

O ERRO SOBRE OS PRESSUPOSTOS DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO: UM ERRO QUE PODE EXCLUIR A ILICITUDE?

Nuno BRANDÃO

*Hey, hey Woody Guthrie, I wrote you a song
'Bout a fanny ol' world that's a-comin' along.
Seems sick an' it's hungry, it's tired an' it's*

*torn,
It looks like it's a-dyin' an' it's hardly been
born.*

*Hey, Woody Guthrie, but I know that you
know*

*All the things that I'm a-sayin' an' a-many
times more.*

*I'm a-singin' you the song, but I can't sing
enough,*

*'Cause there's not many men that done the
things that you've done.*

Bob Dylan, *Song to Woody*, 1962

Em *Song to Woody*, Bob Dylan presta tributo a Woody Guthrie, seu precursor na *folk music* e o homem sobre quem uma vez escreveu um poema de umas cinco páginas quando lhe pediram para dizer “*what Woody Guthrie means to you in 25 words*”. Naquelas palavras de *Song to Woody*, e sobretudo no modo como as entoa, Dylan mostra a admiração, mas também o carinho e a amizade que nutre pelo seu mestre. Com este texto pretendemos juntar a nossa voz à homenagem que aqui se faz a Jorge de Figueiredo Dias. Escollhemos um tema que sempre lhe foi particularmente caro, embora sabendo à

partida, justamente por isso, que nos perpassaria aquela mesma angústia de que "In a-singin' you the song, but I can't sing enough"! Este estudo sobre o erro faz as vezes de uma canção. E se lhe faltam a poesia e o encanto dos versos cantados, sobejam-lhe, porém, os mesmos sentimentos por Jorge de Figueiredo Dias de que aquela canção vai imbuída.

I — O problema

É hoje consensual que o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação tem como consequência a *exclusão do dolo*. Solução que entre nós tem mesmo consagração legislativa, no art. 16.º, n.º 2, do Código Penal. Numa primeira aproximação, poderia julgar-se que com esta expressa previsão legal o debate em torno do problema da justificação putativa tenderia naturalmente a esmorecer, relegando para um mero plano histórico a longa e cerrada discussão entre as teorias do dolo e as teorias da culpa, cada uma delas com as suas versões estrita e limitada, que esteve mesmo no centro do confronto entre as correntes normativista e finalista (1). Agora, é caso raro ver defendida a teoria do dolo e a teoria da culpa estrita tornou-se claramente minoritária no campo alemão (2), revelando-se mesmo incompatível com o direito positivo português (3). Dir-se-ia que assim, sobrando apenas espaço para a teoria da culpa limitada, o erro sobre os pressupostos de um tipo justificador se teria tornado num não problema. Conclusão que se afiguraria, todavia, precipitada, pois se é certo que a generalidade dos autores se declara filiar no legado da originária teoria da culpa limitada, são profundas as diferenças que ainda hoje se acobertam sob essa designação.

No debate entre as teorias do dolo e as teorias da culpa o problema essencial era o de saber se o erro em matéria de causas de justificação deveria ser considerado como um erro sobre a factualidade típica que deveria excluir o dolo, como defendiam as primeiras, ou pelo contrário como um erro sobre a proibição que deixaria intocado o dolo e poderia apenas excluir a culpa, se fosse não censurável, como apontavam as segundas. Problema que gravitava em *sede de culpa*. O triunfo da solução diferenciada trazida

(1) Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1995, § 21.

(2) Cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, § 14, n.º m. 52 e ss.

(3) DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, I: Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, 14.º Cap., § 23 e ss.

pela teoria da culpa limitada (4), distinguindo entre o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, excludente do dolo, e o erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, remetido para o quadro do erro sobre a ilicitude, estabilizou a doutrina em torno da ideia de que aquele erro sobre a situação justificante tem como efeito o afastamento do dolo. Não obstante, a deslocação sistemática, total ou parcial, do dolo para o campo do ilícito-típico veio abrir uma nova perspectiva sobre esta problemática. Se durante largo tempo toda a questão foi tratada como uma questão de culpa, o novo lugar dado ao dolo pela generalidade da doutrina levou alguma dela a antecipar o relevo da justificação putativa da culpa para a ilicitude e a transformá-la num problema do ilícito. De um modo tal que, como veremos, se tornou corrente o entendimento de que o erro do agente sobre os pressupostos de um tipo justificador pode inclusivamente excluir a ilicitude do facto típico por ele praticado.

É esta a temática de que pretendemos cuidar neste estudo, no sentido de perceber em que circunstâncias é defendida a parificação, ao nível dos efeitos, da justificação putativa à justificação real e de apreciar a bondade de uma tal perspectiva; e, por outro lado, indicar e fundamentar aquela que se nos afigura ser a solução preferível para o problema.

II — A aferição do erro: a perspectiva *ex ante* como via indirecta para a exclusão da ilicitude fundada numa causa de justificação putativa

1. Questão prévia à da dilucidação do *efecto* de um erro sobre os pressupostos de um obstáculo à ilicitude é a da própria definição dos termos em que deverá aferir-se a existência de um tal erro. O problema da consequência jurídica do erro só se coloca, obviamente, se e apenas quando se verifica que ao praticar o facto típico o agente incorreu em erro sobre a ocorrência dos pressupostos de uma causa de justificação que autorizaria a realização da conduta típica. Embora constitua o ponto de partida para o tratamento dogmático do problema de que curamos, o *acertamento* do erro constitui matéria que está longe de conciliar uma opinião uniforme.

Merece a concordância da doutrina maioritária a consideração de que, em geral, a apreciação sobre a real verificação dos pressupostos de uma causa de justificação em uma dada situação concreta deve ser realizada *a posteriori*.

(4) Cf., desde logo, ENGISCH, Karl, «Tarbestandsirrtum und Verboisirtum bei Rechtfertigungsggründen», *ZStW*, 70, 1958, p. 566 e ss.

Esta perspectiva *ex post*, que julgamos correcta, recolhe a preferência geral por ser a que melhor se coaduna com a circunstância de a justificação depender da afirmação de um *valor de resultado* que neutralize o desvalor de resultado do facto típico e com a *dimensão de valoração da norma de permissão*. Assim, em regra, o erro existe quando numa consideração *ex post* se constata que na concreta situação da vida em que o agente se moveu não se verificaram afinal, contra o que ele julgava, os elementos que teriam permitido a justificação da sua acção típica. Erro que será de afirmar mesmo na hipótese de a suposição do agente se ter revelado errônea contra as suas melhores e mais bem fundadas expectativas.

A esta posição opõe-se uma outra, segundo a qual os requisitos da dirimente deverão ser avaliados sob uma perspectiva objectiva *ex ante*: o facto deverá considerar-se justificado, mesmo que na realidade não estejam verificados os elementos justificadores, se, de acordo com uma ponderação objectiva, qualquer indivíduo razoável colocado na posição do agente devesse também considerar estar perante uma situação justificante. Desta forma, ainda que uma apreciação objectiva da realidade conduza à conclusão de que o agente actuou sem que estivessem efectivamente preenchidos os requisitos do tipo justificador, tais pressupostos deverão ter-se por verificados e a causa de justificação deverá produzir o seu efeito de exclusão da ilicitude.

Trata-se de uma tese que de há longo tempo vem fazendo curso na doutrina e jurisprudência espanholas, onde é dominante o entendimento de que “quem actua *ex ante* dentro das margens admitidas socialmente ao apreciar o pressuposto de uma causa de justificação, actua justificadamente, ainda que depois, em uma avaliação *ex post*, se conclua que a sua percepção da realidade foi objectivamente errada. O verdadeiro erro juridicamente relevante começará a colocar-se quando o sujeito ultrapasse na sua apreciação os limites do risco permitido, do razoável e do adequado socialmente”⁽⁵⁾.

(5) MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, 2000, p. 358. Ainda nesta senda, por outros, QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., *La Obediencia Debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12.ª CP)*, Libertia Bosch, 1986, pp. 229 e ss. e 262 e s., COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTON, Tomás S., *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, 1996, p. 429 e s., CARBONELL MATEU, Juan Carlos, in: Vives Anton (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (arts. 1 a 223), Tirant lo Blanch, 1996, Art. 20.7.º, 4.2.1, MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (org. Quintero Olivares / Morales Prats), 2.ª ed., Aranzadi, 2001, art. 20.7, p. 196, e FERNANDO

É na doutrina alemã, no entanto, no pensamento de autores como Armin Kaufmann ou Rudolphi⁽⁶⁾, que se encontra a sustentação teórica mais acabada da ideia de que a verificação dos requisitos de uma causa de justificação deverá ser aferida em relação ao momento da conduta. O ponto de união desta corrente — minoritária no espectro alemão — é a concepção da norma jurídica como norma de natureza imperativa e o entendimento de que o cumprimento da determinação nela insita pressupõe que a avaliação dos respectivos pressupostos se realize sob um ponto de vista *ex ante*⁽⁷⁾. Segundo Rudolphi, a função de determinação da norma jurídico-penal impõe que a mesma seja considerada como norma de proibição de criação de perigo para o bem jurídico⁽⁸⁾. Penalmente proibidas são apenas as condutas que de acordo com uma avaliação *ex ante* comportam a possibilidade “a simples probabilidade ou a probabilidade a raiair as margens da certeza de afectar um bem jurídico penalmente protegido. Pensamento que Rudolphi estende à causa de justificação, no sentido de as conceber como excepções à proibição

MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, J.M. Bosch Editor, 2001, p. 386 e ss.

Também na jurisprudência, ao nível do Tribunal Supremo espanhol, chegou a ser dominante, sobretudo em sede de legítima defesa, a tese de que em caso de erro sobre a situação de facto justificante deve a mesma ser apreciada tal como se o pressuposto em falta tivesse estado efectivamente presente, se o erro em que o agente incorreu pudesse considerar-se como fundado e racional — cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Legítima” defensiva putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación”, in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), B. Schünemann / J. de Figueiredo Dias, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, J. M. Bosch, 1995, p. 190 e ss. BOLEA BARDÓN, Carolina, “El exceso intensivo en la legítima defensa putativa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 3, 2001 (http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-01.html), 6.2.3., assinala, todavia, que a partir de finais da década de 1960 a jurisprudência começou a deixar de equiparar a legítima defesa putativa à legítima defesa real e a tratar essas situações em sede de erro, ora como erro sobre o tipo, ora como erro sobre a proibição, parecendo ser este último enquadramento o que obtém hoje maior acolhimento.

(6) RUDOLPHI, Hans-Joachim, “Rechtfertigung im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung”, in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p. 381 e ss, refere que se deve fundamentalmente a Armin Kaufmann, in: *Wetzlar Festschrift*, p. 401 e ss., a tese de que os elementos do tipo justificador devem ser apreciados segundo uma perspectiva *ex ante*.

(7) RUDOLPHI, “Rechtfertigung im Strafrecht...”, p. 378.

(8) Cf. em termos aproximados, WOLTER, Jürgen, “Imputation objectiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio iuris”, in: Bernd Schünemann (comp.), *El Sistema Moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales*, Tecnos, 1991, p. 109 e ss.

de criação de perigo, como autorizações de condutas perigosas para um concreto bem jurídico ⁽⁹⁾. Assim, é rejeitada a tese de que a apreciação da verificação dos pressupostos materiais dos tipos justificadores deve ser efectuada *ex post* ⁽¹⁰⁾. O âmbito do penalmente permitido resulta da conjugação das normas penais de proibição ou de imposição (aquelas relativas aos crimes de acção e estas aos crimes de omissão) com as normas de autorização, contraindo ambas para indicar aos destinatários das normas o seu espaço de liberdade. Ora, prossegue Rudolph, este objectivo de dirigir de forma clara as condutas humanas em situações de conflito e desse modo evitar limitações desnecessárias da liberdade só é alcançável quando todas os pressupostos das normas de conduta relevantes, portanto também os relativos às normas de autorização, sejam aferidos tendo em conta os limites inultrapassáveis do conhecimento humano.

Daqui deriva a conclusão de que tanto os pressupostos das normas de proibição e de imposição, como os elementos das normas de justificação devem ser avaliados no momento da conduta e não *a posteriori*, pois uma apreciação *ex post* não se coaduna com a impossibilidade real de o homem, o destinatário da norma, poder adivinhar o rumo futuro dos acontecimentos: a sua previsão sobre o decurso ulterior dos factos só pode ser feita numa base de possibilidade ou de probabilidade. Ao que acresce o facto de mesmo em relação a pressupostos ditos *hic et nunc*, que ou estão verificados no momento da conduta ou não estão, poder dar-se a circunstância de, na perspectiva do agente, a questão acerca da sua real verificação no momento da conduta escapar inevitavelmente ao conhecimento humano, que só os poderá conceber também em termos de possibilidade ou probabilidade. Deste modo, a consonância da situação de facto com os pressupostos do tipo justificador deve ser aferida *ex ante*, de acordo com um critério individual-objectivo, reportado aos conhecimentos de um observador qualificado ⁽¹¹⁾. Onde, mesmo que se conclua, numa apreciação *ex post*, que o agente se equivocou quanto

⁽⁹⁾ Nesta direcção, cf. também WOLTER, Jürgen, «Imputación objetiva y personal a título de injusto», p. 112 e s.

⁽¹⁰⁾ RUDOLPH, «Rechtfertigung im Strafrecht...», p. 381 e ss.

⁽¹¹⁾ RUDOLPH, «Rechtfertigung im Strafrecht...», p. 387 e ss. Na mesma direcção, PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, vol. II, AAFDL, 1990, p. 679 e ss., que apela ao critério da "definição social (não impugnável) da realidade", e GRAUL, Eva, «Legítima defesa o defesa putativa?», *RDPG*, 2ª Época, 1999, n.º 3 (trad. de «Norwehr oder Putativnorwehr — Wo ist der Unterschied?», *JuS*, 1995, p. 1049-1056), p. 202 e ss.

à efectiva verificação dos pressupostos de uma causa de justificação, mas por outro lado se comprove que colocou na realização do facto o cuidado objectivamente devido, deverá considerar-se numa perspectiva *ex ante* que tais pressupostos estão reunidos. Em consequência, a causa de justificação produz o seu efeito imediato, a exclusão da ilicitude, e o facto típico praticado pelo agente é qualificado como justificado. Eis como, pela via da aferição *ex ante* dos pressupostos de uma causa de justificação, pode uma mera justificação putativa ter um efeito de exclusão da ilicitude de um facto típico.

2. Esta tese da avaliação do erro sob uma perspectiva *ex ante* radica numa concepção de norma jurídica como *pura norma de determinação*. É esta sua premissa fundamental que, em nosso modo de ver, importa questionar, acenta a completa desvalorização da dimensão de valoração da norma em sede de definição do conteúdo do ilícito penal ⁽¹²⁾. Pois, sob um ponto de vista lógico, a função de valoração da norma, traduzida na definição dos bens jurídicos e das condutas que com eles colidam, tem prioridade sobre a função de determinação ⁽¹³⁾, já que "se o direito ordena um determinado comportamento e proíbe um outro isso implica, necessariamente e a todas as luzes, que houve uma valoração anterior" ⁽¹⁴⁾. Daqui não resulta que a função de valoração da norma deva apagar a sua natureza imperativa ⁽¹⁵⁾, devendo antes concluir-se, com Gallas, que *a norma reguladora da conduta humana se funda em duas dimensões, de valoração e de determinação* ⁽¹⁶⁾: como imperativo,

⁽¹²⁾ Neste sentido crítico, também ROXIN, AT⁴, § 14, nota 118.

⁽¹³⁾ MAURKACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho Penal Parte General*, I, Astrea, 1994 (trad. de *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1, Grundrissen des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 7.ª ed., 1987), § 19, n.º m. 29,

⁽¹⁴⁾ COSTA, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra Editora, 1992, p. 409¹⁰⁵. Na mesma direcção, mas a propósito da possibilidade de da norma considerada como imperativo poder derivar a consequência de a falta de consciência da ilicitude redundar em uma exclusão da responsabilidade penal, DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 6, 3., afirma que "a norma imperativa ou de determinação supõe sempre logicamente uma norma de valoração que a *antere* ou, quando menos, *coexiste* com aquela, sendo a determinação proposta, um acto, com a valoração".

⁽¹⁵⁾ Como pretende COSTA, Faria, *O Perigo*, p. 409¹⁰⁵.

⁽¹⁶⁾ GALLAS, Wilhelm, «La estructura del concepto de ilícito Penal», *RDDP*, 1982 (trad. de «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München: C. H. Beck, 1979, p. 155 e ss.), p. 450 e s. e *passim*, e, na mesma direcção, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Duncker & Humblot, 1996 § 24, II, 2.

desempenhando a função de motivação dos cidadãos; e como norma de valoração, dando às acções por ela proibidas um sinal de reprovação jurídica e às acções por elas permitidas um sinal de aprovação jurídica.

Como vimos, a tese de Rudolphi pretende assimilar a norma de permissão, em que assenta a justificação, na norma de proibição ou de imposição constante do tipo incriminador. Todavia, é o procedimento contrário, o de considerar que as normas de permissão mantêm autonomia face às normas de proibição ou de imposição, que se mostra mais conforme à teoria geral do direito (17) e mais apto a exprimir o “distinto significado teleológico ou material das causas de justificação face às normas incriminadoras” (18), permitindo “evidenciar plasticamente o conflito entre os interesses tutelados pelas duas normas; e exprimir, pela prevalência de uma ou outra norma, a prevalência do interesse tutelado, na óptica da totalidade do ordenamento” (19).

Pela afirmação da autonomia da norma justificadora e da sua dupla função de valoração e de determinação, compreende-se que não estando efectivamente dados os pressupostos materiais do tipo justificador este não possa eliminar o sentido de ilicitude que o preenchimento do tipo incriminador comporta, devendo o facto ser qualificado como ilícito. A absorção da norma justificante na norma incriminadora leva a que aquela norma de permissão produza o seu efeito típico, a exclusão da ilicitude, em circunstâncias em que os seus pressupostos de aplicação não estão verificados, o que é metodologicamente errado e contrário à valoração que encerra. Será, por conseguinte, de concluir pela improcedência da tese que mediante uma aferição *ex ante* dos pressupostos de uma causa de justificação atribui ao erro objectivamente inevitável sobre a situação de facto justificante um efeito de exclusão da ilicitude. Assim, por via de regra, a justificação não poderá ser creditada à conduta típica do agente se, numa aferição *ex post* da situação fáctica justificante, for de concluir não estarem observados de modo efectivo e integral os pressupostos materiais do tipo justificador respectivo, ainda que a sua convicção, mesmo que fundada numa zelosa avaliação desse circunstancialismo, fosse toda uma outra (20).

(17) PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 698 e ss. Deste modo, cf. ainda JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁷, § 31, 1.

(18) VIGANO, Francesco, *Stato di Necessità e Conflitti di Doveri. Contributo alla Teoria delle Cause di Giustificazione e delle Scusanti*, Giuffrè, 2000, p. 231.

(19) VIGANO, *Stato di Necessità*, p. 231 e s.

(20) Nesta direcção, PEREIRA, Rui Carlos, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», *Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, sep. *RFDLI*, Lisboa, 1995, p. 36 e s.; GALLAS, «La estructura del concepto de ilicito penal», pp. 459-27

3. Uma palavra mais deve ser dada sobre esta concreta questão da verificação do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, mais precisamente em matéria de aferição dos *elementos de prognose ou de suspena dos tipos justificadores*. Esclarecimento adicional que em nada modifica aquela conclusão de que, em princípio, a verificação dos pressupostos de uma causa de justificação se avalia *ex post*.

A aceitação geral de que o ponto de vista *ex post* deve ser a regra, não impede a afirmação, que reúne um largo consenso, de que sempre existirão domínios onde uma perspectiva *ex ante* se impõe (21). Aí entrará, por exemplo, segundo alguns, as causas de justificação que participam do pensamento do risco permitido (22), o direito de necessidade quanto à situação de perigo (23) e vários casos resultantes de uma distribuição do risco do erro (24), em uma dimensão tão lata e sujeita a condições tão variáveis que dificilmente poderão

e ss. e 474; JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁷, § 31, IV, 4.; ROXIN, *AT*⁴, § 14, n.º m. 88 e s., esp. nota 118; LENCKNER, Theodor, in: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Stafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., C. H. Beck, 2001, antes do § 32, n.º m. 9 e ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona: Reppertor, 1998, Lec. 16, n.º m. 25; BOLEA BARDÓN, «El exceso intensivo en la legítima defensa purativa», 6:2-3; e SÁNCHEZ GARCÍA, M.ª Isabel, *Ejercicio Legítimo del Cargo y Uso de Armas por la Autoridad. Análisis Particular del Ejercicio de la Coacción Directa por las Fuerzas y Cuernos de Seguridad del Estado en Materia de Seguridad y Orden Públicos*, Bosch, 1995, p. 97 e ss.

(21) Cf. PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 36 e s.; ANDRADE, Manuel da Costa, «Violação de domicílio e de segredo de correspondência ou telecomunicações por funcionário (Arts. 378.º e 384.º do C.P. Português). Problemas de tipicidade e ilicitude», *Ab Uno ad Omnia, 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, p. 737 e ss.; SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 97 e ss.; GALLAS, «La estructura del concepto de ilicito penal», p. 459-27; AMELUNG, Knut, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», *JuS*, 1986, p. 336; MAURACH / ZIPF, *DP-PG*, I, § 27, n.º m. 15; JAKOBS, *AT*², 1117 e ss.; ROXIN, *AT*⁴, § 14, n.º m. 88 e s.; JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁷, § 31, IV, 3.; SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 9 e ss.; SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 30.; e STRATENWERTH, Günter / KUHNEN, Lothar, *Stafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Strafart*, 5. Aufl., Carl Heymans, 2005, n.º m. 126.

(22) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 9 e ss.; e JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁷, § 31, IV, 3. e § 36, em termos em relação aos quais manifestámos a nossa discordância, em *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2006, p. 60 e ss.

(23) MAURACH / ZIPF, *DP-PG*, I, § 27, n.º m. 15.

(24) JAKOBS, *AT*², 1117 e ss.; PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 36 e s.

ser aceites em toda a sua extensão. De todo o modo, não temos dúvidas em acompanhar a doutrina praticamente unânime em relação a um núcleo de figuras estreitamente ligadas às actuações oficiais, os chamados tipos de perigo e tipos de suspeita.

Na realidade, numerosas autorizações legais que condicionam a actuação dos agentes do Estado na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos contêm elementos típicos que se referem a conceitos como os de perigo, suspeitas, necessidade, indícios, conveniência, etc. Quando o tipo justificador contiver elementos deste género a avaliação destes requisitos deve ser realizada sob uma perspectiva *ex ante*, de natureza objectiva. Nos tipos de perigo, aqueles que integram elementos de prognose, a impossibilidade de, no momento da conduta, se prever se o perigo se materializará ou não em um dano decorrente da própria natureza das coisas, da simples razão de a ninguém ser dada a oportunidade de espreitar o futuro (25). Nos tipos de suspeita, muito comuns na actividade policial e no processo penal, verifica-se a emissão no presente de um juízo sobre a ocorrência de um facto no passado, pelo que devendo as suspeitas ou indícios reportar-se ao momento em que o agente actua, será em relação a esse momento que tais elementos do tipo justificador deverão ser apreendidos. O exemplo proposto por Jakobs ilustra bem essa realidade: será ilícita a detenção realizada sem que sobre o deitado recaia qualquer suspeita de um crime, mesmo que depois se prove que o deitado foi o agente desse crime (26).

Não procede a crítica de Rui Pereira, que não concorda com a formulação de um juízo *ex ante* nos casos em que a justificação se fundamenta no perigo, por se tratar de um entendimento "tributário de uma concepção subjectivista do perigo", considerando que se "o perigo constitui uma realidade objectiva e não é, simplesmente, um «filho da nossa ignorância», a sua existência é determinável *ex post*, com independência da efectiva produção do dano" (27). E não procede porque ignora a relação existente nestes casos entre o perigo e o tipo justificador, em que se constata ser a própria causa de justificação a impor um juízo de perigo no momento da conduta. Por isso é que a avaliação sobre a verificação desse elemento tem de ser realizada *ex ante*, sob pena de esse conceito de perigo deixar de ter sentido útil (28).

(25) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 10a.

(26) JAKOBS, *AT*²⁷, 11/12.

(27) PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 37.

(28) Nesta direcção, JAKOBS, *AT*²⁷, 11/12, ao afirmar que perante elementos como perigo ou suspeita a lei escolhe a perspectiva *ex ante*, pois os mesmos perdem o seu conteúdo em uma consideração *ex post*.

Nestes tipos justificadores, o perigo ou a suspeita têm de existir efectivamente (29), ou seja, não podem ter uma dimensão meramente subjectiva, tendo antes de parecer como fundados (30), "segundo padrões objectiva e racionalmente sustentáveis" (31). A justificação só se verifica quando o juízo de perigo ou de suspeita em que a conduta se baseia corresponda ao que, perante as circunstâncias existentes no momento da conduta, um observador razoável faria, de acordo com as regras da experiência comum. Para que possa considerar-se o acto como justificado não é necessário que *ex post* o perigo se materialize em dano ou que a suspeita venha a ser confirmada, por exemplo, em uma sentença condenatória. Mesmo que nada disso aconteça, o facto ter-se-á como lícito se, no momento em que foi praticado, o perigo ou a suspeita deveriam considerar-se como fundados de acordo com uma avaliação objectiva. A não confirmação *ex post* não prejudica a conclusão de que os pressupostos da dirimente se devam considerar como verificados e não suscita qualquer questão de erro.

Deste modo, quando da própria norma legal de permissão resulte que a aferição dos respectivos pressupostos deva reportar-se ao momento da conduta, não poderá senão adotar-se um ponto de vista *ex ante* no juízo de ponderação acerca da verificação desses elementos.

Não será já, porém, legítimo estender essa perspectiva aos requisitos das causas de justificação que não comunguem das características assinaladas aos tipos de perigo e aos tipos de suspeita. Quanto a esses deverá manter-se a regra da apreciação *ex post*. A constatação *a posteriori* de que a situação de facto justificante na realidade não ocorreu, ao contrário do representado pelo agente, importará a aplicação do regime do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação.

III — A teoria da carência do dolo do ilícito: a justificação putativa determinante da exclusão da ilicitude

1. Uma vez definido em que termos deverá ser avaliada a verificação dos pressupostos de um tipo justificador, abre-se então a questão acerca dos efeitos do erro sobre o preenchimento dos mesmos. Começamos por assí-

(29) BACKES, Otto / RANSIEK, Andreas, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamten», *JuS*, 1989, p. 628.

(30) STRATENWERTH / KUHLEN, *AT*⁷⁵, § 9, n.º m. 126.

(31) ANDRADE, Costa, «Violação de domicílio...», p. 738.

nalar que se tornou praticamente pacífico — e por vezes, como acontece entre nós, até legalmente devido, por força do n.º 2 do art. 16.º do Código Penal — o entendimento de que deve diferenciar-se o erro sobre os pressupostos do erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação, atribuindo-se ao primeiro um efeito de exclusão do dolo. Daí que a generalidade da doutrina que se inscreve neste paradigma reivindicque a sua pertinência à *teoria da culpa limitada*.

Em bom rigor, porém, como nota Ingeborg Puppe, parte dessa doutrina mais do que uma teoria da culpa limitada é antes sim uma teoria da carência do *dolo do ilícito* (32). Com efeito, não cremos que a designação de teoria da culpa, mesmo que limitada, seja adequada a todo um conjunto de posições que remetem para o campo da ilicitude a problemática do erro sobre a situação justificante e por isso acabam por admitir que a justificação putativa possa determinar, sob certos condicionalismos, uma exclusão da ilicitude.

Esta *teoria da carência do dolo do ilícito* vem ganhando dominância e é sustentada fundamentalmente na perspectiva de Claus Roxin (33), para quem o erro sobre os pressupostos do tipo justificador determina uma exclusão do dolo, não por aplicação directa, mas analógica do erro sobre a factualidade típica vertido no § 16 I do StGB (34), homólogo do art. 16.º, n.º 1, do nosso Código Penal. O dolo assim excluído não é o dolo do tipo, nem o dolo da culpa, antes sim o *dolo do ilícito* (*Unrechtsvorsatz*).

Roxin aglutina as categorias da acção, da tipicidade e da antijuridicidade na categoria global do ilícito (*Unrecht*) (35), que pressupõe, pelo menos,

(32) INGEBOURG PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Lief., 1995, § 16, n.º m. 155.

(33) ROXIN, *AT*, § 14, n.º m. 52 e ss., esp. § 70.

(34) ROXIN, *AT*, § 14, n.º m. 55 e 64.

(35) ROXIN, *AT*, § 14, n.º m. 3. Assim, já WEIZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11.ª edição, Editorial Jurídica de Chile, 1997 (4.ª ed. castelhana de *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., 1969), § 10, II, que caracterizava

a antijuridicidade “como um «juízo negativo de valor» ou como um «juízo de desvalor» sobre a conduta típica. (...) A antijuridicidade é uma mera relação (uma contradição entre dois membros de uma relação); o ilícito, pelo contrário, é algo substancial: a conduta antijurídica propriamente dita. A antijuridicidade é um predicado, o ilícito um substantivo” — sobre esta distinção, cf. ainda ROSA, Manuel Cortes, «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), B. Schünemann / J. de Figueiredo Dias, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, J. M. Bosch, 1995, p. 2471.

o desvalor de acção (36). Assim, contra a teoria da culpa estrita, considera que aquele erro não exclui a culpa, mas sim o dolo. Sendo que o dolo excluído é o referido dolo do ilícito (*Unrechtsvorsatz*). Neste contexto, considera Roxin que o ilícito-típico doloso pressupõe não apenas um dolo do tipo (*Tatbestandsvorsatz*), mas também aquele dolo do ilícito, que além da representação da factualidade típica *compreende ainda a não suposição de circunstâncias justificantes* (37). Quando o agente erra sobre a existência dos elementos materiais de um obstáculo à ilicitude, a sua conduta é determinada por uma vontade não desconforme à ordem jurídica (38), isto é, o agente, de acordo com a sua representação da realidade, quer praticar um facto que se identifica com um facto juridicamente autorizado e, desse modo, não lhe pode ser assacado um *ilícito de acção doloso* (39).

O afastamento do ilícito doloso, devido a uma eliminação do desvalor de acção doloso (40), não significa que o facto seja lícito sem mais, pois subsiste a possibilidade da existência de um ilícito fundado em um *desvalor de acção negligente* se o erro do sujeito for evitável e derivar de uma violação do cuidado objectivamente devido.

Porém, quando o agente, não obstante actuar com a diligência devida, cair num erro sobre uma situação justificante, por se tratar de um erro objectivamente inevitável, além do ilícito de acção doloso, deverá considerar-se excluído o *ilícito de acção negligente*. Neste caso, não há nem desvalor de acção doloso, nem desvalor de acção negligente, *faltando assim o substrato pessoal próprio do*

(36) ROXIN, *AT*, § 14, n.º m. § 70.

(37) ROXIN, *AT*, § 14, n.º m. 70, e ainda JOACHIM RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl., 37. Lfg., 2002, § 16, n.º m. 12. Também MIR PUIG, Santiago, *DP-PG*, Lec. 10, n.º m. 69, adota esta bipartição: “o dolo típico não esgota o *dolo natural*, que também compreende o dolo referido à ausência dos pressupostos típicos de uma causa de justificação”. Neste sentido, cf. ainda BOLEA BARDÓN, «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», 6.2.2.

(38) ROXIN, *AT*, § 14, n.º m. 64.

(39) No mesmo sentido, STRATENWERTH, Günter, «Zur Relevanz der Erfolgswert im Strafrecht», in: *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1975, p. 178 e ss., STRATENWERTH / KUHLEN, *AT*, § 9, n.º m. 158 e s., ESER, Albin / BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito Sobre la Base de Casos de Sentencias*, Colex, 1995, Caso 15, n.º m. 29, JOACHIM RUDOLPHI, *SK StGB*, § 16, n.º m. 12, e ainda SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 21, em relação às causas de justificação não presididas pelo pensamento do risco permitido.

(40) STRATENWERTH / KUHLEN, *AT*, § 9, n.º m. 159.

ilícito, que por essa razão deverá ser negado ⁽⁴¹⁾. O facto típico em causa não se considera propriamente justificado, mas não é um facto ilícito.

Esta construção de Roxin vem merecendo a adesão de alguma doutrina portuguesa, que se filia nesta conclusão de que não actua ilicitamente o agente que pratica um facto típico sem que, na realidade, se verifiquem os pressupostos de uma causa de justificação em que, por erro inevitável ou invencível, o agente confiou estar abrangido. É o caso de Conceição Valdégua, para quem “nas situações de legítima defesa putativa em que o defensor putativo não viola uma norma de cuidado (...) não é produzida qualquer agressão ilícita: ao facto falta tanto o dolo (segundo o art. 16.º, n.º 2, do Código Penal português), como a negligência (art. 16.º, n.º 3, do Código Penal português), pelo que não se vulnera nenhuma norma de cuidado e falta, portanto, uma condição essencial para a existência de uma agressão ilícita”. E é agora também a posição de Taipa de Carvalho, que, colocando o problema no âmbito da ilicitude, parte da “complementaridade material e funcional entre o tipo legal e as causas de justificação, no tocante ao juízo de ilicitude sobre o facto típico concreto” para concluir que “o erro sobre os elementos objectivos de uma causa de justificação deve ter o mesmo efeito que o erro sobre os elementos do tipo legal: deve excluir o dolo relativamente ao tipo de ilícito praticado, só ficando, portanto, lugar para um ilícito negligente” ⁽⁴²⁾.

2. São várias as *consequências dogmáticas* associadas a esta exclusão da ilicitude fundada numa situação de justificação putativa decorrente de a ausência de um desvalor de acção doloso ser acompanhada de uma ausência de um

(41) Cf., *v. g.*, ROXIN, *AT⁴*, § 15, n.º m. 14, e § 17, n.º m. 13. Na sua direcção, SCH / SCH / LENCKNER²⁵, antes do § 32, n.º m. 21, e na doutrina espanhola, MLR PURG, Santiago, *DP-PG³*, Lec. 6, n.º m. 60, e Lec. 16, n.º m. 23, e BOLEA BARDON, «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», 6.2.2.

(42) Respectivamente, VALDÉGUA, Maria da Conceição, «Legítima defensa y legítima defensa putativa», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Espanhola), B. Schünemann / J. de Figueiredo Dias, Fundamentos de un Sistema Europeo de Derecho Penal, J. M. Bosch, 1995, p. 204; CARVALHO, Taipa de, *Direito Penal — Parte Geral. Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2008, § 627. Conclusão a que já antes chegava Taipa de Carvalho — cf., *v. g.*, *A Legítima Defesa. Da Fundamentação Teórico-Normativa e Preventivo-Geral e Especial à Redefinição Dogmática*, Coimbra Editora, 1995, p. 186 e ss. —, mas por via directa da exclusão do desvalor de acção. Nesta direcção, ainda AGUILAR, Francisco, «Do erro sobre os pressupostos objectivos das causas de justificação ao erro inverso sobre a concorrência dos mesmos nos delitos dolosos materiais», *REDUL*, 2002, n.º 2, p. 1167 e ss.

desvalor de acção negligente. Consequências que provavelmente não seriam de afirmar se se considerasse que o erro não levaria em sede de ilicitude, mas apenas no domínio da culpa ⁽⁴³⁾:

Afastada a ilicitude do facto típico cometido pelo agente fica vedada a aplicabilidade de qualquer *medida de segurança* ⁽⁴⁴⁾.

Não é à partida de excluir a possibilidade de responsabilizar por crime de resistência e coacção sobre funcionário o cidadão que resista contra a conduta típica do funcionário que age em erro sobre os pressupostos de uma autorização legal para uma intromissão na esfera pessoal do visado ⁽⁴⁵⁾. E poderá igualmente reputar-se como legítima a ordem dada a um subordinado por um superior hierárquico que verse em erro da mesma natureza ao emitir o comando, o que gera para aquele um dever de obediência, que por sua vez determina reflexamente a exclusão da ilicitude da conduta típica ordenada, com prejuízo para a posição do afectado pela mesma ⁽⁴⁶⁾. Nestes casos de actuações oficiais, a exclusão da ilicitude do facto típico do funcionário vai acompanhada de uma proibição de legítima defesa dirigida ao atingido pela sua conduta.

Afastamento da *legítima defesa* que não constitui singularidade dos actos de autoridade e aparece como consequência genérica da teoria da carência do dolo do ilícito para todos os casos de facto típico praticado por um agente

(43) Como se verifica pelo que se segue em texto, é redutora a perspectiva ROXIN, *AT⁴*, § 14, n.º m. 73 e ss., quando só vislumbra, mas para as negar, diferenças a nível de participação.

(44) Dias, Figueiredo, *DP-PG²*, I, 5.º Cap., § 7 e ss., e 14.º Cap., § 30, nota 33.

(45) Daí a crítica de ANDRADE, Costa, «Violação de domicílio...», p. 744, a Roxin, no âmbito da discussão relativa ao conceito de ilicitude penal desenvolvido pela jurisprudência e doutrina alemãs no contexto dos actos de autoridade, para eventual responsabilização do cidadão por crime de resistência contra funcionário (§ 113 do StGB): embora ROXIN, *AT⁴*, § 17, n.º m. 8 e ss., declare repudiar um tal conceito privilegiado de ilicitude penal, a sua solução para a justificação putativa vem, na prática, quanto aos resultados, a coincidir largamente com a daquela tese do conceito de ilicitude penal — sobre a questão, desenvolvidamente, BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2006, p. 49 e ss.

(46) Trata-se da posição que conforma aquele que, no nosso estudo *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, p. 128 e ss., designámos por modelo do erro, em sede de obediência a ordens superiores — cf., *v. g.*, STRATENWERTH, Günter, *Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handlens*, J. C. B. Mohr, 1958, *passim*, e SCH / SCH / LENCKNER²⁵, antes do § 32, n.º m. 21, 86 e 88.

incurso em erro inevitável sobre a situação justificante (47). Uma eventual defesa do atingido só será, por isso, admitida no quadro do direito de necessidade (defensivo, eventualmente), sem violência, através do esclarecimento da situação ou, quando muito, de uma resistência defensiva (48).

3. Em face do exposto, não andará certamente longe da verdade a conclusão de que esta tese da carência do dolo do ilícito acaba por determinar uma aproximação ou até mesmo uma equiparação, pelo menos ao nível dos efeitos, entre os casos em que o facto típico praticado pelo agente está plenamente coberto por uma causa de justificação, por se encontrarem reunidos os requisitos pressupostos materiais, e os casos em que não estando esses requisitos verificados, o agente actua confiando que sim, por erro objectivamente inevitável sobre a situação de facto justificante.

O fundamento desta exclusão da ilicitude do facto típico cometido no contexto de uma mera justificação purativa radica em último termo na *ausência de um desvalor de acção*.

Uma análise crítica desta solução implica, assim, em nosso modo de ver, que antes de mais se questione o próprio conteúdo nela atribuído ao desvalor de acção e a consistência dogmática da figura do dolo do ilícito que lhe é associada. Apreciação que deverá ainda realizar-se na perspectiva do relevado ao desvalor de resultado na formação do juízo de ilicitude, da sua compatibilidade com as dimensões de valoração e de determinação que caracterizam a norma de permissão ínsita nos tipos justificadores e por último das consequências que dela derivam para as relações de conflito em que normalmente se inscrevem as causas de justificação.

Breviatis causa, e para que fique claro o ponto de que partimos para essa análise, devemos adiantar que, com a doutrina hoje dominante, entendemos que a ilicitude penal se caracteriza pela *coexistência de um desvalor de resultado*

(47) ROXIN, *AT* 7, § 14, n.º m. 112, e § 17, n.º m. 13, SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 21, e, entre nós, VALDAGUA, Maria da Conceição, «Aspectos da legitima defesa no Código Penal e no Código Civil», *Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, sep. *REFDUL*, 1995, p. 204.

(48) ROXIN, *AT* 7, § 14, n.º m. 112, e § 15, n.º m. 15. Cf. ainda GRAU, Era, «Legítima defesa o defenza putativa?», e SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 86, que considera a possibilidade de justificação pelo § 34 do StGB (direito de necessidade) quando o interesse do particular for de valia superior ao prosseguido, o dano for irreparável e o perigo para o ofendido não puder ser removido de outro modo, *v. g.*, através de um esclarecimento da situação ou de um recurso legal.

e de um *desvalor de acção* (49). Aquele entendido como colocação em perigo ou lesão de um bem jurídico e este como expressão de um acto próprio de uma pessoa (50).

3.1. Nesta abordagem crítica que nos propomos encetar, é desde logo o ponto de partida da posição de Roxin e seus seguidores que cremos dever ser questionado. Nomeadamente, a ideia de que havendo erro objectivamente inevitável sobre os pressupostos materiais de um tipo justificador inexistente desvalor de acção, por falta de desvalor de acção doloso e de desvalor de acção negligente. No nosso ponto de vista, *não há motivo para aí negar o desvalor de acção* (51). O agente que incorre em um erro daquele tipo não exprime nesse facto uma personalidade contrária ao dever-señ penal e por isso não lhe é dirigida qualquer censura dolosa. Mas se o agente representa e dirige a sua vontade à prática desse facto, deve considerar-se que o facto cometido é a expressão de um acto da sua pessoa e nessa medida comporta um desvalor de acção.

Para Roxin, o afastamento do desvalor de acção funda-se, num primeiro e decisivo momento, na exclusão do desvalor de acção doloso, em virtude do não preenchimento do denominado dolo do ilícito. Um dolo que, toda-

(49) Assim, entre outros, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 11.º Cap., § 6 e ss., MONIZ, Helena, «Aspectos do resultado no direito penal», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 548 e ss., STRATENWERTH, «Zur Relevanz der Erfolgsunwert im Strafrecht», p. 177 e ss., GALLAS, «La estructura del concepto de ilícito penal», p. 447 e ss., ROXIN, *AT* 7, § 10, n.º m. 88 e ss., JESCHECK / WEIGEND, *AT* 7, § 24, III, LACKNER, Karl / KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22. Auf., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, antes do § 13, n.º m. 18 e ss., e QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, 1996, p. 247 e ss.

(50) Nestes termos, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001, p. 226, afirma que “é exacto que a essência da antijuridicidade se revela decisiva na determinação dos elementos do tipo. Mas daqui só se pode retirar a conclusão de que importa tomar em conta, para além do desvalor de resultado do comportamento, os elementos configuradores do *desvalor da acção*, através do qual esta surja como obra de uma pessoa ou, neste sentido, ligada a um ‘centro ético de imputação’. Para tanto não é indispensável porém fazer apelo ao dolo ou, sequer, à categoria da finalidade. O desvalor da acção fica constituído logo que a realização típica era objectivamente dominável ou evitável, ou que o agente violou um dever objectivo de cuidado, ou que ultrapassou os limites do risco permitido”.

(51) JESCHECK / WEIGEND, *AT* 7, § 41, IV, 1., d).

via, nas palavras críticas de Armin Kaufmann, “não consiste já em um conhecimento e vontade de realização do tipo, mas em parte em um conhecimento e vontade e em parte em um não conhecimento (e uma não vontade)” (52). Na realidade, para Roxin o dolo do ilícito será de afirmar sempre que o agente pratique o facto típico sem representar eventuais circunstâncias justificantes. No plano inverso, se o agente actua determinado pela errônea convicção de que se encontram verificados os pressupostos de uma causa de justificação, o dolo do ilícito deverá ser negado, removendo-se, do mesmo passo, o desvalor de acção doloso. Posição que, com Figueiredo Dias, se poderá caracterizar como uma “aceitação exasperada da teoria dos elementos negativos do tipo” (53), “pela recusa de toda a distinção e qualquer autonomia entre elementos do tipo incriminador e elementos do tipo justificador” (54), e que segundo alguma doutrina, “além de constituir uma «impossibilidade psicoló-

(52) KAUFMANN, Armin, «Taberandseinschränkung und Rechtfertigung», *JZ*, 1955, p. 38.

(53) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, I, 3, b). Ao contrário, v. g., de SCHÜNEMANN, Bernd, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», *GA*, 1985, p. 350 e ss., e «La función de delimitación de injusto y culpabilidad», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), B. Schünemann / J. de Figueiredo Dias, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, J. M. Bosch, 1995, p. 236 e ss., hoje talvez o mais acérrimo defensor da teoria dos elementos negativos do tipo, Roxin, que em tempos foi seu partidário, pretende agora, à semelhança da doutrina maioritária, afastar-se desta tese, avançando inclusive um longo requisito contra a mesma (cf. *AT*, § 10, n.º m. 19 e ss.). Contudo, como vimos, partilha com a teoria dos elementos negativos do tipo a ideia de que ao erro sobre as causas de justificação se aplica o regime do erro sobre a factualidade típica, que exclui o dolo. O único ponto que separa ambas as teses diz respeito ao modo de aplicação do § 16, I do StGB, pois enquanto para ROXIN, *AT*, § 14, n.º m. 55 e 64, esta norma se deve aplicar analogicamente ao erro sobre o tipo justificador, para a teoria dos elementos negativos do tipo o § 16, I do StGB terá aplicação directa e imediata — cf., por último, SCHÜNEMANN, Bernd / GRECO, Luis, «Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem Oder: Das Peter Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?», *GA*, 12/2006, p. 777 e ss., esp. p. 792. Os resultados de uma e outra posição são, pois, exactamente os mesmos e por isso a razão está com GALIAS, «La Struktur del Concetto di Illecito Penale», p. 463³⁶, quando considera que substancialmente se reconduzem à teoria dos elementos negativos do tipo todas as tentativas para qualificar o erro sobre a situação justificante como um erro sobre a factualidade típica excludente do dolo por aplicação analógica do § 16 do StGB. Para uma análise crítica desta doutrina, cf., entre tantos outros, DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 4, III, 3, b), e GALIAS, Wilhelm, *La Teoría del Delito en su Momento Actual*, Bosch, 1959, p. 39.

(54) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, I, 3, b).

gica», conduziria sem dúvida a um «dolo monstruoso» (55). As afirmações de Figueiredo Dias são proferidas no contexto da defesa da sua posição de que “no plano da aferição da culpa jurídico-penal (...) o significado do erro sobre a factualidade típica e do erro sobre os pressupostos de um obstáculo à ilicitude é exactamente o mesmo” (56), em ordem a contrariar aquelas acusações de que esta construção poderia constituir uma “impossibilidade psicológica” e conduzir a um “dolo monstruoso”. Porém, nessa defesa vai deixando cair críticas à equiparação entre erro sobre o tipo e erro sobre obstáculos à ilicitude realizada na base de uma identificação entre tipos justificadores e tipos incriminadores, como já na altura Roxin sustentava, ancorado em uma co-consciência imanente à acção da inexistência dos pressupostos da justificação. Fundamentação que, como já afirmou Figueiredo Dias, só pode qualificar-se como insubsistente, pois “neste enquadramento, com efeito, não poderá logicamente deixar de se exigir o conhecimento da inexistência dos obstáculos; e um «conhecimento» que não prescindia, pelo menos, de uma qualquer ligação à consciência-intencional do agente e que, por isso, nem sempre poderá considerar-se que resulta automaticamente da própria situação” (57).

Como se vê, a teoria da carência do dolo do ilícito entra em crise logo no seu ponto chave, o da própria existência de um dolo do ilícito. Figura que assenta numa construção artificiosa de não conhecimento da situação justificante, que por si só seria suficiente para rejeitar a ideia de que uma justificação putativa poderá conduzir à exclusão da ilicitude de uma conduta típica. Há, não obstante, outras razões ponderosas que fundamentam o repúdio de uma tal pretensão.

3.2. Mesmo que se admitisse que o desvalor de acção deveria considerar-se eliminado em caso de erro inevitável sobre a situação justificante — o que, como referimos, nem sequer se afigura procedente —, nem por isso deveria creditar-se uma exclusão da ilicitude ao facto típico doloso cometido nessas constelações de erro, atento o relevo do desvalor de resultado na definição do ilícito penal.

(55) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, I, 3, b).

(56) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, I, 2.

(57) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, nota 44. Ali-nham nesta crítica, PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 28 e s., JESCHECK / WEGEND, *AT*, § 41, IV, 1, a). Também ESER / BURKHARDT, *Derecho Penal*, Caso 15, n.º m. 23 e 29, consideram questionável esta construção do dolo, mas, paradoxalmente, acabam por defender que em caso de erro sobre os pressupostos materiais de um tipo justificador é excluído o ilícito doloso.

Se a natureza pessoal do ilícito que vai implícita na concepção dualista da ilicitude se apresenta hoje como uma aquisição insubstituível, cremos que não deve a mesma ser exacerbada ao ponto de aniquilar a dimensão objectiva do juízo de ilicitude, manifestada no desvalor de resultado. O risco que daqui deriva é o da diluição das categorias da ilicitude e da culpa, através de uma apropriação do conteúdo da culpa pela ilicitude, de um modo tal que a distinção entre ambas se torna quase impraticável e deixa de assumir relevância significativa. Com a subjectivação extrema do ilícito, a exclusão da responsabilidade penal em relação a uma parte substancial do núcleo de problemas geralmente associado à culpa deixa de assentar na não censurabilidade e passa a fundar-se em uma ausência de desvalor de acção, sendo assim antecipada da culpa para a ilicitude (58).

O esvaziamento da culpa (59) compromete o sistema categorial-classificatório, pois representa, por um lado, o abandono da estrutura categorial a partir do parâmetro da ilicitude e, por outro lado, impede-o de cumprir uma das suas finalidades, a atribuição de consequências diversas aos diferentes estratos em que se encontra organizado. E se o produto que deriva de uma tal construção é questionável quanto ao relevo da culpa, não será menos quanto ao significado do ilícito. Poder-se-á duvidar da idoneidade do sistema do facto punível para assegurar uma efectiva observância do princípio da culpa, cuja razão de protecção da dignidade pessoal, enquanto limite ao exercício do poder punitivo estadual, exige para a culpa um conteúdo material (60). Mas poder-se-á também questionar se um ilícito assim concebido não se degradará em uma expressão de um direito penal da atitude interior e não se tornará assim imprestável (61).

O que se constata, em todo o caso, é que são precisamente alguns dos principais paladinos da concepção dualista da ilicitude, sobretudo na doutrina alemã, quem acaba por esvaziar de sentido essa proposição quando se trata de definir o concreto conteúdo da categoria da ilicitude. Na verdade, como bem observa Francesco Viganò, “não obstante as repetidas garantias da doutrina alemã hoje dominante sobre a essencialidade do desvalor de resultado na estrutura do ilícito, esse desvalor não é de facto... essencial: única condição,

(58) Assim sucede na questão objecto da nossa atenção relativa ao erro inevitável sobre os pressupostos materiais das causas de justificação, como também, *in* MIR PUIG, Santiago, *DP-PG*⁵, Lec. 21, n.º m. 22 e s., e QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debiada*, p. 421175, quanto ao erro sobre a proibição.

(59) VIGANÒ, *Stato di Necessità*, p. 191.

(60) Nesta direcção, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*², I, 10.º Cap., § 23.

(61) ROXIN, *AT*⁷, § 10, n.º m. 99.

esta sim necessária e suficiente, para a subsistência do ilícito (pelo menos, doloso) é o desvalor de acção” (62).

Ora, o exemplo porventura mais acabado disto mesmo — em autores como Roxin, Lenckner, Rudolph ou Stratenwerth — dá-se justamente na matéria de que tratamos, no erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação. Com efeito, a tese da carência do dolo do ilícito comporta uma *desconsideração completa do desvalor de resultado* como elemento constitutivo da ilicitude e nessa medida revela-se incompatível com a concepção dualista da ilicitude (63).

Aceitando como válida a compreensão da ilicitude como “valoração autónoma da ordem jurídica através da qual se liga a um certo comportamento um sentido de desvalor jurídico” (64), deverão as causas de justificação reconhecer-se como instrumentos de que o ordenamento jurídico se serve para a formação de um juízo de ilicitude. Nessa medida, as causas de justificação são portadoras de uma decisão político-criminal de preferência entre interesses conflitantes em uma concreta situação da vida (65). Decisão que se funda numa ponderação determinada por critérios objectivos e que por isso produz efeitos gerais (66), recaindo um dever de suportar sobre o titular do interesse preterido pela ordem jurídica. Por aqui também se compreende que a par de uma função de determinação, *a norma presente no tipo justificador possui uma ineliminável função de valoração*. A dimensão de valoração é expressa pela ordem jurídica através de uma tomada de posição a favor de um dos interesses em disputa e compreende o *valor de resultado que permite neutralizar o desvalor de resultado* decorrente do preenchimento do tipo incriminador.

Tendo em conta esta função de valoração da norma de permissão, pela qual só a produção de um valor de resultado poderá levar a que a mesma descaide o seu efeito justificante, ainda que se concedesse que em caso de justifi-

(62) VIGANÒ, *Stato di Necessità*, p. 185 e s.

(63) Nesta direcção, JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁷, § 31, V, e HIRSCH, Hans Joachim, «Principi, sviluppi e fraintendimenti del “finalismo”», *in*: Sergio Moccia (coord.), *Significato e Prospettive del Finalismo nell’Esperienza Giurpenalistica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 30.

(64) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consistência da Ilicitude*, § 4, III, 3.

(65) JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁷, § 25, III, 2, a).

(66) Assim, HIRSCH, Hans Joachim, «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht», *in*: Albin Eser / Walter Perron (Herausg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Max-Planck-Inst., 1991, p. 29 e s.

cação putativa o agente actua sem desvalor de acção, não seria ainda assim legítimo concluir ser devida uma imediata exclusão da ilicitude, sem mais. A inexistência do desvalor de acção, desacompanhada de uma correspondente neutralização do desvalor de resultado, não é suficiente para afastar a ilicitude do *facto típico*. Se a ordem jurídica faz depender a justificação do cumprimento de certos pressupostos e os mesmos não se verificam no caso concreto, então o interesse que a norma tem em vista não é em concreto prosseguido e o valor social ⁽⁶⁷⁾, o *plus*, que legitimaria a intervenção do agente em prejuízo dos interesses tutelados pelo tipo incriminador não é efectivamente alcançado, com o que no sistema social subsiste somente o desvalor da danosidade consubstanciada na lesão ou colocação em perigo do bem jurídico atingido pela conduta típica do agente.

Decisiva para a exclusão da ilicitude é a real prossecução do interesse que a norma de autorização tem em vista ⁽⁶⁸⁾, numa palavra, a eliminação do desvalor de resultado, porque é esse interesse que legitima essa norma e lhe dá razão de ser. Na síntese de Sánchez García, “em um direito penal orientado para a protecção de bens jurídicos, não pode determinar-se uma exclusão da ilicitude quando as expectativas de criação de um resultado valioso para o direito não se concretizaram” ⁽⁶⁹⁾.

O facto de a justificação depender ainda e também da ausência de um desvalor de acção, não autoriza a extrapolação da teoria da carência do dolo do ilícito, que implicitamente prescinde da neutralização do desvalor de resultado como condição de exclusão da ilicitude. Por conseguinte, não poderá aceitar-se que, em caso de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, a norma

⁽⁶⁷⁾ Expressão esta, “valor social”, que não deve ser lida à luz da discussão relativa à questão de saber se o comportamento justificado comporta uma valorção positiva, uma aprovação, ou uma mera valorção não negativa, uma tolerância, pela ordem jurídica — sobre o assunto, cf. LARRAURI, Elena, «Causas de justificación: criterios de identificación», in: HASSERER, Winfried / LARRAURI, Elena, *Justificación Material y Justificación Procedimental en el Derecho Penal*, Tecnos, 1997, p. 49 e ss. Neste contexto, cremos assistir razão a DIAS, Figueiredo, *DP-PC²*, I, 14^a Cap., § 36, na consideração de que “*para efectos de ilicitude jurídica penal esta só pode ser afirmada ou negada, devendo neste último caso considerarse completamente indiferente, em termos de consequência jurídica, que o comportamento respectivo seja ‘aprovado’ ou apenas ‘suportado’ pelo Direito*”, e a ROXIN, *AT²*, § 14, n.º m. 1, que, do mesmo modo, entende que a afirmação de uma causa de justificação não implica uma valorção positiva da conduta justificada, pois ao direito penal não cabe emitir juízos de valorção positivos de factos não desaprovados pela ordem jurídica.

⁽⁶⁸⁾ No mesmo sentido, cf. PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*, 2.ª ed., Giuffrè, 1993, p. 196.

⁽⁶⁹⁾ SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 101.

de permissão, implícita no tipo justificador e que guarda autonomia em relação à norma de proibição ou de imposição do tipo incriminador, produza um efeito equivalente ao da justificação, como sucede quando se aponta aí para uma exclusão da ilicitude fundada em ausência de desvalor de acção doloso e negligente. E não apenas porque, numa perspectiva formal, não estão realmente verificados os pressupostos da causa de justificação respectiva, mas ainda e decisivamente, agora numa perspectiva material, porque não há aí uma autêntica prossecução do interesse que a norma de permissão visa tutelar, não estando assim presente a sua dimensão de valoração.

3.3. A equiparação da justificação putativa à justificação real comporta em si mesma a contradição normativa insanável que se acaba de assinalar, na vertente de valoração da norma. Mas é ainda questionável na perspectiva da norma de permissão como *norma de determinação*. Tal equiparação distorce de forma irremediável a realidade ao parificar a conduta do que actua erradamente com a do que actua de modo conforme ao direito ⁽⁷⁰⁾. Parificação que desvirtua a função de mediação entre interesses conflituantes na vida social atribuída à ilicitude e que, além de representar uma desconsideração da função de valoração, revela também uma visão unilateral sobre a dimensão de determinação da norma de permissão. É que, por via da absorção da norma de autorização na norma de incriminação, acaba-se por aplicar àquela um modelo hermenêutico que só é válido para esta. Se é correcto considerar que destinatário da norma de proibição ou de imposição, insita no tipo incriminador, é o agente que comete o facto típico, pois o tipo legal comporta somente uma decisão de valoração abstracta ⁽⁷¹⁾, já no plano do tipo justificador, que traduz uma valorção em concreto entre interesses conflituantes, destinatários da norma de permissão são todos os titulares desses interesses contrapostos ⁽⁷²⁾. Pois se esta norma confere um direito ou um dever de agir tam-

⁽⁷⁰⁾ Cf. HIRSCH, «Die Stellung von Rechtfertigung...», p. 34.

⁽⁷¹⁾ HIRSCH, «Die Stellung von Rechtfertigung...», p. 30^o.

⁽⁷²⁾ Todavía, segundo WOLTER, Jürgen, «Imputación objetiva y personal a título de injusto», p. 111 e s., já com referência ao tipo incriminador e à fundamentação do ilícito, deve a vítima ser colocada no centro da doutrina do ilícito e da imputação e a norma de proibição deve conceber-se tanto sob a perspectiva do agente que realiza o facto, como da vítima, que é ameaçada. Consideração que de acordo com o A. deve ser transposta para o plano das normas de permissão das causas de justificação, que reflectem tal como uma imagem reflectida num espelho as relações surgidas no plano da fundamentação do ilícito.

bém impõe um correpectivo dever de suportar. O imperativo contido na norma não se dirige apenas ao sujeito activo e por isso o aspecto de determinação da norma não pode ser perspectivado apenas sob o prisma desse sujeito. Onde, mesmo para o plano de determinação da norma de autorização, se torna imperiosa a verificação efectiva da situação justificante (73): só assim a norma produzirá um imperativo pelo qual impõe ao sujeito passivo um verdadeiro dever de suportar. Se, pelo contrário, se nega a verente de valor da norma de permissão e se foca a sua dimensão de determinação somente no sujeito que se quer valer do tipo justificador, altera-se a sua favor a relação de equilíbrio entre os interesses contrapostos definida pela ordem jurídica e esse sujeito adquire uma posição jurídica que o ordenamento não lhe quis atribuir, em prejuízo da vítima (74), titular do interesse que a ordem jurídica estabeleceu como prevalente.

3.4. Contra a tese da exclusão do ilícito em caso de erro inevitável sobre uma causa de justificação deve ainda apresentar-se uma outra objecção que a crítica precedente deixa adivinhar: a insolúvel confusão que pode introduzir no plano das relações sociais

Esta solução — tal como, aliás, aquela outra que propõe um critério *ex ante* para a aferição dos pressupostos da causa de justificação —, ao conduzir à exclusão da ilicitude, nega a legítima defesa àquele que é vítima da agressão desse agente que incorre em erro sobre a situação justificante apesar de empregar o cuidado objectivamente devido. Quando muito, diz-se, o agredido poderá responder em estado de necessidade. Porém, é perfeita-mente natural que a reacção do primeiro agredido vá além do que é admitido em estado de necessidade, com o que o agredido por sua vez se transforma em agressor. Ora, as mais das vezes, tal acontecerá porque o primeiro agredido julga — erradamente, segundo a tese em análise — ter perante si uma situação de legítima defesa, em virtude de crer que a agressão de que é alvo constitui um facto ilícito, o que, segundo aquela posição da carência do dolo do ilícito, não corresponde à realidade, uma vez que o primeiro agressor actua em erro inevitável. Mas se assim é, a contra-agressão do primeiro agredido também não é ilícita, dado que o seu erro, por uma questão de justiça e equidade, também será em princípio considerado como inevitável. O primitivo agres-

(73) JESCHECK / WEIGEND, *AT*, § 41, IV, 1, a).

(74) Neste sentido crítico, também HIRSCH, «Principi, sviluppi e fraintendimenti del "finalismo"», p. 29 e s.

sor e agora contra-agredido também não disporá, poranto, de qualquer direito de legítima defesa, podendo exercer somente um direito de necessidade. Pelo que, em último caso, se poderá configurar uma situação de legítima defesa putativa contra legítima defesa putativa, que redundará em um estado de necessidade contra outro estado de necessidade (75).

A ilicitude perde dessa forma a sua função reguladora das relações sociais e em vez de assumir um papel de orientação na vida em sociedade torna-se em fonte de inarredáveis dúvidas e confusões. Assiste inteira razão a Taipa de Carvalho quando considera que "é, nas situações de conflito, humanamente provocadas ou naturalmente surgidas, que mais se faz sentir a necessidade de uma orientação clara de qual os interesses é considerado pela ordem jurídica como mais valioso" (76) e que "o que não pode, de maneira nenhuma, aceitar-se é que as causas de justificação (tipos justificadores) passem, na prática, de normas de orientação e de autorização da acção, numa situação de conflito, a normas de desorientação, a fontes de perplexidades, a factores de potenciação de conflitos mais graves do que aqueles que elas pretendem e têm por função resolver" (77). Afirmações proferidas a propósito da aplicabilidade do corolário da determinabilidade do princípio da legalidade penal às causas de justificação, mas que se aplicam como uma luva ao problema do erro sobre a situação de facto justificante. Não pode, sob pena de insanável incoerência, assinalar-se como precípua função político-criminal da ilicitude a de estabelecer normas claras de conduta e de definir de um modo limpo e inequívoco as fronteiras do permitido e do proibido, e ao mesmo tempo adoptar-se uma construção dogmática do facto punível que se alheia por completo daquela função e a põe materialmente em causa. Incoerência que deve ser apontada a Roxin e a todos aqueles que em determinadas circunstâncias equiparam a justificação putativa à justificação real ao nível dos seus efeitos.

V — A solução adoptada: a exclusão do dolo da culpa como efeito da justificação putativa, subsistindo a ilicitude do facto

1. As razões avançadas contra as correntes que, sustentadas de modo mais ou menos explícito no conceito de desvalor de acção, apontam um efeito de

(75) Cf., por todos, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 186 e ss., e GRAU, Eva, «Legítima Defesa o Defesa Putativa?», p. 183 e ss.

(76) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 168.

(77) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 168.

exclusão da ilicitude ao erro inevitável sobre os elementos materiais de um tipo justificador são em definitivo confirmadas pelas conclusões da teoria do erro sobre as causas de justificação dominante entre nós, próxima da teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas (*rechtsfolgensschränkende Schultheorie*) que recolhe um apoio significativo na doutrina alemã.

De há longo tempo que parte significativa da doutrina portuguesa que se tem debruçado sobre este erro afasta a questão do campo da ilicitude e a coloca no âmbito da culpa. Para Eduardo Correia “a errónea aceitação da factualidade que conduziria à verificação de uma causa que exclui a ilicitude, ou da relevância justificativa de uma certa circunstância, reconduz o problema do domínio da ilicitude para o domínio do dolo e do erro, e, portanto, para o plano da culpa” (78). Também Figueiredo Dias, apesar de a sua concepção do problema ser toda uma outra, conclui que “a exclusão do dolo em caso de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação opera a nível da culpa e não da ilicitude” (79). Não estando verificados os pressupostos da causa de justificação, a mesma não poderá ter qualquer eficácia justificante e o erro sobre tais requisitos em nada afecta a ilicitude do facto, podendo ter apenas relevo em sede de culpa. Nas palavras de Zipf, “nesses casos jamais pode ocorrer a justificação da acção típica e só resta questionar a possibilidade de eliminação da reprovação que há-de ser dirigida ao agente e, assim, da sua culpa” (80).

Decisivo para esse efeito é o entendimento acerca da localização sistemática do dolo, do seu conteúdo e da sua função. Reputamos correcta a construção do dolo como entidade complexa que releva em parte ao nível do tipo de ilícito e noutra parte ao nível do tipo de culpa (81). O dolo do tipo de ilícito refere-se aos elementos objectivos do tipo, é composto por um elemento intelectual que se traduz na representação da factualidade típica, não sendo formado pelo conhecimento da inexistência de elementos de facto jus-

(78) CORREIA, Eduardo, (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal*, II, Almedina, 1965 [reimp. 1996], p. 14.

(79) DIAS, Figueiredo, *DP-PG²*, I, 14.º Cap., § 31.

(80) MAURACH / ZIPF, *DP-PG²*, I, § 26, n.º m. 36. No mesmo sentido, JESCHECK / WEIGEND, *AT²*, § 31, IV, HIRSCH, «Principi, sviluppi e fraintendimenti del “finalismo”», p. 29 e s., e SANCHEZ GARCIA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 101.

(81) Adirimos, pois, à construção de Dias, Figueiredo, *DP-PG²*, I, 10.º Cap., § 58 e ss. Próxima desta concepção, conduzindo a resultados idênticos em matéria de erro sobre as causas de justificação, está aquela que valoriza o dolo no tipo e reflexamente na culpa — assim, já GALLAS, *La Teoría del Delito*, pp. 45 e ss. e 61 e ss., e «La estructura del concreto di illecito penale», p. 464.

rificantes. Por isso, bastante para a afirmação do dolo e mediatamente do desvalor de acção é a representação e vontrade de realização do tipo objectivo de ilícito.

A confiança errónea, ainda que inevitável, quanto à existência de uma situação de facto justificante não é suficiente para afastar a imputação do dolo e não é idónea a excluir a ilicitude do facto. O dolo objecto de exclusão é, portanto, não o dolo do tipo, mas sim o *dolo da culpa* (82). Conclusão que se mostra em perfeita coerência com a função da ilicitude no sistema do facto punível, pois permite que esta categoria desempenhe de forma cabal a sua função político-criminal de regulação de interesses em situações de conflito, bem assim como se mantenha claramente distinta em relação à culpa. É ainda a solução que melhor se coaduna com o pensamento da culpa, dado que nestas circunstâncias o agente não dispõe ao nível da sua consciência psicológica de todos os elementos de que a realidade se forma e não pode desse modo realizar um juízo sobre a ilicitude plenamente informado, pelo que não revela uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal (83). Afirmado o dolo do tipo e a ineficácia da causa de justificação, sendo o erro inevitável, a exclusão da responsabilidade penal assentará ainda na ausência de censura a título de negligência, pela razão de o agente não revelar uma atitude de desleixo ou descuido perante o dever-ser penal. Assim devem ser interpretados os n.ºs 2 e 3 do art. 16.º do CP, que a nosso ver oferecem a base legal necessária a sustentar esta perspectiva.

Esta tese, que de há muito vem sendo entre nós defendida por Figueiredo, é sustentada por

(82) Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, «Sobre o estado actual da doutrina do crime. 2ª Parte: Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade», *RPCG*, 1992, Fasc. 1.º, p. 19 e s., *Temas Básicos*, p. 298 e ss., e *DP-PG²*, I, 14.º Cap., § 29, PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 34 e s., e ANDRADE, Costa, «Violação de domicílio...», p. 744 e s. Parecem colocar-se também nesta direcção, BELEZA, Teresa Pizarro / PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco (Ubi lex distinguit...)*, Almedina, 1999, p. 23 e s., quando afirmam que “no art. 16.º, n.º 2, o objecto do erro é uma realidade que transcende o facto típico (pois incide sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa) mas o seu regime segue materialmente o regime do erro sobre o facto típico (art. 16.º, 1), pelo menos quanto às consequências jurídicas: por se tratar de um erro de natureza intelectual ele possui um efeito idêntico ao erro sobre o facto típico, isto é, exclui o dolo, ou melhor, exclui a imputação do facto doloso ao agente” (italico nosso).

(83) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21 e *passim*.

redo Dias ⁽⁸⁴⁾, corresponde, no essencial, à sustentada na doutrina alemã pela chamada *teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas* ⁽⁸⁵⁾. Na realidade, embora esta teoria se mova em um quadro interpretativo (erro sobre o tipo / erro sobre a proibição) diferente daquele que, por exemplo, na doutrina nacional é adoptado por Figueiredo Dias (erro de conhecimento / erro de valoração), os fundamentos em que assenta e os resultados a que chega são substancialmente os mesmos. Os partidários desta teoria consideram também tratar-se de uma questão a ser resolvida no domínio da culpa e que o dolo do tipo se mantém intocado, apesar do erro do agente. É, portanto, apenas negada a culpa dolosa, substituindo a ilicitude do facto. Para tal recorrem ao § 16, I, do StGB, mas somente quanto à consequência jurídica resultante da exclusão do dolo. Em aberto fica a possibilidade de punição por negligência, em função da evitabilidade do erro.

2. A crítica cerrada a que teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas foi sujeita no contexto alemão fê-la aí perder a dominância que chegou a conhecer. Crítica de que na doutrina portuguesa também faz eco Taipa de Carvalho, distinguindo-a à posição de Figueiredo Dias a que aderimos ⁽⁸⁶⁾. A oposição centra-se na incongruência entre ilícito doloso, ilícito negligente e culpa negligente e na efectiva inexistência de vantagens em sede de comparticipação ⁽⁸⁷⁾. Se a segunda crítica em nada belisca o fundo

⁽⁸⁴⁾ Cf., por último, DIAS, Figueiredo, *DP-PC²*, I, 14.º Cap., § 29 e ss. Na mesma direcção, PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 31 e ss., e ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 744 e s.

⁽⁸⁵⁾ Cf. GALLAS, «La estructura del concepto de ilícito penal», p. 464, JESCHECK / WEIGEND, *AT⁵*, § 41, IV, 2, d), MAURACH / ZIPF, *DP-PC⁷*, I, § 37, n.ºs m. 23 e 43, BAUMANN / WEBER, *AT⁹⁰*, § 21, n.º m. 31, WESSELS, *AT⁷¹*, § 11, III, 1, TRÖNDLE / FISCHER⁵³, § 16, n.º m. 20, LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch²*, § 17, n.º m. 15. Em termos próximos desta teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas, com ela coincidindo nos resultados, encontramos a posição de JAKOBS, *AT⁷*, 11/53 e ss., que adopta a teoria, por si denominada, da culpa dependente (da pena da negligência), baseada na ideia de que subsistindo o carácter doloso da realização do tipo, ao agente se imputa também uma culpa dolosa, mas a pena prevista para o crime doloso deve ser reduzida para os limites da pena do crime negligente e só será aplicável se a negligência for penalmente punível — tese que não se afigura, porém, comparável com o direito positivo português, dado que o art. 16.º-2 do CP determina expressamente a exclusão do dolo.

⁽⁸⁶⁾ CARVALHO, Taipa, *DP-PC²*, § 629 e ss.

⁽⁸⁷⁾ ROXIN, *AT⁴*, § 14, n.º m. 73 e ss., SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 21, SCHÜNBEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...», p. 350 e s., e GRAU, Eva, «Legítima defesa o defenza putativa?», p. 187 e s.

material desta teoria, pois diz respeito somente às suas consequências, já a primeira, porque se dirige às estruturas em que assenta, impõe uma análise mais detida, que permitirá, todavia, concluir pela sua improcedência.

A primeira reserva dirigida a esta teoria desdobra-se em duas contradições que lhe são apontadas, consoante o erro seja evitável ou não evitável.

Quanto ao erro inevitável, observa-se que se o erro não pode ser evitado ainda que o agente empregue o cuidado objectivamente devido terá de ser excluído o ilícito negligente. Circunstância que, desde logo, encerraria uma contradição, a de afirmar a existência do ilícito mais grave em que se consubstancia o ilícito doloso e a de negar a produção do ilícito menos grave como é o negligente ⁽⁸⁸⁾. Em relação ao erro evitável, diz-se que o ilícito em causa tem uma natureza negligente, por se consubstanciar na falta de atenção que caracteriza o ilícito de acção negligente, e não dolosa. Além disso, assinala Roxin, não só se qualifica como doloso um facto que é negligente, como ainda se funda a punição negligente sobre um ilícito doloso, contrariando o princípio de que os conceitos jurídicos se devem definir pelas suas consequências jurídicas: facto doloso é a conduta que corresponde à descrita na lei para uma pena por dolo, carecendo de sentido indicar como dolosa uma forma de consciência à qual se aplica a pena correspondente ao crime negligente ⁽⁸⁹⁾.

Não é procedente a objecção de Roxin de que o facto em causa não constitui um ilícito doloso. Esta observação deriva de uma diferente concepção do dolo do facto, em relação à qual manifestámos já o nosso desacordo. Deve, na verdade, considerar-se que o agente actua com dolo natural e que, não podendo a causa de justificação produzir o seu efeito, dada a não verificação de todos os seus elementos objectivos, o facto é ilícito.

A crítica dirige-se ainda à possibilidade de ao agente ser aplicada a pena correspondente ao crime negligente apesar de não existir um ilícito negligente. Reserva à qual se deveria dar razão se a pena do crime negligente fosse aplicada de forma automática, independentemente dos critérios gerais de punição da negligência, quer em relação à sua previsão legal, quer aos elementos da negligência exigidos pela dogmática do crime negligente. Em todo o caso, a crítica falhará o alvo se se fizer depender a sanção do crime negligente do respeito por aqueles critérios, como deverá acontecer entre nós, em observância do disposto no art. 16.º-3. Por isso, como refere Gallas, “no plano

⁽⁸⁸⁾ GRAU, Eva, «Legítima defesa o defenza putativa?», p. 187 e s.

⁽⁸⁹⁾ ROXIN, *AT⁴*, § 14, n.º m. 73.

estrutural não há necessidade de conceber a situação em análise como uma combinação de ilícito doloso e de culpa negligente. Na realidade, esta última, se não for considerada infundada, pressupõe que subsista no âmbito do ilícito a violação de um dever objectivo de cuidado. O facto apresenta-se sob o duplo perfil de ilícito doloso e ilícito negligente, e assim, na medida em que falte o *carácter culposus* do dolo, a punição funda-se somente sobre a comissão negligente (a qual em geral é punível só em termos subsidiários ao facto doloso)⁽⁹⁰⁾. Justificação plenamente compatível com a actual concepção da negligência, para a qual “o facto negligente não é, simplesmente, uma forma atenuada ou menos grave de aparecimento do correspondente facto doloso: é «outra coisa», é «outro facto», em suma é um *aliud* relativamente ao facto doloso correspondente — mesmo que se não considere de todo incorrecto afirmar que entre dolo e negligência intercede uma «gradação do ilícito»⁽⁹¹⁾”⁽⁹²⁾.

O que agora está em causa já não é a caracterização do facto como ilícito, que demos como assente em virtude da subsistência do ilícito doloso, mas tão-só a da bondade de uma punição por negligência. A qual só poderá suceder se além da possibilidade de ao agente ser dirigida a censura própria da negligência, pela “violação de um dever pessoal de cuidado, informação, esclarecimento ou diligência”⁽⁹³⁾, essa censura for acompanhada pela prévia verificação de um tipo-de-ilícito negligente. Aquelas críticas defendem que nesses casos, se o agente realizar um exame conforme ao dever à situação justificante ou o erro for inevitável, deverá ser excluído o ilícito negligente, pela ausência de um desvalor de acção negligente. Todavia, esta conclusão só é possível através, uma vez mais, de uma fusão redutora do tipo incriminador com o tipo justificador, pela qual o dever de cuidado deixa de se referir ao tipo incriminador e passa a ser aferido em relação aos elementos do tipo justificador. Se, pelo contrário, for mantida a autonomia entre um e outro, será difícil configurar uma hipótese em que *em concreto* o agente realize um tipo objectivo de ilícito e represente essa realização sem que simultaneamente perfeccione um tipo incriminador sob a forma negligente do tipo legal de crime correspondente. Para tal não se terá sequer de cair no erro de considerar que *em abs-*

(90) GALLAS, «La estructura del concepto de ilícito penal», p. 466 e s.

(91) Como considera ROXIN, *AT*⁷, § 24, n.º m. 77 e ss., que, com a doutrina dominante, afirma existir entre o dolo e a negligência uma “relação de graduação normativa”.

(92) DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 351 e s.

(93) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, I, 3, b), e, no mesmo sentido, JESCHECK / WEGEND, *AT*⁷, § 41, IV, 2, d).

tracto o dolo compreende em si a violação do dever de cuidado próprio da negligência⁽⁹⁴⁾. Àquela conclusão pode chegar-se partindo inclusivamente das concepções daqueles críticos relativas à negligência, nomeadamente da de Roxin. Pois se o tipo objectivo dos crimes negligentes, na medida em que não contenha uma descrição adicional da conduta, se preenche através dos critérios da teoria da imputação objectiva⁽⁹⁵⁾ (que, em geral, se aplicam também aos crimes dolosos) e o tipo subjectivo na negligência consciente (e só desta curamos, pela razão de só esta conter um elemento imprescindível do dolo, o intelectual) consiste na representação de todas as circunstâncias típicas como um perigo não permitido e na confiança na não realização do tipo⁽⁹⁶⁾, não vemos como *em concreto* poderá existir uma situação em que o dolo do tipo deva ser afirmado e o tipo negligente deva ser negado. Desta forma, não assiste razão à crítica de que, nos casos de erro inevitável, a solução em que nos revemos funda uma censura negligente sobre um ilícito negligente inexistente.

VI — Conclusão

Tudo quanto foi dito permite compreender a nossa discordância em relação às posições que, explícita ou implicitamente, propugnam a admissibilidade da exclusão da ilicitude do facto típico em caso de erro inevitável sobre a situação de facto justificante.

Consideramos que *actua illicitamente* o agente que, sob a forma de dolo ou negligência, pratica um facto que preenche um tipo objectivo de ilícito num quadro circunstancial em que não estão de facto reunidos os elementos de um *tipo justificador*, mesmo que a sua actuação seja determinada pela errónea convicção, por mais fundada que seja, de que esses pressupostos estão verificados. Nesta situação, estando dados os requisitos da norma presente no tipo incriminador, o sentido de ilicitude que este encerra só não se converterá em um juízo definitivo de ilicitude se a norma de permissão produzir um efeito justificante. Todavia, se a convicção, ainda que errada, do agente na

(94) Cf. DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 356 e ss.

(95) ROXIN, *AT*⁷, § 24, n.º m. 10. Diversamente, DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 356 e ss.

(96) ROXIN, *AT*⁷, § 24, n.º m. 66. Sobre a questão, DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 371 e ss., e SANTANA, Selma Pereira de, «A negligência grosseira: contributo para discussão sobre sua autonomia material», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 589 e ss.

existência de uma situação de facto justificante pode significar a prossecução do imperativo que a norma contém, a efectiva inexistência de uma tal situação revela que a valoração compreendida na norma não teve uma expressão real. Estando ausente uma das suas dimensões, a norma de permissão não poderá produzir efeitos e o sentido de ilicitude que acompanha o tipo incriminador é confirmado, *formando-se então um juízo definitivo de ilicitude*. Juízo este que se funda tanto em um devalor de resultado, em virtude da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, como em um devalor de acção, pela razão de o agente ter actuado sob a forma dolosa ou negligente e o facto por ele praticado não poder deixar de lhe ser imputado como um acto dele, como uma obra pessoal.

Assim, deverá nesta matéria continuar a sofrer-se o já citado pensamento de Figueiredo Dias de que “a exclusão do dolo em caso de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação opera a nível da culpa e não da ilicitude”⁽⁹⁷⁾.

O facto típico cometido pelo agente que incorre em erro, inevitável ou não, sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação é, em suma, um *facto penalmente ilícito*. Na medida em que actua típica e ilicitamente, esse agente é susceptível de ser penalmente responsabilizado. Em virtude do erro em que labora, só será passível de responsabilização se o facto for punível a título de negligência, pois o erro determina a exclusão do dolo, mais precisamente do *dolo da culpa* (art. 16.º-2 do CP). Dada a ilicitude do facto, poder-lhe-á ser oposta uma reacção em legítima defesa se os demais pressupostos desta causa de justificação estiverem verificados, sendo certo que eventuais restrições ao exercício desse direito, assentes na existência de uma situação de justificação putativa em que actua o agressor, só podem ser determinadas e cabalmente fundamentadas pela teoria da legítima defesa.

⁽⁹⁷⁾ DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 14.º Cap., § 31.

STVDIA IVRIDICA

99

AD HONOREM — 5

COIMBRA — 2009

Separata de
ARS IVDICANDI
TUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR JORGE DE FIGUEIREDO DIAS
Volume II

NUNO BRANDÃO

O ERRO SOBRE OS PRESSUPOSTOS DAS CAUSAS
DE JUSTIFICAÇÃO: UM ERRO QUE PODE EXCLUI
A ILICITUDE?

