir da ideia de *dignidade humana*, a *dignidade jurídica* — enquanto condição e substrato de conferência de titularidade de direitos e de deveres — enfrenta atualmente desafios decisivos quanto à sua intencionalidade e ao seu conteúdo: deixando de ser exclusivamente o ser humano a base constitutiva da condição de *sujeito de direito*, alterar-se-á a própria matriz de inteligibilidade do jurídico. Pensar o *pós-humanismo* da perspectiva da intersubjetividade jurídica implicará considerar não apenas o problema da ligação e/ou das relações entre seres *humanos* e *não humanos*, independentemente de quais

²² Se o termo *pós-humanismo* designa, entre múltiplas especificações, genericamente, superação do *humanismo* — do *humanismo da humanitas* romana, mas também, e em sequência, do *humanismo* nos sentidos propostos pelo Renascimento, tal como os convoca HEIDEGGER, desde logo em *Brief über den Humanismus*, mesmo do *humano*, hoje para lá já dos limites da inteligência humana, quer por via do *pós-modernismo* quer do *trans-humanismo*, propõe-se aqui, no sentido em que no-lo têm apresentado, por exemplo, Jesús BALLESTEROS (Jesús BALLESTEROS; Encarnación FERNÁNDEZ (coord.), *Biología e posthumanismo*, Pamplona: Aranzadi, 2007, 36, 21-46) — como que, embora com raízes mais longínquas no tempo, assentando no *übermensch* de Nietzsche, mas, paradoxalmente, em contradição com este, por abdicar da referência ao *amor fati* —, ou Francis FUKUYAMA, ou Peter SLOTERDIJK, refletir a conjugação do *dado* e do *adquirido* como elementos da constituição do *humano* (Francis FUKUYAMA, *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2002; Jesús BALLESTEROS; Encarnación FERNÁNDEZ, *Biología e posthumanismo*, Pamplona: Aranzadi, 2007.)

sejam estes últimos — outras *espécies*, o *meio-ambiente*, a dita *inteligência artificial...* —, mas também das relações entre seres *não humanos* entre si.

Não se tratando já de uma relação entre seres humanos, em que radicará, e o que determinará e qualificará a *dignidade jurídica* dos sujeitos intervenientes, por um lado, e, por outro, com que legitimidade e através de que fundamentos e critérios se estabelecerá a índole e a medida da *responsabilidade jurídica* — isto é, a delimitação da esfera de atuação recíproca e a consciencialização da relação desta com a juridicidade e respetivas consequências? Em que *sentidos* (material-normativamente consonantes) e com que *fronteiras* (formal-estruturalmente delimitantes) de/entre (*inter*)*subjetividade*, *responsabilidade* e *culpa*?

Perante tais alterações no cenário da intersubjetividade, se alguma *autonomia* for ainda de reconhecer ao Direito, deixando esta de se posicionar na índole dos sujeitos que constituem a intersubjetividade que historicamente sustenta, e não se identificando esta autonomia como apenas *formal*, pretendendo-se sobretudo *material*, reposicionar-se-ão tais sentidos de *intersubjetividade* e de *autonomia*.²³ *Intersubjetividade* em que deixaria de imperar a *personalidade*, para se apresentar uma gradação de centros de imputação à luz da qualidade dos *sujeitos de direito, humanos, não humanos e trans-humanos...* E *autonomia* não enquanto normativamente sustentada por formalidade e/ou procedimentalização das respetivas condições discursivas, antes enquanto afirmando um fundamentante conteúdo de normatividade materialmente construído numa dialética historicidade intersubjetivamente constitutiva. É, então, não apenas um reposicionamento da fronteira entre os polos de *suum* e de *commune* que se opera, mas uma recompreensão da própria noção de *subjetividade jurídica* enquanto conferência de imputação de atos e respetivas consequências, por um lado, e, por outro, de *intersubjetividade jurídica* enquanto interação interferentemente relevante à luz de um específico *tertium comparationis*²⁴...

²³ Vide António Castanheira NEVES, «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», 10-14. Vide ainda António Castanheira NEVES, «O problema da universalidade do direito». Vide também José Manuel Aroso LINHARES, «A “abertura ao futuro” como dimensão do problema do direito: um “correlato” da pretensão de autonomia?», in António Avelãs NUNES; Jacinto de Miranda COUTINHO (coord.), *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, 391-429, 426-427.

²⁴ Vide Fernando José BRONZE, «Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX (1993) 177-199, também in *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 9-29; *idem*, «Pj → Jd: A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)», in *Analogias*, 311-391, sobretudo 345 e ss.

(Página deixada propositadamente em branco)

06. Personalidade e culpa:

**esboço e reflexões sobre o conteúdo material da culpa
jurídico-penal**

06. Personality and culpability:

**outline and reflections on the material content of
criminal culpability**

Rui Caria

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
Assistente Convidado na Faculdade de Economia
da Universidade de Coimbra.
<https://orcid.org/0000-0001-5547-5482>

Abstract: The sciences of the mind, namely neuroscience and psychology, have produced valuable contributions to the comprehension of human behavior. In this regard, we highlight the way in which the study of personality has evolved, making us aware of different traits, each shedding light on different ways the individual behaves. We write the present paper as a reflection on the material content of the concept of criminal guilt considering the psychological understanding of personality and its variations. The new comprehension of individual behavior and freedom forces us to reflect on new comprehensions of the content of the material concept of criminal guilt. In this respect, we will have in mind the role of guilt in the determination of the length of the sentence as well as possible contributions to the way in which the execution must be carried out.

Keywords: guilt — personality — freedom — punishment — social rehabilitation

Introdução

A origem da nossa consciência e a segurança da nossa livre-vontade persistem como dúvidas no século da informação, em que esta corre à velocidade da luz, livre e infinita.

No seu recente trabalho, *Homo Deus — História Breve do Amanhã*, o historiador e professor israelita Yuval Noah HARARI mostra como as inquições da ciência sobre nós próprios ameaçam destronar a nossa livre vontade com um determinismo químico. Segundo o autor, no século XVIII, a nossa espécie era uma misteriosa caixa negra cujo funcionamento estava para além da nossa compreensão, por isso, quando se perguntava o porquê de um homem ter cometido um homicídio, uma resposta aceitável seria: «Porque assim escolheu, usou a sua livre vontade para escolher o homicídio, sendo por isso completamente responsável.»¹ Durante o último século, quando os cientistas começaram a abrir a misteriosa caixa negra do *Homo Sapiens*, não descobriram nem a alma, nem a livre vontade, nem o «ser» — apenas genes, hormonas e neurónios, obedientes das mesmas regras físicas e químicas que governam o resto da realidade.² Assim, a resposta do século XVIII quanto às razões do homicídio já nos parece insuficiente, podendo os cientistas responderem que: «Ele matou devido a determinados processos eletroquímicos no cérebro, formados através de particular composição genética que reflecte pressões evolucionárias primordiais e mutações cerebrais.»³

Se o determinismo tem sido enfraquecido no campo da física, pela física quântica e os modelos de descrição dos fenómenos, o oposto tem sucedido nas ciências que se dedicam ao estudo da mente e a sua relação com o corpo: «A questão é precisamente essa, a de que a vontade poderá ser, em si, um efeito determinístico de uma causa.»⁴

Em face deste novo paradigma, renova-se a dúvida em torno da nossa livre vontade, estando em causa a sua validação e limitações. Mas não são só os mecanismos eletroquímicos das neurociências que aparentam lançar os seus cordéis sobre nós, também a psicologia, com o seu estudo da personalidade⁵,

¹ Yuval Noah HARARI, *Homo Deus — A Brief History of Tomorrow*, London: Vintage, 2017, 328.

² *Idem, ibidem.*

³ *Idem, ibidem.*

⁴ Fernanda PALMA, *O princípio da desculpa*, Coimbra: Almedina, 2005, 48.

⁵ «Personality psychology has never been in better health than at the present time. The idea that we can describe and measure meaningful stable traits, such as extraversion and emotionality, is no longer very controversial. The study of traits has been boosted by, at least, a partial consensus

mostra que os nossos comportamentos podem estar determinados em função da nossa biologia e ambiente social. O método científico-analítico continua a avançar sem misericórdia sobre todas as disciplinas, ameaçando impor a sua análise no íntimo da motivação dos nossos comportamentos, dissecando a nossa Humanidade até que nada reste senão átomos.

Com o tempo a trazer a renovação do debate da livre vontade e das motivações do comportamento humano, não podemos deixar de pensar na influência que os novos contributos da ciência terão sobre o conceito de culpa jurídico-penal. De maior interesse para esta reflexão, serão as questões que o entendimento psicológico de personalidade lança sobre o conteúdo material da culpa jurídico-penal. O que se pretende é uma flexão sobre a forma como se refletem os progressos da atual ciência da personalidade na doutrina da culpa que, segundo Franz v. LISZT, é a medida do progresso do Direito Penal.⁶

Olhando para culpa com novos olhos, procuramos ao mesmo tempo vislumbrar uma forma de contribuir para a humanização e individualização da pena, nomeadamente através do modo como a culpa determina a sua medida. Fernanda PALMA reconhece que seja natural aos penalistas, que querem pensar nos modos e critérios de afastar a pena, a tentativa de renovar o pensamento sobre a culpa, abrindo-o «aos novos mundos que a Ciência do ser humano nos tem levado a descobrir»⁷. De alguma forma, identificamos o nosso esforço com esta tentativa.

Personalidade e culpa

Numa primeira aproximação, independentemente do seu conteúdo material, a culpa é uma censura jurídica dirigida a um agente pela prática de um facto.⁸ Indo mais além, no que toca à determinação do seu conteúdo material,

among researchers on the nature of the major traits, by advances in genetics and neuroscience, and by increasing integration with various fields of mainstream psychology. Other perspectives on personality have also flourished, stimulated by advances in social-cognitive theory, by the re-discovery of the unconscious and implicit personality processes, and by increasing interest in the relationship between emotion and personality.» Philip CORR; Gerald MATTHEWS, *The Cambridge Handbook of Personality Psychology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, xxii.

⁶ Franz v. LISZT *apud* FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 15.

⁷ Fernanda PALMA, *O princípio da desculpa*, 12.

⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal — Parte Geral*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 510.

a discussão tem vindo a desenvolver-se ao longo do século, não se podendo dizer que, apesar da recente estabilização, esteja terminada.

Rompida a sua evolução ao lado da finalidade retributiva da pena, atualmente, a culpa — inserida no sistema funcional, teleológico e racional — obedece às exigências das finalidades preventivas. A este respeito, há quem coloque o dilema de: eliminar a culpa como elemento integrante do sistema; ou manter a categoria, excluindo o elemento da censura pessoal, concebendo-a como um puro «derivado da prevenção e das suas específicas exigências»⁹. FIGUEIREDO DIAS, prontamente opta por manter a categoria da culpa, reconhecendo-a como o «penhor mais seguro de legitimação, no âmbito de aplicação da pena, das necessidades preventivas face ao homem delinquente», persistindo em ver no princípio da culpa «uma autêntica máxima de civilização e de humanidade, para a qual se não descortina ainda hoje alternativa»¹⁰.

Aceitando a adequação da categoria da culpa no sistema, não a salva, contudo, de dilemas, nomeadamente no que concerne ao seu conteúdo material.

A culpa da vontade é uma das concepções que continua a merecer construções em sua volta por parte da doutrina penalista. Nesta concepção, o foco reside no poder do agente de agir de outra maneira na situação, sendo a sua liberdade tomada como uma liberdade da vontade; um poder concreto de agir de outra maneira. Mesmo dentro da própria concepção de culpa da vontade, poderão distinguir-se dois pensamentos que, por sua vez, levam a duas concepções diferentes. Um primeiro, valora o querer como tal, referindo a censura da ação ao querer efetivo do indivíduo e ao seu conteúdo; um segundo, toma como critério a medida e o grau em que o querer se afasta da determinação pelo dever-ser.¹¹ Assim, a primeira tese será uma culpa como decisão consciente da vontade pelo ilícito, enquanto a segunda será uma culpa como capacidade de motivação pela norma.

As principais críticas dirigidas a estas teses, no seu conjunto como culpa da vontade, prendem-se, por um lado, com a sua indemonstrabilidade; e por outro, com a sua insustentabilidade político-criminal.¹² No que diz respeito ao aspeto da indemonstrabilidade, este manifesta-se na dificuldade de, numa vertente prática, se saber quando e em que medida se depara com o poder de agir de outra maneira, relativamente a uma pessoa individual numa situação

⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 281.

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 282 e 283.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 58.

¹² FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal — Parte Geral*, tomo I, 516.

concreta.¹³ A insustentabilidade político-criminal, por sua vez, poderá manifestar-se, entre outras, em duas vertentes críticas: sempre que o delinquente se defendesse com o argumento de não poder ter agido de outra maneira, caso ninguém fizesse prova em contrário — com as óbvias dificuldades de prova a este respeito —, a consequência seria a absolvição; por outro lado todos os agentes imputáveis provenientes de um qualquer ambiente criminógeno, ou com aparente tendência para o crime, teriam a sua pena diminuída como consequência do seu diminuído poder de agir de outra maneira.¹⁴

Ainda em referência à culpa da vontade, existe uma terceira conceção alternativa. Ao invés de se ligar a culpa e o poder de agir de outra maneira ao facto ou à motivação de onde este provém, esta liga-se ao carácter ou à personalidade do agente que, por sua vez, fundamenta o facto.¹⁵

Também a culpa do carácter se desdobra em diferentes conceções. A culpa na condução de vida dirige ao agente uma censura por ter adquirido hábitos perigosos com a maneira como conduziu a sua vida, se e na medida em que este se podia determinar em face das suas disposições caracterológicas.¹⁶ Já a culpa na decisão de vida, imputa ao agente todo o seu carácter desvalioso na base de uma decisão livre de «deixar vencer o seu “eu” mau sobre o bom, de seguir o seu “daimon” negro»¹⁷. Por outro lado, a culpa do agente, concebe que a culpa reside numa omissão por parte do agente, na medida em que este não fez de si, como devia, aquilo que lhe era possível.¹⁸

Entre nós, Eduardo CORREIA levou a cabo a construção da culpa na formação ou preparação da personalidade. Nesta construção, a culpa corresponderá a «uma omissão — e uma omissão permanente da vida do delinquente — do cumprimento do dever de orientar a formação ou a preparação da sua personalidade de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais»¹⁹.

Apesar das teses da culpa do carácter modificarem o conteúdo material em relação às teses da culpa da vontade, o seu critério e fundamento persistem em

¹³ «Com efeito, como vimos confirmado por vários lados, uma tal liberdade é absolutamente indemonstrável e inapreensível na pessoa individual e na concreta situação.» FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 84.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 518.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 87, 520.

¹⁶ «A culpa do agente reside pois na aquisição de componentes culposos do próprio carácter: ela não se dirige a um modo de ser como tal, empiricamente dado em certo momento, antes sim [...] o que supõe no agente a capacidade de se não ter tornado naquilo que é ou de se não ter deixado chegar a isso.» FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 92.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 102.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 105.

¹⁹ Eduardo CORREIA *apud* FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 108.

assentar sobre o poder de agir de outra maneira e a conseqüente liberdade de vontade. Desta forma, as mesmas críticas poderão ser-lhes lançadas, nomeadamente no que diz respeito ao fundamento não esclarecido do livre-arbítrio. No caso das teses da culpa do carácter, as dificuldades poderão potenciar as antinomias em que incorre a culpa da vontade, pois poderão ser multiplicadas por tantos factos quantos os relevantes para a condução ou decisão de vida ou para a não formação da personalidade.²⁰

FIGUEIREDO DIAS, por seu turno, rejeitando as concepções anteriores, refere-nos que a culpa jurídico-penal realizada materialmente será o ter que responder pela personalidade ético-socialmente censurável que fundamenta um facto ilícito-típico.²¹ Aliado a este conteúdo material — culpa da personalidade documentada no facto —, está a culpa da atitude interior, na medida em que a expressão da personalidade do agente no facto se mostra uma atitude de contrariedade ou de indiferença, ou de descuido, ou de leviandade, perante a violação do bem jurídico protegido.²²

A personalidade, neste âmbito da culpa jurídico-penal, será concebida como o puro efeito da sua liberdade essencial, abarcando ao mesmo tempo a multidão de ligações, de condicionamentos e de limitações perante a qual aquela se afirma.²³ Esta personalidade, sob a qual assenta o juízo de culpa jurídico-penal, é uma personalidade ética do ser humano, referida à manifestação do seu ser em factos que violem o dever de realização e desenvolvimento do ser-livre.²⁴

Feito este percurso pela discussão em torno do conteúdo material da culpa jurídico-penal, terminamos, não inocentemente, na concepção que refere este conteúdo à *personalidade*, e as suas qualidades juridicamente desvaliosas, que fundamentam e se expressam num facto ilícito-típico. Como vimos, o conceito de personalidade abarcado nesta concepção é de natureza predominantemente ética, consubstanciando-se numa decisão do ser humano sobre si como expressão da sua liberdade.

Os estudos da personalidade, contudo, têm sido desenvolvidos pela ciência da psicologia, pelo que, cremos útil chamar à reflexão a forma como esta é concebida e encarada no cerne dessa disciplina.

²⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal — Parte Geral*, tomo I, 521.

²¹ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 165.

²² FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 287.

²³ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 164.

²⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 167.

Numa conceção psicológica, a personalidade é definida como um conjunto característico de comportamentos, cognições e padrões emocionais que evoluem através de fatores biológicos e ambientais.²⁵ O modelo *Big Five*, que teve origem em estudos de traços descritivos adjetivos retirados do léxico, é o sistema de classificação de traços de personalidade mais utilizado, identificando cinco traços gerais de personalidade: extroversão, agradabilidade, consciencialidade, neuroticismo ou instabilidade emocional e abertura para a experiência.²⁶

Cada um destes traços ou domínios de personalidade é, por sua vez, divisível em aspetos correlacionados, subsumindo múltiplas facetas.²⁷ O *NEO Personality Inventory-3*, um de vários inventários que podem ser utilizados para quantificar a personalidade dentro do modelo *Big Five*, identifica seis facetas para cada um dos traços.²⁸

A cada um dos traços estarão também associados, de modo geral, determinados comportamentos que se refletem naquilo que identificamos como a personalidade da pessoa, nomeadamente: a extroversão parece refletir-se principalmente em *social engagement*; a abertura para a experiência é refletida na perseguição de objetivos artísticos e culturais; a estabilidade emocional (ou baixo neuroticismo) é caracterizado por uma ausência de problemas mentais e físicos; a consciencialidade aparenta marcar-se por uma falta de comportamentos improdutivos; finalmente, a agradabilidade apresenta-se como a mais difícil de definir comportamentalmente, relacionando-se com generosidade, comportamentos que promovem uma boa saúde e o evitamento de álcool.²⁹

Através de testes simples e acessíveis, é possível quantificar cada um destes traços e as suas respetivas facetas, oferecendo um quadro da personalidade do indivíduo e uma determinação probabilística dos comportamentos associados a esta de forma geral. No relatório interpretativo do *Neo Personality*

²⁵ Sobre a conceptualização, Susan CLONINGER, «Conceptual issues in personality theory», in Philip CORR; Gerald MATTHEWS, *The Cambridge Handbook of Personality Psychology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 3 e ss.

²⁶ Colin DEYOUNG; Lena QUILTY; Jordan PETERSON, «Between Facets and Domains: 10 Aspects of the Big Five», *Journal of Personality and Social Psychology*, 93, 5 (2007) 880.

²⁷ Colin DEYOUNG; Lena QUILTY; Jordan PETERSON, «Between Facets and Domains: 10 Aspects of the Big Five», 898.

²⁸ «a) Neuroticism Facets: Anxiety; Angry Hostility; Depression; Self-Consciousness; Impulsiveness; Vulnerability; b) Extraversion Facets: Warmth; Gregariousness; Assertiveness; Activity; Excitement-Seeking; Positive Emotions; c) Openness Facets: Fantasy; Aesthetics; Feelings Actions; Ideas; Values; d) Agreeableness Facets: Trust; Straightforwardness; Altruism; Compliance; Modesty; e) Conscientiousness Facets: Competence; Order; Dutifulness; Achievement Striving; Self-Discipline; Deliberation.» Paul COSTA JR; Robert MCCRAE, *NEO Personality Inventory-3 Interpretative Report*, 2010, 3.

²⁹ Jacob HIRSH, Colin DEYOUNG, Jordan PETERSON, «Metatraits of the Big Five Differentially Predict Engagement and Restraint of Behavior», *Journal of Personality*, 77, 4 (2009) 13.

Inventory-3, os autores descrevem em detalhe vários comportamentos associados a uma pessoa concreta com base nas respostas que ela ofereceu no teste e que ajudaram a determinar a sua pontuação em cada um dos traços.³⁰ Entre outras coisas, com base no seu alto neuroticismo, referiram que esta muitas vezes se sente frustrada, irritada e zangada com terceiros, tendo ainda tendência para se sentir triste, sozinha e rejeitada; quanto à sua agradabilidade, referem que é capaz de enganar ou elogiar pessoas para que façam o que quer, tendendo a colocar os seus interesses à frente dos de outrem; quanto a sua consciencialidade, devido às suas tendências para desorganização, é provável que quebre as regras mais do que devia.³¹

Não foi ao acaso que fizemos referência a estes comportamentos e a estes traços de personalidade identificados nesta pessoa concreta. Estes aspetos negativos de cada um dos traços, parecem-nos, à primeira vista, comportamentos que poderão levar a interações negativas com terceiros, assim como à quebra de regras, como identifica o próprio relatório interpretativo. Ou seja, são comportamentos e características que poderão, eventualmente, estar associados a comportamentos ilícitos.

No passado, STEIGLEDER criticou os psiquiatras que queriam reduzir as perturbações profundas da consciência aos distúrbios de origem biológica. Para o autor, o método biológico-médico devia ser complementado por uma observação fenomenológico-antropológica, traduzindo-se numa observação global do facto, que incluísse o estudo da personalidade do agente e a análise das circunstâncias em que o facto foi praticado — sendo apenas desta maneira possível verificar em que medida o ato pode ser considerado uma manifestação da liberdade do agente.³²

Ao analisar uma série de casos de autores passionais que foram objeto de exames psiquiátricos, o autor identificou como características comuns da personalidade destes: a insegurança; a maleabilidade; a suscetibilidade; a falta de capacidade de afirmação; a incapacidade de defender as suas opiniões; o sentimento de inferioridade; a tendência para acumular ressentimento — características estas que resultam numa personalidade que cria dificuldades no relacionamento interpessoal.³³

Num outro estudo sobre factos passionais e da compreensão do processo de motivação característico dos estados passionais, RASCH observou, como

³⁰ Paul COSTA JR, Robert MCCRAE, *NEO Personality Inventory-3 Interpretative Report*, 4 e 5.

³¹ Paul COSTA JR, Robert MCCRAE, *NEO Personality Inventory-3 Interpretative Report*, 4 e 5.

³² Curado NEVES, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 63.

³³ Curado NEVES, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 64.

outros autores que procederam a estudos do mesmo género, que, ao longo dos casos, se encontram recorrentemente características da personalidade que parecem comuns à generalidade dos autores passionais.³⁴

Para um melhor enquadramento, caberá um esclarecimento terminológico sobre as várias ciências da mente: «De um lado temos a psicologia, que estuda o funcionamento da mente no plano dos comportamentos humanos normais. Do outro temos a psiquiatria e a psicopatologia, com objectos em grande medida coincidentes. A psicopatologia estuda os defeitos no funcionamento da mente, nas suas formas e origens mais variadas. A psiquiatria estuda tais defeitos psíquicos apenas na medida em que resultam de doença física.»³⁵

De igual importância será uma distinção entre várias terminologias de fenómenos psíquicos: psicoses exógenas; psicoses endógenas; perturbações não psicóticas. As psicoses exógenas serão doenças com origem em determinada lesão orgânica.³⁶ As psicoses endógenas, assim se chamam por não ser possível, ou não ter sido possível até ao momento, encontrar causas exteriores, de origem física ou ambiental, que expliquem o seu surgimento³⁷. Finalmente, as perturbações não psicóticas, constituem perturbações mentais de mais diversa natureza, de pequena ou considerável gravidade que não assumem dimensões psicóticas, pelo menos normalmente. A classificação assenta na distinção entre «os distúrbios que surgem abruptamente na vida do paciente, sem que possam ser compreendidos de um ponto de vista psicológico, e aqueles que se manifestam como acentuação anormal no indivíduo atingido de características da personalidade correntes em pessoas “normais”, ou como reacções a acontecimentos normais da vida que assumem proporções anormais»³⁸. Aqui se encontrarão «personalidades anormais, reacções vivenciais anormais, coincidentes essencialmente com as neuroses, e alterações da vida instintiva, cuja autonomia é actualmente objecto de muitas dúvidas» — caberão aqui

³⁴ Curado NEVES, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 59.

³⁵ Curado NEVES, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 25.

³⁶ «Dizem-se exógenas por terem origem corpórea, exterior à mente. São psicoses porque se caracterizam por, ou comportarem, fenómenos psíquicos inexplicáveis num quadro de vida psíquica normal: o doente tem um discurso incoerente, não se lembra do seu nome ou do de pessoas que lhe são próximas, tem comportamentos inexplicáveis como agressões a desconhecidos ou furto de coisas de pequeno valor em estabelecimentos comerciais depois de uma longa vida com plena adequação social.» Curado NEVES, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 26.

³⁷ «[...] estas doenças são consideradas psicóticas pela forma também abrupta do surgimento dos sintomas, e o modo como se manifesta. A mais conhecida destas psicoses, e também a que assume maior relevo forense, é a esquizofrenia. Esta caracteriza-se pela descoordenação entre a vivência interna do doente e a realidade.» Curado NEVES, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 27.

³⁸ Curado NEVES, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 28.

as perturbações da personalidade como a paranoia, a antissocialidade, a perturbação histriónica, etc.³⁹

Na década de 1970, começou a generalizar-se o reconhecimento de que as perturbações psíquicas de origem não somática, como as neuroses e as psicopatias — frequentemente designadas como perturbações da personalidade —, longe de poderem ser relegadas para segundo plano como simples variações em relação a um tipo de personalidade considerado normal, podem constituir verdadeiras doenças, de efeitos comparáveis aos das psicoses, mas com consequências, por vezes, mais graves.⁴⁰

Brevemente visitado o funcionamento da personalidade na sua conceção psicológica, é possível observar, tal como o fizeram os autores anteriores, que a análise da personalidade e dos seus traços pode revelar num indivíduo concreto uma tendência, maior ou menor dentro da probabilística, para adotar certos comportamentos. Dentro deste espectro de comportamento estarão, como é claro, aqueles que se inserem na criminalidade e se consubstanciam em factos ilícitos-típicos.

A questão que se segue, e sobre a qual pretendemos refletir, é a seguinte: em que medida esta conceção de personalidade e os seus contributos para o entendimento do comportamento humano poderão auxiliar na determinação da culpa jurídico-penal, mormente, no grau de culpabilidade do agente? Um começo de resposta residirá numa outra pergunta: poderá este conceito de personalidade ser acolhido numa conceção do conteúdo material da culpa jurídico-penal?

O que se pretende é uma reflexão sobre a forma como a compreensão psicológica de um indivíduo — da sua personalidade, comportamento e motivações — poderá levar a um juízo concreto sobre a sua culpa mais justo e humanista, próximo da sua realidade existencial informada pela dinâmica pessoal da sua consciência e a história do seu ambiente social. Afinal de contas, a personalidade é, em larga medida, um produto da hereditariedade e do meio social do indivíduo.

De forma alguma se quererá insinuar que a culpa jurídico-penal na sua construção atual não é justa ou humanista, mas não está livre de lhe serem lançadas críticas ou de criar dilemas. Fernanda PALMA identifica dois tipos de dilemas atuais da doutrina da culpa: «O dilema entre o modelo que radica, de algum modo, na auto-avaliação do agente e o modelo que apela à perspectiva

³⁹ Curado NEVES, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 29.

⁴⁰ Curado NEVES, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 73.

cultural dominante acerca do seu acto; e o dilema entre uma relevância, total ou parcial, dos estados subjectivos de cariz psicológico e a sua pura negação para o juízo de culpa.»⁴¹

O que se observa é uma predominância do critério social/cultural em face de um critério subjetivo/pessoal na balança do juízo de censura da culpa jurídico-penal. A autora aponta a sua crítica neste sentido, notando que a culpa tem sido um espaço de análise limitado no que se refere ao sentido subjetivo das ações, por força de critérios normativos predefinidos e rígidos de aceitabilidade cultural dos comportamentos, desta forma, tornando o juízo de culpa num espaço normativo residual *sui generis*.⁴²

Mesmo em relação à conceção da culpa da personalidade, quem analisa a culpa na perspetiva da atitude ou da personalidade revelada no facto coloca, em geral, a mesma questão de divergência da posição pessoal com um padrão socialmente vigente ou culturalmente aceite.⁴³ Afinal de contas, na sua conceção, o autor procurou lograr um conceito de personalidade «dogmaticamente exequível e político-criminalmente correcto»⁴⁴.

Seria diferente se este conceito de personalidade (ético-social), fosse substituído por um de natureza psicológica?

No primeiro caso, a personalidade é tida como uma manifestação da liberdade da pessoa, sendo que, através desta manifestação da liberdade, a pessoa e o seu facto são uma e a mesma coisa.⁴⁵ Neste entendimento, o comportamento concreto e isolado da pessoa que se expressa no facto ilícito será a imagem do seu ser. Este ser, a pessoa, por sua vez, será julgado segundo o padrão ético consagrado na norma. Apesar de a liberdade aqui ser tida em conta, teoricamente, com todas as limitações contra ela impostas, em termos práticos, o agente responde apenas pelo seu comportamento isolado traduzido no facto ilícito típico; ou seja, como consequência, responderá necessariamente apenas pelo seu ser ético-socialmente censurável e não pela totalidade do seu ser.

Já não será assim no segundo caso, em que a personalidade não se adscreeve a um singular comportamento de relevância jurídico-penal, mas à totalidade

⁴¹ Fernanda PALMA, *O princípio da desculpa*, 25.

⁴² «Não é normativo no sentido de uma linguagem de direitos e deveres, de valoração de bens ou sequer de um dever ser, mas sim no sentido de um limite de aceitabilidade social de certas soluções de conflitos ou de determinados modos de conduta dos agentes (ou, ainda, numa óptica de atitudes reveladas nos factos)», Fernanda PALMA, *O princípio da desculpa*, 18.

⁴³ Fernanda PALMA, *O princípio da desculpa*, 17.

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal — Parte Geral*, tomo I, 522.

⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, culpa, direito penal*, 164.

psicológica do indivíduo, com os seus condicionamentos naturalmente inerentes — é esta a personalidade que se passa a manifestar no facto.

Ao colocarmos a questão, traçamos uma opção nos dilemas descritos por Fernanda PALMA: o caminho da autoavaliação do agente e da relevância, seja ela total ou parcial, dos estados subjetivos de cariz psicológico para o juízo de culpa. Sendo possível conhecer a personalidade do agente, este pode ser avaliado, obtendo-se através do teste de personalidade dados concretos relativos às suas tendências comportamentais. Através destes, é possível compreender de forma objetiva as dimensões psicológicas subjetivas do agente.

Nesta compreensão, seria possível determinar com maior exatidão a medida da culpa.

4. A relevância desta compreensão e a ênfase dada à sua capacidade de determinabilidade — ainda que não absoluta, desde já se admite — manifesta-se, principalmente, no papel da culpa na determinação da pena.

Atualmente separada dos ideais de retribuição que noutros tempos lhe estavam associados, a culpa assume uma dimensão, não de fundamento, mas de limite da punição, segundo um Direito Penal preventivo.⁴⁶ As dificuldades inerentes ao conceito da culpa, acompanham-na neste âmbito, existindo ainda um lugar pouco estável para esta no Direito Penal preventivo. Uma das dificuldades invocadas, prende-se com a irracionalidade do conceito que, por isso, é incapaz de limitar a pena. A este respeito, acusa-se a culpa de ser «imprecisa», podendo apenas ser estabelecida de forma «aproximativa», uma vez que o seu conteúdo individual, referido ao agente, depende da confluência de fatores especiais e singulares altamente diferenciados, o que faz dela um conceito incapaz de fornecer uma medida precisa, e assim, capaz de servir a finalidade de limitar o poder de intervenção estatal.⁴⁷

A este nível da discussão, a definição do conteúdo material da culpa revela-se de derradeira importância, na medida que é em torno deste conceito que se centra a questão da melhor ou pior resposta às exigências preventivas — provando-se, conseqüentemente, adequado para determinar a medida da pena.⁴⁸ Anabela Miranda RODRIGUES, manifesta a necessidade de elaborar

⁴⁶ Anabela Miranda RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 392.

⁴⁷ Anabela Miranda RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, 394, nota 15.

⁴⁸ Anabela Miranda RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, 399

um conceito diferente de «culpa para efeito de medida da pena», observando que o fenómeno já tem o seu vigor na doutrina alemã.⁴⁹

Sobre o propósito da adequação dos vários conceitos materiais — muitos por nós já nesta reflexão explorados — a autora elogia a culpa da personalidade tal como proposta por FIGUEIREDO DIAS. Nesta, vê um conceito suscetível de graduação e de individualização.⁵⁰ O critério essencial da medida da pena será, nos moldes desta construção, a medida da desconformidade entre o desvalor da personalidade do agente e o valor da personalidade jurídico-penalmente conformada que constitui a medida da censura pessoal que lhe deve ser feita.⁵¹

Juntamo-nos à autora nos elogios lançados à culpa da personalidade e à sua capacidade de contribuir para a determinação da medida da pena. Agora, à semelhança do que foi feito anteriormente, olhemos para esta mesma determinação recorrendo não a um conceito ético de personalidade, mas ao conceito psicológico. A influência deste conceito far-se-á sentir no desvalor que é feito à personalidade manifestada no facto, pois, como vimos, no juízo de censura haverá mais circunstâncias a ter em conta na composição da personalidade total do agente. A contribuição que se espera do conceito psicológico na determinação da medida da pena é torná-la mais individualizada, promovendo considerações pessoais no juízo de censura a par com as considerações sociais.

5. O dilema que inevitavelmente ressalta nestas considerações terá, no entanto, que ser confrontado. Imaginemos que dois indivíduos distintos, em ocasiões distintas, praticam um ato ilícito-típico. O primeiro indivíduo, A, é caracterizado por uma personalidade marcadamente antissocial, conflituosa e com desprezo pelo cumprimento de regras, para além de ter passado a maior parte da sua vida em situação de carência económica. O segundo indivíduo, B, por outro lado, mostra-se uma pessoa afável, socialmente integrada, zeloso no cumprimento dos seus deveres, dono de um trabalho de boa remuneração que lhe permite levar uma vida economicamente estável.

À luz do que tem sido dito, A teria uma personalidade que exhibe uma maior tendência para a prática de crimes, contrariamente a B, que estaria numa posição mais favorável a levar uma vida livre dessa prática. Ora, se a personalidade e os seus traços se mostram como condicionantes ao exercício

⁴⁹ Anabela Miranda RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, 400.

⁵⁰ Anabela Miranda RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, 475.

⁵¹ Anabela Miranda RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, 477.

da liberdade, na medida em que traduzem uma maior ou menor probabilidade de adotar certos comportamentos, poder-se-ia dizer que A seria menos culpado que B, uma vez que o último seria mais «livre» para não praticar crimes! Isto implicaria que B, por ser mais culpado que A, seria condenado com uma pena superior pela prática do mesmo crime.

Nesta altura, cabe uma compreensão adequada deste conceito de culpa da personalidade, de forma a torná-lo útil e funcional. Como acabou de se demonstrar, este conceito não poderá influenciar diretamente a determinação da medida da pena. Esse papel continuará a caber, pelas razões enunciadas, ao conceito ético de personalidade. Contudo, não se descarta o conceito psicológico na sua relação com a pena. Este poderá não influenciar *diretamente* a medida da pena, mas poderá fazê-lo *indiretamente*, afetando primeiramente não a *medida*, mas a *forma* da pena, isto é, a sua execução.

A execução das penas tem como principais objetivos a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; bem como a proteção de bens jurídicos e a defesa da sociedade.⁵² Se a personalidade manifestada no facto, tida na sua totalidade e não como expressão total na ação concreta, for tomada em consideração, bem como a sua influência no comportamento, poderá contribuir para o melhor cumprimento dos objetivos da execução das penas. Compreendendo-se a personalidade do indivíduo nos seus diferentes traços, com especial atenção sobre os que manifestam tendências criminosas, poder-se-á construir a execução de forma a ajudar o indivíduo a trabalhar nos aspetos da sua personalidade que o levaram a praticar os comportamentos pelos quais é condenado. Desta forma, contribuindo para a individualização da pena, bem como para o cumprimento dos objetivos da execução. Assim, a personalidade manifestada no facto, influencia, não a medida, mas a forma da execução, revelando uma via de combate à reincidência, através do tratamento dos fatores que levaram ao crime primário.

De forma indireta, a forma da execução — a forma da pena — influenciará a medida da pena, pois esta deverá ser adequada a cumprir as suas finalidades; finalidades essas, melhor apuradas pela compreensão da personalidade do indivíduo e das suas necessidades a nível da reinserção.

⁵² Art. 2.º, n.º 1, do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade; Art. 42.º, n.º 1, do Código Penal.

Considerações finais

Uma posição que cremos essencial tomar neste âmbito, quer por defesa quer por convicção, é a de que o indivíduo não é escravo de forças determinísticas. Embora tenhamos refletido sobre tentativas empíricas de determinar o comportamento humano, e que, como vimos, até certo ponto o conseguem fazer com probabilidade, temos como certo a capacidade de o indivíduo se determinar apesar destas forças, sejam elas a sua personalidade ou os seus antecedentes de hereditariedade e ambiente social.

Viktor FRANKL, psicólogo, deixou o seu derradeiro testemunho a este respeito na obra que escreveu depois de ter passado por Auschwitz e o terror de vários outros campos de concentração. É o homem o mero produto de várias condicionantes — sejam biológicas, psicológicas ou sociológicas? Não tem liberdade perante elas? Não tem poder de ação perante as suas circunstâncias? A estas perguntas, o autor responde com a sua própria experiência e de outros prisioneiros, tendo presenciado vários exemplos de atitudes heroicas em face de circunstâncias terríveis: homens que caminhavam pelos dormitórios a confortar outros, dando-lhes o seu último pedaço de pão. «[...] everything can be taken from a man but one thing: the last of the human freedoms — to choose one's attitude in any given set of circumstances, to choose one's own way.»⁵³

Estas palavras levam-nos a repensar o que será afinal a personalidade manifestada no facto. Talvez essa liberdade não seja a manifestação pura da vontade, mas antes a manifestação de uma liberdade condicionada: uma liberdade que se deixou vencer por circunstâncias. Manifestando, assim, uma personalidade capaz de praticar um facto ilícito-típico. Isto não quererá dizer, no entanto, que era tudo isso que essa personalidade conseguia fazer; que essa pessoa conseguia fazer. Nela, certamente haverá essa capacidade de se determinar, no que ao Direito Penal diz respeito: determinar-se no sentido de não praticar crimes.

Contudo, esta capacidade de se determinar será enfraquecida quanto mais fortes forem as condicionantes que sobre ela têm influência. Se entendermos a capacidade de nos determinarmos como vontade, ou força de vontade, então

⁵³ «And there were always choices to make. Every day, every hour, offered the opportunity to make a decision, a decision which determined whether you would or would not submit to those powers which threatened to rob you of your very self, your inner freedom; which determined whether or not you would become the plaything of circumstance, renouncing freedom and dignity to become molded into the form of the typical inmate.» Viktor FRANKL, *Man's Search for Meaning*, Rider, 2004, 75.

quanto mais fortes forem as condicionantes da nossa liberdade, nas várias facetas aqui discutidas, mais dificilmente essa vontade será exercida. Uma pessoa com uma personalidade marcadamente antissocial, mais dificilmente contrariará comportamentos que sigam essa tendência. O mesmo se diz de uma pessoa em condições económicas precárias inserida numa cultura criminógena.

A liberdade pura residirá no exercício total da vontade, apesar das condicionantes — sendo assim uma *livre* vontade; enquanto os atos que vão no sentido das condicionantes serão, em princípio, fruto de uma liberdade condicionada. Estas formas de liberdade deverão ser distinguidas no juízo de culpa, ao invés de se ter a personalidade como a manifestação da liberdade pura. A personalidade a ter em conta, continua a ser a que se manifesta no facto, mas tida na sua totalidade como critério de auxílio ao entendimento da liberdade em causa, na qual o facto se baseia. A culpa será revelada por essa personalidade, que revelará, dentro das suas linhas, que condicionantes se impõem sobre a pessoa. Mas esta é apenas uma metade do juízo, a outra metade reside na dissonância que possa existir entre a vontade e a personalidade — entre a livre vontade e a liberdade condicionada.

Aqui, a livre vontade será a capacidade de determinação do indivíduo apesar e perante as suas condicionantes, sejam elas a sua própria personalidade ou outras. Sendo que, como já se disse, esta será enfraquecida quanto mais adversas forem essas condicionantes. Mas não será apenas a capacidade de se determinar, pois para o que aqui é relevante, em termos jurídico-penais, será a capacidade de se determinar pelo *bem*⁵⁴, ou, na linguagem que também aqui é relevante, no sentido do cumprimento da norma, do respeito pelos bens jurídicos e da ordem jurídica. No espaço que poderá existir entre a livre vontade — a liberdade total — do indivíduo, em que este exerce plenamente a sua capacidade de determinação e, por isso, é capaz de se orientar pelo cumprimento da norma, e a sua personalidade, que o pode condicionar e abrir este mesmo espaço, residirá a culpa.

Se será esta toda a culpa? Certamente que não, mas pelo menos servirá para completar uma dimensão individualizada e humanista à culpa, que foi um dos objetivos da nossa reflexão. O principal valor que encontramos neste entendimento é a ponte que pode estabelecer entre a culpa e a execução da pena, e bem assim, a concretização das suas finalidades. Pois se o que se

⁵⁴ Bem sabemos que poderá ser um termo problemático, mas, ainda assim, cremos que intuitivamente correto, pelo que persistimos em utilizá-lo.

quer é orientar o condenado de forma a que este leve a sua vida sem praticar crimes, então restaurar a sua livre vontade, libertá-lo das suas condicionantes que o levaram a esses comportamentos, poderá ser um caminho. Mais uma vez, recorremos a Viktor FRANKL: «there is a danger inherent in the teaching of man's "nothingbutness", the theory that man is nothing but the result of biological, psychological and sociological conditions, or the product of heredity and environment. Such view of man makes a neurotic believe what he is prove to believe anyway, namely, that he is the pawn and victim of outer influences or inner circumstances. [...] To be sure, a human being is a finite thing, and his freedom is restricted. It is not freedom from conditions, but it is freedom to take a stand toward the conditions.»⁵⁵

Ao encontro da ideia de o domínio da livre vontade — da capacidade de autodeterminação livre de condicionantes — ser o caminho para a prevenção da reincidência, vêm as palavras de DOSTOYEVSKY no discurso de Zosima: «genuine punishment, that is, not the mechanical sort of which you were speaking just now and which merely sours the heart in the majority of instances, guine punishment, only the effective kind, that deters and pacifies, and is contained in an awareness of one's own conscience.»⁵⁶

Por fim, concluímos com as palavras que foram a nossa inspiração para as ideias exploradas neste artigo. John MILTON, poeta inglês do século XVII, na sua obra *Paradise Lost*, procurou justificar a Queda do Homem no Éden. Em dado momento da sua obra⁵⁷, o poeta invoca a palavra de Deus, sendo este levado a justificar perante o seu filho o porquê da Queda. Disse: «[...] so will fall / He and his faithless progeny: whose fault? / Whose but his own? Ingrate, he had of me / All he could have; I made him just and right, / Sufficient to have stood, though free to fall.»⁵⁸

Nestas palavras vemos iluminada a posição do ser humano e da sua vontade: capaz de cair, capaz de resistir, ora escravo das suas circunstâncias, ora mestre da sua vontade.

⁵⁵ Viktor FRANKL, *Man's Search for Meaning*, 132.

⁵⁶ Fyodor DOSTOYEVSKY, *The Brothers Kamazov*, London: Penguin Books, 1993, 69.

⁵⁷ John MILTON, *Paradise Lost*, London: Penguin Books, 2000, book III.

⁵⁸ John MILTON, *Paradise Lost*, London: Penguin Books, 2000, 55.

Referências bibliográficas

- COSTA JR, Paul; MCCRAE, Robert, *NEO Personality Inventory-3 Interpretative Report*, 2010
- CORR, Philip; MATTHEWS, GERALD, *The Cambridge Handbook of Personality Psychology*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, ISBN: 978-110-840-445-7
- DEYOUNG, Colin; QUILTY, Lena; PETERSON, Jordan, «Between Facets and Domains: 10 Aspects of the Big Five», *Journal of Personality and Social Psychology*, ISSN: 0022-3514, 93, 5 (2007) 880-896
- DOSTOYEVSKY, Fyodor, *The Brothers Kamazov*, London: Penguin Books, 1993, ISBN: 978-014-044-527-5
- FRANKL, Viktor, *Man's Search for Meaning*, Rider, 2004, ISBN: 978-184-413-239-3
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal — Parte Geral*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN: 978-989-895-124-3
- *Liberdade, culpa, direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, ISBN: 978-972-320-670-8
- HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus — A Brief History of Tomorrow*, London: Vintage, 2017, ISBN: 978-178-470-393-6
- HIRSH, Jacob/ DEYOUNG, Colin/ PETERSON, Jordan, «Metatraits of the Big Five Differentially Predict Engagement and Restraint of Behavior», *Journal of Personality*, 77, 4 (2009)
- MILTON, John, *Paradise Lost*, London: Penguin Books, 2000, ISBN: 978-014-042-439-3
- NEVES, Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN: 978-972-321-644-8
- PALMA, Fernanda, *O princípio da desculpa*, Coimbra: Almedina, 2005, ISBN: 978-972-402-551-3
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, ISBN: 978-972-320-693-7

07. O princípio da culpa e a necessária autonomia do Direito Penal face às neurociências

07. The Principle of Culpability and the Necessary autonomy of criminal Law concerning Neurosciences

Maria João Vaz

Doutoranda em Ciências Jurídico-criminais na
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
<https://orcid.org/0000-0001-5273-3917>

Abstract: One of the greatest achievements of the Enlightenment in the field of criminal justice was the idea of *nulla poena sine culpa*. However, the concept of guilt has evolved and its meaning (or its loss) has recently been debated: while some authors defend the scientific autonomy of criminal law in of the judgment elaboration of censorship of the conduct by free agent and which, in technical terms (and not on moral principles), is devious because it offends a legal good; others argue for the loss of scientific autonomy in the criminal law in favor of other areas — notably neurosciences — which have shown that the agent might not be able to act differently from the behaviour that gave rise to it, based on his neurobiological tendencies, that activate certain behavioral patterns.

So, it is clear the fear of many authors, especially in Criminal Law, that the Law, in the broad sense, begins to incorporate neuroscientific knowledge to the letter. This is due to the lack of scientific univocity in this matter. So,

while it is true that most neuroscientists defend biological neurodeterminism, it is also true that there are philosophers advocating indeterminism, and a majority — both philosophers and psychologists and psychiatrists — advocating an idea of compatibilism on the basis of basic principles of behavioral psychology and the discovery of the concept of neuroplasticity.

On the basis of the above — and in spite of the fact that the neuroscientific debate is enriching criminal law and the philosophy of law — for the sake of legal certainty, it is urgent to defend the principle of legality and the scientific autonomy of criminal law. in the face of uncertainty of neuroscientific developments.

Keywords: criminal guilt — neuroscience — neurocriminology — scientific autonomy of Criminal Law — compatibilism

INTRODUÇÃO

O princípio da culpa é um dado adquirido do Direito Penal de matriz continental e é mais amplo do que a culpa propriamente dita, que é o juízo de censura dirigido ao agente que podia e deveria ter agido de outro modo, sem que com isso ofendesse bens jurídicos com dignidade penal.

Assim, o princípio da culpa, além de pressuposto necessário para a aplicação da pena, é também um limite para a delimitação da mesma. Nesse sentido, o agente é um ser que se pressupõe livre e, por esse motivo, responsável.

Não obstante, nos últimos tempos, a noção de culpa — enquanto juízo de censura a um agente com liberdade de escolha — tem sofrido duras críticas, sobretudo advindas de neurocientistas e defensores de um determinismo neurológico, que advogam a tese de que o agente é determinado pelo seu cérebro e, subsequentemente, pelos estímulos desencadeados pelo seu sistema nervoso central e periférico.

Na verdade, a questão de saber se o indivíduo é livre ou determinado trespassa toda a história do pensamento filosófico — desde que o ser humano se entendia refém da vontade dos deuses, com o politeísmo, passando pela ideia de livre-arbítrio imbricada nas raízes judaico-cristãs da civilização ocidental.

Desse debate filosófico sobram sempre conclusões distintas, que variaram conforme a perspectiva e os pressupostos com que os autores abordaram o problema. Por outras palavras, podemos afirmar que houve sempre quem, ao longo da história, defendesse a tese determinista ou a existência de livre-arbítrio.

Se voltarmos o nosso olhar para o passado, podemos encontrar, no início do século XIX uma crise semelhante à atual, que se deu após a separação, por DILTHEY, entre as denominadas «ciências da natureza» e as «ciências do espírito».

O método científico e a sua dimensão de necessidade de demonstração empírica trouxeram sempre alguns problemas metodológicos àqueles que defenderam a existência de liberdade.

Isso acabou por gerar, nas ciências criminais, a partir do século XIX, tendências deterministas, sobretudo na criminologia enquanto ciência social nascente, com a adoção de uma etiologia individual voltada para uma crença na bioantropologia, na genética, hereditariedade e, até, no sistema endócrino.

As consequências desse determinismo acabaram por originar as teorias da defesa social e o foco desmedido na etiologia individual acabou por levar ao estudo e catalogação do homem delinvente que permitiu, mais tarde — não em Itália, mas na Alemanha — o surgimento da subjetivização do ilícito.

Se o passado foi assim, no presente, as neurociências, em voga, trazem novos problemas ao princípio da culpa e à aceitação do agente como um ser livre, que age em liberdade. E quando falamos em neurociências falamos de um vasto leque de ciências relacionadas com o estudo do cérebro e da sua estrutura, entre neurónios e sinapses, mas também de ciências em que esse estudo se junta à genética e aos estímulos do meio em que o agente se encontra inserido naquilo que se denomina genómica comportamental.

Com base em estudos neurocientíficos, nas últimas décadas, muitos autores — quer neurocientistas quer filósofos da mente, na linha de um naturalismo biológico, como SEARL¹ — defenderam que o livre-arbítrio não existe e que o comportamento humano (e, por consequência, a ação do sujeito) não é produto de uma vontade livre e esclarecida, mas, antes, o resultado das suas tendências neurobiológicas inarredáveis.

Nesta linha de pensamento, para os neurodeterministas mais radicais, pode encontrar-se a origem de crimes violentos na amígdala ou no sistema límbico ou, inclusive, a origem de situações erróneas (por exemplo, de erro sobre as circunstâncias do facto) numa qualquer alteração circunstancial ou na falta de desenvolvimento do córtex frontal.

Surge, assim, a neurocriminologia enquanto retorno à etiologia individual, como se todo o crime tivesse no cérebro a sua causa primeira. Longe da crença na liberdade — que negam pela sua não demonstrabilidade em termos empíricos.

¹ John SEARLE, *Freedom and Neurobiology: reflections on free will, language and political power*, New York: Columbia University Press, 2007.

Destarte, se o Direito Penal perdesse a sua autonomia científica em relação a estas ciências, passaríamos a ter as medidas de segurança como única resposta aos fenómenos criminógenos, dado que os agentes (não de facto, mas em potencial) passariam a ser punidos, não pela prática de facto ilícito-típico e culposo, mas, tão-somente, com base na sua personalidade, em razão de uma perigosidade avaliada em termos neurocientíficos.

Se, por um lado, nos parece que estes conhecimentos emergentes das ciências neurológicas são importantes para que se possam repensar algumas questões de inimizabilidade, a verdade é que também nos parece perigoso que o legislador penal comece a incorporar este conhecimento no sentido supramencionado, perdendo a sua autonomia e colocando em xeque princípios basilares do Direito Penal tal qual o conhecemos, como o princípio da culpa e, levado ao extremo, o princípio da ofensividade e o próprio Direito Penal do facto.

Se afirmar isto parece um exagero, tentaremos demonstrar que não o é e que estas preocupações se debruçam sobre práticas que já estão a ser implementadas em alguns países, como nos Estados Unidos da América, não obstante as muitas diferenças existentes entre os sistemas continentais e de *common law*.

Assim, se há uns anos, naquele país, utilizavam métodos atuariais para calcular a perigosidade com base em fatores de risco, agora, juntam-se àqueles fatores técnicas de *bioprediction* ancoradas no cruzamento de dados genéticos, do ambiente sociológico da pessoa e da sua configuração neurofisiológica, avaliada através de técnicas de neuroimagem — mais conhecidas por fMRI ou «técnicas de ressonância magnética funcional» — como se a verdade ontológica do sujeito e a sua perigosidade em potencial pudessem ser calculadas com certeza científica através de um *brain scan* avaliado por um perito.

Não podemos descurar, contudo, que até os que ficam mais seduzidos com estas ciências admitem as suas falhas e as suas zonas cinzentas.

Em primeiro lugar: as técnicas de *bioprediction*, para bom diagnóstico, teriam de ser calculadas em concreto, com base no histórico de saúde e de comportamento do indivíduo em análise. Na prática, o que está a acontecer, nos Estados Unidos, é que, como as técnicas de *bioprediction* acarretariam custos elevadíssimos, alguns resultados estão a ser generalizados e tornados imperativos abstratos que passam a contar como fatores de risco a serem utilizados pelo método probabilístico ou atuarial, que é muito barato e que, não raro, apresenta muitas falhas neste tipo de diagnóstico. Estas generalizações

permitem que se afirme que a pessoa que tenha o gene X ou Y seja considerada mais perigosa do que a pessoa que o não tenha.

Em segundo lugar: alguns autores defendem que há uma falta de objetividade na avaliação das técnicas de neuroimagem. Muitas vezes, estas técnicas funcionam pela ativação de memórias e, não raro, toma por verdadeiras algumas que, afinal, são falsas. Isto levou a que se aceitasse que estas ciências são novas e que assentam em «tecnologias cujas implicações são debilmente compreendidas».

Em terceiro lugar: alguns neurocientistas, como BAIRD, afirmam que as emoções também exercem o seu *quid* de determinação sobre o indivíduo, bem como o binómio existência/inexistência de crenças.² Mas nenhum autor invalida que o ser humano não se deixe determinar por fatores condicionantes com base na liberdade que advém da sua capacidade racional.

Em quarto lugar: autores anglo-saxónicos que se debruçam sobre estas ciências emergentes — como COLEMAN ou FARAHANY — não renunciam a voluntariedade do ato, para nós «facto», na medida em que defendem que a responsabilidade existe independentemente disso (o que no sistema continental também se verifica quando existe responsabilidade criminal em que, ao invés de dolo, o agente atua com negligência).³ A mesma autora também alerta para os perigos da utilização de técnicas de neuroimagem no processo penal devido ao facto de aquela entender que poderá colocar em causa o princípio da não autoincriminação.

Em quinto lugar: não podemos negar que também há quem coloque em causa os postulados pelos neurocientistas mais radicais ao afirmar que as ligações entre neurónios não são estáticas e que o cérebro humano tem a capacidade de ser alterado através de uma peculiaridade das suas células mais elementares, naquilo que é designado de «neuroplasticidade». Traduz-se na capacidade de alteração das estruturas biológicas do cérebro, através da criação de novas conexões neuronais através do córtex, o que possibilita o surgimento de novos padrões comportamentais.

Por último: deixamos a nota de que nos parece preocupante que estas tendências mais voltadas para a personalidade perigosa do agente estejam a ganhar terreno na política criminal de vários países — neste mundo cada vez mais globalizado —, no sentido da expansão da punibilidade do facto à

² Abigail BAIRD, «The developmental neuroscience of criminal behavior», in *The impact behavioral sciences on criminal law*, New York: Oxford University Press, 2009, 81-121.

³ Nita A. FARAHANY; James E. COLEMAN, «Genetics, Neuroscience, and criminal responsibility», in *The impact of behavioral sciences on criminal law*, 183-240.

personalidade do agente.⁴ Debruçar-nos-emos sobre estas problemáticas nos próximos capítulos.

DESENVOLVIMENTO

O princípio da culpa penal

O princípio da culpa penal, *nulla poena sine culpa*, constitui uma importante conquista no sentido da limitação do *ius puniendi* estatal. Um princípio que, por se encontrar intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se presente, não só na dogmática penal, mas também no processo penal, pelo que desempenha um papel delimitador na aferição da medida da pena concretamente aplicada ao agente. Por outras palavras: a pena não deve jamais ser superior ao grau de culpa com que o agente praticou o facto. Assim, a existência de culpa determina a existência de pena bem como a sua extensão, constituindo o seu fundamento e o seu limite⁵.

A formulação do princípio da culpa iniciou-se com o objetivismo em que vigorava o causalismo naturalista, ou seja, a verificação do nexo causal entre a ação do agente e a verificação do resultado desvalioso, seguindo um juízo de proporcionalidade. Naquele momento da história da dogmática penal, autores como LISZT defendiam que a culpa se reduzia à existência de dolo e/ou negligência subjacente à ação do sujeito, desde que o sujeito tivesse capacidade de culpa e, nesse sentido, lhe pudesse ser imputado o facto em nexo causal com a verificação do resultado. Mais tarde, FRANK veio defender que o juízo de censura dirigido ao agente, relativo à culpa deste em relação à prática do facto desvalioso, deveria, ainda, basear-se na motivação psicológica do agente no momento da sua prática, pelo que seria exigível que o agente tivesse agido de outro modo, dentro dos parâmetros comportamentais exigíveis ao homem-médio.⁶

⁴ Como explica Maria João ANTUNES, num artigo publicado pela *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Veja-se: Maria João ANTUNES, «Perigosidade — Intervenção Estatal em Expansão?», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 121 (2016) 191-206.

⁵ Vide Wolfgang FRISCH, «Sobre el Futuro del Derecho Penal de la Culpabilidad», in Bernardo Feijoo SÁNCHEZ (ed.), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Pamplona: Civitas, 2012, 19 e ss.

⁶ Reinhard FRANK, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires: B de F, 2002.

Com a recusa do causalismo naturalista e a subsequente defesa da teoria finalista da ação, WELZEL estabeleceu que quer o elemento volitivo quer o elemento intelectual se passassem a localizar no tipo, pelo que o juízo de censurabilidade em que se mede a culpa do agente ficaria limitado a três questões: à capacidade de culpa ou imputabilidade; à consciência da ilicitude; e à exigibilidade de conduta diversa.⁷

Nas conceções funcionalistas ou normativo-funcionais a questão da avaliação da culpa do agente não se coloca nos mesmos termos, na medida em que a violação do imperativo contido na norma acarreta um juízo de imputabilidade objetiva, não obstante o facto de se poder a vir comprovar, *a posteriori*, que o agente era inimputável no momento da prática do facto. Noutro sentido, a culpa, de acordo com um normativismo ontoantropológico, traduz-se num juízo de censura dirigido ao agente que podia e deveria ter agido de outro modo, conforme ao Direito. Nesse sentido, a censura encontra o seu fundamento material na existência de liberdade de ação que desencadeia um facto lesivo a bem jurídico essencial para a convivência em sociedade ou para *ser-aí-com-o-outro*, o que gera a quebra da relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo.⁸

Em termos gerais, podemos dizer que o juízo de culpa ou de culpabilidade «pressupõe a consciência ética do agente» e tudo aquilo que lhe permite «dominar e dirigir os próprios impulsos psíquicos, de ser motivado por valores de liberdade de agir em conformidade»⁹. Assim, podemos dizer que FIGUEIREDO DIAS encontra no indeterminismo psicológico o fundamento para a mesma.¹⁰ Aliás, podemos dizer que aquele autor, ao homenagear Bettiol com a sua obra *Liberdade, Culpa, Direito Penal* não deixa de fazer uma alusão ao denominado «Direito Penal da atitude interior» e de alertar para os perigos desse tipo de *ius puniendi* que se volte mais para a personalidade do agente que pratica o facto do que para o facto propriamente dito.¹¹ Não obstante,

⁷ Neste sentido: HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. e notas José Cerezo Mir, ed. Júlio César Faria, Montevideo/Buenos Aires, 2004; também HANS WELZEL, *Derecho Penal: parte general*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Roque depalma, 1956.

⁸ Para a compreensão do normativismo ontoantropológico de Faria COSTA: JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (fragmenta iuris poenalis), 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. JOSÉ DE FARIA COSTA, «Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 12, 1 (2002), 7 e ss.

⁹ Cfr. Germano Marques da SILVA, *Direito Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, 226.

¹⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 20 e ss.

¹¹ Nesse ponto, FIGUEIREDO DIAS menciona Miguel REALE JR. e o seu artigo denominado «Concepção existencial de Bettiol», em que, segundo aquele autor, nos remete para uma concepção anárquica

podemos encontrar em FIGUEIREDO DIAS a ideia de que o conceito material de culpa se encontra na liberdade pessoal «ético-existencial», constituindo esta liberdade o seu fundamento.¹²

A contrario sensu, e não obstante o supramencionado, acabamos por encontrar uma certa relação entre a personalidade do agente e o facto propriamente dito, na medida em que o legislador penal valora, na atribuição da medida concreta da pena, as «condições especiais do agente» bem como o seu contexto socioeconómico, no sentido de serem cumpridas as finalidades de prevenção especial positiva que o Código Penal português impõe.¹³ Também encontramos o princípio da culpa a funcionar como uma limitação da delimitação temporal da pena nos agentes punidos a título de comparticipação, em que cada agente é punido de acordo com a sua culpa e independentemente do grau de culpa com que tenham atuado os outros comparticipantes na prática do facto punível.¹⁴

Por outro lado, também conseguimos encontrar institutos que merecem uma atenção especial neste quesito, em que, além do facto propriamente dito, se tem em atenção, como pressuposto, a prática de factos anteriores, como, por exemplo, a reincidência¹⁵ ou, noutros termos, e de forma ainda mais vincada no que toca à valorização da personalidade do agente, além do facto praticado encontra-se a possibilidade de aplicação de pena relativamente indeterminada, nos termos do art. 83.º e ss. do CP português.

É evidente que a tipificação destes institutos se deve a determinadas circunstâncias históricas que, por volta dos finais do século XIX, influenciaram a emergência da criminologia enquanto ciência, num momento em que o positivismo se sedimentava. Com o nascimento da criminologia, colocaram-se questões acerca da etiologia do crime. Inicialmente, a criminologia voltou-se para o estudo de causas bioantropológicas.¹⁶ A antropologia criminal rapidamente levou LOMBROSO a escrever as tendências à criminalidade do «homem delinvente»¹⁷. Da antropologia criminal à aproximação do crime à doença foi um passo, criando-se os pilares daquilo que se viria a denominar criminologia clínica.¹⁸

de liberdade. Cfr. Jorge FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 13 e ss.

¹² Jorge FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 117 e ss.

¹³ Vide o n.º 2, alínea d) do art. 71.º e o art. 40.º do CP.

¹⁴ Na linha do estipulado pelo art. 29.º do CP.

¹⁵ Cujos pressupostos se encontram elencados no art. 75.º do CP.

¹⁶ Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS; Manuel da Costa ANDRADE, *Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

¹⁷ Cesare LOMBROSO, *L'uomo delinquente: In rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, 5.ª edi. Milano: Torino Fratelli Bocca Editori, 1897.

¹⁸ Autores como Benigno Di TULLIO, MANZANERA, Étienne de GREFF, PINATEL ou Stephan HERWITZ. Cfr. Wael HIKAL, «Criminología psicoanalítica, conductual e del desarrollo», *Revista Científica Universidad Autónoma*

Com tudo isto, a dogmática penal acabou por ser repensada e surgiram algumas controvérsias: primeiro entre Karl BINDING e Franz Von LISZT e BIRNBAUM, ou entre a escola positivista e a sociológica¹⁹; depois, o modelo causalista é colocado em causa por WELZEL, que veio defender a teoria da ação final, não obstante ter entrado numa outra controvérsia com Edmund MEZGER²⁰ que possibilitou a subjetivização do ilícito na Alemanha nazi, onde, a título de exemplo, se passou a punir a tentativa impossível por inexistência do objeto através de uma reformulação da teoria do erro — a denominada teoria do erro ao revés.²¹

Esta última questão — a permissão dogmática para a subjetivização do ilícito — aproximou-nos da punibilidade do pensamento ou da atitude intencional do agente na ação desvaliosa que o agente pudesse praticar, ainda que no domínio interno, que era merecedora de culpa e, como tal, punível: o Direito Penal do facto perdia então espaço para o nascente Direito Penal da vontade.²²

Entretanto, as teorias da microcriminologia ou etiologia explicativa individual começam a ser criticadas em termos criminológicos, sobretudo devido

de Nuevo León, XII, 2 (março de 2009).

¹⁹ BIRNBAUM defendia que o bem jurídico deveria consubstanciar-se em «um dado da realidade empírica colocado sob a proteção da ordem jurídica». Cfr. Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. 1, Coimbra: Edições Almedina, 2007, 278. Diferentemente BINDING defendia uma conceção de bem jurídico alicerçada na norma como expressão da sua visão positivista formal-normativa do Direito e Von LISZT defendia um conceito de bem jurídico que, embora devesse ser protegido pela norma, não se limitasse a ela devido à significância axiológico-material do bem jurídico que visava proteger. Para Von LISZT o «bem jurídico não é um bem do direito ou da ordem jurídica (como pensava BINDING e BOSIN, que o seguia [...]), mas um bem do homem que o Direito reconhece e protege». Cfr. Franz Von LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, vol. 1, trad. José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. Briguiet & co — Editores, 1899, 94.

²⁰ Cfr. Gonzalo D. FERNÁNDEZ, «A modo de Introducción», in *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial B de F, 2017, 4. Segundo WELZEL «a teoria mais antiga da vontade (MEZGER) reconduz a culpa consciente a um ato concreto de infração consciente do dever, a maior parte das vezes em um momento anterior à ação que causa a lesão do bem jurídico». Cfr. Hans WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 150. Também Francisco Muñoz CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo: Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

²¹ Cfr. Sergio Politoff LIFSCHITZ, *Los Actos Preparatorios del Delito Tentativa y Frustracion. Estudio de Dogmatica Penal y de Derecho Comparado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, 119, nota 276.

²² Nas palavras de MEZGER, «não se castiga alguém por ter cometido um fato punível, mas porque é uma pessoa socialmente perigosa, como se depreende do próprio fato que cometeu. Por isso, o fundamento verdadeiro da pena está situado na perigosidade da personalidade do autor». Cfr. Edmund MEZGER, *Derecho penal: libro de estudio: parte general*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, 85. Outros autores como ZIELINSKY arguem no sentido de que a ilicitude se esgotava no simples desvalor da ação, acabando por gerar uma comparação do delito tentado com o delito consumado. Destarte, se o Direito Penal centrasse a sua atenção apenas no desvalor da ação em prol do resultado, concebido meramente como uma condição objetiva de punibilidade (como consideraram WELZEL e, mais tarde, Aramin KAUFMAN), originar-se-ia a alteração dos crimes de resultado para crimes de perigo. Assim Reinhart MAURACH; Heinz ZIPF, *Derecho penal: parte general: volume I: teoría geral del derecho y estructura del hecho punible*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, 272.

ao surgimento das teorias macrocriminológicas ou da etiologia social, que emergiram a partir do fim da primeira metade do século XX: entre a escola de Chicago, a teoria da anomia de Merton, a teoria da subcultura delinquente de Cohen ou a teoria da associação diferencial de Sutherland.²³ Não obstante, também essas teorias foram colocadas em causa pela deslocação do foco da causa para a reação das instâncias formais de controlo, com a alteração do paradigma para a reação social.²⁴

Todavia, a subjetivização do ilícito e os excessos da justiça penal durante o nazismo originaram uma série de outras críticas um pouco por todo o mundo, que saiu do âmbito da dogmática penal propriamente dita ou da criminologia. Falamos, por exemplo, de áreas como a filosofia ou a sociologia, em sentido amplo. Assim, em termos de culpa penal, designadamente no quesito «capacidade de culpa», surge a crítica filosófica de Foucault à inimizabilidade em razão de anomalia psíquica, com base numa desconstrução histórica do que foi catalogado de loucura como forma de segregação²⁵, o que foi exponenciado pela crítica de RUSCHE e KIRCHHEIMER acerca da utilização do Direito Penal para a manutenção da estrutura social.²⁶ Não obstante, a crítica da escola de Frankfurt originou alguns caminhos: uns mais radicais, em virtude de especificidades socioculturais e políticas, devido à permanência de muitos anos sob regimes ditatoriais, como o caso do Brasil²⁷; outros voltados para

²³ Para termos uma visão ampla do surgimento de todas essas escolas, bem como as premissas que defendiam, vejamos Sérgio Salomão SHECAIRA, *Criminologia*, 6.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. No domínio do crime do colarinho Branco, partindo da análise de Sutherland para se focar no problema da desigualdade da justiça penal, veja-se, Cláudia Maria Cruz Santos, *O crime do colarinho Branco: (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

²⁴ Vera Regina Pereira de ANDRADE, «Do paradigma etiológico para o paradigma da reacção social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum», *Revista Sequência*, 16, 30 (1995) 24-36.

²⁵ Cfr. Michel FOUCAULT, *Histoire de la Folie à L'âge Classique*, Paris: Editions Gallimard, 1972. Não obstante, a grande crítica de FOUCAULT prende-se com a sua obra *Vigiar e Punir*, onde analisa o papel das estruturas fechadas ou grandes instituições fechadas na nossa sociedade. Para mais: Michel FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, trad. de Lígia Vassalo, Petrópolis: Vozes, 1988. Dentro da filosofia, em termos semelhantes de crítica dos ideológicos de Estado: Louis ALTHUSSER, *Idéologie et appareils idéologiques d'État*, Paris: Éditions Sociales, 1976.

²⁶ Das críticas mais sonantes destaca-se a de RUSCHE e KIRCHHEIMER e a de Alessandro BARATTA. Veja-se Georg RUSCHE; Otto KIRCHHEIMER, *Punição e Estrutura Social*, Rio de Janeiro: Revan, 2004; e ainda Alessandro BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, trad. Juarez Cirino dos Santos, 3.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

²⁷ Onde reside um núcleo de pensamento que se insere na «criminologia radical». Das obras mais seminais acerca da criminologia radical no Brasil: Juarez Cirino dos Santos, *A Criminologia Radical*, Curitiba: Lumen Juris, 2006. Outra obra sonante neste âmbito: Lola Aniyar de Castro, *A Criminologia da Libertação*, Rio de Janeiro: Revan, 2005. Em termos de dogmática penal, uma obra que explica muitíssimo bem a aproximação da dogmática penal ao nazismo para permitir todo o tipo de atrocidades: Christiano Falk FRAGOSO, *Autoritarismo e Sistema Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Na linha da crítica desconstitutiva de FOUCAULT às instituições psiquiátricas para internamento: Virgílio de

os movimentos de despenalização e de abolicionismo penal, que perdura sobretudo nos países do Europa do Norte.²⁸

Não obstante, após a Segunda Guerra Mundial, o mundo percebeu que o positivismo não era a solução para todos os problemas da Humanidade. O pensamento reformulou-se para se repensarem algumas questões.²⁹ E se é verdade que, em termos metodológicos, o positivismo jurídico desabou para dar abertura aos sistemas jurídicos — fale-se, a título de exemplo do jurisprudencialismo de Castanheira NEVES³⁰ —, a partir de então podemos delinear a convivência entre os normativismos com o funcionalismo, quer de teor axiológico quer de teor sistémico.³¹

Assim, os normativismos passaram a conviver com os funcionalismos nascentes de inícios da segunda metade do século XX. Surge na criminologia, com Durkheim, e rapidamente passou também a ter adeptos entre a dogmática penal.³² Apelidadas de teorias do consenso, as teorias funcionalistas passaram a ser alvo de críticas a partir da década de sessenta do século passado. No que toca à dogmática penal, delimitada pelo princípio da legalidade que estabelece a necessidade de existência de lei prévia — *nullum crimen sine lege*³³ —, emergiram funcionalismos de teor teleológico-funcional, de raiz axiológica, como o de FIGUEIREDO DIAS (em que o *telos* que a norma visa proteger é um bem jurídico com dignidade penal), mas também surgiram

MATTOS, *Crime e Psiquiatria: uma saída: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006. Também: Salo de CARVALHO, «Reprovabilidade e segregação: as rupturas provocadas pela antipsiquiatria nas ciências criminais», in *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*, Rio de Janeiro: Revan, 2011, 207-248.

²⁸ CHRISTIE, BIANCHI ou HULSMAN. Por todos: Nils CHRISTIE, *A Indústria do Controle do Crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental*, trad. Luís Leiria, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

²⁹ Para trás ficam as experiências das escolas e correntes de pensamento europeu, como a escola da exegese, a escola histórica do Direito, a jurisprudência dos conceitos ou a jurisprudência dos interesses. Para mais: Mário Júlio de Almeida COSTA, *História do Direito Português*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, 393-399.

³⁰ Veja-se, a título de exemplo, o jurisprudencialismo de Castanheira NEVES — num sistema jurídico fechado de construção regressiva *a posteriori*. Para mais: Castanheira NEVES, «O “jurisprudencialismo”: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, 138, 3956 (2009), 238-252; 3957, 314-333; 3958, 3-16.

³¹ Sobre a análise do normativismo em relação ao funcionalismo: Bruno MOURA, «O normativismo jurídico-penal: consequência do ou resistência ao funcionalismo?», *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, 86 (2010), 709-749.

³² Cfr. Juliana Cardoso BENEDETTI, «As raízes sociológicas do funcionalismo penal: uma aproximação entre Émile Durkheim e Günther Jakobs», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 73 (2008) 9-47.

³³ Castanheira NEVES, «O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático», *Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, n.º especial (1984).

funcionalismos penais sistémicos, como o de JAKOBS, que foi denominado «direito penal do inimigo»³⁴.

A norma-texto como forma de proteção de um bem jurídico ou de um valor axiológico, com o funcionalismo, deu lugar à norma-imperativo modelador de comportamentos em que o facto punível resulta da violação da vigência daquela norma, na medida em que a sua validade «é um *facto social*»³⁵. A teoria do bem jurídico começou a perder espaço para a teoria das normas, e o quesito subjetivo da culpa enquanto juízo de censurabilidade começou a dar lugar à imparcialidade dos juízos de imputação objetiva.³⁶

A política criminal começou a prevalecer sobre os conteúdos axiológicos protegidos pela forma da norma. Por seu turno, a perigosidade que, com as teorias da etiologia individual, se encontrava na pessoa do sujeito passa, assim, a deslocalizar-se para um risco eventual que possa lesar um bem jurídico — a tutela penal começou a antecipar-se e surgiram os crimes de perigo.³⁷ Não obstante, o risco que se agigantou com a alteração do paradigma sociológico, que passa a ser globalizado, começa a ser alargado aos bens jurídicos que deixam de se circunscrever aos que eram tutelados pela dogmática penal clássica — surge a necessidade de tutelar, com dignidade penal, bens jurídicos coletivos e, com isso, nascem os crimes de perigo abstrato.³⁸ As teorias acerca das finalidades da pena foram, assim, reformuladas em prol da

³⁴ Günther JAKOBS, *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³⁵ Urs KINDHÄUSER, «La lógica de la construcción del delito», trad. Juan Pablo Mañalich R., texto distribuído por Taller de Ciencias Penales de la UNMSM no seminário realizado com a participação do professor Urs Kindhäuser, de 23 a 25 de setembro de 2009.

³⁶ Sobre as críticas lançadas à teoria do bem jurídico enquanto fundamento material da existência da norma penal: Carlos Pérez del VALLE, «En el punto de mira. La crítica de la teoría de los bienes jurídicos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2006). Para JAKOBS existe uma culpabilidade «mais completa» quando exista violação da vigência da norma. Cfr. Günther JAKOBS, *Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons: Ediciones Jurídicas, 1995, 863. Alguns autores criticam veementemente o funcionalismo de JAKOBS. Dentre eles, Santiago Mir PUIG. Assim: Santiago Mir PUIG, «Limites del normativismo en Derecho Penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 64 (2007) 197-221. A teoria das normas encontra o seu fundamento na teoria kantiana dos imperativos, entre o categórico e o hipotético. Cfr. Immanuel KANT, *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude*, trad. de Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2003.

³⁷ Passa a distinguir-se a perigosidade do perigo. Conforme a teoria de que se parta, o perigo de ser relativo a um bem jurídico (quando há uma base material ou axiológica) ou ser relativo à simples violação do imperativo contido no texto da norma. Na linha da primeira hipótese, dentro de um normativismo ontoantropológico: José de Faria COSTA, *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Para este autor, o perigo traduz-se num desvalor de resultado, pelo que se a lesão (ao bem jurídico) se der no *vortfield* protetivo, então contamina a conduta.

³⁸ Em sentido favorável à tutela penal deste tipo de bens jurídicos: Roland HEFENDEHL, «Uma teoria social do bem jurídico», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 87 (2010) 103-120. Para mais sobre o tema: Blanca Mendoza BUERGO, «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª, 9 (2002), 39-82.

defesa da prevenção geral que, com o funcionalismo, passam a sobrepor-se às finalidades de prevenção especial.

Se é verdade que nos encontramos num tempo em que se fala muito da crise da culpabilidade, também não deixa de ser verdade que as questões em torno do princípio da culpa partem de uma problemática complexa em torno de um debate filosófico polarizado entre o determinismo e indeterminismo ou livre-arbítrio na ação do sujeito/agente que pratica o facto. Um debate sobre o qual nos debruçaremos, mas que, pela sua vastidão, não conseguiremos esgotar com o presente artigo.

Não obstante, devido aos nossos traços culturais, dos quais não podemos eliminar as nossas raízes das civilizações clássicas e judaico-cristãs, a ideia de livre-arbítrio encontra-se profundamente enraizada nas nossas convicções filosóficas, independentemente de qualquer dogmatismo ou ideologia religiosa que possamos ou não seguir.³⁹ Assimilamos inconscientemente esses valores como dados culturais adquiridos do meio em que nos encontramos inseridos.⁴⁰ No entanto, nem sempre houve consciência disso e, talvez devido a esse facto, e por negação do oposto (de não crer numa determinação sem o mínimo de liberdade de escolha), a ideia de livre-arbítrio se encontre intimamente ligada à possibilidade consciente que permita agir ou negar o instinto, possibilitando ao agente o controlo sobre si mesmo e sobre as suas ações. Nesse sentido, temos que pensar na possibilidade de existência de livre-arbítrio não só na sua vertente positiva, que implica uma ação ou impulso de agir, mas também na sua vertente negativa, em que ser livre implica renúncia ou abstenção de agir ou reagir aos *inputs/outputs* do meio.

Entre evoluções da filosofia ou da sociologia — no que toca à assimilação do meio e a influência do meio sobre o agente —, também na criminologia surgiu a constatação de que, afinal, o crime é multifatorial e que, nesse sentido, podemos encontrar uns quantos fatores endógenos ou exógenos em relação ao sujeito que pratica o facto propriamente dito. Essa permeabilidade ao meio em que o agente se encontra fez com que surgissem ainda mais críticas ao princípio da culpa, algumas delas que nascem agora da evolução

³⁹ Na base ou nas raízes da civilização judaico-cristã encontramos, no Livro dos Génesis, a velha alegoria acerca das duas árvores no meio do jardim do Éden: a árvore da vida e aquela que permitia o conhecimento do bem e do mal. E também aí encontramos uma das primeiras proibições e as consequências da sua violação e a aplicação de uma pena cuja finalidade não era outra que não de prevenção especial negativa: a alegórica expulsão do paraíso com a criação dos dualismos e polaridades.

⁴⁰ Leonard MLODINOW, *Subliminar: como o inconsciente controla o nosso comportamento*, Barcarena: Marcador, 2014.

das neurociências e questionam: faz sentido haver reprovação quando se constata que o agente, devido às suas tendências neurológicas e da genómica comportamental, dificilmente poderia ter agido de outro modo?

Não esqueçamos que as conceções clássicas acerca da culpa, em sentido material, consideram que o fundamento da culpa se encontra precisamente no poder de o agente agir de outro modo. Pelo contrário, as conceções funcionalistas, ao reduzirem a culpa ao juízo de imputação objetiva e ao conceito de responsabilidade objetiva simplificaram a culpa ao afirmarem que ela «é axiologicamente neutra»⁴¹. Não obstante, analisemos as premissas antes de chegarmos à conclusão.

A.1. As críticas ao Direito Penal da culpabilidade

Com o advento das teorias preventivas e funcionais, que surgiram a partir da década de setenta do século passado, mais ligadas à ética do discurso e aos modelos de fala e da filosofia analítica em torno da linguagem. É evidente que estas teorias tiveram a sua relevância, sobretudo nos sistemas jurídicos de teor continental, em que a palavra tem suma importância. E, neste ponto, em termos jurídico-criminais, aquela assume ainda maior relevância na medida em que, por imperativo da legalidade penal, a lei, além de prévia, tem de ser determinada.

Também a partir da segunda metade do século XX alguns psicólogos e neurocientistas começaram a atacar a sustentabilidade do princípio da culpa a partir dos conhecimentos técnicos das suas áreas científicas. Autores como PRINZ, ROTH ou SINGER foram dos mais ativos nas vozes da crítica.⁴²

Devido à dimensão densamente filosófica para a compreensão da liberdade que, em sentido material, fundamenta a existência do princípio da culpa e nos faz atravessar um dos problemas filosóficos mais apaixonantes desde o início da história, os neurocientistas apontaram alguns argumentos a favor da sua tese. Em primeiro lugar, defendem que os juízos subjetivos de culpa são antiquados e extremamente metafísicos, pelo que não podemos demonstrar, em termos empíricos, que o agente atuou em liberdade. Nesse sentido,

⁴¹ Germano Marques da SILVA, *Direito Penal Português*, 239.

⁴² Wolfgang FRISCH, «Sobre el Futuro del Derecho Penal de la Culpabilidad», p. 14.

autores como NOWAKOWSKI contradizem a existência de liberdade e invocam que todos os seres humanos nascem sujeitos às leis da natureza humana e que, de resto, este determinismo perpassa o pensamento de vários cientistas, desde a filosofia à criminologia. Por outras palavras: defendem que não há o mínimo de base científica para que possamos aceitar um Direito Penal baseado na culpabilidade.⁴³

Os funcionalistas também o criticam, na medida em que acreditam que um normativismo não funcionalista não é capaz de satisfazer as necessidades preventivas da sociedade em tempos de riscos nascentes. Por outro lado, os neurocientistas mais radicais defendem que o Direito Penal não pode fechar-se a outras concepções e a conhecimentos científicos de outras áreas que colocam em causa os seus fundamentos sem os rebater.

Esta última crítica dirigida pelos neurocientistas aos juspenalistas adensou-se após a observância dos resultados da experiência de LIBET, que queria demonstrar a existência de livre-arbítrio humano. Para tal, partiu «da ideia de que o potencial de disposição para a execução de uma determinada ação, que não era possível começar a medir, se formava no cérebro e, por conseguinte, podia ser medida pouco tempo depois de uma pessoa ter decidido executar a ação»⁴⁴.

Durante a experiência, LIBET foi dizendo às pessoas para decidirem se queriam ou não mover o dedo da mão e que recordariam isso com a ajuda das raiais de um «disco osciloscópio giratório», na medida em que poderiam, *a posteriori*, constatar em que raia haviam tomado a decisão. Todavia, LIBET obteve um resultado contrário ao esperado inicialmente: «o potencial de disposição necessário para a execução de um ou outro movimento não foi, como se pensava, susceptível de medição, uma vez que a pessoa tinha tomado a decisão. Formava-se sempre e era mensurável num curto espaço de tempo antes do momento em que a pessoa acreditava haver tomado a decisão com respeito ao movimento da sua própria mão ou do dedo.»⁴⁵

A experiência, em circunstâncias semelhantes, foi repetida mais tarde por outros cientistas e chegaram todos à mesma conclusão: a decisão de a pessoa mexer o dedo ou a mão já havia sido determinada antes do momento em que a pessoa acreditava ter decidido. Assim, podemos encontrar uma certa convergência entre esta experiência de LIBET com as conclusões de SEARL

⁴³ Wolfgang FRISCH, «Sobre el Futuro del Derecho Penal de la Culpabilidad», 19 e ss.

⁴⁴ Wolfgang FRISCH, «Sobre el Futuro del Derecho Penal de la Culpabilidad», 26.

⁴⁵ Wolfgang FRISCH, «Sobre el Futuro del Derecho Penal de la Culpabilidad», 27.

acerca da inexistência de livre-arbítrio, na medida em que defende que a sensação de livre-arbítrio se trata de uma ilusão e a consciência um estado superior do cérebro que nasce de reações neurobiológicas, mas que nunca poderá ultrapassar o estado de contemplação interior.⁴⁶

Estes argumentos neurocientíficos começaram a ser mobilizados em casos da justiça criminal norte-americana e permeabilizaram o sistema de justiça criminal até surgirem termos como *neurolaw* ou *neurocriminology*. A *neurolaw* nasce, assim, da «intersecção entre as ciências cerebrais, teoria legal e filosofia moral»⁴⁷. A neurocriminologia desenvolveu-se com alguns focos: voltada para a prevenção especial da criminalidade; mas também permite a etiquetagem ou *labelling* de criminosos em potencial ou com potencial de reincidência.

O foco ou objeto neurocriminológico é plurifatorial — seria péssimo ignorarmos a evolução do pensamento e a prática criminológica que já conta com um século, ainda que as analisemos com a reticência de quem vislumbra verdades inacabadas. Relativamente à etiologia individual, abre-se a conceitos puramente neurológicos e ao estudo de algumas áreas do cérebro que se encontram intimamente ligadas a determinado tipo de comportamentos. Falamos de: *brainstem*, responsável pelas emoções mais primitivas, como de luta ou de fuga, bem como de comportamentos motivacionais; o *sistema límbico*, responsável por comportamentos de sobrevivência, respostas inconscientes a medos e sensações de condicionamento (através da *amígdala*, que possui uma glândula, o *nucleous accubens* (NAC) responsável por comportamentos de vício, apetite e memória); o *córtex pré-frontal*, responsável pelos processos cognitivos.⁴⁸

Os neurocriminólogos mais radicais defendem que o cérebro constitui a causa de todo e qualquer crime, na medida em que as suas especificidades tendem a gerar cadeias de causalidades que determinam o comportamento do agente. Sobretudo nos Estados Unidos, tem-se defendido que os tribunais não devem julgar o agente com base numa culpa aparente, mas, ao mesmo tempo, totalmente refutável nos termos das ciências da natureza.⁴⁹ EAGLEMAN escreveu argumentos no sentido de que a culpa seja trocada por um juízo sobre fatores neurocientíficos que permitam concluir se pode melhorar a sua conduta em termos sociais ou não, de modo a evitar a reincidência.⁵⁰

⁴⁶ Cfr. JOHN SEARLE, *Freedom and Neurobiology: reflections on free will, language and political power*.

⁴⁷ Cfr. SALLY SATTEL; SCOTT O. LILIENTHAL, *Brainwashed: The Seductive Appeal of Mindless Neuroscience*, New York: Basic Books, 2013, 100.

⁴⁸ Cfr. ABIGAIL BAIRD, «The developmental neuroscience of criminal behavior», 83.

⁴⁹ Aludindo à terminologia com que DILTHEY separou aquelas ciências das ciências do espírito.

⁵⁰ DAVID EAGLEMAN, *Incognito: The secret lives of the brain*, New York: Pantheon Books, 2011.

A.1.1. Os riscos de um Direito Penal da prevenção

A opção legislativa por um Direito Penal da prevenção que descure a culpa como seu fundamento traria impessoalidade e, no extremo, falta de proporcionalidade na definição da medida da pena, não esquecendo do princípio de que a medida da pena não pode ser superior à medida da pena.

Em termos de política criminal, as normas-imperativos, mais impessoais, perderiam a flexibilidade da norma penal enquanto norma de valoração que permite uma maior equidade no que toca à sua subsunção ao facto praticado por um agente. Por outro lado, cumpriríamos as finalidades de prevenção gerais da pena, não obstante perdermos o seu fundamento material. O fundamento da culpabilidade já não se pode defender somente como um limite dos fundamentos preventivos da pena.

No extremo, um Direito Penal demasiado preventivo, em que a culpa fosse totalmente descurada, permitiria que o sistema de justiça criminal só pudesse responder aos factos praticados por um agente com medidas de segurança, na medida em que o agente agiria sempre sem culpa e por mero automatismo do seu cérebro ou sistema nervoso central, ainda que não preencha os pressupostos atuais para que fosse declarado inimputável em razão de anomalia psíquica.

Por outro lado, esta questão permite-nos encontrar uma grande incongruência nesta linha de pensamento: como pode o Direito Penal ser preventivo se a vontade do autor já estava determinada a favor da prática do facto legalmente previsto na norma incriminadora?

Neste sentido, Feijoo SÁNCHEZ defende que a grande questão que está em causa não é, nem pode ser, a tentação de saber, sem margem para dúvidas, se realmente somos livres ou determinados. Temos, antes, de constatar que o «determinismo e o indeterminismo são conceitos descritivos que se referem a uma concepção sobre o funcionamento do mundo natural». Assim, ainda que as neurociências demonstrem que os nossos cérebros obedecem a mecanismos determinados, «a ideia de responsabilidade não tem de ser necessariamente modificada por ser de natureza descritiva, de acordo com regras que têm que ver com a qualificação valorativa ou normativa da sociedade, ou vale dizer, de acordo com critérios estritamente normativos de imputação»⁵¹.

⁵¹ Bernardo José Feijoo SÁNCHEZ, «Derecho Penal y Neurociencias: una relacion tormentosa?», *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, 104-105.

A.1.1.1. As políticas criminais atuariais e os fatores de *bioprediction*

A imprecisão dos métodos empíricos de diagnóstico de perigosidade fez com que, devido ao risco e por necessidades preventivas, alguns países, com destaque para os Estados Unidos, passassem a adotar políticas criminais atuariais: métodos algorítmicos de diagnóstico impessoais baseados na introdução no sistema de fatores de risco de prática de um crime ou de reincidência. Estes mecanismos acabam por funcionar por prevenção negativa, alimentando círculos viciosos de encarceramento.⁵²

Com a evolução das neurociências, sobretudo em termos de genética e genómica comportamental, alguns desses fatores passaram a elencar os algoritmos inseridos no sistema da política criminal atuarial. Isso inclui a criação de uma «biobase de evidências» que permitem antecipar o conhecimento da prática do facto, em termos de precognição.⁵³

Os fatores neurocientíficos e genéticos, que também podem ser utilizados na medicina preventiva, são recursos que permitem prever comportamentos através da observância de ressonâncias magnéticas funcionais (fMRI) ou de outras técnicas de neuroimagem, avaliadas por um perito, para verificarem se existem alterações em algumas áreas do cérebro sensíveis à determinação de hipotéticos comportamentos agressivos: por exemplo, na amígdala, no córtex ou no lobo pré-frontal. Em termos genéticos: a existência do gene *monoamine oxidase* (MAOA) ou do transportador de serotonina (SLC6A4). Este tipo de evidências constitui uma *biomark*.⁵⁴

Todos estes fatores implicam ética no tratamento de dados e algum cuidado para que os mecanismos neurocientíficos que possam auxiliar na investigação criminal para evitar reincidência não se tornem mecanismos de neutralização ou de um círculo vicioso garantido dos agentes com *biomarks* — estes perigos cruzam-se com a necessidade nascente de sedimentação da neuroética.

Neste ponto, parece-nos evidente que o maior perigo é a possibilidade de existência de erro no diagnóstico, com base em rótulos e *biomarks* que acabam por colocar entraves à possibilidade de desenvolvimento de uma qualquer atividade de prevenção especial positiva, que são bastante caras, porque

⁵² Sobre este assunto: Maurício Stegemann DIETER, *Política Criminal Atuarial: A criminologia do Fim da História*, Rio de Janeiro: Revan, 2013.

⁵³ Cfr. Hannah L. BEDARD, «The Potential for bioprediction in Criminal Law», *The Columbia Science and Technology Law Review*, 18, 2 (2017).

⁵⁴ Cfr. L. MATTHEW, *The Neuroethics of biomarkers: what the development of bioprediction means for moral responsibility, Justice and the Nature of Mental Disorder*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

necessariamente personalizadas e, além disso, podem induzir a presunções de reincidência sem que, de facto ou na «prática», o agente tenha praticado um facto típico-ilícito punível, sob o mote do *nothings works*. Porque, em boa verdade, também não há nada que prove, por motivos de indemonstrabilidade empírica, que o agente A ou B não se consiga autodeterminar para, conhecendo as suas tendências de comportamento, agir de modo distinto do esperado.

A.2. O Direito Penal da culpabilidade

Maria Fernanda PALMA levanta a questão da «culpa e o tempo de consciência»⁵⁵. O sentido de repensar o Direito Penal com esta avalanche de conhecimento proveniente da filosofia da mente. Passando pelo velho dualismo cartesiano e a separação/distinção entre o cérebro propriamente dito e a mente, com paragem na experiência de LIBET.

Ao falarmos da responsabilidade criminal por imputação objetiva não se afasta o facto de percebermos que a filosofia da mente e a neurocriminologia venham mostrar os benefícios da compreensão e valoração do agente, na sua individualidade, enquanto *pessoa-não-número*. Como podemos ler em SEARL, desta via, na sequência das teorias desenvolvidas no âmbito da subjetividade e da relação dessa subjetividade com o nosso cérebro e as nossas condicionantes neurobiológicas: «O meu estado presente de consciência é uma característica do meu cérebro, mas os seus aspetos conscientes são-vos acessíveis de um modo que a mim não são. Assim, a existência da subjetividade é um facto objetivo da biologia. É um erro persistente tentar definir “ciência” em termos de certas características das teorias científicas existentes.»⁵⁶

DAMÁSIO também nos fala acerca da consciência e estabelece vários níveis de alcance, na medida em que ela possui a capacidade de se ampliar, muito embora não desminta SEARL, na medida em que não demonstra que ela tenha ou possa ter um alcance de exterioridade, muito embora defenda que os estádios mais elevados contemplam a possibilidade de desenvolvimento de comportamentos altruístas bem como o desenvolvimento de empatia.⁵⁷ Por outro lado,

⁵⁵ Maria Fernanda PALMA, «“Guilt” and the time of consciousness», *Anatomia do Crime*, 3 (janeiro-junho, 2016), 11-31.

⁵⁶ John SEARL, *Mente, Cérebro e Ciência*, Lisboa: Edições 70, 2018, 33.

⁵⁷ Cfr. António DAMÁSIO, *O Mistério da Consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si*, trad.

ainda que indemonstrável, encontra-se intimamente ligada à mundividência do agente e da sua forma de interagir com o outro e consigo mesmo. E dizemos isto por um motivo: a ciência, depois de muitas décadas na linha da psicologia comportamental, demonstrou que o pensamento e a determinação da vontade pode alterar as estruturas em torno das células cerebrais e criar novos caminhos e ligações através de uma característica denominada «neuroplasticidade»⁵⁸. A neuroplasticidade, na linha do pensamento de SCHWARTZ e BEGLEY, traduz-se na maleabilidade das estruturas neurológicas: constitui a capacidade de criação de novas conexões neuronais através do córtex.

Posto isto, temos ainda o argumento de que, num tempo em que a mecânica quântica é uma realidade, reduzir o mundo aos princípios da física clássica pode parecer um tanto ou quanto redutor, bem como as necessidades empíricas para comprovar que, apesar de imensas determinações de que dispomos em termos endógenos ou exógenos, ainda temos alguma liberdade de escolha entre agir ou não agir, ir passear para o jardim A ou B.

Neste sentido, os funcionalistas e os neurocientistas mais radicais não podem atacar os defensores dos princípios do Direito Penal clássico, onde reside o princípio da culpa, com o argumento de que se ignoram os desenvolvimentos neurocientíficos, na medida em que também existem desenvolvimentos científicos que nos permitem contra-argumentar em muitos pontos.

A.2.1. O compatibilismo humanista

CRESPO, com a teoria do compatibilismo humanista, vem defender que, na verdade, o problema entre o neurodeterminismo e o livre-arbítrio não é um problema para o Direito Penal. Este autor disserta sobre o neurodeterminismo e faz um apanhado sobre as posições dogmáticas de alguns autores para depois analisar a liberdade como uma forma de autodeterminação. Nesse sentido, defende que nem os maiores defensores do livre-arbítrio, como fora WELZEL, defenderam o indeterminismo.

Este compatibilismo parte de alguns postulados básicos: 1 – a consciência de que é impossível esgotar a análise do problema em torno da liberdade; 2 – a humanidade do castigo, para defender que um Direito Penal da culpabilidade,

Laura Teixeira Motta, 2.ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015,187-188.

⁵⁸ M. D. Jeffrey M. SCHWARTZ; Sharon BEGLEY, *The Mind and The Brain: Neuroplasticity and the Power of Mental Force*, New York: Harper Perennial, 2003.

que reaja ao crime com penas, é menos invasivo do que um Direito Penal preventivo, cuja resposta se resume à aplicação de medidas de segurança; 3 – o ideal da liberdade e da não privação da liberdade, em nome da liberdade; 4 – a ideia de que uma imagem ou neuroimagem não desumaniza o ser humano; 5 – possui um caráter limitado de influência, em nome do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, CRESPO abraça algumas opções metodológicas: 1 – recusa o retribucionismo; 2 – defende a permeabilidade da ciência do Direito Penal; 3 – promove a busca de respostas cientificamente unitárias e o objeto de conhecimento.

Podemos dizer que o compatibilismo humanista de CRESPO aceita que nem o neurodeterminismo nem o indeterminismo são, nos dias hodiernos, sustentáveis, e propõe uma solução conciliadora entre ambos. No que diz respeito ao princípio da culpabilidade, fala que caso sejam utilizadas neuroimagens que o sejam em sentido favorável ao agente. Destarte, defende uma concepção permeável e não funcionalista da ciência penal.⁵⁹

3. A autonomia do Direito Penal em relação às neurociências

Não obstante o debate travado entre o Direito Penal e as neurociências, no espírito de permeabilidade e abertura defendido por CRESPO, podemos afirmar que muitos dos desenvolvimentos neurocientíficos se possam demonstrar, a médio prazo, bastante interessantes em alguns domínios, designadamente na investigação criminal propriamente dita ou no processo penal, na medida em que talvez seja possível, daqui a não muito tempo, realizar uma ressonância magnética funcional ou um *brain scan* como forma de prova pericial.

A verdade é que estes desenvolvimentos se deram em várias áreas envolvidas ao Direito Penal, como a (neuro)criminologia, no processo penal. Não obstante, há algumas técnicas que foram mais discutidas, desde os sistemas de *common law* acabando nos sistemas continentais. Falo, por exemplo, das técnicas de neuroimagem e das técnicas de ressonância magnética funcional. Mas também poderia falar da utilização do P300 em processo penal.

⁵⁹ Demétrio Eduardo CRESPO, «Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal», in *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*, 75-105.

A questão que se coloca é simples: os mecanismos mencionados também podem falhar. E, por outro lado, entendemos que a sistematização, solidez e coerência da dogmática penal não deve ser rejeitada com base em experiências científicas que não se encontrem bem consolidadas. Nesse sentido, muito embora reconheçamos que há cada vez mais informação sobre estes domínios neurocientíficos, alguns cientistas menos radicais são reticentes em relação a alguns dados/hipóteses. Sobre a ativação de memórias através de técnicas de neuroimagem, já se chegou à conclusão de que, afinal, as memórias despertadas podem ser falsas.⁶⁰

As neurociências também trazem alguns problemas relativos à intromissão de determinadas técnicas no foro íntimo do agente — como se permitissem ao técnico que avalia a neuroimagem ou acede aos resultados do P300 ou das ressonâncias magnéticas funcionais aceder a uma verdade ontológica indesmentível —, com base em mecanismos que não permitem a elaboração de um parecer que mais não é do que uma hipótese suscetível de falsificação. Neste ponto, também nos cabe defender que mesmo as técnicas de *bioprediction* acabam por originar previsões acerca de comportamentos possíveis, mas incertos, pelo que nada obsta que o agente não se consiga comportar de modo contrário aos seus instintos mais primários que originariam o círculo vicioso de comportamentos previsíveis.

Por outro lado, existe a necessidade de defendermos a autonomia científica do Direito Penal em relação, não só às neurociências e à genética e genómica comportamental, como também em relação à neurocriminologia mais radical, em que o rótulo de perigosidade com base em *biomarks* pode originar novas formas de *labelling* e de seletividade na observância de uma perigosidade que parece, agora e de novo na história, centrar-se na personalidade inarredável do agente e não no perigo que um determinado comportamento concreto possa gerar a um bem jurídico com dignidade penal.

Não obstante tudo isso, também não podemos dizer, apenas com base na experiência de LIBET, que o nosso processo decisório, em termos internos, seja predeterminado. A constatação da sucessão no tempo da decisão de ação ou omissão dá-se em milésimos de segundo e, nesse sentido, não é suficiente para demonstrar que o «processo inconsciente seja causal para a tomada de decisão e o seu conteúdo» pelo que apresenta ainda menor valor probatório

⁶⁰ Veja-se Nancy A. DENNIS; Caitlin R. BOWMAN; Indira C. TURNEY, «Functional Neuroimaging of False Memories», in *The Wiley Handbook on the Cognitive Neuroscience of Memory*, Oxford: Wiley Blackwell, 2015, 150-171.

quando em causa esteja a avaliação da capacidade da pessoa para decidir efetivamente atuar ou não «de acordo com os seus valores morais e jurídicos»⁶¹.

Se é verdade que as ciências exatas proclamam o fim da culpabilidade, não deixa de ser verdade que, em sentido contrário, não conseguimos encontrar fundamentação para a existência de mínimos de liberdade de escolha que, não obstante não sejam empiricamente reduzíveis, apresentem fundamentação em ciências sociais e humanas. Do mesmo modo, não podemos atribuir maior valor em termos científicos a umas em prol de outras, na medida em que são ambas empiricamente indemonstráveis com algum grau de certeza.

Na linha de pensamento de Feijoo SÁNCHEZ, podemos dizer que «não é inédito que os juristas tomem decisões com base em conhecimentos incompletos»⁶². Acontece em alguns casos, por exemplo, quando, em sede de processo, se levantem dúvidas para que se aplique o princípio *in dubio pro reo* ou o *in dubio pro libertate*.

O Direito Penal da culpabilidade afigura-se-nos como o que melhor protege os direitos, liberdades e garantias do agente do facto, em termos penais, bem como o arguido, quando estejamos na pendência de um processo. Pelo facto de ser mais moderado, permite uma maior proporcionalidade na atribuição da medida concreta dada pelo juiz, impedindo penas injustas ou aceitar um Direito Penal puramente preventivo, em que a norma visa categoricamente orientar no sentido da norma-texto.

Também encontramos em Feijoo SÁNCHEZ a constatação de que «se as regras e os critérios que determinam a responsabilidade não se constroem diretamente a partir de meros referentes empíricos, as ciências empíricas não são as que devem determinar os sistemas sociais de imputação. A questão não se trata de saber se somos ou não seres determinados, mas antes se o subsistema social do Direito se encontra determinado pelo sistema social de ciência»⁶³.

Por outro lado, há algumas inovações que proporcionaram o desenvolvimento de áreas científicas que contribuíram para uma melhor explicação de fenómenos tratados pela dogmática penal. Assim, ainda que respeitemos a autonomia científica dessas ciências, encontramos, por exemplo, na filosofia da mente, uma melhor compreensão dos estágios interiores do agente, prévios à prática do facto, o que permitirá agora melhores compreensão e repensamento da filosofia da ação para entendermos a distinção entre atuações

⁶¹ Bernardo Feijoo SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, 51.

⁶² Bernardo Feijoo SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, 48 e ss.

⁶³ Bernardo Feijoo SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, 105.

dolosas, em que o elemento volitivo e intelectual se sedimentam com mais tempo (e, por isso, podemos dizer que há um reforço desses elementos), dos factos praticados impulsivamente (e em que a formação temporal do dolo, quer no seu elemento intelectual quer no volitivo, se reduz ao instante ou a uma provocação do ambiente em que o agente praticou o facto).

Não podemos, contudo, negar que existem teóricos de várias ciências a corroborar a importância e a ação do inconsciente no comportamento humano, e, como tal, em ações e omissões subsumíveis a tipos penais. Pelo que, decerto, não poderemos negar as vantagens de conhecimento desses mecanismos para perceber crimes que o agente tenha atuado com negligência inconsciente.

Assim, também mencionamos que, em termos de imputabilidade, se insurgem novos conceitos na dogmática penal, designadamente no campo da imputabilidade — nasce o conceito de neuroimputabilidade. Nestes domínios, talvez se repensem algumas questões, quer na análise de inimputabilidade por anomalia psíquica quer quando esteja em causa a análise da consciência da ilicitude por parte do agente no momento da prática do facto.

Na medida em que o cérebro é um órgão que não é compreendido a 100%, existem lacunas que afastam certezas, até pela necessidade de elaboração de análises distintas, conforme se trate de uma área com mais ou menos atividade neurológica.

Aceitar estas explicações e observar os fenómenos criminais sob uma perspetiva interdisciplinar parece-nos enriquecedor para a sua compreensão. Não obstante, essa compreensão mais alargada não faz com que nos esqueçamos de princípios conferentes de segurança jurídica: falamos da legalidade penal ou da ofensividade a bens jurídicos, sempre com o limite da não ultrapassagem do reduto a proteger — o Direito Penal do facto, bem como o momento em que este, efetivamente praticado, e independentemente da forma normal ou especial que o agente utilize para a produção de um desvalor (seja ele de ação ou de resultado).

Cabe-nos apelar à cautela e à defesa da autonomia do Direito Penal, para que não se corra o risco de cairmos, uma vez mais na história, na punição antecipada, agora não do criminoso nato (com base nos seus traços antropológicos, frenológicos ou de um ser atávico), mas antes do perigoso nato, através da genómica comportamental, dos genes e de uma série de ressonâncias magnéticas funcionais, técnicas de neuroimagem ou análise de estímulos de mecanismos como o P300, *biomarks* e técnicas de *bioprediction* — em busca de verdades acabadas e indesmentíveis —, que fariam temer o temível demónio de Laplace, capaz de prever o futuro.

CONCLUSÃO

Termino com uma afirmação de Demetrio CRESPO que constata que «o problema do determinismo e do livre-arbítrio é demasiado amplo para que o direito penal ou as neurociências possam esgotá-lo».

Com base no exposto — e não obstante o facto do debate neurocientífico ser enriquecedor para as ciências criminais, em sentido amplo e para a filosofia do Direito —, por uma questão de segurança jurídica, torna-se premente defender o princípio da legalidade e a autonomia científica do Direito Penal em face da falta de certeza destes desenvolvimentos neurocientíficos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTHUSSER, Louis, *Idéologie et appareils idéologiques d'État*, Paris: Éditions Sociales, 1976
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de, «Do paradigma etiológico para o paradigma da reacção social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum», *Revista Sequência*, ISSN: 0101-9562, 16, 30 (1995), 24-36
- ANTUNES, Maria João, «Perigosidade — Intervenção Estatal em Expansão?», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ISSN: 1415-5400, n.º extra 121 (2016) 191-206
- BAIRD, Abigail, «The developmental neuroscience of criminal behavior», in FARAHANY, Nita A.; COLEMAN, James E., *The impact of behavioral sciences on criminal law*, New York: Oxford University Press, 2009, ISBN: 978-019-977-330-5, 81-121
- BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*, trad. Juarez Cirino dos Santos, 3.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, ISBN: 978-853-530-188-5
- BEDARD, Hannah L., «The Potential for bioprediction in Criminal Law», *The Columbia Science and Technology Law Review*, 18, 2 (2017), <https://doi.org/10.7916/stlr.v18i2.4020>
- BENEDETTI, Juliana Cardoso, «As raízes sociológicas do funcionalismo penal: uma aproximação entre Émile Durkheim e Günther Jakobs», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ISSN: 1415-5400, 73 (2008) 9-47
- BUERGO, Blanca Mendoza, «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ISSN: 1132-9955, 2.ª, 9 (2002) 39-82
- CARVALHO, Salo de, «Reprovabilidade e segregação: as rupturas provocadas pela antipsiquiatria nas ciências criminais», in *Cem anos de reprovação: uma contribuição*

- transdisciplinar para a crise da culpabilidade*, Rio de Janeiro: Revan, 2011, ISBN: 978-857-106-416-4, 207-248
- CASTRO, Lola Aniyar de, *A Criminologia da Libertação*, Rio de Janeiro: Revan, 2005, ISBN: 978-857-106-332-7
- CHRISTIE, Nils, *A indústria do Controle do Crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental*, trad. de Luís Leiria, Rio de Janeiro: Forense, 1998
- CONDE, Francisco Muñoz, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo: Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, ISBN: 978-848-442-933-3
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. 1, Coimbra: Edições Almedina, 2007, ISBN: 978-972-408-749-8
- COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- «Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ISSN: 0871-8563, 12, 1 (2002) 7 e ss
- *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra Editora: Coimbra, 2000, ISBN: 978-972-320-461-2
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008, ISBN: 978-972-404-665-5
- CRESPO, Demetrio Eduardo, «Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociências y derecho penal», in *Fragmentos sobre Neurociências y Derecho Penal*, Buenos Aires: B de F, 2017, ISBN: 978-997-474-514-8
- DAMÁSIO, António, *O Mistério da Consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si*, trad. Laura Teixeira Motta, 2.^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, ISBN: 85-359-0032-2
- DENNIS, Nancy A.; BOWMAN, Caitlin R.; TURNEX, Indira C., «Functional Neuroimaging of False Memories», in *The Wiley Handbook on the Cognitive Neuroscience of Memory*, Oxford: Wiley Blackwell, 2015, ISBN: 978-111-833-259-7, 150-171
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, ISBN: 978-972-320-670-8
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, ISBN: 978-972-322-143-5
- DIETER, Maurício Stegemann, *Política Criminal Atuarial: A criminologia do Fim da História*, Rio de Janeiro: Revan, 2013, ISBN: 978-857-106-481-2
- EAGLEMAN, David, *Incognito: The secret lives of the brain*, New York: Pantheon Books, 2011, ISBN: 978-030-738-992-3

- FARAHANY, Nita A.; COLEMAN, James E., «Genetics, Neuroscience, and criminal responsibility», in *The impact of behavioral sciences on criminal law*, New York: Oxford University Press, 2009, ISBN: 978-019-977-330-5, 183-240
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D., «A modo de Introducción», in CRESPO, Demetrio Eduardo, *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2017, ISBN: 978-997-474-514-8, 1-17
- FRAGOSO, Christiano Falk, *Autoritarismo e Sistema Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, ISBN: 978-858-440-264-9
- FRANK, Reinhard, *Sobre la estrutura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires: B de F, 2002, ISBN: 978-987-955-729-7
- FRISCH, Wolfgang, «Sobre el Futuro del Derecho Penal de la Culpabilidad», in SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo (ed.), *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Pamplona: Civitas, 2012, ISBN: 978-844-704-049-0, 19-64
- FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, trad. Ligia Vassalo, Petrópolis: Vozes, 1988, ISBN: 978-853-260-508-7
- *Histoire de la Folie à L'âge Classique*, Paris: Editions Gallimard, 1972, ISBN: 978-207-029-582-1
- HEFENDEHL, Roland, «Uma teoria social do bem jurídico», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ISSN: 1415-5400, 87 (2010), 103-120
- HIKAL, Wael, «Criminología psicoanalítica, conductual e del desarrollo», *Revista Científica Universidad Autónoma de Nuevo León*, ISSN: 1405-9177, XII, 2, (março de 2009)
- JAKOBS, Günther, *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, ISBN: 978-857-348-792-3
- *Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons: Ediciones Jurídicas, 1995, ISBN: 978-847-248-398-9
- KANT, Immanuel, *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude*, trad. de Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2003, ISBN: 978-855-210-007-2
- KINDHÄUSER, Urs, *La lógica de la construcción del delito*, trad. Juan Pablo Mañalich R., texto distribuido por Taller de Ciencias Penales de la UNMSM en el seminario realizado con la participación del professor Urs Kindhäuser del 23 al 25 setiembre 2009. Acessível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090918_02.pdf
- LIFSCHITZ, Sergio Politoff, *Los Actos Preparatorios del Delito Tentativa y Frustracion. Estudio de Dogmatica Penal y de Derecho Comparado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, ISBN: 978-956-131-258-6
- LOMBROSO, Cesare, *L'uomo delinquente: In rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, 5.^a ed. Milano: Torino Fratelli Bocca Editori 1897
- MATTOS, Virgílio de, *Crime e Psiquiatria: uma saída: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006, ISBN: 978-857-106-365-5

- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general: teoría geral del derecho y estructura del hecho punible*, vol. 1, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, ISBN: 978-950-508-414-2
- MATTHEW, L. *The Neuroethics of biomarkers: what the development of bioprediction means for moral responsibility, Justice and the Nature of Mental Disorder*, Oxford: Oxford University Press, 2016, ISBN: 978-019-023-626-7
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal: libro de estudio: parte general*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica da Argentina, 1958, 85.
- MLODINOW, Leonard, *Subliminar: como o inconsciente controla o nosso comportamento*, Barcarena: Marcador, 2014, ISBN: 978-989-754-041-7
- MOURA, Bruno, «O normativismo jurídico-penal: consequência do ou resistência ao funcionalismo?», *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, ISSN: 0303-9773, 86 (2010), 709-749
- NEVES, Castanheira, «O “jurisprudencialismo”: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ISSN 0870-8487, 138, 3956 (2009), 238-252; 3957, 314-333; 3958, 3-16
- «O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático», *Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, ISSN: 0303-9773, n.º especial (1984)
- PALMA, Maria Fernanda, «“Guilt” and the time of consciousness», *Anatomia do Crime*, ISSN: 2183-4180, 3 (janeiro-junho, 2016) 11-31
- PUIG, Santiago Mir, «Limites del normativismo en Derecho Penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ISSN: 1415-5400, 64 (2007) 197-221
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, *Punição e Estrutura Social*, Rio de Janeiro: Revan, 2004, ISBN: 978-857-106-307-5
- SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo, «Derecho Penal y Neurociencias: una relacion tormentosa?», in *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Pamplona: Civitas, 2012, ISBN: ISBN: 978-844-704-049-0
- SANTOS, Cláudia Maria Cruz, *O crime do colarinho Branco: (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, ISBN: 978-972-321-009-5
- SANTOS, Juarez Cirino dos, *A criminologia radical*, Curitiba: Lumen Juris, 2006, ISBN: 978-859-477-099-8
- SATEL, Sally; LILIENFELD, Scott O, *Brainwashed: The Seductive Appeal of Mindless Neuroscience*, New York: Basic Books, 2013, ISBN: 978-046-501-877-2
- SEARLE, John, *Mente, Cérebro e Ciência*, Lisboa: Edições 70, 2018, ISBN: 978-972-441-675-5
- *Freedom and Neurobiology: reflections on free will, language and political power*, New York: Columbia University Press, 2007, ISBN: 978-023-113-753-9

- SCHWARTZ, M. D. Jeffrey M; BEGLEY, Sharon, *The Mind and The Brain: Neuroplasticity and the Power of Mental Force*, New York: Harper Perennial, 2003, ISBN: 978-006-098-847-0
- SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Criminologia*, 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, ISBN: 978-852-034-779-9
- SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, ISBN: 978-972-540-364-8
- VALLE, Carlos Pérez del., «En el punto de mira. La crítica de la teoría de los bienes jurídicos», in *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e: 1698-739X, 4 (2006)
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. José Hygino Duarte Pereira, vol. 1, Rio de Janeiro: F. Briguiet & co — Editores, 1899
- WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. e notas José Cerezo Mir, Buenos Aires: Júlío César Faira Editor, 2004, ISBN: 978-987-983-349-1
- *Derecho Penal: parte general*, trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Roque depalma editora, 1956

(Página deixada propositadamente em branco)

PARTE III

**O PRINCÍPIO *NULLUM CRIMEN
SINE CULPA* E O PROBLEMA
FILOSÓFICO E DOGMÁTICO
DOS FINS DAS PENAS**

(Página deixada propositadamente em branco)

08. Prevenção e culpa na filosofia do Direito Penal:

Platão revisitado

08. Prevention and culpability in the Philosophy of Criminal Law:

Revisiting Plato

José de Sousa e Brito

Juiz *emeritus* do Tribunal Constitucional, Lisboa

<https://orcid.org/0000-0003-1810-8995>

ABSTRACT – Prevention and Culpability in the Philosophy of Criminal Law. I. Prevention as end of punishment in Plato. Seneca quotes an argument of Plato's dialog *Protagoras*, according to which someone who aims to punish in a rational way does it for the sake of the future, so that neither the wrongdoer himself, nor anyone who sees him punished, will do wrong again. This preventive theory of punishment is put by Plato in the mouth of Protagoras, but it is hold by Plato without reference to Protagoras in the *Gorgias* and in the *Laws*, therefore unquestionably platonic. II. Retribution of culpability as end of punishment in Plato. In *Gorgias* prevention is linked with retribution through a moral law of justice that applies also after dead. Since after dead no crimes can be committed, only retribution remains possible for the wrongdoer, even if it liberates from or cures injustice and does prevent wrongdoing before death. Only in the *Laws* does prevention determine the kind and measure of

punishment, being also a therapy of the culpable soul of the wrongdoer and therefore retribution.

KEY WORDS: punishment: ends of, preventive theory of punishment, retributive theory of punishment, Plato on punishment, Kelsen on Plato.

I. A prevenção como fim da pena em Platão

SÉNECA cita PLATÃO como o filósofo que defende a prevenção e critica a retribuição como fim da pena. No *De ira*, I, 19, 7 lemos: «como diz Platão: “nenhuma pessoa prudente pune, porque se cometeu uma falta, mas para que se não cometam faltas; com efeito, não é possível desfazer o que foi feito, mas sim evitar factos futuros.»¹ SÉNECA cita aqui o diálogo *Protágoras*, de PLATÃO, onde o argumento vem exposto com mais desenvolvimento: «ninguém pune o delinquente só pela simples razão de que cometeu uma injustiça, a não ser aquele que, como um animal irracional, se procura vingar; mas aquele que pretende punir de modo racional, não castiga por causa do acto ilícito já cometido — pois não pode fazer que o que está feito não esteja feito —, mas em vista do futuro, para que daí em diante o delinquente não volte a cometer injustiça e também não os outros que vêm como ele é punido. Quem assim pensa, pensa também que a virtude pode ser adquirida por educação, pois pune com o fim da prevenção. A mesma opinião têm todos os que aplicam penas por autoridade própria ou em nome do povo... quem não responde à punição e ao ensino é, como incurável, expulso da cidade ou morto.»²

Racionais (*meta logou*: segundo a razão) são apenas a prevenção especial e a prevenção geral, nunca a retribuição. LISZT, em 1883, no seu famoso Programa de Marburgo não saberia dizer mais nem melhor.³

Embora PLATÃO tenha posto a doutrina na boca de Protágoras, não há dúvida de que o próprio PLATÃO a defende. Desde logo, porque Sócrates a seguir nada tem a objetar. Mas também porque a mesma doutrina, sem qualquer referência a Protágoras, é defendida por SÓCRATES no *Górgias*: «a

¹ «ut Plato ait: “nemo prudens punitur quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur».

² PLATÃO, *Protágoras* 324 a6 -c1, 325 a7- b1.

³ Franz von LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht» (1882), in Franz von LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 1, Berlin: Walter de Gruyter, 1905, 126 e ss, especialmente 145 e ss.

sorte daquele que é castigado, se o castigo é bem aplicado, é tornar-se melhor, lucrando assim com a pena, ou servir de exemplo aos outros que o vêem, para que estes, receando sofrer o que ele sofre, se tornem melhores.»⁴ Finalmente, o texto do *Protágoras* é tacitamente pressuposto, sem mencionar o nome do sofista, quando PLATÃO, no seu último diálogo, *Leis*, põe na boca do ateniense a sua própria opinião filosófica: «ele [o delinquente] não sofre a pena por causa do seu acto ilícito — pois o que foi feito não pode ser desfeito —, mas para que de futuro ele próprio e os que vêem como ele é punido detestem completamente a injustiça praticada ou em grande parte se livrem dessa desgraça.»⁵ A passagem do *Protágoras* é, portanto, autenticamente platónica, quer PLATÃO a tenha concebido originalmente, quer a tenha recolhido de Protágoras.⁶

O sentido da crítica do *Protágoras* à explicação causal da pena como ação instintiva é que tal explicação não tem o nível de uma fundamentação racional (*meta logou*), que implica que a ação seja pensada como ação para um fim. A racionalidade da ação não é, porém, garantida desde logo pela estrutura finalística da ação, porque nem todo o fim é racional. Protágoras poderia conceder que a vingança pode ser pensada como fim e não apenas como consequência de determinados antecedentes. Mas a vingança não é racional, apesar de ser o fim da ação, porque retribui o ilícito através de uma ação que tem por fim o mal e não o bem. Assim se demonstra que toda a teoria retributiva que represente a pena como um mal, como se verifica no talião, é insustentável. Isto vale para toda e qualquer pena por razões de ética geral, a saber: só uma ação cujo fim é pensado como bom pode estar num nexo de fundamentação ética ou ser considerada racional. Deste ponto de vista, a fundamentação filosófica da pena como prevenção pode ser considerada como um dos primeiros grandes passos da filosofia moral.

Como configurar racionalmente um Direito Penal preventivo não é, contudo, tratado no *Protágoras* nem no *Górgias*, que não fazem propostas de legislação. Só nas *Leis*, PLATÃO apresenta um projeto legislativo completo de Direito Penal. A doutrina da prevenção é aí desenvolvida: «Quando alguém cometa uma injustiça, grande ou pequena, a lei o ensinará e o forçará a não ousar nunca mais fazer voluntariamente um facto dessa espécie ou a fazê-lo com muito menos frequência, isto além da indemnização do dano. Se assim

⁴ PLATÃO, *Górgias*, trad. Manuel de Oliveira Pulquério, Lisboa: Verbo, 1973, 525 b1-4.

⁵ PLATÃO, *Leis* 934 a6 — b3; cfr. no mesmo sentido 854 d8-855 d1.

⁶ Mario UNTERSTEINER, *Sofisti. Testimonianze e Frammenti*, I, Firenze: La Nuova Italia, 1967, 106. Inclui-a na sua edição entre as «imitações», mas não sabe dizer de que obra de Protágoras Platão teria imitado. Segundo TAYLOR (1976), 96, «There seems to be insufficient evidence to decide whether Plato here reproduces the view of the historical Protagoras.»

por factos ou por palavras, com prazeres ou dores, privilégios ou perda deles, multas ou até ofertas ou por qualquer outro meio se consegue que odeie a injustiça e ame ou não odeie o que é por natureza justo, esse é o efeito das mais belas leis. Mas se o legislador tem conhecimento de que alguém é incurável nesta matéria, para estes que pena e que lei imporá? Reconhecendo que para eles mesmos não é melhor viver e que, deixando de viver, poderiam beneficiar duplamente aos outros, por lhes servirem de exemplo para não praticarem actos injustos e por livrarem a cidade de homens maus, terá o legislador de cominar a morte como pena de tais crimes, mas só nesse caso e em mais nenhum.»⁷

PLATÃO aponta aqui claramente para um Direito Penal do autor. Para os autores que são capazes de se melhorar deve a pena variar, não segundo a gravidade do facto culposo, mas antes «quer tenham cometido uma grande ou uma pequena injustiça», e segundo o necessário para curar a alma.

Um erro grave do *Protágoras* é não distinguir entre a pena por autoridade própria e a pena em nome do povo, como se a mesma teoria valesse para a pena privada e para a pena pública. Isto será desde logo evidente no caso da pena paternal, visto que a prevenção geral não tem lugar na punição de uma criança, que não deve ser exposta publicamente. No caso da pena pública, a falta é ainda mais grave, porque a teoria dos fins das penas não justifica a existência de penas criminais no Estado. A pena criminal é uma das ações sociais constitutivas do Estado. Na terminologia do *Protágoras*, o Estado é obra da arte política (*politikê tekhnê*), cuja existência depende das disposições democráticas, da virtude política (*politikê aretê*) de todos os cidadãos.⁸ A fundamentação racional da pena criminal depende da fundamentação racional do próprio Estado; é, afinal, apenas uma parte da fundamentação do Estado de Direito.⁹

⁷ PLATÃO, *Leis*, 862 c6-863 a2.

⁸ Neste sentido, o mito antropológico do *Protágoras*, em PLATÃO, *Protágoras* 320 c8 e ss. Veja-se Erik WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, II, Frankfurt am Main: Klostermann, 1952, 35 e ss.

⁹ No Estado de Direito a questão dos fins das penas só é respondida pela determinação do Direito Penal em conformidade com a constituição. Veja-se, para mais desenvolvimento, José de SOUSA E BRITO, «Strafzwecke im Rechtsstaat», in *Festschrift für Winfrid Hassemer*, Heidelberg: C.F. Müller, 2010, 305 e ss.

II. A retribuição da culpa como fim da pena em Platão

Uma reflexão sobre a retribuição com fim da pena em PLATÃO começará por observar criticamente contra PLATÃO — e contra LISZT — que a pena retributiva não é necessariamente uma ação instintiva. Quando a retribuição é entendida como retribuição da culpa, já por isso deixou de ser uma ação instintiva e passou a ser um fim relativo da pena. Destas duas teses, a primeira foi bem reconhecida por LISZT, quando fez notar que a pena como ação instintiva está «na mesma relação» com o conceito de culpa como com a ideia de fim, porquanto lhes é anterior: «Quando a pena primitiva surge na história humana, é independente de qualquer juízo moral sobre a perturbação verificada das condições da vida. Ela dirige-se contra o animal danoso, contra a criança, contra o louco, tem lugar sem qualquer consideração pela culpa do agente, sem distinguir entre dolo, negligência e acaso, mas antes se vira na vingança de sangue contra toda a linhagem do mesmo. O conceito de culpa é o resultado de um longo progresso evolutivo.»¹⁰

De igual modo, quando a pena é medida pela culpa, já por isso a retribuição é pensada como fim relativo da pena. Medir a pena pela culpa é o conteúdo essencial da ideia de retribuição, nada mais. A pena é uma prestação ativa ou passiva, devida pelo criminoso sob coação: está-lhe sujeito no sentido de que há cumprimento forçado se não for voluntário. Como prestação, varia segundo critérios diferentes dos da culpa. A pena de prisão varia entre um número máximo e um número mínimo de dias. A culpa varia segundo as circunstâncias e especialmente segundo as circunstâncias subjetivas do facto. Assim, a culpa é menor se o agente é menor, em vez de maior de idade, ou se age com negligência, em vez de dolo. Dizer que a pena é medida pela culpa quer dizer que a prestação da pena segundo a unidade de medida que a caracteriza é tanto maior quanto maior for a culpa e inversamente, e que não existe pena sem culpa. Medir a pena pela culpa e determinar a medida da retribuição da culpa pela pena são duas expressões equivalentes para designar a mesma atividade finalística.

Toda a teoria retributiva, incluindo a que simplesmente entende que a pena é retribuição da culpa, tem que responder à objeção do *Protágoras*: segundo a razão prática, uma ação só pode fundamentar-se a partir do fim que se propõe como bem futuro. Como pode a retribuição da culpa passada

¹⁰ Franz von LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», 143-144.

pensar-se como um bem futuro que se procura alcançar? A resposta foi dada por Platão, quando concebeu a culpa como uma espécie de doença psíquica, como desvalorização pessoal ou dano na pessoa do delinquente, e a pena como meio de cura, como revalorização pessoal e reparação do dano.

Encontramos esta teoria, pela primeira vez, no *Górgias*: «Sócrates: Não reconhecemos nós que a pena liberta do maior dos males, a maldade da alma? Polo: Reconhecemos. Sócrates: Com efeito, a pena faz as pessoas mais sensatas e mais justas e a sua administração torna-se a medicina da maldade.»¹¹ A doutrina de PLATÃO no *Górgias* é, porém, formal: a continuação do texto revela que as penas que no Direito Penal vigente se consideram merecidas, nomeadamente açoites, prisão, multas, exílio, morte, não são postas em questão, mas só são consideradas meios de cura porque vigoram como «merecidas». Mas como todas essas penas curam ou fazem mais sensato e mais justo não é demonstrado. A continuação do diálogo revela que, nessa altura, PLATÃO não tinha ainda conceptualizado a revolução teórica e prática que uma teoria terapêutica da pena implicava, na medida em que podia, primeiro, explicar a prevenção especial como reparação do dano psíquico anterior e, assim, como retribuição, e, segundo, exigia uma reforma radical do Direito Penal.

Enquanto no *Protágoras* a teoria preventiva é simplesmente adotada em clara oposição à teoria retributiva, no *Górgias* ela está ligada a um mito, segundo o qual a retribuição é uma exigência absoluta da justiça. Cabe então perguntar se, em Platão, o filósofo e o mitólogo se anulam reciprocamente, ou se um prevalece sobre o outro.

Sócrates diz a Cálicles: «Ouve, então, como se costuma dizer, uma história muito bela, que tu talvez interpretes como um mito, mas que eu considero uma historia verdadeira, pois como verdadeiras te apresento as coisas que se seguem.»¹² Sócrates conta a seguir: «Ora, no tempo de Cronos, havia uma lei, que ainda vigora entre os deuses: todo o homem que levou uma vida justa e santa vai, depois da morte, para as Ilhas dos Bem-Aventurados, onde, livre de males, gozará uma felicidade perfeita, ao passo que aquele que viveu na injustiça e na impiedade vai para o lugar da expiação e do castigo, a que chamam Tártaro.»¹³ Zeus estabeleceu um tribunal com os seus três filhos, Radamanto, Minos e Éaco, que, depois de mortos, julgarão, como almas desnudadas do corpo, as almas igualmente desnudadas de cada um depois de morto. Crê

¹¹ PLATÃO, *Górgias*, 478 d4-7.

¹² PLATÃO, *Górgias*, 523 a1-7.

¹³ PLATÃO, *Górgias*, 523 a5-b4.

Sócrates que «a alma, depois de desnudada do corpo, mostra claramente todos os traços da sua natureza e as alterações sofridas pelo género de vida que cada um escolheu»¹⁴. Depois, vem a passagem do *Górgias* inicialmente citada sobre a prevenção geral e especial como fim da pena. Sócrates então acrescenta: «os que sofrem uma pena imposta pelos deuses ou pelos homens e tiram benefício dela são aqueles cujos defeitos podem ser emendados: esse benefício vem-lhes através dos sofrimentos e das dores que passam na Terra e no Hades, porque não há outra forma de se libertarem da injustiça. Quanto aos que praticam os maiores crimes e cujo mal é, por isso, incurável, são aqueles que servem de exemplo aos outros e, se não chegam a tirar benefício da pena que lhes é infligida, exactamente porque são incuráveis, pelo menos beneficiam aqueles que os vêem sofrer, em pagamento das suas faltas, os mais terríveis suplícios, que não têm medida nem fim, expostos verdadeiramente, como exemplo, na prisão do Hades, onde o seu exemplo constitui, para todos os culpados que ali chegam, um espectáculo e uma advertência.»¹⁵

Que a teoria da pena estatal seja integrada com uma teoria da justiça depois da morte e pensada como parte de uma teoria unitária da justiça penal é em parte compreensível, mas finalmente insustentável. É compreensível porque PLATÃO designa ambas as partes da teoria como *logos* e acentua que o mito é verdade (*alêthês*). Além disso, Sócrates, na conversa em que está incluída a frase sobre os fins preventivos da pena, pretende demonstrar a Cálicles, que começara por defender que o tirano Arquelaus era feliz por cometer os maiores crimes sem ser castigado, «primeiro, que Arquelaus, ou outro homem qualquer, praticando a injustiça sem ser castigado, é inevitavelmente o mais infeliz dos homens; depois, que o autor da injustiça é sempre mais infeliz que a sua vítima, e, finalmente, que é mais infeliz o culpado que fica impune do que aquele que expia a sua culpa»¹⁶. Todos estes argumentos de Sócrates dependem da imortalidade da alma e da existência de um tribunal depois da morte.

A pena depois da morte, porém, não pode ter nenhum fim preventivo, porque a alma depois da morte não pode praticar crimes. A pena é, então, pura retribuição. Para ter uma teoria que vale «na Terra e no Hades», PLATÃO tem que abandonar a ideia de prevenção. É o que faz efetivamente no *Górgias*, quando diz que os delinquentes cujos defeitos podem ser emendados, e que sofrem uma pena imposta pelos deuses ou pelos humanos, tiram benefício

¹⁴ PLATÃO, *Górgias*, 524 d4-7.

¹⁵ PLATÃO, *Górgias*, 525 b4-c8.

¹⁶ PLATÃO, *Górgias*, 479 e1-6.

dela através dos sofrimentos e das dores que passam na Terra e no Hades, porque não há outra forma de se libertarem da injustiça. O benefício é então a libertação da injustiça através da pena retributiva.

KELSEN, no seu livro póstumo sobre Platão¹⁷, tenta salvar a teoria preventiva no *Górgias* através da tese de que, já aí, Platão apresenta uma teoria da dupla verdade. Mas qual? Há uma interpretação da dupla verdade que KELSEN afasta com razão: «os intérpretes que afirmam que Platão só reconhece como verdade a verdade dialética e ele próprio considera o mito como meras lendas, que com fins pedagógicos e políticos quer fazer acreditar à grande massa dos não-filósofos, está abertamente em contradição com a exposição do mito no *Górgias*. Sócrates dirige a sua repetida certificação de que o mito é verdadeiro, e não um simples conto infantil, a três pessoas, que designa como “os mais sábios de todos os helenos”, nomeadamente Cálicles, Polo e Górgias, que representam a inteligência grega e não a grande massa dos não-filósofos. O mito, segundo Platão, é “mais verdadeiro” do que qualquer outra doutrina acerca do modo de conduzir a vida, porque ele é “melhor”; e é “verdadeiro”, porque com ele “pode provar-se” algo que é útil, útil para a outra vida, e isso quer dizer aqui, é “moral”.»¹⁸ Portanto, segundo KELSEN, Platão *não* adota uma dupla verdade no sentido da contraposição verdade platónica *versus* verdade pragmática (como mera utilidade). Mas não deixa de aceitar uma dupla verdade noutra sentido: «esta verdade [moral] do mito não exclui uma outra verdade, uma verdade de grau mais elevado, a verdade do conhecimento lógico-racional», que KELSEN designa como «verdade dialética». Temos aqui uma dupla verdade noutra sentido: «verdade moral *versus* verdade dialética». Poderemos conceder a KELSEN que no *Górgias* vem expressa uma dupla verdade, mas a verdade dialética da prevenção, embora afirmada, é, afinal, completamente substituída pela verdade moral da retribuição. A pena retributiva poderá ter efeitos preventivos, mas não se torna, por isso, Direito Penal de prevenção, porque não é determinada pelo fim da prevenção. Não se vê no *Górgias* que a teoria preventiva seja uma verdade de grau mais elevado, como diz KELSEN.

Só nas *Leis*, diferentemente do que acontece no *Górgias*, é proposto de modo consequente um Direito Penal da prevenção especial, o qual implica um Direito Penal de autor. Ligado a ele está um Direito Penal da culpa. Com

¹⁷ HANS KELSEN, *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*, Wien: Manz, 1985, 165.

¹⁸ HANS KELSEN, *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*, 165.

efeito, na mesma secção sobre o furto e o roubo de propriedade privada, em que Platão expõe, em termos gerais, o seu modelo de Direito Penal preventivo atrás transcrito¹⁹, faz variar a pena correspondente ao crime apenas segundo circunstâncias relevantes para a culpa do facto: «quem agiu por causa da falta de juízo de outrem, porque devido à sua juventude ou algo semelhante se deixou persuadir, uma pena mais leve; quem agiu mal por falta de juízo próprio, devido à sua falta de controlo sobre o prazer e a dor, ou por se ter deixado dominar por medos cobardes, ou por paixões dificilmente curáveis de concupiscência, de inveja ou de cólera, uma pena mais grave.»²⁰ Esta orientação pela culpa é acentuada pelo facto de Platão dizer a seguir que é necessário que as distinções que se expressam na medida da pena sejam mais especificadas e concretizadas na determinação judicial da pena: «é necessário que as leis, à maneira de um arqueiro não inábil, tenham em mira, em cada concreto, a correcta medida da pena e o seu merecimento. O juiz tem de assumir a mesma tarefa e vir ajudar o legislador sempre que a lei o deixa avaliar o que o condenado tem de sofrer ou de pagar. O legislador tem ao invés que, como um pintor, esboçar a tarefa.»²¹ Estes desenvolvimentos, bem como os anteriores sobre o fim da pena, têm carácter geral e vão para além do quadro dos crimes patrimoniais.

A orientação pela culpa é fundamentalmente discutida quando Platão trata em profundidade o problema da compatibilidade da legislação penal com a tese socrática da involuntariedade da injustiça. O ponto de vista decisivo, que, segundo Platão, pode fundamentar a voluntariedade da ação, é o de que os impulsos que, como dor (conceito superior abrangente de cólera, medo e inveja) ou como prazer e concupiscência, causam a ação, podem ser dominados.²² Na medida em que os impulsos e os motivos da ação podem e devem ser dominados, a ação é não só voluntária (*ekonta*), mas também culposa (*adikia*: uma injustiça) e eventualmente, quando prevista pelo legislador, punível. Quando um dano (*blabê*) foi causado por ignorância, considera-se geralmente que há injustiça involuntária (*akousios adikia*) ou negligência, e é então apenas uma falta ou mero delito (*amartêma*) que deve ser regulado por lei.

¹⁹ *Supra*, nota 7.

²⁰ PLATÃO, *Leis* 934 a1-6. Com base na comparação entre as propostas de Platão e as várias leis atenienses sobre o furto, conclui Trevor J. SAUNDERS, *Platos Penal Code*. Oxford, Clarendon, 1991, 293-294, que Platão «has achieved a radical simplification of Athenian law... In short, the crude twofold distinction of Attic law between “simple” and “aggravated theft, and the crude alternatives — stocks apart — of a fine or death, are largely replaced by a single category of theft from private sources, and by a single sliding scale of penalties based on motives and psychic states». Cfr. SCHÖPSDAU, in Platon, *Nomoi*, Buch VIII -XII, 2011, 282-288.

²¹ PLATÃO, *Leis*, b3-c1.

²² PLATÃO, *Leis*, 860 c4-864 c9. Ver comentário de SCHÖPSDAU, *Nomoi*, 509-513.

A pena é, portanto, condicionada pela culpa do facto, e a culpa do facto é retribuída na medida em que, como culpa do facto, constitui uma parte daquela doença da alma que deve ser curada por meio da pena. Desta forma se conceptualiza que a pena da prevenção especial é, na referida medida, retribuição da culpa. Não obstante, a culpa do facto não determina segundo Platão a escolha nem a medida da pena. Nas *Leis*, a pena é exclusivamente medida pela prevenção no quadro de um Direito Penal do autor. A prevenção não deixa de estar conceptualmente ligada à perigosidade e a prevenção especial à perigosidade do agente. Mas uma vez que a perigosidade deste tem a sua origem em toda a doença da sua alma, o afastamento da perigosidade é alcançado através da cura da sua doença. Se essa doença consiste na injustiça da sua alma, que é o resultado da decisão da sua vontade, então a pena da prevenção especial é também retribuição da culpa. Neste contexto, PLATÃO desenvolve também um conceito de culpa do carácter. Diz nas *Leis*: «com efeito, na direcção em que vai o seu desejo e na maneira de ser da alma que assim se forma se acostuma cada um a desenvolver-se a si próprio.»²³ Esta maneira de ser tem as suas causas nas decisões de cada um e chama-se carácter (êthos)²⁴. Porém, a palavra grega para retribuição, *timôria*, continua a estar para PLATÃO demasiado ligada ao seu significado original de vingança e ligada a sofrimento, para exprimir também cura ou «reparação do dano intelectual».²⁵

Importa finalmente perguntar se, nas *Leis*, não deparamos com o mesmo paradoxo que já tínhamos encontrado no *Górgias*: a retribuição, que tinha sido despedida como irracional, retorna como a última verdade no quadro de um mito. É que também aqui a retribuição se exprime no contexto de um mito escatológico. Há, porém, diferenças importantes entre este e o mito do *Górgias*. Nas *Leis*²⁶, o mito é o complemento da prova dialéctica de que Deus não só existe, como também se ocupa dos humanos. Além disso, o mito recupera a teoria das almas, que nas *Leis* é a base da prova da existência de Deus, e continua a teologia e a física do *Timeu*²⁷, de modo que o seu conteúdo

²³ PLATÃO, *Leis*, 904 c2-4.

²⁴ PLATÃO, *Leis*, 904 d7, 904 c9.

²⁵ É este o conceito que é usado por Karl Theodor WELCKER, *Letzte Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Gießen, 1813 (Nachdruck: Aalen: Scientia, 1964), 251 e, invocando este, por Reinhard von FRANK, «Vom intellektuellen Verbrechensschaden», in *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt*, hrg. von Heinrich Stoll. Tübingen: Mohr, 1931, 47 e ss., o sucessor de von LISZT como presidente da Associação Internacional Criminalística, para exprimir a equivalência da prevenção à retribuição num sistema de culpa do facto do Estado de Direito. Esta última qualificação separa ambos de Platão.

²⁶ PLATÃO, *Leis*, 893 b 4-899 d3.

²⁷ A estruturação a partir da imagem do mundo da física do *Timeu* é demonstrada por SAUNDERS,

essencial é dialético e não depende do encantamento mítico. «Eis que todos os seres que têm de comum uma alma se mudam, porque têm em si mesmos a origem da mudança, e quando se mudam, movem-se segundo a ordem e a lei do destino. Quando a mudança no carácter é não-essencial, há um pequeno movimento superficial; quando a mudança é maior e envolve uma injustiça maior, o movimento é para as profundidades, para os lugares ditos inferiores, a que as pessoas chamam Hades e nomes conexos, que os aterrorizam enquanto vivos e depois de se separarem do corpo. Quando a alma aumentou em grande medida a sua maldade ou a sua virtude, através das decisões da sua vontade e da influência das suas companhias, então ela move-se: se, pela companhia com a virtude divina, se tornou também, em larga medida, divina, ela move-se notavelmente, transportada por um caminho sagrado para um novo lugar melhor; no caso oposto, move-se para um lugar oposto.»²⁸ Não há aqui, como não há no *Timeu*, um mundo inferior, nem um tribunal, nem punição na outra vida. É um processo a que as almas estão sujeitas segundo uma lei, e isto «durante a vida e através de todas as mortes», o que pressupõe a possibilidade de reencarnações. É certo que o contador do mito fala de um rei, que, tal como um jogador de tabuleiro²⁹, apura «onde cada parte deve ser colocada, para no mundo todo levar a cabo a vitória da virtude e a derrota da maldade, da maneira mais fácil e melhor»³⁰. Pode, porém, dispensar-se esta personificação figurativa e dizer, como PLATÃO no *Filebo*, que a razão é rainha no céu e na terra.³¹ O que é essencial em tudo isto é que só há penas nesta vida, de maneira que, se a maldade do carácter não é eliminada pela punição nesta vida, fica presa à alma até à encarnação seguinte. Este estado e o caminhar das almas que lhes está ligado nada têm de divino e pode ser visto pela alma como uma pena. Mas PLATÃO fala aqui incorretamente de punição onde nenhuma existe. Existe sim um estado da alma, que necessita de punição preventiva nesta vida. Isto em nada altera o sistema e o fim da punição nesta vida.

A base científica³² do mito garante que a argumentação dialética sobre os fins das penas não é afetada, mas reforçada e completada. O mito acrescenta

Platos Penal Code, 203, Robert MAYHEW, in PLATO. *Laws*, 10, Oxford: Clarendon, 2008, 79 e SCHÖPSDAU, *Nomoi*, 432, 441.

²⁸ PLATÃO, *Leis*, 904 c6-e3.

²⁹ PLATÃO, *Leis*, 903 d7.

³⁰ PLATÃO, *Leis*, 904 b2-6.

³¹ PLATÃO, *Filebo*, 28 c7.

³² Assim SAUNDERS, *Platos Penal Code*, 206; Christian PIETSCH, «Mythos als konkretisierter Logos. Platons Verwendung des Mythos am Beispiel von *Nomoi X*, 903B-905D», in Markus Janka, Christian Schäfer

aos argumentos racionais o seu encantamento³³, com o fim ulterior de convencer a audiência. A ciência e o mito contribuem para a omnipresente ideologia de Estado, que no utópico Estado Magnésia (o Estado das *Leis*) sustenta o poder, e que, por sua vez, é sustentada pela força do Estado com os meios do Direito Penal.

Não podemos, contudo, acompanhar KELSEN, quando diz que PLATÃO nas *Leis* considera necessária a ideologia, «sendo irrelevante, se ela corresponde à verdade: mas talvez saiba, que ela corresponderá à verdade, se nela se acredita... Quando as pessoas efectivamente acreditam, que Deus impera, então Deus impera de facto no sentido em que os imperantes se guardarão de satisfazer sem vergonha os seus interesses à custa dos imperados. Se uma ideologia é eficaz, então o que ela afirma torna-se de certo modo realidade. E precisamente através desse facto, essa mentira útil confirma-se no tempo como verdade relativa»³⁴. Isto contraria as mais fundas intenções de PLATÃO nas *Leis*. Neste diálogo, ele propõe que a verdade filosófica se torne ideologia de Estado. Isso acontece exemplarmente na sua filosofia da pena: em vez de considerar, como no *Górgias*, a prevenção como uma teoria filosófica que, conjuntamente com a convicção religiosa, deixa inalterada a realidade social e até a suporta, faz nas *Leis* determinar a realidade social do Direito Penal exclusivamente através da prevenção, e faz suportar este Direito Penal por uma convicção, que é originada por uma religião de Estado filosoficamente reformada.

(eds.), *Platon als Mythologe. Neue Interpretationen zu den Mythen in Platons Dialogen*, Darmstadt: WBG, 2002, 99 e ss.

³³ PLATÃO, *Leis*, 903 b 1-2.

³⁴ Hans KELSEN, *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*, 183-184.

09. Reflexos do reconhecimento do instituto da prescrição em perspectiva na culpa e na prevenção especial da pena

09. The recognition of the institute of prescription projected on the problems of culpability and special prevention

Adhemar Della Torre Netto

Doutorando em Ciências Jurídico-criminais na
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Defensor Público do Estado de Minas Gerais, Brasil,
titular da Defensoria Pública do I Tribunal do Júri de Belo Horizonte.

Abstract: After the practice of a criminal event, besides the state's power to deflagrate the *persecutio criminis*, starts the temporal clock timer that exempt this rule, and it's called prescription. Understood as a criminal law institute that leads to the contradiction of the imposition of penalty to the citizen, it recognizes a lack of interest in punishing the criminal person due to the passage of time, enables a social reintegration of the delinquent and inhibit the state to prosecute and punish the perpetrator. Modern doctrine has been studying its occurrence. Named prospective prescription, this theory also serves as an indication to recognize the lack of need for a state to impose

punishment on the accused, as it is based on concrete cases to guide the judge to recognize the prescription institute before it's legal time. Despite being a problem to law courts, it's perfectly fine under constitutional conditions as it pursuits the fairness concerning the expeditiousness of law in the jurisdictional exercise, generating, by the way, constant database, guiding the State to invest properly in the efficiency of the Jurisdictional Power, preventing time from working in favor of impunity. Nevertheless, the influence of temporal law must be recognized as a way to give the delinquent an opportunity for personal resocialization without the need to impose criminal reprimand. Those are the main concerns that will guide this study, in a way that it will demonstrate the importance of breaking paradigms for the evolution of legal institutions and their democratic role.

Keywords: prescription — recognition — guilty — criminal law — positive special prevention

1. Introdução

O ser humano, por natureza, é um ser gregário, adepto da vida em sociedade. Porém, a fim de que haja harmonia entre os indivíduos que integram determinada coletividade, regras jurídicas são necessárias para regular essa convivência social. E, desde os tempos mais remotos, o Direito surgiu como ciência afeta ao desenvolvimento de normas voltadas para regular a vida em sociedade.

A partir daí, o desenvolvimento do Direito Penal foi necessário para a eleição de bens jurídicos determinados mercedores de especial proteção do Estado, de acordo com aspetos culturais de cada sociedade. E, com a violação das normas impositivas criadas pelo Estado, surge, em seu favor, o chamado *ius puniendi*¹ — ou direito de punir — que é o poder-dever que ostenta quanto à possibilidade de impor sanção ao ato tipificado em norma penal incriminadora.

¹ Observa Fernando Capez que «O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o *ius perseguendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do *ius puniendi*». Fernando CAPEZ, *Curso de processo penal*, 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 45.

No Direito brasileiro, a partir do momento em que um indivíduo pratica um delito, violando o ordenamento jurídico criminal, tem-se início uma contagem regressiva para que o Estado exerça o *ius puniendi*.

Vale dizer, portanto, que não detém o Estado brasileiro a competência eterna de cominar pena a atos criminosos que afetam bens jurídicos por ele tutelados. Ao contrário, encontra na própria lei penal as balizas temporais para que possa exercer, em sua plenitude, o *ius puniendi* que lhe coube por decorrência do contrato social.² Trata-se do instituto da prescrição, que é causa de extinção da punibilidade do agente.³

O presente estudo ocupar-se-á, dentre as espécies de prescrição, daquela conhecida por *prescrição virtual* ou *em perspectiva*, que tem lugar dentro do estudo da prescrição da pretensão punitiva, bem como de seus reflexos na esfera pessoal da culpa do autor e também no tocante ao papel do Estado, tanto sob a perspectiva da busca em elidir a impunidade, quanto na prevenção especial da pena.

2. A prescrição da pretensão punitiva: conceito, natureza jurídica e hipóteses

Alguns efeitos relevantes podem ser percebidos no ordenamento jurídico brasileiro com o transcurso do tempo. É ele idóneo a operar o nascimento, a transmissão, a alteração ou até mesmo a perda de direitos. No campo do Direito Criminal, o decurso de determinado lapso temporal gera efeitos sobre a própria conveniência política de ser mantida a *persecutio criminis* contra eventual autor de infração ou de se ver executada a sanção penal imposta em razão do tempo decorrido, conforme determinado pela norma.⁴

A doutrina, ao se debruçar sobre o tema, a conceitua como o «instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer

² Os limites temporais referidos estão descritos nos art. 109 e 110 do Decreto-Lei n.º 2848/40 — Código Penal Brasileiro.

³ Nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal Brasileiro.

⁴ Cf. Damásio Evangelista de Jesus, *Direito penal: parte geral*, vol. I, 33.ª ed. São Paulo: Saraiva, 761. E continua o autor, ao ensinar que «com a prescrição, o Estado limita o *ius puniendi* concreto e o *ius punitiois* a lapsos temporais, cujo decurso faz com que considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição violada pelo sujeito».

o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade»⁵.

Fernando Capez, de maneira didática, a conceitua como a «perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face do não exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo»⁶.

O instituto da prescrição encontra previsão legal no artigo 109 do Código Penal Brasileiro, onde são estipulados diversos lapsos temporais, regulados pelo montante da pena privativa de liberdade cominada ao crime, conforme disciplinado pelo preceito secundário da norma penal incriminadora.

Os marcos prescritivos constantes dos incisos I a VI do referido artigo 109 são os seguintes: em vinte anos, quando o máximo da pena é superior a doze (inciso I); em dezasseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze (inciso II); em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro e não excede a oito anos (inciso III); em oito anos, quando o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro (inciso IV); em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois (inciso V); e em três anos, se o máximo da pena é inferior a um ano (inciso VI).

Portanto, com exceção dos crimes expressamente previstos na Constituição Federal como imprescritíveis⁷, todos os demais ilícitos que afetem bens juridicamente tutelados por norma penal incriminadora estão sujeitos à ocorrência da prescrição.

Também não importa quem seja o responsável pela morosidade. Seu aperfeiçoamento é caracterizado independentemente de ser a demora atribuída às autoridades responsáveis pela investigação ou aos titulares da ação penal antes de sua propositura; do poder judiciário, caso não conclua a instrução do feito, a prolação da sentença ou o julgamento dos recursos interpostos em

⁵ Rogério GRECO, *Curso de direito penal: parte geral*, vol. I, 11.ª ed, Niterói: Impetus, 2009, 731. Também a conceitua André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves como «a perda do direito de punir decorrente do decurso de determinado prazo sem que a ação penal tenha sido proposta por seu titular ou sem que se consiga concluí-la (prescrição da pretensão punitiva), ou, ainda, a perda do direito de executar a pena por não conseguir o Estado dar início ou prosseguimento a seu cumprimento dentro do prazo legalmente estabelecido (prescrição da pretensão executória)». André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2012, 688.

⁶ Fernando CAPEZ, *Curso de direito penal: parte geral*, vol. I, 16.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, 622.

⁷ A Constituição Federal elenca como imprescritíveis somente os crimes de racismo (art. 5.º, inciso XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5.º, inciso XLIV).

tempo hábil; ou das autoridades responsáveis pela efetiva prisão do condenado após transitar em julgado a sentença penal condenatória.⁸

A pretensão punitiva, por sua vez, é conceituada por CARNELUTTI como a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio.⁹ Com isso, conclui-se que, a partir do momento em que determinado agente comete um crime, o direito de punir do Estado — que se encontrava no campo da abstração — transforma-se em concreto, formando-se a chamada *relação jurídico-punitiva*.¹⁰ Nasce, portanto, um conflito de interesses entre o poder-dever de punir do Estado e o direito fundamental de liberdade do autor do facto. O Estado — titular da pretensão punitiva — adquire o direito de provocar o poder judiciário para que este aplique o Direito Penal objetivo ao facto cometido pelo criminoso. E faz isso através da ação penal, onde a acusação é a «dedução em juízo da pretensão punitiva, tendo por objeto imediato o julgamento da própria pretensão punitiva, a prestação jurisdicional, e por objeto mediato, a imposição da sanção penal prevista no preceito secundário da norma penal».¹¹

A natureza jurídica da prescrição é identificada, conforme a doutrina majoritária, como um instituto de direito material, uma vez, como visto, que é regulada pelo Código Penal Brasileiro e, em razão disso, conta-se o dia de seu início como termo inicial para seu reconhecimento.¹²

Passa-se, agora, à análise das hipóteses legais de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

⁸ Cf. André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 688.

⁹ Vide Francesco CARNELUTTI, *Instituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, 1951, 7. Damásio de Jesus a conceitua da seguinte forma: «pretensão punitiva é, pois, a exigência de subordinação do direito de liberdade do cidadão ao direito de punir concreto do Estado. Assim, praticado o crime e antes de a sentença penal transitar em julgado, o Estado é titular da pretensão punitiva, exigindo do poder judiciário a prestação jurisdicional pedida na acusação, que tem duas finalidades: objetiva o julgamento da pretensão punitiva e a imposição de sanção penal. Transitando em julgado a sentença condenatória, o direito de punir concreto transforma-se em *jus punitiois*, convertendo a pretensão punitiva em pretensão executória: exigência de execução da sanção penal concretizada na sentença. O Estado adquire o direito de executar a pena ou medida de segurança imposta na sentença.», Damásio Evangelista de JESUS, *Direito penal: parte geral*, 762.

¹⁰ Damásio Evangelista de JESUS, *Direito penal: parte geral*, 762.

¹¹ Damásio Evangelista de JESUS, *Direito penal: parte geral*, 762.

¹² Cf. Cezar Roberto BITENCOURT, *Manual de direito penal: parte geral*, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 672; Rogério GRECO, *Curso de direito penal: parte geral*, 732, e André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 694, *verbis*: «[...] por se tratar de prazo de natureza penal, inclui-se na contagem o dia inicial e exclui-se o último (art. 10 do CP). Se o prazo prescricional de 1 ano começa em 07 de agosto de 2010, a prescrição se dá no dia 06 de agosto de 2011. O prazo é improrrogável, podendo terminar em fins de semana ou feriados.»

2.1. A prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato

A primeira delas é a chamada prescrição da pretensão punitiva pela pena *in abstracto*, ou seja, regula-se pelo máximo da pena cominada pelo preceito secundário da norma penal incriminadora. Ela pode ocorrer antes mesmo da propositura da ação penal, após seu início ou até mesmo após a prolação da sentença em primeira instância, desde que haja recurso interposto pela acusação.¹³

Aqui, o exegeta é remetido às hipóteses previstas no já transcrito artigo 109 do Código Penal Brasileiro, que comporta interpretação literal, de maneira que ela é regulada pela pena abstratamente cominada na lei penal incriminadora — seja o delito subsumido à modalidade simples ou qualificada. O prazo prescricional varia, conforme Damásio DE JESUS, «de acordo com o máximo da sanção abstrata privativa da liberdade, com desprezo da pena de multa, quando cominada cumulativa ou alternativamente. Para saber qual o prazo da prescrição da pretensão punitiva devemos verificar o limite máximo da pena imposta *in abstracto* no preceito sancionador e enquadrá-lo em um dos incisos do artigo 109 do CP».¹⁴

É importante observar que as circunstâncias agravantes¹⁵ e atenuantes¹⁶ previstas na legislação não apresentam reflexos no prazo prescricional¹⁷, observando Damásio DE JESUS, inclusive, que «o disposto no art. 110, *caput*, parte final, do CP, segundo o qual o prazo prescricional da pretensão executória é aumentado de um terço na reincidência, é inaplicável à prescrição da pretensão punitiva».¹⁸

Reconhecido o instituto ora em estudo, deverá ser decretada a extinção da punibilidade do agente¹⁹, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal Brasileiro.²⁰ São diversos os seus reflexos casuísticos, a saber: se não houver

¹³ Observam André ESTEFAM e Victor Eduardo Rios GONÇALVES (*Direito penal esquematizado: parte geral*, 691) que «se não houver recurso da acusação, mas apenas da defesa, a prescrição após a sentença passa a se basear na pena em concreto, ou seja, naquela já aplicada».

¹⁴ Damásio Evangelista de JESUS, *Direito penal: parte geral*, 764.

¹⁵ Previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal Brasileiro.

¹⁶ Inseridas no art. 65 do Código Penal Brasileiro.

¹⁷ Existe uma exceção à regra, e ela está prevista no art. 115 do Código Penal Brasileiro e será do-ravante objeto de análise por este estudo.

¹⁸ Damásio Evangelista de JESUS, *Direito penal: parte geral*, 766.

¹⁹ Cf. Art. 107, inciso IV, do Código Penal Brasileiro.

²⁰ Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

inquérito policial quando da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato, este não poderá ser instaurado; se instaurado e ainda em andamento o inquérito policial, deverá ser remetido à justiça, cabendo ao Ministério Público a análise e formulação de pedido para o reconhecimento da extinção da punibilidade, arquivando-o; caso tenha sido oferecida a exordial acusatória, caberá ao juiz rejeitá-la²¹ ou absolver sumariamente o acusado²²; estando em andamento a ação penal, deverá o juiz, de ofício, decretá-la²³; se o processo se encontrar em fase de julgamento, deverá o juiz reconhecê-la sem, contudo, adentrar o mérito da causa; acaso reconhecida em grau de recurso ou por ocasião da propositura de ação de revisão criminal²⁴, a sentença condenatória não produz nenhum efeito.²⁵

Por fim, no caso de se ter favorecido o réu pela ocorrência da figura prescristiva ora em debate, não poderá ser ele novamente processado pelo mesmo facto.

2.1.1. Fatores reflexivos e não reflexivos no prazo prescristional

O primeiro fator que gera reflexos importantes no montante do prazo prescristional da figura jurídica em estudo é a idade do acusado. E tal hipótese é expressamente prevista na Lei Penal brasileira, pois insculpida na letra do artigo 115. Assim, sendo o réu menor de 21 anos na data do facto, ou maior de 70 anos quando da prolação da sentença, o prazo prescristional será reduzido pela metade.²⁶

²¹ Cf. artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal Brasileiro.

²² Nos termos do artigo 397, inciso IV, do Código de Processo Penal Brasileiro.

²³ Cf. artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal Brasileiro (*vide* nota n.º 20).

²⁴ Cujas hipóteses estão previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal Brasileiro.

²⁵ No mesmo sentido, Damásio Evangelista de JESUS, *Direito penal: parte geral*, 766-767.

²⁶ André ESTEFAM e Victor Eduardo Rios GONÇALVES (*Direito penal esquematizado: parte geral*, 692-693) exemplificam a hipótese da seguinte forma: «suponha-se que uma pessoa de 19 anos tenha cometido um crime de ameaça que, tendo pena máxima de 6 meses, prescreve em 3 anos. Como o autor da infração é menor de 21 anos, a prescrição se dará em 1 ano e 6 meses. [...] Em relação aos maiores de 70 anos, é preciso chamar a atenção para o facto de que, nos termos da lei, o acusado deve ter tal idade na data da prolação da sentença condenatória de primeira instância ou, analogicamente, por ocasião do julgamento de recurso que reforme a sentença absolutória e condene o réu. Assim, se o réu tinha 69 anos na data em que foi condenado em primeira instância, não há que se cogitar de redução de prazo pela metade se, na data do julgamento do recurso, já contava com 70 anos. [...] Por questão de bom senso, é claro que, se o autor do delito já tem mais de 70 anos, por exemplo, na própria data do crime, a prescrição já corre, desde tal momento, com os prazos pela metade, pois a idade não diminui. Observe-se que, no caso de concurso de agentes, o facto de a prescrição ser aplicada pela metade ao réu menor de 21 anos ou maior de 70 na data da sentença não se estende aos comparsas.»

Outro fator com influência no prazo prescricional são as chamadas causas de aumento e diminuição de pena. Por terem o condão de alterar o montante da pena prevista ao delito, são de observância obrigatória e geram, portanto, reflexos na contagem dos prazos prescricionais.²⁷

Havendo, na espécie, a presença concomitante de causas de aumento e de diminuição da pena, caberá ao julgador considerar ambas para aferir o prazo prescricional adequado.²⁸

Por fim, a reincidência, conforme disposto pelo artigo 110 do Código Penal Brasileiro, somente aumenta em 1/3 o prazo da prescrição da pretensão executória, e não da pretensão punitiva. Para dirimir eventuais dúvidas, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado de súmula de número 220²⁹, sacramentando a interpretação literal que se deve fazer do texto legal.

2.1.2. Contagem do prazo prescricional

Como já assinalado, a prescrição da pretensão punitiva em abstrato tem natureza jurídica de instituto de direito material, tendo por termo inicial a data do facto, ou seja, o momento em que o crime produz seu resultado formal ou naturalístico, a depender da figura delitiva. Assim, a análise do prazo prescricional é determinada pelo montante da pena máxima aplicada pelo preceito secundário da norma penal incriminadora, pressupondo também o termo inicial a partir do qual começa a fluir, bem como a eventual ocorrência de causas legais aptas a suspender ou interromper a marcha da prescrição.³⁰

O termo inicial do prazo da prescrição da pretensão punitiva encontra regramento no artigo 111 do Código Penal Brasileiro. De acordo com seu

²⁷ No mesmo sentido, André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 694. Exemplificam os autores, trazendo a seguinte hipótese: «o furto simples possui pena privativa de liberdade de 1 a 4 anos e, por isso, prescreve em 8 anos. Se, entretanto, o furto for praticado durante o repouso noturno (art. 155, parágrafo 1.º), a pena sofrerá um acréscimo de 1/3, passando a ter um limite máximo de 5 anos e 4 meses, cujo prazo prescricional é de 12 anos; na tentativa de furto simples, a pena máxima é de 2 anos e 8 meses (4 anos com redução de 1/3) e, por isso, a prescrição continua a ocorrer em 8 anos. Saliente-se que a consequência da tentativa é a redução de 1/3 a 2/3 da pena (art. 14, parágrafo único, do CP), mas, para análise da prescrição pela pena em abstrato, deve-se levar em conta a menor redução, pois, com isso, obtém-se a maior pena em abstrato para a infração penal.»

²⁸A inda cf. André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 694, um exemplo seria a «tentativa de furto noturno (pena máxima de 4 anos aumentada de 1/3 pelo furto noturno e depois reduzida de 1/3 pela tentativa)».

²⁹ Súmula 220, STJ: «a reincidência não interfere no prazo da prescrição da pretensão punitiva.»

³⁰ Cf. André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 694.

inciso I, donde pode ser aferida sua regra geral, o termo *a quo* dos prazos prescricionais passa a fruir da data da consumação do crime. Caso haja dúvida sobre a data exata da consumação do crime, deve-se considerar a possibilidade mais favorável ao réu, em decorrência do princípio do *favor rei*.³¹

Observam, ainda, André ESTEFAM e Victor GONÇALVES que, no caso de concurso de crimes, «o termo inicial incide isoladamente a partir da consumação de cada um dos ilícitos praticados (art. 119 do CP)».³²

Continuando a análise do supracitado artigo 111 do Código Penal Brasileiro, tem-se a hipótese do crime tentado. Aqui, a prescrição começa a correr do dia em que cessou a atividade criminosa. Assim, o termo *a quo* leva em consideração o dia em que é praticado o último ato executório.³³

Nos crimes permanentes, o termo inicial computa-se do dia em que cessou a permanência. Como exemplo: «se uma pessoa é sequestrada em 15 de junho e libertada em 10 de setembro, diz-se que o crime se consumou em 15 de junho. A prescrição, no entanto, só passará a correr em 10 de setembro, data em que cessada a execução do crime pela libertação da vítima.»³⁴

Por fim, nos casos específicos de crime de bigamia³⁵ e de falsificação ou alteração de assento de registro civil³⁶, o prazo prescricional começa a fluir da data em que o facto se tornar conhecido da autoridade. Aqui, o legislador levou em consideração o facto de que são crimes cometidos na clandestinidade, permanecendo, via de regra, ocultos por anos a fio. Assim, a fim de se evitar a impunidade, o termo *a quo* do prazo prescricional inicia-se na data em que a autoridade responsável pela apuração do crime tome efetivo conhecimento de sua ocorrência.³⁷

³¹ Interessante observação realizam André ESTEFAM e Victor GONÇALVES (*Direito penal esquematizado: parte geral*, 694-695). Sobre o termo inicial do prazo da prescrição da pretensão punitiva, revelam que ela «é a regra no Direito Penal. As demais hipóteses podem ser consideradas exceções. Assim, se o agente efetua disparos contra a vítima a fim de matá-la no dia 10 de fevereiro de 2011, mas ela só morre no dia 06 de abril do mesmo ano, após permanecer longo período internada em hospital, a prescrição do crime de homicídio consumado só passa a correr a partir desta última data. Nota-se, pois, que em relação à prescrição não adotou a regra do art. 4º do Código Penal, que trata do chamado “tempo do crime” e que considera praticado o delito no momento da ação ou omissão ilícita».

³² André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 695.

³³ Enfrentando a hipótese, André ESTEFAM e Victor GONÇALVES (*Direito penal esquematizado: parte geral*, 695) trazem o seguinte exemplo: «o agente faz um doce envenenado no dia 05 de abril e o entrega de presente para a vítima no dia 06 do mesmo mês, porém, ela está de dieta e joga o doce fora. A prescrição corre a partir do dia 06 (último ato de execução).»

³⁴ *Direito penal esquematizado: parte geral*, 695

³⁵ Disciplinado pelo artigo 235 do Código Penal Brasileiro.

³⁶ Tipificados pelos artigos 241, 242 e 299, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro.

³⁷ Cf. André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 695: «será necessária a produção de prova nos autos acerca da forma como a autoridade tomou conhecimento e da data em que isso ocorreu. Tais crimes, enquanto não descobertos, não prescrevem.»

2.1.3. Causas legais de interrupção da prescrição da pretensão punitiva

Determinadas hipóteses, de acordo com a legislação brasileira, são idóneas a interromper a fruição do prazo prescricional. Vale dizer que, quando aperfeiçoadas, implicam na imediata interrupção da fruição do lapso temporal da prescrição, constituindo-se em verdadeiros marcos iniciais para contagem de novo prazo.³⁸

Referidas causas encontram previsão no rol taxativo do artigo 117 do Código Penal Brasileiro e são todas de origem judicial, como será visto.

A primeira delas está disciplinada no inciso I do referido artigo 117. Trata-se do recebimento da denúncia ou queixa-crime pela autoridade judicial, que se aperfeiçoa com a publicação da decisão.³⁹

Note-se que, em caso de ser a decisão pela rejeição da exordial acusatória reformada por via recursal, o lapso prescricional restará interrompido a partir da publicação do acórdão que substituirá, em seus efeitos, a decisão primeira guerreada.⁴⁰

Também a decisão de pronúncia, que é decisão interlocutória mista responsável pelo encerramento da primeira fase do procedimento escalonado afeto ao Tribunal do Júri⁴¹, é causa idónea a acarretar a interrupção do lapso prescricional, de acordo com o inciso II do artigo 107 da Lei Penal brasileira.

Sobre tal decisão, algumas observações se fazem pertinentes. A primeira delas diz respeito às demais figuras decisórias que poderá adotar o julgador quando da análise dos autos e prolação da decisão. Caso não entenda presentes lastro mínimo apto a atrair ao menos a presença de indícios de autoria e prova

³⁸ No mesmo sentido, André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 696, que assinalam: «a ocorrência de causa interruptiva faz com que novo curso prescricional se inicie por completo, devendo o prazo anterior ser ignorado para fim de prescrição pela pena em abstrato, podendo, todavia, ser futuramente considerado na análise da prescrição retroativa.»

³⁹ Quanto à publicação, consigna-se que restará configurada com a entrega pelo juiz, em cartório, ao escrivão, da decisão de recebimento da peça acusatória inicial. Nesse sentido: André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 696.

⁴⁰ O enunciado de súmula n.º 709 do Supremo Tribunal Federal assim disciplina: «salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela.»

⁴¹ O Tribunal do Júri, no Direito brasileiro, é órgão jurisdicional popular com previsão constitucional (art. 5.º, inciso XXXVIII), com competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5.º, inciso XXVIII, alínea d, da Constituição Federal), composto por 25 jurados maiores de 18 anos e de reconhecida idoneidade (cf. art. 432, combinado com art. 436, ambos do Código de Processo Penal Brasileiro) sorteados dentre cidadãos alistados conforme regramento previsto no artigo 425 do Código de Processo Penal Brasileiro, dos quais 7 serão sorteados e integrarão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento (cf. disciplina do art. 447 da referida Lei Penal Adjetiva).

da materialidade delitiva, o magistrado poderá impronunciar ou absolver sumariamente o acusado. Em ambas as hipóteses não haverá a interrupção da prescrição.

O mesmo efeito é gerado com a publicação da decisão que desclassificar o delito para crime de outra natureza, não afeta, portanto, à competência do Tribunal do Júri. Nos termos da Súmula 191 do Superior Tribunal de Justiça, «a pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime». Aqui, deve-se atentar para a hipótese onde, pronunciado o réu por suposta prática de crime doloso contra a vida, vê-se operada a desclassificação para delito outro de competência diversa à do Tribunal do Júri por decisão proferida pelo Conselho de Sentença.⁴²

Importante ressaltar que qualquer decisão posterior que declare a nulidade da pronúncia aperfeiçoada nos autos terá o condão de também invalidar a interrupção do prazo prescricional.

Por outro lado, se, em caso de recurso interposto em face de decisão de pronúncia, vier posterior acórdão dela confirmatório, este gerará, como efeito, novo marco interruptivo do prazo prescricional.⁴³

Prosseguindo-se na leitura da legislação que embasa o presente ensaio, encontrar-se-á no inciso IV do artigo 117 do referido diploma a hipótese da publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis como causas aptas a gerarem também a interrupção do prazo de prescrição.

Finalmente, o trânsito em julgado da condenação é fenómeno apto à interrupção do prazo prescricional da pretensão punitiva estatal, posto que concretizado, na hipótese, o *ius puniendi* estatal.⁴⁴

2.1.4. Causas suspensivas da prescrição da pretensão punitiva

Há, ainda, a presença de determinadas — e taxativas — causas que são aptas à suspensão do prazo prescricional. Diferentemente daquelas acima

⁴² Cf. exemplificam André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 696-697: «o réu havia sido pronunciado por tentativa de homicídio e os jurados desclassificaram a conduta para crime de ameaça — que prescreve em 3 anos. Neste caso, o juiz não poderá reconhecer a prescrição se entre o recebimento da denúncia e a sentença em plenário tiverem decorrido 3 anos e 6 meses, ignorando a pronúncia proferida 1 ano antes do julgamento pelos jurados.»

⁴³ Cf. exegese do art. 117, inciso III, do Código Penal Brasileiro.

⁴⁴ No mesmo sentido, André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 699.

estudadas, estas, quando aperfeiçoadas, têm o condão de suspender temporariamente o lapso temporal apto ao reconhecimento da prescrição, que voltará a fruir pelo período restante.

Prevê a Lei Penal Substantiva brasileira oito casos onde o prazo de prescrição não corre, sendo a primeira delas referente à existência de questão prejudicial. Assim, enquanto não resolvida em outro processo a questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime, nos termos do artigo 116, inciso I, do referido diploma, não fruirá o prazo prescricional.⁴⁵

Outra hipótese prevista no inciso II do supracitado artigo 116 faz referência ao período em que o agente cumpre pena no estrangeiro. Aqui, também restará suspenso o prazo de prescrição até que cesse efetivamente o cumprimento de sanção em território alienígena.

Figura bastante comum no direito processual penal, a causa suspensiva da prescrição prevista no artigo 366 da Lei Penal Adjetiva brasileira estipula a hipótese onde o acusado, citado por edital, não comparece em juízo e nem constitui advogado. A partir do momento em que o réu for encontrado ou nomear defensor para cuidar de seus interesses no processo, a ação penal (e, conseqüentemente, o prazo prescricional) retomam sua marcha.

Também estará suspensa a fruição do lapso temporal apto à configuração da prescrição durante o período em que a «a pessoa jurídica relacionada com o agente estiver incluída no regime de parcelamento nos crimes contra a ordem tributária da Lei nº 8.137/90, apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP)», além dos «crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90, se houver celebração de acordo de leniência. O art. 35-C da Lei nº 8.884/93 determina que a celebração de tal acordo suspende o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia».⁴⁶

Nos termos do artigo 89, parágrafo 6.º, da Lei 9099/95, nos delitos cuja pena mínima não supere um ano, a ação poderá ser suspensa por um período que varia de dois a quatro anos, oportunidade em que ficará o réu sujeito ao

⁴⁵ André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 700, alertam que essa regra faz referência às chamadas questões prejudiciais, ou seja, que influenciam o julgamento do mérito da ação penal. Consignam os autores que «é possível que o juiz criminal suspenda o processo-crime no qual se apura delito de furto, até que seja resolvido, no juízo cível, se o acusado pela subtração é ou não o dono do objeto. Nesta hipótese, fica também suspenso o prazo prescricional».

⁴⁶ André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 701. Conceituam os autores acordo de leniência como «aquele feito pelo infrator no sentido de colaborar efetivamente com as investigações».

cumprimento de determinadas condições. É a chamada suspensão condicional do processo, onde estará também suspenso o prazo prescricional.

Finalmente, conforme a legislação brasileira, o prazo de prescrição não corre durante o tempo em que durar a sustação de processo que apura infração penal cometida por deputado ou senador, por crime ocorrido após a diplomação. Trata-se de hipótese constitucional, expressamente prevista nos parágrafos 3.º e 5.º do artigo 53 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁴⁷

A despeito da taxatividade do rol acima, deve-se ressaltar que a suspensão do processo por ocasião da instauração de incidente de sanidade mental, previsto no artigo 149 da Lei Processual Penal brasileira, não nutre o condão de suspender o lapso prescricional.⁴⁸

3. A prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto

Diferente regramento apresenta a figura da prescrição da pretensão punitiva regulada pela pena em concreto, ou seja, pela pena efetivamente cominada ao delito pelo poder judiciário. Sua previsão é expressa na Lei Penal brasileira⁴⁹, reconhecendo a doutrina e a jurisprudência as figuras *retroativa* e *intercorrente*.

Como visto, antes da prolação da sentença em primeiro grau, não há como saber exatamente qual será a reprimenda efetivamente aplicada pelo julgador. São diversas as circunstâncias que influenciam no montante da pena, a exemplo das agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição da pena, circunstâncias pessoais do réu, primariedade e reincidência, entre

⁴⁷ Recebida a denúncia contra o parlamentar pelo Supremo Tribunal Federal, este providenciará que seja dada ciência à Casa respectiva (Câmara dos Deputados ou Senado Federal), de forma que, em seguida, qualquer partido político nela representado possa solicitar a sustação do andamento do processo, que deverá ser aprovada pela maioria dos membros da Casa. Neste caso, ficará também suspensa a prescrição pelo período que durar o mandato do parlamentar. No mesmo sentido, André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 700.

⁴⁸ No mesmo sentido, André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 701.

⁴⁹ Código Penal, art. 110: «A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.»

outras. Por isso, o prazo prescricional tem por base o patamar máximo da pena abstratamente cominada ao delito.

Contudo, a partir da prolação da sentença, o juiz fixa, concretamente, a pena, que poderá ser alterada em razão da dilação processual ocasionada pela eventual interposição de recurso pelas partes.

No Direito brasileiro, o único recurso capaz de acarretar um acréscimo de pena ao autor do facto é aquele apresentado pela acusação. Assim, havendo recurso exclusivo da defesa, três são as possibilidades jurídicas: a sentença poderá ser reformada, acarretando a absolvição do recorrente; a reforma da sentença poderá implicar na redução da reprimenda aplicada pelo juízo *a quo*; ou a sentença poderá ser mantida pelo juízo *ad quem*.

De qualquer maneira, não havendo recurso da acusação, ou sendo ele improvido, é possível que se tenha conhecimento, mesmo antes de transitar em julgado a decisão, do patamar máximo que a pena do réu poderá atingir. Neste caso, se após a publicação da sentença de primeiro grau transcorreu lapso temporal apto à configuração da prescrição sem que tenha havido trânsito em julgado para as partes, deverá ser ela reconhecida e acolhida. Este fenómeno é conhecido como *prescrição da pretensão punitiva intercorrente*.⁵⁰

Também quando os intervalos de tempo computados levam em consideração a prolação da sentença em relação ao recebimento da denúncia, estar-se-á diante da hipótese da prescrição se os marcos previstos nos incisos do artigo 109 da Lei Penal brasileira subsumirem-se ao caso concreto em análise. Nesta hipótese, se entre a data do recebimento da denúncia e a data da sentença transcorreu lapso temporal apto à configuração da prescrição, deverá ser ela reconhecida e acolhida. Este fenómeno é conhecido como *prescrição da pretensão punitiva retroativa*.

⁵⁰ Para ilustrar a hipótese, André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 702 formulam o seguinte exemplo: «suponha-se que o réu esteja sendo acusado por furto simples (art. 155, *caput*, do CP), delito cuja pena privativa de liberdade é de reclusão de 1 a 4 anos. Antes da sentença, a prescrição pela pena em abstrato é de 8 anos. Acontece que o juiz, ao sentenciar, fixa a pena em 1 ano e o Ministério Público não apela para aumentá-la. Dessa forma, considerando que o art. 627 do Código de Processo Penal veda o aumento da pena em recurso exclusivo da defesa (proibição da *reformatio in pejus*), estabeleceu o legislador que, mesmo não tendo, ainda, havido o trânsito em julgado, passar-se-á a ter por base, para fim de prescrição, a pena fixada na sentença, uma vez ela não mais poderá ser aumentada. Dessa forma, como a pena foi fixada em 1 ano, a prescrição ocorrerá em 4 anos (art. 109, V, do CP). Por conclusão, se após a publicação da sentença de 1.º grau transcorrer tal prazo de 4 anos sem que haja trânsito em julgado para ambas as partes, terá havido a prescrição intercorrente, também chamada de superveniente. Neste caso, o tribunal, verificando o decurso do prazo de 4 anos, sequer deverá apreciar o mérito do recurso interposto pela defesa, declarando, de imediato, a prescrição intercorrente.»

Após a reforma promovida no Código Penal pela Lei 12 234/2010, alguns doutrinadores passaram a pregar a extinção da prescrição retroativa⁵¹, apresentando Damásio de Jesus uma posição mais radical.⁵² Contudo, fiamos-nos ao entendimento de André ESTEFAM e Victor GONÇALVES, que asseveram o seguinte: «se, após a prolação da sentença, não houver recurso da acusação ou depois que seja ele improvido, haverá a chamada prescrição retroativa (no exemplo acima do furto simples)⁵³ se, entre a data do recebimento da denúncia e a sentença de 1.º grau, tiver decorrido o prazo de 4 anos. Haverá ainda a prescrição retroativa na hipótese de haver decorrido referido prazo entre o oferecimento e o recebimento da denúncia ou queixa, uma vez que a Lei n.º 12.234/2010 só proíbe a prescrição retroativa em data anterior ao seu oferecimento. Esta hipótese, em regra, mostra-se presente quando o juiz rejeita a denúncia que só é recebida muito tempo depois pelo tribunal.»⁵⁴

Note-se, portanto, que o parágrafo 1.º do artigo 110 do Código Penal Brasileiro impede o reconhecimento da prescrição intercorrente ou retroativa que tenha por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa-crime.⁵⁵

Por fim, ambas as modalidades prescritivas em estudo neste tópico são formas de prescrição da pretensão punitiva, conforme disposto no artigo 107, inciso IV, do Código Penal Brasileiro. Por tal motivo, seu reconhecimento é idóneo para elidir os efeitos da condenação — sejam principais, secundários, penais ou extrapenais.

⁵¹ A exemplo de Fernando CAPEZ, prescrição retroativa e a lei n.º 12 234, de 5 de maio de 2010, in *Prescrição penal após a Lei nº 12.234, de 5-5-2010*, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2010, 38.

⁵² Explica o autor, Damásio Evangelista de Jesus, *Direito penal: parte geral*, 779-780, que «com a mudança, afirma essa posição, é vedada a contagem do prazo retroativo no período entre o fato e o recebimento da inicial acusatória (art. 110, parágrafo 1.º, parte final, com a nova redação). Significa entender, portanto, que do início da fluência do primeiro lapso temporal, que ocorre a partir da data do fato criminoso até a primeira causa interruptiva, qual seja, o recebimento da denúncia ou da queixa, somente poderia haver prescrição pela pena máxima abstrata, contudo, ainda seria admissível entre a denúncia ou queixa e a publicação de sentença, acórdão e pronúncia recoráveis. [...] Para nós, entretanto, a Lei n.º 12.234/2010 não excluiu somente um período prescricional antecedente por via da desconsideração do prazo prescribente entre o fato e o recebimento da denúncia ou da queixa. Aplicando as interpretações gramatical, teleológica e sistemática, além do elemento histórico e de Política Criminal, e, com isso, alcançando o sentido literal da norma (resultado), estamos seguramente convencidos de que ela *declarou* a extinção integral da prescrição retroativa».

⁵³ Vide nota 50.

⁵⁴ André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 702-703.

⁵⁵ Código Penal, art. 110, parágrafo 1.º — A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

4. A prescrição da pretensão punitiva em perspectiva e seus reflexos jurisprudenciais

Diferentemente das espécies de prescrição da pretensão punitiva estatal acima delineadas, a chamada *prescrição em perspectiva, antecipada, ideal, hipotética* ou *virtual* não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

O tópico em análise apresenta uma compreensão mais ampla, que transcende o foco positivista da expressa previsão legislativa do instituto ao cuidar de questões mais profundas. Para que se esteja diante da possibilidade de imposição de pena pelo exercício do *ius puniendi* estatal, devem-se encontrar preenchidas, por exemplo, as condições da ação.⁵⁶

De entre as condições para o exercício do direito de ação, encontra-se o *interesse de agir*. E referido requisito comporta duas espécies: o interesse-necessidade e o interesse-utilidade da medida.

O instituto em estudo tem reflexos irrefutáveis no interesse de agir, em sua espécie interesse-utilidade⁵⁷, já que na jurisdição penal, ao exercer-se o direito de ação, estar-se-á, primeiramente, diante do preenchimento do interesse-necessidade da medida. Afinal, com a lesão ou ameaça de lesão a determinado bem jurídico tutelado pelo Estado, surge a necessidade de efetiva apuração do facto.

Porém, quando se debruça sobre a específica temática da necessidade de imposição de pena, pode-se concluir que nem sempre restará evidenciada no caso concreto, mesmo diante da presença das demais condições legais para o exercício do direito de ação. Qual seria, portanto, a real utilidade de movimentar-se o mecanismo judicial, provocando-se também a atuação de instituições autónomas, a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública, para ocupar-se da *persecutio criminis* quando já se sabe que, ao

⁵⁶ Como bem assinala Rogério GRECO, *Curso de direito penal: parte geral*, 758, «o promotor de justiça estará impedido de oferecer a denúncia, visto que para que se possa dar início à ação penal é preciso que se encontrem presentes todas as condições necessárias ao regular exercício do direito de ação que [...] são quatro, quais sejam: a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; e d) justa causa».

⁵⁷ Conceitua a doutrina o interesse-utilidade da seguinte forma: «pode-se falar no interesse-utilidade, compreendendo a ideia de que o provimento do pedido deve ser eficaz: de modo que não faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumar-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir)». Ada Pellegrini GRINOVER; Antônio Scarance FERNANDES; Antônio Magalhães GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, 65.

final da instrução do processo, oportunidade em que resta ao juiz exercer, efetivamente, sua competência jurisdicional, aplicando-se pena resultante da subsunção da norma legal hipotética ao caso concreto em análise, o montante dali resultante seria suficiente para que fosse declarada a extinção da punibilidade do agente com fundamento na prescrição da pretensão punitiva retroativa ou intercorrente? Seria gerar um gasto desnecessário ao Estado, tanto de recursos financeiros como de capital humano, uma vez que todos os atores processuais teriam laborado em vão. Afinal, sabia-se de antemão, já no início da ação penal, que seria impossível a formação do título executivo apto a acarretar o efetivo cumprimento de pena, posto que já abarcada esta pelo manto da prescrição.⁵⁸

André ESTEFAM e Victor GONÇALVES formulam exemplo de caráter didático, que muito bem ilustra a hipótese acima ventilada. Conforme os autores, «suponha-se que uma pessoa tenha sido indiciada em inquérito policial por crime de periclitación da vida (art. 132 do CP), cuja pena é detenção de 3 meses a 1 ano. Assim, o crime prescreve, pela pena em abstrato, em 4 anos. O promotor de justiça, entretanto, ao receber o inquérito policial, mais de 3 anos após a consumação do crime, percebe que o acusado é primário e que o crime não se revestiu de especial gravidade, de forma que o juiz, ao prolatar a sentença, certamente não irá aplicar a pena máxima de 1 ano. Dessa forma, considerando que a pena fixada na sentença será inferior a 1 ano, inevitável, em caso de condenação, o reconhecimento da prescrição retroativa, pois, pela pena a ser fixada, a prescrição teria ocorrido após 3 anos»⁵⁹.

O caso acima ilustra com propriedade a falta de interesse de agir, em sua espécie *interesse-utilidade*. Conforme bem demonstrado por Fernando CAPEZ, «a utilidade do processo traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor. Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins a que se presta, dir-se-á que inexistente interesse de agir. É o caso, e. g., de se oferecer denúncia quando, pela análise da pena possível de ser imposta ao final, se eventualmente comprovada a culpabilidade do réu, já se pode antever a ocorrência da prescrição retroativa. Nesse caso, toda a atividade jurisdicional será inútil: falta, portanto, interesse de agir»⁶⁰.

A tese, embora carente de previsão legal, vinha sendo aceite pelos tribunais, até à edição do Enunciado de Súmula n.º 438, pelo Superior Tribunal de Justiça,

⁵⁸ No mesmo sentido, Rogério GRECO, *Curso de direito penal: parte geral*, 758-759.

⁵⁹ André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 705.

⁶⁰ Fernando CAPEZ, *Curso de processo penal*, 12.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 104.

em 13 de maio de 2010, cujo teor é o seguinte: «é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou da sorte do processo penal.»⁶¹

Referida súmula, portanto, busca coibir a prática do reconhecimento da prescrição em perspectiva, constituindo-se em marco interpretativo no Direito brasileiro ao se propor a sepultar uma prática que, sob os olhos do próprio poder judiciário, colocava em descrédito todo o sistema de justiça ao reconhecer, de antemão, a ineficiência e a morosidade da prestação jurisdicional, que justificavam a antecipação da prescrição para momento, por vezes, anterior à própria propositura da ação penal. Por isso, a jurisprudência já se mostrava robusta no sentido de refutar seu reconhecimento antes mesmos da edição do referido enunciado.⁶²

Assim, a partir da edição do entendimento sumulado pelo superior pretório, o Ministério Público estaria obrigado a oferecer denúncia sempre que se deparar com a prova da materialidade do crime e com indícios de autoria que recaiam sobre determinado agente.⁶³

4.1. Distinções entre posicionamento jurisprudencial sumulado e sumulado vinculante

Diante da edição da Súmula n.º 438 do STJ, esperar-se-ia que a tendência relativa às decisões judiciais proferidas pelas instâncias ordinárias da justiça

⁶¹ STJ, Súmula n.º 438, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010.

⁶² «Não se admite a prescrição retroativa por antecipação, uma vez que, além de inexistir previsão legal, não pode, antes da sentença condenatória, presumir a pena frente às circunstâncias do caso concreto. Com esse entendimento, a Turma negou provimento ao recurso de *habeas corpus* em que se pretendia o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa sob o argumento de que, no caso de eventual condenação a pena do paciente não poderia exceder o mínimo legal, tendo em vista as regras de fixação da pena (CP, art. 59). Precedente citado: RHC 66.913-DF (RTJ 1135/590).» RHC 76.153-SP, acórdão da 1.ª Turma, em 10/02/1998. Relator Ministro Itamar Galvão. *In Informativo do Supremo Tribunal Federal*, n.º 99. DORJ de 27/02/1998, seção I, p. 3. No mesmo sentido: «Penal e processual penal. Recurso especial. Prescrição em perspectiva ou antecipada. Extinção da punibilidade. Descabimento. Falta de amparo jurídico. Inadmissibilidade. Descabe falar em prescrição da pretensão punitiva tendo, por fundamento, a pena que seria aplicada ao réu, em juízo prospectivo. Precedentes. Recurso provido.» STJ, Resp. n.º 634265/RS – Recurso Especial 2004/0030441-4 — 6.ª Turma — Relator Ministro Paulo Medina. Julgado em 04/04/2006. Publicado no DJ em 02/05/2006, p. 401.

⁶³ Acatando a posição do STJ, alguns autores, inclusive, compreendem a reforma legislativa de 2010 como uma resposta do Congresso Nacional à inovação jurisprudencial ao consignarem que «de qualquer modo, a Lei n.º 12.234/2010 acabou com a prescrição retroativa entre a data do fato e o oferecimento da denúncia e inviabilizou o instituto da prescrição antecipada». André ESTEFAM; Victor Eduardo RIOS GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 706.

brasileira seriam no sentido de aplicá-la, a fim de se evitar a existência de sentenças e acórdãos conflitantes, pacificando-se a jurisprudência e consagrando-se a almejada segurança jurídica.

Será mesmo?

A primeira observação importante diz respeito ao caráter vinculativo de um enunciado de súmula. Afinal, ao se aplicar uniformemente um posicionamento sumulado, que fora objeto de reiteradas decisões, haveria uma indicação clara e firme, direcionada ao jurisdicionado e ao próprio poder judiciário, de que eventuais recursos que aportassem nos gabinetes dos ministros integrantes daquele tribunal teriam um destino idêntico, de tal forma que decisões conflitantes com o entendimento sumulado do tribunal superior seriam reformadas para que encontrassem, portanto, conformidade com seu posicionamento dominante. Simples. Claro. Eficaz. E consonante com a segurança jurídica que se espera das decisões do judiciário diante de sua unidade.

A discussão já vem sendo travada na doutrina há longa data. José Carlos Barbosa MOREIRA, em relevante lição, consigna que «a decisão sobre a tese jurídica, tomada pela maioria absoluta dos membros efetivos do tribunal, seria obrigatória enquanto não modificada por outro acórdão proferido na mesma forma. Caberia ao presidente do tribunal, em obediência ao decidido, baixar assento, que teria força de lei 45 dias após a publicação oficial [...]. Tal sistemática foi criticada em sede doutrinária, antes de mais nada, por inconstitucional»⁶⁴.

Ao passo em que diverge a doutrina brasileira sobre a força vinculante dos enunciados de súmulas, o Tribunal Constitucional Português sacramentou entendimento no sentido de sua constitucionalidade.⁶⁵

Destaca Peter PANUTTO que «o Tribunal Constitucional Português manteve a constitucionalidade dos assentos, seja quanto à sua existência, seja quanto à sua vinculação perante os órgãos jurisdicionais, por entender importante a obediência dos juízos inferiores às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça».⁶⁶

⁶⁴ José Carlos Barbosa MOREIRA, *Comentários ao código de processo civil: arts. 476 a 565*, vol. V., Rio de Janeiro: Forense, 1976, 16.

⁶⁵ «Com efeito, tudo o que mais chama a atenção no instituto previsto no citado art. 2.º do Código Civil Português é o fato de que ele consagra uma força vinculativa ou obrigatoriedade geral (e esse é o seu aspecto nuclear ou fundamental) para os assentos, e não uma obrigatoriedade dirigida apenas, como poderia ser, aos tribunais integrados na ordem hierárquica daquele que os emitisse. Em outras palavras, o texto legal atribuiu aos assentos uma força vinculativa própria das normas legislativas.» Marcelo Alves Dias de SOUZA, *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Curitiba: Juruá, 2013, 182.

⁶⁶ E prossegue o autor, consignando que «através da reforma processual em Portugal ocorrida no ano de 1995 extinguiu-se o instituto dos assentos, os quais foram substituídos pelos acórdãos para

A necessidade de passar-se a sumular os entendimentos dominantes dos tribunais superiores brasileiros surgiu de uma experiência eminentemente empírica no já longínquo ano de 1960, quando o então ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes LEAL, sentindo dificuldades ao exercer seu mister por não se recordar da jurisprudência majoritária da Corte, «passou a sistematizar os temas já consolidados pela jurisprudência do tribunal, de modo a utilizar este material como fonte de consulta imediata durante as sessões de julgamento»⁶⁷.

Assim, despertando o interesse dos demais integrantes da Corte, o ministro LEAL ficou responsável pela organização dos entendimentos dominantes do tribunal, levando à criação das súmulas de jurisprudência.

Não demorou para que tal prática refletisse no regimento interno do Excelso Pretório, ao passo em que, por meio de emenda ao seu regimento interno, publicada em 30 de agosto de 1963, passou a vigorar o instituto da súmula já no início do ano judiciário de 1964.⁶⁸

Atualmente, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal disciplina expressamente as súmulas em seus artigos 102 e 103.⁶⁹ Como assinala Peter PANUTTO, «a súmula atingiu o *ideal do meio-termo* no tocante à estabilização da jurisprudência, ficando entre “a dureza implacável dos antigos assentos da Casa de Suplicação para a inteligência geral e perpétua da lei e a virtual inoperância dos prejulgados, substituindo a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do Direito»⁷⁰.

a uniformização de jurisprudência, proferidos nos casos em que o presidente do Supremo Tribunal de Justiça determine “que o julgamento do recurso se faça com intervenção do plenário das seções cíveis, quando tal se revele necessário ou conveniente para assegurar a uniformidade da jurisprudência”, conforme art. 732-A do Código de Processo Civil daquele país». Peter PANUTTO, *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*, Florianópolis: Empório do Direito, 2017, 36-37.

⁶⁷ Peter PANUTTO, *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*, 43.

⁶⁸ Peter PANUTTO, *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*, 44.

⁶⁹ RISTF, Art. 102: «A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal. §1.º: A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta. §2.º: Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados. §3.º: Os adendos e emendas à Súmula, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no Diário da Justiça. §4.º: A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.» Art. 103: «Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.»

⁷⁰ Peter PANUTTO, *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*, 44-45.

Também o Superior Tribunal de Justiça inseriu, em sua norma regimental interna, regras para a edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula, em seus artigos 122 a 126.⁷¹

As súmulas passaram então a crescer em importância com o tempo, dotando-se de eficácia e deixando para trás a tradição de prestarem-se a mera consulta. Conforme ressalta Peter PANUTTO, dotaram-se de «natureza processual, com o aumento de poderes dos relatores ao permitir-lhes julgar monocraticamente recursos, tendo sido inseridos no Código de Processo Civil diversos dispositivos neste sentido»⁷².

Não tardou para que o Supremo Tribunal Federal passasse a editar as chamadas *súmulas vinculantes*, rompendo com a tradição sumular até então consagrada no Direito brasileiro e levantando importantes questões sobre a

⁷¹ RISTJ, Art. 122: «A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça. §1.º: Poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes. §2.º: A inclusão da matéria objeto de julgamento na Súmula da Jurisprudência do Tribunal será deliberada pela Corte Especial ou pela Seção, por maioria absoluta dos seus membros. §3.º: Se a Seção entender que a matéria a ser sumulada é comum às Seções, remeterá o feito à Corte Especial.» Art. 123: «Os enunciados da súmula, seus adendos e emendas, datados e numerados, serão publicados três vezes no Diário da União, em datas próximas. Parágrafo único. As edições ulteriores da súmula incluirão os adendos e emendas.» Art. 124: «A citação da súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.» Art. 125: «Os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno. § 1.º Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário. §2.º: Se algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência compendiada na súmula, em julgamento perante a Turma, esta, se acolher a proposta, remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial ou da Seção, dispensada a lavratura do acórdão, juntando-se, entretanto, a certidão de julgamento e tomando-se o parecer do Ministério Público Federal. §3.º: A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes. §4.º: Ficarão vagos, com a nota correspondente, para efeito de eventual restabelecimento, os números dos enunciados que o Tribunal cancelar ou alterar, tomando os que forem modificados novos números da série.» Art. 126: «Qualquer Ministro poderá propor, na Turma, a remessa do feito à Corte Especial, ou à Seção, para o fim de ser compendiada em súmula a jurisprudência do Tribunal, quando verificar que as Turmas não divergem na interpretação do direito. §1.º: Na hipótese referida neste artigo, dispensa-se a lavratura de acórdão, certificada nos autos a decisão da Turma. §2.º: O processo e o julgamento observarão, no que couber, o disposto nos arts. 271-B e seguintes deste Regimento. §3.º: A Comissão de Jurisprudência poderá, também, propor à Corte Especial ou à Seção que seja compendiada em súmula a jurisprudência do Tribunal, quando verificar que as Turmas não divergem na interpretação do direito. §4.º: Proferido o julgamento, em decisão tomada pela maioria absoluta dos membros que integram o Órgão Julgador, o relator deverá redigir o projeto de súmula, a ser aprovado pelo Tribunal na mesma sessão ou na primeira sessão ordinária seguinte.»

⁷² Peter PANUTTO, *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*, 46. No mesmo sentido, Antonio Carlos MARCATO, *Crise da justiça brasileira e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. 2008, 244 f. Tese apresentada para concurso ao cargo de professor titular de direito processual civil do departamento de direito processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, 169.

efetividade da vinculação dos tribunais inferiores aos enunciados de súmula desprovidos de tais efeitos.

De acordo com os ensinamentos de Rodolfo MANCUSO, «ao contrário do que possa parecer à primeira vista, o direito sumular não existe para exacerbar a função judicante, mas, antes, para colocá-la em parâmetros seguros, dadas a casos substancialmente análogos»⁷³.

Conforme já estudado, a ideia inicial da súmula, nos moldes propostos pelo ministro Victor Nunes LEAL, fora reunir o entendimento da Excelsa Corte de Justiça brasileira, possibilitando que os demais ministros que a integravam consultassem mais facilmente a jurisprudência da Casa. Não havia, como anota Peter PANUTTO, «na proposta inicial do ministro Leal, bem como não houve quando da criação do incidente de uniformização de jurisprudência pelo art. 476 do Código de Processo Civil, a intenção de vincular o entendimento consolidado nas súmulas pelas instâncias inferiores»⁷⁴.

Tal circunstância passou a gerar um desequilíbrio em todo o sistema de justiça, uma vez que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, órgãos de cúpula — cada qual em sua esfera de atuação — em que pese competentes para a edição de súmulas próprias, não viam efetivo cumprimento de seus entendimentos pelas instâncias inferiores do poder judiciário — o que «passou a alimentar a cadeia de recursos, até última manifestação de tais tribunais, para que seu entendimento sumulado fosse respeitado»⁷⁵.

Diante deste cenário, que gerava um infindável número de recursos de maneira a emperrar ainda mais as já lentíssimas engrenagens da justiça brasileira, foi editada a Emenda Constitucional n.º 45/04, que inseriu na Carta Magna de 1988 o artigo 103-A⁷⁶, dando origem ao instituto da súmula vinculante.

⁷³ Rodolfo de Camargo MANCUSO, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 361.

⁷⁴ Peter PANUTTO, *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*, 54.

⁷⁵ Peter PANUTTO, *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*, 54.

⁷⁶ Art. 103-A: «O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. §1.º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. §2.º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. §3.º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a

Passaram, então, após a inovação constitucional, as súmulas vinculantes a exercer uma função de primordial importância no Direito brasileiro. Se antes as súmulas exerciam «um papel apenas persuasivo, passaram a propiciar a previsibilidade do resultado das demandas pendentes, a desobstrução do serviço judiciário, bem como a uniformização contemporânea da jurisprudência, pela aplicação de um único juízo de valor a casos análogos — pendentes e futuros, tendo como um de seus principais fundamentos a segurança jurídica e a isonomia, visando dar interpretação uniforme à matéria constitucional, para que se obtenha o mesmo resultado em processos que versem sobre a mesma questão jurídica, quando houver divergência de interpretação entre os órgãos jurisdicionais ou entre o entendimento judicial e a aplicação das normas pela Administração Pública»⁷⁷.

Rodolfo MANCUSO assevera, ainda, que «o advento da súmula vinculante vem alterar, em profundidade, o contexto jurídico-político preexistente, não se reduzindo a uma inovação de natureza tão-somente processual. Com efeito, a eficácia expandida da súmula vinculante do STF enseja que o paradigma jurídico nacional, regulador das condutas comissivas e omissivas atuais e futuras, passa a ser não apenas norma legal, mas também os enunciados dessa súmula obrigatória. De observar que essa eficácia expandida não opera apenas no plano dos conflitos judicializados, mas impende reconhecer que as súmulas vinculantes projetam um efeito preventivo geral ao interno da coletividade que, por intermédio dos operadores do Direito, os entendimentos assentados chegam ao conhecimento dos jurisdicionados — pessoas físicas e jurídicas — assim influenciando ou até condicionando comportamentos»⁷⁸.

Teresa WAMBIER faz importante digressão sobre o tema, ao consignar que é «importante ter em mente que, apesar de estarmos vivendo em época de extrema mobilidade social, o que acarreta correlata instabilidade de valores e de “verdades”, a estabilidade é valor que se pode dizer praticamente inerente à ideia do Direito. A procura da estabilidade pelos sistemas de Direito sempre foi uma constante ao longo da história das civilizações, procura esta umbilicalmente ligada às ideias de segurança e previsibilidade, embora, naturalmente, possam variar imensamente as técnicas por meio das quais o Direito de diferentes povos, em diferentes fases da história, as tenha perseguido. A

procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.»

⁷⁷ Peter PANUTTO, *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*, 55.

⁷⁸ Rodolfo de Camargo MANCUSO, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 355-356.

adoção do sistema da súmula vinculada, neste contexto, pode ser vista como uma das técnicas que podem levar àquele resultado, no sentido de se chegar perto da previsibilidade que todos desejam»⁷⁹.

Assim, conclui-se que as súmulas vinculantes surgiram como resultado de uma longa evolução histórica do Direito Jurisprudencial, como resultado da adoção primeva dos assentos portugueses e da posterior criação das súmulas da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.⁸⁰

4.2. Como conciliar o entendimento jurisprudencial consagrado com o reconhecimento da prescrição em perspectiva?

Após o breve estudo histórico da jurisprudência brasileira acima realizado, depara-se o exegeta com duas realidades distintas e relevantes: orbitam o sistema legal — e nele geram efeitos — as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal e os enunciados de súmula dos tribunais superiores.⁸¹

Há, no Direito brasileiro, uma forte corrente doutrinária voltada a tolher o papel do julgador em analisar e proferir seu julgamento desvinculado das amarras sumulares, fazendo vistas grossas às peculiaridades do caso concreto sob análise ao argumento de que deve-se privilegiar a segurança jurídica das decisões, a moralidade do poder judiciário, a duração razoável do processo, entre outros importantes princípios que sustentariam tal pretensão.

Dessa corrente, importante expoente é o consagrado professor Luiz Guilherme MARINONI. Afirmar, categoricamente, em festejada obra, que «é chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além da liberdade para julgar, tem o dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disto, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um “nada”, ou pior, em obstáculo que tem que ser contornado

⁷⁹ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, «Súmula vinculante: desastre ou solução?», in *Revista de Processo*, vol. 98, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 301-302.

⁸⁰ No mesmo sentido, Peter PANUTTO, *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*, 56.

⁸¹ Aqui incluem-se, além do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral.

mediante interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível»⁸².

Também se consigna o entendimento de Ronald DWORKIN, ao ensinar que «a força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro»⁸³.

Contudo, a proposta doutrinária acima delineada busca, amparada em importantes garantias à disposição dos jurisdicionados, uma verdadeira *pasteurização* do Direito ao pregar um respeito incondicionado ao direito de precedentes.

Tal aspeto apresenta maiores ressalvas quando aplicado ao Direito Penal. Afinal, os mecanismos de aferição da culpabilidade, aliados à necessidade de cominação de sanção ao autor do delito, dotam o julgador de uma importante liberdade ao estabelecer diversas balizas para a fixação da pena, levando-se em conta elementos extrapenais como, por exemplo, a personalidade do agente e o comportamento da vítima, e também elementos penais, como a reincidência e a existência de circunstâncias agravantes.⁸⁴

Também não se pode afastar a existência de dois sistemas de entendimentos jurisprudenciais sumulados, conforme acima ressaltado. Os enunciados sumulares, após a edição da Emenda Constitucional 45/04, que inseriu na letra do artigo 103-A da Carta Magna o regramento para edição das súmulas vinculantes, passaram a ter efeitos também vinculativos?

Parece-nos que a resposta a tal questionamento só pode ser negativa. Afinal, coexistem ambos os regramentos de precedentes judiciais no Direito brasileiro. Inclusive, a edição das súmulas vinculantes, que apresenta um

⁸² Luiz Guilherme MARINONI, «Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil», in *Revista de Processo*, vol. 172, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 207.

⁸³ Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, 176-177.

⁸⁴ Cf. regramento do art. 59 do Código Penal, cuja redação é a seguinte: «O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.»

procedimento constitucional específico e rígido, não se confunde com aquele destinado aos enunciados de súmula dos tribunais superiores, que são afetos ao regimento interno de cada corte. Se outra fosse a intenção do Poder Constituinte Derivado ao editar as emendas à Constituição da República Federativa do Brasil, teria aglutinado ambas no texto da Lei Maior ou proceder à exclusão dos enunciados sumulares do ordenamento jurídico nacional. E não optou por nenhuma destas possibilidades.

Assim, se as súmulas vinculantes se dotam de observância obrigatória pelos órgãos inferiores do poder judiciário, ostentam os enunciados de súmula dos tribunais superiores um efeito indicativo, um verdadeiro norte de como tendem as cortes superiores a decidir em determinados casos análogos, mas não geram uma obrigatória vinculação jurisprudencial, permitindo ao julgador exercer a jurisdição atentando-se às particularidades do caso concreto. E só se tornam, de alguma forma, *vinculantes*, a partir do momento em que as partes litigantes em um processo judicial decidem provocar a corte judicial que a editou através do exercício do direito recursal.

É o que ensina o ministro Gilmar MENDES, do Supremo Tribunal Federal. Para ele, ao estudar os reflexos dos enunciados sumulares de jurisprudência da casa, resta claro que poderá o tribunal, inclusive, afastar seus efeitos, desde que fundamentadamente. Afinal, «a súmula do Supremo Tribunal Federal, que deita raízes entre nós nos assentos da Casa de Suplicação, nasce com caráter oficial, dotada de perfil indiretamente obrigatório. E, por conta dos recursos, constitui instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal, que somente deverá afastar-se da orientação nela preconizada de forma expressa e fundamentada»⁸⁵.

Totalmente diverso é o regramento da súmula vinculante, de maneira que «é evidente, porém, [...] como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A)»⁸⁶.

Quanto ao cerne do presente estudo, deve-se compreender se a Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça ostenta caráter vinculativo ou meramente indicativo, de maneira a admitir que as instâncias inferiores da justiça

⁸⁵ Gilmar Ferreira MENDES; Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 967.

⁸⁶ Gilmar Ferreira MENDES; Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 967.

brasileira adotem posicionamentos diversos de acordo com a casuística posta a julgamento.

A resposta ao questionamento ora formulado não encontra maiores dificuldades. A própria sistemática constitucional revela que a Súmula 438 do STJ não foi editada pelo Supremo Tribunal Federal, e tampouco seguiu o rito constitucional do artigo 103-A para gerar reflexos no campo jurisdicional. Trata-se, portanto, de enunciado sumular ordinário, desprovido de efeito vinculante. Mas não deixa de apresentar uma direção ou tendência de julgamento daquela Corte aos casos análogos que batam à sua porta.

Seria, portanto, a Súmula 438 do STJ instrumento apto a sacramentar a extinção do instituto da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva? A despeito de sua finalidade encontrar consonância em preceitos supralegais e, inclusive, constitucionais⁸⁷, depara-se atualmente com grande resistência por parte dos atores do sistema de justiça brasileiro. Mas a doutrina elenca outras maneiras de reconhecê-la no âmbito processual. Como exemplo, consigna-se a lição de Rogério GRECO, que recorre às chamadas *condições da ação* para evitar a marcha processual, com a efetiva cominação de pena que se revelará inútil diante do fatal reconhecimento futuro da prescrição retroativa. Para ele, «o promotor de justiça estará impedido de oferecer a denúncia, visto que para que se possa dar início a ação penal é preciso que se encontrem presentes todas as condições da ação necessárias ao regular exercício do direito de ação que, [...] são quatro, quais sejam: a) legitimidade; b) interesse; c) possibilidade jurídica do pedido; e d) justa causa. Ao estudarmos referidas condições da ação [...] dissemos que o interesse de agir se biparte em: interesse-necessidade e interesse-utilidade da medida. Concluímos que para que se possa aplicar pena haverá sempre necessidade de um procedimento formal em juízo, com todos os controles que lhe são inerentes. Portanto, sempre na jurisdição penal estará preenchido o interesse de agir, na modalidade necessidade da medida. Contudo, o interesse-utilidade nem sempre estará presente [...]. Qual seria a utilidade da ação penal, que movimentaria toda a complexa e burocrática máquina judiciária, quando, de antemão, já se tem conhecimento de que ao final da instrução processual, quando o julgador fosse aplicar a pena, a quantidade seria suficiente para que fosse declarada a extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão punitiva estatal? Seria fazer com que todos os envolvidos no processo penal trabalhassem em vão, pois que,

⁸⁷ A exemplo do teor do art. 5.º, inciso LXXVIII — a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

desde o início da ação penal, já se saberia que seria impossível a formação do título executivo penal»⁸⁸.

Reconhecida a inutilidade dos esforços envidados para a persecução penal de delito que, fatalmente, estará abarcado pelo manto da prescrição retroativa quando for prolatada a sentença, prossegue o festejado autor, ao afirmar que «dessa forma, embora como “pano de fundo” se encontre a efetiva possibilidade de ocorrência de futura prescrição, o juiz não a reconhecerá, tampouco o Ministério Público a poderá requerer, mas, sim, ambos fundamentarão os seus pedidos e decisões na falta de interesse de agir, na modalidade interesse-utilidade da medida, condição esta indispensável ao regular exercício do direito de ação, que deve existir durante toda a vida processual. Assim, se a denúncia ainda não foi oferecida, o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito policial; se mesmo com essa aferição antecipada o Promotor de Justiça insistir no oferecimento da denúncia, deverá o juiz rejeitá-la, [...] e, por fim, se a ação penal já estiver em curso, e se for verificada que essa condição da ação já não mais se faz presente, o julgador deve extinguir o processo sem julgamento de mérito»⁸⁹.

Não obstante a resolução proposta pela doutrina, é possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no Direito brasileiro. E ela encontra amparo em decisões de primeira instância, onde a justiça é mais próxima do cidadão, e que encontram trânsito em julgado sem que sejam oferecidos recursos para os órgãos superiores do poder judiciário.⁹⁰

Victor Nunes LEAL demonstra, com propriedade, a afirmação acima exarada ao consignar que «a jurisprudência da Súmula, embora não obrigatória para os outros Tribunais e Juízes, é indiretamente obrigatória para as partes, porque o interessado poderá fazê-la observar através do mecanismo dos recursos, enquanto não alterada pelo próprio Supremo Tribunal»⁹¹.

Sacramentando o entendimento, remete-se o exegeta ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁹², prolatado em data

⁸⁸ Rogério GRECO, *Curso de direito penal: parte geral*, 758-759.

⁸⁹ Rogério GRECO, *Curso de direito penal: parte geral*, 758-759.

⁹⁰ Neste ponto, remete-se o exegeta ao anexo único do presente ensaio, onde se apresenta uma recente decisão que admitiu a prescrição da pretensão punitiva em perspectiva diante da presença de seus requisitos, extinguindo-se a punibilidade do agente em caso que tramitou perante o I Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.

⁹¹ Victor Nunes LEAL, «Passado e futuro da súmula do STF», in *Problemas de direito público e outros problemas*, vol. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, 279-300.

⁹² HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO PELA PENA PROJETADA OU EM PERSPECTIVA OU VIRTUAL. CONCESSÃO DA ORDEM. Em que pese a edição da Súmula n.º 438 do STJ, verificada a prescrição pela pena projetada, deve ser extinta a punibilidade do paciente, pois

posterior à edição da Súmula 438 do STJ, onde foi reconhecida a pertinência da alegada existência do instituto da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, assentando a corte entendimento no sentido de se conformar a existência do instituto com a carência de interesse de agir, nos termos já analisados no tópico 4 do presente ensaio.

Mas não bastasse a fundamentação no sentido de reconhecer e afirmar sua existência e pertinência diante do empirismo quotidiano do sistema jurisdicional brasileiro, também se encontram importantes elementos no que tange à culpabilidade do agente, de forma a reafirmar a importância do instituto ora em análise como instrumento consagrador da justiça em casos envolvendo o Direito Penal brasileiro.

5. A esfera da culpa: imposição de pena, suas finalidades e seus fundamentos

A imposição de pena encontra fundamento na culpabilidade do agente. Conforme assinala Damásio de JESUS, «na fixação da sanção penal, sua qualidade e quantidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade). A periculosidade constitui pressuposto da imposição das medidas de segurança»⁹³.

A pena possui duas principais finalidades. A primeira delas é, conforme a teoria mista ou conciliatória, punir o infrator pelo mal por ele causado, seja à vítima e seus familiares, seja à coletividade. A segunda finalidade reside em prevenir o cometimento de delitos. Tais finalidades preocupam-se com a análise das próprias razões de existência do sistema penal.⁹⁴

Por sua vez, estabelecidas as finalidades da pena, há que se atentar para seus fundamentos, que possuem correlação com as consequências práticas da condenação. O primeiro deles é o caráter retributivo, onde a pena possui

o processo é o instrumento para a realização do direito material, não tendo seu fim em si mesmo. Caso em que está fadado ao insucesso, pois indiscutível que será alcançado pela prescrição retroativa. Não há interesse de agir, já que não trará um resultado útil à sociedade. Ordem concedida. Decisão unânime. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 70044572113. Rel. Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório. Sexta Câmara Criminal. Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20594174/habeas-corporus-hc-70044572113-rs>. Acesso a 12 de julho de 2019.

⁹³ Damásio Evangelista de JESUS, *Direito penal: parte geral*, 628.

⁹⁴ André ESTEFAM; Víctor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 463.

feições de verdadeiro castigo ao transgressor, que causou um mal à vítima ou à coletividade, de maneira que cabe ao Estado aplicar-lhe um mal equivalente, nas estritas balizas legais e constitucionais.⁹⁵

Outro aspeto importante é o carácter ressocializatório ao passo em que o sistema penal busca, através da cominação de sanção, a reeducação do autor, reabilitando-o ao convívio social. Aqui, preocupa-se o Estado em fornecer ao transgressor «estudo, orientação, possibilidade de trabalho, lazer, aprendizado de novas formas laborativas, etc.»⁹⁶.

Também relevante é seu carácter preventivo. Parte do seguinte princípio: a existência da norma penal incriminadora busca intimidar os cidadãos ao reafirmar, com a possibilidade de cominação de pena, a validade da norma jurídica, de maneira que aqueles que infringirem a lei estarão sujeitos às sanções previstas. É a chamada prevenção geral.⁹⁷

Há também, dentro do género *prevenção*, a figura da prevenção especial, que pode ser compreendida em dois sentidos. O primeiro, doutrinariamente classificado como *prevenção especial negativa*, ocupa-se da neutralização do agente, que se aperfeiçoa com sua segregação no cárcere. Essa retirada do infrator do convívio social, impede-o de praticar novos crimes, ao menos junto à sociedade da qual se encontra privado. Já a *prevenção especial positiva* volta-se para o próprio agente, conforme descrita por Claus ROXIN. Para ele, «a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos»⁹⁸.

Rogério GRECO aponta para o carácter ressocializador da pena presente na prevenção especial, «fazendo com que o agente medite sobre o crime, sope-sando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros»⁹⁹.

Por fim, revela Cezar Roberto BITENCOURT que «a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais»¹⁰⁰.

⁹⁵ André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 464.

⁹⁶ André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 464.

⁹⁷ Vide André ESTEFAM; Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte geral*, 463.

⁹⁸ Claus ROXIN, *Derecho penal: parte general*, t. I. Madrid: Civitas, 1997, 85.

⁹⁹ Rogério GRECO, *Curso de direito penal: parte geral*, 490.

¹⁰⁰ Cezar Roberto BITENCOURT, *Manual de direito penal: parte geral*, 81.

5.1. A prevenção geral e especial: crítica aos critérios adotados

Consigna Rogério GRECO que «por meio da prevenção geral negativa [...] o Estado se vale da pena por ele aplicada a fim de demonstrar à população, que ainda não delinqüiu, que, se não forem observadas as normas editadas, esse também será o seu fim»¹⁰¹, de tal forma que o exemplo dado pela condenação de um infrator tem por destinatário os demais membros da sociedade.

HASSEMER foca sua crítica, inicialmente, nesta finalidade preventiva, abordando os seguintes pontos: «a intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele se propõe) e a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação de penas (pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo)»¹⁰².

Também enfrenta críticas a chamada prevenção especial positiva, focada, como visto, na ressocialização do transgressor, que possui finalidade de recuperação do agente, reeducando-o para que possa retornar ao convívio social.

Consigna Rogério GRECO que «em um sistema penitenciário falido, como faremos para reinserir o condenado na sociedade da qual ele fora retirado pelo Estado? Será que a pena cumpre, efetivamente, esse efeito ressocializante ou, ao contrário, acaba por corromper a personalidade do agente? Busca-se produzir que tipo de ressocialização? Quer-se impedir que o condenado volte a praticar novas infrações penais, ou quer-se fazer dele uma pessoa mais útil para a sociedade?»¹⁰³.

Percebe-se que a grande crítica à prevenção especial positiva concentra-se na ineficiência ressocializatória que é produto dos estabelecimentos prisionais brasileiros, incompatíveis com as finalidades pelas quais deveria zelar. Não se trata de refutar a importância da busca pela readaptação do condenado à

¹⁰¹ Rogério GRECO, *Curso de direito penal: parte geral*, 492.

¹⁰² Winfried HASSEMER, *Três temas de direito penal*, Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, 34-35.

¹⁰³ Rogério GRECO, *Curso de direito penal: parte geral*, 492.

sociedade da qual se encontra recluso, mas em reconhecer a falência de um sistema de justiça penal que não cumpre com seus objetivos primordiais.

Raúl CERVINI ilustra muito bem o cenário, ao afirmar que «a prisão, como sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que mediante a privação de liberdade retribuísse à sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos anti-sociais e mais recentemente o propósito teórico de reabilitá-la. Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionalização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são, por si só, eloqüentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama»¹⁰⁴.

Conclui-se que a resolução para o problema apresentado é complexa e deve ser tratada no campo político-social. São necessários investimentos em diversos setores a fim de se consagrar as prevenções geral e especial, e isso depende das escolhas estatais, conforme suas prioridades.

A síntese de GRECO, em tom de desabafo, bem resume os problemas apontados pelos acadêmicos e as difíceis soluções que dependem da adoção de políticas públicas adequadas e efetivas. Para ele, «na verdade, mesmo que passível de críticas, os critérios preventivos ainda poderão servir à sociedade, bem como ao agente que cometeu a infração penal, principalmente no que diz respeito à prevenção especial ou à ressocialização do condenado. Devemos entender que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel. De que adianta, por exemplo, fazer com que o detento aprenda uma profissão ou um ofício dentro da penitenciária se, ao sair, ao tentar se reintegrar na sociedade, não conseguirá trabalhar? E se tiver de voltar ao mesmo ambiente

¹⁰⁴ Raúl CERVINI, *Os processos de descriminalização*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 46. Vide, também, Winfried HASSEMER, *Três temas de direito penal*, 39, para quem «o que realmente se quer atingir com o fim apontado: uma vida exterior conforme o Direito (ou só conforme o Direito Penal?), uma “conversão” também interna, uma “cura”, um consentimento (?) com as normas sociais/jurídicas/penais (?) de nossa sociedade? A resposta ainda está pendente. Sem uma determinação clara e vinculante, nenhum programa de recuperação, a rigor, se justifica».

promíscuo do qual fora retirado para fazer com que cumprisse sua pena? Enfim, são problemas sociais que devem ser enfrentados paralelamente, ou mesmo antecipadamente, à preocupação ressocializante do preso»¹⁰⁵.

6. O tempo como fator ressocializador

Conforme já estudado, o ordenamento jurídico brasileiro admite a ocorrência da prescrição, compreendido como fator temporal apto a impedir que o Estado exerça o *ius puniendi*. O regramento legal impõe reconhecer que tal poder-dever à disposição do Estado deve ser exercido dentro de determinado interstício que, transcorrido *in albis*, implica na necessidade do reconhecimento da extinção da punibilidade do agente apontado como autor de determinada infração penal. E tal intervalo temporal varia de acordo com a gravidade do delito praticado, regulando-se pela pena cominada em abstrato pelo preceito secundário da norma penal incriminadora.

Assim, a nenhum transgressor, salvo as também analisadas exceções constitucionais¹⁰⁶, é dado responder indefinidamente a um processo criminal pela suposta prática de infração sancionada com pena. Admite-se, desta forma, que a ameaça iminente de deflagração de processo penal, com a aplicação efetiva de reprimenda diante do trânsito em julgado de decisão judicial atue também na ressocialização do indivíduo, funcionando como verdadeira expressão da *prevenção especial positiva* sob o aspecto pedagógico.

Para entender a afirmação acima, deve o exegeta compreender que a pena não pode ser entendida como único instrumento apto à reeducação do infrator. Seria ela, portanto, uma espécie dentro de gênero que comporta outras modalidades de fenômenos aptos a perseguir tal finalidade. Fica fácil a compreensão do silogismo quando se alinha a pena privativa de liberdade com outras penas previstas legalmente, como a multa ou a pena alternativa de prestação de serviços à comunidade. Neste aspecto, porque não se reconhecer a *possibilidade de deflagração da ação penal*, ou a *ameaça iminente de imposição de sanção* como espécies também idóneas a acarretar a ressocialização do agente?

¹⁰⁵ Rogério GRECO, *Curso de direito penal: parte geral*, 493.

¹⁰⁶ Vide nota 8.

Claro que tal proposta exige que sejam atendidos determinados parâmetros de razoabilidade, que se encontram, por exemplo, nos marcos prescricionais previstos no artigo 109 e seus incisos, do Código Penal Brasileiro.

Assim, a própria lei regulamentou intervalos de tempo que, se transcorridos, impedem que o Estado dê início à ação penal, ou comine pena, ou, ainda, execute uma pena aplicada. E as prescrições da pretensão punitiva retroativa e da pretensão executória se prestam, legalmente, a atingir determinados fins, sem maiores problemas.

Qual o motivo, então, do movimento jurisdicional, evidenciado pela Súmula 438 do STJ, que concentra esforços em barrar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva? A que custo deve-se movimentar a máquina estatal sobrecarregada e dispendiosa para dar uma resposta a atos que fatalmente estarão abarcados pelo manto da prescrição? Evitar um desgaste do sistema de justiça perante a opinião pública diante de sua reconhecida ineficiência, posto que falhou em dar uma resposta eficaz no tempo que dispunha para tanto? Ou seria uma questão de política criminal e judiciária com finalidades meramente estatísticas?

De qualquer forma, a solução passa por uma adoção de política estratégica voltada para a repressão de crimes mais graves e que demandam um maior esforço do Estado para sua elucidação e repressão, exigindo que todas as instituições envolvidas no sistema de justiça (polícias militar e civil, Ministério Público, Defensoria Pública e poder judiciário) envidem esforços e recursos para que o *ius puniendi* possa ser exercido no tempo correto. Afinal, os lapsos temporais previstos no supracitado Digesto são suficientes para que o Estado se possa movimentar para aplicar a lei penal.

Por outro lado, tolher do cidadão uma garantia legalmente prevista, que disciplina que se ele comete um delito, o Estado terá determinado período de tempo para que se movimente e comine a ele uma pena, não parece ser medida que coaduna com o constitucional princípio da dignidade da pessoa humana.

Guilherme de Souza NUCCI elenca importante argumento que acarreta irrefutáveis reflexos junto à estudada prevenção geral. Trata-se do princípio do esquecimento, segundo o qual «baseia-se no fato de que, após o decurso de certo tempo, que varia conforme a gravidade do delito, a lembrança do crime apaga-se da mente da sociedade, não mais existindo o temor causado pela sua prática, deixando, pois, de haver motivo para a punição».¹⁰⁷

¹⁰⁷ Guilherme de Souza NUCCI, *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*, 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 611.

Assim, além dos reflexos na sociedade oriundos do natural decurso temporal, também se deve reconhecer os reflexos operados na pessoa do infrator, que atuam indubitavelmente na esfera da prevenção especial positiva da penal.

Conforme lição de BITENCOURT, «em se tratando de condenação, força é convir que o longo lapso de tempo decorrido, sem que o réu haja praticado outro delito, está a indicar que, por si mesmo, ele foi capaz de alcançar o fim que a pena tem em vista, que é o de sua readaptação ou reajustamento social. Caso o condenado volte a delinquir, o decurso do tempo não terá sido capaz de regenerá-lo»¹⁰⁸.

Ora, se a imposição de pena pressupõe a ressocialização do agente, pode-se concluir que, diante da casuística, caso o infrator não tenha mais delinquido durante o período que o Estado dispunha para exercer o *ius puniendi* e restou inerte, forçoso concluir que a ressocialização encontra-se, efetivamente, operada, de maneira que carece de utilidade a imposição de sanção.

Assim, justifica-se, também, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva em favor do transgressor. Isso amparado no «sofrimento moral que o criminoso sofreu durante o período em que aguardou o andamento do processo»¹⁰⁹. Desse modo, busca a doutrina reconhecer que o extenso lapso temporal¹¹⁰ em que o agente está sujeito ao exercício do *ius puniendi* estatal causa-lhe um relevante sofrimento, com efeitos especialmente psicológicos, constituindo-se em verdadeira retribuição ao mal anteriormente gerado por seu ato.

Constata-se que expressiva parcela da doutrina admite, a despeito do entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, a ocorrência da prescrição em perspectiva.

Soma-se ao lastro doutrinário favorável o entendimento do festejado professor Aury LOPES JÚNIOR, para quem «os opositores ao reconhecimento da prescrição pela futura pena a ser aplicada aduzem que ao presumir um decreto condenatório, com base em fato futuro, se está indo de encontro ao princípio *in dubio pro reo*, além de não permitir ao acusado a possibilidade de ser absolvido. Ora, é imperativo afirmar, em primeiro lugar, que, para o cidadão

¹⁰⁸ Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de direito penal: parte geral*, vol. 1., 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 875.

¹⁰⁹ Julio Cezar Lemos TRAVESSA, *O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa*, Salvador: Juspodivm, 2008, 59.

¹¹⁰ Ademais, como assevera BITENCOURT, «O Estado deve arcar com a sua inércia: é inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva. Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu». Cezar Roberto BITENCOURT, *Tratado de direito penal: parte geral*, 774.

que está com seu *status dignitatis* abalado por estar sofrendo um processo, é preferível terminar com a situação aflitiva o mais rápido possível a continuar sendo submetido à ação penal. [...] Nesses casos, a principal garantia do acusado não é o devido processo legal, mas sim a de não ser submetido a um processo inútil. Da mesma forma, não há violação da presunção de inocência, mas sim um reforço de tal presunção, ao evitar a estigmatização social e jurídica do acusado, bem como a angústia prolongada (*stato di prolungata ansia*, reconhecido pelo atual Código de Processo Civil italiano). Evita-se o processo e o sofrimento inútil»¹¹¹.

Conclui-se, até ao momento, pela perfeita consonância entre instituto da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva e o ordenamento jurídico brasileiro. Ocupar-se-á o presente ensaio, a seguir, de sua conformidade também com o princípio da dignidade da pessoa humana, elevado a *status* de fundamento da república pelo inciso III do artigo 1.º da Constituição Federal de 1988.¹¹²

6.1. Conformidade do instituto com o princípio da dignidade da pessoa humana

Inicialmente, mister se faz buscar uma definição doutrinária que seja, ao mesmo tempo, simples e adequada à relevância e ao teor dogmático inserido no princípio da dignidade da pessoa humana. E o insigne mestre José Afonso da SILVA o faz com peculiar brilhantismo, ao consignar que se trata de «um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida»¹¹³.

Paulo BRANCO disserta sobre a importância do princípio em estudo como alicerce para edificação de toda a estrutura constitucional de proteção aos direitos fundamentais que, por sua vez, são essenciais para a proteção e consagração da dignidade da pessoa humana. Para ele, «o avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação

¹¹¹ Aury LOPES JÚNIOR, *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*, 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 7-8.

¹¹² Art. 1.º: «A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III — a dignidade da pessoa humana.

¹¹³ José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, 25.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 105.

dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar normas asseguradoras dessas pretensões»¹¹⁴.

Assim, possui o princípio em comento¹¹⁵ o condão de informar o sentido interpretativo da totalidade do ordenamento jurídico, servindo de fonte de regras aplicáveis a casos concretos, bem como de barreira a impedir a aplicação de norma que apresente conflito com seu conteúdo.

Decorre logicamente de seu conteúdo a necessidade do Estado dedicar ao cidadão um tratamento que seja digno e compatível com sua condição humana, abstendo-se de praticar atos que possam, de alguma maneira, confrontá-la. Assim, respeitando-se seu valor supremo, garante-se a própria integridade do Estado Democrático de Direito.¹¹⁶

Portanto, o indivíduo, mesmo quando autor de fato delitivo, não se pode sujeitar a servir aos interesses do Estado na persecução penal. Ao contrário, compete ao Estado demonstrar que o acusado efetivamente é responsável por aquele ato que lesou ou colocou em ameaça o bem juridicamente tutelado, podendo, inclusive, adotar o réu postura absolutamente inerte durante toda a instrução processual sem que isso possa, de qualquer forma, ser interpretado em seu prejuízo. Afinal, «em diversos julgados está expressa ou implícita a não aceitação da instrumentalização do acusado ou do preso aos interesses do Estado na persecução penal. O indivíduo não pode ser uma engrenagem do processo penal, decorrendo, de sua dignidade, uma série de direitos e garantias»¹¹⁷.

¹¹⁴ Gilmar Ferreira MENDES, Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 135.

¹¹⁵ Digna de nota a lição do ministro Luís Roberto BARROSO, do STF, para quem «é possível sistematizar as modalidades de eficácia dos princípios em geral, e da dignidade da pessoa humana em particular, em três grandes categorias: direta, interpretativa e negativa. Pela eficácia direta, um princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra. Embora tenha por traço característico a vagueza, todo princípio terá um núcleo, do qual se poderá extrair um comando concreto. [...] A eficácia interpretativa dos princípios constitucionais significa que os valores e fins neles abrigados condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. [...] A eficácia negativa, por fim, implica na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o princípio constitucional em questão». Luís Roberto BARROSO, «A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação», 2010. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 28 de julho de 2019.

¹¹⁶ Cf. Julio Cesar Lemos TRAVESSA, *O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa*, 166, «manter o homem em condições condígnas é de fundamental importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é o valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, e que, por isso, deve ser inserido, como ponto de partida, em qualquer interpretação do Direito ao caso concreto».

¹¹⁷ Luís Roberto BARROSO, «A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação», 31.

O acusado é parte no processo, não instrumento finalístico daquilo que se busca através do exercício do direito de ação. É ele pessoa humana, a quem o Estado confere uma importante gama de direitos e garantias fundamentais por natureza irrenunciáveis. Qualquer violação a seus direitos e suas garantias, que são conferidas a todos os cidadãos, constitui violação à sua própria dignidade humana.

Ora, se o núcleo do ordenamento jurídico de um Estado de Direito é sua Constituição, que serve de fundamento para todas as demais normas jurídicas editadas sob sua égide, que a orbitam e com ela devem guardar absoluta consonância sob pena de incorrerem em indiscutível inconstitucionalidade, conclui-se que dar início ou perpetuar uma *persecutio criminis* cujo resultado será fatalmente inútil, posto que abarcado pelo manto implacável da prescrição, seria o mesmo que perseguir injustamente o acusado, ferindo de morte seu mais caro valor constitucional: sua dignidade.¹¹⁸

Da mesma forma, sendo possível antever que a pretensão punitiva será, ao final, alcançada pelo advento da prescrição retroativa, estar-se-ia simplesmente admitindo a cominação de pena absolutamente inócua e desnecessária, gerando, outrossim, gastos desnecessários aos cofres públicos pela movimentação inútil da máquina persecutória estatal.

Pode-se concluir, portanto, que «o não acolhimento da prescrição em perspectiva provoca uma inversão de valores em que a dignidade do ser humano é colocada em segundo plano, pois, ao manter um processo que se sabe não ter mais utilidade, somente proporcionará injusto sofrimento e humilhação ao acusado. Nesse sentido, o processo não é mais o meio para a punibilidade, mas, sim, assume essa posição, punindo o acusado, impondo-lhe um sofrimento desnecessário, e ofende claramente o princípio da dignidade humana»¹¹⁹.

¹¹⁸ No mesmo sentido, Victor de Almeida CONSELVAN; Higor Contarato SALVADOR, «(Im)possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico penal brasileiro», 2017. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/impossibilidade-da-aplicacao-da-prescricao-da-pretensao-punitiva-em-perspectiva-no-ordenamento-juridico-penal-brasileiro/>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

¹¹⁹ Victor de Almeida CONSELVAN; Higor Contarato SALVADOR, «(Im)possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico penal brasileiro». Consigna-se, também, que já decidiu o STF no mesmo sentido, ao analisar o HC 85 237, de relatoria do ministro Celso de Mello. Do julgado, destaca-se o seguinte trecho: «a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1.º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.» BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, 17 de março de 2005. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765685/habeas-corpus-hc-85237-df>. Acesso em 28 julho de 2019.

Por todo o exposto, conclui-se que o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva está em absoluta harmonia e consonância com a concretização dos direitos e garantias fundamentais ao preservar o conteúdo hermenêutico do princípio da dignidade da pessoa humana, estando também em absoluta conformidade com a interpretação da norma penal e processual penal à luz da Constituição Federal.

6.2. Conformidade do instituto com os princípios da economia e da celeridade processual

Por fim, pode-se constatar que o instituto da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva harmoniza-se também com o constitucional princípio da economia processual e da instrumentalidade do processo.

Como bem delimitado por Guilherme de Souza NUCCI, «é incumbência do Estado procurar desenvolver todos os atos processuais no menor tempo possível, dando resposta imediata à ação criminosa e poupando tempo e recursos das partes»¹²⁰. Assim, é dever do Estado prestar sua atividade jurisdicional com eficiência e economicidade, atentando-se aos lapsos temporais legalmente previstos para entregar uma resposta rápida e dotada de eficácia social.

Assim, ao aplicar o instituto objeto do presente estudo ao caso concreto, atuará o magistrado dentro dos parâmetros da razoabilidade, otimizando a atividade jurisdicional e evitando-se esforços desnecessários e dispendiosos em procedimentos que, fatalmente, não irão gerar resultados jurídicos práticos, permitindo-se, ainda, que sejam direcionados os necessários préstimos para que o tempo, que seria empregado em um processo, por definição, inútil, seja direcionado às demandas que proporcionarão resultados relevantes para a sociedade.¹²¹

Percebe-se que o instituto se conforma com o princípio da economia processual na medida em que impede o exercício jurisdicional despropositado, oportunizando que o precioso tempo que seria gasto sem gerar resultado prático seja destinado a demandas outras, bem como está em perfeita sintonia

¹²⁰ Guilherme de Souza NUCCI. *Manual de processo penal e execução penal*, 12.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 48.

¹²¹ No mesmo sentido, Victor de Almeida CONSELVAN; Higor Contarato SALVADOR, «(Im)possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico penal brasileiro».

com o também princípio da instrumentalidade do processo. Afinal, carecendo de interesse de agir¹²², perderá sua finalidade precípua de instrumento para o exercício da jurisdição e tornar-se-á um fim em si mesmo, totalmente desprovido de cunho material.¹²³

Assim, o instituto da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva é de grande valia ao Direito brasileiro ao contribuir com a instrumentalidade e celeridade processuais, evitando-se o gasto de recursos desnecessários em processos desprovidos de resultado útil, garantindo-se, em contrapartida, a função precípua do processo penal como meio para a obtenção da tutela jurisdicional.

Considerações finais

A partir do momento em que um facto delitivo, assim compreendido como apto a causar lesão ou ameaça de lesão a um bem juridicamente tutelado, ocorre, nasce imediatamente para o Estado o *ius puniendi*, compreendido como o poder-dever pelo qual tem-se início a persecução penal voltada à cominação de sanção ao infrator.

Contudo, diante de princípios constitucionais caros às sociedades democráticas, o Direito Penal deve ser compreendido e interpretado à luz dos direitos e garantias fundamentais, que constituem um rol mínimo hermenêutico que orbita um princípio maior, compreendido como fundamento da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana.

Tais princípios e garantias prestam-se a fazer valer a dignidade da pessoa humana na medida em que o sustentam e também nela se apoiam como razão de suas existências.

Dessa forma, compreende-se que nenhum cidadão — salvo as exceções taxativas constitucionalmente previstas — deve ficar indeterminadamente à

¹²² Remete-se o exegeta para o tópico 4 acima abordado.

¹²³ Conforme consignado por Victor de Almeida CONSELVAN; Higor Contarato SALVADOR, «(Im)possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico penal brasileiro»: «O processo, em um Estado Democrático de Direito, além de ser um mecanismo de proteção aos direitos fundamentais, é também o meio para que se possa aplicar o direito material de forma a proporcionar segurança jurídica. Sendo assim, o processo é instrumento, não pode ter um fim em si mesmo, ou seja, se com a instrução processual não for alcançado nenhum resultado útil, também não haverá motivos para a existência da relação processual.»

mercê da possibilidade de imposição de sanção pelo Estado. E o mecanismo impeditivo de tal hipótese é legalmente previsto na Lei Penal: trata-se do instituto da prescrição.

Portanto, nascido o facto típico, deverá o Estado exercer seu *ius puniendi* em determinado período de tempo. Findo o lapso respetivo, o ato lesivo praticado estará abarcado pelo manto da prescrição, que apresenta como efeito decorrente o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente infrator.

Contudo, tais questões envolvem, naturalmente, discussões de política criminal e judiciária. A sensação coletiva de impunidade que emerge da ineficiência do mecanismo repressivo estatal incomoda as autoridades responsáveis pelo exercício da atividade jurisdicional, de maneira que se busca coibir, através de um mecanismo de direito de precedentes fundamentado em enunciado sumular, a ocorrência de determinada espécie de prescrição, visando, com isso, restabelecer a confiança social no carácter especial da prevenção da pena.

Porém, questiona a doutrina qual o resultado prático de tal obstáculo na medida em que a atividade persecutória, nos casos em que o processo penal, ao final de seu curso, estará fadado ao reconhecimento da prescrição diante do implemento de lapso temporal apto ao seu reconhecimento em razão do montante de pena concretamente cominada. Tal atividade é dispendiosa, uma vez que consome valiosos recursos públicos ao invocar a atuação jurisdicional e, não raras vezes, também do Ministério Público, da Defensoria Pública e das forças policiais responsáveis pela investigação criminal.

Ora, se previsível, de antemão, a ocorrência da prescrição em momento anterior à prolação da sentença ou do acórdão, resta desprovido de utilidade o exercício — ou continuidade — do direito de ação e, conseqüentemente, da relação jurídica processual.

Para isso, desenvolveu a doutrina o instituto jurídico conhecido por *prescrição da pretensão punitiva em perspectiva*, em absoluta consonância com princípios e garantias constitucionais, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da celeridade e da instrumentalidade do processo.

Não tardou para que o poder judiciário condenasse o seu reconhecimento através de reiterados entendimentos dos tribunais superiores. Também o poder legislativo buscou coibi-lo através da inovação da legislação. Porém, a casuística encontra maneiras capazes de elidir a pretendida proibição, atuando em consonância com a hermenêutica constitucional.

O instituto em estudo está de acordo com os direitos fundamentais na medida em que evita uma indefinida perseguição ao cidadão pelo sistema

de justiça do Estado. Sob o aspeto da culpa, aqui compreendida como a esfera de responsabilidade do indivíduo — e não como elemento integrante do conceito analítico de delito — é igualmente satisfatória, pois pressupõe a ressocialização daquele que experimentou a ameaça de imposição de pena por extenso lapso temporal sem que tenha voltado a delinquir, revelando-se satisfatória sua ressocialização, em harmonia com as finalidades da prevenção especial positiva da pena.

Por fim, não se pode olvidar seu carácter didático, na medida em que, através de estudos estatísticos, funciona como importante instrumento para as autoridades do Estado na elaboração de políticas sociocriminais, indicando onde estão as falhas crónicas no exercício do *ius puniendi*, orientando futuros investimentos voltados para as áreas mais carentes e suscetíveis a fomentarem a impunidade.

Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto, «A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação», 2010. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal econômico*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2016, ISBN: 978-854-721-016-8
- *Tratado de direito penal: parte geral*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2009, ISBN: 978-855-361-526-1
- *Tratado de direito penal: parte geral*, vol. 1, 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, ISBN: 978-855-361-526-1
- *Manual de direito penal: parte geral*, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, ISBN: 978-852-031-476-7
- CAPEZ, Fernando *Curso de direito penal: parte geral*, vol. I, 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN: 978-850-263-852-5
- *Curso de Processo Penal*, 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN: 978-854-720-164-7
- «Prescrição retroativa e a Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010», in *Prescrição penal após a Lei nº 12.234, de 5-5-2010*, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2010
- *Curso de Processo Penal*, 12.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, ISBN: 850-205-002-8
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, 1951

- CERVINI, Raúl, *Os processos de descriminalização*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, ISBN: 978-852-032-258-1
- CONSELVAN, Victor de Almeida; SALVADOR, Higor Contarato, «(Im)possibilidade da aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva no ordenamento jurídico penal brasileiro», 2017. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/impossibilidade-da-aplicacao-da-prescricao-da-pretensao-punitiva-em-perspectiva-no-ordenamento-juridico-penal-brasileiro>. Acesso em 01 de agosto de 2019.
- DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, ISBN: 978-857-827-251-7
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, *Direito penal esquematizado: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN: 978-850-209-626-4
- GRECO, Rogério, *Curso de direito penal: parte geral*, vol. I, 11.^a ed. Niterói: Impetus, 2009, ISBN: 978-857-626-325-8
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *As nulidades no processo penal*, 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, ISBN: 978-852-032-610-7
- HASSEMER, Winfried, *Três temas de direito penal*, Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993
- JESUS, Damásio Evangelista de, *Direito penal: parte geral*, vol. I, 33.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN: 978-850-201-804-4
- LEAL, Victor Nunes, «Passado e futuro da súmula do STF», in *Problemas de direito público e outros problemas*, vol. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, 279-300
- LOPES JÚNIOR, Aury, *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, ISBN: 978-857-387-748-9
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ISBN: 978-85-442-2367-3
- MARCATO, Antonio Carlo, *Crise da justiça brasileira e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, 2008, 244 f. Tese apresentada para concurso ao cargo de professor titular de direito processual civil do departamento de direito processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008
- MARINONI, Luiz Guilherme, «Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil», *Revista de Processo*, ISSN: 0100-1981, 172 (2009)
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, ISBN: 978-850-218-986-7
- MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao código de processo civil: arts. 476 a 565*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1976

- NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de processo penal e execução penal*, 12.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, ISBN: 978-853-095-850-3
- *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*, 8.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, ISBN: 978-852-033-567-3
- PANUTTO, Peter, *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*, Florianópolis: Empório do Direito, 2017, ISBN: 978-859-477-044-8
- ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general*, t. I, Madrid: Civitas, 1997, ISBN: 978-844-705-035-2
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 25.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005, ISBN: 978-853-920-432-8
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de, *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Curitiba: Juruá, 2013, ISBN: 978-853-621-322-4
- TRAVESSA, Julio Cezar Lemos, *O reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa*, Salvador: Juspodivm, 2008, ISBN: 978-857-761-106-5
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, «Súmula vinculante: desastre ou solução?», in *Revista de Processo*, ISSN: 0100-1981, 98 (2000) 295-306

Jurisprudência

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 85.237. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. 17 de março de 2005. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765685/habeas-corpus-hc-85237-df>. Acesso em 28 de julho de 2019.
- RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 70044572113. Rel. Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório. Sexta Câmara Criminal. Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20594174/habeas-corpus-hc-70044572113-rs>. Acesso em 12 de julho de 2019.

Anexo



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
 PLENÁRIO DE JULGAMENTOS DO I TRIBUNAL DO JÚRI DE BELO HORIZONTE
 Processo n.º [REDACTED] – 98ª Sessão de Júri em 09/07/2019
 4ª Sessão da Pauta de Julgamento do mês de julho de 2019

ATA DE SESSÃO DE JULGAMENTO

Aos 09 do mês de julho de 2019, no salão do I Tribunal do Júri, no plenário de julgamentos, onde se achava a Exma. Sra. Dra. [REDACTED], MM. Juíza Presidente do I Tribunal do Júri desta Comarca, comigo, o Escrivão Judicial [REDACTED] ao seu cargo, ao final nomeado, e com os Oficiais de Justiça Avaliadores [REDACTED], [REDACTED]

[REDACTED], constatou-se a presença do acusado [REDACTED] e as presenças da Promotora de Justiça Dra. [REDACTED], do Defensor Público Dr. [REDACTED], e das testemunhas arroladas pelas partes abaixo especificadas. Às 13h foi iniciada a sessão ao toque da campainha, a portas abertas. Em seguida, feita pelo MM. Juíza Presidente a competente verificação na urna das 25 cédulas, mandou que se fizesse a respectiva chamada e declarou instalada a Sessão, depois de ter verificado a presença de 24 (vinte e quatro), dentre os 25 jurados abaixo relacionados: 1. [REDACTED]

2. [REDACTED]
3. [REDACTED]
4. [REDACTED]
- Condomínio, 5. [REDACTED]
6. [REDACTED]
7. [REDACTED]
8. [REDACTED]
9. [REDACTED]
10. [REDACTED]

Bel. [REDACTED]
 OFICIAL DE JUSTIÇA AVALIADOR
 I TRIBUNAL DO JÚRI



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PLENÁRIO DE JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI DE BELO HORIZONTE
Processo n.º [REDACTED] – 98ª Sessão de Júri em 09/07/2019
4ª Sessão da Pauta de Julgamento do mês de julho de 2019

[REDACTED] 11.
12.
13. [REDACTED] 14.
[REDACTED] 15.
[REDACTED] 16.
[REDACTED] 17.
[REDACTED] 18.
[REDACTED] 19. [REDACTED] 20.
[REDACTED] 21.
[REDACTED] 22.
[REDACTED] 23.
[REDACTED] 24.
[REDACTED] 25.

[REDACTED]. A jurada justificou sua ausência. Presentes as juradas suplentes, 1. [REDACTED]

[REDACTED] e 2. [REDACTED]. Fechada novamente a urna, anunciou que seria submetido a julgamento o acusado [REDACTED], determinando o pregão das partes e testemunhas. O pregão foi feito pelo Oficial de Justiça Avaliador [REDACTED], também servindo de Porteiro deste Tribunal, com as formalidades legais. Apregoados, responderam a Promotora de Justiça Dra. [REDACTED], o Defensor Público Dr. [REDACTED], o acusado [REDACTED], a vítima [REDACTED] e as testemunhas [REDACTED] e [REDACTED]. Em seguida, a MM. Juíza Presidente, após ter publicamente

2
Bel. [REDACTED]
OFICIAL DE JUSTIÇA AVALIADOR
TRIBUNAL DO JÚRI



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PLENÁRIO DE JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI DE BELO HORIZONTE
 Processo n.º [REDACTED] - 98ª Sessão de Júri em 09/07/2019
 4ª Sessão da Pauta de Julgamento do mês de julho de 2019

verificado que se encontravam na urna as cédulas relativas aos Senhores Jurados presentes, anunciou que ia fazer o sorteio para a formação do Conselho de Sentença. A MM. Juíza Presidente fez as advertências determinadas pela Lei, lendo ainda os artigos 252, 253, 254, 448, 449 e 466, todos do CPP. Procedido ao sorteio referido, com a observância do disposto nos artigos 467 e 468. Não houve recusa de jurados pela Defesa ou pelo Ministério Público. Não houve dispensa pela Presidência no ato do sorteio, ficando o Conselho de Sentença, por fim, assim constituído: 1. [REDACTED], 2. [REDACTED], 3. [REDACTED], 4. [REDACTED], 5. [REDACTED], 6. [REDACTED].

E 7. [REDACTED]. Formado o Conselho de Sentença, a MM. Juíza Presidente tomou dos Senhores Jurados o compromisso legal, conforme termo nos autos. Neste momento a Defensoria Pública pediu a palavra, pela ordem, assim se manifestando: "MM. Juíza, compulsando os autos, percebe-se que o crime ocorreu em 02 de agosto de 2004, conforme denúncia de fls. 02D/03D. A investigação policial perdurou até março de 2011, oportunidade em que, no dia 19, foram os autos relatados pela d. autoridade policial (fls. 42/43). Na sequência, foram solicitadas diligências complementares pelo d. parquet, estendendo as investigações, levando à elaboração da exordial acusatória em 25 de outubro de 2013, com seu conseqüente recebimento em 26 de novembro de 2013, conforme r. decisão de fls. 110/111. Assim, constata-se que entre a data do fato e o

Bel. [REDACTED]
 OFICIAL DE JUSTIÇA AVALIADOR
 TRIBUNAL DO JÚRI



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PLENÁRIO DE JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI DE BELO HORIZONTE
Processo n.º [REDACTED] - 98ª Sessão de Júri em 09/07/2019
4ª Sessão da Pauta de Julgamento do mês de julho de 2019

recebimento da denúncia transcorreu lapso temporal superior a 09 (nove) anos. O acusado contava, na data do fato, com 18 anos de idade, posto que nascido em 22 de abril de 1986. Portanto, inafastável o reconhecimento de sua menoridade penal relativa. Neste diapasão, conforme dispõe o art. 115 da Lei Penal Substantiva, os prazos prescricionais são reduzidos pela metade quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos. A isso se soma o teor do art. 109, inciso II, do mesmo Diploma, que prevê a ocorrência da prescrição em 16 (dezesesseis) anos quando o máximo da pena é superior a 08 (oito) anos e não excede a 12 (doze) anos. Obviamente, tal prazo cai pela metade - ou seja, a 08 (oito) anos, diante da menoridade relativa do réu. Assim, considerando os fatos narrados pela acusação, o homicídio tentado qualificado - caso seja o acusado levado a julgamento perante o soberano Tribunal Popular e condenado pelo Conselho de Sentença) terá pena inferior aos 12 (doze) anos previsto no inciso II do supracitado art. 109 do CP - fato que conduzirá ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa. Diante disso, visando evitar a realização de sessão de julgamento que não produzirá resultado prático relevante, posto que eventual condenação estará abarcada pelo manto da prescrição, requer seja reconhecido o instituto doutrinário da prescrição virtual (ou em perspectiva), a fim de declarar prescrita a pretensão punitiva do Estado em relação ao acusado, por ser a medida jurídica mais adequada ao princípio da economia processual. É o que requer a Defensoria Pública do Estado

Bel. [REDACTED] 4
OFICIAL DE JUSTIÇA AVALIADOR
TRIBUNAL DO JÚRI



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PLENÁRIO DE JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI DE BELO HORIZONTE
 Processo n.º [REDACTED] - 98ª Sessão de Júri em 09/07/2019
 4ª Sessão da Pauta de Julgamento do mês de julho de 2019

de Minas Gerais." Dada a palavra ao Ministério Público assim se manifestou: "MM. Juíza, de fato imperioso reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal. Apontados os lapsos temporais que suspenderiam ou interromperiam o fluxo do prazo, conforme anotado pela d. defesa, todos foram vencidos. Lado outro, a oitiva em plenário da vítima, em feito notadamente prescrito, a conduziria à revitimização, o que hoje, em termos de oitivas assistidas, seria uma injustificada exposição processual, o que contradiz, inclusive a abordagem humanizada da parte, notadamente em feitos de violência doméstica. Posto isso, o Ministério Público, face ao imperativo de lei, não se opõe ao pleito defensivo, nos termos do requerimento feito acima. Nesta data procedeu-se ao julgamento perante o I Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte de [REDACTED], qualificado nos autos, que foi pronunciado como incurso nas sanções do artigo 121, §2º, I, e artigo 14, II, do Código Penal". **Pela MM Juíza foi proferida a seguinte decisão:** "Vistos etc. Aberta a sessão, a Defesa apresentou requerimento de reconhecimento da prescrição da pena em perspectiva quanto ao delito imputado ao réu, tendo em vista as datas dos marcos interruptivos do prazo prescricional, bem como as circunstâncias de caráter pessoal do acusado, dentre eles a menoridade na data do cometimento do delito, que enseja que o prazo prescricional flua pela metade. Ouvido o Ministério Público, opinou, excepcionalmente, de forma favorável à pretensão da Defesa, levando em consideração, a

Bel. [REDACTED] 5
 OFICINA DE JUSTIÇA AVALIADORA
 TRIBUNAL DO JÚRI



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PLENÁRIO DE JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI DE BELO HORIZONTE
Processo n.º [REDACTED] - 98ª Sessão de Júri em 09/07/2019
4ª Sessão da Pauta de Julgamento do mês de julho de 2019

proteção à pessoa da vítima que, seria revitimizada ao passar por todo o sofrimento de prestar declarações em plenário para, ao final do julgamento ser, após aplicação da pena, reconhecida a prescrição, devendo ser adotada postura de humanização na condução do presente julgamento. Do estudo atento dos autos, vislumbra-se que, de fato, os fatos ocorreram na data de 02 de agosto de 2004, sendo recebida a denúncia em 26 de maio de 2013 e a sentença de pronúncia na data de 22 de novembro de 2016, ocorrendo seu trânsito em julgado às fls. 265, havendo lapso interruptivos temporal suficiente para que se configure a prescrição pleiteada, nos termos do disposto no art. 117 do Código Penal. Ademais, assiste razão à IRMP, vez que proceder ao julgamento do acusado, com a oitiva da vítima e do réu em plenário por fato já prescrito, em delito que se refere a violência doméstica, sendo o réu pai de filhos com a vítima, onde não possui mais o Estado capacidade para punir o acusado pela conduta que lhe é imputada em caso de condenação, constitui hipótese de violência institucional que não pode ser praticada sob pena de caracterização de ofensa a direitos humanos pelas autoridades que a pratiquem. Ante o exposto, acolho o pedido das partes e reconheço a prescrição da pena em perspectiva, julgando extinta a punibilidade do acusado [REDACTED]

[REDACTED], nos termos do artigo 109, II, do Código Penal.

Cumpram-se as providências de praxe, comunique-se à família da vítima acerca desta sentença (artigo 201, §2º do CPP).

Cumpridas todas as formalidades, nada mais havendo o que se

Bel. [REDACTED]
OFICIAL DE JUSTIÇA AVALIADOR
TRIBUNAL DO JÚRI



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PLENÁRIO DE JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI DE BELO HORIZONTE
Processo nº [REDACTED] - 98ª Sessão de Júri em 09/07/2019
4ª Sessão da Pauta de Julgamento do mês de julho de 2019

prover dos autos, determino o arquivamento do feito, com baixa na distribuição e anotações pertinentes junto ao SISCOM. Publicada nesta assentada de julgamentos do I Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte/MG, dou as partes por intimadas. Registre-se. Cumpra-se. Salão do Plenário do I Tribunal do Júri em Belo Horizonte/MG, em 09 de julho de 2019." Nada mais foi requerido pelas partes. Por fim, declarou a MM. Juíza Presidente encerrada a sessão às 15h30 do dia 09/07/2019. Eu, [REDACTED]

[REDACTED] Escrivão Judicial, lavro o presente termo que, lido e achado conforme, segue devidamente assinado. Nada mais.

[REDACTED]

Juíza Presidente

[REDACTED]

Promotora de Justiça

[REDACTED]

Defensor Público
MADER/MG/ 782

[REDACTED]

Acusado

[REDACTED]

Oficial de Justiça Avaliador

[REDACTED]

Escrivão Judicial

(Página deixada propositadamente em branco)

PARTE IV

**O PRINCÍPIO *NULLUM CRIMEN
SINE CULPA* NO CONTEXTO
DA DOUTRINA GERAL DA
INFRAÇÃO PENAL**

(Página deixada propositadamente em branco)

10. Brevi note su tempo e colpevolezza nella trama normativa penale

10. Brief Notes Concerning Time and Culpability in Criminal Normative Weave

Silvia Larizza

Università di Pavia

<https://orcid.org/0000-0002-3756-7508>

Abstract: The essay examines the perspective of time and guilt (*mens rea*) in relation to certain aspects and institutions. First of all, time influences the creation, modification or repeal of the incriminating norms and gives foundation to the principle present in all the liberal codifications of non-retroactivity of the criminal law. The passage of time has also made the sanctioning system less rigorous and cruel by ousting penalties such as corporal or defamatory ones. Time, together with guilt (*mens rea*), determines the amount of punishment that must be served; however in some legal systems — for example Italy — there are penalties where the temporal dimension is absent: such as life imprisonment which accompanies the existence of the person until his death. Time is an essential point of reference for some fundamental institutes of criminal law such as imputability and prescription.

Keywords: time — guilt (*mens rea*) — relativity of criminal legislation — duration of penalties — perpetual penalties — imputability — prescription

1. Non è semplice rimanendo, rigorosamente, entro il perimetro indicato dal titolo di questa conferenza internazionale promossa dall'*Instituto jurídico* di Coimbra, affrontare, congiuntamente, la prospettiva del tempo e della

colpevolezza nel diritto penale. Ad un primo sguardo emergono tematiche delle quali alcune legate al tempo, altre alla colpevolezza, risultando difficile declinarle insieme; per questa ragione le brevi riflessioni che seguono avranno come linea direttrice principale quella del tempo.

Inizierò affrontando l'argomento partendo da lontano, ovverosia riportandomi al momento in cui nascono le norme penali e mi soffermerò sulla influenza che su di esse svolge il tempo.

La norma penale incriminatrice presenta la peculiarità di rispecchiare la duplice natura del crimine: sociale e giuridica insieme. In effetti, attraverso la posizione delle norme il legislatore imbriglia, cristallizzandola in schemi giuridici tassativi, una realtà fenomenica complessa che continua ad evolversi a dispetto delle forme positivizzate dal diritto.¹ Si pensi, principalmente, alle fattispecie di parte speciale come, ad esempio, il furto, la rapina, la concussione, la violenza sessuale, etc. Dietro la formalizzazione giuridica c'è un fenomeno sociale che lede o mette in pericolo le condizioni essenziali del vivere civile.

Ma alla staticità e fissità della formalizzazione giuridica del fenomeno criminale si oppone, a volte, il dinamismo e la mutevolezza della sua dimensione sociale. Da tale sfasatura può scaturire — complice il decorso del tempo — una inadeguatezza o, addirittura, una inattualità delle scelte normative operate dal legislatore rispetto al fenomeno sociale disciplinato dalla norma penale. Le conseguenze di questa possibile discrasia tra le due dimensioni della norma (giuridica/statica; empirico-sociale/dinamica) si colgono, soprattutto, sul terreno dell'interpretazione giudiziale e si traducono nella difficoltà del magistrato di sussumere le concrete manifestazioni del crimine nelle definizioni a suo tempo precostituite dal legislatore.

Nel mentre la norma penale fotografa una certa realtà, il fenomeno sociale cristallizzato in una descrizione tassativa può mutare o non essere più percepito in termini lesivi di beni fondamentali dalla collettività.

Proprio per questa ragione la legislazione penale appare contrassegnata dalla relatività nel senso che è destinata a cambiare nel tempo parallelamente ai mutamenti che si verificano a livello sociale.

La relatività della legislazione penale, la sua mutevolezza è dimensione già colta da Beccaria che la esprimeva in questi termini: «Chiunque leggerà [...] con occhio filosofico i codici delle nazioni e i loro annali, troverà quasi

¹ In merito cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine*, Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000, 6 s.

sempre i nomi di vizio e di virtù, di buon cittadino o di reo cangiarsi colle rivoluzioni dei secoli, non in ragione delle mutazioni che accadono nelle circostanze dei paesi, e per conseguenza sempre conformi all'interesse comune, ma in ragione delle passioni e degli errori che successivamente agitarono i differenti legislatori.»²

Il tempo può, così, rendere obsolescenti certe norme nel senso che il fenomeno sociale che la norma penale afferra e costringe in una descrizione normativa cambia, viene percepito diversamente a livello sociale rendendo la disposizione penale parzialmente o totalmente superata. Il trascorrere del tempo può, d'altro lato, fare emergere nuove realtà sociali che richiedono l'intervento del diritto penale.

Come esempio, tra i tanti, del primo tipo si può portare la fattispecie dell'adulterio, contemplato dal codice penale italiano all'art. 559 c.p. e dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale.³ Nel 1930 il legislatore aveva dato tutela al «bene» della fedeltà coniugale; ma i rapidi mutamenti occorsi nella società hanno reso completamente inattuale tale scelta non più sostenuta da consenso sociale e che, per di più, era in palese contrasto con la norma costituzionale che sancisce il principio della parità dei coniugi. E' bene rammentare che l'abrogato art. 559 c.p. reprimeva solo l'adulterio della moglie a conferma di una concezione verticistica della famiglia in cui il *pater familias* occupava, evidentemente, l'apice. Come esempio del secondo tipo si può rammentare la legislazione penale a tutela dell'ambiente resasi necessaria in Italia a partire dagli anni 60 del secolo passato a séguito del processo di industrializzazione⁴. E', quindi, il tempo a fare emergere nuovi bisogni di tutela, come è il tempo a mostrare vistosi scollamenti tra norma giuridica e fenomeno concreto che si vuole disciplinare.

Le norme penali sono dunque mutevoli perché rispondono a bisogni di tutela reputati essenziali in un preciso momento storico.

Proprio in ragione dell'influenza determinante del tempo sulla legislazione penale trova fondamento il principio presente in tutte le codificazioni liberali di irretroattività della legge penale.⁵ La legge penale può esercitare

² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 5.^a ed., Harlem, a cura di Franco Venturi, § XXXI, Torino: Einaudi, 1970, § VI, 21.

³ Con due successive sentenze: Corte cost., sentenza 19 dicembre 1968, n. 126; Corte cost., sentenza 3 dicembre 1969, n. 141.

⁴ Sull'ultima riforma dei reati ambientali cfr. C. RUGA RIVA, *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, Torino: Giappichelli, 2018.

⁵ Per ampi riferimenti cfr. G. MARINUCCI; E. DOLCINI; G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 111 s.; J. de FARIA COSTA, *Direito penal*, Lisboa: Imprensa-Nacional

forza vincolante solo a partire dalla sua pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale; non può retroagire ovvero sia essere applicata nei confronti di fatti commessi anteriormente alla sua pubblicazione. E' il tempo ad essere posto a fondamento di questo principio irrinunciabile del diritto penale che conferma, una volta di più, la mutevolezza della norma penale perché mutevole e cangiante è il fenomeno che la norma disciplina. E' il tempo che fa nascere la norma penale come pure è il tempo a decretarne la sua abrogazione. Sul tempo si basano così i principi di irretroattività come pure il divieto di ultrattività della norma penale una volta abrogata. Il tempo è, dunque, connaturato alla stessa essenza della legislazione penale che cambia, si estingue o, anche, si rinnova.

Ma il tempo, oltre a relativizzare lo spettro dei beni oggetto di tutela penale è, anche, determinante nel conformare diversamente le risposte dello Stato a fatti di criminalità. Pena di morte, pene infamanti, pene corporali non sono più adottate ormai da decenni dalla più parte dei paesi civilizzati. Lo scorrere del tempo ha affinato il sistema aprendolo a uno spirito di umanità che impregna l'attuale concezione della pena.⁶

Esistono, tuttavia, in alcuni ordinamenti — come in Italia — pene dove la dimensione temporale è assente in termini di durata: le pene perpetue che accompagnano l'esistenza della persona sino alla sua morte come l'ergastolo, l'ergastolo ostativo, l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione. Il tempo per i soggetti che ne sono colpiti si ferma, non ha alcuna rilevanza determinando situazioni di: fine pena mai.

Ma, addentrandoci un poco di più nel tema di queste giornate: il tempo e la colpevolezza è da rilevare che quest'ultima incide sulla quantità di pena da irrogare, sulla durata, quindi, in termini temporali della pena. Come si sa le comminatorie edittali sono ricomprese, in via generale, tra un minimo e un massimo. La quantità di pena che si infligge dipende da quanto più o meno intensa è la rimproverabilità del soggetto per essersi discostato dalle regole che gli imponevano un certo comportamento. Dolo, preterintenzione, colpa sono le forme attraverso le quale si esprime la colpevolezza e che richiedono *quantum* di pena differenti in ragione del diverso grado di rimproverabilità. La dosimetria della pena in termini di durata è così legata al tempo: più il

Casa da Moeda, Lisboa, 2017, 88 s.

⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XLVII, 104, osservava: «Ma a misura che gli animi si ammoliscono nello stato di società cresce la sensibilità e, crescendo essa, deve scemarsi la forza della pena, se costante vuol mantenersi la relazione tra l'oggetto e la sensazione.»

fatto commesso è grave e sostenuto da una forma più intensa di colpevolezza, più la pena si protrarrà nel tempo.

Anche nel momento esecutivo le pene sono influenzate dal decorso del tempo. Per chiarirne il senso bisogna fare riferimento all'idea di trattamento progressivo che trova la sua *ratio essendi* nel perseguimento della rieducazione.⁷ Lo scorrere del tempo può influire sulla durata stessa della pena se il condannato aderisce all'offerta trattamentale che lo Stato gli offre. L'adesione del condannato ha il pregio di ridurre la durata della pena detentiva a seguito dell'evoluzione in positivo della personalità del soggetto detenuto, funzionale, quindi, a un suo migliore reinserimento nel contesto sociale.⁸

2. Dopo queste considerazioni di ordine generale in relazione alla influenza del tempo sulla genesi delle norme, sulla qualità e quantità della risposta sanzionatoria da parte dello Stato, è emerso in più occasioni nel corso dei lavori di queste giornate che il tempo è punto di riferimento imprescindibile di alcuni istituti fondamentali del diritto penale. Mi soffermerò brevemente, data la ricchezza di considerazioni acquisita al dibattito, su due istituti: l'imputabilità e la prescrizione riportando i tratti essenziali della normativa italiana.

2.a) La tematica dell'imputabilità, o, verosimilmente, dell'età a partire dalla quale un soggetto viene ritenuto penalmente responsabile se compie un fatto integrante una fattispecie penale, è molto importante.

Nel definire le soglie della imputabilità o della non imputabilità rilevanti a fini penali il legislatore deve effettuare delle presunzioni che⁹, basandosi, come tutti i giudizi presuntivi, sull'*id quod plerumque accidit*, possono poi non attagliarsi alla generalità delle situazioni che sono destinate ad abbracciare.¹⁰ La certezza dei rapporti giuridici impone¹¹, peraltro, che si utilizzi questo tipo di generalizzazione in via preventiva.

Nell'attuale regolamentazione il legislatore italiano ha presunto che il minore di 14 anni sia assolutamente non imputabile, e che la persona al di sopra dei 18 anni, avendo raggiunto un presunto sviluppo fisiopsichico, risulti — per ciò solo — imputabile.

⁷ Come espressamente richiesto dall'art. 27, comma 3 Cost., secondo il quale: «Le pene non possono consistere in trattamenti penali contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.»

⁸ Emblematico l'istituto della liberazione condizionale contemplato dall'art. 176 c.p. secondo il cui disposto il condannato può essere liberato condizionalmente una volta che abbia scontato almeno la metà della pena se abbia dato prove di ravvedimento.

⁹ Cfr. le considerazioni di J. de FARIA COSTA, *Direito penal*, 388 s.

¹⁰ Sul punto cfr. S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Padova: Cedam, 2005, 115 s.

¹¹ In tal senso PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano: Giuffrè, 2012, 193.

Fissata l'età al di sotto della quale la persona è assolutamente non imputabile e l'ulteriore età al di sopra della quale la persona è imputabile, rimaneva da determinare la disciplina per i minori di età compresa tra i 14 e i 18 anni. Nei loro confronti il legislatore ha formulato una presunzione di relativa imputabilità: *ex art. 98 c.p.* sono imputabili se capaci di intendere e di volere.

La fissazione delle soglie della imputabilità è, notoriamente, operazione legislativa assai delicata, frutto di precise scelte politico-criminali¹² — I nodi più problematici da sciogliere sono quello dell'età a partire dalla quale un soggetto «entra», come adulto, nel diritto penale, e sull'altro versante quello dell'età al di sotto della quale un soggetto che viola le norme penali «non entra» nel diritto penale. Non si tratta di scelte irreversibili: tutt'altro. La fissazione di queste due soglie viene sovente rimessa in discussione: su entrambe influiscono diversi fattori, che le rendono, per così dire, delle «frontiere mobili».

Proprio l'esistenza di distinte fasce pone, spesse volte, il problema dell'accertamento dell'età per individuare il regime applicabile alla persona che ha commesso il fatto; diventa, quindi, di fondamentale importanza verificare l'età anagrafica della persona: minore di quattordici anni, minore di diciotto anni.¹³

Ma c'è di più. In tutti gli ordinamenti giuridici — in maniera più o meno marcata — il minore gode di uno statuto privilegiato; ne è emblematica conferma l'Italia che è rimasta, fino a questo momento, immune da quel vento controriformistico che ha cercato di avvicinare il trattamento penale previsto per i minori a quello degli adulti ridimensionando la specificità della condizione minorile.¹⁴

Come si sa, la condizione minorile da un punto di vista normativo si caratterizza per un insieme di principi e garanzie che, sia a livello internazionale che nazionale, sono ispirati dal *favor minoris*. Diventa necessario chiarire quale validità temporale debba avere il privilegio procedimentale, sanzionatorio e trattamentale legato a questa condizione. Di conseguenza il legislatore ha dovuto fornire una regolamentazione a quelle situazioni per così dire di trapasso: dall'età minore all'età adulta.

Un dato emerge con chiarezza: per potere fruire dello statuto specifico legato alla minore età, per essere giudicato dall'organo specializzato: il tribunale per i minorenni, il soggetto deve avere commesso il fatto prima del

¹² Sul punto cfr. le osservazioni di OTTENHOF, «La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international, Rapport général», in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 75 (2004) 34.

¹³ L'art. 8 d.P.R. 22 settembre 1988, n.° 44, contenente: *Disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, detta una specifica disciplina per l'accertamento dell'età.

¹⁴ Sul punto sia consentito rinviare all'analisi comparatistica compiuta da S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, 319 s.

compimento del 18 anno di età. Il successivo raggiungimento della maggiore età non ha alcun effetto sulla competenza che rimane sempre del giudice minorile.¹⁵

Ma, ci si chiede, fino a che punto la persona che ha commesso il reato da minorente può portarsi dietro il privilegio della condizione di minore; fino a che punto istituti pensati e adattati alle peculiarità della condizione minorile possono applicarsi a soggetti che, benché abbiano commesso il fatto da minorenni, vengono, ad esempio, giudicati a distanza di tempo, in un momento in cui sono divenuti maggiorenni? Difatti, i tempi di scoperta del fatto e di individuazione dell'autore minore non sempre sono coincidenti.

E' coerente con l'opzione di riconoscere uno statuto specifico del minorente basato sul dato reale della sua diversità rispetto all'adulto che, al compimento del 18 anno di età, questo regime differenziato non vada perso; il riferimento obbligato rimane esclusivamente quello della data di commissione del reato per cui se il soggetto ha compiuto il reato da minorente, in via generale godrà del regime differenziato anche se potrà essere giudicato dopo aver raggiunto la maggiore età. Sono, difatti, presenti nel sistema alcune norme che sanciscono l'ultrattività delle funzioni del giudice minorile nei confronti del soggetto anche se è divenuto maggiorente.¹⁶

2b) Ho lasciato, da ultimo, alcune brevissime considerazioni sull'istituto di diritto penale più collegato allo scorrere del tempo: la prescrizione del reato, oggetto in Italia — non senza esitazioni, incertezze e problematicità — di ripetuti rimaneggiamenti sino, da ultimo, al progettato varo di una riforma che ne scuote, *ab imis*, le fondamenta.¹⁷

¹⁵ L art. 3 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e, più precisamente il 2 comma, prevede che: «Il tribunale per i minorenni e il magistrato di sorveglianza per i minorenni esercitano le attribuzioni della magistratura di sorveglianza nei confronti di coloro che commisero il reato quando erano minori degli anni diciotto. La competenza cessa al compimento del venticinquesimo anno di età.» Si ricava, pianamente da questo articolo che le funzioni del tribunale per i minorenni e del giudice di sorveglianza fanno riferimento per il loro svolgersi al compimento del reato da parte di soggetti minori degli anni diciotto e cessano con il compimento, da parte del condannato o dell'internato, del venticinquesimo anno di età.

¹⁶ L'art. 24 d.lgs. 28 luglio 1989, n. n. 272: *Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, recante disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni* prescrive che l'esecuzione di provvedimenti limitativi della libertà personale si deve svolgere secondo le modalità previste per i minorenni anche nei confronti di chi, nel corso dell'esecuzione, sia ancora minorente, ma anche di chi compia i diciotto anni nel corso della esecuzione di detti provvedimenti, come pure di chi subisca l'esecuzione della pena ormai da maggiorente. La *ratio* di questa disposizione va individuata nell'esigenza di non ricollegare, meccanicamente, al raggiungimento della maggiore età, l'interruzione o la non applicabilità delle providenze introdotte dal d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448.

¹⁷ Da ultimi cfr. G. MARINUCCI; E. DOLCINI; G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 469 s.

Il principio generale posto a base dell'istituto prescrittivo è che se un reato non viene scoperto e giudicato entro determinati lassi di tempo su di esso debba cadere l'oblio.¹⁸ Le ragioni che giustificano la rinuncia all'esercizio della pretesa punitiva si possono così riassumere: ogni reato produce un allarme sociale; tuttavia, se il reato è di media gravità più passano gli anni senza che si scopra, più l'allarme prodotto dal reato si attenua. Le persone se ne dimenticano e quindi non ha senso che lo Stato riporti l'attenzione su un fatto che è svanito dalla memoria dei consociati. Esistono, tuttavia, fatti molto gravi che, per precisa scelta politico-criminale non tollerano di essere «dimenticati», sui quali l'oblio non deve mai cadere: sono i c.d. reati imprescrittibili tra i quali, ad esempio, il genocidio.

Un'adeguata disciplina della prescrizione deve cercare di raggiungere un difficile contemperamento tra l'esigenza della collettività all'esercizio della pretesa punitiva e l'esigenza del singolo di non essere chiamato a rispondere di fatti che ormai appartengono ad un passato risalente. Lo scorrere del tempo affievolisce le esigenze che legittimano la punizione dal momento che, nel frattempo, la persona che ha commesso un reato può essere cambiata. L'oblio attenua la necessità di pena; i postulati della prevenzione generale sembrano confermare questo dato ricollegando l'efficacia della pena alla certezza e prontezza dell'applicazione.¹⁹ In aggiunta, il passare del tempo accresce le difficoltà di ricostruire da un punto di vista probatorio il fatto esercitando così effetti negativi sul diritto di difesa.

Originariamente, la disciplina della prescrizione prevedeva termini in dipendenza della gravità del reato entro i quali, per evitare l'effetto prescrittivo, si doveva arrivare alla pronuncia di una sentenza definitiva di condanna. Molti reati venivano travolti dalla prescrizione dal momento che se un reato non veniva scoperto immediatamente dopo la sua commissione, risultava molto difficile nel rispetto di quei termini arrivare alla pronuncia di una sentenza definitiva di condanna, nonostante la presenza di cause sospensive o interruttrive dei termini.

Nel 2017 è intervenuta una prima riforma²⁰ che ha innovato la materia della prescrizione tramite la previsione di un'automatica sospensione del

¹⁸ Per un approfondito esame dell'istituto con una precisa messa a fuoco delle *rationes* politico-criminali che lo sorreggono cfr. S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna: Il Mulino, 2009, *passim*.

¹⁹ Cfr., per tutti, J. ANDENAES, «La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena», in *Teoria e prassi della prevenzione generale*, a cura di Mario Romano e Federico Stella, Bologna: Il Mulino, 1980, 33 s.

²⁰ Tramite la l. 23 giugno 2017, n.º 103 che all'art. 1, comma 11, ha modificato l'art. 159 c.p.

corso di essa correlata ai gradi di giudizio, solo nelle ipotesi di intervento di una sentenza di condanna.

Ma questa riforma, che ha tentato di eliminare, sia pure parzialmente, alcuni effetti distorsivi della disciplina della prescrizione è stata rimessa in discussione dalla legge n.º 3 del 2019²¹, che, seppure rivolta a combattere con una visione d'insieme più drastica il fenomeno corruttivo, inopinatamente ha inserito una nuova disciplina della prescrizione in vigore a partire dal 1.º gennaio 2020.²² Si tratta di una riforma radicale dell'istituto che, nell'intento di ridurre il numero dei reati che cadono in prescrizione, ne ha disposto un automatico blocco del corso dopo la sentenza (di condanna o di assoluzione) di primo grado. Anche questa nuova disciplina della prescrizione è stata superata dalla riforma Cartabia (l. 24 settembre 2021, n. 134) che, pur confermando la soluzione del blocco della prescrizione dopo il primo grado di giudizio, ha introdotto significativi correttivi — sul piano sostanziale e processuale- alla legge del 2019.

²¹ Legge 9 gennaio 2019, n.º 3, contenente: *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici.*

²² Questo inserimento per molti versi anomalo della nuova disciplina della prescrizione in una legge tesa a combattere il fenomeno corruttivo può spiegarsi in ragione del fatto che, *rebus sic stantibus*, molti reati legati al fenomeno corruttivo vengono travolti dalla prescrizione.

(Página deixada propositadamente em branco)

11. Tentativa y consumación — desde el punto de vista de la teoría de las normas¹

11. Attempt and Consummation — from the perspective of norms theory

Urs Kindhäuser

Universität Bonn, Institut für Strafrecht

Abstract: According to its definition, the attempt is a behaviour, which does not or not yet lead to the realization of the acts constituting the offence. Hence the behaviour, that is to be interpreted as attempt, is not or not yet illegal in terms of the relevant body of the offence. The case can be imagined, that the object of a punishable attempt is an action, which *de jure* (according to law) objectively is allowed or even commanded. This paradoxical contradiction dissolves when we introduce the difference between the norm and the premises (assumptions) of following the norm according to obligation. Norms (standards) of behaviour name as their purpose the behaviour typical of offence, which is to be avoided. On the other hand, it is the alternative behaviour called according to obligation, which must be avoided to achieve the *ought purpose*. The conception of attempt encompasses actions, which had to be avoided, if there was the motif to follow the norm (completed attempt), or which prepare immediately such an action (uncompleted attempt).

Keywords: norm — obligation — body of the offence — behaviour — action — auxiliary action — completion of offence — completed attempt — uncompleted attempt — preparation — range of behaviour — illegality — aim of punishment — practical inference

¹ Traducción de Ítalo Reyes Romero, revisada por Javier Contesse Singh.

I. Planteamiento del problema

1. La problemática de la cual se ocupan las siguientes reflexiones puede ser aclarada mediante el siguiente ejemplo: en el marco de un proceso penal sostenido en contra del imputado Alberto (A), su vecino Emilio (E) efectúa, bajo juramento, una declaración testimonial en su contra que resulta ser considerablemente gravosa y que conduce finalmente a su condena. Si esta declaración no se corresponde con la verdad, entonces E ha realizado el tipo objetivo del perjurio. Si E además sabe que está declarando en falso, entonces el hecho le es imputable como doloso y E ha cometido perjurio consumado. También sería posible que E, pese a decir la verdad, asuma que su declaración es falsa. Por esa vía, E quiere, por ejemplo, perjudicar a A, con quien ha estado enemistado por años. En este caso, E ha cometido, de acuerdo con el tenor literal de la regulación del Código Penal alemán, una tentativa de perjurio. El parágrafo 22 del Código Penal alemán establece que comete tentativa de delito quien, de acuerdo con su representación del hecho, se dispone inmediatamente a la realización del tipo. Dado que la tentativa no necesariamente debe, sino que también puede, ser sancionada de forma más leve que el delito consumado, tratándose de un caso de tentativa de perjurio, el tribunal podría imponer a E incluso la misma pena que si se tratara de un perjurio consumado (parágrafo 23 inciso segundo del Código Penal alemán).

Si se consideran ambos casos más de cerca, se advierte que, si bien el delito tentado y el consumado coinciden en relación con la valoración subjetiva de las circunstancias de hecho, en ambos casos E parte de la base de que su presentación de los hechos es falsa y perjudicial para A. Objetivamente, empero, la descripción de uno de los comportamientos es la negación de la descripción del otro. Una afirmación de hechos falsa es lo contrario de una afirmación verdadera. Esto tiene como consecuencia que también las valoraciones jurídicas de ambas formas de comportamiento son contradictorias: mientras el comportamiento objetivo, tratándose de la consumación, es contrario a derecho, el mismo, tratándose de la tentativa, es conforme a derecho — en el ejemplo, el comportamiento se encuentra incluso jurídicamente requerido: como testigo, E *debe* decir la verdad ante el tribunal.

Ahora bien, la valoración contradictoria del comportamiento objetivo del autor en los casos de tentativa y en los de consumación en caso alguno constituye una particularidad de nuestro ejemplo. Que en la fase de tentativa, el comportamiento del autor (aún) no se deje subsumir, o en todo caso no

completamente, bajo un tipo delictivo, es más bien un elemento de la definición de la tentativa. De ahí que tampoco se satisfagan los elementos de la antijuridicidad formulados en el tipo. La descripción del comportamiento que es interpretado como tentativa es necesaria y conceptualmente diferente de la descripción del comportamiento que es interpretado como hecho consumado.

En cuanto tal, una tentativa no es una acción determinada o un tipo de acción determinado. Más bien, mediante el concepto de tentativa se interpreta una acción con arreglo a determinados criterios. Lo mismo vale para el concepto de consumación. También con dicho concepto se interpreta un actuar, y ya como producción de un acontecimiento en el mundo condicionado mediante un determinado comportamiento. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-penal, es relevante que, a diferencia de lo que sucede con la acción interpretada como tentativa, los elementos conceptuales de la acción interpretada como consumada se encuentren legalmente establecidos. Pero debería quedar fuera de dudas que también la tentativa de un delito ha de ser contraria a las valoraciones del Derecho, al menos siempre y cuando la misma resulte punible. Pues la pena criminal es la respuesta estatal a un comportamiento incorrecto culpable. El conflicto normativo es, en tal medida, evidente: ¿cómo puede un comportamiento que es objetivamente conforme a derecho y que no realiza el tipo del perjurio, ser al mismo tiempo una vulneración de la prohibición del perjurio?

Con las reflexiones que siguen a continuación, se deberá indicar una vía para aclarar y remediar esta contradicción valorativa. Para ello, y en primer lugar, ha de abordarse de forma general la relación entre norma y acción. A continuación, es necesario plantear la pregunta por los presupuestos bajo los cuales una persona expresa a través de su comportamiento y de forma jurídico-penalmente relevante, no querer seguir la norma. Conforme a estos presupuestos, se puede determinar, en un primer paso, el concepto de tentativa acabada. Restará explicar entonces, en un siguiente paso, cómo ha de entenderse la tentativa inacabada desde la perspectiva de la teoría de las normas.

2. La problemática a ser tratada aquí se puede acotar por la vía de focalizar la atención sobre un fragmento muy pequeño de la dogmática de la tentativa. En especial, han de quedar excluidas preguntas referidas a la integración de ésta en la dogmática de la teoría general del delito. En la medida, sin embargo, en que respuestas propias de este ámbito resulten poco plausibles desde el punto de vista de la teoría de las normas, ellas también han de quedar, en cierta medida, implícitamente rechazadas. Esto vale particularmente para aquellos enfoques que, sobre la base de la teoría de la imputación objetiva,

pretenden fundamentar la tentativa como creación de un riesgo no permitido. Dado que la tentativa vale para todos los tipos de delitos, esto es, también para los delitos de peligro abstracto, en los cuales incluso una posible prueba de la falta de peligrosidad en el caso concreto no excluye el injusto, en ningún caso la tentativa admite ser fundamentada por referencia a su peligrosidad para el bien jurídico protegido. El ejemplo introducido al inicio permite aclarar suficientemente esto último.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco tratándose de los delitos de lesión se requiere una fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea que haga referencia a su peligrosidad objetiva. Para fundamentar un enfoque tal, empero, Roxin menciona el caso de la acción de jalar del gatillo (incluso con una pistola que se encuentra sólo presuntamente cargada) en contra de una persona que ya ha muerto producto de un ataque al corazón. Esta tentativa sería objetivamente peligrosa, dado que *ex ante* un observador promedio razonable, al tanto de los objetivos del autor y de sus eventuales conocimientos especiales, consideraría seriamente como posible el resultado. ¿Pero cuán plausible es la ficción de un observador que, si bien sabe lo que sucede en la cabeza del autor, desconoce tanto la inexistente capacidad operativa del arma como la circunstancia, eventualmente fácilmente reconocible mediante una mejor observación, de que la «víctima» ya no está viva?

Como su nombre lo sugiere, un «observador» observa un suceso desde fuera y, en tal medida, no puede poseer más que un conocimiento adquirible externamente. Un «observador» dotado de los errores y las confusiones del autor, pero no familiarizado con la realidad determinante, constituye, en cambio, una duplicación superflua del autor y no reporta ganancia epistémica alguna. La sanción de una persona difícilmente se deja fundamentar sobre asunciones que *ex post* se comprueba que son erróneas. El derecho penal debería ser un lugar poco idóneo para ficciones que, junto con ser incorrectas, gravan al imputado.

II. Comportamiento y acción

1. El derecho confronta el mundo tal como es con un orden normativo que indica cómo debe ser conforme a los valores del derecho. Las preguntas jurídicamente relevantes que se refieren a los cambios en el mundo son respondidas

con ayuda de la estructura mental de la alternativa. Así, se comprueba si cursos de acontecimientos pasados o futuros son compatibles con las valoraciones del derecho y, de no ser este el caso, si acaso vienen en consideración cursos de acontecimientos alternativos que habrían correspondido o podrían corresponder con las valoraciones del derecho.

En el derecho penal, aquello que es medido con arreglo al orden jurídico es el actuar de una persona. En este contexto, en atención a los intereses teóricos del derecho basta una determinación puramente formal del concepto de acción que pueda servir como fundamento de valoraciones jurídicas. Semejante concepto analítico de acción se basa en el concepto de comportamiento. Por «comportamiento» ha de entenderse la existencia del cuerpo de una y la misma persona entre dos momentos. En otras palabras, una persona se comporta ininterrumpidamente durante toda su vida. Cada porción temporal de este proceso marca un determinado comportamiento. Si existe la posibilidad de que una persona, en un determinado momento y en un determinado lugar, en vez de comportarse de una manera, lo haga de otra manera, esa persona entonces cuenta con una alternativa de comportamiento. El conjunto de alternativas de comportamiento que una persona puede adoptar en un determinado momento puede ser designado como su espacio-de-juego-de-comportamientos en dicho momento. Por ejemplo, pertenecen al espacio-de-juego-de-comportamientos de una persona en el momento t , entre otras formas de comportamiento, tocar la trompeta o cortar leña.

Si una persona, en un determinado momento, se encuentra en condiciones de ejecutar en lugar de su comportamiento efectivo al menos un comportamiento alternativo, entonces su comportamiento efectivamente ejecutado puede ser denominado «acción». Bajo esta definición, una acción es un comportamiento que descansa sobre una decisión realizada en la ejecución de dicho comportamiento y adoptada en contra de una alternativa de comportamiento. De ahí que toda acción es un comportamiento, pero no todo comportamiento es una acción. Quien duerme profundamente se comporta de una determinada manera, pero durante ese lapso no actúa, puesto que durante el sueño no puede decidirse por comportamiento alternativo alguno.

Con la ayuda del concepto de acción aquí propuesto, es posible definir los conceptos de hacer y de omitir. Quien, encontrándose al menos entre dos alternativas, se decide por un comportamiento y actúa en conformidad con ello, omite el comportamiento alternativo. Si en una determinada situación, tocar la trompeta y cortar leña pertenecen al mismo espacio-de-juego-de-comportamientos de una persona, entonces dicha persona omite tocar la

trompeta sí, y en la medida en que, corta leña — y *viceversa*. De ahí que una omisión no sea un no-actuar, ni menos un *nullum*, sino un comportamiento real determinado, que queda caracterizado por la no-adopción de una alternativa de comportamiento. En caso del corte de leña, la omisión de tocar la trompeta puede darse perfectamente de manera activa. De lo cual se sigue lo siguiente: la omisión de una acción es sólo en relación con esa precisa acción una omisión; como tal es una acción.

2. Ahora bien, una persona no se decide a favor de una acción y en contra de la omisión de la misma acción sin razón alguna. Con la adopción de una de sus posibles alternativas de comportamiento, la persona persigue más bien un determinado fin. Con la ayuda de dicho fin, el comportamiento se deja entender, a su vez, como una acción determinada. El fin querido, la intención, le confiere al comportamiento su sentido como acción. Aun cuando una persona no tenga la intención de realizar algo distinto que comportarse de una determinada manera, a través de la adopción de este fin, su comportamiento se convierte en una acción. Por ejemplo: alguien levanta su brazo para observar si puede moverlo nuevamente, después de un momento de parálisis.

Las intenciones siempre trascienden al comportamiento. Con independencia de si se comporta activa o pasivamente, el agente entiende su comportamiento como un medio para alcanzar su fin. Si el fin implica una modificación en el mundo, entonces el comportamiento será descrito, en referencia a esta modificación, como acción. El acaecimiento de la modificación es al mismo tiempo la condición para que la acción en cuestión sea ejecutada bajo esta descripción. Un ejemplo sencillo: Pedro (P) quiere iluminar una habitación oscura. Para ello, presiona el interruptor y produce el encendido de una lámpara. Aquí, el encendido de la lámpara es la modificación que debe tener lugar para que la acción de P de iluminar la habitación pueda ser entendida como ejecutada. Aquella modificación, en virtud de cuyo acaecimiento queda definida una acción, puede ser designada como el resultado de la acción.

Ahora bien, las modificaciones de estado que se entienden como resultado en la descripción de una acción están conectadas causalmente con otras modificaciones de estado como acontecimientos en el mundo. En tal medida, estas modificaciones vienen en consideración como resultado de otras descripciones de acciones. Si un agente hace *a* y con ello causa *e*, con lo cual, a su vez, se causa *i*, se le puede atribuir la producción de *a*, *e* o *i* como consecuencias de su acción. Correspondientemente, las oraciones «P presiona el interruptor», «P enciende la luz» y «P despierta a Claudia» pueden referirse al mismo curso causal de acontecimientos. Esta posibilidad de estirar o contraer secuencias

causales bajo determinadas descripciones de acción se denomina «efecto acordeón de las descripciones de acción».

La producción de cualquier cambio en una secuencia causal puede ser la razón para que el actor se haya decidido a favor de un comportamiento y en contra de sus alternativas. Cada acontecimiento ocurrido en el marco de una secuencia causal desencadenada por medio de un comportamiento querido viene en consideración como objeto intencional del agente. Lingüísticamente, esto se deja expresar mediante una transformación de la relación causal del tipo «por-medio-de» en una relación intencional del tipo «con-el fin-de». En relación con el ejemplo, puede decirse lo siguiente: «Pedro ha movido su brazo con el fin de presionar el interruptor», «Pedro ha movido su brazo con el fin de encender la lámpara», «Pedro ha movido su brazo con el fin de despertar a Claudia», etc. Cada una de las descripciones de acción seleccionadas designa una razón por la cual Pedro se ha comportado de una determinada forma. Sin embargo, un suceso sólo puede entenderse como objeto intencional, cuando el mismo es realmente la razón del comportamiento del autor. No sólo sería lingüísticamente impreciso, sino además falso, adscribir a Pedro la intención de despertar a Claudia cuando este suceso no fue la razón para haber encendido la luz.

III. Normas de comportamiento

1. El concepto de acción anteriormente explicado se basa en el concepto de alternativa y, con ello, en el modelo de un espacio-de-juego-de-comportamientos. Este espacio-de-juego-de-comportamientos es de naturaleza fáctica. Se relaciona con las reales posibilidades de una persona de decidirse entre alternativas de comportamiento. Sobre la base del espacio-de-juego-de-comportamientos fáctico, una persona puede construir un espacio-de-juego-de-comportamientos normativo, en el cual todas las alternativas de comportamiento que vienen en consideración son valoradas de acuerdo con los parámetros del derecho. Por ello, una alternativa de comportamiento es conforme a derecho cuando es compatible con las valoraciones del derecho y, en cambio, contraria a derecho cuando no lo es.

Si el ordenamiento jurídico es concebido no sólo como un parámetro de valoración de comportamientos, sino como un orden a ser realizado en

la medida de lo posible, entonces las valoraciones de comportamientos se dejan convertir en normas de comportamiento. Dichas normas se dejan definir de la mano de los conceptos de espacio-de-juego-de-comportamientos y de resultado-de-valoración. A este respecto, vale el siguiente esquema:

- (i) Si un comportamiento es valorado como conforme a derecho, y todos y cada uno de los comportamientos alternativos pertenecientes al espacio-de-juego-de-comportamientos son valorados como contrarios a derecho, entonces dicho comportamiento está jurídicamente ordenado.
- (ii) Si un comportamiento es valorado como contrario a derecho, y al menos un comportamiento alternativo perteneciente al espacio-de-juego-de-comportamientos es valorado como conforme a derecho, entonces el primer comportamiento está jurídicamente prohibido.
- (iii) Si un comportamiento es valorado como conforme a derecho, y a su respecto existe al menos un comportamiento alternativo, entonces el primero está jurídicamente permitido.

Mientras la conformidad y la contrariedad a derecho constituyen resultados de la valoración de formas de comportamientos que, a su vez, no presuponen la posibilidad de un comportamiento alternativo, los conceptos de prohibición, mandato y permiso, de acuerdo con la definición anterior, se encuentran siempre referidos a una alternativa de comportamiento. En ese sentido, las prohibiciones, los mandatos y los permisos tienen necesariamente por objeto una acción y pueden ser seguidos únicamente por medio de acciones. De ello se sigue: una persona sólo actúa de manera contraria a la norma, si a su espacio-de-juego-de-comportamientos pertenece al menos una alternativa a su conducta contraria a derecho, que esté permitida y que la persona podría haber adoptado. En otras palabras, un actuar prohibido presupone, en el sentido de una omisión, la posibilidad de un comportamiento alternativo permitido.

Dado que los tipos delictivos de la parte especial del derecho penal castigan formas de comportamiento junto con sus consecuencias, los mismos valoran el suceso por ellos descrito como generalmente contrario a derecho. Asimismo, los tipos describen la acción prohibida que el autor debe omitir mediante la adopción de una alternativa conforme a derecho. En tal medida, un autor se comporta de manera contraria a derecho cuando no adopta ninguna de las alternativas conformes a derecho pertenecientes a su

espacio-de-juego-de-comportamientos para evitar la realización antijurídica de un tipo delictivo.

Esta comprensión de las normas de comportamiento jurídico-penales implica dos importantes asunciones: por un lado, los tipos legales fijan de manera vinculante el contenido de las normas de comportamiento jurídico-penales y, por otro, los mismos fungen como criterios puramente objetivos de valoración de comportamientos. De ahí que objetivamente esté prohibido aquel y sólo aquel actuar que, junto con sus consecuencias, se corresponde con la descripción del tipo. Los criterios de valoración jurídica son independientes de si un comportamiento que satisface dichos criterios ha sido o es ejecutado. En consecuencia, la pregunta por los presupuestos bajo los cuales un comportamiento es contrario a derecho se puede plantear y responder con independencia de la pregunta de si un determinado comportamiento satisface o satisfará estos presupuestos. La primera pregunta es normativa, la segunda es de naturaliza empírica y está sujeta a las condiciones epistémicas aledañas, relativamente restringidas, propias del conocimiento y de los pronósticos humanos.

2. Una interpretación extendida en el derecho penal entiende (correctamente) las normas de comportamiento como normas de determinación, pero obtiene de ahí la conclusión errada según la cual la norma habría de indicar a su destinatario de forma concluyente, en el momento en que este todavía tiene control sobre el suceso potencialmente relevante desde el punto de vista jurídico-penal, si la acción está prohibida. Este enfoque corre el riesgo de confundir el conocimiento general sobre los criterios de valoración jurídica con el conocimiento concreto sobre el objeto de valoración situado en un espacio y en un momento determinado. De la norma sólo se deja deducir bajo qué condiciones una acción, cuando sea que ésta es ejecutada, se encuentra prohibida. La norma no señala, en cambio, si una acción determinada que alguien quisiera realizar, efectivamente exhibe o exhibirá las propiedades bajo las cuales la misma estaría prohibida. Lo que debe ser y lo que será son cosas diferentes.

Una notable vía de escape a la dificultad de compatibilizar las valoraciones del derecho con la inseguridad del conocimiento acerca del futuro es propuesta por la variante radicalmente subjetiva del finalismo. Este enfoque concibe la pregunta objetivamente empírica acerca de lo que es y lo que será como insignificante desde el punto de vista de la teoría de las normas, y sólo compara la intención del agente con la norma. La prohibición de realizar un tipo delictivo se transforma en la prohibición de querer realizar un tipo

delictivo. «El acto (obtiene) su disvalor sólo a partir de la intención de producir el resultado disvalioso.»² Lo que es objetivamente el caso no debe jugar rol alguno. La norma de comportamiento sólo hace referencia a la fase de controlabilidad intencional de un acontecimiento. Sólo podría estar prohibida una acción (final) dirigida al acaecimiento del resultado (en el sentido de una lesión del objeto del bien jurídico).³ La responsabilidad por el acontecimiento objetivo (ulterior), el resultado de lesión, sería una responsabilidad por el azar irrelevante. Así, contradice la prohibición de matar a otro quien mediante su comportamiento quiere matar. Si por esa vía se causa o no la muerte de la víctima, es desde el punto de vista de la teoría de las normas irrelevante.

Esta aproximación puede reclamar cierta plausibilidad cuando la misma se refiere a relaciones de planificación cotidianas. Un ejemplo: Fernando (F) quiere matar a Luis (L). F se provee de un arma, se esconde y, en el momento en que L se aproxima, le apunta y dispara. Sólo hay una serie de condiciones aledañas al acontecimiento que F no controla, por ejemplo, la fuerza del viento, la velocidad de desplazamiento de Luis, la precisión de disparo del rifle, etc. F parece tener pleno control sólo sobre su propio comportamiento, esto es, sobre el posicionamiento del rifle y el movimiento del dedo en el gatillo. Dado que — así reza la conclusión finalista — un autor sólo puede controlar los movimientos por él queridos, sólo éstos pueden ser objeto de la norma.

Ahora bien, es ciertamente correcto que *ex ante* F no puede partir con seguridad del hecho de que alcanzará letalmente a L. Pero suponiendo que la bala lesiona a L letalmente, ¿puede decirse en algún sentido razonable que L ha muerto casualmente? Difícilmente, pues L seguramente no estaría muerto a causa de la bala si F no hubiese disparado. De ahí que nadie sería de la idea de negar la responsabilidad de F por la muerte de L sobre la base de que para F el resultado de muerte habría sido sólo una cuestión de suerte.

Modifíquese el ejemplo: F apunta nuevamente en contra de L, pero esta vez para asustarlo. F cuenta, no obstante, con que el disparo también puede impactar letalmente a L, debido a ciertas circunstancias desfavorables. F asume la posibilidad de semejante curso de los acontecimientos y dispara. En esta variante, la muerte de L no es el objeto intencional de F. La razón de su comportamiento no es matar a L, sino asustarlo. Mientras en la primera variante, para F depende en mayor o menor medida de la suerte si logra por medio del disparo el objetivo propuesto, es decir, la muerte de L, en la

² ZIELINSKI, S. 124.

³ ZIELINSKI, S. 127.

segunda variante depende en mayor o menor medida de la suerte que F no logre el objetivo propuesto, es decir, asustar a L, y que, en su lugar, termine matándolo. Pero también en la segunda variante difícilmente podría decirse que L murió por casualidad. Pues con seguridad la bala no habría alcanzado letalmente a L, si F no hubiese disparado. El sentido de la consideración *ex post* consiste precisamente en la exclusión del azar. Debe determinarse con suficiente certeza que el resultado no hubiese acaecido si el autor se hubiese comportado de forma distinta a la que efectivamente se comportó.

La premisa finalista según la cual la acción sería un comportamiento intencional es ciertamente correcta. El problema de dicho enfoque consiste, empero, en que el mismo invierte la relación entre norma y acción. Las normas sólo pueden ser seguidas mediante acciones intencionales, pero su *lesión* en caso alguno requiere un comportamiento intencionalmente dirigido al resultado lesivo. La prohibición del homicidio excluye del espacio-de-juego-de-comportamientos como contraria a derecho a cualquier alternativa que condicione (inmediatamente) la muerte de otro, y, en tal medida, prescribe un comportamiento alternativo conforme a derecho que representa la omisión de una acción de matar a otro. Tratándose de una prohibición, la finalidad jurídicamente relevante no se refiere entonces al hacer, sino al omitir. En el ejemplo, lo que, de acuerdo con el derecho, ha de ser querido es la omisión de la acción de matar a otro.

IV. Norma y deber

1. La pregunta de si un comportamiento, junto con sus consecuencias, ostenta las propiedades que se corresponden con la descripción contenida en una norma, siempre se deja responder recién *post factum*. Desde luego, en ese momento la norma ya no puede ser seguida. Ella sólo puede ser objeto del reproche jurídico-penal dirigido al autor por no haber adoptado *ex ante* aquella alternativa de comportamiento conforme a derecho que para él resultaba posible adoptar. En este reproche, no se trata, tal como se ha mencionado, de la responsabilidad por un acontecimiento incontrolable, sino de la responsabilidad por un quebrantamiento de la norma evitable *ex ante*, es decir, de una exclusión deliberada del azar. Por el contrario, en el momento de la decisión entre distintas alternativas de comportamiento, se trata de la

valoración, con arreglo a preferencias jurídicas, de posibles formas de comportamiento futuras junto con sus consecuencias. La aplicación de la norma ocurre aquí hipotéticamente: en caso de que un comportamiento, junto con sus consecuencias, realice los elementos del tipo, el mismo es contrario a derecho.

La diferenciación entre los puntos de vista *ex ante* y *ex post* es analítica. En particular, ella no puede ser eludida por la vía de transformar prohibiciones de causación en prohibiciones de puesta en peligro. Todo comportamiento es, recién después de haber sido ejecutado, realmente antinormativo. Esto vale, tal como lo muestra el ejemplo del perjurio introducido al inicio, incluso para actos de habla cuyo sentido puede ser aprehendido recién por referencia a la consideración global de la afirmación realizada. De ello se sigue que toda decisión sobre la elección de una alternativa perteneciente a un espacio-de-juego-de-comportamientos situacionalmente dado se funda sobre un pronóstico, aun cuando éste pueda resultar, en el caso concreto, completamente irreflexivo e intuitivo. En tal medida, una norma puede desplegar para sus destinatarios sólo efectos sobre su motivación. Ella debe introducirse como preferencia en las razones para la decisión entre distintas alternativas pertenecientes a un espacio-de-juego-de-comportamientos.

2. Para poder seguir una norma, el destinatario debe ser capaz de transformar activamente lo debido en querido. Para poder realizar esto en una situación concreta, una persona debe disponer de dos capacidades: debe ser capaz de acción y de motivación. Para ser capaz de acción de una forma jurídico-penalmente relevante, una persona debe disponer del conocimiento y del poder físico necesarios para poder evitar la realización del tipo, siempre y cuando así lo quiera. Por su parte, una persona es capaz de motivación si puede formarse la voluntad de adoptar una alternativa de comportamiento conforme a derecho y puede realizar dicha voluntad gracias a su capacidad de acción. Esto exige que el destinatario de la norma conozca la valoración jurídica de su comportamiento, que pueda dirigir su conducta con arreglo a las valoraciones jurídicas y que le sea exigible la adopción de una alternativa de comportamiento conforme a derecho.

La capacidad de seguir una norma puede ser designada como el deber de comportarse conforme a la norma. En este sentido, y sobre la base de la perspectiva *ex ante*, las normas son razones vinculantes para la acción. La concreción de un deber en una determinada situación se deja ilustrar con ayuda de un silogismo práctico. Esta inferencia contiene en la premisa superior el objetivo de la acción debido como objeto intencional, es decir, lo que ha de ser debido en términos de lo que ha de ser querido. La premisa

inferior formula los conocimientos pertinentes de la persona para alcanzar su objetivo a través de una acción. Por último, en la conclusión se designa la acción a cuya ejecución la persona se encuentra obligada. La inferencia tiene, entonces, la siguiente estructura:

Premisa superior: Una persona P debe alcanzar X [equis].

Premisa inferior: P asume que ella (sólo) puede alcanzar X [equis], si hace Y [i].

Conclusión: P está entonces obligada a hacer Y [i].

En esta inferencia, la conclusión descansa sobre la conexión entre objetivo y medio con arreglo a los conocimientos y las capacidades de una persona. La conclusión implica, en tal medida, una necesidad práctica. Es evidente que una persona que debe alcanzar un objetivo debido X [equis], y que sabe que para ello puede y debe hacer Y [i], no quiere alcanzar X [equis] si omite Y [i].

3. Sin embargo, en la forma básica aquí presentada, el silogismo práctico sólo es relevante para los delitos de omisión, esto es, para los casos en que la ejecución de una acción se encuentra requerida en pos del impedimento de un resultado típico. Tratándose en cambio de los usuales delitos de comisión, la ejecución de una acción que realiza el tipo está prohibida y, en tal medida, la adopción de cualquier alternativa de comportamiento conforme a derecho se encuentra requerida. De ahí que, como conclusión de la correspondiente inferencia práctica, venga en consideración, de manera indeterminada, cualquier comportamiento conforme a derecho a través del cual se pueda evitar la realización del tipo. Para la determinación del deber de comportamiento que se sigue de una prohibición jurídico-penal, la inferencia práctica tiene entonces el siguiente contenido:

Premisa superior: Está prohibido realizar el tipo X [equis].

Premisa inferior: La persona P asume que puede realizar X [equis], si hace Y [i].

Conclusión: P está entonces obligada a omitir Y [i].

Ahora bien, si una persona hace Y [i], pese a que, de acuerdo con la premisa inferior, ella parte de la base de que X [equis] puede ocurrir si ella hace Y [i], entonces dicha persona no quiere evitar X [equis] en aquella medida que se espera de ella como persona fiel a derecho. En otras palabras, ella no reconoce lo requerido por la norma como una razón vinculante para su actuar y

quebranta, de esta manera, su deber derivado de la norma. El conocimiento mencionado en la premisa inferior autoriza a ver el comportamiento de una persona que hace *Y* [i] como lesión de un deber.

La pregunta acerca de cómo se pueden formular precisamente los presupuestos epistémicos de la premisa inferior puede quedar abierta. Pues resulta evidente que los conocimientos mencionados en la premisa inferior coinciden con el ámbito cognitivo del dolo, el cual, sin embargo, no puede ser analizado aquí. Es claro, eso sí, que el dolo debe abarcar la densidad del conocimiento que le confiere a una persona fiel a derecho un motivo suficiente para omitir una acción que potencialmente realice el tipo. En tal medida, el lado cognitivo del dolo se dejaría caracterizar como la probabilidad relevante para la decisión desde el punto de vista del autor, de realización del tipo por medio del propio comportamiento.

Para la imputación de una lesión de deber, el querer efectivo del autor no juega rol alguno. Sea lo que sea lo que éste haya querido lograr con su comportamiento, ello no fue la debida evitación de la realización del tipo.

V. La tentativa acabada

1. Tratándose de la prohibición de una acción, la conclusión del silogismo práctico designa la acción que el autor debería omitir para poder excluir la posibilidad concreta de realización del tipo delictivo. Parece, entonces, razonable considerar precisamente este comportamiento como objeto de una tentativa acabada. Pues, según la definición tradicional, una tentativa está acabada, cuando el autor, conforme su propia valoración de la situación, parte de la base de que la realización del tipo, que él mismo tiene por concretamente posible, no depende de otros pasos que él mismo deba efectuar.

Según esta determinación de la tentativa acabada, se requiere una conexión de planificación intencional entre el comportamiento del autor y el acaecimiento del resultado. Esto ha de ser enfatizado, puesto que — y esto es fácilmente pasado por alto — la tentativa con relevancia jurídico-penal se aparta de la comprensión cotidiana de dicho concepto. Coloquialmente, se suele entender como tentativa a aquel comportamiento que el agente concibe como medio apropiado para producir (inmediatamente) el resultado por él pretendido. Paradigmático a este respecto sería el ejemplo antes mencionado,

en el cual F dispara con un arma a L porque quiere matarlo. Desde el punto de vista del lenguaje coloquial, (ciertamente) no habría de ser designado como tentativa de homicidio, en cambio, el caso en que el autor quiere cazar un ciervo y advierte, con ello, la posibilidad concreta de alcanzar letalmente a un compañero de caza. Pues en este caso, la razón del disparo no es la intención de matar al compañero de caza. Pero desde el punto de vista del derecho penal, el comportamiento habría de ser visto como tentativa de homicidio, puesto que el autor estaría obligado, de acuerdo con su valoración de la situación, a omitir el disparo para evitar la producción de la muerte de otro.

VII. La tentativa inacabada

1. Mientras que la tentativa acabada, entendida como expresión de una falta de reconocimiento de la norma, por lo mismo en nada se diferencia, en cuanto a su valoración como infracción de deber, de un hecho doloso consumado, la tentativa inacabada no exhibe una correspondiente identidad estructural. A diferencia de lo que sucede con la primera, en la tentativa inacabada, el autor justamente no debe (todavía) omitir su acción para poder evitar la realización del tipo. Él puede evitar la realización del tipo simplemente por la vía de omitir aquel comportamiento que ha de ser definido como tentativa acabada. En el ejemplo: si se interpreta la acción de apuntar, la cual precede inmediatamente al disparo, como fase de una tentativa inacabada, entonces F no debe omitir la acción de apuntar como tal para evitar la causación de la muerte de L. Para ello, él sólo debe omitir disparar. Entre la acción de apuntar y la muerte de L no existe relación causal alguna que se deje aprehender con ayuda de una relación de tipo «por-medio-de». También subjetivamente la acción de apuntar descansa en una decisión independiente de la decisión de disparar, de modo que únicamente esta última decisión puede fundamentar la responsabilidad por el suceso futuro.

Por supuesto, la acción de apuntar se encuentra intencionalmente relacionada con los acontecimientos que le suceden, relación que, sin embargo, es de naturaleza indirecta. La acción de apuntar no sirve a la producción inmediata de las modificaciones causales, sino que ésta recién ha de posibilitar el disparo que condiciona causalmente tales modificaciones. En el ejemplo, F apunta a L para *poder* matarlo mediante el disparo de un arma. En otras palabras,

la acción de apuntar pertenece (desde la perspectiva de A) a las condiciones de trasfondo necesarias que crean la oportunidad para ejecutar la verdadera acción, a saber, el disparo. Con miras a la relación intencional de la acción, la acción de apuntar se deja caracterizar, entonces, como una acción auxiliar que ha de posibilitar la acción principal. Las acciones auxiliares tienen como fin habilitar la ejecución de acciones principales.

En tanto acciones auxiliares, las formas de comportamiento propias de la fase de la tentativa inacabada muestran claros paralelos con la complicidad. Con un comportamiento que se deja interpretar como tentativa inacabada, el autor se ayuda a sí mismo; él es, en cierta medida, su propio cómplice. En el ejemplo, con la acción de apuntar, F se coloca en posición de poder disparar con suficiente precisión y así impactar letalmente a B. Esta interpretación de la tentativa inacabada muestra, asimismo, por qué su conceptualización jurídico-penal precisa puede presentar importantes dificultades. Pues, en su calidad de acción auxiliar, el comportamiento interpretado como tentativa inacabada no se deja delimitar frente a otras acciones de preparación que resultan jurídico-penalmente irrelevantes. Se requiere, por ende, una vinculación específica de la acción auxiliar con la acción principal, la cual es causalmente independiente de la primera.

2. La ley penal exige para el comienzo de la tentativa un comportamiento que, de acuerdo con la representación del autor, se deje interpretar como una disposición inmediata a la acción principal. Más allá de las discusiones dogmáticas referidas a la explicación precisa del concepto de disposición inmediata, es claro que la sola colocación de una condición necesaria para la ejecución de la acción principal — como es, en el ejemplo, la obtención del arma — no fundamenta tentativa alguna. El requisito de inmediatez exige más bien la concreta configuración de la oportunidad para la ejecución de la acción principal.

A modo de ejemplo: si el autor quiere matar a su víctima con un arma, debe realizar un disparo dirigido en su contra. Si quiere prender fuego a un edificio con ayuda de gasolina, debe rociar el lugar con la gasolina. Si quiere sustraer algo de un apartamento, debe ingresar al mismo. La tentativa inacabada también tiene como objeto un comportamiento que, de acuerdo con la representación del autor, posibilita, en cierta manera *in situ*, la acción que realiza el tipo y que fundamenta su específica peligrosidad. O formulado de otra manera: mientras la tentativa acabada se refiere a la decisión sobre el *si* del hecho, la tentativa inacabada concierne la previa configuración concreta del *cómo*. Puesto que, de esta forma, acción principal y acción auxiliar

configuran el *si* y el *cómo* de la concreta realización del hecho, respectivamente, entonces parece justificado conectar normativamente a ambas con una lesión de deber punible.

3. Si a una tentativa acabada no precede decisión especial alguna sobre la configuración del *cómo* de la ejecución del hecho, entonces tampoco se deja construir una tentativa inacabada. En tales constelaciones, el comienzo y la terminación de la tentativa coinciden. Ejemplos de esto son los delitos de mera actividad, como el perjurio en el caso inicial, y los delitos de omisión impropia. La tentativa de una omisión se inicia y se acaba simultáneamente con la decisión de no adoptar la alternativa de comportamiento requerida.

VIII. Resumen

Las reflexiones anteriores pueden ser resumidas brevemente de la siguiente forma:

1. La tentativa es, según su definición, un comportamiento que no conduce o, que aún no conduce, a la realización de un tipo delictivo. En tal medida, el comportamiento a ser interpretado como tentativa no es, o todavía no es, en el sentido del correspondiente tipo, contrario a derecho. Es incluso concebible que una tentativa punible tenga como objeto una acción cuya ejecución esté, desde el punto de vista del derecho, objetivamente ordenada.

2. La presunta paradoja de que un comportamiento conforme a derecho pueda satisfacer los presupuestos de una tentativa punible, se disuelve si se distingue con exactitud entre la norma y los presupuestos de seguimiento de la misma. Las normas de comportamiento del derecho penal designan como prohibiciones a aquellas condiciones objetivas bajo las cuales un comportamiento contrario a derecho ha de omitirse en favor de uno conforme a derecho. Los criterios del seguimiento de la norma se orientan, en cambio, según el fin de la pena, el cual debe asegurar la validez fáctica de la norma. La norma vale fácticamente si es activamente convertida por sus destinatarios en un motivo vinculante para la acción. En consecuencia, se hace objeto de sanción quien no se comporta de la manera en que debería comportarse, si quisiese evitar la realización antijurídica del tipo delictivo.

3. El comportamiento que el autor, de acuerdo con su valoración de las circunstancias objetivas relevantes, debería omitir para evitar la realización

del tipo puede ser visto como tentativa acabada. Dado que el autor puede evaluar incorrectamente las circunstancias objetivas en su propio perjuicio, una discrepancia entre la valoración jurídica del acontecimiento objetivo y la valoración del acontecimiento pronosticado por el autor es, sin más, posible.

4. El objeto de la tentativa acabada es la decisión a favor de la acción que el autor, por mor de la norma, debiese querer evitar como persona leal a derecho. Sin embargo, la tentativa abarca también aquellas formas de comportamiento, a través de las cuales el autor configura la forma de ejecución de la acción a ser evitada. En tanto manifestación de la voluntad de no reconocer la norma como motivo vinculante para la acción, la tentativa (punible) comienza con el comportamiento que configura inmediatamente la ejecución del hecho.

12. Os crimes agravados pelo resultado de «dupla negligência típica» e a observância do princípio da culpa¹

12. The crimes aggravated by the result of «typical double negligence» and the observance of the principle of culpability

Alexandra Vilela

Universidade Lusófona-CUP e CUL

<https://orcid.org/0000-0002-1623-9660>

Abstract: This *abstract* subject — «The temporal dimension of guilt» — was presented in the scope of the symposium «A Culpa e o Tempo», at IJ-FDUC. It brings up for discussion the type of crimes aggravated by the result of «typical double negligence: *negligence concerning fundamental crimes, and negligence concerning the aggravating result*» (for instance, a crime in violation of negligent construction rules — the article 277.º of CP, n.º 3 — resulting from one of the aggravating events foreseen in article 285.º) (TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal*, 2016, 548 e ss). Knowing if that aggravation

¹ Entretanto, o presente artigo foi já publicado na *Julgar Online*, setembro de 2021, ocupando 14 páginas e com o seguinte link de acesso: <http://julgar.pt/author/alexandra-vilela/>.

form is closer to strict liability than it should be — which is prohibited by criminal law — comes into question because it collides with the principle of guilt, the basic pillar of criminal law. For this reason, it deserves a deep reflection to know if someone who negligently commits a crime would still be responsible — and out of negligence — for the aggravating event resulting from that same crime, although foreseen in Article 18.º of the CP. Of course, it would take for granted that other assumptions of the aggravation are verified (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, 2007, 319). In light of negligence, let us ask: how is it still possible that the aggravating event resulting from this crime is also negligently linked to the agent? — Especially considering that the agent violates an objective duty of care and that he had the conditions and capacities to predict that this violation of duty could lead him to commit *the* crime (FARIA COSTA, *Direito Penal*, 2017, 413); and that he doesn't want to commit the crime as well since there's no will to do it. Is not the aggravating event already too distant, even in time, from the moment the agent acted negligently? In this case, is not the principle of guilt already hurt? That is one of our concerns in current times of overcriminalization.

Keywords: crime — crime aggravated by the result — typical double negligence

1. O tema dos crimes agravados pelo resultado de «dupla negligência típica»² e a sua conexão (ou não) com o princípio da culpa constitui o objeto da nossa reflexão. E por assim ser, cremos pertinente deixar desde logo vincadas duas notas introdutórias que constituirão, simultaneamente, o pano de fundo desta reflexão e o horizonte do qual não nos poderemos afastar. Deste modo, em primeiro lugar, gostaríamos de recordar e assim manter presente ao longo desta reflexão que se alguns de nós continuamos a defender um Direito Penal como um direito *de ultima ratio*, um Direito penal que pode, e deve, colocar freios a tendências expansionistas, então, certamente, que a punição de uma conduta penalmente relevante cometida a título de negligência deve restringir-se ao máximo, posto que se trata de um crime não querido pelo agente. Neste enfiamento, recordamos, precisamente, que a teoria geral da infração penal foi construída, sobretudo, tendo em vista o crime doloso consumado, apresentando-se, em consequência, para alguns autores, a tentativa como

² A expressão usada entre aspas no título e, agora, aqui, é de Américo Taipa de Carvalho, em CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal Parte Geral*, 3.ª ed., Porto: Universidade Católica do Porto, 2016, pp. 548 e seguinte.

um *delictum imperfectum*³ e a negligência como uma forma de culpa apenas punida a título excecional, conforme resulta do artigo 13.º do CP português.

Sucedee, porém, que, há mais de trinta anos, Ulrich BECK designou a sociedade de então como a do risco, porque, na verdade, o risco — ou se se preferir numa linguagem mais próxima de FARIA COSTA, o *perigo* — intensificou-se não só para bens jurídicos com dignidade penal de carácter individual, como também relativamente a uns outros — estes de pendor supraindividual, entretanto elevados a bens jurídico-penais.⁴

Deste modo, se temos de aceitar a expansão dos crimes cometidos a título de negligência, embora o crime negligente se apresente como exceção em sede do Código Penal português, como atrás vimos, então a sua construção deverá merecer aturada reflexão da parte do legislador, sob pena de esse mesmo crime poder transpor os limites da culpa.

Dito isto, passemos, agora, em segundo lugar, a algumas considerações acerca do papel que concedemos ao princípio jurídico-penal da culpa: tal como é sabido, apenas ao Homem livre e autónomo lhe pode ser assacada a culpa jurídico-penal, enquanto categoria dogmática da conduta penalmente relevante. Apenas ele pode sofrer um juízo de censura penal, justamente porque a liberdade lhe permite optar pela violação da norma penal, quando, ao invés, a podia e devia respeitar. Assim, por exemplo, a conduta daquele que age em situação de inexigibilidade, embora possa ser típica e ilícita, não poderá ser considerada culposa. Daí que, sob o ponto de vista material⁵, a culpa possa ser entendida como «o juízo de desvalor ou de censura que os outros

³ Em sentido contrário, defendendo que a tentativa se apresenta como *delictum perfectum*, v.g. FARIA COSTA. Com efeito, o autor, invocando o *desvalor de intenção* e o *desvalor de resultado*, salienta que «enquanto na negligência não há desvalor de intenção, mas há fundamentalmente desvalor de resultado, na tentativa temos desvalor de intenção, mas não há desvalor de resultado. Estes patamares intermédios não são nem mais nem menos “perfeitos” ou “imperfeitos” se comparados com aqueles que relevam da consumação». Mais à frente, desenvolvendo o conceito de *soma de desvalor criminal*, acrescenta que a tentativa «deve ter o mesmo estatuto normativo que é atribuído aos comportamentos consumados». Cf. José de FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa-Nacional Casa da Moeda, 2017, 527.

⁴ A propósito da sociedade do risco e os seus efeitos no âmbito do Direito Penal, cf. Augusto Silva DIAS, «Delicta in Se» e «Delicta Mere Prohibita», Coimbra: Coimbra Editora, 2008. A dado passo do seu estudo, o autor diz-nos que, atualmente, «o Direito Penal tanto protege estruturas normativas que regem a interacção mundivivencial, assegurando, desse modo, funções de integração social, como reforça, através das suas normas de sanção, deveres jurídicos criados no interesse do controlo administrativo de certas disfuncionalidades económicas, realizando neste âmbito funções de integração sistémica». Justamente a propósito desta segunda nota, o autor conclui que «ao ser empregado como “meio” sistémico, o Direito Penal sofre uma dinâmica funcionalizante e expansiva, que conduz a uma ampla zona de sobreposição entre crimes (em sentido formal) e contra-ordenações, contribuindo para o incremento dos “delicta mere prohibita” e para a “colonização” dos espaços de liberdade dos cidadãos»; página 580 da já referida obra.

⁵ Por contraposição ao prisma material, sob o ponto de vista formal, a culpa liga-se à possibilidade de o facto penalmente relevante ser imputado subjetivamente ao agente.

podem fazer sobre o comportamento jurídico-penalmente relevante quando o agente podia e devia ter agido de outra maneira»⁶. Ou, ainda, dizendo-o com KINDHÄUSER, a «origem da legitimação do direito apenas se pode encontrar na autonomia do indivíduo. Quanto ao direito penal, daqui tem que se extrair a consequência de que também a culpa jurídico-penal se há-de determinar em conformidade com a autonomia que corresponde a cada cidadão. Quem pode pretender ter a capacidade de tomar posição fundadamente sobre as normas, também tem que se assumir como capaz de seguir essas normas»⁷. Bem se vê, pois, que a culpa constitui uma homenagem à liberdade e, em última instância, apresenta-se como emanação da dignidade da pessoa humana.

Simultaneamente, o princípio da culpa constitui «um *contrapoder* à legitimidade punitiva do Estado»⁸, na medida em que apenas o Homem livre pode ser objeto de censura jurídico-penal, devendo o juiz averiguar da sua existência, ao mesmo tempo que deverá respeitar o princípio do número 2 do artigo 40.º do Código Penal português, segundo o qual em «caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa».

Porém, a importância do princípio da culpa não se esgota na sua relação com a liberdade, pois que tal princípio trouxe-nos algo de veras importante, qual seja a superação, ainda que gradual, «do modelo de responsabilidade penal objectiva — ancorado no *versari in re illicita*»⁹. Ainda assim, com FIGUEIREDO DIAS, é bom termos presente que o *versari in re illicita*, segundo o qual «quem pratica um ilícito responde pelas consequências, mesmo que causais que dela promanam», embora não sendo compatível com o princípio da culpa, também ele representou um «passo importante no sentido da *limitação da pura responsabilidade pelo resultado* em que assentaria o direito germânico antigo e o início de uma longa caminhada em direcção [...] ao princípio da culpa»¹⁰, na medida em que, de acordo com este princípio, ao agente só podiam ser imputados os resultados desvaliosos, desde que eles derivassem de uma ação ilícita do agente. Na verdade, não esqueçamos que, em algumas ordens jurídicas primitivas, como por exemplo a germânica,

⁶ Cf. José de FARIA COSTA, *Direito Penal*, 349-350. A propósito do que em texto se diz quanto às relações entre culpa e liberdade, veja-se do mesmo autor e na mesma obra páginas 360-365, em especial página 365.

⁷ Cf. Urs KINDHÄUSER, «Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático», in Urs KINDHÄUSER; Juan Pablo MAÑALICH, *Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático*, Lima: ARA Editores, 2009, 228 e s.

⁸ Cf. José de FARIA COSTA, *Direito Penal*, 372 e s.

⁹ Cf. José de FARIA COSTA, *Direito Penal*, 354.

¹⁰ Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, vol. I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 315 e s. Para um estudo mais desenvolvido sobre as vicissitudes pelas quais passou o crime agravado pelo resultado, cf. do mesmo autor e na mesma obra páginas 315-321.

«o agente respondia penalmente pelo resultado desvalioso derivado da sua ação, *mesmo que esta não fosse ilícita*», assim se prevendo uma «rigorosa responsabilidade penal objectiva»¹¹.

Em síntese conclusiva, dir-se-á que, ao elevar-se o princípio da culpa a princípio jurídico-penal fundamental de um Estado de Direito, com TAIPA DE CARVALHO, recusou-se toda e qualquer forma de responsabilidade penal objectiva e passou-se a condicionar a responsabilidade penal pelo resultado a duas exigências cumulativas: a primeira impunha que «o *resultado fosse uma consequência adequada da ação*», e a segunda traduzia-se na exigência de culpa, «a título de *negligência do agente, relativamente ao resultado* ocorrido em consequência da sua ação». Ainda com o autor, em data anterior à da entrada em vigor do Código Penal de 1982, autores como FERRER CORREIA, EDUARDO CORREIA e FIGUEIREDO DIAS defenderam precisamente «que a agravação da pena aplicável ao tipo de crime fundamental [...] só era, jurídico-penalmente, legítima, quando houvesse culpa negligente relativamente ao resultado não doloso», sendo que, até ao atual artigo 18.º do Código Penal, «a questão da responsabilidade penal pelo resultado girou em torno da figura do crime preterintencional»¹², o que, ao momento atual, se não verifica, como melhor veremos adiante.

Aqui chegados, entremos agora no tema que nos propomos abordar, enquadrando-o no âmbito dos crimes qualificados pelo resultado, que se encontram previstos no artigo 18.º.

2. Os crimes agravados pelo resultado de «*dupla negligência típica*», com TAIPA DE CARVALHO, são aqueles em que se verifica «negligência relativamente ao crime fundamental e negligência relativamente ao resultado agravante», resultado este que constitui também um elemento de um tipo legal de crime, dando como exemplo o caso de infrações das regras de construção por negligência, previsto no n.º 3 do artigo 277.º, conjugado com o artigo 285.º Será, pois, a partir destas normas que iremos tratar o problema que aqui trazemos, congregando a seguinte situação: *Alberto, negligentemente, destrói na totalidade um alarme de incêndios, aparelho destinado a prevenir acidentes existente no seu local de trabalho* (n.º 3 do artigo 277.º). «*Desse modo*», criou negligentemente perigo de vida relativamente ao seu colega *Bráulio* (n.º 2 do artigo 277.º). *Dois dias mais tarde, resultou a morte de Bráulio, fruto do crime*

¹¹ Cf. Américo TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal – Parte Geral*, 3.ª ed. Porto: Universidade Católica do Porto, 2016, 541.

¹² Cf. Américo TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal – Parte Geral*, 542 e s.

cometido por Alberto, verificando-se, em consequência, a agravação pelo resultado, prevista no artigo 285.º, com a elevação da pena.

A nosso ver, a questão que aqui se coloca é a de saber se é possível imputar a título de negligência ao agente um evento agravante (morte) que ocorreu fruto de um crime fundamental cometido a título de negligência (destruição negligente de um aparelho destinado à segurança e criação negligente de perigo de vida), daqui decorrendo um regime punitivo mais gravoso do que aquele que resulta do das regras do concurso. Por outras palavras: as dúvidas que temos residem em saber se a um agente lhe pode ser imputado, a título de negligência, o evento agravante «morte de uma pessoa», morte essa que surge na sequência da prática de um crime também ele cometido negligentemente. Será, enfim, que relativamente à produção desse mesmo evento ainda se pode afirmar a existência de culpa negligente?

3. É de sufragar a orientação expressa por vários autores segundo a qual o artigo 18.º do CP introduzido com o CP de 1982 acolhe não apenas a figura do crime preterintencional, como também outras formas de agravação¹³, parecendo, igualmente, que caberão aqui aquelas em que, tal como esta que ora nos ocupa, se está perante uma combinação de negligência-negligência. Na verdade, da análise de tal norma, podemos concluir, primeiro, que apenas se exige a imputação do resultado ao agente pelo menos a título de negligência (segunda parte da norma)¹⁴; segundo: que, ao referir-se ao crime fundamental, não alude à necessidade de ele ser doloso, já que recorre tão-somente à expressão «um facto» contida na frase condicional «[q]uando a pena aplicável a um facto».

Deste modo, podemos afirmar, com Maria Paula Ribeiro de FARIA, que esta modalidade de agravação de que ora curamos, tal como outras que se não

¹³ Nesse sentido, cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 318 e s., salientando, igualmente, que o «crime agravado pelo resultado» referido no artigo 18.º do CP [...] representa a muitos títulos o **abandono da figura do “crime preterintencional”**». Cf. página 318. Por sua vez, Damião da CUNHA, depois de proceder a uma análise das diferentes combinações, acaba por concluir que «o âmbito de aplicação do artigo 18.º é mais reduzido do que inculca a formulação “pelo menos a título de negligência”, abrangendo apenas e só as situações de dolo e negligência». Cf. J. Damião da CUNHA, «Tentativa e participação nos crimes preterintencionais», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2/4 (1992), 563 e s, e 578.

¹⁴ A propósito da expressão referida no artigo 18.º, «pelo menos a título de negligência», Damião da CUNHA refere que «a negligência é sempre limite mínimo e máximo da imputação do evento agravante». No entanto, precisa, outrossim, que esta norma do artigo 18.º vale como norma geral em relação aos preceitos da parte especial, os quais podem impor derrogações, seja quanto ao limite mínimo, seja quanto ao limite máximo». Já não caberão aqui, segundo o mesmo autor, e com razão segundo cremos, os casos em que estamos perante uma combinação dolo-negligência em que há dolo na conduta típica e «o evento mais grave constitui um perigo (em regra concreto)». Cf. J. Damião da CUNHA, «Tentativa e participação nos crimes preterintencionais», 578.

deixam subsumir ao crime preterintencional, partilham «entre si a mesma lógica e a mesma estrutura que correspondem à formulação do artigo 18.º do Código Penal»¹⁵. Tal significa que, no caso de negligência-negligência que tratamos, para que haja agravação da pena devido ao evento agravante, nos termos do artigo 285.º do Código Penal, é necessário: *a)* que se verifiquem todos os elementos do crime fundamental, entre os quais o perigo concreto de vida; *b)* que se verifique o resultado morte, enquanto evento agravante; *c)* que se possa efetuar a imputação desse resultado agravado ao perigo concreto associado à conduta do agente; *d)* e que se possa imputar, a título de negligência grosseira, esse resultado agravado ao perigo criado pelo agente.¹⁶

Se assim deverá ser, e dado que é a negligência que está presente no crime fundamental, bem como no evento agravante, é legítimo concluirmos que Alberto não quis destruir o aparelho destinado à segurança, nem muito menos quis provocar perigo para a vida de Bráulio, posto que o elemento volitivo está totalmente ausente da conduta negligente.

Por sua vez, no plano da representação da factualidade típica, isto é, no plano do elemento intelectual, são suscetíveis de serem pensadas duas situações: ou o agente representou «como possível a realização do facto que preenche um tipo legal de crime»¹⁷ (negligência consciente). Ou, ao invés, pura e simplesmente, no momento da sua atuação, o agente nem sequer chegou a representar que, com a sua conduta, poderia dar lugar ao preenchimento do tipo legal de crime, hipótese que se assume como de negligência inconsciente.

Ora, se assim é, a pergunta que se coloca é a seguinte: será legítimo agravar o regime punitivo do agente pelo resultado agravado *morte*, tal como estatui o artigo 285.º do Código Penal, quando o crime fundamental, do qual faz parte o perigo de vida, é negligente?

A resposta à questão que colocamos reclama, em nosso juízo, uma reflexão, ainda que perfunctória, sobre o crime preterintencional e a íntima fusão que nele se opera entre o crime fundamental doloso e o evento agravante típico e que, em retas contas, permite a imputação subjetiva do evento agravante

¹⁵ Cf. Maria Paula Ribeiro de FARIA, *Formas especiais do crime*, Porto: Universidade Católica Editora Porto, 2017, 132.

¹⁶ José de Faria, *Direito Penal*, 277. FIGUEIREDO DIAS destaca que a razão material da agravação do crime agravado pelo resultado «reside na especificidade do nexo entre o crime fundamental e o resultado agravante. Esta especificidade consubstancia-se [...] no perigo normal, típico quase se diria necessário, que, para certos bens jurídicos, está ligado à realização do crime fundamental; e consequentemente na negligência grosseira em que incorre o agente que, violando o cuidado imposto, não previu, ou não previu correctamente a possibilidade de da sua conduta fundamental resultar o evento agravante». Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 319.

¹⁷ As expressões entre aspas correspondem a parte da alínea *a)* do art. 15.º do Código Penal.

ao agente: no crime preterintencional, o agente representou e quis cometer o crime fundamental doloso, impendendo, ainda, sobre ele o dever de representar que a conduta fundamental dolosa constituía um perigo específico de produção do evento agravante. Em uma outra formulação, podemos salientar, com Helena MONIZ, que «o elemento específico dos crimes preterintencionais residia em um perigo (*normal*) tipicamente inerente a uma conduta base»¹⁸. Isto é, o agente tem conhecimento da factualidade típica e, ao ser assim, é natural, é normal, que o agente deva prever que os efeitos do crime podem exceder a sua intenção ao cometê-lo.

Por outras palavras ainda, o agente pode ser censurado a título de negligência grosseira pela produção do evento agravante porque se, num primeiro momento, representou e quis praticar o crime fundamental doloso, em um segundo momento, também deveria ter previsto que, desse seu crime fundamental doloso, poderia surgir um evento típico agravante.

No âmbito da preterintencionalidade, a imputação subjetiva negligente do evento agravante só pode ser levada a cabo porque ela repousa num lastro de conhecimento e de vontade próprios do dolo, a que se associa ainda a necessidade de representar o perigo específico de produção do evento agravante. Ou seja, o evento agravante só se pode prender definitivamente ao agente, porque, ao levar a cabo o crime fundamental, ele está perfeitamente esclarecido da conduta que pretende praticar e é essa mesma conduta que ele pretende levar a cabo. Por isso se diz, com MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, que aqui («tipo subjectivo de ilícito doloso») existe uma «congruência completa entre o lado subjectivo e o lado objectivo do ilícito»¹⁹. Mas o agente deve, igualmente, estar ciente da perigosidade acrescida que essa mesma conduta representa para a produção do evento agravante. Por outras palavras ainda, o lastro (crime fundamental doloso) onde repousa o evento agravante é denso e forte, porque encerra conhecimento e vontade.

No fundo, o que estamos a pretender afirmar, com FARIA COSTA, é que nos crimes preterintencionais há um crime fundamental doloso e um evento agravante, consubstanciado por um crime negligente, que foi para além do dolo do crime fundamental. Assim, ainda com o autor, verificando-se «estes dois elementos, dá-se uma agravação da pena relativa à fusão destes dois crimes, o doloso e o negligente», sendo ainda certo que o «cimento agregador dos dois

¹⁸ Cf. Helena MONIZ, *Agravação pelo Resultado? Contributo para uma Autonomização Dogmática do Crime Agravado pelo Resultado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 403.

¹⁹ Cf. Maria Paula Ribeiro de FARIA, *Formas especiais do crime*, 101 e s.

crimes integrantes do crime preterintencional — e que fundamentam esta agravação — reside no “perigo típico” de produção do resultado agravante»²⁰.

4. Ora, se o problema se coloca desta forma, quando nos encontramos no âmbito dos crimes preterintencionais, as coisas mudam radicalmente de figura ao saltarmos para a dupla negligência típica. Com efeito, se o agente atuar com negligência consciente quanto ao crime fundamental, no caso que nos serve de exemplo, significa que, embora Alberto tenha representado como possível a destruição do aparelho de segurança, bem como a colocação da vida de Bráulio em perigo, ele não se conformou com o preenchimento do tipo fundamental ou confiou em que tal perigo de vida não se iria produzir.

Segundo cremos, já por aqui, no caso de negligência consciente, começa a ser nítido que o lastro onde o legislador faz repousar o evento agravante passou de mais forte a mais ténue, porque, embora a representação exista e até possa ser igual nos casos de atuação com dolo eventual e com negligência consciente, sempre se dirá que a avaliação feita por Alberto quanto ao perigo de vida de Bráulio conduziu-o a concluir que este perigo estava afastado. Passamos do âmbito de uma representação clara e de uma vontade também ela existente (dolo) para o campo da dúvida, para o campo da negligência, onde, conforme afirma FÁRIA COSTA, está presente uma certa ideia, ainda que limitada, de aleatoriedade.²¹ Por isso, no caso em apreço, podemos afirmar que, no caso da negligência consciente quanto à conduta fundamental, se Alberto confiou que não existia perigo de vida para Bráulio, jamais poderia equacionar a existência de probabilidade de morte do seu colega. No entanto, ainda assim, os artigos 285.º e 277.º não deixam de o punir mais severamente por causa da morte resultante do perigo negligente de vida.

Se pensarmos na negligência inconsciente, o regime punitivo resultante dos artigos 285.º e 277.º revela-se ainda mais difícil de aceitar, na medida em que não só nos encontramos no campo da ausência de vontade, como também no da falta de representação, sendo que a censura dirigida ao agente assenta no facto de ele poder e dever fazer aquela representação. E, se a representação não existe, então isso significa que o agente desconhecia, naquele caso concreto, o fator de risco que pode conduzir ao perigo de vida ínsito na conduta fundamental. Então, se assim é, como podemos nós fazer assentar neste perigo de vida negligente a causa da morte de Bráulio, enquanto evento agravante?

²⁰ Cf. José de FÁRIA COSTA, *Direito Penal*, 277.

²¹ Cf. José de FÁRIA COSTA, *Direito Penal*, 411.

Se é certo que podemos imputar objetivamente a morte ao perigo de vida, no sentido de ligar causalmente a primeira à segunda, fruto da conduta do agente, já não o podemos fazer em sede de imputação subjetiva, porque se o agente previu mal, ou não previu o perigo de vida (crime fundamental), mesmo podendo e devendo tê-lo previsto, não pode, em circunstância alguma, prever — ou dever prever — que daquele crime fundamental resultaria o evento agravante *morte*.

No fundo, segundo o que nos quer parecer, assentar a agravação de um resultado em cima de uma culpa negligente vai para além daquilo que o próprio princípio da culpa permite, porque, conforme sabemos, o que está subjacente (ou pelo menos deveria estar) ao crime agravado pelo resultado é um regime punitivo mais gravoso do que aquele que resultaria da aplicação das regras do concurso.

5. Acresce ainda um outro ponto colocado em destaque por Helena MONIZ, quando à pergunta de se saber «se poderá integrar no crime agravado pelo resultado o caso em que a conduta base é punida autonomamente sob a forma de crime de perigo concreto» responde: «[p]arece-nos que não, quando aquele perigo concreto constitua uma antecipação da tutela penal do bem jurídico que foi efectivamente lesado com a ocorrência do resultado.»²² Neste caso, isto é, «quando a conduta base integra um crime de perigo concreto e a agravação tem lugar quando aquele perigo concreto é materializado, não estamos perante um crime agravado pelo resultado, dado que não temos a punição de uma ilicitude adicional, mas sim a violação acabada de um mesmo bem jurídico cuja protecção tinha sido antecipada». Em nota de rodapé, conclui, enfim, que, neste caso, se trata do mesmo bem jurídico que foi colocado, primeiro, «em perigo e mais tarde lesado com a verificação do resultado material», aqui, a morte.²³

Não admira que Helena MONIZ assim conclua, pois, que em outra passagem deste seu estudo, refere, a nosso ver com toda a razão, que «aquilo que justifica a agravação da moldura penal», no âmbito do crime agravado pelo resultado, «atento o sentido global do ilícito, é a lesão ou a colocação em perigo de outro bem jurídico (distinto do lesado ou colocado em perigo com a conduta base), sendo o resultado material a concretização do perigo inerente à realização da conduta base que acrescenta um desvalor de perigo ao desvalor de acção e de resultado que anteriormente já ocorriam com a

²² Cf. Helena MONIZ, *Agravação pelo Resultado*, 768.

²³ Cf. Helena MONIZ, *Agravação pelo Resultado*, 768 e nota 3, nessa mesma página.

conduta base»²⁴. Ora, refletindo sobre o que vai dito, bem vemos que, no caso que temos vindo a analisar, apenas se encontra presente a proteção dada a um único bem jurídico: primeiro, sob a forma de colocação em perigo, depois, com a sua destruição.

Em termos genéricos, continuamos a acompanhar a autora ao afirmar que, embora estejamos perante uma «combinação negligência-negligência», esta não pode ser integrada no conceito de crime agravado pelo resultado.²⁵

6. Assim, se é certo que Alberto não deve ficar impune porque, com a sua conduta negligente, deu causa à morte de Bráulio, também se revela possível punir o agente pelo resultado morte, não com recurso a um crime agravado pelo resultado, mas simplesmente através de um crime em que à conduta base negligente, traduzida na violação do dever objetivo de cuidado, se some a produção da morte negligente. Aliás, nesta situação, o resultado negligente *morte da vítima* engloba necessariamente o resultado negligente *colocação da vida da vítima em perigo*, razão pela qual esta colocação em *perigo de vida* seria consumida pelo dano *morte*.

Enfim, o que estamos a pretender significar é que ninguém pode ser punido por uma morte negligente sem que tenha sido negligente relativamente ao perigo de vida.

Por isso, esta construção de dupla negligência típica conduz a que o agente seja punido para além da sua culpa, na medida em que é censurado não apenas pelo perigo de vida negligente, mas também é censurado de forma agravada pelo resultado negligente *morte*, sendo que a censura pela *morte* encerra já a censura pelo *perigo de vida*, o que manifestamente viola o princípio da culpa. Consequentemente, também por aqui somos conduzidos a um regime punitivo que sempre excederá a medida da culpa.

Diga-se, ainda, que também não conseguimos salvar os crimes em análise, e assim justificar a agravação, invocando os argumentos de Maria Paula Ribeiro de FARIA, segundo os quais a punição agravada para a combinação

²⁴ Cf. Helena MONIZ, *Agravação pelo Resultado*, 529 e s.

²⁵ Desenvolvidamente sobre este ponto, cf. página 497 e s. E a página 507 escreve: «[P]arece-nos mais que os casos de crime de perigo comum com resultado morte, tal como estão previstos, são verdadeiros crimes qualificados uma vez que o bem jurídico protegido é o mesmo, pois o bem jurídico que é protegido pelo [...] “crime base” é exactamente o mesmo que se pretende proteger com a efectiva verificação do “resultado agravante”, que constitui a efectiva lesão do bem jurídico, antes tutelado de forma antecipada com a punição da conduta que apenas tinha criado um perigo concreto de lesão daquele. Não se pode dizer que nestes casos o “resultante agravante” constitua a materialização de um perigo típico e normal da conduta base em relação a um outro bem jurídico, distinto do punido pelo tipo legal que tipificou aquela conduta base, pelo que a ilicitude intensificada característica do crime agravado pelo resultado parece não existir e, com isto desaparece a justificação para a afirmação de um específico tipo de ilícito e tipo de culpa deste crime complexo.»

negligência-negligência repousa, neste caso, «sobretudo em considerações de política criminal, que pretendem ver [...] em certas formas de concurso de dois crimes negligentes, manifestações de uma ilicitude e culpa agravadas da parte do agente, susceptíveis de justificar uma maior penal, e daí a sua previsão diferenciada»²⁶. E esta nossa convicção, de que nem assim os conseguimos salvar, não se afasta, nem se atenua, mesmo sabendo que os crimes agravados pelo resultado se encontram sujeitos ao princípio da taxatividade, devendo, em consequência, a agravação estar prevista numa norma penal da parte especial do Código Penal.

6.1. A nosso ver, todo o universo de problemas que analisámos agrava-se ainda mais se, por acaso, entre a colocação negligente em perigo de vida (crime fundamental) e o evento agravante morte ligado àquele negligentemente mediar uma relativa distância temporal, pois que, nesse espaço de tempo, podem intrometer-se muitas outras concausas da morte e, desse modo, tornar mais difícil (para não dizer mesmo impossível) a tarefa de imputar o evento agravante ao crime fundamental.

Claro que, em bom rigor, o problema que ora levantamos é de imputação objetiva e não subjetiva. Todavia — e é bom que não o esqueçamos —, a estrutura fundamental da conduta punível comporta o estudo e a análise das questões de tipicidade (onde se insere este da imputação objetiva, entre outros) e de ilicitude e, posteriormente, a verificação da existência (ou não) da culpa criminal.²⁷ Ainda assim, mesmo num caso com estes contornos, poderá existir a tentação de condenar o agente pelo crime fundamental negligente, agravado pelo evento morte, ligado este negligentemente ao perigo de vida, situação que, então, vai mais ainda ao arrepio do princípio da culpa.²⁸

7. É tempo de concluir e fazemo-lo, respaldados no raciocínio de Helena MONIZ e no caso que nos serviu de base para a presente reflexão, dizendo que ele não constitui um caso de verdadeira agravação pelo resultado.

Para além dessa conclusão, estamos, ainda, em crer que, em situações como esta, o princípio da culpa sai tocado, pois, por um lado, o evento agravante não repousa na ação de um crime fundamental doloso, em que a representação

²⁶ Cf. Maria Paula Ribeiro de FARIA, *Formas especiais do crime*, 132.

²⁷ A este propósito, recordamos a afirmação de FARIA Costa, que acompanhamos de perto, segundo a qual «a clivagem conceitual entre o ilícito-típico e a culpa corresponde a duas exigências axiológico-normativas verdadeiramente fundantes do Estado de direito material e responsáveis pela reafirmação da necessidade da existência de uma ordem jurídico-penal: o princípio da segurança de todos os cidadãos e o princípio da culpa». Cf. José de FARIA COSTA, *Direito Penal*, 223.

²⁸ A este propósito, de forma desenvolvida quanto à jurisprudência alemã, cf. Claus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, trad. de la 2.ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Diego Manuel, García Conlledo, Miguel Díaz y Vicente Remesal, Javier, Navarra: Civitas, 2006, 332-334.

e vontade de o praticar estão presentes, mas repousa num crime negligente, em que não há intenção de o praticar e a representação da conduta penal ou não existe ou é defeituosa, como atrás vimos. Por outro, o agente é punido pelo perigo de dano que provocou ao bem jurídico *vida* e pelo dano *morte* de forma mais gravosa.

No entanto, ainda assim, sempre encontramos doutrina que, ao reconduzir o presente caso ao artigo 18.º do Código Penal, continua a tratá-lo como um verdadeiro caso de agravação da pena pelo resultado, embora FIGUEIREDO DIAS juntamente com alguns autores espanhóis afastem as combinações negligência-negligência dos crimes agravados pelo resultado²⁹. Aliás, Mir PUIG salienta, ainda a propósito dos crimes agravados pelo resultado, que do atual CP espanhol foi retirada uma norma semelhante à do artigo 18.º do CP português, o que, para si, «pode responder à vontade de suprimir totalmente os crimes agravados pelo resultado da Parte Especial» daquele código³⁰, sendo que Helena MONIZ também nos recorda o facto de o CP alemão ter abandonado esta forma de agravação aquando da «Grande Comissão de Reforma» daquele Código.³¹

Podemos, no entanto, ir ainda mais longe e deixar aqui a nota dada por ROXIN, não quanto a esta forma de agravação de negligência-negligência, mas quanto aos crimes agravados pelo resultado em que a conduta fundamental é dolosa e o evento agravante negligente. Assim, segundo este autor, no Direito Penal alemão, atualmente, discute-se a legitimidade sob o ponto de vista de política jurídica desta clássica forma de agravação: enquanto alguns autores alegam contra eles «as molduras penais excessivamente elevadas», conduzindo, desse modo, à violação do princípio da culpa ou do da igualdade, considerando-os, em consequência, inconstitucionais, outros, como, por exemplo, o próprio ROXIN, aceitam-nos, embora sujeitos não apenas «a uma ampla restrição», como também a alguns ajustes impostos pelo princípio da igualdade.³²

²⁹ Segundo se deu conta *supra*, parece-nos que também Damião da CUNHA exclui esta combinação negligência-negligência da agravação pelo resultado. A este propósito, veja-se as nossas notas 12 e 13.

³⁰ Cf. Santiago Mir PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed. Buenos Aires: Julio César Faria (ed.), 2008, 302 e s. Cf., igualmente, Helena MONIZ, *Agravação pelo Resultado*, 491 e s., nota 48, a propósito do Direito Penal espanhol.

³¹ Cf. Helena MONIZ, *Agravação pelo Resultado*, 490 e s.

³² Parece-nos que o entendimento de FARIA COSTA e de FIGUEIREDO DIAS suprarreferido não se distanciará muito do deste autor. Cf. Claus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, 330 e ss. ROXIN diz-nos que essa ampla restrição se traduz na provocação do resultado mais grave a título de negligência grosseira. Assim, para os crimes agravados pelo resultado morte (os que se encontram em primeiro plano, na sua opinião) apenas se consideravam como delitos base as «acções altamente perigosas para a vida e que pressupõem um grau intermédio entre o homicídio doloso e o negligente e que justificam um

Seja como for, hoje, em tempo de hipercriminalização, devido à criação de novos bens jurídicos com dignidade penal e à multiplicação das suas formas de proteção, seja, ainda, através da antecipação penal da sua tutela, por exemplo, através dos crimes de perigo abstrato³³, ou pela previsão massiva de condutas punidas a título de negligência, urge que tenhamos bem presente a culpa enquanto princípio basilar do Direito Penal e não abdicar deste princípio ou sequer contribuir para o seu enfraquecimento.

Referências bibliográficas

- CUNHA, J. Damião da, «Tentativa e comparticipação nos crimes preterintencionais», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ISSN: 0871-8563, Coimbra: Coimbra Editora, 2/4 (1992), 561584
- DIAS, Augusto Silva, «*Delica in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*», Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN: 978-972-321-656-1
- FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Formas especiais do crime*, Porto: Universidade Católica Editora Porto, 2017, ISBN: 978-989-883-521-5
- FARIA COSTA, José de, *Direito Penal*, Lisboa: INCM, 2017, ISBN: 978-972-272-605-4
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral*, t. I, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN: 978-972-322-108-4
- KINDHÄUSER, Urs, «Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático», in KINDHÄUSER, Urs e MAÑALICH, Juan Pablo, *Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático*, Lima: ARA Editores, 2009, ISBN: 978-997-467-672-5, 201229.
- «Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación ética-jurídica de la pena criminal», in KINDHÄUSER, Urs e MAÑALICH, Juan Pablo, *Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático*, Lima: ARA Editores, 2009, ISBN: 978-997-467-672-5, 1738
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 8.^a ed., Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2008, ISBN: 978-844-770-578-8

marco penal especial». Cf., de novo, páginas 331 e s.

³³ Quanto aos crimes de perigo abstrato, veja-se a reflexão interessantíssima e altamente pertinente levada a cabo por KINDHÄUSER. Segundo o autor, a necessidade sentida de segurança quanto a alguns bens jurídicos conduz o legislador à criação de crimes de perigo abstrato. Assim, estes, juntamente com as condições objetivas de punibilidade, «representam um ponto criticamente nevralgico do Direito penal. Uma luta férrea para incluir o Direito penal em uma estratégia de humanidade não é compatível com a histeria da política da segurança». Cf. Urs KINDHÄUSER, «Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación ética-jurídica de la pena criminal», in Urs KINDHÄUSER; Juan Pablo MAÑALICH, *Culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático*, Lima: ARA Editores, 2009, 36-38.

MONIZ, Helena, *Agravação pelo Resultado? Contributo para uma Autonomização Dogmática do Crime Agravado pelo Resultado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, ISBN: 978-972-321-742-1

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, trad. de la 2.^a edición alemana y notas por Luzón Peña, Diego Manuel, García Conlledo, Miguel Díaz y Vicente Remesal, Javier, Navarra: Civitas, 2006, ISBN: 978-844-705-035-2

TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal – Parte Geral*, 3.^a ed. Porto: Universidade Católica do Porto, 2016, ISBN: 978-989-883-509-3

(Página deixada propositadamente em branco)

13. *Dolus generalis* e o princípio da culpa:

o problema da simultaneidade

13. *Dolus generalis* and the principle of culpability:

the issue of simultaneity

Inês Fernandes Godinho

Universidade Lusófona-CUP e CUL do Porto

Univ Coimbra, Instituto Jurídico

<https://orcid.org/0000-0003-0823-6985>

Abstract: The cases of *dolus generalis* are paradigmatically those in which the actor, in the erroneous belief of having produced the result with a first action, carries out a second action which, without the knowledge of the actor, is the one that produces the result. The epitome of these situations is the (supposed) cover-up of a crime that the actor thinks has already been consummated.

In dogmatic terms, the problem of *dolus generalis* is usually dealt with in the context of the mistake on the causal process. However, this dogmatic location of the problem does not seem to truly reflect its meaning. To identify the main dogmatic traits of this problem, an analysis of a case decided by the German Federal Supreme Court (BGH) will be undertaken, summoning the principle of simultaneity and thus aiming at new light on the dogmatic integration of *dolus generalis*.

Keywords: *Dolus generalis* — principle of culpability — mistake in criminal law — principle of simultaneity

Introdução ao problema-caso

Os casos de *dolus generalis* são paradigmaticamente aqueles em que o agente, na crença errónea de ter produzido o resultado com uma primeira ação, leva a cabo uma segunda ação que, sem o conhecimento do agente, é aquela que vem a produzir o resultado.¹ A epítome destas situações é o (suposto) encobrimento de um crime que o agente julga já ter sido consumado.

Em termos dogmáticos, o problema do *dolus generalis* é usualmente tratado no contexto do erro sobre o processo causal ou, se quisermos, um problema atinente à «conexão entre a acção e o resultado»². Todavia, esta localização dogmática do problema não nos parece refletir o seu significado, ademais que as considerações a propósito da relevância do erro no âmbito do erro sobre o processo causal não se parecem ajustar, em nosso modo de ver, às constelações de casos em que a figura do *dolus generalis* assenta.

Iremos, assim, a partir de um caso decidido pelo Supremo Tribunal Alemão (BGH), procurar percorrer a figura do *dolus generalis*, convocando o que nos parece ser o *punctum crucis* deste nóculo problemático: o princípio da simultaneidade. Fazemos, desde já, uma declaração de intenções: não iremos referir-nos aos casos de *dolus generalis* invertido, ou seja, quando a primeira ação se destina a possibilitar a segunda, ocorrendo o resultado logo na sequência da primeira ação.³

O caso que serve de mote à nossa intervenção remonta, pois, à década de sessenta do século passado.

Trata-se de um caso de homicídio, em que os factos podem ser sumariados como se segue: *A*, na sequência de uma discussão com *B*, e de modo a evitar que *B* gritasse, enche a boca de *B* com duas mãos cheias de areia. *B*, notoriamente com dificuldades em respirar, acaba por ficar inconsciente. *A*, julgando que a inconsciente *B* estava morta, acaba por atirar *B* para uma fossa, onde *B* acaba, efetivamente, por falecer por afogamento. Este caso está na base da

¹ Ingeborg PUPPE, in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5, Aufl, Baden-Baden: Nomos, 2017, § 16, n.º m. 81; Luzón PEÑA, «Dolus generalis», in Luzón PEÑA (dir.), *Encyclopedia Penal Básica*, Granada: Comares, 2002, 630; Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1993, 301; Marcelo SANCINETTI, «Dolus generalis» und «strafrechtliches Glück», in Schünemann et al., *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, 349 e s., 351.

² FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Coimbra: Gestlegal, 2019, 417.

³ Sobre este problema, Jürgen WOLTER, «Zum ungekehrten dolus generalis. Subjektive Zurechnung eines beendeten (tauglichen) Versuchs bei objektiver Zurechnung der Vollendung», *GA*, 406 e s.

já famosa decisão do *Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal Alemão, BGH) de 1960, o *Jauchegrubenfall* (ou Caso da Fossa)⁴.

A propósito do problema que nos convoca, teremos, como ponto de partida, de identificar dois momentos relevantes para as nossas considerações: o momento em que a senhora *A* enche a boca da senhora *B* com areia (momento um, doravante M_1) e o momento em que a senhora *A* atira a senhora *B* para a fossa (momento dois, doravante M_2).

§ 1. A decisão do BGH

De acordo com o BGH, pode existir um homicídio consumado quando o agente agride a vítima com dolo eventual, desfazendo-se depois do suposto cadáver e apenas aqui causando a morte, sem que tenha pensado também nessa possibilidade.⁵

A decisão do BGH é problemática, pois, quanto aos seus argumentos, cai em contradição. E ainda que a interpretação de normas legais orientada para a solução jurídica obedeça a valores⁶, a verdade é que as mesmas valorações não poderão, todavia, conduzir a uma contradição lógica. Procuremos ilustrar a contradição identificada.

A decisão recorrida entendeu que o dolo de homicídio havia acompanhado toda a conduta de *A*, começando pela evitação dos gritos de *B* e terminando com o atirar de *B* para a fossa. Ou seja, que o dolo eventual de *A* no M_1 abrangeria também o M_2 , havendo, portanto, um dolo genérico. O BGH, divergindo, constrói a sua fundamentação a partir sete argumentos principais:

O argumento da existência de um dolo genérico afirmado pela decisão recorrida é *ab initio* afastado pelo BGH (1).

No entender do BGH não existe *dolus generalis*, sendo que no M_2 já não existe dolo de homicídio (2).

O dolo de homicídio presente no M_1 não pode ser alargado a condutas ocorridas em momentos posteriores, em que este dolo já não existiria (3).

No M_1 existe dolo de homicídio (4).

⁴ BGH de 26.04.1960-5 StR 77/60.

⁵ *Idem*.

⁶ Cfr. Karl LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 297-298.

O M_1 é causal para a morte de B : sem o M_1 não teria existido o M_2 (5).

O dolo estende-se também ao M_2 , dado estar em causa um erro irrelevante sobre o processo causal (6).

Se o dolo é direto ou eventual não deve ser relevante (7).

Neste percurso necessariamente sintético sobre os argumentos do BGH nesta decisão, podemos observar que existem, distintamente, duas partes: uma primeira, abrangendo os argumentos 1 a 3, e uma segunda, incluindo os argumentos 4 a 7.

Ora, enquanto na primeira parte o BGH entende que no M_2 não existe dolo (dado que o mesmo não pode ser alargado), na segunda parte, inversamente, o BGH entende que o dolo do M_1 se estende ao M_2 . Ocorre, portanto, uma contradição entre os argumentos 2 e 3 e o argumento 6, o que preclui a possibilidade de afirmar a existência de uma verdadeira fundamentação.⁷

Mas mais do que a contradição em que o BGH incorre, importa aqui analisar em que medida é que a falta de fundamentação ou, se quisermos uma formulação mais generosa, esta fundamentação contraditória conduz, necessariamente, a uma conclusão que não podemos considerar como acertada.

Iremos, então, iniciar a análise do problema a partir do aludido pressuposto de análise: o princípio da simultaneidade.

§ 2. O princípio da simultaneidade

A referência sistemática ao princípio da simultaneidade — também designado de princípio da coincidência⁸ — não tem sido ostensiva na dogmática jurídico-penal, ainda que o mesmo esteja subjacente a muitas formulações, em especial no contexto da imputação subjetiva.⁹

⁷ Dado que, como é bom de ver, quando existe contradição não se pode afirmar ser apresentada uma fundamentação. Cfr. o recente Alexander AICHELE *et al.*, *Einführung in die Logik und ihren Gebrauch*, München: C.H. Beck, 2015, 76 e s., *maxime*, 79-80.

⁸ Como também, aliás, já nos referimos a ele no *nosso Actio libera in se e actio libera in sua causa*. Dificuldades de imputação extraordinária de segundo nível, in Martin BÖSE; Kay SCHUMANN; Friedrich TOEPEL, *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos, 2019, 119 e s., 125, 127 e s. Cfr. ainda Günther JEROUSCHEK; Karl KÖLBEL, «Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht», *Juristische Schulung*, 2001, 417 e s.

⁹ Veja-se Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 3. Aufl., 1997, § 12, n.º m. 80; entre nós, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 441-442.

O princípio da simultaneidade (*Simultaneitätsprinzip*) postula a coexistência temporal num mesmo momento dos elementos (tipicidade, ilicitude, culpa) do facto punível¹⁰, sendo esse momento definido como o momento da prática do facto.¹¹ Este princípio pressupõe os elementos definitórios do tipo legal — *in casu*, o homicídio — e postula que estes elementos têm de coincidir temporalmente (existir no mesmo momento) no caso concreto, sob pena de o facto não ser um homicídio. Ou seja: apenas quando os elementos definitórios do homicídio são preenchidos no mesmo tempo (momento) — e que nesse momento estão interrelacionados entre si, aqui se conjugando o princípio da referência (*Referenzprinzip*)¹² —, e apenas enquanto esse seja o caso, é que se pode semanticamente falar, com propriedade, de um homicídio.¹³ Este é um princípio preexistente e contingente do Direito, na medida em que constitui condição de uma discursividade coerente e não contraditória, tendo como implicação que uma afirmação deve corresponder à verificação dos elementos descritos no momento a que a mesma se refere. E, hodiernamente, os elementos relevantes no âmbito da doutrina geral da infração penal para o conceito de crime¹⁴ — de outro modo, do facto punível — são a ação, a tipicidade, a ilicitude e a culpa.¹⁵ O que não invalida que em outros momentos históricos — anteriores ou posteriores ao presente — os elementos relevantes não possam ser distintos. Ou seja, o princípio da simultaneidade, em termos formais, postula a coincidência dos elementos, ainda que a sua concretização material seja contingente à definição do número e tipo de elementos que deverão coincidir.¹⁶ Dando um exemplo extrajurídico: a afirmação «A é careca» apenas faz sentido no momento em que o locutor observa em A as qualidades de, simultaneamente, ter cabeça e de não ter cabelo nessa mesma cabeça, ainda que, em momento anterior, A já o possa ter tido. Por outras palavras: o princípio da simultaneidade vale para cada afirmação cujo definido contenha diversos elementos — como é o caso de «homicídio» —,

¹⁰ Urs KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Baden-Baden, 2017, § 23, n.º m. 4; sobre o princípio da coincidência, Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl., Berlin, 1988, 341 e ss.; ainda, mais recentemente, Bruno MOURA, «Os limites temporais da negligência nos crimes e resultado», in *Actas do Colóquio O Direito Penal e o Tempo*, 2016, 89 e s., 97.

¹¹ José de FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: INCM, 2017, 398; Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, § 40, 445.

¹² Joachim HRUSCHKA, «Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen», *Juristische Schulung*, 1982, 317.

¹³ Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 4-5.

¹⁴ Independentemente da compreensão que possa fazer-se de cada um deles.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 277.

¹⁶ JEROUSCHEK; KÖLBEL, «Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht», 418.

que designe um objeto real.¹⁷ Concretizando jurídico-penalmente, apenas será real o objeto «homicídio» quando todos os seus elementos tenham coexistido num mesmo momento. Neste sentido, o princípio da simultaneidade remonta ao princípio constitutivo da lógica da identidade.¹⁸ Este princípio da simultaneidade — com o correlativo princípio da referência — apenas pode ser respeitado quando relativamente a cada ação se pergunte sobre a confluência dos elementos constitutivos.¹⁹

Neste contexto, tal acarreta como implicação que, aceitando-se a volição como elemento integrante da possibilidade do facto (doloso) ao agente, a mesma tenha de existir simultaneamente com os restantes elementos constitutivos do ilícito-típico e em inter-relação com estes.

Ora, feito este breve enquadramento do princípio da simultaneidade, impõe-se um olhar mais atento à figura do *dolus generalis*.

§ 3. O *dolus generalis*

Os casos de *dolus generalis* ou dolo genérico — no fundo, como um fenómeno de «arrastamento» do dolo à segunda ação — são caracterizados pelas situações em que o agente, na crença errónea de ter consumado previamente o resultado pretendido, o causa através de uma segunda ação destinada a ocultar a primeira.²⁰ Ou seja, não existe uma congruência entre a representação subjetiva do agente e o decurso dos factos.²¹ Existe aqui, se quisermos, um «défice de coincidência material de elementos objectivos e subjectivos»²². De modo sintético, trata-se de hipóteses em que «a acção suportada pelo dolo do facto não determina pois ainda (imediatamente) o resultado, enquanto a

¹⁷ Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 6.

¹⁸ Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 6.

¹⁹ Assim também, HRUSCHKA, «Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen», 318.

²⁰ Francesco Baldó LAVILLA, *Sobre las desviaciones causales: “consumación anticipada” y “dolus generalis”*, ADPCP, 1995, 341. Cf. também, DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 420.

²¹ Francesco Baldó LAVILLA, *Sobre las desviaciones causales: “consumación anticipada” y “dolus generalis”*, 340.

²² Günther JEROUSCHEK; Karl KÖLBEL, «Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht», 422.

ação que causa o resultado não mais é suportada pelo dolo do facto»²³. Um dos exemplos clássicos é, precisamente, o caso da fossa que nos serve de mote.

Traçando-se uma brevíssima evolução histórica da figura, a expressão *dolus generalis* com o significado aqui referido — de «dolo em geral», no contexto de um conjunto de atos (ações) que produziram um resultado conjunto, assumindo uma volição unitária — foi usada pela primeira vez em 1825 por Heinrich Benedikt von WEBER, entendendo-se que terá sido o caso Tarnow (1798)²⁴ que terá estado na sua origem.²⁵ Mais tarde, em 1864, von BURI coloca o acento tónico do problema fora do dolo e antes no plano causal, no sentido de a primeira ação ser condição sem a qual a morte não ocorreria.²⁶ Apenas um ano mais tarde, GEYER vem a defender que o *dolus generalis* é uma construção teórica insustentável, que não pode existir na realidade.^{27 28}

A problemática subjacente ao caso da fossa tem conhecido evolutivamente três percursos de solução: a solução da ação, a solução da causalidade e a solução da adequação. A primeira, partindo da volição unitária, constrói uma unidade de ação, levando à punição do agente por crime consumado. A segunda solução, baseando-se na *conditio sine qua non*, afirma a existência de uma ação causal para o resultado, a qual foi acompanhada por dolo de homicídio, pelo que o agente deverá ser punido por homicídio consumado. Quanto à terceira solução, partindo da segunda, considera que o resultado foi produzido por um desvio não relevante do processo causal, sendo determinante a previsibilidade do resultado²⁹, o que tem a consequência da punição do agente por crime consumado.

Atualmente são avançadas duas posições principais. Boa parte da doutrina considera ainda que o agente deverá, nestes casos, ser punido por crime consumado.³⁰ Existe alguma doutrina que defende, nestes casos, que o desvio

²³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 420.

²⁴ Neste caso, o escritor Paul Tarnow levou a cabo uma conduta com intenção de matar, a qual, todavia, não causou a morte da vítima, apenas a mesma sido causada por condutas posteriores com vista ao encobrimento. Cf. *Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuss, Staaten*, 16 (1798), 3 e s.

²⁵ Cf. von WEBER, *Über die verschiedenen Arten des Dolus*, NACrim, 7, 1825, 565 e 576-577; Manfred MAIWALD, *Der “dolus generalis”. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung*, ZStW, 78 (1966), 30 e s. De notar que, antes de Von WEBER, outros autores — como, por exemplo, CARPZOV — utilizaram esta expressão com outros significados.

²⁶ Von BURI, *Zur Lehre der Tötung*, GA, 1864, 3-10.

²⁷ August GEYER, *Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang*, GSA, 1865, 239.

²⁸ Para maior desenvolvimento, também quanto aos percursos de sustentação das diferentes soluções, cf. Sanz MORÁN, «Aproximación al problema del denominado “dolus generalis”», *Indret*, 3 (2016) 4 e s.

²⁹ Mais desenvolvido em Manfred MAIWALD, *Der “dolus generalis”*, 31 e s.

³⁰ A partir de uma ideia de unidade de ação e irrelevância do erro sobre o processo causal, posição

ao processo causal seria previsível, pelo que o erro sobre este processo seria irrelevante, partindo de uma ideia de unidade do acontecer (do facto).³¹ Outra parte significativa da doutrina entende, diversamente, que se trata aqui de uma tentativa (quanto à primeira ação) em concurso com um facto negligente (quanto à segunda ação). Mas mesmo nesta última posição, as argumentações divergem.³²

Entre nós, FIGUEIREDO DIAS considera que o critério de solução «deve seguir eminentemente os passos da doutrina da imputação objectiva: saber, em suma, se o risco que se concretiza no resultado pode ainda reconduzir-se ao quadro dos riscos criados pela (primeira) acção. Se a resposta for afirmativa deve considerar-se o crime como consumado; se não o for a punição só poderá ter lugar a título de tentativa, eventualmente em concurso com um crime negligente consumado»³³.

Já Fernanda PALMA, diferentemente, na esteira da posição defendida por WELZEL, considera que, tratando-se de casos de homicídio encoberto não planeado, ou seja, em que a ação de encobrimento não é inicialmente projetada pelo agente, tendo antes origem numa decisão espontânea, posterior à primeira ação — como é o caso que nos ocupa — o reconhecimento da unidade ou pluralidade de ações, a partir do critério da pluralidade de decisões, permitiria advogar para estes casos a solução de concurso entre tentativa de crime e crime negligente.³⁴

Podemos, pois, identificar dois critérios de solução distintos: o critério da imputação objetiva, permitindo qualquer uma das soluções, e o critério da ação.

Com o horizonte destes dois critérios, mas convocando a temática da norma penal no âmbito do princípio da simultaneidade, iremos procurar aferir em que medida as soluções em conflito serão a melhor resposta com respeito ao princípio da culpa.

essa sufragada no acórdão do BGH aqui em discussão. Cf, também, Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, § 29, 314.

³¹ Ingeborg PUPPE, § 16, n.º m. 82, 84; Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 314.

³² Mais desenvolvido em Marcelo SANCINETTI, «Dolus generalis» und «strafrechtliches Glück», 352 e s.

³³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 420-421.

³⁴ Maria Fernanda PALMA, *Direito Penal. Parte Geral: A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*, 2017, 199-201.

§ 4. Os critérios de solução e a norma penal³⁵

A norma penal³⁶ não pode ser logicamente compreendida senão como tendo o pressuposto de um destinatário concebido como um Homem livre³⁷ e fiel ao Direito,³⁸ por outras palavras, como tendo a capacidade de escolher, de modo a evitar a conduta contrária à norma, apenas deste modo fazendo sentido a função ordenadora da norma³⁹ e a responsabilização do agente pela sua violação⁴⁰.

Sinteticamente, a liberdade não é senão a capacidade de escolha.⁴¹ Ou seja, o destinatário da norma, para que a mesma possa ser compreendida como «ponto de partida para a construção do sistema [do delito]»⁴², tem de ter, por um lado, liberdade de ação (capacidade de ação) e, por outro, liberdade de vontade (capacidade de motivação)⁴³, ambas confluindo numa premissa de capacidade de escolha entre comportamentos alternativos.

A culpa, enquanto discrepância entre o ser e o dever-ser, em que é feita uma escolha contra o Direito, sem que exista para tanto uma desculpa

³⁵ Neste ponto, e em termos de considerações gerais, seguimos de perto as reflexões que já fizemos em Inês Fernandes GODINHO, *Actio libera in se e actio libera in sua causa*, 122 e s.

³⁶ Naturalmente, que aqui nos referimos, em particular, às normas do grupo dos tipos legais de crime. Outras normas penais, como aquelas definitórias, não assentam nos mesmos pressupostos lógicos necessários, nem, por outro lado, todas as normas — *maxime*, aquelas conferentes de direitos — seguem a mesma construção lógica. Cfr. José António VELOSO, «Um esquema de análise pragmática da linguagem das posições jurídicas subjectivas», in DIAS, Augusto Silva *et al.*, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, 229-252, 230 e s.

³⁷ Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, § 37, 407-408; Joachim RENZIOWSKI, «Normen als Handlungsgründe», in Frank SALIGER (Hg.), *Rechtstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70 Geburtstag*, Heidelberg, 2017, 335-346, 342.

³⁸ Urs KINDHÄUSER, «Imputación objetiva y subjetiva em el delito doloso», trad. Nuria Pastor Muñoz, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2006, 63-81, 63.

³⁹ Cf. Joachim HRUSCHKA, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994 (cit. HRUSCHKA, 1994), 343-356, 343 e s.; Raul H. ROBINSON, «Rules of Conduct and Principles of Adjudication», *The University of Chicago Law Review*, 57 (1990), 729 e s., 731.

⁴⁰ Já em sentido idêntico, cfr. Inês Fernandes GODINHO, *Actio libera in se e actio libera in sua causa*, 122 e s.

⁴¹ As possibilidades de escolha podem ser em maior ou menor número, podem ser uma ou mil, mas esta oscilação das possibilidades não afeta o âmbito da liberdade: se apenas existir uma possibilidade — se o café apenas tiver um pão —, eu continuo a ser livre de o comprar ou não. O aumento do número de possibilidades apenas significa a atualização do escopo de possibilidades em relação às quais eu exerço a minha liberdade.

⁴² Enrique BACIGALUPO, «La función del concepto de norma en la dogmática penal», *Lecciones y Ensayos*, 51 (1989), 33 e s., 33.

⁴³ Urs KINDHÄUSER, «Imputación objetiva y subjetiva em el delito doloso», 63; Urs KINDHÄUSER, *Crítica a la Teoría de la Imputación Objetiva y Función del Tipo Subjetivo*, Lima, 2007, 21 e ss; cf. ainda o nosso «Wissenschaftliche Erkenntnistheorie und strafrechtliche Methodologie: Beziehungen und Grenzen zwischen moderner Hirnforschung und strafrechtlicher “(Willens)freiheit”», *Rechtsphilosophie*, 3 (2017), 266 e s., 271-272.

positiva, é, no patamar da imputação, um juízo de censura, pois o agente devia ter agido de outra maneira⁴⁴, correspondendo ao juízo de imputação que culmina na *imputatio iuris*, ou seja, a atribuição de responsabilidade ao agente pelo facto (ilícito).⁴⁵

Como é bom de ver, o princípio da simultaneidade tem de ser compreendido no contexto da imagem do destinatário das normas assumida pelo legislador: e este é o agente livre, que é capaz de escolher entre comportamentos alternativos. Apenas assim faz também sentido compreender o próprio princípio da culpa. Se assim não fora — enquanto uma hodiernamente apelativa concessão ao neodeterminismo não invalidar a possibilidade lógica de aceitação de normas jurídicas que possam (ou não) ser violadas —, a afirmação do princípio da culpa seria, afinal, desprovida de sentido, abrindo-se portas a uma responsabilidade objetiva.

O que implica, no caso que nos traz aqui — em que, lembre-se, o segundo momento não estava previamente programado por *A* —, ter de proceder necessariamente a uma cisão temporal no curso dos acontecimentos: o corte temporal tem de ser feito no momento em que — referindo-nos ao caso — *A* passou a crer que *B* estava morta. Não podemos, pois, sufragar o entendimento segundo o qual a segunda ação — M_2 — é compreendida apenas como fator causal no decurso dos eventos conducentes ao resultado.⁴⁶ Esta necessidade de respeito pelo princípio da simultaneidade levará, numa primeira aproximação, a afastar a possibilidade de consideração de uma unidade de ação por parte de *A* e, conseqüentemente, de poder sufragar a existência de um problema de processo causal.

A pergunta a colocar é, portanto, se *A* matou (dolosamente) *B*.

Por um lado, os elementos objetivos do tipo encontram-se preenchidos: existe um resultado (*B* morreu) e, como entendeu o BGH, existe uma ligação causal (adequada) entre a conduta de *A* (de atirar uma pessoa inconsciente numa fossa) e a produção do resultado morte de *B*. Perguntamos se será possível considerar, a partir de uma análise feita com o referente da imputação objetiva que, sendo o risco que suporta a produção do resultado produto do risco criado pela primeira ação, o agente deva ser punido por crime

⁴⁴ FARIA COSTA, *Direito Penal*, 349-350; Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 341-342. Daí que, como refere Eduardo CORREIA, «antes de se censurar alguém, antes de se considerar culpado o agente por um certo facto seu, se averigue como decorreu o respectivo processo de motivação». Cf. Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, Coimbra, 2000, 318.

⁴⁵ Cfr. também Inês Fernandes GODINHO, *Actio libera in se e actio libera in sua causa*, 125.

⁴⁶ Ingeborg PUPPE, § 16, n.º m. 104, 102.

consumado?⁴⁷ E, ainda que se possa conceder que o risco da segunda ação (apenas) modifica ou complementa o risco da primeira, temos para nós que a perspetiva da imputação objetiva «esquece» a correlativa imputação subjetiva, assim como o princípio da simultaneidade: existem duas ações autónomas: por outras palavras, temos dificuldades em compreender que atirar uma pessoa inconsciente para uma fossa não seja uma ação, inclusivamente uma ação autonomamente relevante em termos típicos para efeito do homicídio negligente (§ 222 StGB; artigo 137.º do CP)⁴⁸. O que significa que a argumentação tecida *supra* é, também, mesmo na ótica estrita da imputação objetiva, carente de adequação aos respetivos pressupostos. Por outras palavras: o aumento (não permitido) do risco que a norma penal do homicídio procura evitar verifica-se na primeira ação, a qual não produz o resultado, pelo que não se poderá imputar, *in toto*, a produção do resultado à primeira ação.⁴⁹

O problema coloca-se, ademais, quanto à imputação subjetiva: a agente não representou que atirou uma pessoa viva — ainda que inconsciente — na fossa. Ora, é condição para a afirmação do dolo de homicídio que o agente represente ter perante si uma pessoa viva. Na verdade, parece-nos existir consenso na doutrina que o dolo do tipo deverá existir durante a execução da ação e não antes ou depois da mesma.⁵⁰

Com efeito, o dolo, sendo a representação das circunstâncias típicas do facto e a vontade de agir formada no contexto dessa representação (cf. artigo 14.º do CP), apenas pode ser afirmado quando o agente considerar possível a concretização do tipo.

Regressando ao caso da fossa, essa possibilidade deixou de existir a partir do momento em que *A* passou a estar em crer que *B* estava morta: a partir deste momento *A* deixou de considerar possível o preenchimento dos elementos do tipo de homicídio.⁵¹ Por outras palavras, no M_2 , a agente representa erroneamente o objeto do facto típico.

A figura do *dolus generalis* como advogada no caso da fossa, implica, portanto, que o princípio da simultaneidade não se verifica, dado que existe dolo no M_1 , mas naquele momento não se verifica o resultado da conduta típica; e

⁴⁷ Assim, Günther JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8/70, 302-303; entre nós, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 421.

⁴⁸ Joachim HRUSCHKA, «Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen», 317; Günther JEROUSCHEK; Karl KÖLBEL, «Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht», 423.

⁴⁹ Assim também, Luzón PEÑA, «Dolus generalis», 632.

⁵⁰ Bastará pensar na rejeição do *dolus antecedens* e do *dolus subsequens*.

⁵¹ Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 26-27.

no M_2 não existe dolo, porquanto o dolo do M_1 é um mero *dolus antecedens*.⁵² A aceitação do *dolus generalis* — por outras palavras, a aceitação da punição do agente pelo crime doloso consumado — significa, conseqüentemente, a aceitação de um dolo antecedente como dolo do tipo, violando, assim, o princípio da simultaneidade e, concomitantemente, o próprio princípio da culpa.

O respeito pelo princípio da simultaneidade significa, portanto, que a solução do crime consumado não pode ser sustentada. Por outras palavras, a afirmação de que *A* matou dolosamente *B* apenas pode ser verdadeira se no momento tipicamente relevante (da ação) se verificarem, simultaneamente, os elementos definitórios do homicídio, o que não acontece no caso da fossa no momento da ação causalmente determinante para a produção do resultado.

***Dolus subsequens*: reflexões finais**

O princípio da simultaneidade é, muitas das vezes, esquecido pela doutrina e pela jurisprudência, ainda que seja — diríamos, subliminarmente — um princípio basilar incontestado da doutrina da infração criminal.

No facto criminoso tem de haver um momento axial, uma fração de tempo, em que os seus elementos confluem, se encontram em relação. Sem este momento de encontro, apenas poderá haver crime nos casos excepcionais legalmente previstos, de que o artigo 20.º, n.º 4, do CP é apanágio.⁵³ De outro modo, sem este momento de encontro — sem a concretização material do princípio da simultaneidade — a regra é não poder haver crime. Daí que tenhamos para nós que apenas o recurso a propostas de solução que tenham este momento fundamental em conta poderão pretender corresponder a uma resposta adequada para o problema. Deste modo, um homicídio apenas pode ser doloso se, no momento da ação que produziu o resultado, o agente tenha representado ter perante si uma pessoa viva e a tenha querido matar através dessa mesma ação. No *Jauchegrubenfall* teremos, então, de descrever a realidade da perspetiva jurídico-penal como uma tentativa de homicídio e um homicídio negligente.

⁵² Sobre a noção de *dolus antecedens*, veja-se, Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 12, n.º m. 80 e, entre nós, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 441.

⁵³ Inês Fernandes GODINHO, *Actio libera in se e actio libera in sua causa*, 127-129.

Pois que o crime de homicídio não poderá ser doloso se aquando da ação causalmente determinante para a produção do resultado o agente representou ter perante si um cadáver. Pensamos que, a não ser assim, o princípio da culpa, enquanto revelador da «ideia forte de reprovação individual como estrutura fundante consentânea com os mais lúdimos valores, quer individuais, quer comunitários, consagrados na ordem jurídica» e que, enquanto «princípio jurídico, [...] encontra o seu fundamento constitucional no próprio valor da dignidade da pessoa humana»⁵⁴, não é respeitado nem cumprido o seu desígnio.

Referências bibliográficas

- AICHELE, Alexander *et al.*, *Einführung in die Logik und ihren Gebrauch*, München: C.H. Beck, 2015, ISBN: 978-340-667-684-0
- BACIGALUPO, Enrique, «La función del concepto de norma en la dogmática penal», *Lecciones y Ensayos*, ISSN: 0024-0079, 51 (1989), 33 e s., 33
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. I, Coimbra, 2000, ISBN: 978-972-400-123-4
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal. Parte Geral*, Coimbra: Gestlegal, 2019, ISBN: 978-989-8951-24-3
- FARIA COSTA, José de, *Direito Penal*, Lisboa: INCM, 2017, ISBN: 978-972-272-605-4
- GEYER, August, *Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang*, 1865, 239 e s.
- GODINHO, Inês Fernandes (2019), «Actio libera in se e actio libera in sua causa. Dificuldades de imputação extraordinária de segundo nível», in BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay; TOEPEL, Friedrich, *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos, ISBN: 978-3-8487-4370-4, 119 e s.
- «Wissenschaftliche Erkenntnistheorie und strafrechtliche Methodologie: Beziehungen und Grenzen zwischen moderner Hirnforschung und strafrechtlicher “(Willens)freiheit”», *Rechtsphilosophie*, ISSN: 2364-1355, 3 (2017), 266 e s.
- HRUSCHKA, Joachim, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN: 0210-3001, 47, 3 (1994), 343 e s.
- *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2, Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1988, ISBN: 978-311-010-529-2

⁵⁴ FARIA COSTA, *Direito Penal. Parte Geral*, 357, 355.

- — — «Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen», *Juristische Schulung* (1982) 317 e s.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2, Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1993, ISBN: 978-311-014-193-1
- JEROUSCHEK, Günter; KÖLBEL, Ralf (2001), «Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht», *Juristische Schulung*, ISSN: 0022-6939, (2001), 417 e s.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, ISBN: 978-342-808-348-0
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8, Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2017, ISBN: 978-384-873-878-6
- — — *Crítica a la Teoría de la Imputación Objetiva y Función del Tipo Subjetivo*, Lima: Grijley, 2007, ISBN: 978-997-204-149-5
- — — «Imputación objetiva y subjetiva em el delito doloso», trad. Nuria Pastor Muñoz, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN: 0210-3001, 59, 1 (2006), 63 e s.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, ISBN: 978-972-310-770-8
- LAVILLA, Baldó, «Sobre las desviaciones causales: “consumación anticipada” y “dolus generalis”», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN: 0210-3001, 1995, 341 e s.
- MAIWALD, Manfred, «Der “dolus generalis”. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung», *ZStW*, 78 (1966) 30 e s.
- MOURA, Bruno, «Os limites temporais da negligência nos crimes e resultado», in *Actas do Colóquio «O Direito Penal e o Tempo»*, 2016, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, ISBN: 978-989-8787-57-6, 89 e s.
- PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal. Parte Geral: A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*, Lisboa: AAFDL, 2017, ISBN: 978-972-629-103-9
- PEÑA, Luzón, «Dolus generalis», in PEÑA, Luzón (dir.), *Encyclopedia Penal Básica*, Granada: Comares, 2002, ISBN: 978-848-444-510-4
- PUPPE, Ingeborg, in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar Strafrecht*, 5, Aufl, Baden-Baden: Nomos, 2017, ISBN: 978-3-8487-3106-0, § 16.
- RENZIKOWSKI, «Normen als Handlungsgründe», in SALIGER, Frank (Hg.), *Rechtstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2017, ISBN: 978-381-143-962-7, 335 e s.
- ROBINSON, Paul (1990), «Rules of Conduct and Principles of Adjudication», ISSN: 0041-9494, *The University of Chicago Law Review*, 57, 3 (1990), 729 e s.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 3. Aufl., München: C.H.Beck, 1997, ISBN: 978-340-642-507-3.

- SANCINETTI, Marcelo, «“Dolus generalis” und “strafrechtliches Glück”», in SCHÜNEMANN, Bernd *et al.*, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, ISBN: 978-311-016-515-9
- MORÁN, Sanz, «Aproximación al problema del denominado “dolus generalis”», *Indret*, ISSN: 1698-739X, 3 (2016), 4 e s.
- VELOSO, José António, «Um esquema de análise pragmática da linguagem das posições jurídicas subjectivas», in DIAS, Augusto Silva *et al.*, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, ISBN: 978-972-40-3951-0, 229 e s.
- VON Buri, Maximilian, *Zur Lehre der Tödtung*, 1864, 3 e s.
- VON WEBER, «Über die verschiedenen Arten des Dolus», *Neues Archiv des Criminalrechts*, 7, 1825, 549 e s.
- WOLTER, Jürgen, «Zum ungekehrten dolus generalis. Subjektive Zurechnung eines beendeten (tauglichen) Versuchs bei objektiver Zurechnung der Vollendung», *GA*, ISSN: 0017-1956 (2003) 406 e s.

(Página deixada propositadamente em branco)

14. A inexigibilidade como limite deontológico imanente aos conflitos entre bens jurídicos existenciais equipotentes em situações-limite¹

14. The unreasonable (fair) expectability (Unzumutbarkeit) like immanent deontological limit to conflict between equipotent existential legal interests in limit-situations

Matheus Almeida Caetano

Doutorando em Ciências Jurídico-criminais na
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela

¹ O artigo ora publicado corresponde, em termos aproximados, à comunicação oral intitulada «A inexigibilidade de comportamento conforme o direito ou a impertinência do direito segundo o comportamento humano em situações-limite: notas sobre o dever e o poder em direito penal», apresentada em 17 de novembro de 2018, por ocasião do Painel V, Tema 11, «A desculpa e o tempo», durante a Conferência Internacional «A Culpa e o Tempo», promovida pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Siglas e abreviaturas: art.(s) [artigo(s)]; c/c (combinado com); cf. (conferir); CP (Código Penal português); CRP (Constituição da República Portuguesa); nm. (nota de margem); nt(s). [nota(s)]; ÖstGB (Código Penal austríaco); SchwStGB (Código Penal suíço); StGB (Código Penal alemão); StGBReich (Código Penal do Império Alemão). Este trabalho já fora publicado – ainda que sob outro formato e com estilo diverso – em 2021, a saber: Matheus CAETANO, «A inexigibilidade neutra como limite deontológico imanente do Direito Penal», *REC*, 80, 2021, 141-187.

Universidade Federal de Santa Catarina.
Investigador Colaborador junto ao
Instituto Jurídico da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.
<https://orcid.org/0000-0002-2889-4582>

Abstract: Considering the deontological restrictions of unprohibited necessity and unsolvable collision of duties (1.), in other words, the direct and indirect conflicts between human lives in limit-situations (2.); the limits of the (criminal) law arise, namely with respect to orientation of behaviors (conduct rules) and your respective legal valuation (decision rules). Here, an important role was played for the unreasonable (fair) expectability (*Unzumutbarkeit*), when criticizing the legal limitations of excusing necessity in the German Criminal Law (§54 of *StGBReich*), once, under certain circumstances, it could not require behaviors according to the law. This article criticizes the axiological inconsistency of so called (*bloße Scheinkollision*) «apparent» conflict of duties (3.), because nonlegal hierarchy should overcome the isonomy and the dignity of human lives in common danger. When duties with heterogeneous weight clash each other, the unreasonable (fair) expectability limits and excludes even the obligation to act (*Garantenpflicht*) in face of the rescue/action obligation in omissive crimes. And so it should be, because in limit-situations the realizable behaviors would be considered as unprohibited and unpermitted (2.), like neutral prohibitions and commands devoid of wrongdoing (*Unrecht*), ergo of right to self-defense. That sends them to a legal vacuum (*rechtsfreier Raum*) between justification and excuse: actions and omissions unprohibited nor unpermitted like mutual necessary defenses. That is because, in the opposite direction (in conflict of the heterogeneous duties), the impossibility of weighing human lives and the isonomy of human dignity are solely infringed to not affect the duties hierarchy in the active obligations in criminal law. The «apparent» conflict of duties is manifestation of misunderstanding the deontological limits of (criminal) law.

Keywords: apparent conflict of duties — unreasonable (fair) expectability — unprohibited necessity and unsolvable collision of duties — legal vacuum

Introdução

Como muito provavelmente o único consenso dogmático nesta matéria seja o de que, quem infringe uma proibição ou descumpre uma obrigação sob circunstâncias excepcionais² não deve ser punido³, o artigo busca responder ao seguinte *problema*: porque seria inexigível⁴ a não contrariedade ao Direito pelo

² Considerando-se que qualquer pessoa submetida às «circunstâncias concomitantes do facto [...] não podia fazer outra coisa» (Berthold FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen: Mohr, 1922, 7; 1-2, 5, 8, 9, 10, 16), há traços objetivos para além de quaisquer limitações de ânimo, capacidade, motivação ou resistência pessoais neste pensamento sobre a inexigibilidade. Inclusive ao se arrancar do conflito entre bens jurídicos equipotentes, «esta visão da inexigibilidade não apresenta os inconvenientes da explicação exclusivamente psicologizante. Não requer uma pressão psíquica irresistível, mas que pode ser de aplicação sempre que o autor preserve um interesse próprio que não seja essencialmente inferior ao que permanece vulnerado pelo facto», embora existam «dificuldades quando o facto cometido em estado de necessidade afeta a vida humana, que se subtrai a toda ponderação» (Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti, Navara: Editorial Thomson Civitas, 2007, 264, nm. 99). Isso sem considerar que o poder agir conforme o Direito não constitui apenas um problema de ordem pessoal a ser levado em conta na culpa, embora não se ignore a origem da inexigibilidade nesse âmbito, fica a sincera dúvida se a ordem jurídica poderia ainda valorar os comportamentos realizados sob condições de penúria existencial como realmente ilícitos ou lícitos. Antecipa-se que, após quase um século dessa obra de FREUDENTHAL, depois de profundas mudanças na estrutura e configuração do conceito analítico de crime, há evidências de que uma leitura da inexigibilidade para aquém da culpa jurídico-penal é possível, como a que se pretende desenvolver a seguir.

³ Entre os casos clássicos de Direito Penal, o da tábua de salvação (também conhecido pelo nome do filósofo grego que o criou em aproximadamente 214-129 a. C., «Tábua de Carneádes») é muito provavelmente o mais antigo de que se tem notícia. A celeuma até hoje viva está em que «mesmo em legislações já avançadas no tempo, conserva-se essa atitude reservada e perplexa, eximindo-se, a maioria delas, pelo menos, à expressa aceitação de uma eventual exclusão da pena para tais modalidades de choque de bens» (Alberto SOUSA, *Estado de necessidade*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, 99). Um dos fundamentos recorrentemente convocados para a não punibilidade do naufrago sobrevivente é nomeadamente a inexigibilidade de comportamento conforme o Direito com efeitos desculpantes, cf. alusivamente: José BELEZA DOS SANTOS, *Lições de direito criminal*, Coimbra: dactilografado, 1949, 120; Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. IV, 3.ª ed., Buenos Aires: Editorial Losada, 1976, 680-681 n.º1443; Carsten MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, 31-2, 542.

⁴ Compreendido enquanto «comportamento — materialmente possível — que não se pode humanamente pretender de um certo sujeito em uma dada situação» (Gabriele FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova: Edizioni Cedam, 1990, 375). Ou ainda a «sempre recorrente fórmula diz: ao autor nenhuma censura de culpa faz-se quando dele não poderia ser exigido um outro comportamento» (Heinrich HENKEL, «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», in Karl ENGISCH; Reinhart MAURACH, (Hrsg.), *Festschrift für Edmund Mezger zum Geburtstag 15.10.1953*, Berlin: C.H.Beck, 1954, 249, nt. 1).

agente *lançado* em «situações-limite»⁵ de conflitos diretos ou indiretos⁶ entre bens jurídicos existenciais equipotentes? Enquanto premissa metodológica, arranca-se de casos concretos assimilados como «casos trágicos»⁷ e não de institutos e estruturas jurídico-penais⁸, o que possibilita aproximar-se de dois aspetos correlacionados e sonegados por grande parte da doutrina jurídico-penal, a saber: 1. as limitações deontológicas manifestadas nos casos de estado de necessidade *não proibido* (*unverbotene Notstand*) e de colisões de deveres *insolúveis* (*unauflösliehen Pflichtenkollisionen*), *scilicet*, nos conflitos diretos e indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes; e 2. a *superação*

⁵ Em situação-limite, «o homem é levado aos limites da sua existência» e «na forma mais penetrante da finitude da existência humana, será vivenciada» (Otto BOLLNOW, *Existenzphilosophie*, Stuttgart: W.Kohlhammer Verlag, 1955, 63). As «situações-limite do direito penal» no âmbito dos conflitos de dever são marcadas pelo facto de «as partes obrigadas poderiam entrar em uma situação quase sem solução» (Georg SCHEID, *Grund-und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, Aachen: Shaker Verlag, 2000, 5). Por fim, em termos alusivos, cf. Gabriele FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 248; Arthur KAUFMANN, «Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?», *JZ*, 47, 1992, 983 e s.; Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, prefácio e tradução António Ulisses Cortês, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 340; Maria Ferreira da CUNHA, *Vida contra vida: conflitos existenciais e limites do direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 344; Maria Fernanda PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005, 176-8; Germano Marques da SILVA, *Direito Penal português: teoria do crime*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, 214, «situações limite, mas de ocorrência relativamente frequente», por exemplo, o caso do agulheiro, que não é passível de solução no âmbito da ilicitude, mas da culpa pela via da inexigibilidade; Catarina Abegão ALVES, «A inexigibilidade e os seus critérios na fundamentação da jurisprudência penal: em especial no homicídio privilegiado e no estado de necessidade desculpante», *O Direito*, 148.º, 2016, 936, 950.

⁶ Considerando-se que vidas humanas estão submetidas às respetivas ações de terceiros pela incidência de deveres positivos gerais (art. 200.º do CP; §323, c, do StGB) ou especiais (art. 10.º, n. 2, do CP; §13 do StGB), que, sob circunstâncias específicas, podem entrar em colisão, impossibilitando o cumprimento simultâneo de todos, «o conflito de deveres não tem lugar para a salvaguarda de um interesse próprio, mas tão-só para salvaguarda de interesse alheio. Os deveres em conflito são necessariamente deveres para com outros» (Manuel CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral I. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.ª ed., Lisboa: Editorial Verbo, 1992, 246). Fala-se de um conflito indireto porque não é a vida do próprio obrigado que, a princípio, está em jogo, mas a de terceiros sob deveres ativos de solidariedade.

⁷ Manuel ATIENZA, *La guerra de las falacias*, prólogo de Javier Muguerza, 3.ª ed., Alicante: Librería Compas, 2008, 371, «quando não há, em relação com ele mesmo [o próprio caso], nenhuma decisão que não suponha um dano para algum bem considerado essencial».

⁸ O vetor de compreensão parte dos casos concretos caracterizados por conflitos diretos ou indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes em situações-limite (o problema), e não de determinado sistema legal ou conceptual, nem de categorias ou institutos jurídico-penais, o que não significa que sejam ignorados ou mitigados. Há um domínio do método indutivo, porque o método dedutivo pauta-se demasiadamente pelas consequências ou efeitos jurídicos, o que reduz a complexidade do problema, moldando os casos aos quadrantes das soluções existentes (nomeadamente nos âmbitos das causas de justificação e desculpa infra-ou-supraleais). Em consonância com o sentido assumido pelo trabalho, o princípio da inexigibilidade é «expressão plena daquela metódica de “pensar pelo problema” que aparece como uma base irrenunciável de cada construção do discurso jurídico», além de «o conceito de inexigibilidade é *de per se* carente de conteúdo: isso dá apenas uma indicação, coloca um problema, não tenta resolvê-lo» (Gabriele FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 242 e 246). Eis a metodologia apresentada no resumo do texto já publicado, Matheus CAETANO, «A inexigibilidade neutra como limite deontológico imanente do Direito Penal», p. 139.

desses conflitos imponderáveis pela inexigibilidade (*Unzumutbarkeit*) com o reconhecimento das estruturas normativas do não proibido (*unverboten*) e não permitido (*unerlaubten*), os elos perdidos entre a ilicitude e a justificação no Direito Penal.

A hipótese proposta é que, quando bens jurídicos existenciais equipotentes estão em conflito sob situações-limite, as proibições e os mandados podem ser restringidos e até mesmo excluídos por meio do princípio da inexigibilidade enquanto limite deontológico imanente à ordem jurídica que emerge na orientação de comportamentos e sua consequente valoração pelo Direito Penal⁹. O princípio da inexigibilidade incidiria de modo a um só tempo tornar quaisquer dos comportamentos realizados em *não permitidos* (porque são típicos), *não proibidos* (porque a ordem jurídica não pode desaprová-los em concreto em razão da dúvida acerca da presença da ilicitude penal, o que não enseja a legítima defesa da parte contrária), *não justificáveis* (porque insuscetíveis de qualquer causa de justificação legal ou mesmo supralegal) e *não desculpáveis* (porque não chegam sequer a consolidar um injusto penal praticado, conforme o reconhecimento de sua diminuição ao lado da culpa reduzida no âmbito da inexigibilidade).

O objetivo geral do artigo é demonstrar o berço comum entre o estado de necessidade não proibido, o conflito de deveres insolúvel e a inexigibilidade¹⁰: o questionamento sobre os limites do Direito Penal em relação ao que se pode proibir, exigir e valorar nos conflitos entre bens jurídicos existenciais equipotentes em situações-limite. Como evidências dos fundamentos partilhados

⁹ Em outros termos, “a hipótese é que os limites do direito afloram com relação à orientação de comportamentos e a sua respectiva valoração jurídica”, Matheus CAETANO, «A inexigibilidade neutra com limite deontológico imanente do Direito Penal», p. 139.

¹⁰ Em sentido próximo quanto à convocação da (cláusula de) inexigibilidade, mas já não em relação aos efeitos e ao plano estrutural do crime nem ao grupo de casos a solucionar, menciona-se que as colisões entre deveres jurídicos de ação e deveres de omissão relativos aos bens jurídicos de igual valor, sendo o cumprimento incompatível, «um verdadeiro conflito de consciência», fazem atuar «a não exigibilidade como princípio de exclusão da culpa». Nestes casos em que o dever de agir representa o causar a morte de outrem, mesmo sendo o único meio de salvar um dos envolvidos, «o dever de intervir é puramente moral, que não jurídico, e é justamente aquele que conflitua com o dever jurídico-penal de não praticar um facto criminoso», pois «em tais hipóteses é impossível resolver os problemas de conflito de deveres no plano da ilicitude e de que, portanto, nesses casos a intervenção é sempre ilícita», «parece que só resta o caminho da não exigibilidade» (Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, t. 2., Coimbra: Almedina, 2007, 95, 93, 96-97). Em verdade, é com o artigo de Wilhelm GALLAS sobre a «colisão de deveres insolúvel» que o «problema do estado de necessidade desloca-se para um novo plano»: o da inexigibilidade (Theodor LENCKNER, *Der rechtsfertige Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Tübingen: Paul Siebeck, 1965, 13; 13, nt. 32, onde dá razão a MAURACH por colocar a questão da inexigibilidade entre os casos dos §§ 52 e 54 do StGBReich). Por fim, antecipa-se que HENKEL não admite tal uso do pensamento da inexigibilidade (cf. Heinrich HENKEL, «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», 300), bem como esses casos podem ser considerados como comunidades de perigo secundárias (cf. 1.2., *infra* nt. 13).

por esses três institutos quanto aos limites deontológicos do Direito Penal estão a fragilidade do ser humano (pressuposto antropológico e existenciário do Direito); os axiomas *necessitas non habet legem, ultra posse nemo tenetur, ad impossibilia nemo tenetur* e *impossibilium nulla obligatio est* (pressupostos lógico-normativos); a pluralidade de soluções propostas para esses casos trágicos; e o poder omitir ou agir conforme a norma como pressuposto existenciário das proibições e mandados em Direito Penal¹¹.

1. Aproximações às restrições deontológicas nos estado de necessidade não proibido e conflito de deveres insolúvel

Grande parte da doutrina jurídico-penal sonegou, e ainda sonega, os limites *normativos* do Direito Penal nos conflitos entre bens jurídicos *existenciais* equipotentes, em boa medida porque os últimos descolam-se das causas de justificação e de desculpa, mesmo as supralegais¹². Entre as comunidades de perigo (*Gefahrgemeinschaften*)¹³, o estado de necessidade não proibido e o

¹¹ É dentro dessa relação que, por meio do subtítulo da comunicação oral mencionada inicialmente (cf. *supra* a nt. 1), destacou-se a questão acerca da «impertinência de proibições e mandados jurídicos para os comportamentos humanos possíveis em situações-limite».

¹² Descolam-se porque a equivalência dos interesses ou bens jurídicos em conflito é incompatível com a relação entre as causas de justificação e as de desculpa: o princípio da ponderação de interesses (ou de bens jurídicos). Como este critério apenas pode indicar os interesses ou os bens sensivelmente superiores ou inferiores, a equipotência dos interesses ou dos bens jurídicos envolvidos não é representada fidedignamente nesses dois extremos, nomeadamente quando se trata de bens jurídicos existenciais. Cf. *infra* a secção 2 para um melhor aprofundamento sobre isso.

¹³ Os conflitos entre interesses ou bens jurídicos existenciais equipotentes esteve sempre presente nesta figura, o que faz com que também nela se encontrem os temas do estado de necessidade, do conflito de deveres e da inexigibilidade, embora geralmente pouco explorada pela doutrina jurídico-penal. Em termos alusivos, por razões de espaço e oportunidade neste artigo, o *topoi* da comunidade de perigo (1) divide-se de modo geral em três espécies: a 1.1. *primária* (que, por sua vez, subdivide-se em 1.1.1. *simétrica* e 1.1.2. *assimétrica*, segundo o critério das possibilidades ou hipóteses de salvamento dos ameaçados), 1.2. *secundária* e 1.3. *de desgraça ou de destino*. A comunidade de perigo *primária, própria, pura ou autêntica* (1.1.) caracteriza-se por «várias pessoas em perigo comum de vida», ameaçadas desde o início, de forma que «apenas é possível o salvamento de uma parte delas ao custo das restantes, todavia, sem esta ação de salvamento, todas destinaram-se a morrer» (Rolf BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde, Bonn: Verlag Ludwig Röhrscheid, 1927, 20-21, «aquí o princípio predominante do estado de necessidade é o princípio da escolha do mal menor», sendo incluídos os clássicos casos *Mignonette* e da *Tábua de Carnéades*). Em sua primeira subespécie, a comunidade perigo *simétrica* ou *real* (1.1.1.), «no momento de executar a ação de necessidade não existia uma parte já definida como “vítima” e outra como “salvável”» (Ricardo ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», in Luzón PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Las Rozas: La Ley, 2010, 453), porque «os dois necessitados têm

uma opção empírica de superar a situação de necessidade» ou ainda «quando os dois interesses em comunidade são suscetíveis de ser salvaguardados alternativa, mas não cumulativamente» (Ivó COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona: Atelier, 2016, 380 e 464, segundo o estado de necessidade e conflito de deveres respetivamente). Em relação à comunidade de perigo *assimétrica* ou *aparente* (1.1.2.), «a salvação de uma parte dos ameaçados depende, em qualquer das hipóteses, somente do sacrifício do não-passível de salvamento» (Rolf BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform*, 20, sendo incluído o caso dos alpinistas; 21, «apenas uma parcela tem a chance de salvar-se») ou ainda porque uma parcela das vidas humanas «está irremediavelmente condenada a perder-se», *rectius* «um dos dois necessitados carece de toda opção de sair incólume da situação de necessidade» (Ivó COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, 53, nt. 63; 380). Nesta última, o tabu do homicídio ou a imponderabilidade da vida humana pode levar ao perecimento de todos ou quase todos os envolvidos, pois, «nestas situações-limite, o respeito pela proibição de matar, irónica e tragicamente, não alcança a conservação de vida alguma, mas conduz à morte de todos» (Maria Ferreira da CUNHA, *Vida contra vida*, 344). Já na *comunidade de perigo secundária, imprópria, impura ou inautêntica* (1.2.), o salvamento de uma parte é possível mediante a lesão de outro «absolutamente alheio à situação de necessidade» (Ivó COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, 464), «a salvação de perigo de vida ao custo da vida de um completamente não ameaçado [...], o qual, por meio da ação de salvamento, entra em perigo» (Rolf BROGLIO, *Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform*, 21). Trata-se, pois, do grupo de casos mais frágil com relação ao plano da justificação da ação de salvamento pela afetação direta de um inocente (infração do princípio *neminem laedere*), tanto o é que os casos citados possuem uma grande proximidade com o estado de necessidade agressivo (cf. Ricardo ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación», 467, nt. 60; Ivó COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, 409). Por fim, na *comunidade de perigo de desgraça ou de destino* (1.3.), designada pelo último termo como «a relação estreita entre esferas individuais previamente desconectadas, que é fundada por meio de um acontecimento “de força maior” em sentido amplo» (Carsten MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 400), os envolvidos têm de enfrentar um perigo ameaçador de todos ao mesmo tempo e «não previsto por eles ao realizar a atividade», como nos casos de pessoas num pequeno bote após um naufrágio ou de uma casa em chamas (Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *Derecho penal: parte general*, t. III, San José: Editorial Jurídica Continental, 2010, 141, *in fine*, #83, 5). Dois são basicamente os seus traços diferenciadores, a saber: (a) são comunidades de perigo esporádicas, fortuitas (Reinhart MAURACH; Karl Heinz GÖSSEL; Heinz ZIPF, *Derecho penal. Parte general 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, trad. de la 7.ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, 260, §46, II, nm. 92, «comunidades ocasionais e involuntárias, como, por exemplo, entre os naufragos de um navio»; Carsten MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 400, «seu fundamento não sucede por meio de um pré-comportamento (humano) e bem por isso não é autónomo» ou ainda não decorrem de uma «decisão autónoma», portanto seriam «os ocasionalmente variáveis grupos de passageiros sobreviventes de um avião caído nas montanhas chamada “comunidade de destino”»); (b) nelas há uma restrição ou exclusão de posições de garante em determinadas situações-limite (Hans SCHRÄGLE, *Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt. Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantietypen*, Berlin: Duncker & Humblot/Max-Planck-Institut, 2017, 261, «também os golpes de azar ou de destino (naufrágio, acidente, catástrofes temporais) não originam nenhum dever de ação entre as pessoas afetadas conjuntamente»; Carsten MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 400, são «as “comunidades de destino” por debaixo da posição de garante», como as esferas individuais são levadas a uma relação de proximidade efetivamente contra as suas respetivas vontades, justamente por essas razões «parece inadequado uma igualdade de tratamento com os garantes»; Reinhart MAURACH; Karl Heinz GÖSSEL; Heinz ZIPF, *Derecho penal II*, 260, §46, II, nm. 92, «se iria longe demais se se exigisse de todos os envolvidos o cumprimento de uma obrigação de salvamento», «inclusive a eliminação ativa daqueles cuja salvação opõe-se a própria (§35: caso «Carneádes»), não é desaprovada como reprovável»). Mesmo nessa limitada amostragem, a desuniformidade dos casos-exemplos salta aos olhos (cf. *infra* nt. 135 sobre as dificuldades inerentes ao emprego de casos-exemplos em Direito Penal), por isso, sendo indispensável um aprofundamento dogmático nessas figuras jurídicas. Por fim, antecipa-se que, segundo Jorge de FIGUEIREDO DIAS, para as «comunidades de perigo voluntariamente criadas», caracterizadas por «um especial dever de protecção ou de cuidado», devem «ficar para a pura aferição, *in casu*, da cláusula da inexigibilidade [art. 35.º, n. 1, do CP]» (Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, t. 1, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 617, 22.º Cap., §23).

conflito de deveres insolúvel há uma partilha para além da gramática¹⁴ que passa pela condição existenciária do ser humano¹⁵ e chega até aos seus elementos principais.¹⁶ Sabendo-se que «a colisão de bens constitui o denominador

¹⁴ Alusivamente são os seguintes termos e expressões empregados pela literatura das comunidades de perigo: afetados (*Betroffenen*), ameaçados (*Gefährdeten*), condenado ou desamparado (*Totgeweiht*), companheiros (*Genossen*), companheiros de sofrimento ou de infortúnio (*Leidensgenossen*), camaradas de naufrágio (*Kamaraden dem Untergang*), comunidade de perigo entre um decisor (de perigo) interno e um decisor (de perigo) externo (*Gefahrgemeinschaft zwischen einem (gefahr-)internen und einem (gefahr-)externen Entscheidungsträger*), casos de azar ou de desgraça (*Unglücksfallen*), as comunidades de azar ou de desgraça (*Unglücksgemeinschaften*), as comunidades de destino (*Schicksalsgemeinschaften*), comunidade de perigo própria ou primária (*echten-oder-primär Gefahrgemeinschaft*), comunidade de perigo vitais e comunidade de perigo imprópria ou secundária (*unechten-oder-sekundär Gefahrgemeinschaft*). Os aspetos da tragicidade das situações, do perigo comum que ameaçam os envolvidos, do elemento «destino» (não imputação do perigo ameaçador a nenhum dos envolvidos) são transversais aos institutos jurídico-penais mencionados, cf. *infra* nt. 15.

¹⁵ A *fragilitas humana* é um pressuposto antropológico e existenciário do próprio Direito Penal, além de aspeto transversal aos temas da comunidade de perigo, do estado de necessidade, do conflito de deveres e da inexigibilidade. Assim, «a inexigibilidade pressupõe que as circunstâncias anormais do fato anulam a natural capacidade humana de resistência [...] supõe que, em face da situação constringedora, não seja humanamente exigível um comportamento conforme ao Direito» (Euclides SILVEIRA, «Inexigibilidade de outra conduta», *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 11, 1965, 118), a «— inevitável — fragilidade humana» no âmbito de fundamentação do conceito de exigibilidade em Direito Penal, de modo a instituir uma desculpa em termos dogmáticos, a «perdoável fragilidade humana» (Carsten MØMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 26); ou ainda, «com a exigibilidade, a consideração da fragilidade humana, estes casos, seja como seja, não há nada a fazer» (Wilhelm GALLAS, in *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission 2. Band. Allgemeiner Teil. 14 bis 25 Sitzung*, Bonn: Gedruckt im Bundesministerium der Justiz, 1958, 151, referindo-se aos «casos de comunidades de perigos», para os quais é defendida a desculpa). Destaca-se que ou a inexigibilidade decorrente do instinto de conservação representa uma impossibilidade ínsita ao ordenamento jurídico de proibir de forma eficaz o facto do agente necessitado ou reconhece que a natural fragilidade humana faz inexigível um comportamento conforme o Direito (Alfredo MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova: Cedam, 1964, 46), lembrando que uma das formas de manifestação da fragilidade humana é o instinto de conservação, argumento historicamente convocado no âmbito do estado de necessidade.

¹⁶ Ainda que sem pretensões de esgotar o tema, notam-se três constantes nas comunidades de perigo, sendo o pressuposto negativo e as demais de caráter positivo: (I) nenhuma das partes envolvidas é responsável pela criação da situação de perigo comum, sendo lançadas para tal (cf. Ricardo ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación», 467; Ingo BOTT, *In dubio pro Straffreiheit? Untersuchungen zum Lebensnotstand*, Heidelberg: C.F.Müller, 2011, 6); (II) há um perigo comum que ameaça todos os envolvidos (cf. Till ZIMMERMANN, *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, Baden-Baden: Nomos, 2009, 300, *in fine*, onde fala em «identidade de perigo»; Ricardo ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación», 467; Ingo BOTT, *In dubio pro Straffreiheit*, 5; Ivó COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, 380); (III) o vínculo necessário entre a ação de salvamento de uma parcela e o sacrifício de outra (cf. Hellmuth VON WEBER, «Die Plichtenkollision im Strafrecht», in KIESELBACH, Wilhelm, *Sonderdruck aus der «Festschrift zum 80. Geburtstag von Wilhelm Kieselbach»*, Hamburg: Gesetz und Recht Verlag, 1947, 249, correlacionando-o com o conflito de deveres material, pois neste o dever de salvar apenas pode cumprir-se ao custo de outra(s) vida(s) humana(s); Ricardo ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación», 467). Segue a coincidência não casual entre as constantes das comunidades de perigo e algumas das características do estado de necessidade e do conflito de deveres: a causação da situação de necessidade (I') ou da situação de impossibilidade de simultâneo cumprimento de deveres (I'') não é imputável a nenhum dos necessitados ou obrigados, destacando-se que, muitas vezes, este ponto surge sob o argumento do destino nos temas do estado de necessidade, da comunidade de perigo e do conflito de deveres, mas sem ignorar a possibilidade de uma *actio libera in causa* no primeiro e uma *omissio libera in causa* no terceiro (quando o obrigado provoca responsabilmente a sua incapacidade de ação, respondendo jurídico-penalmente pelas consequências advindas disso, por exemplo, o caso do nadador-Salvador que se embriaga na praia de forma a não ter condições de salvar as pessoas

comum a que podem ser reduzidos todos os casos de inexigibilidade»¹⁷, para os efeitos deste artigo, considera-se o que há de comum entre o estado de necessidade não proibido e os assim denominados estados de necessidade «vitais»¹⁸, «duplos»¹⁹, «existenciais»²⁰, «recíprocos»²¹ ou «trágicos»²²: o conflito direto entre duas ou mais vidas humanas em situações-limite.

A partir disso, considera-se que, nos «estados de necessidade vitais», «os afetados são ameaçados por um perigo em comum que ameaça *cada indivíduo* em sua existência»²³, o que leva uma considerável parcela de penalistas a admitirem a possibilidade de estado de necessidade contra estado de necessidade²⁴. Além disso, nessa hipótese, não há uma agressão ilícita, portanto,

que se estão a afogar, cf. Wolfgang JOECKS, *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*, 10. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2012, 34, §13/26; há mais de um bem jurídico (vidas humanas nomeadamente) em situação de perigo comum (II') ou mais de um dever — sendo que, quanto a nós, há sempre um bem jurídico que fundamenta o dever, cf. *infra* nts. 41 e 45 *in fine* — para se atender sob determinado contexto de impossível cumprimento pleno em razão de limitações de tempo, meio, instrumento, recursos humanos ou outros fatores (II''); (III') a(s) ação(ões) de salvamento do(s) necessitado(s) está(ão) inevitavelmente relacionada(s) com a(s) ofensa(s) ao(s) outro(s) necessitado(s) — «o facto tem que constituir a única possibilidade de salvamento» (Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 265-6, §10, nm. 103) — ou (III'') o cumprimento do(s) dever(es) está(ão) necessariamente vinculado(s) à(s) infração(ões) de outro(s) dever(es).

¹⁷ Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 265, §10, nm. 101.

¹⁸ Ingo BOTT, *In dubio pro Straffreiheit?*, 5.

¹⁹ Raimundo DEL RIO, *Derecho penal. Legislación penal, parte general*, t. 2, Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1935, 182; Vincenzo MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano (Dirimenti, aggravanti. Tentativo. Partecipazione. Concorso di reati. Recidiva)*, t. 2, a cura del Gian Domenico Pisapia, 5.ª ed., Torino: Utet, 1981, 434-5, n.º 417.

²⁰ Mario Sánchez DAFUQUE, «El conflicto entre vidas en Derecho penal», *Revista Penal*, 42, 2018, 211-212 e 213, ao tratar dos estados de necessidade pessoal e existencial subjetivo.

²¹ Remmo PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4.ª ed. Torino: UTET, 1967, 746.

²² Javier WILENMANN, «Die Unabwägbarkeit des Lebens beim rechtfertigenden Notstand», *ZStW*, 124, 2015, 901 nt. 49, *in fine*, em que caracteriza as «comunidades de perigo vitais» pelas possibilidades de salvação que não são distribuídas de forma igualitária, «cada possível decisão de morte implica uma decisão de salvamento de vidas»; Javier WILENMANN, *InDret* 1, 2016, 27, ao tratar das situações de «comunidades de perigo vitais» com destaque para os casos dos alpinistas e da perfuração, para os quais o autor defende a justificação do comportamento de sobrevivência; Javier WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid: Marcial Pons, 2017, 652-671 (Cap. 4, V.).

²³ Ingo BOTT, *In dubio pro Straffreiheit?*, 5. Cf. *supra* nt. 12, (II), (II') e (II'').

²⁴ Nesse sentido, cf. Bernardino ALIMENA, *Principii di diritto penale*, vol. I, Napoli: Piero, 1910, 599; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano II*⁵, 434-435, n.º 417; Edmund MEZGER, *Tratado de derecho penal*, trad. de la segunda edición alemana (1953) y notas de derecho español por Jose Arturo Rodríguez Muñoz, t. 2, 3.ª ed. adicionada y puesta ao dia por Antonio Quintano Ripollés, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, 461, nt. 23; André de Oliveira PIRES, *Estado de necesidad: um esboço à luz do art. 24 do Código Penal brasileiro*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, 57; Aníbal BRUNO, *Direito Penal. Parte Geral (Introdução — Norma penal — fato punível)*, vol. I., t. 1.º, 2.ª ed Rio de Janeiro: Editora Forense, 379; Maria Fernanda PALMA, «O estado de necessidade justificante no Código Penal de 1982», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, vol. III, *Boletim da Faculdade de Direito*, número especial, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, 201, se não se compreende mal, ao sugerir que a alínea c) do art. 34.º do CP é uma «restrição do estado de necessidade que ultrapassa a ponderação de interesses, pois, se assim não fosse, as considerações de exigibilidade abrangeriam directamente ambos os sujeitos»; 202, ou ainda, «se, em nome da dignidade da pessoa humana, não se retira o direito de legítima defesa ao sujeito passivo do eventual estado de necessidade,

não cabe Direito de defesa ao agredido, não obstante não se possa exigir-lhe a passividade também, uma vez que se trata de um «inocente»²⁵, ou melhor, «não é injusta agora a violência nem do agressor nem do agredido, nem do vencedor nem do vencido, porque determinada pela necessidade de salvar-se do naufrágio»²⁶. Portanto, «o agredido que reage não incorre, em verdade, em legítima defesa, porque falta a “injustiça” da ofensa»²⁷.

Dessa forma, o estado de necessidade não proibido caracteriza-se «quando, em uma situação de necessidade, entram em conflito interesses equipotentes juridicamente protegidos e uma intervenção em estado de necessidade não tem de ser desaprovada em razão do meio utilizado, então a ação não pode ser juridicamente valorada. Portanto, ela é não proibida»²⁸. E já muito antes, afirmavam BINDING e BELING respetivamente que «a lesão em estado de necessidade não é lícita, mas ela é não proibida» e «quando bens colidentes são equivalentes», a lesão é considerada «juridicamente irrelevante, então nem permitida nem proibida»²⁹. Portanto, as ações necessárias realizadas nestas situações-limite são consideradas nem lícitas nem ilícitas, por conseguinte,

também em nome do mesmo princípio não se poderá retirar o direito de defesa a quem reaja contra a obstrução (não ilícita) à salvaguarda desses bens, cuja preservação é essencial à formação da sua dignidade»; 203, «ele [o alcance da alínea c)] contém, directamente, uma decisão sobre a atribuição do direito de legítima defesa ao sujeito passivo do estado de necessidade, justificada pelo princípio da dignidade da pessoa humana»; por fim, a vinculação entre o princípio da dignidade humana e este direito de legítima defesa (o princípio da insuportabilidade de uma não defesa) não pode levar a outra conclusão senão a de que a autora admite, ainda que implicitamente, uma hipótese de legítima defesa contra legítima defesa, pois, caso contrário, apenas um deles teria dignidade humana (neste sentido, cf. também Maria Fernanda PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, 165-166, «nomeadamente por não respeitarem a dignidade da pessoa humana. Assim aconteceria se no conflito de vidas fosse pura e simplesmente permitido matar uma pessoa para salvar outra, não sendo concedida protecção jurídica à vítima, incluindo o direito de defesa»); Maria Ferreira da CUNHA, *Vida contra vida*, 813-814, embora não assumido nesses exatos termos, admite «*paritárias possibilidades de reacção e de contra-reacção*», sendo «actos lícitos (no sentido de *tolerados* pelo Direito) contra actos lícitos», por exemplo, o caso da Tábua de Carneádes.

²⁵ Vincenzo MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano II*⁵, 434-435, n.º 417.

²⁶ Giovan Battista IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino: Editrice Torinese, 1921, 323.

²⁷ Remo PANNAIN, *Manuale di diritto penale*⁴, 746.

²⁸ Karl VON SIEGERT, *Notstand und Putativnotstand*, Tübingen: Paul Siebeck, 1931, 33.

²⁹ Karl BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1.(einziger) Band (1885), Aalen: Scientia Verlag, 1991, 765 (§151); Ernst Von BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, Jena: G. Fischer, 1899, 41, §33, II. Por fim, em termos alusivos, seguem-se outros defensores dessa leitura sobre o estado de necessidade: Hellmuth MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1936, 230, «o estado de necessidade é não proibido»; Hellmuth MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, 191, §29, III., no subitem sobre o «estado de necessidade subjetivo» como «causa de exclusão do injusto (causa de justificação)», ele afirma que «o ato de necessidade é de facto não proibido, *scilicet*, lícito em sentido jurídico-penal»; Karl ENGISCH, *ZStaatsW* 108, 1952, 388 nt. 3, «cada estado de necessidade é um fator de restrição do direito. “Necessitas non habet legem”, “Not kennt kein Gebot”, “Die Not offenbart die Endlichkeit des Rechts” (*Hegel*), dentro do estado de necessidade “não mais coloca direito contra direito, senão que apenas natureza contra natureza” (*Gros*), a conduta dentro do estado de necessidade é correspondentemente “não proibida”».

não são justificadas nem passíveis de desculpa, independentemente dos polos que as executem.

Destaca-se que “«o estado de necessidade não proibido foi limitado a um estado de necessidade pessoal [*Personennotstand*] na literatura da comunidade de perigo»³⁰, uma vez que, em termos históricos, a discussão sobre o carácter não proibido adquiriu uma significativa projeção em meio à época em que o estado de necessidade não tinha ainda efeitos *legais* justificantes, nomeadamente sob a égide do §54 do StGBReich, o que gerou muitas críticas aos limites *legais* desse dispositivo.³¹

O debate sobre o estado de necessidade não proibido não possui apenas relevância histórica para o Direito Penal, conforme comprovam as seguintes manifestações sobre o tema em épocas posteriores ao seu apogeu. Uma delas, sob um cariz funcional teleológico, afirma que «a ordem jurídica pode ser relativamente generosa, quando o autor realiza algo *não-permitido no conflito de bens jurídicos* — em todo caso, enquanto a força preventiva das normas jurídico-penais sofre de ser insustentável»³². Com relação a outra

³⁰ SIEGERT, *Notstand und Putativnotstand*, 35. Embora o estado de necessidade não proibido constituísse uma constante na temática das comunidades de perigo, há quem o recusasse, mas admitisse que, no caso da comunidade de perigo, o facto de necessidade é considerado como não proibido, cf. Hellmuth VON WEBER, *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, Leipzig: Theodor Weicher, 1925, 3 e 35.

³¹ Antecipa-se que o estado de necessidade justificante surgiu em razão do desenvolvimento dogmático (nomeadamente da teoria ampla do estado de necessidade de BINDING) e jurisprudencial (exatamente com a sentença do *Reichsgericht* de 11 de março de 1927) alemães, cf. *infra* nt. 41. Isso foi motivado pelos limites legais do §54 StGBReich, veja-se: «O ato não é punível, se o autor, se encontrando em um estado de necessidade, independente de sua vontade e inevitável por outro meio, comete um ato, outro que não em legítima defesa, para salvar de um perigo atual sua pessoa, sua vida ou aquelas de um de seus parentes.» Assim, «o §54 em sua redação anterior, discutia-se seu nível: em parte se valorava-o como causa de neutralização [eis o caso do carácter não proibido nem permitido do estado de necessidade]; em parte, como causa de exclusão da responsabilidade pelo facto e, em sua maioria, como causa de exclusão da culpa» (Reinhart MAURACH; Karl Heinz GÖSSEL; Heinz ZIPF, *Derecho penal. Parte general 1, Teoría general do derecho penal y estructura del hecho punible*, traducción de la 7.ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aiomone Gibson, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, 465 §27, I, nm. 4, com interpolação explicativa nossa entre parênteses retos). Ao destacar os casos de esquiva ou desvio de perigos, em que «o mal ameaçado ou o perigo para o bem jurídico é *menor* do que o do crime praticado [...] casos esses que poderiam caber no conceito de não exigibilidade, como aliás, certos autores entendem que cabem nos §§ 52 e 54 do Código alemão» (Eduardo CORREIA, *Direito Criminal II*, 106, §4.º, 20). E também ao compreender «não apenas os casos de exclusão da culpa, o estado de necessidade subjetivo do §54 do Código Penal alemão, mas também em ampla medida os casos compreendidos pela doutrina alemã como estado de necessidade objetivo supralegal designadas situações de justificação de colisão de bens e deveres» [Peter NOLL, «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», *ZStW*, 68, 1956, 189].

³² Wilfried KÜPER, «Differenzierung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen: Sachgerechet und notwendig? Überlegungen am Beispiel von ‚Notstand‘, ‚Pflichtenkollision‘ und ‚Handeln auf dienstliche Weisung‘», in Albin ESER; George P. FLETCHER (Hrsg. von), *Rechtfertigung und Entschuldigung: rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse: Comparative Perspectives)*. Band I, Freiburg i. Breisgau: Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987, 337, destaca nosso.

manifestação, argumenta-se que a ação em legítima defesa está permitida, pois «o direito aprova sem reservas a comissão dessas ações típicas em sentido estrito», ao passo que «a ação executada em estado de necessidade por conflito entre bens iguais não merece, em vez disso, essa valoração positiva», portanto «no sentido de que a ordem jurídica não a estima valiosa, poderia falar-se de uma *ação jurídico-penalmente neutra*»³³. Antecipando-se, na legítima defesa, mesmo com duas vidas contrapostas, a defesa com resultado morte estará justificada, mas no estado de necessidade não.

Como primeira linha de evidências do encontro entre o estado de necessidade não proibido e a inexigibilidade, destacam-se três aspetos fundamentais. O primeiro consiste em «processar se o sacrifício de um deles para salvar o outro era a única via adequada dentro dos limites de exigibilidade normais na vida ordinária»³⁴ e não apenas comparar o valor dos bens jurídicos em conflito: eis a terceira constante das comunidades de perigo (III), do estado de necessidade (III') e do conflito de deveres (III''), conforme apontado *supra* na nt. 13. Em termos mais explícitos, sobre o segundo aspeto, «em caso de colisão de bens iguais no estado de necessidade (duas vidas humanas sobretudo), há que acudir a um expediente supralegal — ainda que não seja justificante —: a “não exigibilidade de outra conduta”, se não queremos condenar o naufrago que se salva em detrimento à vida alheia»³⁵. Diante do conflito entre bens equipotentes, nomeadamente entre vidas humanas, recorre-se à inexigibilidade desculpante via supralegal, uma vez que a ordem jurídica não soluciona (e nem pode solucionar, cf. *infra* secção 2) esta modalidade de conflito. Em terceiro lugar, reconhece-se «a mesma renúncia à valoração e à aceitação do carácter *não proibido* da ação de necessidade no âmbito material» no sentido de «exclui[r]-se a *responsabilidade pelo facto*» sem «desenvolver-se a pergunta acerca da culpa», pois «não deve se confundir o juízo individualizador de censura com a questão acerca da *exigibilidade*»³⁶.

³³ Enrique GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», in *Estudios de derecho penal*, Madrid: Civitas, 1976, 119, destaque nosso.

³⁴ Francisco MUÑOZ CONDE; Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, 351, embora os autores defendam a justificação dos comportamentos, tese à qual não se adere. Ou ainda, «está em jogo o salvar os bens jurídicos ameaçados» (Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 265, §10, nm. 101).

³⁵ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal IV*³, 680-1 n.º 1443; 366 n.º 1353, «os que podem surgir entre interesses iguais se solucionam mediante a causa supralegal de exculpação de não exigibilidade de outra conduta, sem acudir a fórmulas supraleonais de justificação».

³⁶ Reinhart MAURACH; Karl Heinz GÖSSEL; Heinz ZIPF, *Derecho penal I*⁷, 551-552, destaque nosso, com importante realce tanto para o facto de que, «com a situação de necessidade não decaí a censura personalíssima, senão que o juízo generalizador de que o autor não se comportou como teria feito a média», como para que «também os incapazes de culpa podem invocar a exclusão de responsabilidade

Antes de passar ao segundo plano das evidências da intersecção entre o estado de necessidade não proibido e a inexigibilidade, é na difícil relação entre facto e Direito que «da fenomenologia da conduta humana em que a estrutura fundamental do “ser no mundo” não nos fornece tudo ao esclarecimento, senão adicionando o “ser em” enquanto tal, em sua consistência e seu sentido de “cura”, no estado de necessidade. É claro que tanto no estado de necessidade desculpante, quanto no estado de necessidade não antijurídico, prevalece o “curar-se de” na atuação tanto do autor quanto do co-autor que com êle co-existe e co-protagoniza a situação vital». Sendo a inexigibilidade o «elemento normativo da exigência do mínimo ético do Direito Penal no âmbito da culpabilidade» e de modo a «estar no estado de necessidade o fundamento da culpabilidade, e especificamente na inexigibilidade de conduta diversa»³⁷.

Quanto à segunda linha de evidências, destaca-se que, antes da posituação da não punibilidade das indicações médicas de interrupção da gravidez na Alemanha, determinado setor doutrinário denunciou a insustentável «situação legal» entre médicos e grávidas até a promulgação do §218a do StGB, considerando o comportamento abortivo realizado sem autorização legal como situado fora da esfera de valoração jurídica.³⁸ Após o dispositivo legal entrar em vigor, considera-se que, junto à autorização do aborto no §218 a, 2, do StGB, sob a «formulação negativa», «de maneira não exigível», aplica-se a inexigibilidade.³⁹ Em síntese, o não proibido manifesta-se na ausência de cláusulas de inexigibilidade positivadas na parte especial.⁴⁰

ante situações de necessidade reconhecidas».

³⁷ Carlos CONDEIXA DA COSTA, *Pressupostos existenciais do crime*, Rio de Janeiro: Editora Evolução Ltda/A Tribuna, 1970, 139-40, 105 e 108.

³⁸ Arthur KAUFMANN, «Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs», in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe: C.F. Müller, 1972, 339-343, 340, destacando que os variados conflitos entre os bens jurídicos da mãe e o feto «não se deixam decidir racionalmente», embora «não estão sem solução, já que a mãe pode sacrificar os seus bens e interesses em favor do filho. Mas o direito tem de exigir um tal heroísmo sob penas?»; Arthur KAUFMANN, «Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig», 983, a interrupção da gravidez não deixa «nenhum desvalor de ação (nenhuma mácula para a grávida)», embora fique um «desvalor de resultado (morte do embrião)», isto não deixa claro se um comportamento destituído de desvalor de conduta seria lícito ou ilícito na avaliação total.

³⁹ Carsten MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 38. Ao estabelecer relação entre o tratamento jurídico do aborto, a necessidade de interrupção voluntária da gravidez e a inexigibilidade, cf. Theodor LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 242, nt. 8.

⁴⁰ Por isso, a tendência de alguns penalistas em sugerir o tratamento de casos de inexigibilidade no plano da Parte Especial dos Códigos Penais, cf. Helmut FUCHS, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 9. überarbeitete Auflage, Wien: Verlag Österreichisch, 2016, 398, nm. 82, citando algumas das «regras especiais de exigibilidade» da Parte Especial, como a omissão de auxílio (§95, 2, do ÖStGB), em que há a «limitação do dever de ação», *rectius* uma «inexigibilidade do auxílio» como causa de exclusão da culpa; Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte Geral*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5.ª ed., renovada y ampliada Granada: Comares Editorial, 2002, 683, §59, VIII, 2, «em determinados delitos de omissão própria a inexigibilidade

Com relação ao conflito (ou colisão) de deveres, não se ignora sua questão conceptual nem o relevante contributo da jurisprudência para sua autonomização⁴¹, portanto, em razão disso e sobretudo para se manter a linha de raciocínio proposta, limita-se a presente abordagem aos casos de conflitos de deveres de ação equipotentes, pois são neles que, «às vezes, também se fala numa colisão de deveres “insolúvel”, porque o direito não contém nenhum critério para uma ponderação de mesmo valor dos deveres»⁴². Assim, é possível encontrar um estado de necessidade não proibido junto ao conflito de deveres, *scilicet*, «quando se opõem contraditoriamente deveres equipotentes», como no caso dos cestos de transporte no acidente da mina, em que «ele [o maquinista] tem o dever de salvar os ocupantes de ambos os cestos [A e B]», mas «aqui os deveres neutralizam-se. O agir e o omitir são não proibidos»⁴³. Neste

*de um comportamento adequado à norma faz já decair o dever de ação e, com isso, o próprio tipo penal [...]. A limitação do dever de ação por meio da inexigibilidade está aqui, portanto, fixada pelo tipo»; Wolfgang NAUCKE, *Derecho Penal. Una introducción*, trad. Leonardo Germán Brond, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, 328, §7, nm.167, «no exemplo do §323c do StGB, não é um problema sistemático, mas sim um problema prático da Parte Especial».*

⁴¹ O conflito de deveres foi reconhecido a partir da histórica sentença do *Reichsgericht* de 11 de março de 1927 sob o termo «estado de necessidade de deveres» («*Pflichtennotstand*») como parte integrante do conceito amplo de «estado de necessidade justificante suprallegal» («*Übergesetzlicher Rechtfertigender Notstand*») ao lado do instituto da colisão de bens jurídicos («estado de necessidade de colisão de bens») «*Güterkollisionsnotstand*»), enquanto acolhimento da anterior e denominada teoria ampla do estado de necessidade de BINDING, que incluía a colisão de deveres, a colisão de bens jurídicos e a colisão entre bens jurídicos e deveres (BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 759 e s). Como o §54 do StGBReich não autorizava à época, mesmo mediante a indicação médica, a prática da interrupção voluntária da gravidez por sério perigo de morte para a gestante, bem como apenas se poderia invocar o dispositivo para a salvaguarda de algum bem jurídico próprio ou de parentes próximos, o médico não parente da gestante não poderia realizar a operação sob pena de ser punido: «depois da introdução desse [§54] no Código Penal [alemão], não parecia factível seguir considerando-se como tal [o estado de necessidade] em favor de terceiras pessoas, especialmente dos médicos, que não são familiares da grávida, considerando-se os preceitos §§52 e 54 (agora: §35) sobre o estado de necessidade. Portanto, intentou-se encontrar outros argumentos...» (Albin ESER; Björn BURKHARDT, *Derecho penal: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. de Silvina Bacigalupo (capítulos 1 a 13) y Manuel Cancio Meliá (capítulos 14 a 19 y anexos de preceptos citados), Madrid: Editorial COLEX, 1995, 250 12/6, com interpolações explicativas nossas entre os parênteses retos). Caso o médico não fosse um parente próximo, em razão da limitação legal do dispositivo, poderia responder pelo crime de aborto nessas situações dilemáticas. A decisão em epígrafe reconheceu um estado de necessidade justificante suprallegal, consagrando a teoria diferenciadora do estado de necessidade por meio daquela teoria de BINDING que foi posteriormente positivada nos §§ 34 e 35 do StGB. O estado de necessidade não proibido, o conflito de deveres e a teoria diferenciadora do estado de necessidade comungam de um desenvolvimento comum *pari passu* a esses episódios académicos, judiciais e legislativos relacionados aos limites legais do §54 do StGBReich.

⁴² Wilfried KÜPER, «Differenzierung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen», 349, segundo a continuação do trecho: «A opinião dominante estabelece ao autor — exatamente devido a esta “insolubilidade” objetivo-axiológica — uma *escolha* entre o cumprimento de *um* dos deveres colidentes: sua omissão é justificada quando, neste sentido, ele atua “conforme ao dever” em geral.»

⁴³ SIEGERT, *Notstand und Putativnotstand*, 36; 36 nt. 2, com interpolações explicativas nossas entre os parênteses retos, trata-se do maquinista transportador que recebe um sinal de alarme sobre um poço da mina, «diante de uma eclodente explosão de metano», o maquinista tem de trazer todos os mineiros a salvo para a superfície, mas à medida que «ele traz o cesto A para cima, então tem de

sentido, «o conflito de tais deveres “de mesmo valor”, não ponderáveis uns com os outros, levanta bem difíceis problemas dentro do âmbito do injusto»⁴⁴.

Com relação às evidências da interseção entre a inexigibilidade e o conflito de deveres insolúvel, destaca-se primeiramente que esse instituto é o reduto por excelência dos crimes de omissões própria e imprópria, *rectius* o conflito de deveres é a causa (supralegal) de justificação ou desculpa especial dos crimes omissivos em geral.⁴⁵ A incidência da inexigibilidade no conflito de deveres restringe ou suspende a obrigatoriedade do cumprimento de alguma(s) obrigação(ões), sobretudo por se «encontrar em situações-limite em que o ordenamento pode admitir a perda do caráter incondicionado do dever»⁴⁶.

Tal restrição ou suspensão de deveres manifesta-se de forma diversa nos crimes omissivos próprios e impróprios, nos primeiros, a inexigibilidade é «reconhecida também em grande parte como característica do tipo»⁴⁷, «não apenas delimitando, como excluindo a existência mesma do dever imposto pela norma diante da anomalia da situação de facto em que se encontra o sujeito»⁴⁸, nomeadamente no dever geral de auxílio (art. 200.º do CP e §323, c, do StGB), o que explica o porque de tratarem-na como problema de

levar o cesto B para baixo e com isso para a zona de perigo e vice-versa». Em virtude de um sistema de roldanas que opera os dois cestos transportadores carregados de mineiros (A e B) em sentido inverso, ao levar um deles para baixo o outro sobe, não é possível salvar os mineiros de ambos os cestos, o maquinista tem de decidir se traz ou o cesto A ou o cesto B à superfície.

⁴⁴ Wilfried KÜPER, «Differenzierung zwischen Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründen», 348-349.

⁴⁵ Neste sentido, cf. Klaus HOFFMANN-HOLLAND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. erweiterte, überarbeitete und aktualisierte Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, 133 (346), como a causa de justificação supralegal junto aos crimes omissivos; Wolfgang JOECKS, *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*¹⁰, 42, §13/74; Kristian KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7., neu bearbeitete Auflage, München: C. Verlag Franz Vahlen, 2012, 716, §18/134; Rudolf RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. neu bearbeitete Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2013, 472, §49, V, 39; Holger MATT; Joachim RENZIOWSKI, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: 2013, C. Verlag Franz Vahlen, 109-110, §13/38 e 39; Thomas RÖNNAU, «Grundwissen — Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision», *JuS*, 53, 2013, 113, para a opinião predominante é «uma independente causa de justificação supralegal, a qual exclui o injusto da omissão (a ação mandada)», além de, «para a doutrina maioritária alemã hoje, o conceito de colisão de deveres é desse primeiro tipo e destaca-se como um “específico dos delitos omissivos”». Aderimos à compreensão do conflito de deveres enquanto colisão de bens jurídicos no âmbito dos crimes omissivos, caso apenas um dos vários bens jurídicos colocados em perigo possa ser salvo, cf. Helmut FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 6. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2013, 319, (61). Não só, mas sobretudo em razão dessa orientação teórica, optou-se neste trabalho pelo termo «conflitos indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes» ao invés de conflitos de deveres insolúvel simplesmente.

⁴⁶ Gabriele FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 248.

⁴⁷ Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Neubearbeitete Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2000, 653, §18, nm. 33. Cf. também Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal I*, 963, 39.º Cap., §6, com interpolação explicativa nossa entre os parênteses retos, «em princípio, se trata de uma inexigibilidade vinculada ao tipo de ilícito. Com uma manifestação da circunstância referida se depara, p. ex., no n.º 3 do art. 200.º, segundo o qual “a omissão de auxílio não é punível quando [...], por outro motivo relevante, o auxílio lhe [ao omitente] não for exigível”».

⁴⁸ Gabriele FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 249-250.

atipicidade ou causa de justificação da Parte Especial dos Códigos Penais, conforme a concreta configuração legal assumida.⁴⁹ Por outro lado, na omissão imprópria, o reconhecimento da restrição do dever de garante é discutível⁵⁰, sendo os casos de inexigibilidade preferencialmente solucionados ao nível de prova individual da culpa, pois aquela apresenta-se «em clara proximidade a [culpa] legalmente regulada» (o §35 do StGB) e outras «reconhecidas causas de desculpa»⁵¹. Inobstante, na terceira espécie de comunidade de perigo (cf. *supra* nt. 13), a inexigibilidade venha a dizimar qualquer dever da omissão impróprio, uma vez que «não há uma fundada posição de garante em comunidade de perigos quando pessoas, v.g., no caso de um naufrágio, estão ocasionalmente sentadas “em um bote” (assim chamada, *comunidade de desgraça*); aqui ninguém defende como garante da vida dos outros naufragos»⁵².

⁴⁹ Com destaque para a afirmação de que a inexigibilidade «permanece, todavia, dentro do cânone dos problemas insolúveis da Parte Geral e estava lá (§35 do StGB) como também dentro da Parte Especial (então sob entre outros nos §§§142, 218a e 323c do StGB), inclusive parte do direito positivo» (Carsten MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, 27). Considerando-se tratar o §218a, II, do StGB de uma causa de justificação da interrupção da gravidez com o fim de salvar a vida ou a saúde da gestante, além de «na omissão do dever de auxílio isso já se deduz imediatamente da lei (§323 c)» (Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*⁵, 385-386, §33, IV, 1, e 543, §47, II, 3, c). No Direito Penal português, a considerar a primeira parte do n.º 3, art. 200.º do CP («a omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente») «uma (causa de) justificação da omissão (dogmaticamente, a uma exclusão da própria tipicidade da omissão)» e a segunda parte («quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível») «consubstancia a cláusula geral de “não exigibilidade (não censurabilidade)” — Américo TAIPA DE CARVALHO, «Comentários ao art. 200.º do CP», in FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial*, t. 1, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 1244, §24; 1248, §30, «da situação prevista na 1.ª parte (que constitui uma causa de exclusão da ilicitude da omissão, ou, mais rigorosamente, causa de exclusão da própria tipicidade da omissão)» e «da situação prevista na 2.ª parte (que não é mais do que a reafirmação da cláusula da não exigibilidade).

⁵⁰ Neste sentido, ao reconhecer uma possibilidade ou um imperativo de “*extensão* da exclusão de responsabilidade pelo facto” nos crimes omissivos impróprios (Reinhart MAURACH; Karl Heinz GÖSSEL; Heinz ZIPF, *Derecho penal II*⁷, 272, §46, IV, nm. 134); por outro lado, negando a exigibilidade no plano dos crimes omissivos impróprios, cf. Günther JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin: Walter de Gruyter, 1991, 844, §29, nm. 99, «consequentemente permanecem assim as regulações gerais da culpa; não se reconhece uma exigibilidade especificamente omissiva»; Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*⁵, 684, §59, VIII, nm. 3, «esse desenvolvimento é sem dúvida incorreto, pois ao garante corresponde o dever de evitar o resultado do mesmo modo que ao autor do ato comissivo o de não produzir o resultado mediante um agir positivo [...], a inexigibilidade no garante apenas pode ser considerada no marco do estado de necessidade exculpante (§35).

⁵¹ Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*³, 654, §18, nm. 33.

⁵² Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*³, 668, §18, nm. 67. Embora se discorde da solução dada, «no domínio da “comunidade de perigo” fica desde logo afastado qualquer dever de garante nas hipóteses, aqui muito frequentes, em que o bem jurídico alheio só pode ser salvaguardado à custa da vida ou da lesão grave de um outro bem pessoal titulado pelo omitente. Exemplar, a este propósito, seria o velho caso da “tábua de Carneádes” — sendo o naufrágio uma “comunidade de perigo”, é excluída a culpa daquele que, em estado de necessidade desculpante (art. 35.º, n.º 1), afasta de outro naufrago uma boia que junto deles se encontrava e que apenas era apta a salvar a vida um» (André LEITE, «*As posições de garantia*» na omissão impura. Em especial a questão da determinabilidade penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 230). Por fim, cf. *supra* nt. 12, 1.3, (b).

Considera-se que a chamada cláusula de exigibilidade (*Zumutbarkeitsklausel*) inerente ao dever geral de auxílio (§323, c, do StGB e art. 200.º do CP), auxilia nos conflitos entre esse e o dever de garante (§13 do StGB e art. 10.º, n.º 2, do CP), resolvendo-os por meio da primazia do último⁵³, o que, a seguir, analisa-se como uma incompreensão dos limites deontológicos do Direito Penal nos conflitos indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes (cf. secção 3). Destaca-se ainda que alguns axiomas convocados nos estados de necessidade e conflito de deveres (*necessitas non habet legem, ultra posse nemo tenetur, ad impossibilia nemo tenetur e impossibilium nulla obligatio est*) e conjugados com menor intensidade com a inexigibilidade⁵⁴ confluem no sentido de restringir proibições e mandados, podendo em alguns casos até excluí-los em situações-limite, o que expõe os limites deontológicos do Direito Penal.⁵⁵ Portanto, há uma coincidência entre os limites normativos do Direito — manifestados nas restrições e exclusões de proibições e mandados jurídicos por meio desses axiomas — e as limitações humanas nos conflitos

⁵³ Neste sentido, cf. Holger MATT; Joachim RENZIOWSKI, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2013, 2581 (§323, c, 21); Thomas RÖNNAU, «Grundwissen — Strafrecht», 113-114, o texto legal do §323c, do StGB coloca o dever de auxílio sob a reserva de «violação de outros deveres», o que, para a doutrina maioritária, mostra junto ao dever de garante uma ameaça de pena, cujo não cumprimento é apenas passível de não ser punido através do estado de necessidade supralegal; Johannes WESSELS; Werner BEULKE; Helmut SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 46. neu bearbeitete Auflage, München: C. F. Müller Verlag Heidelberg, 2016, 379, nm. 1036, «o dever de garante, no sentido do §13 tem primazia» e se reconhece o «escasso valor do dever geral de auxílio», de maneira que «uma prestação de auxílio não é exigida conforme o texto expresso do §323c, quando a infração de outros deveres relevantes está envolvida com ela».

⁵⁴ À época, FREUDENTHAL lamentava os limites legais do estado de necessidade (§54 do StGB Reich) mediante o auxílio das denominadas «circunstâncias concomitantes do facto», destacando-se que a relação entre elas e o princípio *impossibilium nulla obligatio est* é a mais forte evidência da imbricação entre a inexigibilidade e o estado de necessidade (Berthold FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 2, «onde apresenta-se o estado de necessidade, falta o poder do autor, e com ele, a inevitabilidade do cometido, a censurabilidade do facto, a exigibilidade de não ter atuado, ou como queira formular-se, curto, a culpa»).

⁵⁵ Propõe-se uma comparação hipotética entre o mesmo caso (dentro das condições de um conflito direto ou indireto entre vidas humanas extrauterinas em situações-limite, excetuando-se a hipótese de legítima defesa, pois se tratam de inocentes), ora submetido a um cenário de proibições e deveres jurídicos válidos e ora sujeito a um outro cenário destituído de quaisquer comandos jurídicos. Pergunta-se: qual é o contributo efetivo das proibições e deveres jurídicos para os dois cenários em tela? Lembre-se ainda que, em termos históricos, nos casos de estado de necessidade entre bens ou interesses equivalentes, utilizava-se fundamentos como o de que os danos da punição seriam menores que os de se comportar conforme o Direito (*vide* KANT e o caso da Tábua de Carneádes), o Estado perderia o interesse em punir, abrir-se-ia um âmbito de isenção às normas jurídicas em geral (a denominada teoria da isenção de FICHTE), dentre outras. A limitação ou a exclusão de proibições e mandados seria melhor admitida ao se reconhecer os limites imanentes do Direito Penal exclusivamente nestas situações de conflitos diretos ou indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes em situação-limite, aliás «face a estas *situações-limite* parece que todas as possibilidades estão sujeitas a fortes objecções», sendo que «é impossível encontrar uma solução consensual, enraizada nos mais profundos valores da nossa comunidade — então, parece que só restará a alternativa da aceitação humilde dos limites (da Vida, das valorações-decisões humanas e do próprio Direito)» — Maria Ferreira da CUNHA, *Vida contra vida*, 814.

diretos⁵⁶ e indiretos⁵⁷ entre bens existenciais equipotentes em situações-limite. Neste sentido, «de cada um dos três concorrentes princípios do estado de necessidade (*impossibilium nulla obligatio*, prioridade dos males menores, reconhecimento do instinto de autoconservação) resulta da não proibitividade do ato de estado de necessidade»⁵⁸.

Assim, o poder omitir ou agir conforme a norma é um pressuposto existencial de comandos jurídicos, sob pena de absurdos tornarem-se proibições ou obrigações. Mesmo sob normas válidas que cumpriram o pressuposto de possibilidade de cumprimento em abstrato, ao serem submetidas a contextos caracterizados pelas «circunstâncias concomitantes ao fato», deve-se inverter o raciocínio dever-poder⁵⁹, uma vez que, nestes casos, a norma válida e exigível para os casos normais não pode incidir da mesma forma nos casos anormais (cf. na secção 2 a consequente redução do injusto nas hipóteses do §54 do StGBReich). Porque «o contrário seria estabelecer o âmbito do normativo dispensando o poder médio de atuar dos homens e aumentar algumas exigências

⁵⁶ Assim, «quer o estado de necessidade foi justamente apontado por filósofos e pensadores para demonstrar os limites da justiça e do próprio direito [...] ainda em modernos autores que, como JANKA, BAUMGARTEN, MAURACH, etc. continuam a falar em “ações não proibidas”, “indiferentes”, “neutras”, etc.» (Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, t.1, Coimbra: Almedina, 2007, 72-73).

⁵⁷ Neste sentido, ao falar da situação em que o autor pode objetivamente apenas cumprir um dever; com respeito aos outros deveres, vale o princípio que ninguém está obrigado ao impossível (*impossibilium nulla est obligatio*), «porque o Direito choca-se aqui com seu limite e não pode dizer corretamente como o cidadão deveria comportar-se, exclui *ex post* uma desaprovação jurídica de seu comportamento» (Thomas RÖNNAU, «Grundwissen — Strafrecht», 113). Exatamente ao evitar reconhecer os limites normativos do Direito Penal, mas, ao nosso ver, incrementá-los ao expandir a sua gama de atuação por remeter à categoria da punibilidade sob a ideia reitora da dignidade penal, *rectius* «apesar da realização integral do tipo de ilícito e do tipo de culpa, a “*imagem global do facto*” é uma tal que, em função de exigências preventivas, o facto concreto fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal», FIGUEIREDO DIAS afirma que «não é impossível (nem sequer é raro na nossa disciplina: assim sucede com princípios como o de que *ad impossibilia nemo tenetur* ou da própria inexigibilidade [...] que a mesma máxima constitua um princípio jurídico *regulativo*, implicado na conformação de várias categorias dogmáticas, mas venha depois a precipitar-se ou concretizar-se como princípio jurídico *material* (ou *normativo*) primário de uma delas» (Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, 280, 10.º Cap., §74, *in fine*; 672, 26.º Cap., §7, «a exigibilidade, ligada à máxima *ad impossibilia nemo tenetur*»).

⁵⁸ Friedrich OETKER, «Notwehr und Notstand», in Karl von BIRKMEYER; Philipp ALLFELD; Friedrich OETKER, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2, Berlin: Liebmann, 1908, 338.

⁵⁹ Como procede PALMA, embora ainda no âmbito da culpa jurídico-penal, ao tratar das «situações de perturbação emocional», «contextos sociais [...] de responsabilidade colectiva» e «de elevada afectação da identidade pessoal», «um dever de motivação pela norma jurídica está muito condicionado pelas limitações de poder de motivação, sem se poder admitir a inimputabilidade do agente ante parâmetros biopsicológicos previstos na lei penal», «a questão da liberdade enquanto poder efetivo de conduta alternativa exprime-se, em alguns destes casos, como um problema de falta de justa e adequada oportunidade para a omissão da conduta ilícita» (Maria Fernanda PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, 137). Além disso, ao destacar que o problema da exigibilidade não se restringe apenas a questão do poder fazer, mas do dever, cf. Theodor LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 39.

normativas somente aptas para “santos e heróis”»⁶⁰. Embora o ordenamento jurídico se vincule a condições objetivas por razões de praticidade, «dado que a lei se converteria em letra morta se não tivesse em conta a natureza humana, suas exigências devem deter-se ante certos limites»⁶¹, «é a norma em sua função imperativa que perde eficácia em respeito ao imperativo que não é jamais incondicionado, porque, para efeitos de sua validade, devem ser levadas em conta todas as circunstâncias de atuar»⁶².

2. Aproximações ao «elo perdido» entre a ilicitude e a justificação em Direito Penal

Apresentada uma primeira aproximação entre a inexigibilidade, o conflito de deveres insolúvel e o estado de necessidade não proibido, é chegado o momento de demonstrar, passo a passo, as razões de os comportamentos *realizáveis* nos conflitos entre bens jurídicos existenciais equipotentes serem não proibidos e não permitidos, bem como insuscetíveis de desculpa e justificação. Trata-se de comportamentos típicos que são remetidos a um *limbo jurídico*, eis o elo perdido entre a ilicitude e a justificação na teoria do crime⁶³: o não proibido (*unverboten*) e o não permitido (*unerlaubt*) nos comportamentos de sobrevivência e de salvamento em situações-limite.⁶⁴

⁶⁰ Elena LARRAURI, «Causas de justificación: criterios de identificación», in Winfried HASSEMER; Elena LARRAURI (org.), *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Madrid: Tecnos, 93-94. Ao estabelecer que «a lei não pode exigir virtudes que não são próprias da média dos homens; ela às vezes recompensa o heroísmo, mas, em regra, não o exige» (Vincenzo MANZINI, *Istituzioni di diritto penale italiano, Parte Generale*, vol. 1, 7.^a ed. Padova: Cedam, 1941, 132, 77). No campo da filosofia moral, cf. O. J. URMSON, «Santos y héroes», in Feinberg, Joel (ed.), *Conceptos Morales*, trad. J. A. Pérez, México: Fondo de Cultura Económica, 1985, 108-109, 127.

⁶¹ José RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, Valladolid: [s.n.], 1970, 358, «o instinto de conservação levará a sacrificar a vida de outro em um conflito de bens iguais embora a lei exija outra coisa, a voz do sangue não será ignorada, embora a lei castigue ao pai que ajuda o seu filho a eludir a ação da justiça».

⁶² Giuseppe BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 6.^a ed., Padova: Cedam, 1966, 414, embora com o reconhecimento da inexigibilidade no âmbito da culpa.

⁶³ Alusivamente ao reconhecer que «deixo fora de consideração o problema de se estão a aceitar alguns casos de descoberta de pura “não-proibitividade” “entre” os estados de necessidade justificante e desculpante» (Wilfried KÜPER, «Differenzierung zwischen Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründen», 337, nt. 68). Contextualiza-se que são exatamente esses «casos de pura não-proibitividade» (*Fälle der bloßen, Unverbotenheit*) que estavam presentes nas discussões acerca dos limites legais do §54 do StGBReich ao se assumir a forma do estado de necessidade não proibido, conforme já apontado alhures.

⁶⁴ Antecipa-se que o desvalor de resultado global nesses casos será indiferente, mas necessariamente

O primeiro passo consiste em sustentar que esses comportamentos são típicos, mas não são permitidos, *rectius* são típicos e sem a incidência de quaisquer causas de justificação (legal ou supralegal). Considerando-se a ausência das últimas, eis que surge a questão sobre um não permitido: «o que se trata de saber é se, ainda no caso de que não resulte aplicável nenhuma das causas legais, poderia aceitar-se que um facto típico não seja antijurídico?»⁶⁵ Sabendo-se que tanto o estado de necessidade, como o conflito de deveres caracterizam-se pela realização dolosa de um tipo penal⁶⁶, é nomeadamente no estado de necessidade não proibido e no conflito de deveres insolúvel que afloram os comportamentos não proibidos e não permitidos em Direito Penal⁶⁷. Embora, para a opinião dominante, diante de comportamentos típicos, estão ou comportamentos ilícitos ou justificados, mas alguns afirmam uma «terceira possibilidade»: «uma realização do tipo somente “não-proibida” (*eine Tatbestandsverwirklichung lediglich unverboden*) e, por estas razões, a classificar como “não ilícito”.»⁶⁸ Em sentido contrário, está a parcela da doutrina jurídico-penal que absorve uma indistinção entre tipicidade e ilicitude, bem como entre ações atípicas e ações justificadas.⁶⁹ Ao fim e ao cabo, essa

vinculado a um mínimo valor de resultado global, *scilicet*, o desvalor final de resultado global será obtido pelo(s) bem(ns) jurídico(s) preservado(s) ou dever(es) atendido(s) (valor de resultado situacional) face ao(s) bem(ns) jurídico(s) sacrificado(s) ou dever(es) descumprido(s) (desvalor de resultado situacional), segundo a(s) situação(ões)-limite concreta(s). Portanto, nos casos em que, sendo possível, o obrigado não cumpre nenhum dos deveres incidentes, o desvalor de resultado global não poderá ser indiferente, o que não impedirá de se desculpar o injusto da omissão.

⁶⁵ Carlos FONTÁN BALESTRA, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Depalma, 1949, 223.

⁶⁶ Neste sentido, cf. Karl BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 762, §151, IV, «embora ele violou dolosamente um dever», ao tratar da «colisão de deveres própria»; Eduardo CORREIA, *Direito Criminal I*, 69; Jürgen BAUMANN; Ulrich WEBER; Wolfgang MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, 416 (137); Hellmuth VON WEBER, «Die Plichtenkollision im Strafrecht», 235.

⁶⁷ Neste sentido, «as mesmas condutas típicas em circunstâncias normais devem ser consideradas antijurídicas — se não se atualiza alguma causa de justificação — e reprovadas — em caso de ausência de uma causa de inimputabilidade ou exculpação —; mas, em circunstâncias dissimilares (especiais), permaneceriam à margem da valoração, isto é, dentro de um *espacio libre de valoración jurídica*» (Jesús CORRALES HERNÁNDEZ, *Flexibilidad de la dogmática penal. Mediante la teoría del espacio libre de derecho*, Azcapotzalco: Ubijus Editorial, 2012, 130-131). Eis o «âmbito» das ações que são «não proibidas, sem portanto serem permitidas», «um âmbito normativo, que, não por meio de um modo normativo simples —, ou seja, nem por meio de um mandamento ou proibição, nem por meio de uma permissão ou isenção — pode ser expressado», constituindo-se antes «o âmbito normativo do não-proibido, para o qual, apesar de tudo, não se deixa derivar nenhuma permissão, ou — da mesma forma — o âmbito do não-desautorizado, não obstante não esteja permitido» (Lothar PHILIPPS, *ARSP*, 52, 1966, 204, 215 e 205).

⁶⁸ Thomas RÖNNAU, *StGB LKII*², 2009, 27 (Vor §32/32), na maioria das vezes, esse pensamento remete-se expressamente à «teoria do espaço livre de Direito» (*Lehre vom rechtsfreien Raum*) e, por conseguinte, à «teoria da neutralidade» (*Neutralitätslehre*).

⁶⁹ Neste sentido, com relação aos crimes omissivos impróprios, recorde-se que tanto «nem toda conduta contrária à norma é antijurídica, mas sim, toda conduta antijurídica é necessariamente contrária à norma», sendo que «ao nível da antijuridicidade é por isso possível que a conduta contrária à norma [...] possa ser excepcionalmente declarada como lícita, em atenção às normas

diferença de posicionamento passa também pela forma de relação entre o tipo e o ilícito, bem como pela estrutura do injusto respetivamente assumidas.⁷⁰

O segundo passo é explicar porque esses comportamentos são não proibidos (porque são típicos e não ilícitos) e não permitidos (não justificados, mas tolerados). Inicialmente, eles não podem ser autorizados porque são típicos⁷¹, há proibições de causação de ofensa aos bens jurídicos existenciais no conflito direto e mandados de evitação de ocorrência de ofensa aos bens jurídicos existenciais no conflito indireto. Portanto, não se trata de uma matéria não regulada pelo Direito Penal, embora se reconheça a defasagem da norma abstrata, geral e impessoal diante do caso concreto, particular e pessoal⁷², o que acaba por ser um problema do próprio direito. Por sua vez, os comportamentos de autoconservação e de salvamento de terceiros realizados em situações-limite *são não permitidos*, porque não podem refletir

hierarquicamente superiores» (Reinhart MAURACH; Karl Heinz GÖSSEL; Heinz ZIPF, *Derecho penal. Parte general 2*, 269 (§46, IV, nm. 122). E no tocante aos crimes ativos, ao mencionar a possibilidade de casos de estado de necessidade entre uma justificação e uma desculpa, *rectius* «os casos de uma pura não-proibitividade» (*Fälle der bloßen, Unverbotenheit*'), KÜPER afirma que a proposta de GÜNTHER sobre as causas de exclusão do injusto estão relacionadas à esse limbo, pois «determinados casos de estado de necessidade classificam em uma pura “causa de exclusão do injusto”, a qual não é justificada, mas já elimina um injusto punível» (Wilfried KÜPER, «Differenzierung zwischen Rechtsfertigungs-und-Entschuldigungsgründen», 337, nt. 68).

⁷⁰ Assim se considera que a forma de relação mais indicada é a teoria do tipo como indiciário do ilícito, sobretudo em se considerando a estrutura dos crimes omissivos, cf. FUCHS, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 9. überarbeitete Auflage, 2016, 398 nm. 80, «junto aos delitos omissivos também vale incondicionalmente o preceito: *a tipicidade é indiciária da ilicitude*». Como a arquitetura da omissão volta-se à evitação de um resultado considerado desvalioso pelo Direito, o predomínio do desvalor de resultado deve ser equilibrado com uma maior exigência na afirmação do desvalor de ação, uma vez que se nota uma tendência a mitigação de seus critérios constitutivos. Portanto, dever-se-ia exigir mais nos crimes omissivos para a afirmação do desvalor de ação, eis o contributo da teoria do tipo como indiciário do ilícito. Embora se referindo à tipicidade na omissão, nota-se um esforço no sentido de maior exigência na verificação dos elementos típicos do caso concreto, veja-se: «nos *delitos de omissão imprópria* o conteúdo do dever de ação determina-se a maioria das ocasiões segundo as circunstâncias [...] a hipótese de facto de que se deriva o conteúdo concreto do correspondente dever de ação é a *situação típica*» e «a questão da tipicidade da omissão deve estar referida aquele sujeito que, como autor da omissão, tem-se em conta no caso concreto, pois somente a omissão de uma ação que precisamente tivesse sido possível *nesta hipótese* pode possuir a *qualidade de injusto*» (Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, 663, 664, §59, II, 2).

⁷¹ Por exemplo, ao afirmar que, em determinadas situações extremas, como a da «Tábua de Carneádes», a ação típica não poderia ser tida como lícita, mas também seria «não proibida» (Jürgen BAUMANN; Ulrich WEBER; Wolfgang MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 307, 16, c).

⁷² E não se argumente que exatamente pela abstração, generalidade e impessoalidade (e até a objetividade) das causas de justificação, bem como pela concretude, particularidade e pessoalidade (e até a subjetividade) das causas de desculpa *todos os casos* estariam bem resguardados juridicamente. Eis a debilidade do método dedutivo ao procurar uma resposta a qualquer custo para o problema dentro dos limites de seus elementos. Além disso, há uma necessária dependência dos limites legais de cada uma das hipóteses justificantes e desculpantes, conforme os casos de aborto expuseram à época do §54 do StGBReich até a promulgação do §218a do StGB.

um valor positivo perante toda a ordem jurídica, *rectius* uma aprovação.⁷³ Considerando o sentido mais profundo das causas de justificação, o comportamento *permitido* ou *justificado* implica concomitantemente um *direito*⁷⁴ *de ação* para um polo e um *dever de tolerância* para com o outro polo⁷⁵ da relação jurídica. E, assim, é apenas quando o bem jurídico salvaguardado for «sensivelmente superior» ao sacrificado⁷⁶, mas, nos casos suscitados, não há nem poderia existir sensível superioridade entre os bens jurídicos existenciais

⁷³ Neste sentido, cf. Peter NOLL, «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», 183, «qualquer tipo de exclusão do injusto por meio das causas de justificação caracteriza-se por valores que a ação típica lesiona, a contrapor os valores assumidos, os quais são mais fortes do que aqueles. Portanto, em todos os casos têm lugar uma colisão de bens, deveres ou valores gerais»; Mariano MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada: Editorial Comares, 2002, 432; Américo TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal: Parte Geral. Teoria geral do crime*, vol. 2, Porto: Publicações Universidade Católica, 2008, 331, §607, «justificação de uma conduta significa a *aprovação jurídica* desta conduta»; 334, §612, «causa de justificação significa aprovação jurídica (positividade jurídica) e não apenas exclusão da ilicitude (mera exclusão de negatividade)»; 337, §619, «a justificação de um acto, posto que tipificado numa norma penal, tem um sentido de positividade normativo-jurídica, ou seja, é algo de positivamente valorado e aprovado pela ordem jurídica. Não é, portanto, algo que apenas seja normativamente tolerado a contra-gosto».

⁷⁴ Destaca-se que não por outras razões a epígrafe do art. 34.º do CP é «direito de necessidade», cf. neste sentido: Eduardo CORREIA, *Direito Criminal I*, 80, ao afirmar que «aparece como justificando o facto pelo exercício de um direito, contra o qual não é pois possível a legítima defesa»; Américo TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal: Parte Geral. Teoria geral do crime*, 429, §758. Como já salientado, esta causa de justificação é expressa tanto pela locução inicial empregada, «não é ilícito», quanto pelo n.º 2, alínea b), do art. 31.º do CP ao estabelecer que «*não é ilícito* o facto praticado: [...] b) No exercício de *um direito*» (destaques em itálico nossos). Além disso, considerando-se a discussão sobre as teorias unitária e diferenciadora do estado de necessidade, parece que o legislador português intentou ser o mais direto possível quanto ao efeito justificante do estado de necessidade no dispositivo em epígrafe, de modo a evitar quaisquer discussões acerca de um direito subjetivo ou não à ação necessária. Embora sem assumi-lo diretamente, afirma a «consagração daquela concepção *diferenciadora* ou *dualista* do estado de necessidade» (Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, 611, 22.º Cap., §14).

⁷⁵ As normas permissivas constituem «autorizações de ação» (*Handlungsbefugnisse*), o que, por sua vez, corresponde a uma autorização de intervenção (*Eingriffsbefugnisse*) nos bens jurídicos de terceiros, que ficam sujeitos a um «dever de tolerância» (*Duldungspflicht*), portanto esses devem suportar a ação justificada com os seus resultados de intervenção, cf. Peter BRINGEWAT, *Grundbegriffe des Strafrechts. Grundlagen — Allgemeine Verbrechenlehre — Aufbauschemata*, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, 190.

⁷⁶ Exceto pela legítima defesa, a ideia de ponderação é transversal a todas as causas de justificação e de exculpação gerais (previstas na Parte Geral do CP), não sendo exagero afirmar que a ponderação de interesses (ou de bens jurídicos) consiste no núcleo duro das causas de justificação e de exculpação. Assim, com relação ao dever de tolerância, destaca-se «a solidariedade passiva pode ser exigida daquele — o qual precisa colocar à disposição seu bem jurídico, segundo a declaração da norma do §34 do StGB (“dever de tolerância”) —, no entanto, então, somente caso o interesse de intervenção sensivelmente predomine sobre o interesse de conservação em apuros» (Thomas RÖNNAU, «Grundwissen — Strafrecht», 113). Por fim, cabe destacar que, mesmo na legítima defesa, os bens jurídicos são equipotentes, embora o caráter injusto da agressão permita a nadificação do agressor, «por envolver bens jurídicos de cariz existencial, como a vida e a integridade física, há situações em que o direito de matar e o dever de ser morto não são tão categóricos e simétricos, pois, inclusive na legítima defesa, o agressor não é obrigado a aceitar a própria morte, podendo fugir do defendente e até mesmo opor-se a uma defesa, mas responderá pelos fatos puníveis realizados anteriormente» (Matheus CAETANO, «Uma breve análise sobre as alterações do regime jurídico da legítima defesa nos Projetos de Lei n.º 882/2019 e n.º 1.864/2019», *Rec*, 74, 2019, 176, nt. 5).

envolvidos, porque as vidas humanas são igualmente dignas e não passíveis de ponderação, logo «não existe, pois, nenhum direito sobre o outro bem e, portanto, não se pode falar de causa de justificação»⁷⁷.

E, se não há a incidência de causas de justificação em favor do agente, o mesmo se passa com o seu dever correlato no polo oposto, o dever de tolerância, por isso «um outro critério (menos severo) sem dúvida tem de valer em situações nas quais dois bens jurídicos equivalentes (interesses de conservação) estão em perigo e o autor pode salvar apenas um dos dois — não se quer exigir do Salvador o cometer um injusto e com isso paralisar o seu motivo de salvamento»⁷⁸. A hipótese de estado de necessidade contra estado de necessidade possibilita uma ação necessária de cada um dos polos envolvidos sem dever de tolerância, porque não se trata de um «direito» à ação necessária, *rectius* não se trata nem de um estado de necessidade justificante nem de um estado de necessidade desculpante: eis o estado de necessidade não proibido.

Considerando-se os conflitos de vida contra vida, exceto a hipótese de legítima defesa, «uma situação-*limite*» é caracterizada pelos «casos que chamaremos de *concorrência por uma única possibilidade de salvaguarda sobre a que nenhum dos sujeitos necessitados possui preferência*»⁷⁹. Sustentar o contrário representaria a implosão do fundamento de todo o Direito (não só o Penal): a igual dignidade de todas e quaisquer vidas humanas (art. 13.º, n. 1, da CRP) e a imponderabilidade qualitativa e quantitativa entre elas⁸⁰ (art.

⁷⁷ Frederico PUIG PEÑA, *Derecho Penal. Parte general*, vol. I, t. I., 5.ª ed. Barcelona: Descó, 1959, 419. Embora não se compartilhe do reconhecimento, ainda que parcial, de um injusto, há indesmentivelmente uma evidência do que se defende neste trabalho, nomeadamente quanto à não justificação da conduta quando o interesse salvo não tem «sensível superioridade» [art. 34.º, b), do CP], no seguinte excerto: «Falta um elemento constitutivo da justificação, v.g. a ilicitude da agressão junto a legítima defesa, o facto permanece completamente ilícito; um elemento quantitativo não é dado em toda dimensão, por exemplo, junto ao estado de necessidade, o bem protegido não é essencialmente mais valioso que o lesado, o facto permanece em valor reduzido como ilícito» [Peter NOLL, «Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung», *ZStW* 77 (1965) 18].

⁷⁸ Thomas RÖNNAU, «Grundwissen — Strafrech», 53 (2013), 113.

⁷⁹ BALDÓ, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, 2.ª ed., Buenos Aires: Editorial B de F, 2016, 171.

⁸⁰ Assim, «ao Direito não é lícito estabelecer distinções qualitativas entre vidas humanas — as vidas do sábio e do rico apresentam valor exatamente igual ao das existências do ignorante e do miserável —, também quaisquer discrimines numéricos entre vidas humanas será sempre arbitrário e seriamente objetável» (Alberto SOUSA, *Estado de necessidade*, 125); «o bem vida importa algumas especificidades para os casos de conflitos insolúveis, fruto da chamada *imponderabilidade* quantitativa e qualitativa. Tal imponderabilidade deriva da igualdade absoluta de valor entre vidas» (António Brito NEVES, «Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional», *Direito*, 144, 3 (2012), 698). Em sentido convergente, destaca-se que «nesta hipótese intervém o princípio geral, segundo o qual, diante da impossibilidade de comparar entre si o valor pessoal da vida humana, está excluída qualquer diferenciação quantitativa ou qualitativa, de modo a que o ordenamento jurídico tampouco pode aprovar a morte ou o sacrifício de uma pessoa determinada em benefício

34.º, b), do CP). Nestas modalidades de conflitos diretos e indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes em situação-limite, a cláusula de valoração de bens, ou, se se quiser, a cláusula de ponderação de interesses do art. 34.º, b), do CP, não pode resolver a questão⁸¹, pois «quando trata-se de conflito de bens de igual valor não é possível catalogar a conduta dentro das causas justificantes, porque, dada a equivalência preexistente dos valores em luta, não pode o Estado atribuir caprichosamente mais valor a um que outro»⁸².

Considerando-se assim que «a adequação individual da valoração que deve ser garantida pela causa especial (de exclusão da culpa) da inexigibilidade, não tem por tarefa alterar as valorações derivadas da *lei* positiva, senão que tão apenas complementá-la»⁸³, pergunta-se, qual a valoração derivada da lei positiva em relação aos conflitos entre bens jurídicos ou interesses existenciais equipotentes? A inexigibilidade não proporciona uma «adequação individual da valoração», mas uma adequação *geral* da valoração nas circunstâncias excepcionais do caso, pois é exatamente o perigo comum ameaçador a todos os envolvidos que possibilita-lhes infringir proibições e descumprir deveres

do sobrevivente» (Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, 539, §47, I, 2); além de, com relação aos conflitos de deveres, «aqui a vida humana é tanto qualitativa, quanto quantitativamente imponderável, a valoração dos deveres não corresponde a nenhum significado quanto aos aspetos de utilidade — como o número de pessoas a salvar e suas características (idade, *status* social etc.)» (Thomas RÖNNAU, «Grundwissen — Strafrecht», (2013), 114). Para mais detalhes sobre o tema, cf. o que já foi desenvolvido em: Matheus CAETANO, «Os algoritmos de acidente para carros autônomos e o Direito Penal: análises e perspectivas», *REC*, 77, 2020, pp. 149-192.

⁸¹ Neste sentido, cf. Hellmuth VON WEBER, «Die Plichtenkollision im Strafrecht», 248, sendo a colisão inevitável, pode levar a uma insolubilidade dentro da própria ordem jurídica e nela «o princípio dos interesses preponderantes encontra seu limite na inviolabilidade da pessoa, na santidade da vida». Para além da fórmula de «súperioridade do interesse» (art. 34.º, b), do CP), registre-se que, com relação aos outros critérios historicamente convocados e ainda aplicados em outras mundivindências normativas, como alusivamente as fórmulas de «que o mal causado seja menor que o que se trata de evitar» (CPEsp de 1932) ou de «que o mal a ser evitado seja maior que o causado» (CPArg de 1976), todos esses permanecem insuscetíveis de aplicação aos casos de conflito entre bens jurídicos existenciais equipotentes. Neste espeque, afirmando-se sobre o primeiro que, «conforme esta fórmula, não caberia amparar o conflito entre duas vidas, desenlaçado com a morte de um dos necessitados, na eximente escrita na lei. Mas a causa geral e supralegal da “não exigibilidade de outra conduta” resolveria o dramático episódio», enquanto, sobre o segundo, «parece-nos mais correto, inclusive na dogmática argentina — ainda que o negue Núñez — recorrer a “não exigibilidade de outra conduta”, que transformar em subjetiva a ausência de injusto, cujo carácter *objetivo* temos proclamado de maneira tão reiterada» (Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal IV*³, 394-395 e 395, n.º 1360). Inclusive no Código Penal português de 1852 «era porém inteiramente desconhecido, na Parte Geral, o estado de necessidade *objectivo*, no sentido da existência de um direito capaz de excluir a ilicitude» (Eduardo CORREIA, *Direito Criminal II*, 99, §4.º, 20), não obstante houvesse no art. 483.º um certo espírito do estado de necessidade, mas restrito a certos bens materiais e delimitado pela negativa, «aquelle que matar ou ferir sem necessidade animal domestico alheio». Por sua vez, no art. 44.º, 2.º, do CP de 1886 foi empregada a fórmula «de um mal igual ou maior iminente ou em comêço de execução», a qual se valeu, em partes, do CPEsp de 1870 (art. 8.º, n.º 9), quanto a considerar «isento de responsabilidade “el que obra impulsionado por miedo insuperable de un mal mayor”» (Eduardo CORREIA, *Direito Criminal II*, 103-104, §4.º, 20).

⁸² Frederico PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, vol. I, 419.

⁸³ Edmund MEZGER, *Tratado de derecho penal*, t. 2, 1957, 222, §49, III.

exclusivamente nessas circunstâncias e não elementos de ordem pessoal relacionados a cada um dos envolvidos.⁸⁴ Dessa forma, há um aspecto predominantemente objetivo na inexigibilidade — o que, por sua vez, não significa nenhum efeito justificante do facto, conforme já alertado acima —, o que conduz ao seguinte questionamento: nestes casos de conflito direto e indireto entre bens jurídicos existenciais equipotentes em situações-limite, não incidiria antes um julgamento geral da situação concreta (e não um julgamento individual) seja sob a proibição seja sob o dever abstratamente em vigor?

Pelo exposto, não é coincidência que a doutrina jurídico-penal majoritária desloque a solução do conflito entre vidas humanas – inocentes e extrauterinas – direto (mediante o estado de necessidade e excetuando-se a legítima defesa) e indireto (mediante o conflito de deveres) para o plano suprapositivo da culpa, com destaque para a aplicação do princípio da inexigibilidade. Por fim, antes de passar à última etapa do rascunho desses comportamentos não proibidos e não permitidos nos âmbitos dos estado de necessidade não proibido e conflito de deveres insolúvel, registre-se: precisamente por constituírem as barreiras intransponíveis à justificação, salvo um nosso sempre possível equívoco, tanto a impossibilidade de ponderação entre vidas humanas inocentes e extrauterinas quanto a igual dignidade de todas elas⁸⁵ são para além dos alicerces da própria juridicidade⁸⁶, o alfa e o ómega de toda a civilização.

⁸⁴ «Maurach chama a atenção para que nas situações ditas de inexigibilidade o que está em causa é que o comportamento contrário à norma é *perdoável* ou “*desculpável*” relativamente a toda e qualquer pessoa (isto é, em geral) e nada tem a ver com o agente (604-605) concreto ou com as suas específicas condições pessoais na situação, pelo que o seu relevo jurídico-penal não pode situar-se em sede de culpa» (Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, t. 2, 604, 22.º Cap, §5).

⁸⁵ Contudo, nem toda violação da proibição de homicídio viola necessariamente a dignidade humana, o que não se pode é assumir a justificação no estado de necessidade entre vidas humanas extrauterinas, embora a solução desculpante não seja justa nem correta. Esclarecedor pelo facto do dever de respeito à vida «não ser um dever absoluto, que prevaleça em quaisquer circunstâncias, enquanto, em nosso entender, o dever de respeito da dignidade é absoluto, prevalece sempre» (Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, vol. 2, 2016, 259). Assim, «há casos em que um homicídio lesiona a dignidade: por exemplo, quando seres humanos são sacrificados por interesses coletivos; quando as vítimas são consideradas de menor valor em relação com os outros seres humanos; ou quando se subestima a importância da vida humana em relação ao valor das coisas» (Tatjana HÖRNLE, «Matar para salvar muitas vidas: casos difíceis de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», trad. Nuria Pastor Muñoz, *InDret*, 2 (2010), 19; 19, nt. 70, trecho no qual a autora afirma a necessidade de «diferenças entre interesses genuinamente coletivos e os casos de “indivíduos contra indivíduos”»; 18, nt. 69). Como contributo para a presente discussão, ao se defender o estabelecimento de um limite para a ponderação de interesses, invoca-se a seguinte passagem: «este limite consiste em estatuir que a dignidade da pessoa, fundamento social do Estado de Direito, é o critério absoluto para efetuar toda a ponderação de interesses. Quer dizer, a ação que vulnera a dignidade humana nunca pode ser considerada como adequada para preservar interesses, quaisquer que sejam. Nesta linha, a regulação do estado de necessidade deve ser sempre interpretada neste sentido» (José HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, 562, §13, nm. 1461).

⁸⁶ Neste sentido, chama atenção a inexistência de expressa permissão ou tolerância do homicídio

O terceiro passo consiste em fundamentar porque os comportamentos não proibidos nem permitidos são incompatíveis com a desculpa jurídico-penal. Considerando-se que o estado de necessidade desculpante (art. 35.º do CP) é facultativo em favor do necessitado, compreende-se o porque de ser o instituto preferido pelos autores no tratamento do conflito entre bens equipotentes: a ausência de dever de tolerância, *scilicet*, destituído de efeitos contra terceiros (*erga omnes*). Entretanto, há uma dúvida acerca da presença ou não de um injusto nestes casos de conflito direto ou indireto entre bens jurídicos existenciais equipotentes em situações-limite, porque os comportamentos de autoconservação e de salvamento de terceiros *não são rigorosamente ilícitos* (não proibidos), porque se o fossem duas inexoráveis consequências teriam de ser admitidas e com elas problemas incontornáveis assumidos. A primeira é a de que, por exemplo, no caso da tábua de salvação, a agressão de um dos naufragos ao outro, se valorada como ilícita, acabará por autorizar o direito de defesa do naufrago agredido, mas, dessa forma, sabendo-se que não há legítima defesa contra legítima defesa, *quid iuris?*⁸⁷ A segunda consequência inescapável é o reconhecimento da sensível superioridade — e logo também da sensível inferioridade — de algumas vidas extrauterinas frente às outras perante a ordem jurídica.⁸⁸

em qualquer dispositivo legal de códigos ou legislações penais nacionais, em normas de Direito Internacional Público, em manifestações normativas de Direito Comunitário e mesmo em regulamentos de guerra. Destacando-se a ausência de previsão legal permissiva de tirar a vida de outrem na ordem jurídica interna alemã, na ordem internacional e nos regulamentos sobre a guerra (cf. Albin ESER; Björn BURKHARDT, *Derecho penal: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, 71). Assim, sobre o homicídio em situação de guerra, não se trata de causa de exclusão do ilícito, pois inexistente qualquer norma permissiva neste sentido, estando antes o facto delimitado a um princípio regulador geral da conduta típica (Heleno FRAGOSO, *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*, 13.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, 184). Sobre a inexistência de autorização de matar nos direitos penais militares brasileiro e português, sobre o homicídio resultante de uma prática policial, destaca-se que «não vislumbra o ordenamento jurídico a eliminação da vida a ser exercida pelo seu funcionário quando em exercício de sua atividade», além de que «não se encontrará, mesmo nessas hipóteses de risco, norma autorizando que se mate. A morte pode até ser previsível; o praticar a eliminação da vida, não», concluindo-se que «não há, na norma penal castrense, nenhuma determinação para que se mate, salvo o pelotão de fuzilamento (nesse caso, exigindo-se um processo judicial anterior)» (Marcelo SOUSA, *Causas de justificação no direito penal militar*, dissertação de mestrado em Ciências Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: [s.n.] 2001, 130, 132 e 179).

⁸⁷ Arthur KAUFMANN, «Strafloser Schwangerschaftsabbruch», 983. Este aspeto já tinha sido levantado antes por BINDING ao tratar da aceitação de comportamentos lesivos pela ordem jurídica, o que de maneira contínua também privaria, no outro polo da relação, a fundamental defesa propiciada pela legítima defesa (Karl BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 765, e *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Band 4, Aalen: Scientia Verlag, 1991, 347, nt. 15). Recorde-se que, por outro lado, uma parcela da doutrina reconhece a possibilidade de estado de necessidade contra estado de necessidade, nomeadamente para este caso clássico, conforme apontado *supra* na secção 1, com a vantagem de não incorrer nos absurdos das teorias que insistem em sustentar a presença de um injusto consolidado.

⁸⁸ Assim, para a solução desses casos ao nível da desculpa, é inexorável superar duas questões, a

Se passível de desculpa fossem tais comportamentos, isso significaria que, em termos dogmáticos, haveria um injusto consolidado e, antes dele, um comportamento ilícito, além de típico; e, embora ilícito, não caberia legítima defesa? Não se pode afirmar a presença de um ilícito nesses casos, o que, por conseguinte, afasta a incidência das causas de desculpa que pressupõem um injusto consolidadamente praticado (uma ação ou omissão típica e ilícita). Além disso, na solução desculpante, o agente está praticamente «condenado a delinquir»⁸⁹ nos casos de conflitos de deveres insolúveis, porque é a face deontológica (a questão de Direito) o fator determinante para a insuportável situação vivenciada pelo obrigado⁹⁰: todas as opções possíveis de atuação (comissivas ou omissivas) do agente são ilícitas. Independentemente dos comportamentos possíveis neste contexto, seria sempre ilícita a atuação ou a omissão do agente⁹¹, uma vez que os casos de conflito de deveres equipotentes

saber: 1.^a — para além de admitir a consolidação da tipicidade, há de admitir a consolidação da ilicitude propriamente dita destes conflitos diretos e indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes sob circunstâncias excepcionais (as situações-limite), caso não se pretenda confundir tipo e ilícito, bem como atipicidade e justificação; 2.^a — para chegar ao juízo de culpa é necessário antes cravar a presença do injusto, portanto, a solução da desculpa não consegue explicar este para lá de questionável salto da tipicidade para a culpa sem o reconhecimento fundamentado do ilícito e por conseguinte do injusto. Além disso, para sustentar a solução no âmbito da desculpa, ao fim e ao cabo o Direito Penal terá valorado a vida extrauterina inocentemente sacrificada como sensivelmente superior a salva, pois, mesmo diante de um comportamento típico e ilícito, *rectius* de um injusto penal, a ação de sobrevivência não foi justificada perante a ordem jurídica. Portanto, não parece admissível a assunção, ainda que implícita, de uma diferença valorativa entre as vidas humanas inocentes e extrauterinas em conflito. Por fim, agradece-se a questão colocada pelo Senhor Professor Doutor José de Faria Costa, quando da apresentação da comunicação oral durante a Conferência Internacional «A Culpa e o Tempo» (cf. *supra* a nt. 1), que principiou o presente artigo, bem como pela possibilidade de tentar esclarecer o nosso entendimento.

⁸⁹ Exatamente sobre os casos do médico com os vários pacientes em estado grave que lhe são confiados e do alpinista com os escaladores em perigo, «não pode ser o Direito concebido por modo que conduza a situações em que determinada pessoa seja colocada na fatal contingência de ter de cometer o delito, não lhe sobrando outra alternativa senão a da ilicitude», como ocorre nos diversos casos de conflitos de deveres de ação especiais equipotentes, porque «estaria o sujeito que se visse envolvido nas situações acima imaginadas, “condenado” a delinquir. Salvando A, em lugar de B, sua decisão seria ilícita. Seria também antijurídica se, ao contrário, ocorrendo em socorro de B, deixasse que A perecesse. Como crimínosa seria ainda se, eximindo-se de qualquer interferência no conflito, deixasse que morressem A e B, já que a especial posição em que se encontrava envolto [...] fazia dele não simplesmente alguém investido do genérico e impessoal dever de socorro, mas, especificamente, o sujeito a quem incumbe o permanente zelo por todos os bens confiados, com a obrigação de encetar, positivamente, todas as ações necessárias para conjurar quantos perigos sobre aqueles recaiam» (Alberto Sousa, *Estado de necessidade*, 159).

⁹⁰ Ou sobre a omissão em Direito Penal, «o *omittere* é de igual modo — desde que olhado pela óptica de uma apreensão global da vida enquanto *communicatio* — uma manifestação inequívoca do modo-de-ser humano, um comportamento que, como tal, deve ser lido e valorado, mas que não desencadeia, não causa, só por si, alterações ao mundo exterior, alterações ao real verdadeiro» (José de Faria Costa, «Omissão (Reflexões em redor da omissão imprópria)», *BFD*, 72, 1996, 392).

⁹¹ Assim, «aceitar tais considerações significaria qualificar como ilícito o comportamento do agente numa situação em que ele *não poderia deixar de agir ilicitamente*. Se o agente, com efeito, escolhesse A, omitiria B ilicitamente, e se escolhesse B omitiria A, também ilicitamente. Ora, a nosso ver, inconstitucional será a atribuição do carácter de ilícito a uma conduta do agente, numa situação

são ainda mais perniciosos que os de estado de necessidade, porque, bem ou mal, é o próprio Direito quem exige demasiado do obrigado⁹².

Por outro lado, no estado de necessidade não proibido, é a face ontológica (questão de facto) o fator determinante para a trágica situação vivenciada pelos necessitados: todas as opções disponíveis são necessariamente disjuntivas entre os fatores deontológicos e ontológicos do Direito⁹³, porque ou o necessitado salva-se com a infração à norma de proibição ou mantém-se fiel ao Direito e simultaneamente renuncia a própria vida. Apesar de tecnicamente não se poder cravar que o necessitado está «condenado a delinquir» — como no conflito de deveres insolúvel — nesses casos, a tragicidade da opção é *humanamente insuperável*, uma vez que o ser humano só possui uma frágil vida sem possibilidade de recomeço. E isso é uma *condição existencial do ser humano*: «a suprema *necessidade* humana é a de não morrer, a de desfrutar para sempre da plenitude da própria limitação individual»⁹⁴.

em que ele não tem opção senão agir ilicitamente, e não o contrário» (Antônio de Brito NEVES, «Do conflito de deveres jurídico-penal», 683).

⁹² E isso porque «no conflito de deveres é a própria ordem jurídica que impõe uma situação de “*crise do Direito*”: o agente está obrigado a intervir» (João Gouveia de CAIRES, *Conflito de deveres e responsabilidade penal médica: o acaso e a necessidade ou a crise do direito?*, relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais na disciplina de Direito Penal, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 1999, 14). Exatamente por constrição o obrigado a cumprir um dever que sequer a ordem jurídica aponta qual é, «a Justiça pode ainda bater à porta do cidadão e dizer (eis a parcela de Esfinge): “Decifra-me ou devoro-te” [ou numa versão mais adequada ao tema aqui, poderíamos parafrasear nos seguintes dizeres: “Decida-se pelo dever correto, embora eu não oriente qual o seria, ou cometerás um injusto penal”]» (Matheus CAETANO, «A apropriação indébita previdenciária e a colisão de deveres no direito penal brasileiro», in BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta, *Perspectivas das ciências criminais. Coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 889-890). Ao criticar a diferença entre o estado de necessidade e o conflito de deveres, apontando as fricções do último com a teoria de proteção de bens jurídicos: «o ato necessário justifica-se porque a ordem jurídica deixa ao agente a possibilidade de decidir sobre o dever que irá respeitar. Admitir esta alternativa é preferível a impor-lhe a obrigação de atuar sob o temor de que será considerado penalmente responsável. Isto é incompatível com o fim de proteger bens jurídicos» (José HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal*, 567, §13, nm. 1471).

⁹³ Em termos alusivos, considerando-se que o princípio da inexigibilidade transcende o Direito Penal, no tocante aos pontos de contacto entre o fáctico e o normativo, destaca-se que, em relação ao §242 BGB, ele atua como «uma “válvula respiratória” do sistema capaz de ajustar a realidade dos casos excepcionais ao rigor do princípio *pacta sunt servanda*», de modo a que, em razão «de impossibilidade material de respeitar o pacto», «deva desfazer a obrigação», pois trata-se de «problema de delimitação do dever jurídico, que configura uma questão de exigibilidade» (Gabriele FURNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 16 e 20; 22, advertindo sobre «se e com quais cautelas essas considerações podem ser reportadas na esfera do direito penal, que não disciplina relações bi-ou-plurilaterais, mas impõe unilateralmente comandos e deveres aos seus destinatários sem nenhuma aparente limitação de eficácia»; 231, destacando que o reconhecimento da norma jurídica passa pelo accertamento e reconstrução dos factos por meio de um procedimento seletivo e valorativo que relativiza toda rígida separação entre *quaestio iuris* e *quaestio facti*). Cf. já antes neste sentido: Heinrich HENKEL, «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», 261; 267, o autor menciona a cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos celebrados no plano do Direito Internacional.

⁹⁴ Miguel de UNAMUNO, *Do sentimento trágico da vida. Nos Homens e nos Povos*, trad. Artur Guerra, Lisboa: Círculo de Leitores, 1989, 35 e 263. Se se permite uma breve justificativa tanto sobre o contributo

Dessa forma, se a situação objetivamente comprova o próprio sacrifício (no estado de necessidade não proibido) ou a impossibilidade de cumprimento da(s) obrigação(-ões) (no conflito de deveres insolúvel), porque então remeter o problema ao âmbito da culpa⁹⁵, como se fosse uma particularidade do agente que o impossibilitasse de omitir a infração à proibição ou de cumprir o(s) dever(es) respetivamente? Porque a inexigibilidade como causa supralegal de desculpa transforma-se na preferencial rota de fuga da problemática não resolvida por grande parcela da dogmática jurídico-penal: os comportamentos não proibidos e não permitidos em sede de conflito entre bens jurídicos existenciais equipotentes. Não por acaso, com a solução da inexigibilidade enquanto causa de desculpa, ignora-se «aqueles casos nos quais o ordenamento jurídico renuncia a exigir um comportamento porque não existe um dever, por ser sua exigência excessiva ou por implicar um atentado a princípios como o da autonomia da pessoa ou o princípio da igualdade. Se um comportamento não pode ser exigido com carácter geral, carece de sentido declarar este comportamento injusto»⁹⁶.

Assim, nestes casos trágicos de conflitos direto ou indireto entre bens jurídicos existenciais equipotentes, «a ideia da não exigibilidade de outra conduta» fica aquém da carência de culpa do agente que atua em situações-limite⁹⁷,

da filosofia da existência para a temática em questão como sobretudo a respeito da sua influência neste artigo, diríamos que “uma filosofia da existência não tolera a eternidade [...] a partir do momento em que se torna absurdo – recusando o *salto*, recusando o suicídio, escolhendo a vida e sua liberdade – a eternidade fecha-se para ele. Ele não se filia às ideias, às verdades, às doutrinas porque elas são muito gerais, pouco singulares. O homem absurdo pode tocar as suas certezas com a mão. Ele sobrevive ao custo de renunciar ao propósito assumindo a falta de sentido e entregando-se a uma existência sem futuro.”, Rafael LAURO, «Camus - A eternidade», s.p.d. Disponível em: <<https://razaoinadequada.com/2018/03/21/camus-a-eternidade/>>. Acesso em: 5.jun. 2022.

⁹⁵ Até é compreensível que, à época, em razão da limitação legal do estado de necessidade *desculpante* aos parentes (§54 do StGBReich) e sem um justificante «consolidado» (cf. *supra* nt. 41), a inexigibilidade tenha aflorado enquanto *causa geral supralegal de exculpação* restrita aos crimes dolosos de ação, eis a chamada «visão tradicional e habitual da inexigibilidade», a qual se concentra em dois problemas básicos: a possibilidade de aplicação de uma causa supralegal nos crimes dolosos de ação e o critério de determinação do que seja exigível (Mariano MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, 55). Posteriormente, viria também a envolver a questão do descumprimento de deveres nos crimes omissivos, *rectius* do conflito de deveres. Compreensivelmente, hoje não mais permanece essa limitação em razão da cláusula de equiparação entre ações e omissões nos códigos penais que a positivaram (a saber, art. 10.º, I, do CP; §13, (1), do StGB).

⁹⁶ Elena LARRAURI, «Causas de justificación: criterios de identificación», 93.

⁹⁷ O caminho trilhado neste artigo coincide até o ponto da desnecessária avaliação da culpa do agente, mas toma uma outra via que não a defendida pelos seguintes autores: «Consequentemente, a inexigibilidade regulada nos §§33 e 35 [do StGB] não se encontra no final da teoria da culpa, como propõe a doutrina dominante, senão que em seu começo» (Reinhart MAURACH; Karl Heinz GÖSSEL; Heinz ZIPF, *Derecho penal. Parte general I*, 552). Além disso, para os autores, nomeadamente o primeiro, os casos de conflito entre vidas humanas estariam num limbo entre a justificação e a desculpa jurídico-penais que excluiria a responsabilidade pelo facto do agente, enquanto se defende uma superação por meio dos comportamentos não proibidos e não permitidos situados num limbo entre

«porque tampouco o ato realizado é desaprovado pelo ordenamento jurídico»⁹⁸, o que, conforme já sustentado, não faz com que ele seja aprovado (não é lícito nem justificado). É curioso, portanto, como grande parcela da doutrina jurídico-penal, força as suas respetivas soluções dentro das supostas fronteiras últimas da problemática, as da justificação e da desculpa, em especial da última, muitas vezes, com isso, ignorando-se a questão do cometimento ou não de um injusto, pressupondo-o pela (autoconsciente) dificuldade de sustentar coerentemente a permanência do caráter ilícito do comportamento.

Após esses três passos, quanto à questão de «se todas as formas de comportamento penalmente relevantes podem ser adequadamente compreendidas apenas com as valorações “lícito” e “ilícito”», impõe-se uma resposta negativa, «sobretudo em casos de conflito trágico e necessidade existencial, em situações-limite, portanto não bastam aquelas duas categorias de valoração»⁹⁹. Chega-se assim ao «não proibido nem permitido», que não deixa de ser juridicamente regulado, inobstante se renuncie ao juízo de ilicitude e interrompa-se a imputação¹⁰⁰ em relação ao comportamento realizado. Considerando-se estes «conflitos imponderáveis», qualquer que seja a escolha do agente dentro das circunstâncias extremas, ela seria nem permitida nem proibida¹⁰¹, pois se o Direito Penal não abarca todas as hipóteses possíveis nas situações de escolhas trágicas, o sentido de orientação de comportamentos pelo Direito Penal sofre um significativo abalo¹⁰², sendo inclusive admitido por um penalista de forte orientação normativista, veja-se: «existem na vida situações extremas nas quais fracassa a regulação jurídica.»¹⁰³ Outra não foi

a ilicitude e a justificação.

⁹⁸ Francisco MUÑOZ CONDE; Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 352.

⁹⁹ Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 340, tratando-se do problema central da teoria do espaço livre de Direito.

¹⁰⁰ Christian JÄGER, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3, Berlin: C. F. Müller Verlag Heidelberg, 2007, 162, nm. 210, nt. 96.

¹⁰¹ Arthur KAUFMANN, «Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung», 338 e 336-339 (337, nt. 45). Considerando um «estado de necessidade por consciência» protegido em termos constitucionais, «a conduta correspondente não pode estar juridicamente proibida [...] a liberdade de consciência não será capaz nem de justificá-la nem de desculpá-la» (Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 270, §10, nm. 115).

¹⁰² Neste sentido, cf. Maria Ferreira da CUNHA, *Vida contra vida*, 507: «Não é este sentido orientador que confere efetiva tutela aos bens jurídico-penais, função última do Direito Penal? Por outro lado, se o Direito não consegue orientar, não se deverá aceitar (no plano da própria licitude) a livre opção do agente? Fará algum sentido não orientar no plano da (i)licitude e já orientar (só aceitando uma das alternativas) no plano da culpa?»

¹⁰³ Edmund MEZGER, *Tratado de derecho penal*, t. 1, 461, nt. 23, levanta o caso de um aborto da mulher vítima de uma violação. Não por acaso, a alínea d), n.º 1, do art. 142.º do CP não pune (causa de justificação da Parte Especial) a interrupção voluntária da gravidez quando, além de ser realizada nas primeiras dezasseis semanas, a gravidez tenha sido resultado de crime contra a liberdade

a manifestação de NOLL acerca das regulamentações sobre as normas para interrupção da gravidez, «o presumido ou-ou da ilicitude teria de conduzir a decisões nestes casos, as quais seriam inconcebíveis no sentido da justiça. As deficiências destas regulamentações mostram também que a tentativa legislativa, o elemento subjetivo da causa de justificação da prova escrupulosa da situação de colisão e suas possibilidades de solução em relação a objetivar as normas de procedimento tem de conduzir a injustiça em cada caso»¹⁰⁴.

Levando-se em consideração ora o(s) necessitado(s) iminentemente ameaçado(s) pelo perigo comum que apenas pode(m) afastar mediante a(s) ofensa(s) ao(s) bem(ns) jurídico(s) existencial(ais) de outro(s) necessitado(s), ora o(s) obrigado(s) pressionado(s) pela simultânea incidência de deveres que podem atender apenas uma fração mediante o descumprimento da outra, propõe-se um hipotético congelamento deste momento imediatamente *ex ante* ao início da execução do facto punível e pergunta-se: o que o(s) necessitado(s) ou o(s) obrigado(s) deveria(m) fazer em concreto nessas respetivas hipóteses? A hesitação que precede uma possível resposta, bem como a diversificada multiplicidade de soluções existentes não conseguem encobrir o inevitável desvelamento dos limites normativos pela ausência de quaisquer sentidos de orientação de comportamentos pelo Direito.¹⁰⁵

E mais, ao não ser possível deliberar — seja legislativa ou judicialmente¹⁰⁶ — acerca da preponderância de uma(s) vida(s) sobre outra(s) vida(s), porque,

e autodeterminação sexual. Inclusive, nesta hipótese, é afirmado que esse artigo é conformado «por um quadro misto de circunstâncias justificadoras», sendo que, na alínea d), «é-lhe *inexigível* a manutenção da gestação» (Jorge de FIGUEIREDO DIAS; *Comentário conimbricense do Código Penal*, t.1, 2012, 267, §1; 287, §43).

¹⁰⁴ Peter NOLL, «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», 189.

¹⁰⁵ Neste sentido, «pois se, de facto, o Direito não orienta, não sabe qual a opção mais correta, parece que também não deveria, já *no plano da (i)licitude*, desaprovar qualquer alternativa» (Maria Ferreira da CUNHA, *Vida contra vida*, 508).

¹⁰⁶ Embora essa afirmação possa chocar sob um primeiro contacto, sugerem-se dois desafios para sustentar essa posição acerca da problemática sem evidentemente reduzi-la na sua complexidade. Com relação à impossibilidade de estabelecimento de normas para a sua solução, propõe-se submeter o legislador a toda e qualquer tentativa de elaboração de um novo tipo penal ou de uma nova causa de justificação ou de desculpa no intuito de resolver tais casos. E no plano judicial propõe-se hipoteticamente submeter ao juízo o mesmo conflito direto ou indireto entre bens jurídicos existenciais equipotentes em situações-limite enquanto caso trágico por duas ou mais vezes conforme o número de envolvidos. Embora não se desconsidere o axioma do *non liquet*, qualquer das decisões do magistrado representaria uma deliberação que simultaneamente reconhecera a superioridade de uma vida inocente/extrauterina e a inferioridade de outra nesses casos, mesmo as soluções no âmbito da culpa. Em termos de aproximação, porque, em verdade, antes de algum dos envolvidos iniciar qualquer tentativa de nadificação do outro (se, para sobreviverem por mais alguns dias, seria lícito tirarem a vida de um dos mineiros e alimentarem-se de seu corpo), a questão é submetida ao Tribunal praticamente em tempo real, trata-se daquilo que o *Juiz Tatting* enfrentou no famoso e fictício «caso dos exploradores de caverna», em que optou por um *non liquet* nos seguintes termos: «Eu declaro o meu afastamento da decisão deste caso» (Lon FULLER, «The case of the speluncean

ao contrário, estar-se-ia a tomar partido sobre uma(s) ou outra(s), destaca-se que «a própria ordem jurídica não pode oferecer uma decisão objetivamente válida, ela está o mais próximo de tolerar cada escolha deles em uma tal situação colocada: ele não atuou nem ilícita – por falta da intervenção de uma causa de justificação — nem licitamente, mas, no entanto, sem infração contra uma proibição»¹⁰⁷. Portanto, considerando-se o resultado morte, ora no conflito direto entre bens jurídicos existenciais equipotentes, ora no conflito indireto entre deveres jurídicos equipotentes (sempre referidos a bens jurídicos existenciais equipotentes), propõe-se um hipotético congelamento deste momento imediatamente *ex post* à consumação do facto punível com a seguinte pergunta: qual(is) foi(foram) o(s) critério(s) utilizado(s) para valoração do(s) comportamento(s) típico(s) realizado(s) pelo Direito? As dificuldades em decidir expõem a ausência de quaisquer critérios universais de valoração dos comportamentos típicos realizados nestes casos trágicos, o que expõe os limites deontológicos do Direito Penal. Não por acaso, afirma-se que «o Direito não pode ter a pretensão de ter sempre uma resposta, mesmo para aquilo que é humanamente e, portanto, juridicamente insolúvel»¹⁰⁸.

Considerando-se todo o exposto, é exatamente ao reconhecer o esgotamento dos comandos normativos nos conflitos direto e indireto entre bens jurídicos existenciais equipotentes em situações-limite que a inexigibilidade encontra o elo perdido entre a ilicitude e a justificação em Direito Penal: o não proibido e não permitido.¹⁰⁹ Assim, uma vez levado o Direito Penal aos

explorers», *Harvard Law Review*, 62 (1948-1949), 631).

¹⁰⁷ Hermann BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12, Band 1, München: Beck, 1996, 103 (129), além de tratar da matéria dentro do item intitulado «129. A imponderabilidade de bens (vida contra vida)», o autor destaca que, com relação ao caso do agulheiro, «foram consideradas aqui diferentes possibilidades de solução (equivocada consciência do injusto, exclusão da culpa suprallegal, causa de exclusão pessoal da pena)».

¹⁰⁸ Américo TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal: Parte Geral*, 406, §718. Também assim, ao afirmar o equívoco da «tese da única resposta juridicamente correta do ordenamento jurídico», cf. Alessandro SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano: Giuffrè, 2008, 66.

¹⁰⁹ Ainda que «a ideia de desculpa é reclamada pelas condições individuais que não são susceptíveis de normatização em sentido próprio, isto é, de passar a prova de uma universalização definidora do permitido» (Maria Fernanda PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, 142), considera-se que também não seria o caso de uma manutenção da universalização definidora do proibido para os casos aqui tratados, para além de que, nesses, não se trataria de condições rigorosamente individuais, mas transindividuais a todos os envolvidos na situação-limite. Ao mencionar a teoria da isenção de FICHTE para o caso da «Tábua de Carneádes», cujo fundamento de não condenação de quaisquer um dos naufragos seria a «simultânea inexistência de um direito de exigir o sacrifício de uma outra vida, naquelas circunstâncias», em relação às causas de justificação, tratar-se-ia de uma linha ética que reconhecia «a impossibilidade de julgar certas acções enquanto reconhecimento de um espaço livre de valoração, neutro, onde deve cessar, por inadequada, a intromissão de todo o julgamento ético» (Maria Fernanda PALMA, *Direito Penal. Parte Geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, Lisboa: AAFDL, 2013, 226, §8.º, A, 2).

seus próprios limites deontológicos, nomeadamente por não poder encontrar critérios válidos¹¹⁰ para manter as proibições e os mandados nos casos de bens jurídicos existenciais equipotentes em confronto, o princípio da inexigibilidade passa a restringir e até mesmo excluir as proibições e os deveres na busca de *superar* — e não solucionar — os casos trágicos segundo critérios de justiça, correção e equidade.¹¹¹

Como *evidências* de uma possibilidade para a inexigibilidade neutra estão sobretudo as considerações de NOLL, para quem a inexigibilidade seria convertida em um princípio misto que consideraria tanto o injusto, como a culpa¹¹², mas também conta com o pensamento de WELZEL, STRATENWERTH, EGGERT, LENCKNER e RUDOLPHI sobre o conteúdo de injusto reduzido com efeitos na inexigibilidade em algumas situações de causa de justificação incompletas ou parciais. Para NOLL, «a gravidade do injusto depende, portanto, por um lado, do número e força dos elementos do injusto que compõem o tipo de injusto e, por outro lado, do número e força dos elementos de justificação»¹¹³, e, nesse jogo de forças entra o aspeto do «cumprimento parcial dos tipos de justificação», sendo o excesso cometido nas causas de justificação, nomeadamente na legítima defesa e no estado de necessidade, um dos afloramentos por excelência do injusto reduzido.¹¹⁴ Eis o envelhecimento entre a

¹¹⁰ Sejam eles gerais ou particulares, abstratos ou concretos, objetivos ou subjetivos, coletivos, individuais ou transindividuais, porque sob quaisquer combinações não se pode fazer tábula rasa da imponderabilidade da vida humana e da dignidade da pessoa humana, ao menos, para o que se compreende enquanto Direito constituído por e para os seres humanos. Por fim, embora se reconheçam as dificuldades de determinação das fronteiras entre justificação e desculpa, mencionando-se «a possibilidade de conflitos de valores se resolverem logo no plano da exclusão da ilicitude, como momento objectivo e desligado das motivações pessoais», ainda que também recusando-a, não admite o espaço livre de Direito e permanece dentro dos parâmetros tradicionais dos binómios jurídicos e categoriais jurídico-penais (Maria Fernanda PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, 152, 150).

¹¹¹ Neste espeque, cf. Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*⁶, 1963, 127, §4.

¹¹² Trata-se de «outro modo de compreender a não exigibilidade, o que a vincula com o conteúdo de injusto da conduta» que «afeta diretamente o próprio conceito de inexigibilidade, que deixa de estar referido exclusivamente a raciocínios da culpa como categoria dogmática» (Mariano MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, 541 e 431).

¹¹³ Peter NOLL, «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», 184 (igualmente em «Tatbestand und Rechtswidrigkeit», 18). Em sentido semelhante, a tratar da grandeza do injusto e a inexigibilidade, cf. Theodor LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 39.

¹¹⁴ Peter NOLL, «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», 184; 185, «também o excesso de uma causa de justificação é injusto em menor quantidade que o excesso sem qualquer justificação do mesmo ato grave praticado»; 188, «o excesso de legítima defesa forma o clássico caso do injusto reduzido em razão do excesso das causas de justificação». Cf. também neste sentido: Peter NOLL, «Tatbestand und Rechtswidrigkeit», 14, o autor menciona dois casos de excesso na legítima defesa, o primeiro quando a agressão não é mais atual, «o tipo de justificação não é completamente cumprido», pois «contém muitos poucos elementos da justificação», e o segundo quando a defesa do injusto para repelir a agressão não é mais necessária, «o injusto excede o âmbito da justificação», porque «contém muitos elementos de injusto»; 17-18, ao traçar que, no excesso de legítima defesa

exigibilidade, o estado de necessidade e a redução do injusto, «o conceito de inexigibilidade do art. 34 [art. 34.º do SchwStGB] contém, junto ao momento referido à culpa de não poder atuar de outra maneira, sobretudo, o elemento objetivo da ponderação de bens»¹¹⁵.

Com destaque para a redução do desvalor de ação no injusto, WELZEL afirma que «o fim legítimo (o salvamento próprio ou de um parente) perseguido pelo autor será considerado também como atenuação do injusto no julgamento (objetivo) do desvalor de ação», sendo «o caso mais importante de não exigibilidade da conduta conforme ao direito é o estado de necessidade exculpante dos §§ 52 e 54 StGB, dos quais o §54 é a disposição geral»¹¹⁶. Neste espeque, STRATENWERTH destaca que, «desde um ponto de vista objetivo, de uma *colisão de bens*, a qual, embora neste caso, em vista da hierarquia valorativa dos bens ou interesses afetados, não pode excluir o ilícito, pode-se reduzi-lo. Considerando-se a diferença valorativa resultante, bastante reduzida, não parece incompreensível que o autor dê preferência a aquele interesse que lhe resulta mais próximo»¹¹⁷. Já em EGGERT, face ao caso normal, destaca-se que os factos abrangidos pelos §§ 52 e 54 do StGBReich partilham de um injusto reduzido, nomeadamente tanto com um menor desvalor de resultado, como um menor desvalor de ação¹¹⁸. Ao apontar que,

e no estado de necessidade desculpante, a exculpação anda paralela a uma justificação parcial, a colisão de bens reduz o injusto no estado de necessidade e a exigibilidade, como fundamento da desculpa, influi no injusto, sendo a renúncia à vida inexigível; 28-29, o critério da inexigibilidade além de ser determinante para a desculpa, acaba por influenciar nas causas de justificação também.

¹¹⁵ Peter NOLL, «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», 188; 189, «A lei leva em consideração expressamente aqui o cumprimento parcial do tipo de justificação. Além disso, seria pensável também o excesso no estado de necessidade, quando o autor faz mais do que o necessário para evitar o perigo». Também assim, ao afirmar que «igualmente, em primeiro lugar, a colisão de bens reduz o injusto junto ao estado de necessidade desculpante e apenas o injusto residual é desculpado. É correspondente que a inexigibilidade, que aqui é utilizada como fundamento da desculpa, influencia não apenas a culpa, mas sim bem o injusto» (Peter NOLL, «Tatbestand und Rechtswidrigkeit», 17-18).

¹¹⁶ Hans WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4.ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, 210, §23, destacando o autor que a retirada deste desvalor objetivo de ação não chega tão longe ao ponto de justificar totalmente a ação, «pois o próximo não deve jamais ser tratado como simples coisa, mas sim como fim em si mesmo (KANT)»; e 211; 212, §23, I, b), por fim, como forte evidência do fim de salvamento como um valor de ação está que «a ação em estado de necessidade tem que ser o último recurso. Entre várias possibilidades, o autor tem de escolher o mal menor e perseguir subjetivamente o fim de salvamento».

¹¹⁷ Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 264, nm. 99; na nt. 491 dessa mesma página, o autor reconhece NOLL como «provavelmente o primeiro nesta linha» de argumentação sobre a redução do injusto.

¹¹⁸ Karl Heinz EGGERT, *Die Unzumutbarkeit Normgemässen Verhaltens bei den Fahrlässigkeits- und un-rechten Unterlassungsdelikten im Strafrecht*, Göttingen, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, 1969, 57-58; 78, «reduziu assim, pois, o desvalor de resultado, como o desvalor de ação»; 78, nt. 6, em que destaca «o desvalor de ação do ato negligente é menor do que o de um ato doloso». Por sua vez, ao mencionar o «menor conteúdo de ilícito do delito negligente [...] pode conduzir a exclusão da culpa, incluindo perigos

no estado de necessidade, há um injusto reduzido, embora o facto não seja justificado, quando se lesiona e se salva bens jurídicos concomitantemente, *rectius*, ao se comparar a causação da morte de outrem por um motivo vão e sendo a única forma de salvar a própria vida.¹¹⁹

Com relação à redução dos desvalores de ação e de resultado, embora RUDOLPHI não admita uma exclusão do desvalor de resultado no ato de estado de necessidade, porque permanece uma lesão do bem jurídico alheio, portanto, não seria nem juridicamente justificado nem juridicamente neutro, reconhece a conservação de um bem jurídico ainda que não seja superior ao sacrificado, na qual se contrapõe um valor de resultado contra um desvalor de resultado. Por fim, o estado de necessidade no sentido dos §§ 52 e 54 do StGBReich não tem o condão de eliminar nem o desvalor de resultado nem o desvalor de ação da ação necessária, mas o valor de ação e o valor de resultado reduzem-nos.¹²⁰ Por sua vez, JESCHECK e WEIGEND, além de estabelecerem a conexão entre a cláusula de exigibilidade com «a tomada em consideração da *diminuição essencial do conteúdo de injusto e da culpa* sobre o que se baseia a exculpação por meio do estado de necessidade», estabelecem uma regra

que nunca fundamentariam um estado de necessidade desculpante no caso de um atuar doloso, como, p. ex., o da perda de um posto de trabalho» (Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 432, nm. 50, citando o autor na nt. 45 de mesma página o «caso da carruagem»). Neste «caso da carruagem» (*Leinefänger*) de 1897, o Tribunal do Império reconheceu a ausência de negligência do cocheiro (empregado) por ter utilizado um cavalo arreado na carruagem, mesmo com conhecimento dessa circunstância, mas sob a ordem e ameaça de despedida em caso de desobediência pelo seu patrão (empregador), o que levou ao reconhecimento da inexigibilidade de agir conforme o Direito (cf. Berthold FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 13-15). Com relação ao contexto em que a inexigibilidade surgiu no pensamento desse autor, destaca-se o panorama social e político bastante frágil — pós-Primeira Guerra Mundial — (cf. assim em José BELEZA DOS SANTOS, *Lições de direito criminal*, 96), por isso, não deveria restringir-se os casos de não exigibilidade ao tipo de coação, «mas necessário alargar o seu escopo para compreender o ambiente, as condições familiares, econômicas e sociais do agente» (Girolamo BELLAVISTA, «Il problema della colpevolezza», in *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, MCMXLIV, Palermo: Scuola Tip. «Boccone del Povero», 51, nt. 1). Os casos evidenciam claramente as situações de hipossuficiência econômica de empregados, bem como de subordinação total desses aos seus empregadores, cuja obediência dos primeiros às ordens dos segundos decorria do receio de serem despedidos e passarem dificuldades socioeconômicas, mesmo cientes dos perigos das ações ordenadas e sumariamente ignoradas pelos empregadores, razão pela qual se denuncia o «relativismo dos valores morais entre a consciência burguesa» enquanto panorama da situação cultural expressada pela teoria da inexigibilidade, mas esta teria vida curta na Alemanha da época, «não tanto pela dificuldade interna da doutrina [...], mas também e sobretudo porque a sua função técnica tornou-se incompatível com a mudança de curso político e ideológico da Alemanha nazista» (Alessandro BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza: contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano: A. Giuffrè Editore, 1963, 46).

¹¹⁹ Theodor LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 35.

¹²⁰ Hans-Joachim RUDOLPHI, «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?», *ZStW*, 78 (1966) 82-83 e 84; destaca-se que, para o autor, o desvalor de ação não seria excluído, uma vez que isso pressuporia negar à vítima do ato de necessidade a legítima defesa e impor-lhe um dever de tolerância, mas uma redução daquele se faz presente sobretudo pela finalidade de sobrevivência e pelo argumento de Armin KAUFMANN no sentido de que os factos cometidos sob situações vitais anormais reduzem o desvalor de ação.

diretamente proporcional entre os valores dos bens em colisão e a redução do injusto, e, logo, da culpa.¹²¹

Exigir a não infração de uma proibição ao preço da própria vida do destinatário da norma (no estado de necessidade não proibido)¹²² ou o cumprimento simultâneo de deveres jurídicos vinculados a bens jurídicos existenciais equipotentes de terceiros (no conflito de deveres insolúvel) representa partir de um Direito que não é feito para homens, mas para heróis, deuses, demónios ou máquinas.¹²³ Portanto, eis que a inexigibilidade atua como limite deontológico de proibições e mandados, ancorada em pressupostos existenciários do Direito Penal, especialmente porque o Direito Penal é constituído *pelos* seres humanos para a regulação de suas relações em comunidade. Frente a uma desaconselhada inversão de sentido entre o que é útil aos homens, à comunidade e nomeadamente às suas respetivas relações e o que é funcional¹²⁴ ao sistema (jurídico-penal) ou aos conceptualismos jurídicos de *per se*, parafraseia-se MARX na sua crítica à religião e UNAMUNO na sua afirmação sobre a relação entre a cultura e o ser humano — ambas paráfrases reforçam a premissa metodológica deste trabalho e o pressuposto antropológico e existenciário do Direito a seguir mencionados — nos seguintes termos: «é o homem que faz [o Direito (Penal)] a religião, não é [o Direito (Penal)] a religião que faz o homem»¹²⁵, assim como «[o Direito (Penal)], a Cultura compõe-se de ideias e só de ideias, e o homem não é senão um instrumento seu. O homem para a ideia, e não a ideia para o homem; o corpo para a sombra»¹²⁶. O que não significa uma oposição ou subjugação do Direito, pois, «sob o plano dos valores

¹²¹ Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, 521, §44, III, 1, «se o valor do bem jurídico ameaçado é substancialmente menor que aquele outro no qual o facto necessário realiza a intervenção, também será menor a diminuição do injusto», bem como «ao mesmo tempo, decresce também a diminuição do conteúdo de culpa que é correlativo à redução do injusto».

¹²² Não por acaso, ao reconhecer a incidência da inexigibilidade também no âmbito do injusto, menciona-se, «por exemplo, a renúncia da vida é precisamente por isso inexigível, porque este bem jurídico requer o mais elevado nível nas valorações objetivas das leis» (Peter NOLL, «Tatbestand und Rechtswidrigkeit», 18).

¹²³ Embora ao se referir ao plano dos delitos negligentes, destaca que, «incluindo aquelas circunstâncias que não têm nenhuma relação com a questão da exigibilidade em sentido usual, e que, no delito doloso, poderiam entrar em consideração, no máximo, como *atenuantes*, tal como sucede com os estados desculpáveis de excitação ou esgotamento que levam a desatenção ou a reações incorretas» (Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 432-433, nm. 53).

¹²⁴ A título alusivo, sendo expresso em afirmar a ilicitude como um dos «conceitos determinados pela função», Karl LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 5.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, 686-687.

¹²⁵ Karl MARX, *Contribuição à crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, São Paulo: Expressão Popular, 1844, 30, com interpolação explicativa nossa entre parênteses retos.

¹²⁶ Miguel de UNAMUNO, *Do sentimento trágico da vida*, 254, com interpolação explicativa nossa entre parênteses retos.

de civilização, pensamos que o homem não é menos essencial ao direito de que o direito é essencial ao homem»¹²⁷. Também nesse sentido, afirma-se que, «em nossa cultura, o direito penal existe para o homem e não o homem para o direito penal; o direito penal é algo que serve ao homem para alguma coisa (é *significativo*) e, se não descobirmos para que serve (sua significação), retiraremos do direito penal a sua característica de fato humano»¹²⁸. Como «pressuposto existencial do crime» está «o “ser-aí” existenciário, agente de delito, segundo um seu comportamento que tem de ser visto previamente, desde que é o Direito Penal feito para o homem e não o contrário»¹²⁹.

Constituem *pressupostos não só deontológicos, mas sobretudo existenciários do Direito Penal* que os comportamentos juridicamente exigíveis sejam passíveis de cumprimento sem perdas existenciais colaterais¹³⁰, o que cor-

¹²⁷ Rodolfo DE STEFANO, *Legge etica e legge giuridica*, Milano: Giuffrè Editore, 1955, 98.

¹²⁸ Raúl ZAFFARONI; JOSÉ PIERANGIELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, vol. 1, 9.ª ed. revista, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 321, §170.

¹²⁹ Carlos CONDEIXA DA COSTA, *Pressupostos existenciais do crime*, 23-24.

¹³⁰ Ao destacar que, em «situações existenciais», os apelos a comportamentos juridicamente esperados são em vão, cf. Walter GROPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2005, 188. Uma especial constelação de casos de restrição normativa do dever de garante pela inexigibilidade pode ser mencionada agora, representada pelo «trágico “caso pai-filho”» (Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3, 424-425, §12, nm. 84). As esferas jurídicas do garante e do protegido estão numa relação praticamente de negação, mas não de negação contraposta uma à outra (não há disputa entre os bens jurídicos, não se trata de um conflito de vida contra vida em sentido estrito). Em síntese, se o pai (o garante) decide intervir, muito provavelmente poderá perecer, *rectius* tem de deliberar sobre preservar a própria vida e não cumprir o dever de garante ou arriscá-la no quase-impossível salvamento do filho para tentar cumprir o dever de garante. Assim, «o dever de risco de perda destes garantos coloca voluntariamente também sob a reserva de exigibilidade, então que, *v.g.*, a morte certa não tem de ser suportada», porque o pai «não deve sua vida ao seu próprio filho», portanto há a «suspensão do dever especial de garante com a desculpação do pai» (Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3, 424-425, §12, nm. 84). Em sentido semelhante, embora reconhecendo «a função social e jurídica cimeiras» dos laços familiares, «julgamos aplicar aqui um critério similar ao constante do art. 200.º, n.º 3, não existindo sequer um dever de garante quando o omitente só pode salvar o bem jurídico do seu filho ou do seu pupilo através da lesão da sua própria vida ou de uma lesão grave para a sua integridade física. O Direito Criminal não pode — nem deseja — que os progenitores ou aqueles que exerçam o poder paternal de modo subsidiário se transformem em «mártires» por aqueles que, juridicamente, estão sujeitos ao poder-dever que exercem. Contudo, o aplicador da lei deverá ser mais rigoroso nestas situações, dado que, atenta a assinalada co-naturalidade da função de protecção nas relações paterno-filiais, mais difícil se torna a negação, *in casu*, de uma posição de garante» (André LEITE, «As posições de *garantia*» na omissão *impura*, 214-215). É o garante quem decide se entra ou não na esfera de perigo para tentar cumprir seu dever, embora possa autocolocar-se em risco, «os interesses próprios do garante opõem-se a uma conduta de salvamento; tais conflitos estão a resolver sobre o plano da exigibilidade» (WEIGEND, *LKI (§§1 bis 31)*¹², 2007, 858-9, §13 nm. 75.). Eis o denominado «estado de necessidade impróprio», porque «não cabe às pessoas, às quais incumbe um dever especial, quando se trata de salvar a si mesmo em contradição deste especial dever» (Bernardino ALIMENA, *Principii di diritto penale*, vol. I 604-605, destacando-se que o autor elenca neste âmbito algumas das causas de não punibilidade e de desculpa em crimes específicos, o que dá fortes sinais da inexigibilidade). Além disso, «o soldado não poderá alegar o estado de necessidade para fugir em combate, nem o bombeiro para não se arriscar no incêndio, etc. O que não significa que tais profissões ou encargos empurrem os seus titulares fatalmente fora do campo da desculpa, senão que esta tem, para eles, âmbito mais reduzido ao estar condicionada por seus deveres profissionais» (José ANTÓN ONECA, *Derecho penal*,

respondentemente faz com que o sentido dos comandos jurídicos seja não apenas perspectivado em abstrato como também em concreto. Assim, afloram outras premissas metodológicas deste trabalho na compreensão do fenómeno jurídico, a saber: o *sentido* da adequação do Direito à condição humana e não o inverso. Neste sentido, segue a máxima de DE LOLME utilizada por RADBRUCH: «o parlamento inglês pode tudo, apenas não pode fazer de uma mulher um homem e de um homem em uma mulher».»¹³¹ Não muito diferente, com relação a uma indesejável inversão de papéis no tocante a relação do jurista com o seu objeto, o Direito: «o jurista não deve subordinar a realidade ao conceito, mas sim o conceito à realidade.»¹³² Embora já mencionada, a fragilidade humana deve ser lembrada como pressuposto antropológico e existencial do Direito, de modo a não ser reduzida ou simplificada em função do sistema jurídico ou de direito em razão de seus institutos ou conceitos.

Assim, segundo a leitura sugerida neste artigo, o princípio da inexigibilidade permitiria ir além de uma sua materialização legal nos crimes da Parte Especial, mas teria efeitos *aquém* da categoria da culpa, pois o comportamento não seria sequer proibido, bem como não permitido. Uma outra inexigibilidade surgiria como mecanismo de restrição de proibições e mandados independentemente de posituação jurídica. A conceção holística de HENKEL — a inexigibilidade como princípio regulativo do ordenamento jurídico — contribuiria de forma ímpar ao reclamar a aplicação em todas as zonas limítrofes inseguras, nas quais a determinação da extensão dos deveres de ação ou do dever de tolerância, ou ainda, dos direitos que constituem o seu reverso, não podem realizar por intermédio de uma norma geral, e sim apenas pela determinação do conteúdo concreto ao atender às circunstâncias do caso. Tanto que o autor fala em um «espaço livre de legislação do direito realizado pelos juízes [*case law*]»¹³³.

2.ª ed. Madrid: Akal, 1986, 298); ou ainda, «uma distinta exigência quanto ao que se pode entender como conflito existencial relevante, em função da preparação do agente e do seu compromisso para com a sociedade [...]. Não se retirará daqui que estes agentes nunca possam beneficiar do estado de necessidade subjectivo, mas sim que o conflito por eles vivido terá de ser mais extremo, mais imprevisível e mais pressionante do ponto de vista emocional, para poder desculpar» (Maria Fernanda PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, 177). Por fim, ao propor o «princípio da inexigibilidade» como um fator de limitação dos deveres impostos pelos tipos omissivos impróprios, cf. Gabriele FURNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 313-314, 316-318.

¹³¹ Gustav RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, 37.

¹³² Santi ROMANO, *O ordenamento jurídico*, trad. Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, 97.

¹³³ Heinrich HENKEL, «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», 267: «Com razão fundamental, exige-se em toda aplicação em incertas fronteiras, nas quais a determinação do alcance dos deveres de ação-(- de execução-) e de tolerância, ou seja, que eles ao outro lado dos direitos correspondentes não podem ser tomados por meio de uma norma (geral), mas sim

Em que pese o esforço em expor e demonstrar o elo perdido entre a ilicitude e a justificação em Direito Penal, inclusive com uma leitura — admite-se — não habitual do princípio da inexigibilidade enquanto mecanismo de restrição e exclusão de proibições e mandados em conflitos diretos e indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes, na próxima secção intenta-se comprovar, por meio do conflito de deveres aparente, a continuidade da incompreensão dos limites normativos do Direito Penal.

3. O conflito de deveres «aparente»: a incompreensão dos limites deontológicos do Direito Penal nos conflitos indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes

Procura-se demonstrar a incompreensão acerca do insolúvel conflito indireto entre bens jurídicos existenciais equipotentes ocultado sob o denominado conflito de deveres «aparente». Trata-se do conflito entre dever(es) próprio(s) e dever(es) impróprio(s) — melhor dito entre dever(es) geral(is) de auxílio e dever(es) de garante —, considerado «mera colisão aparente» (*bloÙe Scheinkollision*), porque dada a primazia do dever de garante sobre o dever de auxílio, segundo uma significativa parcela da doutrina jurídico-penal, apenas um dever há¹³⁴, mesmo quando estão em jogo vidas humanas em situações-limite.

Embora a doutrina jurídico-penal classifique alguns casos¹³⁵ como conflitos de deveres, *rectius* conflitos de deveres de ação, nota-se uma celeuma

onde — junto a fluída demarcação — apenas uma concreta determinação de conteúdo é possível sob a consideração de todas as circunstâncias individuais.»

¹³⁴ Johannes WESSELS; Werner BEULKE; Helmut SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 46, München: C. F. Müller Verlag Heidelberg, 378, nm. 1035, eis o encontro de deveres jurídicos em que um deles, por razões de subsidiariedade, retrocede; Thomas RÖNNAU, «Grundwissen — Strafrecht», 114, por sua vez, como «problema especial», realçando os «heterogêneos deveres de ação» que concorrem, em especial, um dever de garante (§13 do StGB) com um dever geral de auxílio (§323c do StGB), no caso de o pai poder salvar, após um acidente de carro, ou o seu filho ou uma criança qualquer, para a opinião maioritária, o mandamento de garante tem primazia de modo geral, mas, para a opinião minoritária, o peso dos interesses em conflito e a equivalência dos bens jurídicos a salvar implicam uma «possibilidade de escolha» do obrigado. E, se há possibilidade de escolha, isso significa primeiramente que o Direito está diante de um de seus limites normativos ao não encontrar critérios fiáveis para indicar qual seria o dever preponderante para solucionar o caso, e, em segundo lugar, não há causa de justificação aplicável ao caso.

¹³⁵ Considerando-se que todo e qualquer caso-exemplo possui uma incoincidência de elementos implícita, que emerge nomeadamente durante o processo de discussão dogmática, antecipa-lhes para facilitar uma possível separação entre as hipóteses de conflito de deveres e as de inexigibilidade

quanto ao efeito atribuído a não punibilidade dos obrigados em cada um deles, a saber: ora soluciona no âmbito da atipicidade¹³⁶, pois, ao fim e ao cabo, há apenas um dever a cumprir¹³⁷, ora resolve na justificação, segundo uma exclusiva ponderação de deveres em que o dever de garante prevalece sobre o dever geral de auxílio, e, por fim, ora na desculpa, pois, em qualquer hipótese, um injusto estaria presente, incidindo a inexigibilidade de comportamento conforme o Direito. Todas as três diferentes formas de soluções dos casos apresentados ignoram a isonómica dignidade e a imponderabilidade das vidas humanas envolvidas em situações-limite, conforme fundamentado acima (cf. a secção 2). Além disso, elas apresentam-se demasiadamente redutoras da complexidade da problemática por arrancarem dos institutos (por exemplo, o conflito e a concorrência de deveres; a inexigibilidade) e das categorias jurídico-criminais (por exemplo, as estruturas da justificação e da desculpa) sob a alegação de coerência teórica ou de preservação das segurança e certeza jurídicas.¹³⁸

no âmbito dos crimes omissivos. A saber, são eles: o *caso I*, um pedacinho com três pessoas que se vira num lago, sendo Anton um bom nadador, que por sua constituição física conseguiria socorrer apenas uma das duas outras pessoas, a saber, Berta (a sua mulher) ou o amante de sua mulher (cf. Bernd von HEINRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2012, 234); o *caso II*, o garante que não salva o seu irmão de uma casa em chamas, mas a sua namorada, sob a qual não pende nenhum dever protetivo especial, dever de garante (cf. Kristian KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3, 705, §18, nm. 140); o *caso III*, um bote vira-se num lago com três pessoas, o homem «M», a sua mulher «F» e a amiga «L» dessa (cf. Rudolf RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 473, §49, V, 45).

¹³⁶ Ao afirmar que «pressuposto do dever de realizar a acção Salvadora (isto é, impeditiva da lesão) do bem jurídico é, desde logo e necessariamente, a possibilidade fáctica de o omitente poder realizar, na situação concreta, aquela acção. Toda a norma impositiva, isto é, toda a imposição jurídico-penal de uma determinada acção pressupõe, lógico-normativamente, a respectiva capacidade ou possibilidade de acção: *ad impossibilia nemo tenetur*. Não tendo o omitente esta capacidade fáctica de acção, a sua conduta, a sua não prestação de auxílio é social e juridicamente irrelevante» (Américo TAIPA DE CARVALHO, «Comentários ao art. 200.º do CP», 1238, §11). Cf. também André LEITE, «As posições de garantia» na omissão impura, 86-94; 92, nt. 196, sobre a medida empenhada pelo obrigado para cumprir o dever segundo a média de capacidade no caso concreto, «não estamos aqui a introduzir um problema com atinência ao tipo-de-culpa, mais concretamente à exigibilidade. Continuamos ao nível do tipo-de-ilícito (objectivo); interessa-nos averiguar, em termos estritamente objectivos, segundo os padrões do “homem médio da posição sócio-existencial do agente”, até que ponto deve ser caracterizada a capacidade de intervenção do omitente por forma a que o seu inadimplemento surja como um juízo (objectivo) de antinormatividade».

¹³⁷ Neste sentido, ao comentarem o «caso 19d» (bem semelhante aos *casos I, II e III* supramencionados), caracterizado pela situação de um dever de garante face a B e um dever de auxílio face a F que incidem simultaneamente sobre um mesmo obrigado A, afirma-se que, «em uma primeira vista de olhos, há aparentemente uma colisão de deveres; mas, na realidade, há apenas um dever de acção de A, a saber, o seu dever de garante face a B. Portanto, A cumpriu o seu dever de salvamento e o seu permanecer inerte face a F não preenche, desde o início, o tipo do §323c» do StGB. Por fim, arremata-se que «o dever geral de auxílio não surgiu porque A cumpriu seu dever de garante decorrente de um delito de omissão imprópria» (Johannes WESSELS; Werner BEULKE; Helmut SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 384-385, nm. 1051; 385, nm. 1053).

¹³⁸ Ao mencionar que na contraposição entre certeza jurídica e justiça manifestada no desenvolvimento do princípio de inexigibilidade, deve-se preferir a última, cf. Gabriele FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 15, nt. 18, *in fine*; José de FARIA COSTA, *Direito penal*, Lisboa: INCM, 2017,

Ao retomar os casos propostos, no primeiro deles (*o caso I*), o resultado morte do amante da mulher de Anton permitiria imputar-lhe o crime de omissão de auxílio (§323c do StGB), que não seria punido «por falta de exigibilidade», mas o resultado morte da sua mulher (Berta) ser-lhe-ia imputado a título de homicídio omissivo impróprio (§212 c/c §13, n. 1, do StGB), já que ele era garante de sua mulher em razão da proximidade das relações estabelecidas sob a «comunidade doméstica ou familiar» (*häuslicher Gemeinschaft*), uma das formas de comunidade de vida que são fontes do dever de garante. Por fim, de todas as formas, não há espaço para a causa de justificação do conflito de deveres em favor de Anton, segundo o próprio criador do *caso I*.¹³⁹ Quanto ao *caso II*, não incide o conflito de deveres desculpante, «porque a namorada também não é nenhuma das pessoas próximas para os efeitos desse parágrafo»¹⁴⁰, *rectius* não é nenhuma das «pessoas próximas» (*nahestehende Personen*), conforme delimita o §35, n.º 1, do StGB. Portanto, em favor do garante não incide nem uma causa de justificação (nem o §32 nem o §34 do StGB) nem uma causa de desculpa (nem o §33 nem o §35 do StGB). Como resolver, pois, o *caso II* e sua variável (o *caso II'*)?¹⁴¹ Com relação ao último dos exemplos, *o caso III*, a omissão de auxílio de «M» face a «L» (a amiga de sua mulher) não será punida em razão da incidência da inexigibilidade de outra conduta (§35, n. 1, do StGB).¹⁴²

Todas as hipóteses suscitadas nos três casos configuram conflitos de deveres de ação, nomeadamente entre um dever geral de auxílio e um dever de garante, sendo que *os casos I e III* são praticamente idênticos, porque, em ambos, o obrigado ou cumpre o único dever exigível no caso, eis a solução da atipicidade da omissão de auxílio ou cumpre em tese o dever de maior hierarquia, justificando o comportamento omissivo em tela. Ao fim e ao cabo, excluir-se-ia a tipicidade ou a ilicitude desses comportamentos e não apenas a culpa por meio de uma aplicação supralegal do instituto não positivado

462, §179, sobre os «fins ou valores realiza a não exigibilidade», «por ela se cumpre também o valor da justiça», «é também indesejável que a ordem penal não pode sacrificar a justiça em honra de uma ideia de segurança meramente formal», embora também centrada no plano da desculpa jurídico-penal.

¹³⁹ Bernd von HEINRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 234.

¹⁴⁰ Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3, 705, §18, nm. 140.

¹⁴¹ Sugere-se uma variável do segundo caso (*caso II'*) em que o irmão falecido no incêndio tenha sido apresentado recentemente ao (outro irmão) garante em razão do falecimento do pai que ambos tinham em comum, mas que, obviamente, durante a vida do progenitor, nenhum deles tinha conhecimento um do outro até à recente apresentação motivada pelo falecimento do patriarca. O obrigado (garante) prefere salvar a namorada com que já se relaciona há um determinado tempo ao invés de seu irmão recentemente introduzido ao círculo familiar concreto.

¹⁴² Rudolf RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 473, §49, V, 45.

no StGB. Por sua vez, *o caso II* é bastante discutível, porque, sob a lógica do conflito de deveres, o cumprimento do dever de menor relevância acarreta a possibilidade de desculpa, já que a *ilicitude* se fez presente pela violação do dever de garante, considerado hierarquicamente superior¹⁴³, contudo, o §35, n.º 1, do StGB não inclui a namorada como «pessoas próximas a ele» (*anderen ihm nahestehenden Person*). Assim, *quid iuris?*

Em razão dessa limitação legal¹⁴⁴, parte da doutrina jurídico-penal alemã defende uma possível renúncia a imposição de uma censura em razão da inexigibilidade de cumprimento do dever de garante para com o seu irmão, porque pelo menos o agente salvou uma vida e, em caso de salvamento de seu irmão, ele teria abandonado os próprios interesses dignos de aprovação pela ordem jurídica, por exemplo, um futuro matrimónio com a namorada.¹⁴⁵ Entretanto, se são interesses dignos de aprovação (os salvamentos do irmão ou da namorada) e todas e quaisquer vidas humanas inocentes extrauterinas gozam do mesmo valor e dignidade perante a ordem jurídica¹⁴⁶, considerando-se que a situação-limite não possibilita o salvamento de ambos, não seria correto sustentar nem a justificação do comportamento por meio de uma diferença *exclusivamente* normativa dos deveres em choque nem a desculpa ao considerar a consolidação de um injusto penal nesses casos. E a solução

¹⁴³ Não diferentemente no Direito Penal português, «*sendo os bens jurídicos em perigo e tutelados, respectivamente, pelo dever de auxílio (art. 200.º) e pelo dever de garante (art. 10.º-2) idênticos (vida/vida; integridade física/integridade física), parece não haver dúvidas de que a justificação só se pode afirmar relativamente ao não cumprimento do dever de auxílio (arts. 200.º), e não em relação ao homicídio por omissão (arts. 131.º e 10.º-2) ou ofensas corporais graves por omissão (art. 144.º e 10.º-2). Isto é, prevalece o dever de garante» (Américo TAIPA DE CARVALHO, «Comentários ao art. 200.º do CP», 1246, §27; 1254, §47, em que o autor afirma que «o crime de omissão de auxílio está para com o crime de comissão por omissão numa relação de subsidiariedade. Assim, recaindo sobre o omitente de auxílio, necessário à salvaguarda da vida, integridade física ou liberdade, um correspondente dever de garante, estar-se-á diante de um *concurso aparente*, respondendo o omitente pelo crime de comissão por omissão (homicídio, ofensas corporais, sequestro, violação, etc.)»).*

¹⁴⁴ Inclusive, há uma aproximação com os históricos casos trágicos que apontaram as limitações legais do estado de necessidade do §54 do StGBReich e a ausência de regulamentação das indicações médicas abortivas em tempos anteriores ao §218a do StGB, conforme supramencionado. Conclui-se parcialmente que a inexigibilidade atuou naquele período e retorna nomeadamente aqui para apontar as limitações do texto legal do estado de necessidade desculpante (§35 do StGB), buscando superar da forma mais justa e equânime este *caso II* e sua variável (*caso II'*).

¹⁴⁵ Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3, 705, §18, nm. 140.

¹⁴⁶ Neste ponto, considerando-se que, «nestes casos pode falar-se de deveres *não ponderáveis* ou *não equiparáveis*», com fulcro no argumento de «quem, ao custo da vida de outros, resgata um grande número de pessoas ou a vida de alguém que, desde o ponto de vista que seja, possui uma grande importância, não atua conforme o direito, apesar de sua tendência à preservação de um valor, porque simultaneamente infringe um dever do mesmo nível frente àqueles que devem ser sacrificados» (Hans-Heinrich JESCHECK; Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, 539, §47, I, 2); embora se concorde de modo geral com essa passagem dos autores, considera-se questionável não sustentar o mesmo nos casos de o dever de garante sobrepor ao dever geral de auxílio, pois também aqui, ao fim e ao cabo, a vida do protegido será valorada como sensivelmente superior ao carente de auxílio.

da atipicidade também carrega consigo uma maior valoração do dever de garante, mas, por outra via, ao procurar afastar somente a obrigatoriedade do dever geral de auxílio.

É diante da equivalência entre os bens jurídicos existenciais equipotentes em conflito indireto em situações-limite que os caminhos do conflito de deveres e da inexigibilidade se cruzam, em especial nos casos em que, segundo o que se defende nesta secção, a diferença normativa entre os deveres envolvidos não é suficiente para superar a imponderabilidade de vidas nem a igual dignidade das pessoas humanas. Em síntese, o dever de garante não teria prioridade sobre o dever geral de auxílio nesses casos, sob pena de uma contradição interna do próprio ordenamento jurídico com relação aos dois princípios. Assim, propõe-se que a inexigibilidade restrinja os mandados jurídicos decorrentes das estruturas das omissões própria e imprópria nos casos em que estão envolvidos bens jurídicos existenciais equipotentes¹⁴⁷, assim os comandos normativos do Direito Penal não seriam vinculantes no sentido de orientar os comportamentos humanos em situação-limite, porque, caso contrário, a ordem jurídica reconheceria, ainda que implicitamente, alguma(s) da(s) vida(s) inocente(s) e extrauterina(s) como «sensivelmente» superior(es) à(s) outra(s), o que seria um escândalo para além do plano jurídico, constituindo-se antes uma rutura civilizacional.

A partir disso, esquisita-se uma separação entre o conflito de deveres e a inexigibilidade nos crimes omissivos relativos às vidas humanas inocentes extrauterinas com fulcro *exclusivamente* no critério de *relevância dos deveres jurídicos envolvidos*. Dessa forma, o conflito de deveres em sentido estrito seria aplicado nos casos constituídos por *deveres jurídicos de peso homogêneo*¹⁴⁸, por exemplo, deveres de garante *vs.* deveres de garante¹⁴⁹ ou dever geral de auxílio *vs.* dever geral de auxílio¹⁵⁰, e não mais aos deveres de ação *tout*

¹⁴⁷ E embora se considerando o art. 200.º do CP como um «tipo legal de crime pessoal pluri-ofensivo» (cf. Américo TAIPA DE CARVALHO, «Comentários ao art. 200.º do CP», 1235, §5) por tutelar a vida, a integridade física e a liberdade, não se pode negar a possibilidade concreta de um conflito indireto de vida contra vida.

¹⁴⁸ Portanto, antecipa-se já que não se trata de nenhum dos casos-exemplos desenvolvidos nesta secção 3, a não ser a variação do caso I exposta *infra* na nt. 151.

¹⁴⁹ Considerando-se que «A» era garante tanto de «B» quanto de «G», tendo escolhido salvar «B» por estar na «flor da idade», bem como, para o Direito Penal, cada vida humana extrauterina é absolutamente valorada da mesma forma, assim «A» não omitiu o salvamento de «G» ilicitamente em razão do conflito de deveres justificante, cf. Johannes WESSELS; Werner BEULKE; Helmut SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 379, nm. 1037.

¹⁵⁰ É imprescindível a seguinte consideração: não é simplesmente por se chocarem dois deveres de peso homogêneos em abstrato (*v.g.*, vida contra vida) que caberá ao obrigado escolher qual deles cumprir, eis que, como evidência da intrínseca relação entre o conflito de deveres e o estado de necessidade, ou melhor, a aplicação de um dos elementos do segundo no primeiro, se for possível

court. Assim, no «conflito de deveres justificante próprio», não há «nenhum injusto», «não podendo o direito exigir do autor formas de comportamento impossíveis. Isso é válido apenas para a colisão de deveres de comportamento equivalentes»¹⁵¹. Por sua vez, a inexigibilidade nos crimes omissivos seria invocada nas situações com *deveres jurídicos de peso heterogêneos*, embora os bens jurídicos envolvidos ocupem o espaço privilegiado para orientar os comportamentos: se se tratar de bens jurídicos diversos, a salvaguarda do sensivelmente superior justifica a conduta, se são equivalentes e não existenciais, aplica-se o critério do dever mais relevante. Entretanto, se são bens jurídicos existenciais e equipotentes, estar-se-á diante de comportamentos não proibidos e não permitidos sob pena de infringir a igual dignidade das pessoas e a imponderabilidade de vidas humanas inocentes extrauterinas. Assim, o encontro, sob o mesmo autor, de um dever geral de auxílio e um dever de garante sobre essas vidas humanas nos casos II e II' desencadeia a inexigibilidade para restrição ou exclusão dos deveres incidentes, tornando os comportamentos realizáveis como não proibidos e nem permitidos, sendo qualquer das escolhas toleradas pela ordem jurídica.

Recordando-se que há duas modalidades de inexigibilidade¹⁵², sendo uma «subjéctiva ou individual», que não está positivada e «refere-se a determinadas situações extremas nas quais não se pode exigir do autor concreto de um facto típico e antijurídico que se abstenha de cometê-lo, porque isso comportaria um excessivo sacrifício para ele»¹⁵³, geralmente materializada sob a forma de causa suprallegal de desculpa. Trata-se, geralmente, da vertente incidente

ponderar quais dos necessitados está mais afetado e corre maiores riscos, esse fator tornará o dever para com esse necessitado o preponderante, *rectius* «num acidente em que ficaram gravemente feridas duas pessoas, está justificada a omissão de auxílio a um dos sinistrados em favor do outro, quando era impossível ao terceiro socorrer os dois, e aquele que socorreu corria maiores riscos de vida ou riscos semelhantes aos que o outro corria» (Américo TAIPA DE CARVALHO, «Comentários ao art. 200.º do CP», 1246, §26). Ao considerar como hipótese de concorrência entre os deveres de auxílio incidentes concomitantemente, cf. LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 107.

¹⁵¹ Theodor HEINRICH, *Strafrecht AT*³, 233-234, seria a solução para a variável do caso matriz sugerido pelo autor (caso I), em que o bote vira no lago com Anton (o pai), Fritz e Franz (os filhos), e Rudi (o amigo do pai), a morte de um dos primeiros estaria justificada dentro desta relação entre deveres de comportamento equipotentes; por sua vez, a morte de Rudi seria solucionada pela ausência de «exigibilidade do salvamento do amigo», embora «considera-se a exigibilidade como elemento do tipo».

¹⁵² Trata-se das compreensões subjéctiva e objetiva da inexigibilidade, sendo a primeira de carácter individualizador e relacionada ao pensamento de FREUDENTHAL; por sua vez, a segunda é de ordem generalizadora, composta por outros autores, em especial, por GOLDSCHMIDT e Eb. SCHMIDT, cf. Mariano MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, 55. Ao destacar «que no princípio foi construída numa perspectiva individual, passou depois a ser interpretada dentro de padrões objetivos. Em última instância, isso levaria à construção da figura do homem médio» (Catarina Abegão ALVES, «A inexigibilidade e os seus critérios na fundamentação da jurisprudência penal», 927).

¹⁵³ Francisco MUÑOZ CONDE; Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 350.

sobre as situações de choque entre *deveres jurídicos de peso heterogêneos*. Por outro lado, a outra modalidade é a inexigibilidade «objetiva, normal ou geral», «marcada por níveis de exigência mínimos que podem ser cumpridos por qualquer pessoa»¹⁵⁴, pois, geralmente, assumem a forma de uma causa de justificação prevista na Parte Especial do CP.

Considerando-se que, no Direito Penal alemão, inexistente uma previsão legal do conflito de deveres, nota-se a aplicação analógica de parte do tipo omissivo próprio (§323c do StGB) para excluir a responsabilidade nos tipos omissivos impróprios, «esta extensão da exclusão de responsabilidade é extraída, em parte, da redação do §323c, é dizer, de um delito de omissão própria, cujo regulativo (ainda quando a ajuda “seja adequada e exigível ao autor segundo as circunstâncias”) é estendido a todas as omissões, e, em parte, “forçosamente” dado a menor pena que merece a omissão segundo o §13, n.º 2 [...]»¹⁵⁵.

Embora se sustentasse que, «se os interesses em colisão são de igual importância, já sabemos que estamos perante uma falta de culpabilidade, que será resolvida mediante o recurso ao princípio da inexigibilidade»¹⁵⁶, o art. 36.º do CP expressamente determina que «não é ilícito» o comportamento de quem satisfaz o dever de valor igual ou inferior ao dever omitido, mas o art. 34.º, b), do CP determina não ser ilícito a salvaguarda do interesse com «sensível superioridade relativamente ao interesse sacrificado». Caso a escala de relevância dos bens (ou dos interesses) jurídicos (art. 34.º, b), do CP) sobreponha-se a hierarquia dos deveres jurídicos (art. 36.º do CP) ou a última seja constituída sob as diretrizes da primeira, como deve ser¹⁵⁷, os conflitos

¹⁵⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE; Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 350, assim «o cumprimento de mandados normativos é um dever que se pode exigir, em princípio, de todos os cidadãos»; 352, portanto, quanto à versão «objetiva, normal ou geral» da inexigibilidade de comportamento conforme o Direito, se «o legislador estendeu também a este [ao terceiro] o benefício da não exigibilidade, o que demonstra sua natureza de causa de justificação».

¹⁵⁵ Reinhard MAURACH; Karl Heinz GÖSSEL; Heinz ZIPF, *Derecho penal. Parte general 2*, 272, §46, IV, nm. 134. Neste sentido, no Direito Penal português, cf. Américo TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal*, vol. 2, 413-414, §974, «é aplicável a estes o que o art. 200.º/3 expressamente prevê para o tipo de crime de omissão de auxílio»; André LEITE, «As posições de garantia» na omissão impura, 199-200, «correspondentes, neste domínio, ao nosso art. 200.º, n.º 3, deve ser aplicado a todo o domínio dos crimes impuros de omissão»; 200, nt. 525.

¹⁵⁶ José BELEZA DOS SANTOS, *Lições de direito criminal*, 105. Para além da já assumida compreensão do conflito de deveres como colisão de bens jurídicos no âmbito dos crimes omissivos (cf. *supra* nt. 45, *in fine*), destaca-se que, para FIGUEIREDO DIAS, o art. 35.º, n.º 1, do CP representa como que a «manifestação legalmente consagrada do princípio da inexigibilidade supõe, tal como o estado de necessidade justificante, uma colisão de bens jurídicos» (Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, vol. 2, 611, 22.º Cap., §14).

¹⁵⁷ Neste sentido, destaca-se que o «objecto tanto do direito como do dever é o bem jurídico e nele se encontra um fundamento para a hierarquização, tanto dos direitos como dos deveres», embora o art. 36.º do CP não fale em sensível superioridade, para se fixar a superioridade ou igualdade, deve-se remeter ao critério do art. 34.º do CP; «na interpretação do art.º 34.º foi observado que os

indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes em situações-limite seriam superados com maior correção, equidade e justiça por meio dos comportamentos não proibidos [art. 34.º, c), c/c art. 36.º do CP, o absurdo de uma não defesa e o não ser ilícito o «satisfazer dever ou ordem igual»] nem permitidos [art. 34.º, b), do CP, porque uma vida não é «sensivelmente superior» à outra].

Em síntese, na sistemática do CP, se os bens jurídicos são equipotentes e há uma permissão (causa de justificação) «aparente» no art. 36.º para cumprir o dever de valor igual, o que indesmentivelmente incrementa o problema pelas seguintes razões. Há uma mitigação da igual dignidade das pessoas e da imponderabilidade de todas e quaisquer vidas humanas inocentes e extrauterinas em termos axiológicos, porque, ao fim e ao cabo, a vida salva é maior ou melhor valorada que a sacrificada já que constitui uma causa de justificação: direito de intervenção para um dos polos e um dever de tolerância para o outro. E pior. O conflito de deveres caracteriza-se pelo «constrangimento de ação» (*Handlungszwang*)¹⁵⁸, o que praticamente obriga o agente a realizar a(s) ação(ões) mandada(s) decorrente(s) do(s) dever(es) correspondente(s), mesmo sem nenhuma orientação sobre a qual deveria optar. Além disso, muito provavelmente as questões levadas aos tribunais farão com que os princípios da legalidade e do *in dubio pro reo* pendam para a aplicação do efeito justificante, uma vez que há autorização legal expressa para tal, embora não se possa ignorar que a pedra de toque das causas de justificação (o princípio da ponderação de interesses), o art. 34.º, b), do CP¹⁵⁹, não pode incidir, portanto, não é possível uma justificação em sentido pleno aqui.

interesses se hierarquizam em razão da sua natureza ou do seu valor [al. c) do art. 34.º] [...] e sendo de igual valor é lícito o não cumprimento de qualquer dos deveres em conflito, dada a impossibilidade de cumprimento simultâneo» (Manuel CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal I*, 246 e 247). Ou ainda que «a hierarquização dos deveres se faz em função dos bens jurídicos que aqueles servem, tendo aqui total cabimento o que dissemos anteriormente acerca da hierarquização dos bens jurídicos», mas sem negar «a importância do dever referido ao seu titular concreto» (Germano Marques da SILVA, *Direito Penal português*, 213).

¹⁵⁸ Reinhart MAURACH; Heinz ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil: ein Lehrbuch, Teil 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992, 391-392, §27, IV/53; Américo TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal: Parte Geral*, vol. 2, 429, §758; 518, §918.

¹⁵⁹ Embora se concorde com o devido tratamento dado ao bem jurídico, não se adere ao resultado lógico implícito no trecho seguinte, *rectius* a justificação do descumprimento do dever de auxílio nos casos de bem jurídico equipotente: «talvez que não se deva esquecer totalmente a hierarquia relativa dos bens jurídicos em presença. Assim, poder-se-á defender o seguinte: numa situação de conflito entre o dever de garante e o dever de auxílio, fica justificado o não cumprimento do dever de auxílio, excepto nos casos em que o bem jurídico servido pelo dever de auxílio seja substancialmente superior ao bem jurídico tutelado pelo dever de garante» (Américo TAIPA DE CARVALHO, «Comentários ao art. 200.º do CP», 1246-1247, §27).

Ao sobrepor-se a hierarquia e as estruturas normativas dos deveres à imponderabilidade e à igual dignidade das vidas humanas (inocentes e extrauterinas) envolvidas, as soluções predominantes do *caso II* (e da sua variável, o *caso II'*) consideram perpetrado um injusto, quando o garante, nas circunstâncias fácticas colocadas, salva a namorada ao invés do irmão. Entretanto, para essa mesma doutrina, a imponderabilidade da vida humana torna-se secundária diante da *hierarquia dos deveres jurídicos*, *rectius* o dever de garante tem primazia absoluta sobre o dever de auxílio, de forma a que o garante não cometeria um injusto nem no *caso II* nem na sua variável (*caso II'*), caso omitisse o salvamento do carente de auxílio.

Portanto, defende-se um omitir ou um agir não proibidos nem permitidos que surgem de forma imanente ao imponderável conflito entre bens jurídicos existenciais equipotentes com a dupla vantagem de não ser preciso aguardar a positivação de uma exclusão de responsabilidade via inexigibilidade objetiva nem imputar um injusto ao obrigado, desculpando-o ao final do certame via inexigibilidade subjetiva.¹⁶⁰ Eis a inexigibilidade neutra que suspende alguma(s) proibição(ões) ou mandado(s) no sentido de deixar o comportamento como não proibido e não permitido, portanto, a obrigação escolhida para se cumprir representaria uma obrigação natural (art. 402.º do CC) de salvamento de qualquer um dos ameaçados pelo perigo, independentemente do nível do dever envolvido.¹⁶¹

Contudo, caso a inexigibilidade não suspenda alguma proibição ou mandado no sentido de deixar o comportamento como não proibido e não permitido nos conflitos entre bens jurídicos existenciais equipotentes, há, em primeiro lugar, uma inequívoca mitigação da isonomia e dignidade das vidas humanas (inocentes e extrauterinas) concretamente envolvidas na situação-limite para

¹⁶⁰ Uma evidência disso reside no reconhecido problemático n.º 3 do art. 200.º do CP, nomeadamente a chamada «cláusula geral de não exigibilidade». Considerando-se que, «é inútil a referência à exclusão da punibilidade por efeito da “não exigibilidade”, pois que é evidente que, se for desculpável a não prestação de auxílio, de forma alguma poderia o omitente ser punido. Por outro lado, o legislador ficou-se por esta reafirmação de um princípio geral, não especificando as situações de não exigibilidade. E bem andou em não as referir, pois que tal é objecto da parte geral; mas, sendo assim, mais se reforçou a inutilidade da disposição» (Américo TAIPA DE CARVALHO, «Comentários ao art. 200.º do CP», 1244-1245, §24); ora, se não foi regulamentada na Parte Geral do CP por não ser possível determinar as situações de não exigibilidade, bem como há a hipótese de a primeira parte daquele como causa de justificação da Parte Especial, é perceptível um reconhecimento ainda que implícito de uma outra inexigibilidade, para além da objetiva e da subjetiva respetivamente, a de traços neutros.

¹⁶¹ Eis uma adaptação da ideia de FÁRIA COSTA desenvolvida nomeadamente para «o critério da presença física situacional do omitente» [o monopólio de facto] como fonte do dever de garante, cujo «o radical último de fundamentação» é o art. 402.º do CC, as obrigações naturais (cf. José FÁRIA COSTA, «Omissão (Reflexões em redor da omissão imprópria)», 400-402). Fala-se em adaptação, porque aqui se convoca apenas o carácter da obrigação natural para o dever cumprido pelo obrigado nas situações de comunidade de perigo primárias simétricas (1.1.1, na nt. 13).

a simples manutenção das certeza e segurança jurídicas dos binários lícito/ilícito, injusto/culpa, justificação/desculpa; em segundo lugar, o ponto gravitacional de toda a teoria do delito, o bem jurídico¹⁶², perde espaço, porque uma diferença de hierarquia entre os deveres próprios e impróprios acarreta uma valoração diversa entre vidas humanas em situações-limite concretas; por fim, enquanto decorrência da primeira observação, a questão fundamental sonogada que a Travessa a inexigibilidade, o estado de necessidade e o conflito de deveres é a imponderabilidade no conflito entre vidas humanas inocentes e extrauterinas, sobre a qual não pode haver resposta sem um inadmissível efeito colateral no plano não só jurídico, mas nomeadamente civilizacional, porque há um risco de abertura da caixa de Pandora do raciocínio totalitário e da indiferença para com a vida humana em geral.

À guisa de conclusões

As comunidades de perigo, o estado de necessidade, o conflito de deveres e a inexigibilidade de comportamento conforme o Direito encontram-se nos conflitos entre bens jurídicos existenciais equipotentes, lócus em que afloram os limites do Direito Penal no tocante a orientação de comportamentos e sua respetiva valoração jurídica. Assim, nos conflitos indiretos (conflitos de deveres insolúveis) e diretos (estados de necessidade não proibidos) entre bens jurídicos existenciais equipotentes é inexigível ao agente *lançado* em situações-limite a não contrariedade ao Direito, porque os comandos e as proibições jurídicos não podem impor, ainda que sob não frequentes combinações normativas e fácticas, perdas existenciais significativas aos seus destinatários. Por isso se admite estados de necessidade contrapostos (estados de necessidade «vitais», «duplos», «existenciais», «recíprocos» ou «trágicos»), cujas ações necessárias são consideradas como não injustas, *rectius* não proibidas nem permitidas, logo como não passíveis de desculpa nem de justificação para ambos os polos envolvidos, como no estado de necessidade não proibido. Neste espeque também se admite conflitos de deveres insolúveis, que, em razão da ausência de critérios jurídicos na determinação do dever

¹⁶² Cf. *supra* nt. 45, cf. Helmut FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*⁶, 319, 61.

preponderante, neutralizem-se as obrigações, sendo quaisquer dos deveres cumpridos, um agir e um omitir não proibidos.

A inexigibilidade historicamente desempenhou um papel de crítica às limitações legais do estado de necessidade desculpante, seja à época do §54 do StGBReich seja antes da entrada em vigor do §218a do StGB seja ainda sob o regime do atual §35 do StGB nos *casos II e II'*. Em todos esses episódios, a inexigibilidade buscou superar da forma mais correta, equânime e justa os limites do direito positivo na regulação da vida social. E mais, nos casos de conflitos diretos e indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes, o Direito é levado aos seus limites deontológicos imanentes enquanto pauta orientadora de comportamentos realizáveis (segundo um juízo hipotético *ex ante* ao início de execução do facto punível) e plataforma de valoração de comportamentos realizados (segundo um juízo hipotético *ex post* à consumação do facto punível para determinar se os comportamentos são ilícitos) em situações-limite.

A partir disso, propõe-se que o princípio da inexigibilidade passe a restringir e excluir as proibições e os mandados na busca de *superar* — e não solucionar — os casos trágicos, reconhecendo-se um âmbito de ações e omissões não proibidas nem permitidas, de modo a não aguardar a positivação de uma exclusão de responsabilidade via inexigibilidade objetiva (conforme a materialização da inexigibilidade nos crimes da Parte Especial do CP) nem imputar um injusto ao obrigado, desculpando-o via inexigibilidade subjetiva (conforme a causa geral de exclusão supralegal da culpa). Eis a inexigibilidade de cariz neutro que torna os comportamentos possíveis de realização como não proibidos nem permitidos, não passíveis de desculpa nem de justificação para ambos os polos envolvidos. Portanto, mediante ela, não se imputa a prática de um injusto aos envolvidos em conflitos diretos e indiretos entre bens jurídicos existenciais equipotentes, portanto, o que não permite a nenhuma das partes envolvidas invocar o direito à legítima defesa, mas uma defesa necessária para os polos envolvidos, eis o reconhecimento do não proibido e não permitido.

A fragilidade humana é transversal aos temas dos estado de necessidade e conflito de deveres, bem como das inexigibilidade e comunidades de perigo, sendo antes um elemento antropológico do Direito, o que a torna um pressuposto existenciário das proibições e mandados em Direito Penal, *rectius* a *fragilitas humana* torna inexigível um comportamento conforme o Direito no plano do injusto, portanto, prévio à culpa. Além disso, consideradas as evidências das causas de justificação parciais ou incompletas conjuntamente

com a redução do injusto e, por conseguinte, da culpa nos comportamentos típicos mais inexigíveis, nomeadamente por via do §54 do StGBReich, o desvalor de resultado global será indiferente, mas obrigatoriamente vinculado a um valor de resultado global de mesmo peso, *scilicet*, o resultado global final será obtido pela comparação entre o(s) bem(ns) jurídico(s) preservado(s) ou dever(es) atendido(s) (valor de resultado situacional) e o(s) bem(ns) jurídico(s) sacrificado(s) ou dever(es) descumprido(s) (desvalor de resultado situacional). Por envolver vidas humanas inocentes e extrauterinas, não serão considerados neste cálculo ponderações quantitativas nem qualitativas entre os bens jurídicos salvos e sacrificados, mas, no tocante aos conflitos de deveres insolúveis, nos casos em que, sendo possível, o(s) obrigado(s) não cumpra(m) pelo menos um dos deveres incidentes, o desvalor global não poderá ser neutro, embora ainda passível de uma desculpa. Como os crimes de omissão possuem uma robusta faceta de desvalor de resultado, o que fragiliza a sua faceta de desvalor de ação, propõe-se um equilíbrio dessa diferença estrutural do injusto omissivo através da adoção da teoria do tipo indiciário de ilícito para que a afirmação do desvalor de ação nos crimes omissivos não se reduza à tipicidade pura e simples, o que evitaria a indiferenciação entre tipicidade e antijuridicidade, bem como entre atipicidade e justificação da conduta.

O conflito aparente de deveres é uma manifestação da incompreensão dos limites deontológicos do Direito Penal, porque tanto a causação de uma ou outra morte possui axiologicamente o mesmo desvalor, como o salvamento de uma ou outra vida tem axiologicamente o mesmo valor. Entretanto, segundo a doutrina maioritária, o dever de garante tem primazia sobre o dever de auxílio, portanto, somente o seu cumprimento justifica a ação realizada, o que constringe o obrigado a cumpri-lo independentemente da situação-limite enfrentada e das predileções pessoais do obrigado (conforme os *casos II e II'*). Consequentemente, por outro lado, desculpado seria o comportamento que optasse pelo cumprimento do dever geral de auxílio, ainda que salvando uma outra vida sob situações-limite. É inegável que a imponderabilidade da vida humana e a isonomia da dignidade humana sofrem um abalo significativo nessa solução. O critério de hierarquia ou relevância dos deveres jurídicos permite separar os casos de conflito de deveres dos casos de inexigibilidade nos crimes omissivos da seguinte forma: (i) quando colidem deveres jurídicos de peso homogéneo (deveres de garante x deveres de garante ou dever geral de auxílio x dever geral de auxílio), e não mais deveres de ação *tout court*, estar-se-á diante de casos de conflito de deveres em sentido estrito; (ii) quando colidem deveres jurídicos de peso heterogéneo (dever de garante x dever geral

de auxílio), se os bens jurídicos são equivalentes e não existenciais, aplica-se o critério do dever mais relevante, mas, caso sejam equipotentes e existenciais, a inexigibilidade atua nos crimes omissivos de modo a restringir ou excluir os deveres incidentes, tornando os comportamentos realizáveis neste contexto como não proibidos e nem permitidos, sendo qualquer das escolhas toleradas pela ordem jurídica sob pena de infringir a igual dignidade das pessoas humanas e a imponderabilidade de vidas humanas inocentes e extrauterinas.

Referências bibliográficas

- ATIENZA, Manuel, *La guerra de las falácias*, prólogo de Javier Muguerza, 3.ª ed., Alicante: Librería Compas, 2008, ISBN: 978-848-677-670-1
- ALIMENA, Bernardino, *Principii di diritto penale*, vol. I, Napoli: Pierro, 1910
- ALVES, Catarina Abegão, «A inexigibilidade e os seus critérios na fundamentação da jurisprudência penal: em especial no homicídio privilegiado e no estado de necessidade desculpante», *O Direito*, 148.º, IV, 2016, ISBN: 978-004-154-372-8, 921-950
- ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2.ª ed. Madrid: Akal, 1986, ISBN: 978-847-600-128-8
- BALDÓ, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, 2.ª Buenos Aires: Editorial B de F, 2016, ISBN: 978-997-470-893-8
- BARATTA, Alessandro, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza: contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano: A. Giuffrè Editore, 1963
- BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, ISBN: 978-376-941-118-8
- BELEZA DOS SANTOS, José, *Lições de direito criminal*, Coimbra: dactilografado, 1949.
- BELING, Ernst Von, *Grundzüge des Strafrechts*, Jena: G. Fischer, 1899
- BELLAVISTA, Girolamo, «Il problema della colpevolezza», in *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, MCMXLIV, Palermo: Scuola Tip. «Boccone del Povero», 1944, 9-184
- BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale. Parte generale*. 6.ª ed., Padova: Cedam, 1966
- BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, 1 (einziger), Band (1885), Aalen: Scientia Verlag, 1991, ISBN: 978-351-109-220-7
- *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Band 4, Aalen: Scientia Verlag, 1991, ISBN: 978-351-101-500-8

- BLEI, Hermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12, Band 1, München: Beck, 1996, ISBN: 978-340-636-987-2
- BOLLNOW, Otto Friedrich, *Existenzphilosophie*, Stuttgart: W.Kohlhammer Verlag, 1955
- BOTT, Ingo, *In dubio pro Straffreiheit? Untersuchungen zum Lebensnotstand*, Heidelberg: C.F.Müller, 2011, ISBN: 978-381-145-425-5
- BRINGEWAT, Peter, *Gründbegriffe des Strafrechts. Grundlagen — Allgemeine Verbrechenslehre — Aufbauschemata*, 2, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, ISBN: 978-383-293-376-0
- BROGLIO, Rolf Paul, *Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde, Bonn: Verlag Ludwig Röhrscheid, 1927
- BRUNO, Aníbal, *Direito Penal. Parte Geral (Introdução — Norma penal — fato punível)*, vol. I., t. 1., 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959
- CAETANO, Matheus Almeida, «A apropriação indébita previdenciária e a colisão de deveres no direito penal brasileiro», in BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta, *Perspectivas das ciências criminais. Coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, 849-893, ISBN: 978-856-202-791-8
- «Uma breve análise sobre as alterações do regime jurídico da legítima defesa nos Projetos de Lei n.º 882/2019 e n.º 1.864/2019», *REC*, ISSN: 1676-8698, 74 (2019), 173-219
- «Os algoritmos de acidente para carros autônomos e o Direito Penal: análises e perspectivas», *REC*, ISSN: 1676-8698, 77 (2020), 149-192
- CAIRES, João Gouveia de, *Conflito de deveres e responsabilidade penal médica: o acaso e a necessidade ou a crise do direito?*, relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais na disciplina de Direito Penal, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999
- CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho penal: parte general*, t. 3, San José: Editorial Jurídica Continental, 2010, ISBN: 978-849-045-440-4
- CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel, *Lições de Direito Penal. Parte Geral I. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992, ISBN: 978-972-404-205-3
- COCA VILA, Ivó, *La colisión de deberes en derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona: Atelier, 2016, ISBN: 978-841-665-226-6
- CONDEIXA DA COSTA, Carlos, *Pressupostos existenciais do crime*, Rio de Janeiro: Editora Evolução Ltda/A Tribuna, 1970
- CORRALES HERNÁNDEZ, Jesús, *Flexibilidad de la dogmática penal. Mediante la teoría del espacio libre de derecho*, Azcapotzalco: Ubijus Editorial, 2012, ISBN: 978-607-812-756-6
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, t. 1, Coimbra: Almedina, 2007, ISBN: 978-972-400-124-1
- *Direito Criminal*, t. 2, Coimbra: Almedina, 2007, ISBN: 978-972-408-748-1

- CUNHA, Maria Ferreira da, *Vida contra vida: conflitos existenciais e limites do direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, ISBN: 978-972-321-752-0
- DAFAUCE, Mario Sánchez, «El conflicto entre vidas en Derecho penal», *Revista Penal*, ISSN 1138-9168, 42 (2018) 203-220
- DE STEFANO, Rodolfo, *Legge etica e legge giuridica*, Milano: Giuffrè Editore, 1955
- DEL RIO, C. J. Raimundo, *Derecho penal. Legislación penal, parte general*, t. 2, Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1935
- EGGERT, Karl Heinz, *Die Unzumutbarkeit Normgemässen Verhaltens bei den Fahrlässigkeits- und unrechten Unterlassungsdelikten im Strafrecht*, Göttingen, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, 1969
- ENGISCH, Karl, «Der Rechtsfreie Raum», *ZStaatsW*, 108 (1952), 385-430
- ESER, Albin; BURKHARDT, Björn, «Tötung im Krieg: auf der Suche nach einer Legitimationsgrundlage», *KansaiUniRevL&Pol* 35 (2004), 69-84
- *Derecho penal: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. De Silvina Bacigalupo (capítulos 1 a 13) y Manuel Cancio Meliá (capítulos 14 a 19 y anexos de preceptos citados), Madrid: Editorial COLEX, 1995, ISBN: 978-847-879-224-5
- FARIA COSTA, José de, «Omissão (Reflexões em redor da omissão imprópria)», *BFD*, ISSN: 0303-9773, 72 (1996) 391-402.
- *Direito penal*, Lisboa: INCM, 2017, ISBN: 978-972-272-605-4
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, t.2, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN: 978-972-321-523-6
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Depalma, 1949
- FORNASARI, Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova: Edizioni Cedam, 1990, ISBN: 978-881-317-132-2
- FRAGOSO, Heleno, *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*, 13.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, ISBN: 978-853-092-373-0
- FREUDENTHAL, Berthold, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen: Mohr, 1922
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 6, München: Verlag C.H. Beck, 2013, ISBN: 978-340-665-308-7
- FUCHS, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 9, Wien: Verlag Österreichisch, 2016, ISBN: 978-370-467-239-1
- FULLER, Lon, «The case of the speluncean explorers», *Harvard Law Review*, ISSN: 0017-811X, 62 (1948-1949), 616-645

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad», in *Estudios de derecho penal*, Madrid: Civitas, 1976, 107-122
- GROPP, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2005, ISBN: 978-366-2-62075-5
- HEINRICH, Bernd von, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2012, ISBN: 978-317-033-959-0
- HENKEL, Heinrich, «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», in ENGISCH, Karl; MAURACH, Reinhart (Hrsgs.), *Festschrift für Edmund Mezger zum Geburtstag 15.10.1953*, Berlin: C.H.Beck, 1954, 249-309
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, ISBN: 978-382-524-492-7
- HÖRNLE, Tatjana, «Matar para salvar muchas vidas: casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», trad. Nuria Pastor Muñoz, *InDret*, ISSN: 1698-739X, 2 (2010) 1-31
- HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Comentários ao Código Penal*, 5.^a ed., v. I, t. II (arts. 11 a 27), Rio de Janeiro: Forense, 1978
- IMPALLOMENI, Giovan Battista, *Istituzioni di diritto penale*, Torino: Editrice Torinese, 1921
- JÄGER, Christian, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3, Berlin: C. F. Müller Verlag Heidelberg, 2007, ISBN: 978-381-145-757-7
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2, Berlin: Walter de Gruyter, 1991, ISBN: 978-311-011-214-6
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte Geral*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5.^a ed. Granada: Comares Editorial, 2002
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal. El delito (segunda parte: las causas de justificación)*, t IV, 3.^a ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1976
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *La antijuricidad*, México: Imprenta Universitaria, 1952
- JOECKS, Wolfgang, *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*, 10, München: Verlag C.H. Beck, 2012, ISBN: 978-340-664-417-7
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*, prefácio e tradução de António Ulisses Cortês, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, ISBN: 978-972-311-063-0
- «Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?», *JZ*, ISSN: 0022-6882, 47 (1992) 981-985
- «Strafrechtspraxis und sittliche Normen. Zugleich ein Beitrag zu den §§218 ff. StGB n.F.», *JuS*, 18 (1978) 361-367
- «Rechtsfreier Raum und Eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs», in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe: C.F. Müller, 1972, 327-345.

- KÜHL, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7, München: C. Verlag Franz Vahlen, 2012, ISBN: 978-380-065-344-7
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3, München: Verlag Franz Vahlen, 2000, ISBN: 978-380-062-617-5
- KÜPER, Wilfried, «Differenzierung zwischen Rechtsfertigungs-und-Entschuldigungsgründen: Sachgerecht und notwendig? Überlegungen am Beispiel von ‚Notstand‘, ‚Pflichtenkollision‘ und ‚Handeln auf dienstliche Weisung‘», in ESER, Albin; FLETCHER, George P. (Hrsg. von), *Rechtfertigung und Entschuldigung: rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse: Comparative Perspectives)*, Band I, Freiburg i. Breisgau: Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987, ISBN: 978-392-249-892-6, 315-362
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 5.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, ISBN: 978-972-310-770-8
- LARRAURI, Elena, «Causas de justificación: criterios de identificación», in HASSEMER, Winfried; LARRAURI, Elena (org.), *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Madrid: Tecnos, 1997, 49-126, ISBN: 978-843-093-005-0
- LAURO, Rafael, «Camus - A eternidade», s.p.d. Disponível em: <<https://razaoinadequada.com/2018/03/21/camus-a-eternidade/>>. Acesso em: 5. jun. 2022.
- LEITE, André, «As posições de garantia» na omissão impura. *Em especial a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN: 978-972-321-507-6
- LENCKNER, Theodor, *Der rechtsfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Tübingen: Paul Siebeck, 1965
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano (Dirimenti, aggravanti. Tentativo. Partecipazione. Concorso di reati. Recidiva)*, t. 2, , 5.^a ed., Torino: Utet, 1981, ISBN: 978-880-203-648-9
- *Istituzioni di diritto penale italiano, Parte Generale*, vol. 1, 7.^a ed. Padova: Cedam, 1941.
- MARX, Karl, *Contribuição à crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, São Paulo: Expressão Popular, 2010, ISBN: 978-857-743-159-5
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil: ein Lehrbuch, Teil 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992, ISBN: 978-381-143-292-5
- MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, traducción de la 7.^a edición alemana por Jorge Bofill Gensch, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, ISBN: 978-950-508-429-6
- *Derecho penal. Parte general 1. Teoría general do derecho penal y estructura del hecho punible*, traducción de la 7.^a edición alemana por Jorge Bofill Gensch y Enrique Aiomone Gibson, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, ISBN: 978-950-508-414-2

- MATT, Holger; RENZIOWSKI, Joachim, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: C. Verlag Franz Vahlen, 2013, ISBN: 978-380-064-981-5
- MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart; Köln: Kohlhammer Verlag, 1953
— — — *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1936
- MELENDO PARDOS, Mariano, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada: Editorial Comares, 2002, ISBN: 978-848-444-617-0
- MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, trad. de la segunda edición alemana (1953) y notas de derecho español por Jose Arturo Rodriguez Muñoz, t. 2, 3.ª ed. adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957
- MOLARI, Alfredo, *Profili dello stato di necessità*, Padova: Cedam, 1964
- MOMSEN, Carsten, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, ISBN: 978-383-291-605-3
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, ISBN: 978-841-313-940-1
- NAUCKE, Wolfgang, *Derecho Penal. Una introducción*, trad. Leonardo Germán Brond, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, ISBN: 978-950-508-730-3
- NEVES, António Brito, «Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional», *Direito*, ISSN: 0873-4372, 144, 3, (2012), 673-727
- Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission. 2. Band. Allgemeiner Teil. 14 bis 25 Sitzung*, Bonn: Gedruckt im Bundesministerium der Justiz, 1958
- NOLL, Peter, «Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung», *ZStW*, ISSN: 0084-5310, 77 (1965) 1-36
— — — «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», *ZStW*, ISSN: 0084-5310, 68 (1956) 181-197
- NOVAIS, Jorge Reis, *A dignidade da pessoa humana*, vol. 2, Coimbra: Almedina, 2016, ISBN: 978-972-407-734-5
- OETKER, Friedrich, «Notwehr und Notstand», in BIRKMEYER, Karl von; ALLFELD, Philipp; OETKER, Friedrich, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2, Berlin: Liebmann, 1908, 255-395
- PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal. Parte Geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, Lisboa: AAFDL, 2013, ISBN: 978-972-629-400-9
— — — *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005, ISBN: 978-972-402-551-3

- — — «O estado de necessidade justificante no Código Penal de 1982», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, vol. III, *Boletim da Faculdade de Direito*, ISSN: 0303-9773, número especial, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, 173-206
- PANNAIN, Remo, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4.^a ed. Torino: UTET, 1967
- PHILIPPS, Lothar, «Sinn und Struktur der Normlogik», *ARSP* 52 (1966), 195-219
- PIRES, André de Oliveira, *Estado de necessidade: um esboço à luz do art. 24 do Código Penal brasileiro*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, ISBN: 978-857-453-119-9
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3.^a ed. Lima: Grijley, 2005, ISBN: 978-997-204-047-4
- PUIG PEÑA, Frederico, *Derecho Penal. Parte general*, vol. I, t. I., 5.^a ed. Barcelona: Desco, 1959
- RADBRUCH, Gustav, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano: Giufrè Editore, 1962
- — — *Rechtsphilosophie*. sechste Auflage nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eigeleitet von Dr. Erik Wolf, Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1963
- RENGIER, Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5, München: Verlag C.H. Beck, 2013, ISBN: 978-340-665-258-5
- RENZIKOWSKI, Joachim, *Notstand und Notwehr*, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, ISBN: 978-342-808-056-4
- ROBLES PLANAS, Ricardo, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», in PEÑA, Luzón (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Las Rozas: La Ley, 2010, 445-473, ISBN: 978-848-126-724-2
- RODRÍGUEZ DEVESA, José, *Derecho Penal Español. Parte General*, Valladolid: [s.n], 1970
- ROMANO, Santi, *O ordenamento jurídico*, trad. Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, ISBN: 978-858-799-599-5
- RÖNNAU, Thomas, «Vor § 32», LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *et.al. (Hrsg.). Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Großkommentar. Zweiter Band. Besonderer Teil. 12. Neu bearbeitet Auflage*. Berlin: De Gruyter Recht, 2009, p. 27-30.
- — — «Grundwissen — Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision», *JuS*, ISSN: 0022-6939, 53 (2013) 113-115
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?», *ZStW*, ISSN: 0084-5310, 78 (1966), 67-99
- SCHEID, Georg Maria, *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt (unter besonderer Berücksichtigung der Abwägung Leben gegen Leben)*, Aachen: Shaker Verlag, 2000, ISBN: 978-382-655-904-4
- SCHRÄGLE, Hannes, *Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt. Eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung und die Entwicklung eines*

- Systems der Garantietypen*, Berlin: Duncker & Humblot/Max-Planck-Institut, 2017, ISBN: 978-342-815-263-6
- SIEGERT, Karl, *Notstand und Putativnotstand*, Tübingen: Paul Siebeck, 1931.
- SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal português: teoria do crime*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, ISBN: 978-972-540-364-8
- SILVEIRA, Euclides, «Inexigibilidade de outra conduta», *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano III, n. 11, outubro/dezembro 1965, 117-118.
- SOUSA, Alberto Rufino Rosa Rodrigues de, *Estado de necessidade: um conceito novo e aplicações mais amplas*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979
- SOUSA, Marcelo, *Causas de justificação no direito penal militar*, dissertação de mestrado em Ciências Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: [s.n.], 2001
- SPENA, Alessandro, *Diritti e responsabilita penale*, Milano: Giuffré, 2008, ISBN: 978-881-414-287-1
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti, Navara: Editorial Thomson Civitas, 2007, ISBN: 978-844-702-396-7
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 46, München: C. F. Müller Verlag Heidelberg, 2016, ISBN: 978-381-144-267-2
- TAIPA DE CARVALHO, Américo, «Comentários ao art. 200.º do CP», in FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial*, t. 1, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, ISBN: 978-972-322-061-2, 1233-1255
- *Direito Penal: Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime*, 2.ª ed Coimbra: Coimbra Editora, 2008, ISBN: 978-972-321-618-9
- *Direito Penal: Parte Geral. Teoria geral do crime*, vol. 2, Porto: Publicações Universidade Católica, 2004, ISBN: 978-972-322-300-2
- UNAMUNO, Miguel de, *Do sentimento trágico da vida. Nos Homens e nos Povos*, trad. Artur Guerra, Lisboa: Círculo de Leitores, 1989, ISBN: 978-858-063-378-8
- URMSON, J. O., «Santos y héroes», in FEINBERG, Joel (ed.), *Conceptos Morales*, trad. J. A. Pérez, México: Fondo de Cultura Económica, 1985, 106-129, ISBN: 978-607-162-170-2
- VON WEBER, Hellmuth, «Die Plichtenkollision im Strafrecht», *Sonderdruck aus der «Festschrift zum 80. Geburtstag von Wilhelm Kiesselbach»*, Hamburg: Gesetz und Recht Verlag, 1947, 233-250
- *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, Leipzig: Theodor Weicher, 1925
- WEIGEND, Thomas, «§13», LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *et.al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*.

- Großkommentar. Erster Band. Einleitung (§§1 bis 31). 12. Neu bearbeitet Auflage, Berlin: De Gruyter Recht, 2007.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 4.^a ed., trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997, ISBN: 978-956-100-574-7
- WILENMANN, Javier, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid: Marcial Pons, 2017, ISBN: 978-849-123-192-9
- «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, 1 (2016) 1-54
- «Die Unabwägbarkeit des Lebens beim rechtfertigenden Notstand», *ZStW*, ISSN: 0084-5310, 124, 4 (2015) 888-912
- ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José, *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, vol. 1, 9.^a ed. revista São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, ISBN: 978-852-037-244-9
- ZIMMERMANN, Till, *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, Baden-Baden: Nomos, 2009, ISBN: 978-383-293-775-1

(Página deixada propositadamente em branco)

PARTE V

**O TEMPO E A CULPA
EXPERIMENTADOS
EM PROBLEMAS
DOGOMATICAMENTE
ESPECÍFICOS**

(Página deixada propositadamente em branco)

15. Crimes sexuais praticados por menores penalmente imputáveis e responsabilidade civil *in vigilando*:

uma contradição nos termos?

15. Sexual crimes committed by criminally imputable minors and civil liability *in vigilando*:

a contradiction in terms?

António Miguel Veiga

Juiz de Direito.

Doutorando em Ciências Jurídico-criminais na
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Investigador-colaborador do Instituto Jurídico da
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

<https://orcid.org/0000-0002-6989-1820>

Abstract : It is intended, with the present essay, to point some clues for reflection about a theme that *prima facie* may seem difficult to have practical application, but which tends to a more and more frequent outbreak due to

the earlier and earlier start of the sexual life of young people. It is a matter of realizing whether it makes juridical sense, according to our law, to demand civil liability to the legal representatives of minors who are criminally imputable (that is, minors aged 16 and 17) and who are not emancipated, based on the mechanism of liability *in vigilando* (or something related, as a possible liability *in educando*), after those minors have committed a crime of sexual nature. Touching, in a crucial way, not only the progressive existential autonomy of young people, which the legal order intends to see respected, the subject covers several other aspects that, in the perspective of this study, must also be considered, such as the power and the duty of education and vigilance which are inherent to the exercise of parental responsibilities, also thinking of the so-called *grands enfants* or *quasi maggiorenni*, the existence or not of criteria for the correct performance of those responsibilities, as well as the legitimate interests of the victims of the perpetrated harmful facts. In a not prone to apodictic responses domain, it is intended to present some ideas capable of rating, *de iure condendo*, in a minimally adequate way, the different aspects and perspectives of the issue.

Keywords: sexual crimes — inability — criminally imputable minors — parental responsibilities — autonomy — liability *in vigilando* — liability *in educando* — presumptions

1. Introdução. Delimitação do tema

1.1. A dado passo do seu belíssimo romance *Cães Pretos*, através da voz do narrador e um dos principais personagens da trama, o escritor inglês Ian McEwan traça, com uma precisão e crueza cirúrgicas, o retrato de um triste episódio familiar que, porventura, uma vez na vida, já foi por todos nós presenciado. Tudo gira em torno do casal que, na sala de refeições de um hotel situado algures no sul da França contemporânea, patenteia uma destemperada manifestação de autoridade parental em relação ao seu pequeno filho de 7 ou 8 anos, esbofetando-o com violência a pretexto da recusa da criança em usar convenientemente o guardanapo e, de seguida, após a primeira bofetada, por não conseguir reprimir o choro. Não logrando evitar uma profunda sensação de aviltamento infligida pela cena, e tentando refletir sobre o que viu, o narrador profere esta frase, a todos os títulos lapidar: «a família ocupa

um espaço inviolável, privado. Atrás de paredes, que são ao mesmo tempo visíveis e conceptuais, estabelece as próprias regras para os seus membros.»¹

O ponto de partida a que acabamos de fazer referência permite intuir algo de muito fundo sobre a existência ou não de uma efetiva determinação educacional germinada e desenvolvida no seio das famílias de milhões e milhões de rapazinhos de 7 ou 8 anos como o do romance *Cães Pretos*, os quais crescem, atingem a adolescência e, depois, a seu tempo, se convertem nos adultos que encabeçam tarefas educativas próprias.

Fiquemo-nos, ainda assim, pela situação do jovem — de um qualquer jovem — que, enquadrado pelo poder educativo dos pais, se encontra já, todavia, num momento existencial e inter-relacional mais adiantado, pré-adulto, no decurso do qual pratica — ele mesmo — factos com efeitos lesivos para terceiras pessoas: terá sentido, jurídico-civilmente, assacar responsabilidade àquele poder educativo, a partir e por causa dos aludidos factos lesivos?

A pergunta poderá ser, no entanto — e enquanto tema do presente estudo —, mais específica e formulada a partir da perpetração de comportamentos de cariz sexual, causadores de danos na esfera jurídica pessoal de outrem: pensemos, por exemplo, e a propósito, na prática de atos integradores de um crime de coação sexual ou de violação (artigos 163.º e 164.º do Código Penal — CP — Português).

1.2. Mas porquê o nosso enfoque na ocorrência de factos com relevo e tradução no universo da sexualidade?

Desde logo, porque se reconduzirão a eventos geradores de eventual responsabilidade civil em consequência da responsabilidade penal primeiramente criada. Assim, e com uma ainda maior evidência quando atinjam menores de idade — pois estarão aí em causa (e dependendo, em alguns tipos legais, da concreta menoridade das vítimas) crimes de natureza pública (artigos 171.º a 178.º do CP e 48.º do Código de Processo Penal — CPP)² —, a responsabilidade civil discutida a propósito de factos com contornos sexuais pressuporá uma indagação e (quase sempre) um sancionamento pela verificação de um ilícito penal sexual. Consequentemente, estará em jogo a violação de bens jurídicos tidos pelo ordenamento penal como especialmente relevantes do ponto de vista sociocomunitário.

Depois, e sobretudo, porquanto se é certo tratar-se de uma das áreas onde as barreiras comunicacionais entre pais e filhos tenderão, porventura, a revelar-se

¹ Ian McEWAN, *Cães Pretos*, trad. Fernanda Pinto Rodrigues, 3.ª ed., Lisboa: Gradiva, 2005, 135.

² Cfr. *infra*, ponto 3.

com um maior vigor, não deixará a temática sexual, ainda assim, de traduzir um campo suscetível de marcar ou enformar o crescimento e a definição de um determinado modo de ser perante a vida, constituindo, nessa mesma medida, uma óbvia dimensão da existência e realização humanas. Com efeito, independentemente do específico entorno educativo, cultural, social, jurídico e até mesmo religioso³ que nos rege — e da forma mais ou menos «constrangida» ou «liberta» e «desinibida»⁴ como acedemos, experimentamos e vivemos tal realidade —, não

³ O aspeto religioso é verdadeiramente decisivo em contextos nos quais a interpretação da «vontade de Deus» sobre a matéria, tal como veiculada pelos dogmas religiosos mais lídimos, condiciona — ou pode condicionar — a atitude do fiel perante a sexualidade. Este ponto ressaltará à evidência, quer se analise a questão de uma perspetiva diacrónica (desde o passado mais remoto até à atualidade) relativamente a um credo e sua visão do comportamento sexual, quer se encare o problema em jeito comparatístico, numa determinada época, entre domínios civilizacionais de cunhos religiosos bem distintos (podendo pensar-se, a propósito, no denominado *mundo ocidental* — sobretudo o de influência judaico-cristã —, por contraposição ao chamado *mundo islâmico*), que, todavia, no tocante à sexualidade adotem uma visão óntico-filosófica bem marcada e fortemente orientadora da postura dos fiéis que pretendam reger a sua vida pelos ensinamentos mais fundos do credo professado. Assim, centremo-nos na progressiva mudança de enfoque verificada desde a Idade Média acerca da ideia de prazer no casamento — e do «abuso» que lhe esteve quase sempre associado —, e no relevo nos dias de hoje atribuído pela Igreja Cristã à vida sexual, essencialmente por efeito da posição assumida aquando do Concílio Vaticano II, de plena aceitação e integração da sexualidade no amor (cfr., quanto ao primeiro aspeto ora referido, Jacques LE GOFF, «A rejeição do prazer», in *Amor e Sexualidade no Ocidente*, trad. de Ana Paula Faria, Mem Martins: Terramar, 1992, 201-206, e, acerca do segundo, Margarida Gonçalves NETO, «Cristianismo e sexualidade», *Hospitalidade. Revista da Ordem Hospitaleira de São João de Deus*, 64, 249 (2000), 30-31); ou atentemos, ainda, a título de mero exemplo, em diversíssimos aspetos da forma como, nos últimos tempos, a *House of Bishops of the Church of England* se perfila perante os relacionamentos de cariz homossexual, com recuos e avanços na aceitação de tais envoltimentos como expressão do amor físico «admitido» (ou não) por Deus (sobre o tema, com detalhe, Michael BANNER, *Christian Ethics and Contemporary Moral Problems*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, 254-268; no entanto, a propósito da — pelo menos, *prima facie* — algo surpreendente atitude indulgente, *na prática*, da Igreja Cristã face à homossexualidade até ao século XII, falando mesmo de uma *gay culture* à sombra da Igreja, e amiúde dentro dela, Jacques LE GOFF, «A rejeição do prazer», 205). E notemos, também, agora por outra via, a visão filosófica de determinados setores da Igreja e da doutrina teológica islâmicas que, apontando criticamente o Ocidente e o seu modo (tido por libertário) de viver a sexualidade, designam como muito mais conforme à «vontade de Deus» todo um conjunto de ensinamentos ligados à ideia de contenção que, na perspetiva defendida, traduzem as «Leis da Natureza» e se desprendem da mensagem do Profeta (Sayyed Mujtaba Musawi LARI, *El Islam y la Civilizacion Occidental*, trad. do persa para inglês por Francis Goulding e do inglês para castelhano por Gustavo Morales, Teeran: Oficina de Promoción de La Cultura Islámica, 1990, 74-78, e, particularmente sobre os casamentos múltiplos permitidos às pessoas do sexo masculino, 250-263).

⁴ Relativamente à aludida «desinibição», pense-se, por exemplo, em movimentos de liberalização de costumes tão importantes como os do *Flower Power* norte-americano (com o seu conhecido *slogan* contestatário «Make love, not war!») ou da britânica *Swinging London* da década de sessenta do século XX, e o efeito que provocaram no modo de viver e assumir a sexualidade. O transbordante talento do escritor peruano Mario Vargas LLOSA retrata bem, num dos seus mais recentes romances, a preponderância revolucionária do mencionado bastião cultural europeu: «Em Londres nasceram a minissaia, os cabelos compridos e as extravagantes indumentárias que os musicais *Hair* e *Jesus Christ Superstar* consagraram, a popularização das drogas, a começar pela marijuana e a terminar no ácido lisérgico, o fascínio pelo espiritualismo hindu, o budismo, a prática do amor livre, a saída do armário dos homossexuais e as campanhas de orgulho *gay*, assim como uma rejeição em bloco do *establishment* burguês, não em nome da revolução socialista a que os *hippies* eram indiferentes, mas sim de um pacifismo hedonista e anárquico, amansado pelo amor à natureza e aos animais e uma abjuração da moral tradicional» (*Travessuras da Menina Má*, trad. J. Teixeira de Aguiar, Lisboa:

poderão negar-se a importância e o relevo desempenhados pelo tema ao longo do processo psicossomático de amadurecimento pessoal.⁵ O que nos mostra o caráter improfícuo e desadequado de uma eventual abordagem da matéria segundo o prisma «naturalístico» estrito, tributário da visão da sexualidade enquanto, só e apenas, modo de satisfação de necessidades de cariz físico-biológico. E se lidamos, pois, com algo de bem mais complexo do que o chamado instinto sexual humano, não constituirá menor evidência a de que este instinto existe, não podendo (nem devendo) a sua importância ser escamoteada. Tal nos reportando para a insegurança biológica e a plasticidade dos respetivos modos de manifestação, tantas vezes expressados em situações inesperadas e díspares, geradoras de consequências de difícil apreensão e antecipação.

Designadamente após o tratamento científico da matéria por Sigmund FREUD⁶, sabe-se que os instintos sexuais humanos não apresentam um ritmo periódico: na feliz expressão de José António da Silva SOARES, «no homem existem necessidades e as respectivas tendências para as satisfazer»⁷. De modo diverso dos animais irracionais, aqueles instintos (e ainda que em latência) estão continuamente presentes na pessoa⁸ e podem mostrar-se das mais variadas formas, ligadas ou não ao aspeto biológico-reprodutor. Por isso mesmo, importa que aprendamos a satisfazer as nossas necessidades, em um «longo processo lento e complexo que, muitas vezes, é interrompido no seu desenvolvimento (fixações) ou se orienta num sentido não desejado (desvios). É neste contexto que se põe o problema da educação sexual. Com ela, pretende-se levar o ser humano a atingir a maturidade sexual e afectiva que o torne capaz, quer de integrar a sua sexualidade no amor [...] quer de sublimar as suas tendências ao serviço de bens superiores»⁹.

Dom Quixote, 2006, 93-94, com itálicos do autor).

⁵ Neste sentido, referindo Vera Lúcia RAPOSO que «a sexualidade é um dos mais relevantes domínios da vida dos indivíduos e possibilita-lhes a realização plena como ser humano» («Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual», in Manuel da Costa ANDRADE *et al.* (orgs.), *Liber Discipulorum Para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 933).

⁶ Do mencionado autor, cfr., desde logo, *Introduction à la Psychanalyse*, trad. Samuel Jankélévitch, Paris: Éditions Payot, 1975, 283-299, e, sobretudo, quanto à forma como a moralidade sexual dita «civilizada» da época (inícios do século XX) lidava com as pulsões sexuais humanas, *maxime* em sede de «preparação» para a vida conjugal, *La Vie Sexuelle*, trad. Denise Berger e Jean Laplanche, 4.ª ed., Vendôme: Presses Universitaires de France, 1973, 28-46.

⁷ José António da Silva SOARES, «Sexualidade humana», in *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. V, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 1987, 741.

⁸ A propósito, Sigmund FREUD, *La Vie Sexuelle*, 33.

⁹ José António da Silva SOARES, «Sexualidade humana», 741.

Percebendo-se, por consequência, que, numa certa visão das coisas, a educação e, mais especificamente, a educação sexual¹⁰ possam revelar-se pedras de toque essenciais para a compreensão do problema temático a abordar no presente estudo. Problema que assume uma especial relevância no domínio da menoridade e, em particular, da menoridade penalmente imputável.

1.3. Sintetizaremos então o nosso objeto de reflexão da seguinte forma: à face da ordem jurídica portuguesa, deverá o menor de idade penal e civilmente imputável (referimo-nos, como se percebe, ao menor com 16 ou 17 anos — artigos 19.º do CP¹¹ e 122.º do Código Civil — CC¹²), pela mundividência existencial e educativa que se lhe supõe já inerente, ver recair *apenas* sobre os seus ombros a eventual responsabilidade civil conexa com os factos ilícitos penais de natureza sexual por ele praticados? Ou — perspetivando a questão pelo prisma inverso — será acertado, *de iure condito* ou, ao menos, *de iure condendo*, no caso de crime sexual praticado por menor de idade imputável, defender-se *sempre a possibilidade* de responsabilização civil¹³ dos que (desde logo, por lei: *maxime*, os respetivos progenitores — artigos 124.º, 1877.º e 1878.º do CC) estão obrigados a vigiar o comportamento e o percurso de vida daquele?

¹⁰ Educação sexual que não constitui apenas tarefa ou incumbência dos responsáveis parentais ou equivalentes. O Estado tem sobre os seus ombros o desígnio de, logo (e principalmente) em contexto escolar, criar as condições para que a educação sexual seja uma realidade, tendente a conseguir uma sensibilização e preparação dos jovens para a sexualidade enquanto área existencial inarredável. Entre nós, a primeira Lei de Educação Sexual data apenas de 1984 (Lei n.º 3/84, de 24/3). Duarte VILAR entende, a propósito, que uma política consistente de educação sexual nas escolas é algo que verdadeiramente nunca aconteceu em Portugal, inexistindo linhas pedagógicas coerentes assumidas a tal respeito («Educação sexual nas escolas — É preciso uma política clara», *A Página da Educação*, 134, 13 (maio 2004), 37). Sem ser (evidentemente) este o propósito do presente trabalho, pensamos, todavia, que as gravíssimas questões colocadas — em finais da década de oitenta e ao longo de toda a década de noventa do século XX — pela divulgação e gradual sensibilização para o flagelo do vírus do sida (síndrome da imunodeficiência adquirida) impulsionaram uma postura estatal mais decidida (e decisiva) no campo da educação sexual em ambiente escolar (como, pelo menos *prima facie*, o parecem inculcar os objetivos expressos, em termos marcadamente programáticos, no art. 2.º da atual Lei n.º 60/2009, de 6/8).

¹¹ Norma (art. 19.º do CP) nos termos da qual «os menores de 16 anos são inimputáveis».

¹² «É menor quem não tiver ainda completado 18 anos de idade», refere o art. 122.º do CC português. Igual solução adotaram também, há muito — e só para nos movermos na evidente proximidade jurídico-cultural que une o nosso e tais compêndios legais —, o *Código Civil* espanhol (art. 315.º) e o *Codice Civile* italiano (art. 2.º).

¹³ Não dizemos, de forma propositada, a *efetiva* responsabilização civil, mas tão-somente a *possibilidade* de tal responsabilização, porque entre nós, e como veremos melhor, mesmo *de iure condito*, a responsabilização civil da pessoa obrigada à vigilância de outrem, baseando-se numa *presunção de culpa*, contida no art. 491.º do CC, não ocorrerá se o onerado com tal *presunção* a conseguir *ilidir*, isto é, se lograr realizar «a prova de cumprimento do dever de vigilância ou» mostrar «que o dano se teria produzido, mesmo que o dever tivesse sido cumprido» (João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., revista e actualizada, 2000, Coimbra: Livraria Almedina, 2011, 591).

Creemos que, longe de buscar uma solução apodítica na aparente taxatividade da lei positivada, o problema suscita reflexão séria, sobretudo pelas imbricações temáticas convocadas, as quais desembocarão em dois tópicos essenciais: em primeiro lugar, o de saber se, perante a cada vez mais evidente autonomia dos jovens na organização e fruição de muitos aspetos da sua vida¹⁴ (e, conseqüentemente, também no domínio da sexualidade¹⁵), fará sentido *presumir* que a postura sexual por eles adotada em relação a terceiros decorre do(s) responsável(eis) parental(ais)¹⁶ e do que o(s) mesmo(s) lhes transmitiu(iram) até então, por forma a que se prefigure adequado *pedir-lhe(s) responsabilidades* pelos comportamentos dos menores; depois, e caso entendamos adequada e acertada tal *exigência de responsabilidades*, caberá perceber em que termos, e por que meio de análise, deverá ser levada a cabo a perscrutação do efetivo exercício do poder-dever de vigilância pelo(s) respetivo(s) obrigado(s).

Se a resposta a dirigir ao primeiro tópico poderá condicionar (ou até mesmo «aniquilar») o enfoque a adotar quanto ao segundo¹⁷, não é, em todo o caso, absolutamente forçoso que assim aconteça. Pois poderemos defender que, não obstante a crescente margem de liberdade a admitir aos adolescentes, os comportamentos por estes praticados e com efeitos junto de terceiros não prescindem de uma condução e vigilância a assumir pelos seus legais

¹⁴ Sobre diversas dimensões do apontado reconhecimento (desde logo, convencional e legal — arts. 3.º e 12.º da Convenção dos Direitos da Criança (CDC) de 1989, e n.º 2 do art. 1878.º do nosso CC) da progressiva autonomia dos menores, cfr. Rosa MARTINS, «Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais», *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, 5, 10 (2008), 33-35, e Alejandra de Lama AYMA, *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de Edad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, 100-102.

¹⁵ De nada valendo obnubilar o facto de que a descoberta da prática sexual pelos jovens ocorre, de um modo geral, cada vez mais cedo, na sequência, aliás — e como há muito o demonstraram a investigação científica de Sigmund FREUD (*La Vie Sexuelle*, 14-27), e o vem reafirmando a moderna pediatria (Mário CORDEIRO, *O Livro da Criança*, 3.ª ed. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2008, 186) —, da predisposição que desde crianças vamos sentindo para tal matéria. Especificamente a partir de um interessante estudo de cariz prático, levado a cabo em 2008, sobre o início da vida sexual ativa dos jovens portugueses, Duarte VILAR, Pedro Moura FERREIRA e Sara DUARTE informam que tal início ocorre para a maioria dos rapazes aos 14 anos e para as raparigas aos 15 anos («A educação sexual dos jovens portugueses — conhecimentos e fontes», *Educação Sexual em Rede*, 5 (2009), 32).

¹⁶ Responsável(eis) parental(ais) que, para além do(s) progenitor(es), poderá(ão) ser o tutor ou até mesmo uma terceira pessoa a quem a criança ou jovem esteja confiado nos termos e para os efeitos do art. 1907.º do CC.

¹⁷ Bastará, para o mencionado «aniquilamento» da segunda questão, que à primeira respondamos no sentido de que, pura e simplesmente, pela postura de um jovem de 16 ou 17 anos no campo sexual não haverá cabimento — ético-legal, desde logo — para demandar responsabilidade de cariz civil àqueles que até à maioridade são os... *responsáveis legais* pelo perpetrador do facto danoso... Como tentaremos demonstrar no presente trabalho, não obstante o teor do n.º 2 do art. 1878.º do CC — e a compreensível cláusula de respeito pela progressiva autonomia a reconhecer aos jovens —, a temática revela aspetos delicados e complexos, dificilmente compagináveis com uma resposta fechada e definitiva.

representantes e, todavia, concluir que, *em concreto*, e atendendo à especificidade do conteúdo comportamental em causa, os factos perpetrados pelo *concreto* menor imputável no domínio sexual relevarão muito mais de um (ainda que mal estruturado) seu assomo «autonómico» do que do resultado de um processo educativo e de vigilância por parte dos respetivos responsáveis. E nem por isso fica resolvida a segunda questão, uma vez que subsistirá a necessidade de saber, em tese, como avaliar a (in)observância do dever de vigilância em relação ao adolescente por parte dos a tal vigilância vinculados.¹⁸

Como percebemos, a discussão ganhará entre nós (assim como na generalidade das ordens jurídicas com a nossa aparentada¹⁹) contornos técnico-jurídicos singulares, essencialmente advindos da circunstância de lidarmos com a vigência de *presunções legais*²⁰ em matéria de responsabilidade civil por factos lesivos (de que é exemplo paradigmático o artigo 491.º do CC português²¹

¹⁸ O que não releva apenas da prática jurídica, antes supõe, em termos de dogmática e mesmo porventura de *law in books*, uma perspectiva assumida e bem definida sobre a delimitação do conjunto de critérios aferidores do exercício do dever de vigilância e acompanhamento em relação ao autor da prática do facto lesivo (a propósito, cfr. Mauro BUSSANI, *La Colpa Soggettiva. Modelli di Valutazione della Condotta nella Responsabilità Extracontrattuale*, Padova: Edizioni C.E.D.A.M., 1991, 180-184). Será de exigir uma maior ou menor exaustividade na demonstração probatória do exercício daquele dever pelos progenitores quando lidamos com os chamados «quase adultos» (*grands enfants*, segundo a terminologia francesa, e *grandi minori* ou *quasi maggiorenni* para a dogmática e jurisprudência italianas), dos quais se espera, *prima facie*, um comportamento a muitos níveis semelhante ao adotado pelos maiores de idade?

¹⁹ Pense-se, por exemplo, nos arts. 1242.º do *Code Civil* francês e 2048.º do *Codice Civile* italiano, particularmente importantes pelas pistas de reflexão que podem lançar para uma sustentada compreensão do nosso tema.

²⁰ Falamos de *presunções legais relativas* (*iuris tantum*), que admitem a prova do facto contrário (n.º 2 do art. 350.º do CC), e não de *presunções legais absolutas* — que não admitem tal prova em contrário —, nem, por outro lado, nos referimos às *presunções judiciais*, profundamente ancoradas num método de prova próprio do pensamento humano, que o juiz, no exercício do seu múnus, sob o princípio da livre apreciação da prova (embora dentro de limites legais — arts. 349.º e 351.º do CC), está autorizado a utilizar (Clara CALHEIROS, «Presunções e verdade processual», in Luís Couto GONÇALVES (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra: Almedina, 2012, 156-157).

²¹ Como esmiuçaremos um pouco melhor no ponto 5.1., a ideia porventura mais intuitiva será a de que a norma do art. 491.º do nosso CC traduz uma fonte de responsabilidade civil por *facto culposo próprio* dos obrigados a vigilância, embora de causação lesiva *indireta* (porquanto, estruturando-se na inexistente ou deficiente vigilância de tais obrigados, com a adscrição do inerente juízo de culpa, não prescinde da intermediação de um comportamento do incapaz objeto daquela mesma vigilância — assim, João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 590, e Maria Clara SOTTOMAYOR, «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXI (1995), 411). Não falta, contudo, quem coloque em causa esta visão das coisas, antes defendendo estar em jogo, isso sim, matéria de responsabilidade dos referidos obrigados por *facto alheio* (ou seja, por facto do incapaz), quase na fronteira de uma verdadeira responsabilidade *objetiva*, que prescinde da sua estruturação num genuíno juízo de culpa assestado a um determinado comportamento dos onerados com o dever de vigilância. Sobre a questão, particularmente debatida em Itália, cfr., por exemplo, Caterina MURGO, «La responsabilità dei genitori per fatto illecito dei figli minori: una conferma che invita alla riflessione», *Responsabilità Civile e Previdenza. Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, LXXXI, 2 (2016), 546-549, e Luca MOLINARI e Valeria FARGIONE, «La responsabilità dei genitori, degli insegnanti e dei tutori»,

22), com tudo o que isso implica no decurso do trabalho interpretativo e judicativo-decisório do aplicador do Direito.²³

Em suma, deparamos com uma realidade de cariz teórico-prático absolutamente indesmentível, cuja orientação heurístico-hermenêutica assumirá, na concreta *praxis* jurídica, a partir de um determinado processo penal pela imputação de um (ou mais) crime(s) sexual(ais)²⁴, importantes refrações para a solução dos problemas civis associados.

2. Menoridade, incapacidade e inimputabilidade civil, e inimputabilidade penal em razão da idade: velhos «desencontros» legais?

2.1. Atingindo-se a maioridade aos 18 anos²⁵, sabe-se qual o principal efeito jurídico daí adveniente em termos civis: a capacidade do exercício de direitos, ou seja, a «idoneidade não só para exercitar direitos ou cumprir obrigações como também para os adquirir ou as assumir, e para fazer tudo isto pessoalmente, por acto próprio e exclusivo da pessoa visada, sem haver lugar à intervenção dum *representante legal* (designado por outro modo

Danno e Responsabilità. Bimestrale di Responsabilità Civile e Assicurazioni, XXIV, 2 (2019), 182-183.

²² Preceito que, como notaremos, não abarca um grau de especificação tão agudo quanto, por exemplo, o do art. 2048.º do *Codice Civile* italiano (*vide* ponto 5.1.).

²³ Como bem afirma Marco COMPARTI, as presunções não servem propriamente para convencer o julgador sobre a verdade de um dado facto, mas constituem particulares regras por via das quais se apresenta um específico modo de interpretar o conteúdo de uma *fattispecie*, ao qual, em princípio, tal julgador tem de submeter-se e daí extrair determinados efeitos jurídicos, ora em via absoluta (presunções *iuris et de iure*) ora só em caso de falta de prova do facto oposto — presunções *iuris tantum* («Le presunzioni di responsabilità», *Rivista di Diritto Civile*, XLVI, 5.º (2000), 653; em sentido idêntico, Salvatore PATTI, «*Probatio e praesumptio*: attualità di un'antica contrapposizione», *Rivista di Diritto Civile*, XLVII, 4.º (2001), 484-485).

²⁴ Efetivamente — e tal será explicado daqui a pouco (ponto 3.1.) —, a contextualização processual do nosso tema tenderá a circunscrever-se, por excelência, aos processos penais movidos a jovens de 16 e 17 anos pela perpetração de crimes sexuais, aos quais estejam depois associados pedidos de indemnização civil formulados pelas vítimas. Pedidos indemnizatórios que, sem embargo, por que dirigidos, *para além do arguido, também a outras pessoas* (estas só com responsabilidade civil, ou seja, os obrigados à vigilância do primeiro), poderão ser deduzidos, *em separado do processo penal, perante o tribunal civil*, nos termos e ao abrigo da faculdade conferida pelo n.º 1-f) do art. 72.º do nosso CPP.

²⁵ E abstraiamo-nos da possibilidade de, em tal momento, estar pendente uma ação de acompanhamento, nos termos previstos pelo art. 131.º do CC, na redação conferida pela recente Lei n.º 49/2018, de 14/8 (que instituiu, como se sabe, o regime jurídico do maior acompanhado), ação essa que teria, *ipso facto*, como principal efeito o de se manterem as responsabilidades parentais ou a tutela até ao trânsito em julgado da respetiva sentença.

que não pelo próprio representado) ou ser necessário o consentimento de outra pessoa (também não designada por aquela)» (Manuel Domingues de ANDRADE)^{26 27}. Tendo em conta o que tal implica de plena autonomia pessoal e poder próprio de disposição patrimonial do indivíduo (artigos 122.º, 123.º e 130.º do CC)²⁸, percebe-se que a capacidade do exercício de direitos acabe por corresponder ao reconhecimento, por parte da ordem jurídico-civil, da *capacidade de agir juridicamente*²⁹ conatural àquele cuja maturidade existencial é pensada já, do ponto de vista ontológico (e precisamente por ter atingido o patamar da maioridade), como algo de lídimo e autêntico. Como se intui, a capacidade do exercício de direitos assume um enorme relevo no domínio do tráfico jurídico *stricto sensu* e da responsabilidade obrigacional a ele inerente, isto é, no mundo mais intrinsecamente ligado à autonomia da vontade (*maxime*, negocial³⁰) e à jurisgenia³¹ que esta particular dimensão das relações jurídicas pressupõe.

2.2. De outra parte, no contexto da denominada *responsabilidade civil extracontratual*³² de cariz *subjetivo*³³, sobretudo pelo que a mesma convoca

²⁶ Manuel Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1992, 31, com itálicos do autor.

²⁷ Podendo atingir-se igualmente a capacidade do exercício de direitos através da emancipação, obtida pelo menor com 16 ou 17 anos por via do casamento (arts. 129.º, 132.º, 133.º e 1601.º-a), todos do CC).

²⁸ Sendo importante notar, no entanto, que a própria lei exceciona à incapacidade de exercício dos menores não emancipados determinadas situações ou hipóteses ligadas, designadamente, a aspetos negociais e patrimoniais de uma certa esfera vivencial tida por útil, profícua e importante na existência dos jovens, e em relação à qual não se vislumbra uma especial necessidade de proteção do próprio incapaz: é o caso da expressa previsão contida no art. 127.º do nosso CC (sobre a *ratio* desta norma, cfr. Mafalda Miranda BARBOSA, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual. Breve apontamento», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXXII (2006), 493, nota 13, e, com detalhe, «Breves reflexões em torno do art. 127.º do Código Civil», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XC (2014), 703-710; de um modo mais geral, a propósito da *capacidade de gozo* e da *incapacidade de exercício* dos menores, e suas exceções, vide Carlos Alberto da Mota PINTO, in António Pinto MONTEIRO; Paulo Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 228-234).

²⁹ Manuel Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 31.

³⁰ Que não só, portanto, *contratual*. Por isso mesmo, e como muito bem acentua Mário Júlio de Almeida COSTA, talvez a percepção da responsabilidade advinda da violação de um direito de crédito ou de uma obrigação em sentido técnico, precisamente porque conexonada com outras fontes que não apenas os contratos, justificasse antes, como mais correto, o apodo de *responsabilidade negocial* ou *responsabilidade obrigacional* (*Direito das Obrigações*, 12.ª ed. revista e atualizada, Coimbra: Almedina, 2014, 539).

³¹ No tocante ao poder jurisprudencial da pessoa, reconhecido pelo mundo do Direito através de categorias ligadas à autonomia da vontade e correspondentes e específicos instrumentos técnico-jurídicos (como, desde logo, o Direito subjetivo), cfr. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Centelha, 1981, 41-44.

³² Ou *responsabilidade delitual* ou *aquiliana*, ou ainda — aqui por contraponto à referida na nota 30 — *extranegocial* ou *extra-obrigacional* (Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 540).

³³ Devendo nós, em termos propositadamente simplistas, e fazendo apelo aos conhecimentos há muito sedimentados na matéria, ligar a *responsabilidade subjetiva* à responsabilidade filiada ou

do mais estritamente atuante em termos comunitários, a *imputabilidade* do agente reveste-se de uma óbvia importância. Com efeito, começando por apontar para uma específica ligação entre o autor e o facto ilícito gerador de responsabilidade (por forma a que possa afirmar-se representar este uma obra daquele³⁴), a imputabilidade constitui um *prius* inarredável da possibilidade de formulação do juízo de culpa a dirigir a tal autor, ou seja, àquele que atua «com dolo ou mera culpa» (n.º 1 do artigo 483.º do CC).³⁵

Ao dizermos o que dissemos, está bem presente, no nosso horizonte intelectual e valorativo, algo que se nos afigura verdadeiramente fulcral. Num sistema de responsabilidade civil de primacial feição reparatória³⁶ dos danos causados a terceiros (mais ou menos) «inocentes» (no sentido de pouco ou nada terem contribuído para a eclosão dos prejuízos sofridos³⁷), o crivo axiológico que permite assestar o juízo de censura ética a uma determinada atuação pressupõe a capacidade de o lesante se autodeterminar, enquanto pessoa livre (do ponto de vista intelectual, psíquico e volitivo) e responsável.³⁸ Pelo

dependente da *culpa* e a *responsabilidade objetiva* à responsabilidade obrigacional que se erige a partir de factos ilícitos cometidos sem culpa ou até mesmo, em determinados casos, de factos lícitos geradores de danos para terceiros (a propósito, com incidência nas especiais preocupações de justiça comutativa associadas à responsabilidade objetiva, Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 524-539, Jorge Sinde MONTEIRO, *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, 10-11, e ainda Júlio GOMES, «Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva», *Revista de Direito e Economia*, XIII (1987), 116-121, este último autor questionando, no entanto, e a partir do pensamento de Werner ROTHER, se toda a responsabilidade não será, ao cabo e ao resto, uma responsabilidade pelo maior ou menor *risco* ou *perigo* criado de causação de danos, transformando a questão da responsabilidade subjetiva-responsabilidade objetiva em algo que terá que ver com o *grau* — e não tanto com a *natureza* — da maior (responsabilidade subjetiva) ou menor (responsabilidade objetiva) *possibilidade* ou *probabilidade* de verificação de resultados danosos).

³⁴ Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 579 e 580, e Mafalda Miranda BARBOSA, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual», 485.

³⁵ Neste sentido, cfr. Mafalda Miranda BARBOSA, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual», 501.

³⁶ Com detalhe, acerca do cariz reparador — mas eticamente comprometido — da responsabilidade civil, Mafalda Miranda BARBOSA, «Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomia em debate», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXXI (2005), 514-524, e *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais: Príncipia, 2017, 43-53.

³⁷ Pois que quando os lesados contribuíram — total ou parcialmente — para o surgimento dos danos padecidos, o concreto grau dessa contribuição não poderá deixar de ser tomado em consideração na avaliação judicativo-decisória a empreender (devendo ver-se a propósito, e entre nós, os arts. 505.º, 570.º e 571.º do CC).

³⁸ Estas características da liberdade e responsabilidade do *homem-pessoa*, para utilizarmos a pertinente e impressiva terminologia de António Castanheira NEVES, permitem-nos extrair três conclusões essenciais no domínio da responsabilidade: em primeiro lugar, a de que tal noção de *homem-pessoa* é, ela mesma, uma aquisição axiológica, a relevar da consideração da *pessoa em relação com o outro*, num mundo de *comunitas*; depois, a de que *só a pessoa é responsável*, pois a sua dimensão axiológica espalha-se precisamente através de tais características (*não se é livre sem se ser responsável; não se pode exigir responsabilidade a quem não é livre*); por fim, a ideia de que a ordem jurídica estabelece o princípio geral de que todos os *homens-pessoas são igualmente responsáveis*, apenas podendo excepcionar este princípio as características psíquicas endógenas ou similares daqueles que, *em concreto*, não são livres, assim como determinadas circunstâncias concretas da sua ação («Pessoa,

que, na «encruzilhada» de comportamentos em cada caso possíveis³⁹, mister é acabar o agente por se assumir e revelar, autónoma e conscientemente, na conduta lesiva perpetrada, assim podendo ser por ela responsabilizado. Percebendo-se, pois, a afirmação de Mafalda Miranda BARBOSA, segundo a qual, «mais do que um expediente pensado para impedir a imposição de um ónus excessivo ao lesante e, nessa medida alimentado por um ideal de justiça, a imputabilidade comunica-nos o sentido último da coloração axiológica que à responsabilidade civil há-de ser reconhecida»⁴⁰.

À face da lei, a inimputabilidade reporta-se a quem, «no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório» (n.º 1 do artigo 488.º do CC).

Não nos interessando focar o aspeto da chamada *actio libera in causa* (colocação culposa no estado de incapacidade de entender ou querer⁴¹), será curioso notar, no tocante aos menores de idade, a diferente refração protetora dos interesses jurídico-civis ligados às ideias de incapacidade de exercício de direitos e de inimputabilidade. Se a primeira das categorias ora aludidas se reflete mais diretamente na necessidade de proteção da pessoa e bens do próprio menor incapaz — enquanto ente referencial *a se*, perspetivado como (genericamente — *vide* as exceções contidas no artigo 127.º do CC⁴²) ainda não preparado para o normal tráfico jurídico —, já a imputabilidade constituirá o ponto a partir do qual (*rectius*, verificado o qual) a urgência

direito e responsabilidade», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 6, 1.º (1996), 32-41).

³⁹ Já quando o agente — imputável, note-se — atua ao abrigo de uma *causa de exclusão de ilicitude* (bastando pensar nas cláusulas previstas nos arts. 336.º, 337.º, 339.º e 340.º, todos do CC), ou, por outro lado, quando inexistente a «encruzilhada» de comportamentos possíveis por nós referida no texto, na particular situação em que o mesmo agente atua, assumindo-se-lhe a conduta lesiva adotada como a única exigível em tal condicionalismo, o enfoque aferidor do facto terá de assentar em critérios que atendam à não reunião dos pressupostos da responsabilidade civil, por falta da marca da ilicitude do facto, ou até por razões de *não exigibilidade*, com reflexos no próprio juízo de censura *prima facie* direcionável ao agente. Quanto a esta matéria — que excede também em muito os propósitos do presente trabalho — da *não exigibilidade* enquanto circunstancialismo essencialmente exógeno que retira ao agente toda a possibilidade de se comportar de modo diverso, *vide*, na doutrina penalista, Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1971, 443-445.

⁴⁰ Mafalda Miranda BARBOSA, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual», 506-507.

⁴¹ Relativamente a situações de *actiones liberae in causa*, João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 563-564, nota 1; na perspetiva penal, sobre a punibilidade da *actio libera in causa* na base de uma culpabilidade *adiantada*, cfr., em tese, Maria del Mar PITA, *Actio Libera in Causa, Culpabilidad y Estado de Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, 30-31.

⁴² Cfr., *supra*, nota 28.

tuteladora atende, antes do mais, à posição dos atingidos pelos factos lesivos praticados pelo incapaz.⁴³

O que facilmente nos transporta para a ideia de que a causação de danos pelos quais possa (ou deva) ser o menor incapaz responsabilizado civilmente (e, bem entendido, preenchidos que estejam os demais pressupostos gerais da responsabilidade civil extracontratual, enunciados no artigo 483.º do CC⁴⁴) depende da verificação *in casu* da imputabilidade, mas já não da capacidade de exercício de direitos do ofensor.⁴⁵ Simplificando um pouco os termos da questão, poderemos dizer que qualquer menor relativamente ao qual não se demonstre a falta de imputabilidade (e, portanto, em relação ao qual não se verifique a impossibilidade de formulação de um juízo de culpa por agir como agiu, quando podia e devia ter atuado de modo diverso) reúne perante a ordem jurídica, e *prima facie*, as condições legais para a respetiva demanda responsabilizadora. Com uma importante *nuance* distintiva, todavia: presumindo a lei — embora de modo não inilidível⁴⁶ — a inimputabilidade dos menores de 7 anos (n.º 2 do artigo 488.º do CC)⁴⁷, haverá que ser demonstrado, quanto a este grupo de agentes, e perante *cada situação concreta*, terem agido com a inteligência e a vontade sustentadoras de um juízo de culpa.⁴⁸

Assim se desvelando, do mesmo modo, a opção ético-axiológica de base do legislador na matéria: a da perscrutação *concreta* dos fundamentos de

⁴³ De forma mais alargada, embora focando precisamente a questão das finalidades precípua da incapacidade e da imputabilidade, por essencial referência à responsabilidade contratual e à responsabilidade delitual, Mafalda Miranda BARBOSA, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual», 509-511.

⁴⁴ Tratando exaustivamente os pressupostos da responsabilidade civil por factos ilícitos, João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 525-628.

⁴⁵ Salientando este aspeto, Mafalda Miranda BARBOSA, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual», 508.

⁴⁶ Neste sentido, João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 563, nota 3, e 564, e Mafalda Miranda BARBOSA, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual», 510, nota 50.

⁴⁷ Antes da recente entrada em vigor, na ordem jurídica portuguesa, através da Lei n.º 49/2018, de 14/8, do regime relativo aos maiores acompanhados, o citado n.º 2 do art. 488.º presumia a inimputabilidade dos menores de 7 anos e ainda dos interditos por anomalia psíquica. Com o desaparecimento das figuras da inabilitação e da interdição, compreende-se, pois, a nova redação do apontado normativo legal.

⁴⁸ Embora, como realisticamente acentua João de Matos Antunes VARELA, por certo que a normalidade da experiência comum nos inculcará a ideia de ser (no mínimo) muito remota, na prática, a demonstração concreta da imputabilidade dos menores de 7 anos (*Das Obrigações em Geral*, 563, nota 3, na altura reportando-se o autor, obviamente apoiado na vigência da anterior redação do n.º 2 do art. 488.º do CC, não apenas aos menores de 7 anos, mas também aos interditos por anomalia psíquica; a propósito da força da presunção de inimputabilidade a favor dos referidos menores, cfr. também Raimundo QUEIRÓS, *A Responsabilidade Civil dos Menores, dos Pais e das Escolas*, Lisboa: Quid Juris, 2012, 318-320). Procedendo à análise de alguns aspetos da inteligência e mundividência infantis, e o que as mesmas comportarão para a conclusão do acerto da ideia expressa no início da presente nota, Mário CORDEIRO, *O Livro da Criança*, 33-40.

imputabilidade do menor lesante (e não obstante esta sua condição de menoridade), enquanto elemento importantíssimo⁴⁹ para a chamada à colação da dimensão, já acima exposta, de ente livre e suscetível de responsabilização perante os outros.⁵⁰

2.3. Do *ponto de vista penal*, não repetiremos o essencial daquilo que acabámos de delinear em termos de perspectiva civil da imputabilidade (até porque é rica a variabilidade de definições para o termo «imputabilidade penal», com resultados teóricos diversos, referidos quer a uma consciência adaptada às exigências da vida comum, quer a uma suscetibilidade de o agente ser influenciado pelo resultado da aplicação de penas, quer — visão mais comumente adotada entre nós, a partir do discurso normativo ínsito ao artigo 20.º do CP — a uma capacidade de avaliação da (i)licitude dos comportamentos).⁵¹

Importará agora reter, isso sim, é que, diferentemente da lei civil, a nossa ordem jurídico-penal positivada parece assumir a pressuposição de que as qualidades pessoais de querer e entender do agente, agregadoras de uma ideia de imputabilidade e fundamentadoras de um possível juízo de culpa⁵², só estarão verificadas com o atingir dos 16 anos (artigo 19.º do CP). Estabelecendo o legislador, pois, como que uma *presunção* geral de normalidade psíquica⁵³

⁴⁹ Elemento importantíssimo, é certo, mas não decisivo em absoluto, pois que mesmo os inimputáveis poderão responder civilmente, «por motivo de equidade, [...] desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância» (n.º 1 do art. 489.º do CC). Sobre esta solução, esclarecem Fernando Pires de LIMA e João de Matos Antunes VARELA que a mesma «visa principalmente os casos previstos na ressalva final do art. 491.º do CC, «em que as pessoas obrigadas à vigilância de outrem são isentas de responsabilidade. A impossibilidade de que a lei fala é, assim, uma impossibilidade jurídica. Mas o preceito vale também, pela sua específica razão de ser, para os casos de mera impossibilidade prática, em que as pessoas obrigadas à vigilância são responsáveis, mas carecem de bens à custa dos quais a responsabilidade possa ser efetivada. Neste caso, porém, ao contrário dos outros, o inimputável que seja condenado a reparar o dano fica tendo direito de regresso contra quem não cumpriu o dever de vigilância» (*Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed. revista e atualizada, com a colaboração de Manuel Henrique MESQUITA, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, 491).

⁵⁰ Mafalda Miranda BARBOSA, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual», 511.

⁵¹ Sobre esta significativa variabilidade de perceções da imputabilidade, cfr. Ujala Joshi JUBERT, *Anomalia y Alteración Psíquica en el Código Penal Español*, Madrid: Difusión Jurídica, 2009, 17-64, e António Miguel VEIGA, «“Concurso” de crimes por inimputáveis em virtude de anomalia psíquica: “cúmulo” de medidas de segurança?», *Julgar*, 23 (2014), 246-248.

⁵² A propósito, escreve lapidarmente Maria João ANTUNES que «*sem imputabilidade não há culpa*» (*Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, 216, com itálicos da autora).

⁵³ Mas mesmo a referida *presunção* de «normalidade psíquica» associada aos 16 anos não deixa de ser o produto de um evidente *compromisso*, levado a cabo pelo legislador penal, entre os fins de política criminal por si visados e um certo modelo de desenvolvimento da personalidade, isto é, uma determinada visão da estrutura psicossociológica do comportamento humano, na sua dimensão intelectual-volitiva e ética (desenvolvendo expressamente esta questão, Maria Fernanda PALMA, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal Português», *Sub Judice*, 11 (1996), 62; para uma perspetiva superadora, *de iure condendo*, do patamar de imputabilidade penal em razão

associada ao referido patamar etário (e independentemente, portanto, de qualquer aferição concreta da estabilidade mental do indivíduo, aferição que apenas deverá acontecer mediante justificação cônica para tal⁵⁴, e tenderá a ser desencadeada a propósito da imputação da prática de factos suscetíveis de provocarem a responsabilização jurídico-penal do seu autor⁵⁵).

Surpreende-se, por consequência, uma particular (e relevante) nota diferenciadora da noção civil e penal da imputabilidade: os menores de 16 anos não são suscetíveis de responsabilização jurídico-penal (com tudo o que esta forma de responsabilização implica), pese embora o possam ser na estrita medida civil (e desde que não verificados, neste último domínio, os requisitos previstos no artigo 488.º do CC).

Se a apontada nota distintiva nos revela uma fonte de aparentes «desencontros» legais no tocante às reações jurídicas de censura a uma mesma conduta ilícita, esses «desencontros» não passarão, todavia, e a nosso ver, disso mesmo... de uma aparente falta de sintonia verberadora.

Porquê?

Porque, desde logo, o caráter de tutela de *ultima ratio* de bens jurídicos, que constitui apanágio do Direito Penal próprio de um Estado de Direito democrático, não pode pautar-se, mesmo (ou sobretudo) do ponto de vista da definição dos critérios subjetivo-culposos da atuação do agente, pelo mesmo (em tal sentido, menor) grau de exigência empregue pela ordem reparadora civil. Não olvidemos que o Direito Penal, enquanto quadro substantivo regulador do *ius puniendi* do Estado — ancorado numa determinada constelação

da idade, tal como hoje consagrado no art. 19.º do nosso CP, superação essencialmente ancorada na ideia de que o aludido patamar legal é desajustado daquilo que o estado contemporâneo das ciências médicas aconselham, Ana Rita ALFAIATE, «O artigo 19.º do Código Penal português à luz de uma nova visão sobre a (in)imputabilidade em razão da idade — o conceito de *intellectus criminalis*», in José de Faria COSTA *et al.* (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I, Coimbra: Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, 2017, 77-83).

⁵⁴ Neste sentido, Miguel Iglesias RIO, in Manuel Gómez TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011, 145.

⁵⁵ A aferição de que falamos deverá ser levada a cabo, pois, e as mais das vezes, no âmbito do exercício da justiça penal, para tal se lançando mão dos meios periciais tendentes à avaliação da personalidade e das características psicológicas do autor do facto objetivo penalmente relevante.

axiológico-constitucional definidora de bens jurídicos^{56 57} dotados de dignidade de pena e carecidos de tutela penal⁵⁸ —, comporta, de modo inelutável, efeitos potencialmente (muito mais) deletérios junto dos direitos e interesses fundamentais dos cidadãos. Logo, perceber-se-á bem que, num domínio marcado por rigorosas exigências de legalidade e segurança, uma fixação etária inequívoca abaixo da qual não se seja imputável do ponto de vista penal⁵⁹ possa surgir como algo de essencial.⁶⁰

Ora, o que acabamos de dizer não é (evidentemente) transferível, *mutatis mutandis*, para o Direito Civil e para a via reparatoria⁶¹ por este ramo jurídico preconizada.

⁵⁶ Quanto à clara necessidade de legitimação jurídico-constitucional dos bens tutelados fragmentariamente pelo direito penal, e consequente relação de compenetração do sistema penal com a ordem constitucional, cfr. Jorge de Figueiredo DIAS, «O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 34-35, e, mais recentemente, «O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145, 3998 (2016), 252-265, e ainda Francesco PALAZZO, «Direito penal e Constituição na experiência italiana», trad. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 9, 1.º (1999), 31.

⁵⁷ Para uma visão das coisas segundo a qual a própria juridicidade penal poderá assumir um «carácter materialmente fundante ou constituinte, em situações excepcionais», nas quais «o legislador ordinário estará autorizado a transformar em bens jurídico-penais valores ou interesses que não encontram uma correspondência imediata ou directa no texto constitucional», José de Faria COSTA, «O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 141, 3974 (2012), 284. O que, todavia, e segundo nos parece, não mexe com a necessidade substantiva de manter a exigência de analogia axiológica substancial e de unidade de sentido global entre as mencionadas ordens (constitucional e penal).

⁵⁸ Sobre estas duas fundamentais categorias — dignidade penal e necessidade de tutela penal —, com detalhe, cfr. Manuel da Costa ANDRADE, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2, 2.º (1992), 178-182.

⁵⁹ Evidentemente que nada do agora exposto no texto bole com a questão — de cariz sobretudo político-criminal — de saber se a idade mais adequada às preocupações de justiça prosseguidas pelo Direito Penal e à possibilidade de imputação ao agente dos juízos éticos de censura nos quais a culpa, afinal, se materializa será a idade X ou antes a idade Y (a propósito, vide Maria Fernanda PALMA, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal Português», 62).

⁶⁰ Em sentido diverso, Ana Rita ALFAIATE defende que o efetivo respeito pelo princípio da culpa postularia uma ideia de *(in)imputabilidade sob condição*, traduzida essencialmente na «obrigatoriedade de avaliação do desenvolvimento do menor entre os dezasseis e os dezoito anos acusado da prática de um crime, oficiosamente, e [...] a possibilidade desta avaliação daí em diante, até aos vinte e um anos», para assim ajustar a cada caso concreto a aplicação (ou não) do Direito Penal («O artigo 19.º do Código Penal português à luz de uma nova visão sobre a (in)imputabilidade em razão da idade», 81).

⁶¹ E relembre-se estarmos, na matéria da responsabilidade civil, essencialmente ligados a uma área de feição *reparatoria*, é certo que com os fins de *suum quique tribuere* que lhe são subjacentes, mas sempre ético-normativamente escorada (António Castanheira NEVES, «Pessoa, direito e responsabilidade», 12-15, e Mafalda Miranda BARBOSA, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual», 487, especialmente nota 3, e, com maior detalhe, «Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate», 514-524).

Pelo que — e repitamo-lo — não depararemos com algo mais do que um aparente «desencontro» legal na questão da definição da imputabilidade em função da idade, para fins civis ou penais.⁶²

2.4. O que tornará o objeto de análise do presente estudo particularmente *sui generis* acaba por ser um outro problema (embora de algum modo conexo com a aparente dessintonia a que agora mesmo fizemos alusão).

Afastada que esteja, *em concreto*, uma situação de anomalia psíquica obstaculizadora da imputabilidade penal e civil do agente de 16 ou 17 anos e, logo, verificada que se mostre a suscetibilidade de sobre ele recair responsabilidade penal e civil pelo facto praticado, deverá, para além disso, e por causa da incapacidade inerente à sua menoridade, surgir também a demanda civil dos titulares das responsabilidades parentais ao menor relativas, a partir do expediente jurídico da responsabilidade *in vigilando*? Haverá congruência e compatibilização jurídicas em tudo isto?

Tentemos, então, ensaiar breves tópicos de reflexão em algo — pelo menos na nossa opinião — pouco atreito a respostas apodíticas e definitivas.

3. Breve referência ao entorno processual da questão (responsabilidade penal e responsabilidade civil do filho, em contraposição à possibilidade de responsabilidade meramente civil dos progenitores, terceiros em relação à lide penal)

3.1. Parece-nos relativamente óbvio que as respostas a dar às questões acabadas de colocar se situarão, antes do mais, e sobretudo, no plano substantivo da matéria da responsabilidade civil. No plano de saber, pois, se, do ponto de vista do Direito (Civil) material, se justificará ou não a responsabilização dos obrigados à vigilância de outrem por factos lesivos perpetrados pelo vigiado. Ou até, numa certa perspetiva das coisas, em questionar se existirá ainda, na temática em causa — sexualidade dos *grandi minori* ou *quasi maggiorenni* —,

⁶² Maria Fernanda PALMA fala — e bem, a nosso ver —, a propósito, de «diferentes lógicas de distribuição de riscos na interacção social», justificadoras de distintos marcos etários definidores da imputabilidade em sede civil e em sede penal («Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal Português», 62, nota 3).

um efetivo dever de vigilância ou algo de similar ou aparentado (um especial dever educacional?), a onerar os representantes legais do lesante.⁶³

O que nos permite perceber que, independentemente do sentido da posição a tomar, esta será debatida sempre — repitamo-lo —, para o problema que ora nos ocupa, no domínio do Direito material, pois que no plano processual estrito a questão não suscitará aporias ou dúvidas de maior monta.

Com efeito, na ótica do processo, e estando assestado ao jovem de 16 ou 17 anos o cometimento de um ilícito penal de cariz sexual, a ação civil que, por efeito do *princípio de adesão* (artigo 71.º do CPP)⁶⁴, se lhe dirija (ao arguido), não representará mais do que a vivificação daquilo que comumente se verifica na barra dos tribunais criminais, a partir da imputação ao agente de responsabilidade penal e, em concomitância, de responsabilidade civil. E tal princípio da adesão, pela interconexão que gera entre a lide penal e a lide civil⁶⁵, por causa de um mesmo facto que desencadeia os dois tipos de responsabilidade, nenhuma estranheza poderá causar, pois, como dissemos, nada mais representa do que o concentrar em um único *forum* processual (penal) a discussão penal e civil (reparatória) do facto perpetrado pelo referido jovem, simultaneamente arguido (penal)⁶⁶ e demandado (civil)^{67 68}.

⁶³ Em tese, quanto à questão da existência ou não de uma obrigatoriedade geral de vigilância relativamente aos *grandi minori* ou *quasi maggiorenni*, e a partir de algumas decisões judiciais, Angelo CHIANALE, «In tema di responsabilità dei genitori per i danni causati dai figli minori», *Giurisprudenza Italiana*, 7.^a, CXXXVIII (1986), 1531-1532, e Salvatore PATTI, «Responsabilità dei genitori: una sentenza in linea con l'evoluzione europea», *Famiglia. Rivista di Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, 4 (2001), 1178-1179.

⁶⁴ Em rigor, o *princípio de adesão* — entre nós, consagrado essencialmente no art. 71.º do CPP, em conjugação com o art. 129.º do CP — estabelece *uma* das vias possíveis de tratamento processual do «pedaço de vida» que em simultâneo dimana consequências penais e consequências civis. Outras formas de encarar o problema encontramos-las nos sistemas (com valor essencialmente histórico) da *confusão* entre a via de responsabilização penal e a via de responsabilização civil, e ainda (nada tendo que ver com a dita *confusão*) nos modelos da *autonomia* ou *independência* de ambos os tipos de demanda — embora aqui com a possibilidade de enormes *nuances* entre os diversos sistemas consagradores de tal independência (para uma visão de conjunto sobre a matéria, Jorge de Figueiredo DIAS, «Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal», *Estudos «In Memoriam» do Prof. Doutor José Beleza dos Santos, Suplemento XVI do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, (1966), 89-93, e José António BARREIROS, *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português*, vol. II, Oliveira de Azeméis: Edição de Autor, 1997, 307-313).

⁶⁵ Interconexão que, no essencial, é marcada pela circunstância de a lide penal determinar o *enxerto* ou *acoplamento* da demanda cível fundada no mesmo facto sustentador da responsabilidade penal. Sob pena de, tratando-se de criminalidade de feição não pública, a propositura de ação meramente cível fazer extinguir, porquanto equivalendo a *renúncia*, o direito de queixa quanto ao crime em questão (n.º 2 do art. 72.º do atual CPP).

⁶⁶ Art. 57.º do CPP.

⁶⁷ Cfr. arts. 71.º e 72.º/n.º 1-f), primeira parte, *a contrario sensu*, ambos do CPP.

⁶⁸ Sobre diversos problemas que a reparação civil no tribunal penal poderia comportar, à luz do CP de 1886 e do CPP de 1929, designadamente o de converter aquela reparação dos danos em algo revestido de natureza sancionatória penal, desvirtuando ou até mesmo impedindo a mobilização dos critérios estritamente civis de avaliação dos danos, *vide*, com detalhe, Jorge de Figueiredo DIAS,

Todavia, a intervenção na ação cível daqueles a quem se atribua responsabilidade civil *in vigilando* não se filia — relativamente aos mesmos, note-se bem — em uma qualquer hipotética responsabilidade penal, visto não lhes ser assacada a prática de crime algum.⁶⁹ Trata-se, isso sim, e em tais casos, de terceiros («terceiros», como é bom de ver, em relação à ação penal)⁷⁰, com uma responsabilidade meramente civil, com demanda exclusiva na aludida sede cível (a qual, precisamente por ter como polos passivos outras pessoas para além do arguido, *poderá ser enxertada ou não no processo penal*; cfr. n.º 1-f) do artigo 72.º e n.º 1 do artigo 73.º do CPP).⁷¹

3.2. Problema diverso do anterior é o da incapacidade judiciária dos menores demandados, representados na lide cível pelos pais. Pais que, como já referimos, poderão, também eles, segundo uma determinada perspetiva, e enquanto entes *a se* (precisamente por serem representantes legais do perpetrador do facto lesivo), vir a responder em termos civis, porque titulares de um eventual dever de vigilância.

«Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal», 117-131. Problemas, todavia, atalhados com a clara assunção, pelo art. 129.º do atual CP (que reproduz, no essencial, o art. 128.º da versão originária do CP de 1982), de que «a indemnização de perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil».

⁶⁹ Obviamente que é este o quadro teórico de que partimos, ou seja, o da não imputação, aos onerados com o dever de vigilância, da prática de qualquer crime a propósito do atrás referido «pedaço de vida» pelo qual o jovem é trazido a juízo. E partimos de tal quadro porque se nos afigura o mesmo como o mais conforme à realidade quotidiana, já que, no plano das hipóteses, não é impossível que os representantes legais do menor de 16 ou 17 anos possam também incorrer em responsabilidade penal, a partir da perpetração — pelos próprios representantes legais — de factos ligados ao crime sexual, suscetíveis de enquadramento segundo os critérios previstos nos arts. 26.º (autoria) ou 27.º (cumplicidade) do CP, e a dimanarem uma apreciação (penal) de acordo com a regra geral contida no art. 29.º do mesmo diploma legal.

⁷⁰ Pois que, no tocante à lide cível, a legitimidade (até mesmo na aceção estritamente processual civil — art. 30.º do atual Código de Processo Civil (CPC), *ex vi* art. 4.º do CPP) de tais «terceiros» nenhuma contestação poderá sofrer, perante o preceituado no n.º 1 do art. 73.º do CPP (cfr., em tese, Germano Marques da SILVA, *Curso de Processo Penal*, 4.ª ed. revista e atualizada, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000, 347-348, e José António BARREIROS, *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português*, 324-325). O que não quer dizer também, por outro lado, e como se antolha igualmente óbvio, que tal legitimidade garanta uma qualquer espécie de procedência da ação (a propósito da ideia de legitimidade processual civil, de cariz mais clássico, mas que continua a ganhar consagração legal entre nós, João de Matos Antunes VARELA José Joaquim Sampaio e NORA e José Miguel BEZERRA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed. revista e atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1985, 128-131).

⁷¹ Com efeito, como decorre do que já expusemos *supra*, na nota 24, a presente temática, com o menor imputável em razão da idade (*simultaneamente arguido penal e demandado civil*) e os seus representantes legais (*somente demandados civis*), possibilitará uma das situações de *exceção ao princípio de adesão*, se a vítima pretender discutir a matéria (da responsabilidade indemnizatória) no tribunal cível. Todavia, tanto quanto nos é dado a conhecer, a *praxis* judiciária (não tendo havido, por exemplo, um arquivamento do inquérito relativamente à parte criminal) vai claramente no sentido de uma apreciação conjunta, no foro penal, dos dois tipos de responsabilidade (penal e cível). O que, aliás, bem se compreenderá, se pensarmos nas vantagens probatórias de uma análise global, *uno acto*, da situação trazida a juízo. Já quanto ao valor da decisão estritamente penal, transitada em julgado, para efeitos de uma posterior ação de natureza meramente civil, cfr. arts. 623.º e 624.º do atual CPC.

Realce-se que não estamos neste momento a dizer que a aludida responsabilização civil dos progenitores deva ou não ocorrer. Estamos apenas a notar a dupla qualidade em que os mesmos tenderão a surgir na instância cível inerente ao processo-crime movido ao menor não emancipado: enquanto representantes legais do menor demandado na ação — pois que, não obstante a sua personalidade judiciária (artigo 11.º do CPC, *ex vi* art. 4.º do CPP), não detém o último capacidade judiciária, ou seja, capacidade para estar por si próprio em juízo (cível — artigos 15.º e 16.º/n.º 3 do CPC)⁷² —, e enquanto progenitores que, precisamente por tal qualidade parental, poderão, segundo a apontada perspetiva, ser demandados para responderem, à face do Direito Civil material, com base na presunção de culpa contida no artigo 491.º do CC.

O que nos conduz, em suma, a *dois* — paralelos, embora distintos — *lados passivos na demanda cível*: o que se liga ao jovem de 16 ou 17 anos (representado na lide pelos seus progenitores ou ente equiparado) e o que atine aos representantes legais do incapaz enquanto titulares do dever de vigilância, tudo constituindo a via processual para a obtenção de uma conjugação de responsabilidades — do menor e dos seus representantes — que, em termos de direito substantivo, *poderá*⁷³ ganhar cobertura legal na solidariedade prevista no artigo 497.º do nosso CC.⁷⁴

Já se, por exemplo, os pais conseguirem afastar a presunção ínsita ao artigo 491.º do CC (ou o tribunal entender que tal presunção não cabe sequer ao caso, porque não aplicável a uma situação em que intervenham *grandi minori*), ocorrerá, em caso da respetiva condenação, apenas a responsabilização civil do menor.⁷⁵

3.3. Mas a questão da demanda cível dos representantes legais será suscetível de revelar-se ainda particularmente relevante no caso de *absolvição penal* do arguido (que, não constituindo o ponto de partida do presente estudo,

⁷² A propósito, José António BARREIROS, *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português*, 325. Convirá realçar que a capacidade judiciária se assume como o correlato processual civil da capacidade de exercício de direitos (n.º 2 do art. 15.º do CPC), a qual — e ressalvadas as exceções ínsitas ao art. 127.º do CC, como já antes referimos — o menor não ostenta para efeitos civis.

⁷³ Uma vez mais o dizemos: não estamos senão, e por ora, a invocar o pressuposto (que tentaremos dilucidar de seguida) do qual parte a demanda civil dos progenitores, no (ou por causa do) processo penal movido ao seu filho menor. E tal pressuposto tende (mas obviamente não garante, em termos de mérito ou procedência da causa) à *conjugação* ou ao *duplo* nível de responsabilização civil a que aludimos *supra*, no texto.

⁷⁴ Art. 497.º do CC que reza, no seu n.º 1: «se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade»; no mais, e nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, «o direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis».

⁷⁵ A propósito, cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 412, nota 34.

merecerá agora atenção), a qual não tem, *ipso facto*, de arrastar consigo uma *absolvição civil* do mesmo nem, sequer, dos primeiros.

Efetivamente, estatui com clareza o n.º 1 do artigo 377.º do CPP que «a sentença, ainda que absolutória, condena o arguido em indemnização civil sempre que o pedido respectivo vier a revelar-se fundado»⁷⁶, acrescentando o subsequente n.º 2 que «se o responsável civil tiver intervindo no processo penal⁷⁷, a condenação em indemnização civil é proferida contra ele ou contra ele e o arguido solidariamente, sempre que a sua responsabilidade vier a ser reconhecida».

Não se tratará, portanto, de uma qualquer ideia fantasista a de que, no domínio da criminalidade sexual de que vimos falando, a uma eventual absolvição penal do menor possa todavia corresponder a responsabilidade civil dos progenitores ou até, em casos-limite, do próprio menor. Pensemos na hipótese de o agente ser absolvido da parte criminal, porque a decisão jurisdicional lhe reconheceu haver ele agido, na prática do facto típico, com falta de consciência da ilicitude, nos termos e ao abrigo do disposto no artigo 17.º do nosso CP⁷⁸; ou concebamos a possibilidade de a absolvição se filiar na conclusão de que o agente, conquanto haja perpetrado a materialidade objetiva inerente ao tipo objetivo de um crime sexual, teve de ser declarado

⁷⁶ Sobre esta matéria, cabe nomear o Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 7/99, de 17/6, por via do qual o nosso Supremo Tribunal de Justiça concluiu: «se em processo penal for deduzido pedido cível, tendo o mesmo por fundamento um facto ilícito criminal, verificando-se o caso previsto no art. 377.º/n.º 1 do CPP, ou seja, a absolvição do arguido, este só poderá ser condenado em indemnização civil se o pedido se fundar em responsabilidade extracontratual ou aquiliana, com exclusão da responsabilidade civil contratual» (disponível em www.dgsi.pt).

⁷⁷ Intervenção que, como atrás frisámos, para além de muito comum na prática judiciária, está subjacente a grande parte das nossas considerações.

⁷⁸ Figuremos o seguinte caso (de contornos propositadamente exacerbados..., ou talvez nem tanto, perante algumas das heranças culturais e educativas ainda vigentes em determinadas camadas populacionais de países como Portugal): o agente, de 16 anos, ouvindo ao longo de toda a sua infância e juventude a exaltação de uma mundividência profundamente sexista por parte dos seus progenitores — que sempre «ensinaram» o filho no sentido de as mulheres, sem grande hipótese de escolha, deverem «servir» os homens em tudo o que estes desejam —, acaba por cometer um crime de coação sexual, previsto no art. 163.º do CP, sobre uma menor de 17 anos, sua colega de escola, cujas atitudes de recusa de nada valeram perante as investidas do agente, convicto de que a atuação por ele levada a cabo estava a corresponder a um comportamento não verberado pela ordem jurídico-penal. Dependendo tudo das concretas condicionantes do «pedaço de vida» em causa, poderia, no limite, perguntar-se se, numa situação como a acabada de descrever, no específico contexto em que eclodiu, teria porventura agido o menor com falta de consciência da ilicitude do facto. E, caso se defendesse ser tal falta de consciência da ilicitude não censurável (n.º 1 do art. 17.º do CP), com a consequente absolvição penal, parece-nos que a mesma não poderia certamente obstaculizar (antes imporia) uma séria indagação acerca da existência ou não, na hipótese em apreço, dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual a onerar os pais do agente pelo comportamento em questão.

inimputável por anomalia psíquica, conforme o artigo 20.º do CP⁷⁹, e insuscetível, portanto, de um juízo de culpa.⁸⁰

A admitir-se que a responsabilidade *in vigilando* dos progenitores seja chamada concretamente à colação em cada um dos dois episódios acabados de mencionar⁸¹, a inexistência de responsabilidade criminal e a absolvição da lide penal não impedirão, como se vê, uma distinta solução em termos civis.

Aliás, no último dos dois exemplos há pouco traçados, poderemos deparar até, por força do artigo 489.º do CC, com um de dois cenários mais específicos: caso se reconheça *in casu* a responsabilidade civil *in vigilando* dos progenitores, mas não seja viável obter a devida reparação dos danos por manifesta penúria económico-patrimonial daqueles, a equidade sustentará uma eventual condenação civil do inimputável por anomalia psíquica que revele uma situação económico-vivencial abastada e passível, portanto, de satisfazer tal reparação; se, diversamente, a ação decidir no sentido da não verificação dos pressupostos substantivos da responsabilidade *in vigilando* dos representantes (subtraindo-os, portanto, a qualquer encargo indemnizatório), mas se apurar a dita abastança do representado, poderá também ocorrer, agora por esta via, a condenação civil do inimputável.⁸²

3.4. Como se perceberá, o que acima expusemos relativamente à incapacidade judiciária dos menores demandados valerá agora, *mutatis mutandis*, para as eventuais vítimas que, mercê da sua menoridade⁸³, sejam, também elas, incapazes do ponto de vista judiciário. Isto é: nos termos gerais dos artigos 15.º e 16.º/n.ºs 1 e 2 do CPC, haverá lugar, do lado ativo da lide civil, ao

⁷⁹ Vide, a propósito, *supra*, ponto 2.3., especialmente nota 55.

⁸⁰ Como sabemos, a circunstância de, nos termos do n.º 3 do art. 376.º do nosso CPP, ocorrer uma sentença absolutória (penal) em consequência da qualificação do agente como inimputável em razão de anomalia psíquica não significa — longe disso — a ausência de reação da ordem jurídica à lesão, por aquele, de bens jurídico-penais relevantes: evidentemente que, sendo o agente qualificado de *perigoso*, ocorrerá a definição de uma medida de segurança, de aplicação efetiva ou suspensa na respetiva execução, em face da concreta *perigosidade* e dos específicos modos de manifestação da mesma (cfr. arts. 91.º e ss. do CP, e António Miguel VEIGA, «“Concurso” de crimes por inimputáveis em virtude de anomalia psíquica», 250-255).

⁸¹ Ou até mesmo, segundo uma certa perspetiva, e no que ao primeiro exemplo toca (recordemos o exposto na nota 78), a responsabilidade *in educando*, nos termos que *infra* tentaremos explicar mais pormenorizadamente.

⁸² Em qualquer uma destas duas hipóteses de condenação civil do inimputável haverá que salvguardar sempre, todavia, os alimentos de que o mesmo carece ou das pessoas a quem ele os preste (n.º 2 do art. 489.º do CC) — Fernando Pires de LIMA; João de Matos Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, 490-491. Uma decisão de algum modo interessante para a análise da (in)verificação dos pressupostos que traçamos no texto, encontramos-na no Acórdão da Relação de Coimbra de 20/04/2016 (disponível em www.dgsi.pt).

⁸³ E que, precisamente por causa dessa mesma menoridade (e, em alguns tipos legais, consoante a concreta menoridade em causa), se convertem em vítimas de crimes de natureza pública (arts. 171.º a 178.º do CP; cfr., *supra*, ponto 1.2.).

mecanismo de representação das vítimas por aqueles que legalmente estão cometidos dos poderes de suprimento da dita incapacidade, *maxime*, pelos respetivos progenitores. Destarte, o pedido cível deduzido contra o arguido de 16 ou 17 anos e os seus representantes (estes últimos, como já dissemos, por causa da incapacidade judiciária do primeiro e ainda por si próprios, dada a chamada à colação do instituto da responsabilidade civil *in vigilando*) emanará, no caso de menoridade da vítima, dos respetivos progenitores, em sua representação.

Em bom rigor, tudo não passará, também aqui, da aplicação das regras gerais de sanção ou suprimento, em juízo, da incapacidade a que vimos fazendo referência.

3.5. Por fim, aspeto não confundível com o antecedente, embora com ele conxionado e dimanando igualmente consequências substantivas e processuais, é o que se prende com o universo dos atingidos pelos efeitos do ilícito penal e civil perpetrado pelo arguido.

É que, conquanto os danos (certamente mais agudos do ponto de vista não patrimonial⁸⁴) tendam a ferir, antes do mais, a vítima direta do facto praticado pelo incapaz civil, poderão, do mesmo modo, fazer-se sentir na esfera jurídica de outras pessoas, *maxime*, dos representantes (pensemos nos progenitores) do sujeito passivo do crime.⁸⁵

⁸⁴ Embora, no plano das hipóteses, não haja de ser necessariamente assim, podendo cogitar-se situações nas quais, pelo menos em abstrato, para além de não patrimoniais, ocorram também danos de uma dimensão predominantemente patrimonial.

⁸⁵ Esta é, não o ignoramos, uma problemática de difícil enquadramento, e que em muito ultrapassa os modestos propósitos do presente trabalho. Não deixaremos, contudo, de chamar a atenção para um aspeto de não despreciando relevo, que se prende com o todo complexo inerente à realidade das responsabilidades parentais e implica, a par do dever de garantir a segurança e a saúde dos filhos, o direito constitucionalmente consagrado dos progenitores a verem-nos crescer e desenvolver-se com saúde (n.º 1 do art. 68.º da Constituição da República Portuguesa — CRP — neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/11/1998, disponível em www.dgsi.pt). Trata-se, aliás, de um direito fundamental de cariz social e, mais do que isso, de uma verdadeira *garantia institucional*, lídima refração do reconhecimento da maternidade e da paternidade como valores sociais eminentes — n.º 2 do art. 68.º da nossa Lei Fundamental (Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 353). Mas o apontado direito a ver o crescimento e o desenvolvimento dos filhos em normais condições de saúde e segurança decorre também — e talvez em primeira linha — do previsto no n.º 5 do art. 36.º da CRP, norma integrada no campo dos direitos, liberdades e garantias e, como tal, diretamente aplicável (isto é, sem necessidade de mediação legislativa e a aplicar mesmo na ausência de lei) e vinculadora de entidades públicas e privadas (cfr. arts. 17.º e 18.º/n.º 1 da CRP, e Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 145-148). Pelo que, se considerarmos o crime sexual (sobretudo o de cariz violento) como uma expressiva violação da possibilidade de formação e crescimento seguros e tranquilos da vítima menor e, *pour cause*, do referido direito dos pais, será porventura defensável a ideia de que essa mesma violação (e naturalmente reunidos que estejam *in casu* os demais pressupostos gerais da responsabilidade civil) se mostrará idónea a fazer nascer a favor dos progenitores o direito a uma compensação pelos danos (certamente não patrimoniais) por eles próprios assim sofridos.

4. As responsabilidades parentais e a crescente autonomia das crianças e dos jovens

4.1. Na lógica de suprimento da incapacidade própria dos menores de idade, as agora denominadas «responsabilidades parentais»⁸⁶ (e, antes da Lei n.º 61/2008, de 31/10, a categoria «poder paternal»⁸⁷) desempenham um papel jurídico-familiar e social absolutamente inestimável enquanto veículo de proteção e promoção dos direitos e interesses das crianças e jovens. Mais do que uma mera proclamação legal de intenções, afigura-se-nos ser este, na essência, o grande móbil referencial do instituto — deixado transparecer na norma do atual artigo 1878.º do CC —, e que, para além de outros aspetos, colora de sentido e conteúdo funcional o feixe dos *poderes-deveres* nos quais as responsabilidades parentais se traduzem e é suposto espriar-se o respetivo modo de exercício^{88 89}. O que decerto ajuda também a compreender, aliás, a *garantia institucional* de que constitucionalmente é dotada a família e a

⁸⁶ A expressão «responsabilidades parentais» ganhou, entre nós, consagração legal com a revisão do CC operada pela Lei n.º 61/2008, de 31/10, e corporizou a adoção portuguesa da Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 28 de fevereiro de 1984 (Resolução 4, 1984), assim como dos *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, proclamados em 2007 pela Comissão de Direito da Família Europeu (a propósito de alguns pontos da referida Recomendação do Conselho da Europa, cfr. Maria BAPTISTA-LOPES; António DUARTE-FONSECA, «Aspectos da relação jurídica entre pais e filhos», *Infância e Juventude*, 88, 4 (1991), 19-20; já sobre os aludidos *Principles*, consultar ceflonline.net).

⁸⁷ Entre as «responsabilidades parentais» e o «poder paternal» não deveremos surpreender apenas uma simples mudança de *nomen iuris*, favorecida pela passagem do tempo e inerentes modas semânticas que amiúde, mesmo no domínio jurídico, o transcurso temporal comporta. Com efeito, constituía entendimento generalizado o de que a categoria «poder paternal» continha em si resquícios da visão relacional entre pais e filhos assente na lógica de uma pura «supra-infra ordenação». Por isso, e antes de 2008, surgiram entre nós algumas vozes — como as de Maria Clara SOTTOMAYOR (*Exercício do Poder Paternal Relativamente à Pessoa do Filho Após o Divórcio ou a Separação de Pessoas e Bens*, 2.ª ed., Porto: Publicações Universidade Católica, 2003, 22) e Rosa MARTINS (*Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 225-227) — no sentido da necessidade de uma superação — também legal — do conceito de «poder paternal», que colocasse o acento tónico no cariz funcional, altruístico e cada vez mais democrático do exercício das competências parentais em prol dos interesses dos filhos menores.

⁸⁸ Embora reportado ainda à categoria «poder paternal», e focando este aspeto funcionalmente orientado do respetivo conteúdo e inerente modo de exercício, Armando LEANDRO, «Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações. Algumas reflexões de prática judiciária», in *Temas de Direito de Família*, Coimbra: Almedina, 1986, 121-123. Igualmente partindo da qualificação jurídica de então, «poder paternal», mas sustentando uma sua dupla natureza — de direito subjetivo dos pais no tocante às relações internas da família, e de poder funcional quanto à vida externa ao núcleo familiar —, Jorge MIRANDA, «Sobre o poder paternal», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, XXXII, 1-2-3-4 (1990), 35-38.

⁸⁹ Para uma visão evolutiva dos principais aspetos normativos ligados à regulação do exercício do poder paternal e, após 2008, das responsabilidades parentais, sobretudo em contexto pós-conjugal ou pós-marital, António Miguel VEIGA, *O Novo Crime de Subtração de Menor Previsto no Art. 249.º/n.º 1-c) do Código Penal Português (Após a Lei n.º 61/2008, de 31/10): a Criminalização dos Afectos?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 37-70.

relação parental, e tudo o que a estas realidades diz respeito⁹⁰, as quais não podem, assim, ser suprimidas ou desqualificadas por via legal (artigos 36.º e 68.º da nossa Lei Fundamental).⁹¹

Porém, se consabidamente se trata de um instrumento (*do instrumento*) jurídico por via do qual, *no interesse dos filhos*, se vela pela segurança e saúde destes, provê ao seu sustento, dirige a respetiva educação, exerce a sua representação e administra os seus bens (n.º 1 do artigo 1878.º do CC), não fornece a lei civil (nem, em bom rigor, o devesse talvez fazer, sob pena de uma intromissão intolerável no reduto mais privado da vida familiar) uma qualquer definição concretizadora sobre o modo como determinados aspetos do conteúdo das responsabilidades parentais hão de ser exercidos.⁹² Com efeito, salvaguardados princípios ou *guidelines* éticas de cariz mais geral⁹³, e, por outro lado, alguns aspetos de inequívoca dimensão político-social (pense-se, por exemplo, em questões ligadas à obrigatoriedade de os responsáveis parentais diligenciarem pela efetiva matrícula dos seus filhos em idade escolar e assegurarem o cumprimento do dever de frequência da escolaridade obrigatória⁹⁴, de observarem o prescrito pelos planos nacionais

⁹⁰ Cfr. nota 85.

⁹¹ Joaquim Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 561, 562, 565-566, e Armando LEANDRO, «Poder paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações», 120-121.

⁹² A afirmação acabada de proferir no texto, podendo parecer como que uma decorrência da *natureza das coisas*, talvez não o seja verdadeiramente assim tanto... Basta que pensemos em determinadas conceções — hoje praticamente ultrapassadas em todo o chamado *mundo ocidental* — sobre o modo de exercício da *patria potestas* pelos pais em relação aos filhos, segundo as quais, mesmo orientado para a satisfação dos interesses destes últimos, aquele exercício deveria ser totalmente definido segundo o alvedrio e juízo decisor dos primeiros, numa relação de domínio emulativa da lógica do relacionamento do Estado com os cidadãos (a propósito da noção «soberana» de *puissance paternelle* contida no *Code Napoléon*, Geneviève VINEY, «Du "droit de visite"», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 63 (1965), 225-226, e, particularmente quanto à autoritária conceção geral da família enquanto componente (informal) do aparelho estatal, Salvatore PATTI, *Diritto Privato*, Milano: Giuffrè Editore, 1999, 62, e ainda Maria Pinto BOREA, «I doveri dei genitori verso i figli minori e la responsabilità ex art. 2048 C.C.», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, XXI (1992), 373). Já Lynn WARDLE, no entanto (e independentemente de alguns considerandos mais vinculados do ponto de vista ideológico no tocante à conceção de casamento que parece veicular), chama a atenção — de forma correta, a nosso ver — para aspetos muito relevantes do papel da família na moldação de características ético-sociais (sobretudo de compromisso, partilha e entreajuda) pelas quais as crianças de hoje tenderão a ser necessariamente orientadas no seu percurso social e político (*lato sensu*) de adultos de amanhã («Questões de família: a importância da estrutura familiar e da integridade familiar», trad. Giselle Groeninga, in *Família e Cidadania. O Novo C.C.B. e a Vacatio Legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2002, 41-44).

⁹³ Pense-se na proclamação genérica do dever de obediência dos filhos aos pais e, por contraponto, na necessidade de estes últimos, de acordo com a maturidade daqueles, terem em conta a respetiva opinião nos assuntos familiares «importantes» e lhes reconhecerem autonomia na organização da própria vida (n.º 2 do art. 1878.º do CC).

⁹⁴ Vide art. 2.º/n.ºs 1 e 3 da Lei n.º 85/2009, de 27/8 (Lei da escolaridade obrigatória), e arts. 6.º/n.º 2 e 14.º/n.º 2 do Decreto-Lei n.º 176/2012, de 2/8 (diploma regulador do regime de matrícula e frequência no âmbito da escolaridade obrigatória).

de vacinação obrigatória⁹⁵, ou no poder que lhes cabe de decidirem as questões ligadas à orientação e educação religiosa dos filhos menores de 16 anos⁹⁶), a ordem jurídica espera dos progenitores (entendidos estes *lato sensu*, enquanto titulares das responsabilidades parentais) um prudente, correto e equilibrado exercício do seu múnus, sem que todavia lhes imponha um *concreto figurino prático* desse mesmo exercício, nas suas diversas manifestações. Como há pouco sugerimos, entramos aqui em uma margem de «reserva familiar»^{97 98} — certamente muito marcada pelos concretos modelos educativos seguidos e transmitidos pelos progenitores⁹⁹ —, e na qual apenas deverá ser admitida a intervenção do Estado, *maxime* através da chamada à colação dos meios inibitórios e limitadores do exercício das responsabilidades parentais (artigos 1913.º a 1920.º do CC), quando — e se — forem postas em perigo «a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor» (artigo 1918.º do CC).¹⁰⁰

⁹⁵ Planos nacionais de vacinação obrigatória que dizem respeito apenas, e tanto quanto nos foi dado a perceber, às vacinas do tétano e difteria, sendo os pais pessoalmente responsáveis pela respetiva toma pelos seus filhos, sob pena de, não ocorrendo a vacinação, ser impossibilitada a matrícula escolar dos segundos (arts. 1.º a 5.º/§ único do Decreto-Lei n.º 44198, de 20/02/1962).

⁹⁶ Cfr. art. 1886.º do nosso CC.

⁹⁷ «Reserva familiar» garantida pelas «paredes visíveis e conceptuais» a que alude o escritor britânico Ian McEWAN na eloquente passagem literária com que iniciámos o presente estudo (ponto 1.1.).

⁹⁸ Acerca do contexto próprio da vida dos menores e seus pais, enquanto dimensão de fonte normativa de natureza interna do direito da família, Hélder ROQUE, «Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito da Família e sua integração», *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, 2, 4 (2005), 94-96, e Salvatore PATTI, *Diritto Privato*, 62.

⁹⁹ Neste sentido, Alice COCCHI, «Il dovere educativo dei genitore ex art. 147.º C.C. e la correlata responsabilità in caso di condotte abusanti», *Responsabilità Civile e Previdenza. Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, LXXIX, 4 (2014), 124. Em concreto, a propósito de diferentes perspetivas educacionais (das mais restritivas às de feição amplamente temporizadora) co-existent no século XXI, em diversos cantos do mundo, cfr. o interessantíssimo trabalho jornalístico «Superpais precisam-se! A família e a crise», *Courrier Internacional*, 200 (2012), 39-51. No entanto, sobre alguns aspetos que nos parecem particularmente importantes em termos educativos, António Miguel VEIGA, *O Novo Crime de Subtração de Menor Previsto no Art. 249.º*, 68, nota 131.

¹⁰⁰ Importa notar, todavia, que a inibição do exercício das responsabilidades parentais «em nenhum caso isenta os pais do dever de alimentarem o filho» (art. 1917.º do CC), o que mostra bem como a lei — corretamente, aliás — assume uma visão pragmática quanto à (óbvia) necessidade de garantir a manutenção das condições básicas de sustento e sobrevivência do menor, carecido dos alimentos. Ou seja, independentemente da não imposição legal de um determinado *modus* concreto do exercício das responsabilidades parentais em prol do interesse do filho, haverá sempre um substrato mínimo de conteúdo — a tocar a própria subsistência do menor — que, até mesmo numa situação de cerceamento dos poderes-deveres do progenitor, se mostra intangível quanto à necessidade do respetivo cumprimento (o que nada tem que ver, sem embargo, com as hipóteses legais, existentes em termos gerais, de modificação ou mesmo cessação da obrigação alimentícia). Será este, como se percebe, um dos segmentos do regime do exercício das responsabilidades parentais que maior (e mais justificada) atenção recebe do chamado *Direito Penal da família*, designadamente através do crime de violação da obrigação de alimentos, previsto no art. 250.º do nosso CP. Sobre alguns aspetos do cometimento de tal crime, perfeitamente adaptáveis à questão de que agora falamos, cfr. António Miguel VEIGA, «Da obrigação familiar de alimentos e das consequências penais do respectivo incumprimento: o actual exemplo português», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, I (2016), 223-228.

Sem embargo, parece-nos existir também uma outra dimensão — que poderemos apelidar de «externa»¹⁰¹ — do exercício das responsabilidades parentais, a ganhar afirmação evidente no modo como, na relação com os outros, e num contexto sociocomunitário cada vez mais participado, interativo e escrutinado, o menor se projeta como ser em formação, orientado (ou não) por uma ética existencial de respeito por valores pessoais e sociais basilares. Em tal ética, não pode deixar de se considerar a necessidade de a criança e o jovem serem dotados do entorno afetivo, material e educativo que os encaminhe para uma formação «fiel ao direito». Como refere Alessio ANCESCHI, se o exercício da *podestà genitoriale*, no âmbito do qual entra certamente o direito dos progenitores a educarem a prole segundo a sua própria consciência e as suas convicções, permite, pois, uma inequívoca dose de discricionariedade, esta não é absoluta, já que, por um lado, permanece vinculada a um escopo finalístico expresso na própria lei (cfr. artigo 147.º do *Codice Civile*, norma relativamente aparentada com o artigo 1878.º/n.º 1 do CC português), e, por outro, é limitada pelo respeito dos princípios sobre os quais se funda o ordenamento jurídico e, em particular, o ordenamento jurídico-penal.¹⁰²

4.2. Ponto conexionado com o anterior (e também por nós já aflorado) consiste na necessidade — programaticamente enunciada pela lei — de os pais, de acordo com a maturidade dos filhos, deverem «ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida» (n.º 2 do artigo 1878.º do CC).

Decorrencia de uma visão moderna da criança e do jovem como centros de imputação de direitos e não meros objetos de proteção heterónoma¹⁰³, o reconhecimento de uma cada vez maior margem de autonomia¹⁰⁴ naquilo que representa a sua progressiva afirmação no mundo dos adultos tem, evidentemente, imbricações no modo como, em certa fase da sua formação, os

¹⁰¹ Um pouco na linha do que afirma Jorge MIRANDA («Sobre o poder paternal», 38).

¹⁰² Alessio ANCESCHI, *Rapporti Tra Genitori e Figli. Profili di Responsabilità*, Milano: Giuffrè Editore, 2007, 136; identicamente, Jorge MIRANDA, «Sobre o poder paternal», 54-55, Maria Pinto BOREA, «I doveri dei genitori verso i figli minori e la responsabilità», 373, e ainda Caterina MURGO, «La responsabilità dei genitori per fatto illecito dei figli minori», 544-545.

¹⁰³ A respeito desta mudança de paradigma — muito marcada, em termos internacionais, pela CDC de 1989, à qual, como se sabe, Portugal se encontra vinculado —, vide Francisco Rivero HERNÁNDEZ, «Protección civil de los menores en España. Líneas fundamentales», in *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 13-15. No sistema da *common law*, merece óbvia referência o *Children Act*, igualmente de 1989, consagrador de semelhante perspectiva de uma progressiva autonomia do menor na fruição da sua vida (a este último propósito, cfr. Jonathan HERRING, *Family Law*, 3.ª ed., Harlow: Pearson Longman, 2007, 411-416).

¹⁰⁴ Armando LEANDRO, «Protecção dos Direitos da Criança em Portugal», in *Direitos das Crianças*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 108-110.

primeiros se relacionam com o projeto educativo em curso. Não se trata de perder tal projeto a sua razão de ser perante a capacidade de inclusão do filho na dinâmica vivencial da família, mas mais do modo como participa (continua a participar) o mesmo, intrafamiliarmente, e de um modo quase jurisgénico¹⁰⁵, naqueles domínios que de perto o tocam, convocam e determinam.¹⁰⁶ Ponto é que a responsabilizante maturidade do menor a isso conduza e isso motive.

E é neste segmento existencial que, segundo cremos, mais sentido tem a promoção de uma lógica de verdadeira «partilha de responsabilidades» entre pais e filhos¹⁰⁷, amparada por uma inerente «ética do cuidado»¹⁰⁸ que não deixa, uma vez conseguida, de contribuir para esboçar aquilo a que Guilherme de OLIVEIRA, de modo sugestivo, apelida de «estatuto jurídico de filho»¹⁰⁹. Estatuto que, portanto, vai bastante para além de uma posição de mera obediência do filho em relação aos progenitores (obediência que, contudo, não poderá ser «esfumada» por tal estatuto — cfr. n.º 2 do artigo 1878.º do CC), e, por outro lado, não postula uma completa e irrefragável autonomização do jovem na sua relação familiar, com tudo o que isso poderia implicar de uma suposta «emancipação» *avant la lettre*.

Interessará tentar perceber agora por que modo, na acima referida dimensão «externa» do exercício das responsabilidades parentais — a saber, na relação, porventura danosa, do jovem com terceiros —, a apontada crescente autonomia vivencial do menor convoca (ou poderá convocar) ainda — ou não — uma qualquer ideia de responsabilidade dos progenitores — precisamente por serem progenitores... — perante os lesados.

¹⁰⁵ Jurisgenia no sentido de contribuição do filho para a definição e elaboração das traves contextuais mais relevantes do entorno normativo do relacionamento intrafamiliar.

¹⁰⁶ E domínios nos quais seja até de admitir ao menor, como relativamente natural, uma margem para o mesmo exercer por si «the most dangerous but precious of rights: the right to make their own mistakes» (John EEKELAAR *apud* Jonathan HERRING, *Family Law*, 413).

¹⁰⁷ Guilherme de OLIVEIRA, «Transformações do Direito da Família», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 777.

¹⁰⁸ Rosa MARTINS, «Responsabilidades parentais no século XXI», 39-40.

¹⁰⁹ Guilherme de OLIVEIRA, «Queremos amar-nos... mas não sabemos como!», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 133, 3911 e 3912 (2000), 46.

5. A presunção legal de culpa *in vigilando* como algo de conatural às responsabilidades parentais?

5.1. Diferentemente do que sucede com a opção legislativa italiana — consubstanciada no artigo 2048.º do *Codice Civile*, que integra, do ponto de vista sistemático, a responsabilidade civil extracontratual dos progenitores por factos ilícitos praticados pelos seus filhos no domínio normativo geral referente à família —, o CC português (à semelhança do atual artigo 1242.º do *Code Civil* francês¹¹⁰) consagra, no seu artigo 491.º, a seguinte cláusula geral de responsabilidade: «as pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.»

Exigindo, como pressupostos de aplicabilidade, a existência de uma obrigação — legal ou contratual — de vigilância de outrem, a prática de um facto ilícito pelo abrangido por uma incapacidade natural, e a causação de danos a um terceiro, o artigo 491.º do nosso CC revela-se uma norma de cariz geral, não fazendo uma enumeração taxativa dos sujeitos focados pela respetiva previsão e inerente presunção legal de culpa que contém.¹¹¹ Todavia, é dado adquirido na doutrina e jurisprudência o de que entre os sujeitos desta obrigação de indemnizar se encontram os progenitores, os tutores e aqueles a quem o menor haja sido confiado (artigos 1907.º e 1918.º do CC)¹¹², ou seja, pessoas sobre as quais, e como já analisámos há pouco, recai uma evidente obrigação legal de vigilância em relação à criança ou jovem (não emancipado) menor de 18 anos, e seja ou não este último imputável. A propósito, afirma pertinentemente Maria Clara SOTTOMAYOR: «à incapacidade natural nem

¹¹⁰ Quanto ao art. 1384.º então em vigor (norma antecessora do atual art. 1242.º) do *Code Civil*, vide Jacques GHESTIN, «Observations» à decisão da *Cour de Cassation* de 29/03/1991, *La Semaine Juridique*, 21 (1991), 176-180.

¹¹¹ Sobre os pressupostos gerais de atuação do aludido art. 491.º, cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 405-411.

¹¹² Assim, Adriano Vaz SERRA, «Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância», *Boletim do Ministério da Justiça*, 85 (1959), 410 (aqui, a propósito do art. 2379.º do nosso anterior CC), João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 590-591, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 585, Maria Clara SOTTOMAYOR, «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 405-406, e, de jeito exaustivo, Henrique Sousa ANTUNES, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000, 107-128. Do mesmo modo, e a mero título de exemplo, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/05/1999, disponível em www.dgsi.pt.

sempre corresponde a inimputabilidade. O art. 491.º, dada a sua fórmula geral, aplica-se [...] quer a menores imputáveis quer a menores inimputáveis. Basta, portanto, para fazer funcionar o regime do art. 491.º, a prática, por parte do incapaz, de um facto antijurídico ou objectivamente contrário ao direito (ilícito), causador de danos a terceiro, não se exigindo a culpa daquele. A ser de outro modo, seriam precisamente os que mais carecem de vigilância (os inimputáveis) e que mais perigosos são para os terceiros, aqueles em relação a cujos actos não funcionaria a presunção de culpa das pessoas obrigadas à vigilância de outrem. Quando se trata de um incapaz imputável, este e a pessoa obrigada a vigiá-lo respondem solidariamente, nos termos do art. 497.º do CC.»¹¹³

Já quanto à «etiologia» da norma do artigo 491.º do CC, é comumente defendido que se traduz numa hipótese de responsabilidade subjetiva, baseada numa presunção legal de culpa, como atrás dissemos, mas por *facto próprio* dos obrigados à vigilância, ou seja, pela falta ou omissão desta mesma vigilância.¹¹⁴

Não obstante o carácter algo controverso do tema¹¹⁵, percebe-se que a responsabilidade em questão seja, efetivamente, por *facto próprio*. No entanto, não deixa também de nos parecer — como, aliás, amiúde salientou alguma doutrina francesa a propósito do então vigente artigo 1384.º do *Code Civil*¹¹⁶ — que a matéria deverá ser igualmente objeto de um enfoque um pouco mais fundo, que atenda não somente ao «baixar da guarda» na execução da vigilância pelos obrigados — que, assim, são censurados pelo seu comportamento presumidamente culposos —, mas ainda a uma certa responsabilização pelos efeitos de um facto de perpetração a eles alheia, a saber, o comportamento ilícito (o qual, como vimos, pode ser ou não culposos) praticado pelo incapaz, desencadeador da eventual responsabilização dos obrigados à vigilância.

Ao cabo e ao resto, trata-se de saber se não depararemos, no que ao regime do artigo 491.º do CC tange, com algo de cariz complexo e não somente apreensível nos quadros doutrinários e legais da responsabilidade subjetiva por factos ilícitos, acabando mesmo por nos conduzir a um regime assente

¹¹³ Maria Clara SOTTOMAYOR, «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 408-409.

¹¹⁴ João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 590, e Maria Clara SOTTOMAYOR, «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 411.

¹¹⁵ Cfr., *supra*, nota 21.

¹¹⁶ Jacques GHESTIN, «Observations», 179-180.

em, antes do mais, uma ideia de *garantia* dos pais quanto aos danos causados pelos filhos.¹¹⁷

Seja como for, surge-nos como absolutamente claro — e uma vez mais o reafirmamos — implicarem o ser-se pai e mãe, e o exercício do respetivo poder-dever de velar pela segurança, saúde e educação dos seus filhos menores, a assunção de uma vigilância que, em tese, contribuirá para a obtenção de um duplo desiderato: por um lado, a promoção do interesse dos filhos (como sabemos, o fim referencial das responsabilidades parentais), e, por outro lado, o obviar de resultados lesivos na esfera jurídica de terceiros, a partir dos eventuais «desmandos» protagonizados pelos sujeitos à vigilância.¹¹⁸

5.2. Problema que poderá colocar-se é o de saber se a dita vigilância implica, *ipso facto*, a mobilização de uma forma de responsabilidade escorada numa presunção legal como a prevista no artigo 491.º do CC, com o desvio, que daí advém, ao regime probatório regra na responsabilidade civil, contido no artigo 487.º/n.º 1 (cfr. ainda artigo 350.º) do mesmo diploma.¹¹⁹

¹¹⁷ A questão não é meramente teórica, entroncando no feixe de críticas que alguma doutrina assesta àquilo que diz constituir uma quase impossibilidade de consecução da prova liberatória da culpa, a que de seguida nos referiremos. É que se aos pais, e *na efetividade das coisas*, se mostra amiúde inviável a demonstração da observância do seu dever de vigilância relativamente ao menor lesante, e a *praxis* judiciária, assente numa rígida presunção como a entre nós prevista no art. 491.º do CC, tender a obstaculizar qualquer hipótese de não responsabilização dos progenitores, como se poderá escapar à sensação de que estão estes «aprisionados» por uma responsabilidade de feição essencialmente *objetiva*, a funcionar nas vestes de uma inamovível *garantia* indemnizatória do lesado? Sobre estas críticas, Fernando Garcia VICENTE, «La responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor: causas de exoneración», *Anuario de Derecho Civil*, XXXVII (1984), 1050-1052, e Enrico CARBONE, «La responsabilità aquiliana del genitore tra rischio tipico e colpa fittizia», *Rivista di Diritto Civile*, LIV, 1.º (2008), 12-15.

¹¹⁸ Tratando-se esta de uma matéria plena de riqueza «intercomunicante» no seio do Direito Civil, *maxime* entre o direito das obrigações e o direito da família, crianças e jovens, não esquecemos igualmente que o exercício das responsabilidades parentais no interesse dos filhos aporta ainda todo um outro conjunto de questões intrafamiliares, de uma enorme fecundidade e — pelo menos entre nós — relativa novidade heurística e reflexiva. Falamos da temática da responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos, precisamente motivada pela violação de deveres que só pela especificidade da relação familiar poderá ter lugar. Assim, e como bem nota Mafalda Miranda BARBOSA, «o pai que deixa de exercer os seus deveres de acompanhamento e educação do filho põe em causa um dever que não poderia ser violado por outra pessoa. E o dano daí decorrente só é pensável porque o abandono existe da parte do pai e não da parte de qualquer outra pessoa» («Família e responsabilidade civil: uma relação possível? Brevíssimo apontamento», *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, 10, 20 (2013), 68, e, ligando a questão à perturbação do normal desenvolvimento da personalidade do menor, 69-71). Sustentando também a mobilização da responsabilidade civil (desde que, evidentemente, verificados em cada caso os respetivos pressupostos preenchidos) em situações congêneres à acabada de referir — com a particularidade de o «abandono» se dar pelo progenitor que, não sendo titular do direito de residência com o filho, não exerce o seu *ius* de visita, remetendo a relação parental a uma «não relação» —, ao invés do recurso legal a figuras típicas como a prevista no art. 249.º/n.º 1-c), *in fine*, do CP, após a redação conferida pela Lei n.º 61/2008, de 31/10, propiciadora de uma criminalização marcadamente *afetiva* e, portanto, falha de sustentação jurídica-constitucional por ausência de bem jurídico-penal protegido pelo tipo, António Miguel VEIGA, *O Novo Crime de Subtração de Menor Previsto no Art. 249.º*, 108-112, 169-178.

¹¹⁹ Em bom rigor, ao lesado importará apenas a demonstração dos pressupostos fácticos dos quais

No plano dos princípios, parecem-nos muito ponderosas as razões habitualmente explanadas para a responsabilidade *in vigilando*: a constatação de uma parte significativa dos factos ilícitos praticados pelos incapazes provir da omissão de vigilância dos respetivos obrigados; a necessidade de garantir o direito indemnizatório do lesado contra a probabilidade da irresponsabilidade ou da falta de solvabilidade do autor material do facto danoso; a conveniência de provocar o estímulo, junto daqueles a quem o dever de vigilância inere, de não «aligeirarem» o efetivo cumprimento desse dever em relação ao incapaz.¹²⁰

E percebe-se que a fundamentação acabada de expor ganhe uma especial pertinência quando os filhos são (ainda) presumidamente inimputáveis em função da idade (n.º 2 do artigo 488.º do CC) ou, afigurando-se imputáveis perante a lei, se encontram ainda num patamar etário baixo. Com efeito, não adiantará negar ou escamotear a natural «atração» que a irrequietude própria (e saudável) das crianças sente por quase tudo o que as rodeia e com que se sentem impelidas a interagir.¹²¹

Pelo que prover à segurança dos filhos equivalerá ou redundará, as mais das vezes, em protegê-los de especiais fontes de perigo, evitando a sua proximidade em relação às mesmas. É que de tais fontes de perigo podem surgir danos que atingirão, *prima facie*, aqueles que menos hipóteses de autodefesa revelam: precisamente as crianças e os jovens de tenra idade. Por isso, sendo os danos sofridos por uma criança ou jovem, o modo como o obrigado à sua vigilância exerceu ou não este múnus de modo efetivo e adequado no contexto do facto lesivo poderá relevar, nos termos dos artigos 570.º e 571.º do CC, para perceber se estaremos perante uma atuação culposa do progenitor suscetível de conduzir a uma eventual redução ou até mesmo exclusão da indemnização *ab initio* cabida. O que nos mostra já que o «abrandamento»

depende a existência do dever de vigilância (*maxime*, a relação de filiação ou tutela, ou a entrega juridicamente relevante do menor), assim como o dano sofrido em consequência do facto ilícito da pessoa a vigiar (Adriano Vaz SERRA, «Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância», 424). No mais, e como afirma Maria Clara SOTTOMAYOR, sob pena de esvaziamento do alcance da presunção, caberá ao obrigado à vigilância a demonstração (para além, evidentemente, e se necessário for, dos factos impeditivos referidos no art. 491.º do CC) da não existência do nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano («A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 411-412).

¹²⁰ Nestes termos, Adriano Vaz SERRA, «Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância», 396, e João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 590-591.

¹²¹ Pense-se, por exemplo, na criança que, pedalando no parque enquanto a sua mãe, distraída, conversa com uma amiga, se entusiasma e ganha uma velocidade tal que perde o controlo da bicicleta e acaba por atropelar, pelas costas, outra pessoa que por ali passeia tranquilamente. Ou na criança que, estando no quintal de casa com o seu pai, aproveita o estado absorto deste último na leitura do jornal, se afasta com a sua bola de futebol até à zona envidraçada da casa vizinha, onde desfere alguns pontapés mais fortes no referido esférico e quebra um dos vidros da habitação.

do dever de vigilância pelos pais pode surgir também como causa (ou, ao menos, como concausa) da produção de danos na pessoa dos filhos.

Todavia, para além da dimensão acabada de aludir, se perspetivarmos os incapazes — eles próprios — enquanto potenciais fontes de causação de danos a terceiros, cremos justificar-se igualmente, *mutatis mutandis*, e tendo por base uma evidente homologia de razões às antes expostas, a responsabilidade *in vigilando* postulada pelo artigo 491.º do CC.

Em que exatos termos, no entanto?

6. Responsabilidade *in vigilando* e responsabilidade *in educando* por factos ilícitos praticados por menor: uma única e mesma realidade?

6.1. A questão agora colocada prende-se, como facilmente se perceberá, com a forma e a extensão que deverão ser reconhecidas à ideia de «dever de vigilância» exercido em relação ao menor.

Tratando-se de uma matéria conxionada tão de perto com as responsabilidades parentais, caberá saber se a responsabilidade *in vigilando* prevista no artigo 491.º do CC pressuporá sempre — só e apenas — uma ideia de proximidade físico-temporal entre os obrigados à vigilância e o incapaz, ou poderá assentar, em algumas situações, em outras circunstâncias igualmente reveladoras do *modus* de exercício dos ditos poderes funcionais.

O problema remete-nos, pois, para a (tentativa de) dilucidação da razão de ser da responsabilidade *in vigilando* ou, pelo menos, do que *não constitui* o fundamento de tal responsabilidade.

A nosso ver, será porventura pouco correto afirmar que, no universo do relacionamento paterno-filial, a responsabilidade *in vigilando*, e a presunção legal de culpa que a mesma encerra, não têm qualquer ligação àquilo que se espera — por lei, desde logo (n.º 1 do artigo 1878.º do CC) — de uma determinada forma de expressão das responsabilidades parentais e do resultado desse exercício. Isto é, parece-nos que a circunstância — por nós não repudiada na sua essência — de assumir atualmente a responsabilidade civil uma função sobretudo reparatória de danos não pode conduzir, *ipso facto*, à conclusão

de ser para a lei totalmente irrelevante o modo comportamental¹²² que é suposto esperar-se, na matéria da responsabilidade e da culpa *in vigilando*, do desempenho das responsabilidades parentais.¹²³ Acrescentaremos até mais: precisamente porque a função reparatória revela sempre, na sua base, uma opção e uma postura éticas mais ou menos marcadas¹²⁴, terão sido por isso eleitos, em certos domínios, arquétipos dos quais se extrairão presuntivamente ilações sobre uma ideia de culpa de atuação.¹²⁵

Assim, cremos haver duas aproximações possíveis para tentar perceber qual o modelo ou padrão básico de conduta legalmente esperado dos responsáveis pelo incapaz, e cuja presumida inobservância fará desencadear o regime previsto no artigo 491.º do CC.

Por um lado, encontramos a posição que defende, como faz Maria Clara SOTTOMAYOR, fundamentar-se a norma em causa (artigo 491.º do CC) «apenas na culpa *in vigilando*, excluindo a culpa *in educando*»¹²⁶, ou, conforme advoga Mafalda Miranda BARBOSA, «o dever de vigilância» se exercer «em relação a uma concreta situação; pelo contrário, o dever de educação dos pais em relação aos filhos não pode ser concretizado por referência a uma dada factualidade. Trata-se, ao invés, de um dever que modela a relação parental/filial *ab initio* e que irá condicionar o modo de ser e de actuar do sujeito mesmo depois de ele atingir a maioridade»¹²⁷.

Por outro lado, deparamos com a interpretação de Mário Júlio de Almeida COSTA, para quem, perante a letra e o espírito da lei, «a diligência e o cuidado exigíveis às pessoas obrigadas a vigilância — por exemplo, os pais — começam

¹²² E isto, uma vez mais o repetimos, independentemente do *concreto figurino prático* assumido pelos progenitores quanto à condução da vida familiar e, por consequência, da sua relação com os filhos. Ou seja, ao falarmos *numa determinada forma de expressão* das responsabilidades parentais, não olvidamos o que dissemos *supra*, no ponto 4.1. — e que mantemos na íntegra —, quanto à não interferência estatal no tal *concreto figurino prático dessa mesma expressão*, pelas razões que ali expendemos e temos ora por reproduzidas. A questão será, antes, a de, independentemente da maior ou menor «democraticidade», «doçura afetiva» ou proximidade *concretas* do exercício quanto aos menores, esperar a lei se dirija, *sempre*, à promoção do interesse dos filhos e, por outro lado, ao respeito de valores jurídico-comunitários que pelos mesmos deverão ser também observados.

¹²³ Cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR, «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 414-415.

¹²⁴ Posição ética — e nisto concordamos com Maria Clara SOTTOMAYOR — que explicará então «uma opção clara a favor da tutela do interesse do lesado» e uma mais segura proteção jurídica deste último («A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 415).

¹²⁵ Ideia de culpa de atuação que, como também já percebemos, poderá ser depois desfeita pelos onerados com tal visão *ab initio* definida por lei (arts. 350.º/n.º 2 e 491.º do CC).

¹²⁶ Maria Clara SOTTOMAYOR, «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 404, com itálicos da autora.

¹²⁷ Mafalda Miranda BARBOSA, «Os artigos 491.º, 492.º e 493.º do Código Civil. Questões e reflexões», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XCIII (2017), 352, com itálicos da autora.

antes da verificação do resultado. Haverá que apreciar as circunstâncias de cada caso, tendo-se em vista as concepções dominantes e os costumes»¹²⁸. É igualmente, para além de diversa jurisprudência — portuguesa¹²⁹ e estrangeira¹³⁰ —, a tese de Henrique Sousa ANTUNES, ao afirmar que «a nossa lei apenas exige a demonstração do cumprimento do dever de vigilância. Porém, na vigilância encontra-se compreendida a educação, bastando ao lesado provar a existência do dever de vigilância sem ter de provar a culpa dos pais no defeito de educação que tenha causado o dano. Parece-nos assistir razão a este entendimento. O exercício da vigilância, segundo a nossa jurisprudência, e quanto a nós bem, começa antes da produção do resultado danoso. Ora, é precisamente aí que desempenha papel fulcral, a par dos simples conselhos e recomendações no sentido de evitar a comissão de certo dano, o exercício, ainda, da vigilância *stricto sensu*, a educação do incapaz, como um processo de construção da personalidade e carácter do menor. Não se afigura, por isso, legítimo desligar a vigilância da educação, não só apenas na situação mais claramente perceptível de o grau da referida vigilância *stricto sensu* depender da educação dada, mas no sentido de a má educação ser, igualmente, um cumprimento deficiente do dever de vigilância, fundamento de responsabilidade»¹³¹.

6.2. Como se intui, a opção de base que se tome não será indiferente para os fins hermenêuticos e decisórios a alcançar, sobretudo quando estiverem em causa factos ilícitos praticados por adolescentes na «pré-maioridade».

A propósito, diremos apenas (e não nos foquemos, ainda, nos adolescentes em particular) que a argumentação de não contemplar a norma do artigo 491.º do CC qualquer ideia de culpa *in educando*, dado a ela o texto legal não se referir expressamente¹³², nos parece uma resposta que se queda longe dos critérios interpretativos sistemáticos a atender na matéria.

¹²⁸ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 585.

¹²⁹ Assim, os Acórdãos da Relação de Coimbra de 17/09/2013, da Relação de Lisboa de 09/12/2015, e ainda do Supremo Tribunal de Justiça de 06/05/2008, 03/02/2009 e 29/10/2009, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹³⁰ Trata-se da corrente seguida por uma muito significativa franja da jurisprudência transalpina. A título de mero exemplo, cfr. as decisões da Cassazione Civile italiana de 20/10/2005 (*La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, XXII, 9 (2006), 990-993), 22/04/2009 e 18/09/2015 (ambas disponíveis em www.giuffre.it/riviste/resp).

¹³¹ Henrique Sousa ANTUNES, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, 230-232, com itálicos do autor. Convergentemente, cfr. a obra clássica de Pierre-Dominique OLLIER, *La Responsabilité Civile des Père et Mère. Étude Critique de Son Régime Légal*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961, 179-191.

¹³² Como se nos afigura ser a posição sustentada por Maria Clara SOTTOMAYOR, «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 404, 424-425.

Com efeito, uma interpretação teleologicamente orientada, atenta à harmonia e à razão de ser das soluções do sistema jurídico (n.º 1 do artigo 9.º do CC)¹³³, terá de ir além de uma perscrutação do significado estritamente literal do vocábulo «vigilância»¹³⁴ contido no artigo 491.º do CC.

Não esqueçamos constituir o preceito em causa um arquétipo geral do qual poderá defluir responsabilidade, não só para pais ou tutores, mas para todos aqueles que, por lei ou vínculo contratual, têm a seu cargo um incapaz. Ou seja, a inserção sistemática do artigo 491.º do CC indicia que o legislador não pensou apenas (*e não pretendeu pensar apenas*) nos progenitores ou equivalentes, antes traçou as traves gerais da mobilização interpretativa da norma, a acontecer mesmo para além das relações familiares e congéneres. Se assim é, importa ver — até mesmo para efeitos de perceção das condicionantes à qual a construção do juízo de culpa, nos termos do artigo 487.º, terá especialmente de atender — qual o específico «segmento de vida» a que o dever de «vigilância» se reporta e no qual se expressará mais lididamente. Porque, porventura, a «vigilância» — no sentido mais estrito do termo — que se espera dos pais não será a mesma e com os exatos contornos daqueloutra inata a uma relação que, embora de muito menor proximidade afetivo-existencial, tenha como objeto, por exemplo, a guarda e cuidado profissional de menores¹³⁵...

¹³³ Acerca das exigências e contornos de uma interpretação teleológica, cfr. António Castanheira NEVES, *Interpretação Jurídica*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1976, 47-56.

¹³⁴ Embora — perdoe-se-nos a expressão — *valha o que valha*, cremos ser interessante notar que a palavra inglesa utilizada pelo European Group on Tort Law, nos relativamente recentes *Principles of European Tort Law*, para traduzir a ideia de responsabilidade por factos de menores ou incapazes por anomalia psíquica, é *supervision* e não apenas *surveillance* (cfr. tais *Principles* em www.egtl.org), ou seja, e em termos estritamente literais, «supervisão» ou «orientação» (algo que, a nosso ver, remete bastante mais para uma ideia de interação e integração de ambos os envolvidos), e não «vigilância».

¹³⁵ Percebendo-se, pois, que o enfoque da questão da apreciação da culpa, para os eventuais efeitos da ilisão da presunção ínsita ao art. 491.º do CC, dependerá necessariamente da posição que se tenha quanto à consagração, ou não, em tal norma legal, de uma responsabilidade *in educando*. Estamos em crer que será bem distinto ter de demonstrar que se desenvolveu uma vigilância de cariz presencial e estritamente espaciotemporal quanto à «movimentação» do incapaz (aspeto relevante para aferir do sucesso da ilisão da presunção de culpa que recaia, por exemplo, sobre a *baby-sitter* contratada para vigiar, durante alguns dias, os passos de uma criança), ou ter de provar que, mercê dos laços parentais para com o incapaz, se dotou este de uma mundividência educacional tendente a afastá-lo da prática de factos ilícitos. Ou seja, a ideia de um «bom pai de família» (esse ser tão abstrato e etéreo... — cfr. as críticas certeiras de Júlio GOMES, «Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva», 101-103) enquanto modelo de aferição da conduta à luz de um determinado padrão de diligência (n.º 2 do art. 487.º do CC), dependerá muito, na respetiva configuração, de se entender que a lei civil exige ou não a «prestação de contas» aos pais, em sede de responsabilidade civil extracontratual, por algo mais do que a vigilância fáctica, espaciotemporal, em relação aos seus filhos. O mesmo valendo por dizer que estará aqui em causa um problema de definição — que a lei, reconheça-se, acabou por não fazer em termos claros — dos limites objetivos do comportamento devido — «vigiar» — pelo onerado com a presunção (*vide*, a propósito, Alberto de SA E MELLO, «Critérios de apreciação da culpa na responsabilidade civil (Breve anotação ao regime do Código)», *Revista da Ordem dos Advogados*, 49 (setembro de 1989), 532-533).

Pelo que se nos aparenta, no tocante às relações parentais, que a questão da culpa *in educando*, e como princípio, não poderá estar arredada da questão da ideia de «vigilância» de que nos fala a lei.

Problema um pouco diverso será o de saber se, com base na *culpa in vigilando* ou *culpa in educando*, deverá ser pedida responsabilidade aos progenitores pelos factos ilícitos que os «pré-maiores» pratiquem, causando danos a terceiros, no domínio da sexualidade.

7. A questão da prova liberatória. O caso específico dos chamados *quasi maggiorenni*: mantém-se, de *iure condito*, a responsabilidade *in vigilando* dos progenitores?

7.1. Não haverá que obnubilar a circunstância de amiúde — sobretudo quando a adolescência é vivida de forma muito intensa... — a proteção dos filhos dever fazer-se, antes do mais, em relação aos próprios... O que não impede, de um modo geral, que os adolescentes se encontrem já dotados de um grau de entendimento, uma maturidade e uma autonomia existencial muito próximos dos adultos e da respetiva mundividência.

Pensemos, assim, naquela que tem sido a nossa hipótese-base: a prática de um crime de cariz sexual por um jovem de 16 ou 17 anos. Que vigilância poderia (e deveria) ter sido exercida pelos progenitores relativamente ao jovem autor de tal ilícito (penal e civil)? Uma «vigilância» traduzida no resultado do processo educativo que foi sendo desenvolvido ao longo dos anos pelos progenitores enquanto responsáveis legais do seu filho? Ou uma «vigilância» definida em termos fáctico-temporais conexionados — só e apenas — com o momento da prática do facto ilícito e resultado danoso daí advindo? Ou, em sentido totalmente diverso, perante a idade do agente e a apontada autonomia existencial que lhe está associada, nem sequer qualquer responsabilidade deverá ser pedida aos progenitores?

Tentemos perceber, muito brevemente, que razões poderão estar na base de cada uma das respostas possíveis.

7.2. Já sustentámos atrás¹³⁶ que a descoberta e o contacto dos jovens adolescentes com o mundo da sexualidade acontece cada vez mais cedo, o que pode suscitar inúmeras vicissitudes de índole pessoal, social e até económica (não constituindo novidade para ninguém que alguns casos de gravidezes indesejadas acontecidas na adolescência contêm em si a suscetibilidade de gerar, para além de eventuais questões jurídico-penais, diversas dificuldades em termos de saúde pública e de política educativa manifestamente relevantes).

Numa certa visão das coisas, a «proximidade» cada vez maior dos jovens relativamente à abordagem mediático-comunicacional do referido tema (como que «escancarado» em todos os meios por que na atualidade se faz a comunicação nas sociedades de informação globalizadas como aquela em que nos situamos) não dispensa, antes postula, uma tarefa educativa bem conseguida por parte dos pais em relação aos filhos. Se ninguém escamoteia (como se poderia...?) que tal tarefa é particularmente difícil de desempenhar, sobretudo por aquilo que pode representar de ultrapassagem — sem complexos — de uma certa «cultura de tabu» que (ainda) vigora em muitas sociedades mais marcadamente tradicionalistas, pressupõe um envolvimento sensato, hábil e inteligente dos progenitores (educadores, *lato sensu*) para com aqueles que se encontram numa fase delicada da formação da sua personalidade e inerente aprendizagem perante a vida.

Consequentemente, o dever de vigilância de que ora cuidamos — dos pais em relação aos filhos — teria, no domínio da educação sexual, de ser enquadrado nos moldes acabados de mencionar: uma orientação para a vida, um caminho que se prepara para que o trilha a tomar pelo(a) filho(a) possa decorrer com a esperada «naturalidade» — no sentido de não traumático para si próprio(a) nem para o(a) respetivo(a) companheiro(a).

Não estaria em causa, pois, uma espécie de «policiamento» dos progenitores em relação aos filhos, ainda para mais adolescentes, por cada ato desenvolvido por estes últimos nos seus relacionamentos afetivos e(ou) físicos («policiamento», aliás, humanamente impossível e pessoalmente indesejável...)¹³⁷

¹³⁶ Cfr. ponto 1.3., especialmente nota 15.

¹³⁷ Sobre a questão, Floriana ESPOSITO, «Responsabilità dei genitori e ‘convivenza’ col minore», in *Giurisprudenza Italiana*, 2008, 2167-2171, Gennaro MASTRANGELO, «La responsabilità dei genitori tra educazione e vigilanza della prole minore», *Responsabilità Civile e Previdenza. Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, LXXV, 3 (2010), 555-557, e «Violenza sessuale di grupo e responsabilità dei genitori ex art. 2048 C.C.: il risarcimento del danno non patrimoniale come “internalizzazione del rischio educativo?”», *Responsabilità Civile e Previdenza. Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, LXXV, 7-8 (2016), 1619-1623, e ainda Luca MOLINARI e Valeria FARGIONE, «La responsabilità dei genitori, degli insegnanti e dei tutori», 183.

Antes relevaria, isso sim, a tal preparação de um caminho educativo¹³⁸ que não desembocasse em situações como a por nós eleita para objeto do presente estudo; visar-se-ia, ainda, a consciencialização, por parte do adolescente, de que a sexualidade é algo, mesmo sem uma componente afetiva bem definida, que não pode abdicar de um evidente conteúdo de respeito — físico e psíquico — pela pessoa e pela vontade do(a) outro(a) que conosco se envolve.¹³⁹

Na perspetiva que vem sendo agora exposta, um dos meios mais privilegiados para incutir e ajudar a formar a aludida consciencialização passaria, segura e certamente, pela educação parental (com tudo o que a integra do dever de vigilância pensado pela lei em termos genéricos).¹⁴⁰

Destarte, perfilar-se-iam algumas razões, quanto a nós ponderosas, no sentido de se entender que, não sendo a autonomia progressiva do menor senão o fruto de todo um processo educativo (e evolutivo) anterior, definido e conduzido pelos pais¹⁴¹, não poderia deixar de ser convocada a regra do artigo 491.º do CC em caso de crime sexual pelo primeiro praticado.

¹³⁸ Cfr. Luca MOLINARI e Valeria FARGIONE, «La responsabilità dei genitori, degli insegnanti e dei tutori», 183.

¹³⁹ A tarefa educativa tendente à consecução do objetivo referido no texto poderá passar, admite-se, por uma educação sexual assumida pelos progenitores como importante marco para a «preparação» do filho para a vida pré-adulta e adulta. Mas não nos parece que o ónus educativo em questão tenha necessariamente de traduzir-se numa educação sexual. Pois que, por um lado, como nota Alessio ANCESCHI, também em matéria de educação sexual (tal como, por exemplo, no domínio religioso — cfr., entre nós, o art. 1886.º do CC), os progenitores têm liberdade de instrução e educação: tanto podem decidir instruir a prole segundo uma dada orientação ou, diversamente, não lhe fornecer qualquer formação nesse campo (*Rapporti Tra Genitori e Figli*, 141). Por outro lado, e sem embargo de os pais tomarem a opção que bem entenderem quanto à educação sexual dos seus filhos, ocorrências como a dos crimes sexuais relevarão verdadeiramente, a nosso ver (e entre outras razões), de uma questão educativa mais lata e global, que toca a necessidade de sabermos relacionar-nos e respeitar os outros nas suas opções (a propósito, veja-se Gennaro MASTRANGELO, «Violenza sessuale di grupo e responsabilità dei genitori», 1622). Com efeito, quantos de nós nunca trocaram uma só palavra com os pais acerca de matérias ligadas à sexualidade e, não obstante, não deixaram de ter sempre bem presente uma cultura de respeito no relacionamento (inclusive, sexual) com terceiros?

¹⁴⁰ Julga-se, aliás, que a necessidade da autorização dos pais ou do tutor (ou da obtenção do respetivo suprimento judicial) para que o menor com 16 ou 17 anos possa casar (e, assim, obter a emancipação — arts. 132.º e 1601.º-a) do CC) radica também, de algum modo, na ideia de que a avaliação da maturidade do menor subjacente àquela autorização não deve ser retirada aos responsáveis legais pela educação do nubente (não admirando, por isso, que se o eventual casamento do menor sem os mencionados autorização ou suprimento judicial não é fulminado de invalidade, terá sempre, no entanto, a limitação decorrente do art. 1649.º do CC).

¹⁴¹ E a responsabilização, por força do n.º 1 do art. 1902.º do CC, terá de tocar ambos os pais em igual medida, no caso de estarem casados entre si. Ocorrendo uma situação de divórcio, e vigorando a regra geral do exercício comum das responsabilidades parentais em «matérias de particular importância para a vida do filho», pensamos verificar-se também, e em princípio, igual responsabilidade dos dois progenitores (n.º 1 do art. 1906.º do CC). Num contexto, assumido decisivamente pela Lei n.º 61/2008, de 31/10, como de crença num cada vez maior empenho comum dos pais na partilha das responsabilidades parentais, não nos parece existir margem para outro entendimento. Cremos, todavia, que o n.º 6 do art. 1906.º do CC pode abrir espaço a uma eventual assunção única da responsabilidade, *ex vi* art. 491.º do mesmo diploma, quando um dos progenitores divorciados não exerça as responsabilidades parentais, e pouco ou nenhum contacto tem com o seu filho (solução que, no entanto, só em concreto deverá ser aferida e decidida, a fim de evitar que, como refere Maria Clara

Contudo, precisamente em homenagem à idade e crescente autonomia dos *quasi maggiorenni*, deveremos defender, com Henrique Sousa ANTUNES, que «quanto mais próximo da maioridade e, portanto, quanto mais independente, menos releva o papel da vigilância *stricto sensu*, aparecendo a falha na educação como único facto censurável. O grau de autonomia do filho não se compadece com uma vigilância estrita. [...] Dificilmente se reprovará a um pai permitir ao filho de dezasseis anos que frequente a discoteca, local onde vem a matar uma pessoa na sequência de uma briga por si provocada»¹⁴².

Isto mostra-nos a (compreensível) necessidade de um *abrandamento*, por parte do julgador, na aferição dos pressupostos liberatórios previstos no artigo 491.º do CC, quando se lida com «pré-maiores»¹⁴³, por forma a tomar em devida consideração aquilo que, a dado momento da sua vida, constituirá porventura mais o fruto de um «assomo» próprio e conscientemente orientado por parte do jovem, e não tanto o suposto resultado de uma presumida educação desadequada. Para se chegar a um resultado liberatório da culpa, como que bastaria, e *prima facie*, uma comprovação mais ou menos genérica da «boa educação» do agente.¹⁴⁴

Afigura-se-nos, no entanto, que só em função da hipótese concreta e dos seus contornos específicos poderia ser percebido se o facto ilícito praticado, mercê da respetiva gravidade, decorrera ou não de uma falha educativa dos progenitores em relação à pessoa do adolescente.¹⁴⁵ Logo, tal raciocínio seria, em princípio, operativo para a apreciação de um caso criminal de cariz sexual.¹⁴⁶

SOTTOMAYOR, deixe de assumir responsabilidades o progenitor que, censuravelmente, se desinteressa dos seus filhos, os abandona ou maltrata — «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 433-449, embora a propósito dos regimes anteriores a 2008 em matéria de responsabilidades parentais). Para as soluções cabidas à face da lei civil italiana mais recente, Caterina MURGO, «La responsabilità dei genitori per fatto illecito dei figli minori», 543-544.

¹⁴² Henrique Sousa ANTUNES, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, 238, com itálicos do autor.

¹⁴³ A propósito, vide Angelo CHIANALE, «Responsabilità dei genitori (art. 2048° C.C.)», *Rivista di Diritto Civile*, XXXIV, Parte Seconda (1988), 282-283, Laura GAVAZZI, «Più leggero l'onere della prova per i genitori, nell'ipotesi di danni cagionati dai figli minori», *Responsabilità Civile e Previdenza, Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione*, LXXI, 6 (2006), 1076, e ainda Luca MOLINARI e Valeria FARGIONE, «La responsabilità dei genitori, degli insegnanti e dei tutori», 183.

¹⁴⁴ Como nos relata Caterina MURGO, o conceito de «boa educação» vem sendo interpretado pela generalidade da jurisprudência italiana *in positivo*, ou seja, segundo a ideia de que os progenitores não deverão propriamente provar não terem podido impedir materialmente a ocorrência do facto ilícito, mas antes demonstrar haverem exercido uma correta atividade de vigilância quanto à conduta do menor e transmitido uma educação funcionalmente dirigida ao respeito pelas regras essenciais por que se rege a sociedade civil («La responsabilità dei genitori per fatto illecito dei figli minori», 544-545).

¹⁴⁵ Henrique Sousa ANTUNES, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, 236.

¹⁴⁶ Imaginando que o tipo legal não exigia a maioridade do agente, pensemos, por exemplo, na

7.3. Interpretação distinta — embora com atinências à que acabámos de expor — será a de defendermos que, pura e simplesmente, e por todas as razões já atrás apontadas (autonomia dos adolescentes «à cabeça» dos fundamentos)¹⁴⁷, a regulação prevista no artigo 491.º do CC não pode obrigar, do ponto de vista civil, e perante o comando do n.º 2 do artigo 1878.º do mesmo diploma, os pais de um jovem penal e civilmente imputável por causa do crime sexual por este último praticado.¹⁴⁸

Como se antolha evidente, tal entendimento fará com que o problema «morra» de imediato.

Todavia, na sequência de tudo o que vimos dizendo, a posição ora referida não ganha, a nosso ver, uma sustentação apodítica na letra (nem no espírito) dos artigos 491.º e 1878.º/n.º 2 do CC, nem permitirá o tratamento correto e justo de alguns casos mais duvidosos.¹⁴⁹

7.4. Não poderemos deixar também de mencionar a sensibilidade que se tem feito sentir em França e Itália (para falarmos de ordenamentos jurídicos com o nosso aparentado), influenciada por uma conceção essencialmente pragmático-funcional de justiça social.

hipótese do cometimento de um crime de atos sexuais com adolescentes, previsto no art. 173.º do CP, por um jovem de 17 anos, contando a vítima 15 anos e havendo consentido na prática dos factos. Nesta situação, não tendo ocorrido o recurso a violência, ameaça grave ou constricção da vítima, mas apenas um «aproveitamento» da sua «inexperiência», a proximidade de idades (e de mundividências) entre ambos os envolvidos e as demais características do caso permitiriam porventura inculcar o entendimento de que o episódio não seria propriamente o resultado de uma «educação falhada».

¹⁴⁷ Há um outro argumento habitualmente aduzido para afastar o brandir da responsabilidade *in vigilando*, na sua feição *in educando*, em relação aos pais do adolescente. Segundo Mafalda Miranda BARBOSA, trata-se da circunstância de a educação de qualquer pessoa não ser apenas assacada aos progenitores, mas a todo um conjunto de fatores que se vão fazendo sentir ao longo da vida do agente — escola, grupos de amigos, ambiente laboral, etc. (*Lições de Responsabilidade Civil*, 240-241, e «Os artigos 491.º, 492.º e 493.º do Código Civil», 352-353; também a propósito, cfr. Henrique Sousa ANTUNES, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, 232-233). Conquanto a percebamos, não nos parece tal argumentação, apesar de tudo, absolutamente decisiva. Cremos que o interesse da lei se situa no marco temporal da maioridade, sem embargo do percurso educativo (entendido em sentido lato) que continuará (obviamente) a ser trilhado após esse mesmo marco. Depois, as restantes influências fazem, inequivocamente, parte da vida de todos nós, mas não colocarão em causa o múnus educativo inerente ao exercício das responsabilidades parentais e a matriz central por este exercício normalmente cunhada na formação do menor. Aliás, levar tal tese até às suas últimas consequências poderia conduzir a que os progenitores vissem toda e qualquer responsabilidade alijada no tocante a factos ilícitos praticados pelo filho, se conseguissem provar que, mesmo cumprindo eles o seu dever de vigilância física (que no caso *não cumpriram*) quanto ao menor, este, por absoluta falta de sensibilização para a necessidade de respeitar o bem e não fazer o mal — por uma *falha educativa grave dos seus pais* —, sempre levaria a cabo o evento danoso...

¹⁴⁸ É a posição, como se alcança do que temos exposto, de Maria Clara SOTTOMAYOR («A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 408-410, 454) e de Mafalda Miranda BARBOSA (*Lições de Responsabilidade Civil*, 240-241, e «Os artigos 491.º, 492.º e 493.º do Código Civil», 352-353).

¹⁴⁹ Pensemos na situação delineada na nota 78.

Reportamo-nos à proposta que assenta, antes do mais, na fixação (até à maioria) de um limite etário a partir do qual responderia apenas o *grande minore* pelos danos causados em consequência do seu facto ilícito: estaria aqui em jogo, pois, uma responsabilidade pessoal e exclusiva do adolescente, o que pressuporia, na lógica do sistema, a prévia individualização de uma massa patrimonial e definitiva do agente, que permitisse ao lesado a indemnização dos danos padecidos. Na ausência de um património pessoal do menor, seriam então chamados a responder os respetivos progenitores.¹⁵⁰

Independentemente de outros considerandos que poderíamos tecer a propósito do modelo em causa, parece-nos que não responde o mesmo à questão essencial (antes a contorna) de saber, ao cabo e ao resto, qual a opção essencial na matéria: no rigor dos princípios, deveriam os progenitores responder ou não com base numa ideia de culpa *in vigilando* (ou *in educando*), ou a sua chamada apenas se justificaria por considerações — absolutamente pragmáticas — ligadas ao papel da *pecunia* (a ausência de uma massa patrimonial que pudesse sustentar o cumprimento indemnizatório pelo menor)?

E, tudo indicando que a resposta a proferir terá de ser a última, para além de desvelar a mesma (*de vez*) uma conceção *objetivo-garantística* da natureza da responsabilidade dos progenitores, introduzirá uma outra questão, qual seja, a de saber por que razão a vítima de um facto ilícito perpetrado por um menor insolvente ou sem massa patrimonial deverá merecer maior garantia de ressarcimento do que a vítima de um comportamento ilícito praticado por um maior insolvente.¹⁵¹

7.5. Outra via de tratamento possível do tema insere-nos no mundo dos seguros e das suas específicas funções.

Logo aqui, a eventual hipótese do estabelecimento de um sistema de existência de seguro obrigatório por todos os progenitores, numa lógica de socialização do risco, colocar-nos-á, segundo cremos, perante idênticos problemas de determinação do jaez da responsabilidade dos pais.¹⁵²

¹⁵⁰ Acerca desta construção, vejam-se as notas críticas de Angelo VENCHIARUTTI, «Il minore e il danno. Riflessioni sulla responsabilità dei genitori in Francia e in Italia», *Rivista di Diritto Civile*, LI (2005), 2, 239, e Caterina MURGO, «La responsabilità dei genitori per fatto illecito dei figli minori», 549. Um desenvolvimento da lógica inerente ao sistema poderia pressupor o estabelecimento de tetos máximos a não ultrapassar, no caso de os pais serem convocados em termos indemnizatórios (a propósito, Alfredo FERRANTE, «Illecito del figlio minore: nuove prospettive», *Danno e Responsabilità. Bimestrale di Responsabilità Civile e Assicurazioni*, XIV, 6 (2009), 596-597).

¹⁵¹ Ou podendo também questionar-se, muito cruamente, por que motivo deverão merecer maior proteção as vítimas inocentes do que os pais inocentes (Maria Clara SOTTOMAYOR, «A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 458).

¹⁵² Sobre tal solução, e em tese, cfr. Maria Clara SOTTOMAYOR («A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores», 460-466). Realidade porventura ainda mais

7.6. Por fim (e para quem, como nós, não se revê na posição estreme aludida no ponto 7.3.), crê-se que o «estado da arte» argumentativa na matéria suportaria, também *de iure condendo*, um novo enfoque.

Falamos, muito simplesmente, da sujeição às regras probatórias dos artigos 342.º e 487.º/n.º 1 do CC, em sede de responsabilidade civil, de todos os casos em que o «pré-maior» (de 16 e 17 anos) pratica o crime sexual, e este facto, atentas as suas características, é suscetível de inculcar a ideia de um defeito ou falha de educação grave por banda dos pais.

Tratar-se-ia, na prática, e atentos os especiais interesses em jogo, de fazer *cair* a presunção contida no atual artigo 491.º do nosso CC.¹⁵³

Na hipótese agora apontada — e apenas para tal hipótese e outras de igual jaez —, tudo se passaria a definir com base — *só e apenas* — na *demonstração da culpa provada* e não na *suposição da culpa presumida*¹⁵⁴, com os previsíveis benefícios daí advindos em termos de um *fair trial* e subsequente obtenção de justiça material.

Não nos parece decisivo o eventual argumento da necessidade de, com este modelo, empreender a vítima uma prova «diabólica» no sentido de demonstrar que *não houve um cumprimento adequado* da tarefa educativa pelos progenitores. Não. Acredita-se que seria necessário alegar e provar, isso sim, o *concreto* tipo de educação em causa, no contexto de tudo aquilo que conduziu ao «pedaço de vida» sujeito a julgamento, e, a partir daí, ficando cometido ao tribunal o juízo ético-jurídico a formular sobre a factualidade apurada. Ou seja, partiríamos sempre de factos concretos e palpáveis, daí extraindo seguidamente o julgador as ilações jurídico-civis tidas por pertinentes, em face das condicionantes do caso, e segundo os critérios de culpa assentes na figura do «bom pai de família» (n.º 2 do artigo 487.º do CC).

embrenhada em preocupações de coletivização da responsabilidade — e com um pendor mais próximo de uma determinada conceção de Estado social —, tê-la-íamos mediante a previsão de algo aparentado a um *fundo de garantia* comum, essencialmente suportado por dinheiros públicos, a intervir nos casos de insolvabilidade dos obrigados.

¹⁵³ Presunção que, em alguns casos — como admitimos na nota 117 —, pode tornar atualmente a posição processual dos progenitores bastante *desprotegida*. Daí ter sentido defender-se, no presente estado legal de coisas, que, como atrás demos a entender, com o aumento da idade do menor, o nível de aferição do cumprimento da prova liberatória se torne cada vez menos exigente (*vide* Laura GAVAZZI, «Più leggero l'onere della prova per i genitori, nell'ipotesi di danni cagionati dai figli minori», 1076, e Luca MOLINARI e Valeria FARGIONE, «La responsabilità dei genitori, degli insegnanti e dei tutori», 183-184, e criticamente, a propósito de uma decisão judicial italiana que, pelo menos na sua aparência, deturpa — agravando ainda mais — o apontado nível de aferição da prova liberatória, buscando indícios de uma «educação falhada» no modo «frio» como, em um caso de crime sexual, o arguido prestou as suas declarações em audiência de julgamento..., Marina DIMATTIA, «La responsabilità dei genitori passa attraverso il racconto freddo e asettico dei figli minori», *Danno e Responsabilità. Bimestrale di Responsabilità Civile e Assicurazioni*, XIV, 6 (2009), 70-73).

¹⁵⁴ É também o que propõe Pierre-Dominique OLLIER, *La Responsabilité Civile des Père et Mère*, 206-207.

A grande vantagem acabaria por se traduzir — repete-se — na certeza de que, na lógica do sistema, os pais ou representantes legais não seriam condenados sem que a presunção atualmente existente, e nos casos em que as deficiências educativas se revelassem reais e operantes, fosse confirmada pela verdade — *efetivamente provada* — dos factos.¹⁵⁵

Resultado que, quanto a nós, não constituiria pequeno feito.

8. Juízo conclusivo

8.1. Dito o essencial, caberá agora terminar.

Lidamos com um problema — uma vez mais repetimos a nossa convicção — insuscetível de respostas fáceis.

E pensamos, do mesmo modo, que os argumentos para a aplicação ou não do artigo 491.º do CC aos progenitores dos menores adolescentes imputáveis penal e civilmente merecem reflexão aturada à luz dos diversos interesses em jogo.

8.2. Um ponto, para nós, é, no entanto, relativamente adquirido: defender-se a não aplicação do regime em causa somente porque, em termos literais, não se retira a menção à responsabilidade *in educando* do corpo escrito (e estrito) do artigo 491.º do CC levará a esquecer o que é ser-se pai ou mãe e o que daí advém no auxílio ao trilhar de um longo caminho na formação integral daqueles que são hoje crianças ou adolescentes e atingirão amanhã a idade adulta.

Parecendo-nos, pois, que, talvez nos moldes sugeridos, um reequacionar dos termos da questão (sujeitando-a porventura às regras probatórias «normais» do *onus probandi*) constituiria algo de útil e permitiria pacificar de modo minimamente concordante as exigências demonstrativas que se impõem àquele que invoca um direito e, por outro lado, a possibilidade de defesa daqueloutro contra quem tal invocação é feita.

Porém, uma reflexão e discussão futuras serão, evidentemente, úteis na eventual confirmação (ou não) do conjunto de ideias que acabámos de expressar.

¹⁵⁵ Pierre-Dominique OLLIER, *La Responsabilité Civile des Père et Mère*, 207.

16. (S)Em tempo de ter culpa

(Breves considerações sobre o Direito Penal, a culpa e os idosos)

16. Without (In) Time to Be Guilty

(Brief notes concerning Criminal Law, culpability and older people)

Marlene Neves

Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Abstract: With a longer average life expectancy and ageing of population, it seems that violations of older persons' fundamental rights increased, demanding the intervention of Criminal Law. It is argued that it should be created new incriminations and aggravated others to protect elderly as vulnerable people.

Although we thought that the higher age is not, by itself, enough to reduce the capacities of older persons and aggravate, without other reason, the responsibility of criminal offenders, the recent proposals for legislative changes point to a concept of elderly as a person who, once reached a certain age, becomes less capable. Consequently, we propose a summary analysis about the following issue: is the advanced age of offenders relevant for their criminal responsibility? And, if so, on what terms?

Keywords: elderly — guilty — criminal responsibility — aggravating circumstances

1. Considerações introdutórias

Os últimos anos ficaram marcados por uma intensa e crescente evolução técnico-científica que se repercutiu em vários setores da nossa vida (como sejam o alargamento de cuidados de saúde e medicamentosos e o melhoramento das condições higio-sanitárias e habitacionais), provocando, com maior expressividade nos países comumente designados por desenvolvidos, um aumento da esperança média de vida. Este facto tem, por sua vez, contribuído para o progressivo envelhecimento, seja de cada um de nós individualmente considerados, seja da nossa própria comunidade, devendo-se, quanto a esta, notar o papel determinante que a redução da natalidade tem assumido na inversão da pirâmide demográfica.

Sem se olvidar os benefícios que traduz, o envelhecimento populacional tem desvelado múltiplas situações que beliscam direitos fundamentais de quem se encontra no inverno da sua vida: ofensas ao seu corpo e à sua saúde, depauperamento do seu património e ausência ou insuficiência de cuidados básicos (por exemplo, na alimentação, higiene e toma assistida de medicação) dos mais velhos tornaram-se, amiúde, notícia. A sociedade, mais atenta ou por com mais frequência se deparar com ofensas aos idosos, tem clamado por respostas, pedindo até ao Direito Penal que criminalize ou agrave a sanção de tais condutas. Assistimos, por isso, num pretérito recente, a projetos legislativos que propunham «novos» tipos legais de crime e que severizavam as penas de quem atentasse contra os mais velhos.

Nestas propostas, como em outras teses difundidas, a maior idade das vítimas será bastante para ancorar uma diferente ou mais forte intervenção do Direito Penal. Embora, antecipamos, encontremos na atual malha da normatividade jurídico-penal solução para (a maioria d)os casos que a este ramo do Direito cumpre responder, pensamos que a discussão em torno da tutela penal dos idosos não se pode desligar do facto de que, não raras vezes, o mais velho é o autor do crime. Sendo a idade um critério meramente formal, pensamos que a discussão que dela se faça terá de contemplar não só os idosos ofendidos, mas também os agentes de idade avançada ou, como veremos ser coisa diversa, os condenados mais velhos.

2. A velhice, a sua (in)capacidade e a normatividade jurídica

Impõe-se, antes de outras considerações, definir o horizonte conceptual que está em causa quando afirmamos que uma pessoa é velha ou idosa.¹ Ao contrário do que numa leitura apresada possa parecer, não está univocamente estabelecido quando é que uma pessoa passa a ser considerada velha.² O que bem se entende se não nos esquecermos que estamos a falar de um conceito que é duplamente mutável: muda no tempo e muda no espaço.

Expliquemo-nos: é pacificamente aceite que a velhice está ligada ao ininterrupto curso de *Chronos*. De igual modo, é consenso generalizado que se é velho quando se atinge um determinado número de anos. As opiniões dividem-se, porém, quando quantificamos o número de anos a partir do qual se passa a ser idoso, sendo que tal quantificação não pode estar desligada do local em que nos encontramos e da época histórica a que nos referimos.

Por certo, ninguém contestará que ser idoso nos nossos dias não tem igual correspondência a ser velho há séculos ou décadas; neste âmbito, não é despidendo notar que o aumento da esperança média de vida ocasionou o alargamento do tempo³ (expectável) da nossa existência, subindo o número de anos a completar para se chegar a ser idoso.⁴ Da mesma forma, não tem hoje equivalente ser-se idoso num país dito desenvolvido ou num país subdesenvolvido, pois se naqueles as condições de vida proporcionam, em regra, uma considerável longevidade, nos últimos, a velhice atinge-se num patamar etário mais baixo.

¹ Há quem sinta alguma relutância em usar a palavra «velho», socorrendo-se, em sua substituição, de «rodeios e eufemismos como *idoso*, *sénior* ou *terceira idade* [itálicos do Autor]» (José Augusto SIMÕES, «Reflexão Bioética Sobre a Situação do Idoso e sua Família», *Acta Médica Portuguesa*, n.º 23-3 (2010) 486). Não nos repudia, como cremos já indiciado, apelidar de «velho» aquele que envelheceu, embora façamos também referência, de forma indiscriminada, a «idoso». Ainda sobre a terminologia, permitam-nos duas outras notas: uma para assinalar que, em determinado contexto, o termo «velho» pode ser afetuoso se relativo aos ascendentes (exemplificando: «o meu velho disse que me dava a mota»); a segunda para recusar, sem reservas, a troca de «velho» por «pessoa de idade», uma vez que esta expressão corresponde, na verdade, a qualquer pessoa, independente dos anos (ou horas) de vida que tenha.

² Falamos aqui, como é bom de ver, de «velho» como substantivo, não ignorando que, enquanto adjetivo, o seu significado apenas se completa quando percebido o que lhe serve de referência (podendo, por hipótese, falarmos de uma criança que tenha uma idade superior a outra).

³ Conforme José de FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 306, nota 65.

⁴ Atente-se, ainda, que, a par do aumento do número de anos que são necessários para se ser idoso e, portanto, pertencer à «categoria» de terceira idade, o aumento da esperança média de vida originou a criação da «quarta idade», na qual se incluem, *grosso modo*, os anciões.

Importa, assim, que, num primeiro momento, se defina o número de anos a partir do qual se é velho, tendo presente que as respostas avançadas não são, mesmo para pessoas de uma época e de único local, singulares. Nesta sede, a Organização Mundial de Saúde⁵ considera como idoso quem tem, pelo menos, 60 anos, idade igualmente indicada no ordenamento jurídico brasileiro, designadamente no seu Estatuto do Idoso⁶. Tem, porém, vindo a ser partilhado — por diversas áreas do saber (como a Medicina, a Sociologia e a Psicologia) — o entendimento de que a velhice começa aos 65 anos⁷, o que nos parece mais coincidente com a realidade.

Temos para nós, todavia, que a fixação de um limite etário como o mencionado não deve ser, sem mais, transposto para a normatividade jurídica (e, em concreto, para a normatividade jurídico-penal), encetando algumas limitações ou terminando a produção de certos efeitos em relação a quem tenha completado tal idade. Não olvidamos que o nosso ordenamento não é totalmente indiferente à fixação de um dado patamar etário como critério formal para, por exemplo, se estabelecer o início da maioridade (civil⁸ e penal, esta última denominada de imputabilidade⁹) ou a capacidade para casar¹⁰ ou perfilhar¹¹. Mesmo a idade avançada está patente em algumas normas, conduzindo à conversão *ope legis* do contrato de trabalho por tempo indeterminado a um contrato a termo de um trabalhador que atinja os 70 anos¹², idade que, em caso de matrimónio, obriga a que o regime de bens seja o da separação¹³.

Nestes, como em outros casos, o legislador definiu um limite etário que visa a proteção da própria pessoa; mas há, se a razão não nos abandona, uma significativa diferença nas normas que respeitam aos mais novos e as que se destinam aos mais velhos: nas primeiras reduz-se (ou, de todo, não se reconhece) capacidade jurídica a quem ainda não atingiu determinada idade;

⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2011, *European report on preventing elder maltreatment* [em linha], 2011 [consultado em 9 de março de 2018], disponível em http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0010/144676/e95110.pdf.

⁶ Lei n.º 10 741, de 1.º de outubro de 2003, na sua versão atual (artigo 1.º).

⁷ Confira, por exemplo, CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, parecer n.º 80/CNECV/2014 [em linha], 2014, [consultado em 27 de março de 2018], disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1413212959_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf.

⁸ Fixada nos 18 anos, conforme o artigo 130.º do Código Civil.

⁹ Que, nos termos do artigo 19.º do Código Penal, se situa nos 16 anos.

¹⁰ Como resulta do artigo 1601.º, alínea a), *a contrario*, do Código Civil, conjugado com o artigo 1612.º, n.º 1, do mesmo diploma.

¹¹ Segundo o artigo 1859.º do Código Civil.

¹² Vide artigo 348.º, n.º 3, do Código do Trabalho.

¹³ De acordo com o artigo 1720.º, n.º 1, alínea b) do Código Civil.

nas segundas, ao invés, subordina-se a vontade de quem já completou um determinado número de anos a requisitos que, conquanto não diminuam a capacidade do sujeito, condicionam os seus efeitos. Note-se, contudo, que esta limitação não equivale, ao contrário do acontece na diminuta idade, à incapacidade dos mais velhos; nada havendo que o contradiga (ou seja, não existindo decisões judiciais que, para certas situações, os considerem incapazes), os idosos são plenamente capazes.¹⁴

Reconhecer que a velhice não é sinónimo de incapacidade não invalida que estejamos igualmente cientes de que, por situações de doença, deficiência ou outra fragilidade ou dependência (por exemplo, económica), há idosos em condições mais vulneráveis e, por essa razão, reclamam uma maior proteção da comunidade e do Direito. São, sublinhamos, realidades diferentes, sendo que nas últimas a (eventual) incapacidade decorre de uma condição (natural ou adquirida), do estado de saúde ou de outra circunstância que limita os mais velhos no seu quotidiano e na gestão dos bens e/ou da própria pessoa. Frisamos, assim, que, por um lado, o atingir um determinado número de anos não se traduz na incapacidade ou redução da capacidade dos mais velhos e, por outro lado, há pessoas que, sendo mais jovens, podem ser consideradas, pela sua específica condição, como mais vulneráveis e, eventualmente, incapazes.

Queremos, deste modo, deixar claro que «a pessoa idosa não é de forma nenhuma vulnerável ou incapaz só por ser idosa»¹⁵, ideia que, nos tempos que correm, pode caminhar, se a «separação das águas» (entenda-se, a separação da velhice da incapacidade) não for feita, para a sua extinção, não reconhecendo nos mais velhos a capacidade que o somatório de anos, por si só, não aniquila ou diminui. É, pois, relevante que a discussão a respeito dos idosos e dos seus direitos¹⁶ não ignore este aspeto e propugne pela concretização do «direito a ser velho de ser inteiro»¹⁷, sem serem diminuídos nos direitos e nas posições jurídicas e sociais que assumam.

¹⁴ No mesmo sentido, *vide*, entre outros, Renato Amorim Damas BARROSO, «Há direitos dos idosos?», *Julgar*, 22 (2014) 119.

¹⁵ APAV — Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, *Parecer da APAV relativo aos Projetos de Lei n.ºs 61/XIII/1.ª (PSD e CDS-PP), 62/XIII/1.ª (PSD e CDS-PP) e 63/XIII/1.ª (PSD e CDS-PP)* [em linha], 2016 [consultado em 20 de agosto de 2019], disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_APAV_proj_lei_idosos_26_1_Jan2016.pdf, 6.

¹⁶ Permitam-nos esta nota parentética para salientar que, embora usualmente se fale dos «direitos dos idosos», os direitos referidos são, via de regra, direitos que assistem a todas as pessoas, como a vida, a saúde e o património. A par disto, não cremos existir direitos que decorram única e exclusivamente da idade, pois mesmo o direito à reforma por velhice está subordinado a, no passado, terem sido efetuados os respetivos descontos ou, tratando-se de prestação social de velhice, de o património e meios de subsistência serem parcos.

¹⁷ José de FARIA COSTA, «Um direito fundamental: o direito a ser velho de ser inteiro», *Diário de Notícias*

3. A maior idade dos ofendidos: a(s) resposta(s) do Direito Penal

Ancoradas em dados que dizem ser estatísticos ou em inquietantes notícias, muitas vezes têm reivindicado ao Direito Penal uma resposta diferenciada para as infracções criminais que são cometidas contra os mais velhos. Nesta linha, a 13 de agosto de 2015, o Conselho de Ministros aprovou a Estratégia de Protecção ao Idoso¹⁸, um documento em que, entre outras medidas, e conquanto se reconheça um «quadro global muito positivo em matéria de protecção penal dos direitos dos idosos, entende-se que o reforço deve fazer-se em sede de previsão como crimes de práticas das quais existe conhecimento empírico e que assentam na exploração de especial vulnerabilidade dos idosos em situação de incapacidade.»¹⁹ Na medida n.º 4 concretizam-se ainda as ações que devem ser criminalizadas e os tipos legais de crime que devem ser alterados no sentido de se agravarem as respetivas sanções, o que já originou propostas legislativas com esse intento que, contudo, não vingaram.

3.1. Antes de nos debruçarmos sobre o que foi proposto e a tutela que hoje já decorre do nosso Código Penal, admitimos, desde já, desconhecer qualquer informação empírica que permita, de facto, perceber se, em que medida e em que circunstâncias é que os idosos são vítimas de crime ou de outras situações que possam reclamar tutela jurídica. Fala-se, a este respeito, de estatísticas variadas com base nas quais se proferem afirmações como «o abandono de idosos aumentou nos hospitais» ou «os idosos estão a sofrer mais maus-tratos», sem que, contudo, a respetiva fonte seja citada ou, quando o é, não é inequívoco como foram os dados colhidos e tratados.

Para que nos façamos compreender, lembramos que os dados relativos aos internamentos sociais não demonstram, em regra, qual a percentagem de idosos (e outras pessoas que, com idade inferior a 65 anos, possam, pelo seu estado de saúde ou deficiência, estar em semelhante situação) que têm alguém que lhes possa prestar o apoio necessário, ignorando-se que muitos casos são assim computados como de «abandono» quando a pessoa visada ou não tem família ou o familiar seja, ele próprio, carecido de apoio (como

(28 de junho de 2017).

¹⁸ Aprovada em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 13 de agosto.

¹⁹ Último § do Enquadramento da citada Resolução.

sucede, a título de exemplo, com um casal de idosos sem filhos, estando ambos doentes).

Importa ter igualmente presente que, não raras vezes, os dados são recolhidos no âmbito de ciências sociais que trabalham com categorias como «maus-tratos», «negligência» ou «abandono» cuja compreensão não é equivalente naquelas áreas do saber e no Direito. E nada de errado se pode apontar a este propósito; o que assinalamos é que os dados assim colhidos e tratados não podem ser apresentados — e, muito menos, de forma acrítica — como se traduzissem a realidade em termos jurídicos.

Para ilustrar o que afirmamos, invocamos aqui as estatísticas da APAV — Associação Portuguesa de Apoio à Vítima — sobre a violência contra idosos.²⁰ Como o respetivo relatório o enuncia, trata-se de dados atinentes a processos de apoio instruídos naquela associação, não havendo nada que nele indique que todas as situações tiveram, pelo menos, um correspondente processo judicial de natureza criminal e, por conseguinte, uma condenação por crime cometido contra idosos. Denota-se, do mesmo modo, um universo desconhecido, constituído desde logo pelas pessoas que não recorreram à APAV, mas que viram os delitos contra si cometidos julgados ou, no mínimo, investigados, não se podendo esquecer os casos de arquivamento ou de aplicação de meios de diversão (designadamente, os de suspensão provisória do processo). A par do referido, a tradução dos processos de apoio em factos criminosos não clarifica se os mesmos foram objeto de processo judicial e, sendo-o, se houve condenação transitada em julgado ou se a catalogação que é apresentada se ancora numa primeira condenação ou na inicial qualificação jurídica dos factos pelo Ministério Público.^{21 22}

²⁰ Vide APAV — Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, *Estatísticas APAV — Pessoas Idosas Vítimas de Crime e de Violência 2013-2017* [em linha] 2018 [consultado em 6 de outubro de 2018], disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Pessoas_Idosas_2013_2017.pdf.

²¹ Refira-se ainda que foram considerados no relatório em apreço situações de vitimação com duração de vários anos — alguns casos, de décadas — que, em bom rigor, não cremos que possam ser tratadas apenas como violência contra idosos, mas como violência continuada cujo início terá ocorrido na amplitude do que se usa denominar «idade adulta», antecessora da velhice.

²² Para que dúvidas não subsistam, reiteramos que não está em crise a criação, a difusão ou o recurso a estatísticas como as citadas, as quais permitem conhecer, por exemplo, a atividade (parcial) de uma determinada instituição; coisa diversa é utilizarmos tais dados, extrapolando as suas conclusões para realidades que não foram por eles tratadas ou que, pelo menos, não são — porque se pedem emprestados — inequívocos. É pelas razões expendidas que não acompanhamos afirmações como «[n]o plano do direito penal e do processo penal, o crime de violência doméstica contra idosos começa a destacar-se e [a] atingir números significativos, apresentando-se o filho como o principal agressor em 39,6% dos casos» (André Dias PEREIRA; Juliana CAMPOS, «O envelhecimento: apontamentos acerca dos deveres da família e as respostas jurídico-civil e criminais», *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, Porto: Universidade Lusófona do Porto, 10 (2017) 80), sendo que, neste caso, se apresenta ainda um dado como parcelar de um universo (violência doméstica

3.2. Regressemos à proclamada necessidade de reforçar a tutela penal dos mais velhos através da criação de novos tipos legais de crime ou pelo agravamento de outros que já existam quando as respetivas condutas sejam perpetradas contra idosos. Como antes mencionado, foram três as propostas legislativas apresentadas²³ e, conquanto não nos detenhamos numa análise integral de tais documentos, há algumas considerações que, sobre este ponto, gostaríamos de partilhar, o que faremos, de forma generalizada, atentando às semelhanças entre os referidos projetos.

3.2.1. O primeiro apontamento que tecemos centra-se na proposta de inserção, no Código Penal, de um artigo que enumera, criminalizando, determinados comportamentos tidos como atentatórios dos direitos dos idosos.²⁴ Ao invés das normas criminais atuais — inseridas nos capítulos respeitantes aos bens jurídicos que visam proteger ou que com eles tenham alguma afinidade —, sugeriu-se a criação de um articulado que, como nos parece, consiste numa amálgama de condutas potencialmente lesivas de múltiplos bens jurídicos, como sejam o património, a liberdade e a saúde (aqui entendida no seu amplo sentido, ou seja, abrangendo a saúde física e mental).

O artigo proposto corresponderia a um capítulo autónomo denominado «Dos crimes contra direitos fundamentais dos idosos», «Dos crimes contra a pessoa idosa» ou «Dos crimes contra vítima especialmente vulnerável», consoante os projetos, o que se nos mostra enganador; na verdade, adotar-se uma estrutura das normas incriminadoras que tenha por base características do ofendido corresponderia a uma nova e diferente forma de organização da Parte Especial do nosso Código Penal que, repete-se, se estrutura de acordo com os bens jurídicos tutelados.

A par do exposto, as propostas de epígrafe seriam também enganadoras por sugestionarem que no respetivo capítulo se encontravam todas as (ou, pelo menos, a maioria das) normas que tutelassem os mais velhos ou os mais vulneráveis, o que não sucede, mantendo-se a proteção da sua vida, da sua integridade física e do seu património, entre outros, nos crimes já previstos.²⁵

contra idosos) quando, em boa verdade, corresponde a uma realidade mais extensa (violência contra idosos que foi participada à APAV, onde constam, além de relações familiares, as de vizinhança e, em mais de um quarto das situações, outras que não cabem naquelas).

²³ O Projeto de Lei n.º 62/XIII (dezembro de 2015), apresentado pelo PSD e CDS-PP (e sua alteração de julho de 2016), o Projeto de Lei n.º 746/XIII/3.^a (janeiro de 2018), do CDS-PP, e o Projeto de Lei n.º 749/XIII/3.^a, do PAN.

²⁴ Notamos que, embora o PAN proponha a epígrafe do artigo como «ofensas a vítima especialmente vulnerável», decorre do articulado proposto — designadamente da alínea b) — que em causa estão os idosos e não todas as pessoas que se podem encontrar numa situação de especial vulnerabilidade.

²⁵ Epígrafes como as mencionadas poderiam também suscitar a ilusão de que os idosos, pelo facto

3.2.2. De entre os vários comportamentos que aspiravam a serem novos tipos legais de crime, permitam-nos duas breves notas: uma sobre a inclusão do abandono dos idosos em unidades de saúde e, outra, relativa à agravação dos crimes de injúria e de difamação.²⁶

No que toca à primeira, para além de reiterarmos as anteriores considerações a respeito do desconhecimento que temos sobre os internamentos sociais, salientamos que a criminalização do abandono dos mais velhos em hospitais pode ter um efeito perverso. Como o ilustra Maria Paula Ribeiro de FARIA, «sendo certo — certíssimo — que o mero acto de abandonar o pai, ou a mãe [ou outros familiares como avós e tios], idosos, à porta de um hospital é eticamente reprovável, não se esqueça que a vítima pode correr riscos muito mais graves para a sua vida e integridade física se for mantida, à custa do receio da incriminação penal ou da actuação das autoridades, ao cuidado de quem procede deste modo».²⁷ Assim, não se conseguindo evitar, de todo, o abandono dos mais velhos, é, ainda assim, preferível que ele ocorra em instituições que lhes podem prestar os cuidados de que carecem.²⁸

Quanto ao agravamento dos crimes de injúria e difamação, causa-nos alguma perplexidade que se tenha proposto criar como circunstância modificativa agravante o facto de aqueles delitos serem praticados contra «pessoa

de terem atingido uma determinada idade, já seriam titulares de específicos direitos, o que, como antes exploramos, não cremos suceder. Os direitos (fundamentais) cuja tutela penal se reclama para os mais velhos correspondem a direitos que assistem a todas as pessoas.

²⁶ Escolhemos estas notas, mas tivemos já oportunidade de partilhar outras reflexões a este respeito, designadamente sobre as questões que a «representação legal» para lavrar ato notarial (ou, de acordo com as propostas mais recentes, para realizar ato ou negócio jurídico) e a agravação do crime de burla nos suscitaram. Para a sua leitura *vide* Marlene NEVES, «O velho (e o) Direito Penal (Alguns apontamentos para a discussão em torno da tutela penal dos idosos)», in Catarina Santos BOTELHO; Fábio Silva VEIGA (dir.), *Future Law* [em linha], 2018, [consultado em 13 de dezembro de 2018], disponível em <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/PDF%20Livros/Porto/FutureLaw.pdf>, 238-242.

²⁷ Maria Paula Ribeiro de FARIA, «A protecção social das pessoas idosas na Carta Social Europeia Revista, no Código Europeu da Segurança Social e no direito português», *Lex Social* [em linha], 1 (2017), 302-323 [consultado em 20 de outubro de 2018], disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22254/1/A%20protec%C3%A7%C3%A3o%20social%20das%20pessoas%20idosas.pdf>, 320.

²⁸ No mesmo sentido, o parecer do Conselho Superior do Ministério Público defende que «[u]ma proposta de lei de alteração do Código Penal não deve ser a base de uma reflexão, mas ser a respetiva conclusão, sob pena de precipitações e até de resultados práticos contraditórios aos legitimamente pretendidos pelo legislador». (CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 61/XIII (PSD/CDS-PP), 62/XIII (PSD/CDS-PP) e 63/XIII (PSD/CDS-PP) [em linha], 2016 [consultado em 6 de outubro de 2018], disponível em [419](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938314e54497a4f446b774e533077597a4e6b4c5451794e7a51745954646d5a43316b4e6a67334f4751305a544e6a4d446b756347526d&fich=55238905-0c3d-4274-a7fd-d6878d4e3c09.pdf&InLine=true, 7)</p>
</div>
<div data-bbox=)

particularmente indefesa, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez». E nossa perplexidade ancora-se, por um lado, na circunstância de os crimes em apreço serem particulares e, por isso, dependentes de constituição do ofendido (ou de quem legalmente o represente) como assistente e da dedução de acusação particular para que o processo passe à(s) fase(s) subsequente(s) ao inquérito; ou seja, pretende-se proteger os cidadãos tidos como mais vulneráveis agravando crimes cuja tramitação processual carece de um impulso daqueles. Estranhámos ainda, por outro lado, que o que se pretende tutelar aqui seja a honra dos ofendidos, assumindo que o objeto da proteção penal possa, em rigor, ser a integridade psicofísica dos mais velhos, o que, a ser assim, encontra nos crimes previstos e punidos nos artigos 143.º e seguintes do Código Penal a devida tutela.

3.3. Julgamos, em boa verdade, que (muitos d)os comportamentos ofensivos dos mais velhos encontram-se já previstos e sancionados no nosso Código Penal²⁹, não só porque os bens jurídicos que possam estar em causa não são exclusivos de quem tem uma idade mais avançada (como a vida e o património, por exemplo), mas também por observarmos que várias normas jurídico-criminais contemplam já a situação de especial vulnerabilidade decorrente da deficiência ou doença como elemento do tipo legal de crime³⁰, circunstância modificativa agravante³¹ ou elemento que qualifica o crime³². O que acabámos de afirmar não impede que se admita que outras condutas possam vir a ser penalmente censuradas; com efeito, enquanto representação do sistema valorativo da comunidade, o Direito Penal não pode ser estático e rígido sob pena se tornar amorfo. É, pois, de suma importância que as normas criminais não se afastem do tempo e do espaço que têm por referentes, o que não significa que se caia no radicalismo da mudança ao «sabor do vento», pedindo

²⁹ Com semelhante conclusão, confira, entre outros, Rita FONSECA *et. al.*, «Perspetivas atuais sobre a proteção jurídica da pessoa idosa vítima de violência familiar: contributo para uma investigação em saúde pública», *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 30-2 (2012), 159, e Maria Paula Ribeiro de FARIA, *Os crimes praticados contra idosos*, 2.ª ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2018, 139.

³⁰ Como os crimes de violência doméstica (artigo 15.º, n.º 1, alínea d) do Código Penal) ou de maus-tratos (artigo 152.º-A, n.º 1, do Código Penal).

³¹ O que ocorre, *ad exemplum*, nos crimes de coação (artigo 154.º do CP, conjugado com o artigo 155.º, n.º 1, alínea b) do mesmo Código), de sequestro (artigo 158.º, n.º 2, alínea e) do Código Penal), de lenocínio (artigo 169.º, n.º 2, alínea d) do Código Penal) e de roubo (artigo 210.º, n.º 2, alínea b) do Código Penal).

³² Falamos, mormente, da qualificação dos crimes de homicídio (artigo 132.º, n.º 2, alínea c) do Código Penal), de ofensas à integridade física (artigo 145.º, n.º 2 do Código Penal, articulado com a norma precedente), de furto (artigo 204.º, n.º 1, alínea d) do Código Penal) e de burla (artigo 218.º, n.º 2, alínea c) do Código Penal).

ao Direito Penal que seja uma primeira resposta e que, por conseguinte, seja uma coisa diversa daquela que é a sua natureza: ser direito de *ultima ratio*.³³

Assim sendo, e pressupondo que os comportamentos lesivos dos mais velhos justificam a intervenção do Direito, impõe-se, num primeiro momento, perceber se os problemas identificados não encontram já soluções no nosso ordenamento jurídico e, na afirmativa, se tais respostas são adequadas ou suficientes a proteger os interesses que estejam em causa. Concluindo-se negativamente, então cabe perceber se deve ser o Direito Penal a responder, procurando-se no quadro normativo vigente se a tutela que se pretende já existe. O que, no que toca aos bens jurídicos que possam ser violados quando se fala, em termos genéricos e amplos, de maus-tratos a idosos³⁴, cremos estar assegurado.³⁵

4. O idoso enquanto autor do crime

Apesar de considerarmos que os direitos dos mais velhos estão já tutelados pelo Direito Penal, temos para nós que o clamor por outras incriminações como as mencionadas irá, num futuro que não cremos distante, tornar-se lei. E, perspetivamo-lo, tornar-se-á lei em moldes que não cremos muito diferentes dos apresentados, ou seja, no pressuposto de que a maior idade do ofendido corresponderá a uma culpa agravada ou diferenciada (isto é, referente

³³ Sobre este ponto *vide* José de FARIA COSTA, «O tempo e a pena», in J. M. Aroso LINHARES; Inês Fernandes GODINHO, *Actas do Colóquio A Pena e o Tempo de 11 de Março de 2017*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, 69.

³⁴ Bens jurídicos que, para que assim sejam considerados, não podem corresponder à dignidade humana, a qual «como valor fundante e transversal a todo o sistema jurídico[,] não está em condições de desempenhar a função de específico bem jurídico» (Nuno BRANDÃO, «A tutela penal especial reforçada da violência doméstica», *Julgar*, 12 (2010) 14).

³⁵ A economia que deve caracterizar este trabalho não pressupõe uma referência exaustiva de todas as propostas que foram avançadas a respeito da tutela penal dos idosos; não obstante não nos alongarmos, deixamos, em nota, a menção à proposta de criação de uma circunstância modificativa agravante geral ou comum, defendida por Marta Maia MENDES, nos termos da qual, e em função do contexto, poder-se-iam agravar os delitos cometidos contra os mais velhos (conforme Marta Sofia Silva Maia MENDES, *A tutela penal do idoso: A indagação sobre um novo (velho?) bem jurídico*, tese de mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, acessível na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, *passim*). Com esta solução, as infrações praticadas com aproveitamento da vulnerabilidade dos mais velhos teriam sanções mais gravosas, o que, à partida, poderia, pelo menos em parte, responder ao ensejo de, através do Direito Penal, se protegerem os idosos, evitando comportamentos que os ofendessem. Temos, contudo, dúvidas de que o que se pretende com esta proposta não possa ser conseguido dentro do juízo de determinação da pena concreta (e não, como sugerido, na determinação da moldura penal aplicável).

a um específico tipo legal do crime) do agente do delito. Ousamos, por isso, perguntar: se o aumento do tempo de vida da vítima tem vindo a ser defendido como motivo (suficiente) para se aumentar a culpa do agente, será que, quando o generoso número de anos de vida pertence não ao ofendido, mas ao agente, a sua culpa diminui ou que, pelo menos, esta deve ser entendida de um outro modo? Por outras palavras: a idade avançada do agente deverá, com base num entendimento unitário do conceito de idoso, ter repercussão em sede do Direito Penal? E se sim, em que termos? Deverá a maior idade do agente ter repercussão na sua imputabilidade, diminuindo-a?

4.1. As interrogações ora formuladas não são — reconhecemo-lo — originais, tendo este assunto merecido tratamento, seja na doutrina, seja na jurisprudência³⁶, conquanto o entendimento sobre este tema se mostre controverso.

Antes de invocarmos algumas referências a este respeito, interessa des-trinçar as formas (possíveis) de como a idade avançada se poderia repercutir na culpa ou na pena — e, em concreto, na sua avaliação e valoração —, não descurando a hipótese de o número de anos ser irrelevante para o efeito. Temos, por isso, como ponto de partida que a primeira coisa a determinar é o momento que serve de referente para se avaliar a idade do agente: o momento da prática do facto ou o momento do julgamento. Trata-se, se bem o compreendemos, de uma clarificação fundamental da qual decorrem diferentes consequências.

4.1.1. A culpa pode ser entendida como «o juízo de desvalor ou de censura que os outros podem fazer sobre o comportamento jurídico-penalmente relevante quando o agente podia e devia ter agido de outra maneira»³⁷. Assim sendo, a aferição da mesma ter-se-á que reportar ao momento da prática do facto. Admitindo-se que a maior idade do autor do crime possa, por si só, influir na sua culpa — tese que, frisamos, não acompanhamos —, duas possibilidades podem ser equacionadas: ou o agente idoso é inimputável — o que, a defender-se a sua bondade, equivaleria a criar um novo critério formal de (in)imputabilidade, ficcionando-se que um cidadão juridicamente capaz perderia a sua capacidade assim e apenas que completado um determinado número de anos — ou sobre ele deve ser feito um juízo de imputabilidade

³⁶ Para uma leitura sintética e compilada de vários arestos judiciais *vide* A. Lourenço MARTINS, *Medida da pena — Finalidades — Escolha (Abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 193 e ss.

³⁷ José de FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa: INCM, 2017, 349-350.

diminuída³⁸. Não cremos, porém, que seja «em nome da inimputabilidade^[39] ou da imputabilidade diminuída que é de reduzir a pena; não se trata de rotular o idoso como um subcidadão, de segunda classe, diminuído, necessariamente, física, psicológica e psiquiatricamente, a quem tudo é consentido só por o ser, passando ao limbo do esquecimento o seu crime, o que poderia ser grave, pondo em risco a ordem jurídica»⁴⁰.

4.1.2. Se, diversamente, atendermos ao momento do julgamento como referente temporal na (eventual) influência da idade do autor do crime, será na determinação da moldura penal aplicável ou da pena concreta⁴¹ que o acumular de anos daquele pode ser tido em consideração, refletindo-se, no primeiro caso, na redução do limite máximo e/ou do limite mínimo da pena abstrata ou, na segunda hipótese, aproximando do limite mínimo a sanção que lhe será aplicada, com eventual ponderação da sua substituição.

Considerar que uma idade avançada é fundamento para atenuação da pena não é, como antes referido, uma ideia inovadora. Com efeito, o Código Penal de 1886 previa, inclusivamente, que ser maior de 70 anos constituía circunstância atenuante da responsabilidade criminal do agente (artigo 39.º, 3.ª circunstância), como se de «uma maior benevolência pelo respeito devido aos mais velhos»⁴² se tratasse. É bom notar, porém, que ter 70 anos no final do século XIX não é o mesmo que ter 70 anos nos nossos dias; naquela época, o referido patamar etário estava mais próximo do limite da esperança média de vida e as pessoas que atingiam os 70 anos estavam, em geral, mais debilitadas dos que os atuais septuagenários (que têm outras condições e estilos de vida).

³⁸ Em abono desta posição, confira-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2015, processo n.º 220/13.8TAMGR.C1.S1, relatado por João Silva Miguel, em que se conclui que a pena, para um arguido com 75 anos, deve «ter uma dimensão humanizada, modelada pela diminuição da culpa em razão da avançada idade do agente».

³⁹ Inimputabilidade que, para maiores de 16 anos, apenas se verificará na presença de anomalia psíquica que, como previsto no artigo 20.º, n.º 1, do Código Penal, impossibilite o agente, no momento da prática do facto de «avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação».

⁴⁰ Acórdão do Supremo Tribunal e Justiça de 9 de fevereiro de 2012, processo n.º 56/11.0GAVZL.S1.S2, relatado por Henriques Gaspar. Trata-se, assim, de não «olhar para o “qualificativo” idade como um factor de indistinação ou equiparação entre as duas faixas etárias [...] [.] ideia [que] diminui os idosos e reduz a sua autonomia e competência». (Maria Paula Ribeiro de FARIA, *Os crimes praticados contra idosos*, 137).

⁴¹ Notamos que a determinação da moldura penal aplicável — que se encontra após submissão dos factos ao(s) tipo(s) legal(/is) de crime e, identificada a(s) respetiva(s) pena(s) abstrata(a), se conhece, após funcionamento, se aplicável, de circunstâncias modificativas ou de outras regras específicas (como ocorre, por exemplo, nos casos de reincidência ou de concursos de infrações) — é coisa diversa da determinação da pena que, em concreto, vai ser aplicada ao agente. Sobre este ponto, confira Maria João ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2017, 41 e ss.

⁴² Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, 382.

Também a jurisprudência decidiu que «[o] facto do agente ter mais de 70 anos de idade legitimará, em princípio, a atenuação especial da pena, não porque se deva pressupor, necessariamente, diminuída a sua imputabilidade mas, sim, em virtude de, tanto do ponto de vista da prevenção geral como do da especial, ser substancialmente menor a necessidade da pena»⁴³. Esteia-se, deste modo, na diminuição das finalidades preventivas a atenuação das sanções penais dos mais velhos, considerando-se que, pela sua idade, nem a comunidade (que usualmente não vê os mais velhos como perigosos) nem o próprio (cujo tempo de vida expectável não se perspectiva longo e, por isso, não se deseja que os seus últimos dias sejam apenas de clausura, sem possibilidade de reinserção⁴⁴) reclamam uma pena elevada.⁴⁵

Temos para nós, todavia, que o relevo da idade avançada do agente, a influir na sanção que lhe corresponda pelos comportamentos cometidos, relevará tão-só no momento da determinação da pena concreta, estando já definidas (a existirem) as circunstâncias modificativas e a moldura penal abstrata que da sua aplicação resulta e apreciando-se, *in casu*, que finalidades punitivas possam justificar uma sanção mais leve ou, pelo contrário, mais gravosa.⁴⁶ Esta parece-nos a posição mais consentânea com o papel que a idade (e, recordamos, apenas de idade se fala, não está em causa qualquer incapacidade) do agente deve ter na determinação da pena e que encontra arrimo no artigo 71.º, n.º 2, alínea d), do Código Penal e «[n]as condições pessoais do agente» ali mencionadas.

⁴³ Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 7 de outubro de 1999, processo n.º 99P598, relatado por Oliveira Guimarães.

⁴⁴ Pedro Vaz PATTO defendeu, até, que «a atenuação pode ser [...] a necessidade de evitar, mesmo em crimes graves, que a idade avançada se transforme uma pena de prisão de longa duração numa efectiva “prisão perpétua” que comprometa a possibilidade de regresso à normal vida familiar e comunitária» (Pedro Marinha Godinho Vaz PATTO, *Os fins das penas e a prática judiciária — algumas questões* (texto que serviu de base à comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal e Processual Penal de 1 de julho de 2011) [em linha], 2011 [consultado em 20 de agosto de 2019], disponível em https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2011_vazpato_finsdaspenas.pdf, 22), argumento que, se a razão não nos desacompanha, deve ser lido cautelosamente, não desconsiderando que o tempo de vida de um ser humano é, em geral, uma informação desconhecida e o momento da morte pode acontecer — como não raras vezes acontece — em idade anterior à da esperança média de vida, sem que tal facto traduza a intervenção de terceiros em tal desfecho.

⁴⁵ Atente-se que, embora a idade seja um critério formal e, por isso, o seu funcionamento como atenuante seria automático para os arguidos com determinados anos de vida, a jurisprudência entende que a redução da pena tem de ter também em consideração as particularidades do caso, como resulta do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de maio de 2009, processo n.º 389/06.8GAACN.C1.S1, relatado por Armindo Monteiro.

⁴⁶ Neste breve excurso, centrámos somente em perspetivar a maior idade como possível elemento atenuante, mas nada invalida que, pelo menos como hipótese académica, se possa fazer o raciocínio inverso, perguntando se o maior tempo de vida e de contacto com os valores partilhados pela comunidade em que o idoso está inserido não deverá motivar uma maior censura pela ofensa de tais valores.

4.2. Embora extravase o âmbito deste trabalho, impõe-se uma brevíssima referência aos condenados idosos. Esta é, como é bom de ver, uma questão diversa e, apesar de ser possível conceber situações em que esta matéria coabite com a anterior (nos casos em que o agente idoso é efetivamente condenado), pode, com assaz frequência, ser uma problemática isolada; pensemos, a este propósito, do tempo que um processo judicial pode demorar até ao trânsito em julgado da sua decisão (condenatória) ou do tempo que continua a correr no cumprimento da sanção e que, invariavelmente, vai acompanhar o envelhecimento do condenado.

Trata-se, aqui, de um tema que, mormente no meio prisional, tem motivado a atenção de várias entidades e pessoas, alertando-se para as condições das nossas cadeias e da sua comum inadequação para receber aqueles e aquelas que, pela sua específica condição ou pelo seu estado de saúde, reclamam cuidados diferenciados, que se podem estender ao alojamento e à ocupação dos reclusos.⁴⁷ Cumpre salientar, contudo, que, mais uma vez, não é a idade por si só a determinar tal diferenciação.⁴⁸

5. Pontos conclusivos

Creemos ter deixado afloradas, ao longo das linhas antecedentes, as conclusões que, a respeito dos vários aspetos sumariamente tratados, se entenderam ser de partilhar e frisar. Ainda assim, ousamos correr o risco (assumido) de

⁴⁷ A título de exemplo, Elena BURGOA defende que o Direito Penal deve ter uma «resposta particular» para os reclusos de idade avançada, preferindo a aplicação do regime de permanência na habitação (ou num «lar institucional») ou de trabalho a favor da comunidade, desde que esse trabalho seja compatível como estado e capacidades do idoso (Elena BURGOA, «Reflexões para desenvolver um direito penal de maiores — Alguns casos na jurisprudência (na procura da pena justa para idosos)», *Julgar online* [em linha], 2012 [consultado em 6 de outubro de 2018], disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Elena-Burgoa-Reflex%C3%B5es.pdf>, 42). O que, em jeito de nota, suscita a pergunta: pode a idade do condenado determinar um regime diferenciado de substituição das penas (e, em especial, da de prisão) ou de execução de sanções privativas da liberdade? A pergunta fica deliberadamente em aberto, mas de uma coisa estamos convictos: o progressivo envelhecimento e problemas da população prisional exigirá que, num futuro que não se quer muito distante, se pense sobre este pequeno universo constituído de singulares microcosmos.

⁴⁸ O artigo 4.º, n.º 2, do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade refere que o cumprimento destas sanções aplicadas a pessoas com 65 anos ou mais deve «respeitar as suas necessidades específicas e o seu estado de saúde e de autonomia», pelo que, também por esta norma, o critério etário está acompanhado de outras circunstâncias que possam fundar um tratamento diverso.

nos repetirmos, pois também repetidas nos foram as propostas e ideias que nos preocuparam e preocupam.

Em jeito de conclusão, sintetizamos os pontos que julgamos devem estar presentes quando se fala nos mais velhos, no Direito Penal e na culpa:

- a) A adotar-se um critério formal para a idade avançada, o seu estabelecimento não poderá deixar de ter como referente a comunidade a que respeita e o tempo previsível de vida das pessoas que a compõem.
- b) A repercussão desse critério etário no Direito Penal não deverá ser sinónimo — ou correspondência limitada — de uma culpa agravada de quem, com o seu comportamento, ofende os mais velhos.
- c) Embora se advogue a necessidade de alterar o Código Penal no sentido de reforçar a proteção dos mais velhos, pensamos que as respostas, sendo jurídicas, não se devem, de forma inicial, procurar nas normas jurídico-penais e, nos casos que reclamem uma solução deste ramo do Direito, ela já decorrerá de muitas incriminações, uma vez que os direitos que possam ser ofendidos a todos pertencem.
- d) A maior idade, por si só, não se repercute na imputabilidade e, nos casos em que esta parece não existir, deverá equacionar-se, em termos gerais, a inimputabilidade por anomalia psíquica.
- e) A idade avançada poderá ser relevante para a determinação da pena concreta — designadamente por se considerarem diminutas as finalidades preventivas —, mas não cremos que ser idoso corresponda a uma atenuação especial, com repercussão, desde logo, na moldura penal.

Referências bibliográficas

- ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2017, ISBN: 978-972-408-758-0
- APAV — Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, *Parecer da APAV relativo aos Projetos de Lei n.ºs 61/XIII/1.ª (PSD e CDS-PP), 62/XIII/1.ª (PSD e CDS-PP) e 63/XIII/1.ª (PSD e CDS-PP)* [em linha], 2106 [consultado em 20 de agosto de 2019], disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_APAV_proj_lei_idosos_26_1_Jan2016.pdf.
- *Estatísticas APAV – Pessoas Idosas Vítimas de Crime e de Violência 2013-2017* [em linha] 2018 [consultado em 6 de outubro de 2018], disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Pessoas_Idosas_2013_2017.pdf
- BARROSO, Renato Amorim Damas, «Há direitos dos idosos?», *Julgar*, ISSN: 1646-6853, 22 (2014) 117-127

- BRANDÃO, Nuno, «A tutela penal especial reforçada da violência doméstica», *Julgar*, ISSN: 1646-6853, 12 (2010) 9-24
- BURGOA, Elena, «Reflexões para desenvolver um direito penal de maiores — Alguns casos na jurisprudência (na procura da pena justa para idosos)», *Julgar online* [em linha], 2012 [consultado em 6 de outubro de 2018], disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Elena-Burgoa-Reflex%C3%B5es.pdf>
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, Parecer n.º 80/CNECV/2014 [em linha], 2014, [consultado em 27 de março de 2018], disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1413212959_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf
- CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Parecer sobre os projectos de Lei n.ºs 61/XIII (PSD/CDS-PP), 62/XIII (PSD/CDS-PP) e 63/XIII (PSD/CDS-PP) [em linha], 2016 [consultado em 6 de outubro de 2018], disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a-4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a-6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938314e54497a4f446b774e533077597a4e6b4c5451794e7a51745954646d5a43316b4e6a-67334f4751305a544e6a4d446b756347526d&fich=55238905-0c3d-4274-a7fd-d-6878d4e3c09.pdf&Inline=true>
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, ISBN: 978-972-400-124-1
- FARIA, Maria Paula Ribeiro de, «A protecção social das pessoas idosas na Carta Social Europeia Revista, no Código Europeu da Segurança Social e no direito português», *Lex Social* [em linha], 1 (2017), 302-323 [consultado em 20 de outubro de 2018], disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22254/1/A%20protec%C3%A7%C3%A3o%20social%20das%20pessoas%20idosas.pdf>
- *Os crimes praticados contra idosos*, 2.ª ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2018, ISBN: 978-989-883-528-4
- FARIA COSTA, José de, *Direito Penal*, Lisboa: INCM, 2017, ISBN: 978-972-272-605-4
- «O tempo e a pena», in LINHARES, J. M. Aroso; GODINHO, Inês Fernandes, *Actas do Colóquio A Pena e o Tempo de 11 de Março de 2017*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, ISBN: 978-989-889-138-9, 63-72
- «Um direito fundamental: o direito a ser velho de ser inteiro», *Diário de Notícias*, ISSN: 0870-1954 (28 de junho de 2017)
- *O perigo em Direito Penal (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, ISBN: 972-32-0461-4

- FONSECA, Rita *et. al.*, «Perspetivas atuais sobre a proteção jurídica da pessoa idosa vítima de violência familiar: contributo para uma investigação em saúde pública», *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, ISSN: 0870-9025, 30-2 (2012), 149-162
- MARTINS, A. Lourenço, *Medida da pena — Finalidades — Escolha (Abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, ISBN: 978-972-321-889-3
- MENDES, Marta Sofia Silva Maia, *A tutela penal do idoso: A indagação sobre um novo (velho?) bem jurídico*, tese de mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, acessível na Faculdade de Direito da Universidade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2016
- NEVES, Marlene, «O velho (e o) Direito Penal (Alguns apontamentos para a discussão em torno da tutela penal dos idosos)», in BOTELHO, Catarina Santos; VEIGA, Fábio Silva (dir.), *Future Law* [em linha], 2018, 231-244 [consultado em 13 de dezembro de 2018], disponível em <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documents/UCEditora/PDF%20Livros/Porto/FutureLaw.pdf>
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2011, *European report on preventing elder maltreatment* [em linha], 2011 [consultado em 9 de março de 2108], disponível em: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0010/144676/e95110.pdf
- PATTO, Pedro Marinha Godinho Vaz, *Os fins das penas e a prática judiciária — algumas questões* (texto que serviu de base à comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal e Processual Penal de 1 de julho de 2011) [em linha], 2011 [consultado em 20 de agosto de 2019], disponível em https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2011_vazpatto_finsdaspenas.pdf
- PEREIRA, André Dias; CAMPOS, Juliana, «O envelhecimento: apontamentos acerca dos deveres da família e as respostas jurídico-civis e criminais», *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, ISSN: 2184-1020, Porto: Universidade Lusófona do Porto, 10 (2017) 61-80
- SIMÕES, José Augusto, «Reflexão Bioética Sobre a Situação do Idoso e sua Família», *Acta Médica Portuguesa*, ISSN: 1646-0758, 23-3 (2010), 483-492

José de Faria Costa, já Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Provedor de Justiça, é Professor Catedrático da Universidade Lusófona (Lisboa) nas áreas de Direito Penal e Filosofia do Direito. José Manuel Aroso Linhares é Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nas áreas da Filosofia e Teoria do Direito, além de Presidente do Instituto Jurídico. Maria João Antunes é Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área do Direito Penal. Inês Fernandes Godinho é Professora Associada da Universidade Lusófona (Porto), na área de Direito Penal. Todos participaram no encontro de Coimbra que constitui o ponto de partida para a presente monografia.

COIMBRA
JURÍDICA

2022

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA

INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

1 2



9 0



**IMPRESA DA
UNIVERSIDADE
DE COIMBRA**
COIMBRA UNIVERSITY PRESS