

Elementos para o estudo do Código Penal de Cabo Verde

Cadernos: 2

Jorge Carlos Fonseca

- Sucessão de leis no tempo
- Erro sobre a ilicitude
- Acto preparatórios, tentativa e desistência
- Obediência devida

técnicos juristas, oficiais superiores da POP, da PJ, Guarda Fiscal e Alfândegas ou, ainda, com organizações da sociedade civil, na Praia e no Mindelo, sem esquecer pareceres e outros textos produzidos no Ministério da Justiça e por nós próprios (enquanto, naturalmente, autor do anteprojecto) em resposta àqueles pareceres e documentos.

2. Quanto a estudos e outros textos, há a registar (do que é do nosso conhecimento) apenas os seguintes:

I

Indicações bibliográficas

1. Sendo um Código novo, que só entrou em vigor a 1 de Julho de 2004, naturalmente não haverá ainda bibliografia significativa que respeite especialmente a ele. No entanto, sempre serão elementos relevantes de estudo e, de alguma forma, para a interpretação dos preceitos (e sua aplicação) o conhecimento dos trabalhos preparatórios do Código e os estudos e outros textos produzidos sobre e/ou a propósito do Anteprojecto respectivo.

Ora bem, não existe muita coisa publicada, já que, infelizmente, ainda não criámos entre nós o hábito de dar a conhecer os trabalhos de preparação das grandes reformas legislativas, pelo que, por exemplo, as versões primeiras do Anteprojecto apenas poderão ser conhecidas junto do autor material ou, eventualmente, nos arquivos do Ministério da Justiça. O mesmo se poderá dizer de actas das reuniões da Comissão Técnica de Acompanhamento (CTA) e/ou das sessões de trabalho que o autor destas notas, enquanto autor material do Anteprojecto, teve com a CTA, magistrados, advogados, outros

- a) JORGE CARLOS FONSECA, «Termos de referência para a elaboração de um Código Penal de Cabo Verde», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 5 (1995), 23-45. Este texto foi re-publicado na *Revista Jurídica do Ministério da Justiça*, n.º 23, Praia, Jan-Jun de 1995, 39-59.
- b) JORGE CARLOS FONSECA, «O Anteprojecto do novo Código Penal de Cabo Verde: uma leitura, em jeito de apresentação», in *RPCC* 6(1996), 365-427.
- c) Jorge de FIGUEIREDO DIAS, uma comunicação feita na Praia, em Julho de 1996 (29 a 31), por ocasião de Jornadas sobre o Anteprojecto de novo Código Penal de Cabo Verde, texto não publicado e que consubstanciava uma apreciação global do Anteprojecto.
- d) TERESA PIZARRO BELEZA, comunicação feita nas mesmas Jornadas acima referidas, texto não publicado e que versava essencialmente sobre os Crimes Sexuais no Anteprojecto de CP. No entanto, um texto próximo daquele foi publicado como Prólogo da obra *Reformas Penais em Cabo Verde*, I, da autoria de JORGE CARLOS FONSECA, abaixo citada.
- e) RAUL VARELA, comunicação feita nas mesmas Jornadas acima referidas, texto não publicado.
- f) José MOURAZ LOPES, Parecer sobre o Anteprojecto do

Código Penal de Cabo Verde, texto dactilografado (23 páginas), não publicado, Coimbra, 02.06.97.

g) FRANCISCO MUNOZ CONDE, « Los Delitos Patrimoniales y Económicos en el Código Penal Espanolde 1995 y en el Anteprojecto de Código Penal de Cabo Verde», in *Direito e Cidadania* (DeC), n.º 2, Praia, 1998, 125-136.

h) BERNARDINO DELGADO, *Análise comparativa entre as opções adoptadas pelo autor do Anteprojecto e as posições da Comissão de Acompanhamento*, texto dactilografado., não publicado, Porto Novo, Outubro de 2003.

i) JORGE CARLOS FONSECA, *Reformas Penais em Cabo Verde*, Vol. I, Um novo Código Penal para Cabo Verde, IPC, Praia, 2001.

3. Sempre será útil deixar aqui o registo de bibliografia geral com interesse para o estudo e compreensão da matéria objecto destes Cadernos, pensando, por enquanto, apenas na Parte Geral do... Direito Penal. Naturalmente que, sobre ela, a bibliografia é quase interminável. Limitamo-nos a sugerir o que nos parece como mais fundamental e acessível (sobretudo, em termos de acesso físico, em Cabo Verde) em língua portuguesa e castelhana, sem esquecer que os trabalhos de elaboração do Código tiveram sempre em consideração, entre outros elementos de referência, a legislação vigente e as reformas em curso ou mais recentes em países como Portugal, Espanha, Argentina, Macau, Guiné-Bissau e Brasil.

Para cada matéria em particular, faremos indicação de leituras especialmente recomendada.

Bibliografia geral

Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal - Doutrina geral do crime*, Lições (elaboradas com a colaboração de Nuno Brandão), fase, Coimbra, 2001;

Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal - Sobre os fundamentos da doutrina penal - Sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, 2001;

*Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português - Parte Geral - II - As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993;

*Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* (Sumários), Coimbra, 1975; Aditamentos aos Sumários de 1975, Coimbra, 1977;

*Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* (Sumários e notas de Lições ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas), Coimbra, 1976; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal* (com a colaboração de Figueiredo Dias), Ie II Volumes, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1971;

*Manuel CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal I*, Lisboa/São Paulo, I Volume, 1992, II Volume, 1989;

*TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. I, Lisboa, 2.ª edição, 1984; Vol. II, Lisboa, 1980 (em curso de actualização);

MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal - Parte Geral* (fase), AAFDL, Lisboa, 1994.;

MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal - Teoria Geral da Infracção*, Sumários, Lisboa, 1980-81;

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português - Parte Geral*, 3 Volumes, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1997, 1998 e 1999;

HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, 2.ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1991;

Eugénio RAUL ZAFFARONI/José Henrique PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997;

- *Francisco MUNOZ CONDE, *Derecho Penal-Parte General*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valência, 1998;
- José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, 2.^a edição, Madrid, 1981; II, Teoría jurídica dei delito/2, Tecnos, Madrid, 1992;
- *Eugenio RAUL ZAFFARONI (com a colaboração de Alejandro Alagia e Alejandro Slokar), *Derecho Penal - Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000;
- *Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, 2 Volumes, tradução da 3.^a edição original (1978), por Mir Puig e Murioz Conde, Bosch, Barcelona, 1981;
- Gunter STRATENWERTH, *Derecho Penal - Parte General, I - El Hecho Punible*, tradução da 2.^a edição alemã de 1976, por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982;
- Claus ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, tradução da edição alemã de 1973, por Ana Paula Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma, Veja, Lisboa, 1986;
- *Claus ROXIN, *Derecho Penal - Parte General*, Tomo I - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, tradução da 2.^a edição alemã, por Luzón Pena, Garcia Conlledo e Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

II

1. O problema da sucessão de leis penais no tempo: sentido e alcance do art.º 2, n.º 1 (Aula ministrada por AUGUSTO SILVA DIAS, Professor da Faculdade de Direito de Lisboa, a convite nosso, com desenvolvimentos feitos por JORGE CARLOS FONSECA sobre aspectos particulares do problema)

- 1.1. Como podem ser diferentes as disposições penais estabelecidas em leis posteriores, a que alude o art.º 2, n.º 1, do Código Penal (doravante, CP)?
- 1.1.1 Deve-se começar por distinguir entre lei nova (doravante, LN) despenalizadora de um determinado facto e LN que estabelece para o mesmo facto um regime punitivo diferente. No primeiro caso temos uma sucessão de leis penais em sentido impróprio; no segundo caso, temos uma sucessão de leis penais em sentido próprio.
- 1.1.2 Nem sempre a distinção entre as duas situações é fácil porque muitas vezes a LN não derroga a lei antiga (doravante, LA) mas apenas modifica os elementos constitutivos do tipo incriminador.
- Por exemplo: suponhamos que o CP anterior punia a propagação de doença contagiosa sem mais, configurando um tipo incriminador distinto do art.º 299.º do CP actual que vem exigir que a propagação contagiosa crie um perigo para a vida de outrem. Suponhamos também que, em Janeiro de 2004, Abel, que é portador do virus da hepatite b, teve relações sexuais

com Berta sem protecção, sem que daí, contudo, tenha decorrido qualquer perigo para a saúde ou a vida desta.

O novo CP representa neste contexto uma LN despenalizadora ou uma LN que dispõe para o facto referido um regime punitivo diverso? A resposta correcta é a primeira, porquanto o facto concreto - só em relação a um facto concreto pode existir um problema de sucessão de leis penais - que é punível face à LA deixa de o ser face à LN, mais exigente a respeito dos elementos do tipo.

1. 2. O que significa lei mais favorável?

1.2.1. A lei mais favorável é, de todas as que concorrem temporalmente, aquela que, em todos os aspectos do seu regime e no caso concreto, contiver o regime punitivo mais favorável ao arguido.

Por exemplo: suponhamos que a LA pune o furto com pena de prisão até 5 anos, mas fixa a imputabilidade em razão da idade nos 16 anos (como o artº 17 do novo CP) e que a LN vem prescrever para o mesmo crime uma pena de prisão de 2 a 8 anos, mas fixa a imputabilidade em razão da idade nos 18 anos. Suponhamos ainda que na vigência da LA Abel, com 17 anos, pratica um furto e ainda não foi julgado quando entrou em vigor a LN.

1.2.2. Qual a lei mais favorável? De acordo com o critério enunciado a resposta deve ser: a LN porque permitiria que Abel fosse absolvido e lhe fosse eventualmente aplicada uma medida de segurança destinada a inimputáveis.

1.3. Faz sentido restringir a aplicação do art.º 2, n.º 1, através da ressalva do caso julgado?

1.3.1. O art.º 3-º, n.º 1, do Anteprojecto de CP acrescentava à redacção do art.º 2.º, n.º 1, actual a frase «mesmo que o agente esteja já condenado por

decisão transitada em julgado». Tendo esta frase sido eliminada na lei vigente, pode dizer-se que foi imposto o caso julgado como limite à aplicação da lei mais favorável? A resposta deve ser negativa.

1.3.2. Por um lado, o preâmbulo do CP, no ponto 9 da Parte Geral, afirma expressamente que o legislador não quis contemplar no art.º 2.º, n.º 1, o caso julgado.

Por outro lado, o art.º 18.º da Constituição estipula que os preceitos relativos a direitos liberdades e garantias são de aplicação imediata, isto é, sem que seja necessária a mediação da lei. O art.º 31.º, n.º 2, da Lei Fundamental é um desses preceitos e contém o princípio da aplicação da lei penal mais favorável sem lhe pôr qualquer limite. Isto significa duas coisas: primeiro, que o art.º 2.º, n.º 1, do CP é plenamente constitucional, pois, ao contrário do art.º 2.º, n.º 4, do CP português, reproduz essencialmente o texto constitucional; segundo, que a introdução do limite do caso julgado seria inconstitucional por restringir o alcance do princípio do art.º 31, n.º 2.

1.4. Pode afirmar-se, contra esta conclusão, que, sendo o caso julgado uma garantia, nada obsta à sua introdução como limite implícito ao princípio da aplicação da lei penal mais favorável?

Creio que não por três razões ligadas entre si:

1.4.1. Porque, como vimos, esse limite implícito reduziria o alcance essencial da garantia do art.º 31.º, n.º 2, ditando isso a sua inadmissibilidade;

1.4.2. Porque o caso julgado não funciona aqui como garantia mas, ao invés, como obstáculo à aplicação de um regime punitivo mais favorável;

1.4.3. Porque o modo de funcionamento de uma garantia não é cercear a amplitude de outras garantias constitucionais, sob pena de negar a sua própria «ratio essendi», mas concorrer com elas no sentido de potenciar os espaços de liberdade dos cidadãos.

1.5. O regime do art.º, 280.º, n.º 5, da Constituição contraria este entendimento?

A resposta não pode deixar de ser negativa.

1.5.1. Note-se, em primeiro lugar, que a disposição citada só se aplica a situações de sucessão de leis penais no tempo em que a LN é declarada inconstitucional com força obrigatória geral. O seu âmbito de aplicação está longe, pois, de esgotar a problemática da aplicação da lei penal no tempo.

1.5.2. Mesmo neste domínio da LN inconstitucional, o regime do art.º 280.º, n.º 5, não se opõe ao que dissemos. Em termos breves, preceitua o art.º 280 n.º 1 que, quando uma lei é declarada inconstitucional, essa declaração produz efeitos desde a data da sua entrada em vigor e repristina a norma ou as normas que ela tiver revogado. A repristinação dessas normas tem naturalmente consequências práticas.

Por exemplo: suponhamos que a lei repristinada é mais desfavorável do que a lei inconstitucional no âmbito da qual certa pessoa foi condenada. Nesta situação a ressalva do caso julgado funciona plenamente como garantia, pois impede a aplicação de um regime mais gravoso para o condenado. Ela salvaguarda a posição jurídica do condenado perante os efeitos desfavoráveis da declaração de inconstitucionalidade.

1.5.3. Suponhamos agora que a lei repristinada é mais favorável do que a lei inconstitucional na vigência da qual certa pessoa foi condenada. Como facilmente se percebe, a transposição da solução anterior não é correcta, pois o limite do caso julgado obstará aqui à aplicação da lei penal mais

favorável. Tal limite deixa de valer, neste contexto, como garantia. A pessoa em causa não só foi condenada ao abrigo da lei inconstitucional, como é privada da garantia da aplicação da lei constitucional mais favorável. É a casos destes que a 2ª parte do n.º 5 do art.º 280.º se refere, concedendo ao Tribunal Constitucional a faculdade de aplicar a lei penal repristinada mais favorável mesmo que tenha havido já trânsito em julgado da sentença condenatória.

[Fim do texto redigido pelo Prof. AUGUSTO SILVA DIAS]

1.6. Algumas notas mais sobre o tema da aplicação da lei penal do tempo, a partir de problemas suscitados durante o Curso

Acrescentemos algumas notas mais a propósito deste tema, notas que correspondem, em boa medida, ao exposto no nosso *Reformas Penais*.¹ e/ou a questões muito concretas suscitadas durante as sessões do Curso.

1.6.1. A solução que vinha proposta no Anteprojecto era diferente, por exemplo, da solução do CP. de 1886, e da que vigora hoje em Portugal, França e Macau, e aproximava-se da solução encontrada na Guiné-Bissau, Espanha, Venezuela, Peru e Brasil². Deve di-zer-se que, no Brasil, o parágrafo único do art.º 2.º do CP, na redacção anterior à actual, dizia o seguinte : «A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato ainda não definitivamente julgado e, na parte que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível». A Exposição de Motivos procurava explicar o dispositivo com a alegação de que era conveniente por razões de ordem prática, pois evitar-se-ia «uma extensa e complexa revisão ou *ajustamento* de processos

¹ JORGE CARLOS FONSECA, *Reformas Penais*..., 2001, particularmente 44-47.

² A solução também é acolhida no *AE-A.T.*, 2.ª ed., J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1969), no § 3 (1) e no Anteprojecto de Código Penal para o Ecuador, da autoria de RIVACOBAY RIVACOBAY e ZAFFARONI, cfr. separata da *Revista de derecho Penal y Criminologia*, n.º 3, 1993, art. 8 («...se aplicará retroactivamente y de oficio toda ley posterior más favorable hasta el momento en que se agote cualquier efecto jurídico del delito o de la condenax» (823)...

já ultimados», rematando que «Se injustiça grave surgir em algum caso concreto, poderá ser facilmente remediada com um decreto de graça». A restrição, no entanto, foi eliminada com a Lei n.º 7.209, de 11.7.1984³. Aliás, a própria lei - art.º 13 da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal estabelece que a aplicação da lei nova ao facto já julgado definitivamente far-se-á mediante despacho do juiz, «de ofício, ou a requerimento do condenado».

1.6.2. Em nosso entender, as razões que justificam uma tal aplicação, ainda que retroactiva, da lei mais favorável, - e que, verdadeiramente, radicam no princípio da necessidade das penas e medidas de segurança e no da igualdade⁴, autonomamente consagrados na nossa Lei Fundamental (art.ºs 17º, n.º 5, *in fine* e 23.º) - continuam a ser válidas mesmo em caso de decisão passada em julgado⁵, podendo dizer-se que os fundamentos de

³ Cf.: RENÉ ARIEL DOTTI, *Curso de Direito Penal - Parte Geral*, 2.ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, 262. Autor que nos dá conta de que no Peru, além de garantia individual, a retroactividade da *lex mitior* é uma das exigências impostas à jurisdição dos magistrados penais. A Constituição peruana diz que «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ... La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

⁴ Assim, por exemplo, MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal...*, 1994, 129 ss.; ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual...*, 231.

⁵ Assim, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, Parte Geral, I, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1981 119; TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, I, 452, nota 516; RUI PEREIRA, «A relevância da lei penal inconstitucional mais favorável ao arguido», in *RPCC* 1(1991), 55 ss., particularmente, nota 13 (58-59); TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de leis penais*, Coimbra Editora, 1990, 63 ss.; MOHRBOTTER, «Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des § 250 StGB», in *ZStW* (1976), 935 ss. Curiosamente, uma tal solução tinha sido defendida por SILVA FERRÃO (*Theoria do direito penal aplicado ao Código Penal Português comparado com o Código do Brasil, Leis Pátrias, Códigos e Leis Criminaes dos Povos Antigos e Modernos*, III, Lisboa, Typografia Universal, 1856, 12 ss.) e proposta no Projecto de CP de 1861.

Cfr., ainda, no sentido da posição defendida no texto, HELENO FRAGODO, *Lições...*, 100-101.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, 159 («... la supuesta sanidad de la cosa juzgada y los argumentos de orden público no pueden convencernos...»); GRISANTI AVELEDO, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, 6.ª ed., Caracas, 1989, 58 ss.; Juan J. BUSTOS RAMÍREZ/Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I, Editorial Trotta, Valladolid, 1997, 106-107.

segurança jurídica subjacentes ao respeito do caso julgado nunca são postos em causa pela aplicação retroactiva da lei mais favorável ao arguido. A sociedade não é afectada numa situação em que, inequivocamente, se alteraram os juízos (e a sua medida) de reprovação do facto incriminado.

No sentido da inconstitucionalidade do limite do caso julgado à aplicação retroactiva da lei penal mais favorável consagrado na lei penal portuguesa, veja-se TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão...*, particularmente 173 ss.; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, 1993., anot. aos art.ºs 29.º, 193, e 282.º, 1041-1042; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal...*, I, 269-271; BERNARDO COLAÇO, «Cúmulo jurídico com penas cumpridas», in *RMP*, ano 1.º, n.º44, 136 ss.; RODRIGUES MAXIMINIANO, «Aplicação da lei penal no tempo e caso julgado», in *RMP*, ano 4.º (1983), vol.13, 11 ss.; RUI PEREIRA, «A relevância...», loc.cit., 58 ss., nota 13; MARIA FERNANDA PALMA, «A aplicação da lei no tempo: a proibição da retroactividade in pejus, in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal* (organização de Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza), AAFDL, 1998, 420 ss., autora que, depois de considerar que não seria razoável supor que a estabilidade e a segurança se realizariam, num Estado de direito democrático, em contradição com a igualdade e sem qualquer apoio no princípio da necessidade da pena - e, nesse sentido, o texto constitucional português não sufragaria qualquer restrição ao princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável - afirma que «... por força do artigo 17º da Constituição, tal garantia mais ampla é ainda tutelada constitucionalmente, na medida em que o direito à extinção da responsabilidade criminal, resultante da aplicação da lei penal mais favorável desincriminadora após o caso julgado é de "natureza análoga" ao direito que se fundamenta expressa e imediatamente no artigo 29.º, n.º 4...» (421-422).

Sobre as relações desse princípio com o da igualdade, veja-se TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão...*, 192 ss.; RUI PEREIRA, «O princípio da igualdade em direito penal», in *O Direito*, ano 120º, 1988, I-II, 134-135, autor que, inclusivamente, se debruça criticamente sobre as invocadas razões práticas que aconselhariam a estabelecer o trânsito em julgado da sentença condenatória como limite à aplicação da lei penal concretamente mais favorável. No mesmo concreto sentido de refutação das alegadas dificuldades práticas de aplicação do princípio, LOBO MOUTINHO, «A aplicação da lei penal no tempo segundo o direito português», in *DJ*, vol.VIII, tomo 2, 1994, 109 ss.. Este autor, além de outros argumentos, considera que as referidas «dificuldades práticas» também existem ou podem existir nas situações em que a nova lei elimine o facto do número das infracções, o que não leva ao respeito do caso julgado. Bastaria pensar, por exemplo, em casos como «restrição do âmbito objectivo de aplicação de uma ou várias infracções mediante a ampliação de elementos ou circunstâncias essenciais ... pen-se-se no reconhecimento de nova causa de extinção da ilicitude ou da culpa ou de nova condição de punibilidade ou de nova causa de extinção da responsabilidade penal...» (109). Cfr., igualmente, sobre as relações do princípio com o da igualdade, Frédéric DESPORTES/Francis LE GUNHEC, *Le nouveau droit penal*, Tomo 1, 3.ª ed., Économica, Paris, 1996, 248 ss..

1.6.3. E nem surge como decisivo, como atrás procurou demonstrar AUGUSTO SILVA DIAS o argumento, sugerido entre nós, por exemplo, por RAUL VARELA⁶, segundo o qual a nossa Constituição, no art.º 280.º, n.º 5, (antigo art.º 308.º), manda respeitar o caso julgado. A leitura daquele preceito mostra-nos que quando a Lei Fundamental manda respeitar o caso julgado, admite uma excepção, qual seja... a garantia da aplicação da lei mais favorável (em matéria penal, disciplinar ou contra-ordenacional). É certo que aquele dispositivo constitucional parece condicionar a efectividade daquela garantia a uma decisão em contrário do Supremo Tribunal de Justiça. Mas não seria novidade nossa⁷ a defesa, ancorada ainda nas regras de interpretação declarativa, de que aquela norma impõe aquela decisão sempre que o STJ chegue à conclusão de que, na aplicação ao caso concreto, a lei nova (inconstitucional) possa vir a ser mais favorável ao arguido.

1.6.4. De todo o modo, ainda se poderia dizer que, pela *ratio* do caso julgado (penal) - a certeza e a segurança jurídicas, vistas enquanto meio ao serviço das garantias do cidadão face ao arbítrio do poder do Estado (neste caso, o punitivo) -, ele nunca pode conflitar com o princípio de aplicação retroactiva da lei penal mais favorável ao arguido, não tendo, pois, ainda no dizer de TAIPA DE CARVALHO, dignidade constitucional como princípio «... em si mesmo, isto é, enquanto certeza jurídica, independentemente da sua dimensão de garantia jurídico-penal...»⁸.

1.7. Um raso apontamento sobre a história do Código que, eventualmente, poderá interessar ao destinatário destes Cadernos: O Anteprojecto, ao estabelecer que, em caso de dúvida sobre a determinação da lei mais favorável, seria ouvido o interessado (n.º 2 do art.º 3º) - na esteira do que, por exemplo, estatui o novo Código espanhol (art.º 2º, 2), - em certa

⁶ Loc.cit., 3-4.

⁷ Em Portugal, face a idêntico preceito constitucional, RUI PEREIRA, « A relevância...», 70 ss.

⁸ *Sucessão...*, 183.

medida pretendia dar resposta a algumas das referidas dificuldades práticas.

Foram também de natureza exclusivamente prática as razões invocadas pela CTA para sugerir o afastamento da solução preconizada no Anteprojecto, o que veio a acontecer. Não estivemos de acordo é com a ideia, igualmente veiculada por aquela comissão, de que o n.º 2 do preceito (o que permitia ouvir o interessado em caso de determinação da lei concretamente mais favorável) «... não só contraria a presunção segundo a qual o juiz conhece o direito, como também pode transmitir a ideia de uma certa transacção em matéria penal». Desde logo, deve ser dito que o «ouvir» o interessado apenas tinha o sentido de recolha de um «parecer». E este naturalmente que não se refere a questões de direito, mas simplesmente a reacções quanto a factos concretos, a aspectos da vida do arguido, como a sua situação económica, social, laboral, a uma apreciação, factos que, algumas vezes, terão de ser cuidadosamente pesados, sobretudo quando estão em causa alternativas, legalmente admitidas, entre sanções de natureza diversa⁹.

1.8. Ponderação diferenciada de preceitos de uma e outra(s) lei(s) na fixação da lei mais favorável: sim ou não? Não!

1.8.1. Não sufragamos a possibilidade de, no âmbito da aplicação da lei concretamente mais favorável, tomar em consideração preceitos de uma e outra lei, ou, até, de várias leis, se tivermos em consideração leis intermédias. A possibilidade de uma ponderação... *diferenciada*. Um exemplo poderia ser o de, em caso de crime contra a honra praticado antes da vigência do novo Código mas julgado após a sua entrada em vigor,

⁹ Sobre este aspecto concreto, veja-se TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal* - Parte *Geral* - *Questões Fundamentais*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, 233 («... Permanecendo a decisão do tribunal, compreende-se e é justo que, nos casos duvidosos, deva ser atendida a opção do mais interessado na aplicação da *lex mitior*»); MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, Volume 1, Saraiva S.A., São Paulo, 1980, 87; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉE, *ob.cit.*, 107.

aplicar o velho Código na medida em que a pena é mais branda, mas, com base nela, invocar a aplicação do novo Código para consideração de prazos (mais curtos) de prescrição.

1.8.2. Creemos que talvez seja instrutivo seguir estas palavras de F. Von LISZT a este respeito, numa tradução em castelhano: «...Cuando el Juez es llamado a escoger, de entre dos o más leyes, la más benigna tiene, en primer término, que resolver el caso que se le presente, según una de las leyes en cuestión; después, según la otra; luego, según las restantes leyes que tal vez aún existen; por tanto, constatar el hecho según cada una de estas leyes y determinar la pena. Toda combinación de leyes penales diferentes es absolutamente inadmisibile. El resultado más favo rabie para el acusado es el que sirve de norma...». E acrescenta que, para aquela operação, devem ser tomadas em conta não só a extensão e o conteúdo da pena, mas «todas las normas determinantes en el Derecho penal...», desde as penas acessórias, a influência das circunstâncias agravantes e atenuantes, as disposições sobre a reincidência, a participação, a tentativa, etc. E também as regras da prescrição, mas sempre tendo em conta a ideia atrás mencionada: confronto de lei com lei¹⁰.

1.8.3. Rejeitamos, pois, uma tal hipótese, não por quaisquer argumentos de ordem formal, por exemplo porque a CRCV fala em «lei posterior» ou porque o CP fala em «regime» e, não, em normas. Simplesmente porque estaríamos a aplicar uma *outra lei*, inexistente, simplesmente criada pelo intérprete. Ficaria, além do mais, em causa o princípio democrático na sua essência e racionalidade, sem esquecer que uma tal solução não encontra qualquer respaldo na fundamentação última do princípio, qual seja a necessidade da pena ou o princípio da igualdade. Os juízos de valor em confronto apenas poderão ser *descobertos* na análise conjugada das disposições de cada um das leis, de cada um dos regimes legais. No exemplo que demos, o que justifica um prazo de prescrição do

¹⁰ Franz VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, tradução da 20.^a edição alemã por Jimenez de Asua, Tomo Segundo, Tercera Edición, Instituto Editorial Réus, Madrid, s/d, 100 ss..

procedimento criminal mais curto em certo momento tem também a ver com a valoração feita, no mesmo momento, da gravidade do facto, indiciada pela medida da pena¹¹. Razão por que, insistimos, não nos convencem, bem que avançados num quadro constitucional aparentemente mais «permissivo» do que o nosso, os argumentos avançados, por exemplo, por RENÉ ARIEL DOTTI, que fala do «mito da terceira lei» e «*superstición* e a preconceituosa exegese» que se oporiam ao princípio da garantia individual da retroactividade da lei mais favorável¹².

11

No sentido advogado no texto, entre outros, ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual...*, 230-231; MUNOZ CONDE, *Derecho Penal...*, 151; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal - Parte General*, &.ª edição, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, 118, citando, na nota 33, decisão do TC, segundo a qual «... la retroactividad de la ley penal más favorable supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidos aquellos aspectos concretos que puedan resultar perjudiciales (STC 75/2002)»; FERNANDO VELÁZQUEZ V, *Derecho Penal - Parte General*, tercera edición, TEMIS, Bogotá, 1997, 150, autor que, referendo-se às leis *complexas y divisibles*, que permitiriam «... tomar lo más favorable de cada una de ellas y posibilitan la ultra o retroactividad de la ley en bloque», sempre acaba por concluir que o julgador não está autorizado a fraccionar uma lei, a tomar fragmentos de uma e outra, «... pues ello equivaldría a crear una tercera ley, lo cual está prohibido»; ROXIN, *Derecho Penal...*, § 5, 168, com referências a jurisprudência no sentido de rejeição de uma *ponderación diferenciada* (*Strafrecht...*, § 5, 123-124); DESPORTES/LE GUNHEC, ob. cit., 261 ss. («... dans le cas... d'une disposition nouvelle réduisant le domaine d'une incrimination... tout en augmentant la peine... Il n'y a aucun inconvénient à considérer séparément ces deux modifications en appliquant immédiatement celle réduisant l'incrimination et non celle élevant la peine. Une même personne ne pourra jamais bénéficier en même temps de l'incrimination la plus étroite et de la peine la moins élevée...») - os sublinhados são nossos); JEAN PRADEL, *Droit Penal General*, Edition 2000/2001, Editions Cujas, Paris, 194. Num sentido diferente, cfr. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal...*, 233-235, contrariando a argumentação (formal, no sentido referido no texto) do STJ português; E. MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., 86-87; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉE, ob. cit., 109 («... No hay lesión del principio de legalidad, sino interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible»).

12

Ob. cit, com indicação abundante de jurisprudência brasileira sobre a questão e outros elementos históricos para a compreensão da discussão do problema no Brasil (particularmente, 270-276).

1.9. Lei intermédia mais favorável

Entendemos, porém, que os fundamentos da aplicação do regime concretamente mais favorável ao agente - radicados, nos princípios da igualdade e da intervenção mínima do direito penal - ainda justificarão a aplicação ultra-activa da lei intermédia (posterior ao momento da prática do facto, mas revogada no momento do julgamento) mais favorável¹³. Significativo é o facto de já no Relatório da Proposta de Lei da Nova Reforma Penal de 1884 se defender uma tal posição: «... Se o réo fosse julgado antes de revogada a segunda lei, ter-lhe-ia sido applicada pena menos grave e a demora no julgamento não deve ser causa de applicação de pena de maior gravidade, tanto mais que essa demora pode provir, não de negligencia ou de fraude do criminoso, mas da observância das formalidades legais, ou de facto ou de culpa imputável às autoridades e mais representantes legítimos da sociedade»

1.10. Em poucas linhas, debruçemo-nos sobre alguns casos postos à discussão pelos formandos do Curso, a propósito do tema que ora nos ocupa.

¹³ Cfr., por todos, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal...*, 230-231; MAGALHÃES NORONHA, *ob. cit.*, 87 («... a intermediação, sendo mais benigna, deve ser applicada, pois abroga a primeira e impõe-se por sua benignidade à terceira»); ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual...*, 231; MUNOZ CONDE, *Derecho Penal...*, 152. Curiosa é a aproximação feita por Miguel POLAINO NAVARRETE: «... En esta perspectiva sustantiva, la ley penal intermedia alcanza eficacia retroactiva en virtud de una *retroactividad hipotética*, determinante del reconocimiento de la mayor benignidad legalmente prevista por extingencias político-criminales, configuradoras de una retroactividad que cabe calificar como hipotética, en el sentido de que, si efectivamente durante la vigencia de la Ley Penal «B» se hubiera enjuiciado el acto delictivo de referencia, habría indefectiblemente sido aplicada tal disposición normativa más favorable, la cual debe también reconocerse vigente en el instante del posterior enjuiciamiento en la fase de la vigencia formalmente ya iniciada de la Ley penal «C», cuya mayor severidad no prevalece sobre la retroactividad, directa o hipotética, pero sin duda propia, de la ley intermedia» (*Derecho Penal - Parte General*, Tomo I, 4.ª edición, Bosch, Barcelona, 2001, 530-531).

1.10.1. Lei nova que torna crime público em semi-público

Em primeiro lugar, pretendeu-se saber qual seria a solução em caso de uma lei nova tornar semi-público um crime que, antes, era público. Terá aplicação o princípio de aplicação do regime concretamente mais favorável nas situações de *despublicização* de crimes?

1.10.1.1. A resposta deverá sempre ter em consideração a circunstância de uma *despublicização* do crime não implicar necessariamente uma alteração dos juízos sobre a necessidade de punição de uma conduta. Muitas vezes, isso decorre da ideia (ou também da ideia) de acautelar interesses da vítima e/ou de um menor interesse do Estado em perseguir criminalmente certos factos, em atenção à natureza do bem jurídico em causa. A salvaguarda dos interesses da vítima, mormente no que respeita à preservação de sua intimidade ou à paz no seio da família, mas, no geral, a prossecução de objectivos de política criminal bem definidos, quais sejam os de proporcionar, dentro de certos limites, naturalmente, que situações de conflitualidade geradas por certas condutas de gravidade criminal pequena ou média possam ser geridas e resolvidas extra-processualmente, inclusivamente por consenso entre o agente e a vítima¹⁴, deverá levar a que se alargue o leque de crimes semi-públicos, em domínios como os da protecção da honra, da intimidade da vida privada ou mesmo do património.

Um tal desiderato constitui hoje, sem dúvida, objecto de múltiplas orientações e recomendações de incidência criminológica e/ ou vitimológica, a par de soluções legislativas na área do direito processual

¹⁴ Cfr., a este respeito, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português...*, §1060, 664 ss.; FREDERICO ISASCA, «O Projecto do novo Código Penal (Fevereiro de 1991) - uma primeira leitura adjectiva», in RPCC, ano 3, 1.º, 1993, 70 s.s.; FARIA COSTA, *Diversão (Desjudicialização) e mediação: Que rumos!*, Coimbra, 1986, 40-41 e 60 ss.; ODETE MARIA DE OLIVEIRA, *Problemática da vítima de crimes - Reflexos no sistema jurídico português*, Rei dos Livros, Lisboa, 1994, 71-72 e notas 68 a 70.

criminal experimentadas¹⁵. Medidas que são propostas no âmbito da reforma processual em curso em Cabo Verde e que vão da consagração de soluções como as de arquivamento provisório do processo contra injunções e regras de conduta à possibilidade de acordo, antes do julgamento, entre o arguido e o ofendido¹⁶.

Assim, a solução deverá sempre ter em consideração o interesse do ofendido em exercer o direito de queixa.

1.10.1.2. Por um lado, a ultra-actividade da lei anterior que definia o crime como público poderia levar a uma desigualdade entre arguidos pelos mesmos crimes cometidos antes e depois da nova lei, se não se viesse a possibilitar o exercício do direito de queixa.

1.10.1.3. Por outro lado, a aplicação retroactiva da lei que torna o crime semi-público, com um consequente arquivamento dos autos, na ideia de que se estaria a aplicar um regime concretamente mais favorável ao arguido (supondo que está em causa (ou também em causa) um sentido descriminalizador na nova lei, implicaria um irrazoável (do ponto de vista do princípio do Estado de Direito) sacrifício do interesse da vítima que poderá ter interesse em ver prosseguir a acção.

1.10.1.4. Por isso, estamos perfeitamente de acordo com MARIA FERNANDA PALMA, quando conclui que a única solução jurídica para estes casos seria a atribuição de oportunidade de exercício do direito de queixa ao seu titular. «O seu fundamento não decorre directa e exclusivamente do artigo 29.º, n.º 4, da Constituição, mas sim dos princípios jurídicos que a este subjazem - a igualdade e a

¹⁵ Cfr. JORGE CARLOS FONSECA (com a colaboração de LOURENÇO LOPES), *Estudo sobre a protecção de crimes violentos (em particular as mulheres)*, Relatório Provisório, AMJ, Praia, 2002, 102 ss.

¹⁶ Cfr. JORGE CARLOS FONSECA, *Um novo Processo Penal para Cabo Verde, Estudo sobre o Anteprojecto de novo Código*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2003, 80-81; IDEM, *Estudo sobre a protecção...*, 105-106.

necessidade da pena -, articuladamente com a protecção da confiança emanada do Estado de direito democrático. Justifica-se, simultaneamente, a aplicação imediata da lei nova e a protecção do exercício do direito de queixa»¹⁷.

1.10.2. Leis sucessivas sobre prazos de prescrição do procedimento criminal

Outra questão vista durante o Curso foi a seguinte: se houver alteração de lei sobre prazos de prescrição de procedimento criminal, como fazer? Terá igualmente aplicação a regra de proibição de retroactividade de lei penal desfavorável e aplicação, ainda que retroactiva, de lei mais favorável?

1.10.2.1. É hoje praticamente inquestionável que a proibição da retroactividade da lei penal não radica na ideia de garantir a primazia da representação popular, uma vez que limita a própria liberdade de decisão do legislador, nem no princípio da culpa, já que a referência do juízo de reprovação da culpa não é a lei, mas, sim, o conteúdo material da ilicitude do facto que também pode existir sem que aquele esteja cominado com uma pena. A lei penal não se aplica retroactivamente porque, como refere JESCHECK, «... não podem promulgar-se leis ad hoc que facilmente podem estar influenciadas pela comoção resultante da prática de um crime em concreto e que, a maioria das vezes, analisadas com um distanciamento temporal suficiente, se mostram excessivamente duras ...»¹⁸. Isto é, o decisivo para uma tal proibição é a ideia de segurança jurídica¹⁹.

¹⁷ *Direito Penal...*, 1994, 135-137.

¹⁸ Ob. cit., 1.º Volume, 184 (Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, 4.ª edição, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, 123).

¹⁹ Cfr., por todos, SOUSA E BRITO, «A lei penal na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição* (coordenação de Jorge Miranda), 2.º volume, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, 214 ss.; TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão...*, 35 ss.; HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições...*, 99 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley...*, 149 ss.; Reinhart MAURACH/Heinz ZIPF, *Derecho Penal - Parte General*, 1, trad. da 7.ª edição alemã, Astrea, Buenos Aires, 1994, 195 ss.;

1.10.2.2. A prescrição figura entre os pressupostos que condicionam a aplicação de uma sanção criminal, pelo que a sua regulação é matéria atinente e deve estar envolvida pelo conjunto de garantias que rodeia a aplicação da lei penal, *maxime* a proibição da retroactividade. Não é, pois, curial saber-se se a sua natureza jurídica é substantiva, processual ou mista para nos decidirmos num sentido ou noutro (aplicação retroactiva/irretroactividade), como, ainda hoje, é habitual fazer-se²⁰. Como noutro local já defendemos²¹, e na esteira, entre outros, de FIGUEIREDO DIAS, sendo uma tal proibição um corolário do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ela também é válida para as normas processuais (penais), no sentido de que o princípio da legalidade «... se estende, em certo sentido, a toda a repressão penal e abrange, nesta medida, o próprio direito processual penal..., importa que a aplicação da lei processual penal a actos ou situações que decorrem da sua vigência, mas se ligam a uma infracção cometida no domínio da lei processual antiga não contrarie nunca o conteúdo de garantia conferida pelo princípio da legalidade ...»²².

1.10.2.3. Convém, para evitar todo um tipo de equívocos gerados habitualmente à volta do problema, que se esclareça o que é aplicação retroactiva de uma norma e o que não é uma tal aplicação. E esse

Günther JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, 75 ss..

²⁰ Veja-se, entre outros, EDUARDO CORREIA, Anotação ao Assento de 19.11.75, in RLJ, n.º 3560, 361-363; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Lições..., 403 ss.; RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte general, Madrid, 1987, 217-218; JESCKECK, ob.cit., I.º Volume, 184 (Lehrbuch..., 123).

²¹ JORGE CARLOS FONSECA, «Sucessão de Leis : Âmbito da lei nova e da lei antiga», in RCD, ano II, n.º5, 20-21.

²² *Direito Processual Penal*, 1.º vol., Coimbra, 1981,112. No mesmo sentido, veja-se, ainda, TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão...*, 223 ss., para todas as normas processuais penais materiais; R. SCMITT, «Der Anwendungsbereich von parag. 1 Strafgesetzbuch" (Art. 103/Abs.2 Grundgesetz), in *Festschrift für H.-H. Jescheck*, Berlin, 1985, 231; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas dei delito*, 3a ed., Chatas, Madrid, 1996, 227-228; MUNOZ CONDE, *Teoria Geral do Delito*, S.A.Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, 175.

esclarecimento torna-se aqui decisivo. Aplicar uma lei nova que altere os prazos de prescrição significa aplicar retroactivamente a lei ou, simplesmente, e singelamente, que ela se aplica ... imediatamente, que ela «só dispõe para o futuro ...», como diz o n.º 1 do artº 12º do C. Civil? Melhor: significa a aplicação retroactiva da norma, ou, pelo contrário, a concretização da ideia de sua irretroactividade, a outra face da não-retroactividade, na expressão de OLIVEIRA ASCENSAO^{23,7}

1.10.2.4. Sem pretender enunciar aqui, nestas breves notas, as diferentes posições sobre a questão²⁴, direi que uma resposta satisfatória se deverá encontrar no artº 12º do C.Civil, inspirado, como se sabe²⁵, na formulação de ENNECCERUS. O ponto de partida é o seguinte: o carácter retroactivo ou não-retroactivo de certa lei é de se procurar com base numa correcta interpretação da lei nova e não com base na definição de situações abrangidas pela lei antiga. Concretamente, deve recortar-se o que é que a lei nova pretende regular, que ponto quer disciplinar a lei nova. Ela quer regular, de modo diferente, um facto, fixando os seus efeitos ... ou dispor imediata e directamente sobre o conteúdo ou o alcance, a existência ou a inexistência dos próprios direitos? Consoante se trate de uma hipótese ou outra, assim se determinará o que significa, em concreto, a ideia de que todo o preceito jurídico se destina a regular o futuro, a ideia de que todo o preceito jurídico diz «... de aqui por diante deve-se ...»²⁶. Aplicando-se tal critério à hipótese da lei nova que altera os prazos de prescrição - alongando-os, por exemplo - isso quer dizer mais ou menos o seguinte: «Doravante o prazo de prescrição do procedimento criminal relativo aos crimes X e Y é de Z anos ...». A lei nova pretende ligar a um facto (decorso de certo tempo contado a partir da prática de um crime) a produção de um certo efeito (impossibilidade de perseguição pela prática do crime). Ela só

²³ O *Direito. Introdução e Teoria Geral*, Verbo, 1988, 422.

²⁴ Uma stímula pode ser consultada em JORGE CARLOS FONSECA, «Sucessão...», loc.cit., 21-22, en.º soc7, 28 a 31.

²⁵ Veja-se MANUEL DE ANDRADE, «Fontes do Direito», in *B.M.J.*, n.º 102, arf.II, n.º 9.

²⁶ ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Derecho Civil* (Parte General), Tomo I, vol.I, 2.ª ed., Barcelona, 1953, 231.

teria eficácia retroactiva, pois, se visasse factos passados, ao dispor sobre os seus efeitos²⁷. Mais claramente: se atingisse prescrições já adquiridas, passadas.

1.10.2.5. Assim, entendemos, neste sentido como EDUARDO CORREIA²⁸, que a aplicação de uma lei nova que alongue prazos de prescrição em curso não importaria, em rigor, retroactividade.

1.10.2.6. Isto quer, então dizer que concluímos pela aplicação da lei que alonga os prazos de prescrição do procedimento criminal aos prazos já em curso? Não! Ao fazer com que, objectivamente, se alargue o âmbito de possibilidades de incriminação do arguido, e tendo em consideração os argumentos já aduzidos para justificar a aplicação do regime concretamente mais favorável ao agente, deverá ser aplicada ultra-activamente a lei antiga que define prazos mais apertados para o efeito.

1.10.2.7. Tratando-se de lei que vem encurtar o prazo de procedimento criminal, bastará aplicar as regras e os critérios gerais atrás enunciados, para concluímos pela aplicação da lei nova mesmo aos prazos já em curso, solução que constava, em Portugal, de um Assento do STJ (de 19 de Novembro de 1975).

1.10.3. A caducidade do direito de queixa

²⁷ JORGE CARLOS FONSECA, «Sucessão...», loc.cit., n.ºs 6-7, concluindo sobre a interpretação a dar ao n.º 2 do art.º 12.º do Código Civil.

²⁸ No sentido de uma não aplicação da lei nova que alonga os prazos de prescrição, por exigência do princípio da legalidade e seu corolário de proibição de retroactividade, cfr. TERESA PIZARRO BELEZA (depois de algumas hesitações), *Direito Penal*, 1.º volume, 462-463; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal...*, I, 1981, 128; LUIZ LOPES NAVARRO, *Direito Penal*, Coimbra Ed., 1932, 32; BELEZA DOS SANTOS, *Direito Criminal* (Lições coligidas por H. Marques), Coimbra Ed., 1936, 200 ss.; Manuel António LOPES ROCHA, com muitas hesitações, acaba também por sufragar solução afirm, invocando analogia com os casos de proibição da aplicação de penas mais graves - «Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço», in *Jornadas de Direito Criminal...*, cits., 110-116.

A propósito da matéria da aplicação da lei no tempo, veio à baila, durante uma sessão do Curso, a questão da aplicação (no tempo) da nova lei sobre prazos de caducidade do direito de queixa. A verdade é que o novo Código estabelece um prazo mais curto, tendencialmente mais curto, já que o início de contagem do prazo é diferente também do definido no velho Código. Neste, o prazo era de 2 ou de 1 ano, consoante a pena seja maior ou correccional, a contar da data da prática do facto (art.º 125.º, § 3.º); no Código em vigor desde 1 de Julho de 2004, ele é de 6 meses a contar da data do conhecimento do facto punível, ou a partir da morte do ofendido ou da data em que se tiver tomado incapaz (art.º 105.º, n.º 1).

Não há aqui verdadeiramente um problema de aplicação de lei mais favorável ou de sucessão de leis no tempo: trata-se, sim, de pressuposto de procedimento criminal e que tem a ver sobremaneira com o interesse do ofendido.

Como fazer, então? Valerá aqui a regra geral estabelecida no Código Civil (art.º 297.º, n.º 1). «A lei que estabelecer... um prazo mais curto... é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar».

1.10.4. Leis temporárias e de emergência: o n.º 2 do art.º 2.º do Código Penal

1.10.4.1. O n.º 2 do art.º 2.º do CP. diz que os factos praticados na vigência de uma lei temporária serão por ela julgados, salvo se legalmente se dispuser o contrário. Trata-se de uma formulação afirm à do Código português (art.º 2.º, n.º 3: «Quando a lei valer para um determinado período de tempo, continua a ser punível o facto praticado durante esse período»).

1.10.4.2. E se, posteriormente àquele período de tempo, vier nova lei que descriminalize o facto ou mitigue a sua punição? Não se trata, em rigor, por tudo quanto já foi dito, de um verdadeiro problema de sucessão de leis no tempo, se a lei «antiga» consubstanciase uma autêntica lei de emergência, isto é, que regulasse a punição de um facto tendo em consideração uma situação de crise, excepcional. Numa tal situação, a lei nova, passada a situação particular que motivou a edição da lei antiga, não estaria a incluir, e a valorar penalmente, entre os elementos do tipo de ilícito a situação de excepção; na verdade, haveria apenas duas leis temporalmente sucessivas, mas já não segundo critérios jurídicos.

1.10.4.3. Não está, pois, em causa verdadeiramente uma excepção à regra da aplicação (retroactiva) da lei mais favorável ao arguido, já que não está em causa uma diferente valoração legal ou político-criminal dos factos mas apenas uma alteração da situação fáctica excepcional que justificou o regime particular mais gravoso dos comportamentos objecto da lei temporária. Enfim, aqueles factos continuariam a ser valorados politicamente da mesma forma, só que, com a nova lei, teriam desaparecido os pressupostos de aplicação da regra excepcional²⁹. Assim, não se acolheu a sugestão da C.T.A. no sentido de retirar aquela referência, baseada na ideia - que, aqui, se tentou demonstrar ser infundada - de que haveria uma violação do disposto no n.º 2 do art.º 30 da Constituição cabo-verdiana (actual art.º 31.º, n.º 2).

²⁹ Cfr. JORGE CARLOS FONSECA, *Reformas Penais...*, 47-48; TAIPA DE CARVALHO, *Successão...*, 160 ss.; LOPES ROCHA, «Aplicação...», in *Jornadas de Direito Criminal...*, 95 ss.; TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1.º Volume, 456 ss.; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, 155-156; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Pena* /.../, I, 191, 115-117; JAKOBS, *Strafrecht...*, 81-83; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23.ª ed., Verlag C.H.Beck, München, 1988, 54-56; BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 18.ª ed., Verlag C.H.Beck, München, 1983, 53 ss.; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal...*, 204-205.

Criticando a solução, no geral, e face à lei brasileira, veja-se ZAFFARONI/PIERANGELI, *Manual...*, 231-232.

1.10.4.4. E nem se diga, como também pretendia a Comissão de Acompanhamento, que uma tal previsão acarretaria «... inconvenientes graves, tais como a possibilidade de excesso de leis que pretendam dar respostas pontuais a questões acidentais da vida social, respostas que, por serem pontuais, tendem a ser influenciadas pela conjuntura...». Ponto é que - e estamos, neste aspecto de acordo com TAIPA DE CARVALHO - a lei seja temporária, isto é, tenha um tempo de vigência claramente delimitado pela situação excepcional da vida social que justifica aquela valoração político-criminal mais gravosa. De tal modo que se possa afirmar com aquele autor que «... só o carácter excepcional da situação... é que impede que sobre esta... recaia o juízo de inconstitucionalidade por violação do princípio político-criminal da indispensabilidade da pena... o não cumprimento de qualquer um destes requisitos determinará que a lei em causa seja tratada como... lei penal normal, sendo-lhe aplicável o regime da sucessão de leis penais, com a consequente retroactividade da lei despenalizadora...»³⁰.

1.10.4.5. Deste modo, uma solução, tal qual a que vem estabelecida no CP. aplica-se, assim, mais adequadamente às verdadeiras leis de emergências (naturalmente, também «temporárias») e, não, às meramente «temporárias». Uma norma meramente temporária que não esteja ligada a uma qualquer e específica situação de excepcionalidade - que justifique um particular fundamento de ilicitude ou de um seu maior grau - não deve ser subtraída à aplicação da regra do regime mais favorável ao agente, pois permanecem os argumentos subjacentes à aplicação de tal critério: os da necessidade da pena e da igualdade³¹.

1.10.4.6. Por isso, achámos que seria preferível a formulação do Anteprojecto (art.º 3.º, n.º 3) : «Quando, em virtude de circunstâncias excepcionais ou de emergência, a lei deva ter vigência num período de tempo determinado, os factos praticados durante aquele período serão por

³⁰ *Successão...*, 161 e 163.

³¹ Assim, explicitamente, MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal...*, 1994, 138-139.

ela julgados, salvo se legalmente se dispuser ou resultar o contrário». De todo o modo, e numa inequívoca explicitação da ideia há pouco referida, o Código ressalva as hipóteses, também possíveis, de verdadeira sucessão de leis temporárias ou de emergência, estatuinto, no número atrás mencionado, «... salvo se a lei dispuser ou dela resultar o contrário», numa formulação afim da dos códigos de Espanha, da Alemanha e do Peru. Mas deve ser dito, em abono da verdade, que, muito possivelmente a formulação final do Código foi «traída» pela circunstância de aquela versão do Anteprojecto ter sido introduzida posteriormente à entrega ao Governo do texto primeiro³².

Leitura particularmente recomendada para a matéria exposta em I.-MARIA

- FERNANDA PALMA, *Direito Penal...*, 1994, 129-139;
- JORGE CARLOS FONSECA, *Reformas Penais...*, 44-48;
- TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra Editora, 1990, *passim*;
- TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal - Parte Geral - Questões Fundamentais*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, 213-256;
- LOPES ROCHA, «Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço», in *Jornadas de Direito Criminal - O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983, 85-117;
- RENÉ ARIEL DOTO, *Curso de Direito Penal - Parte Geral*, 2.^a edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, 261-276.

2. O lugar da prática do facto: um caso especial (art.º 5.º, *in fine*). Os chamados crimes de consumação antecipada

2.1. O art.º 5.º do Código Penal define o critério de determinação do lugar da prática do facto punível (*Qocus delicti*). E fá-lo, à primeira vista, de uma forma que, não estando expressamente contida no Código de 1886 (mas, de

³² Cfr. o nosso *Reformas Penais...*, nota da pág. 129.

alguma forma, resolvida pelo art.º 46.º do Código de Processo Penal, era defendida por certa doutrina e jurisprudência (portuguesa)³³. Como? Cumulando dois critérios, no fundo, de acordo com o que se convencionou chamar uma solução *plurilateral, mista* ou da *ubiquidade*: local da prática do crime tanto é aquele em que, total ou parcialmente, o agente actuou, ou, em caso de omissão, deveria ter actuado, quanto aquele em que se tenha produzido o resultado típico³⁴.

2.2. Uma solução diferente da estabelecida para a determinação do momento da prática do facto (art.º 6.º) - valendo aqui como critério o momento da realização da conduta e, não, o da verificação do resultado, por razões atinentes às garantias subjacentes ao princípio da legalidade, e mormente ao da irretroactividade da lei penal (desfavorável)³⁵ - e que se justifica plenamente : ultrapassar o problema que seria, caso se optasse apenas pelo critério do local da acção ou o da verificação do resultado, indesejável de «... insuportáveis lacunas de punibilidade que uma política criminal minimamente concertada não poderia admitir»³⁶. Bastaria um exemplo simples e habitual: António dispara contra Bernardo com intenção

³³ Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, 172, nota 1; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal...*, I, 1981, 133-134.

³⁴ Cfr., sobre o tema, e por todos, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, 169 ss.; FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal - Questões fundamentais - A doutrina geral do crime*, fase, Coimbra, 1996, 199 ss.; TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal...*, I.º Volume, 557 ss.; JESCHECK, ob. cit., I.º Volume, 238 ss. (Lehrbuch..., 159 ss.), autor que fala do critério da ubiquidade.

³⁵ Assim, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal...*, 183 ss. («... por isso que é no momento em que o agente actua... que releva a função tutelar dos direitos, liberdades e garantias da pessoa que constitui a razão de ser daquele princípio (da legalidade). Fosse decisivo a propósito só o momento em que o resultado... tem lugar e estaria aberta a porta ao arbitrio e ao excesso da intervenção punitiva do Estado...») (184); TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão...*, 53 ss., autor que também invoca o princípio da culpa como fundamento de uma solução *unilateral* a este respeito («... a deslocação do momento da conduta para o momento do resultado violaria o *princípio da culpa*: constituindo a culpabilidade fundamento e limite da pena e sendo o juízo da culpa um juízo de censura ética pela prática da conduta e não pela ocorrência do resultado, necessariamente que o momento decisivo tem de ser o da conduta...») (56).

³⁶ FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal...*, 200.

de matar, em Bissau, e a vítima acaba por morrer na Praia; se a Guiné-Bissau adoptasse o critério do resultado e Cabo Verde o da conduta, o agente não poderia ser punido por homicídio, por nenhuma das leis concorrentes poder ser aplicada em nome da territorialidade.

2.3 O caso dos chamados *crimes de consumação antecipada*

Mas o Código Penal cabo-verdiano vai mais longe e diz que o facto se considera praticado também no lugar em que se tenha produzido «... aquele resultado que, não sendo típico, o legislador quer evitar que se verifique» (art.º 5.º, *in fine*). Formulação que apresentámos numa segunda versão do Anteprojecto, pretendendo exactamente estender ainda mais, ao menos explicitamente, os critérios de determinação da sede do delito, abarcando um conjunto de crimes que, habitualmente mas talvez não rigorosamente, se apelidam de *formais*³⁷, mas que preferiremos chamar de *consumação antecipada*. Crimes em que a consumação (noção formal) se dá com um certo resultado (típico, pois) ou actividade, mas em que um outro resultado, não compreendido no tipo, interessa à valoração da ilicitude³⁸. Falamos nomeadamente de *crimes de empreendimento* [em que se dá a equiparação típica entre tentativa e consumação, como, por exemplo, nos casos de crimes previstos nos art.ºs 265.º, 306.º, n.º 1, a) ou, ainda, 313.º, n.º 1, g)]³⁹, e, sobretudo, de *crimes de intenção*, vistos rasamente como crimes em que, para além da verificação de uma certa conduta ou resultado, se exige uma particular intenção de atingir um outro resultado, o qual, porém,

³⁷ Cfr., por exemplo, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, 172-173; FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal*., 200. Numa perspectiva crítica, e nesse contexto, JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento e tentativa* Almedina. Coimbra, 1986. 156-159.

³⁸ Cfr. JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento*..., 159.

³⁹ Sobre a noção, cfr. JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento*..., *passim*, mas particularmente 110 ss..

não tem que se verificar para se dar a consumação⁴⁰, e de *crimes de perigo*, em que a conduta apenas põe em perigo o objecto da acção do tipo⁴¹.

Não se trata, pois, de um qualquer resultado que não se contenha na definição do facto típico, de um qualquer evento do crime para «além do mal do crime», como se procurou interpretar expressão afim surgida no CP. português de 1982, a propósito de outra matéria, nomeadamente da desistência⁴². Matéria que iremos abordar mais à frente, quando falarmos do regime da tentativa no novo Código.

2.4. Solução (a do novo Código) que, diga-se, de alguma forma já era advogada, por exemplo, por BELEZA DOS SANTOS, EDUARDO CORREIA⁴³ e FIGUEIREDO DIAS⁴⁴, na vigência do antigo Código, e que acaba por ter expressa consagração em 1998 através da fórmula «... ou o resultado não compreendido no tipo de crime...», pouco feliz, em nosso entender, como, aliás, já fizéramos assinalar no nosso *Crimes de empreendimento e tentativa*⁴⁵, em 1986, e se deixa ver em 2.3.

⁴⁰ Cfr., por todos, JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento*..., 57 e nota 19. Exemplos poderão ser os crimes previstos nos art.ºs 194.º (furto), 198.º (roubo), 208.º (supressão de marco) ou 217.º (extorsão) do CP. de Cabo Verde; FIGUEIREDO DIAS, *Textos*..., 2001, 80 ss..

⁴¹ Cfr., por todos, JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento*..., particularmente 73-78; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, 287 ss.; FIGUEIREDO DIAS, *Textos*..., 2001, 32 ss.; RUI Carlos PEREIRA, *O dolo de perigo*, Lex, Lisboa, 1995, *passim*, particularmente 22 ss.. Exemplos, entre muitos, poderão ser os crimes previstos nos art.ºs 302.º e 303.º do novo Código; ROXIN, *Derecho Penal*..., § 10, 335-336 (*Strafrecht*..., 3.ª edição, 281-282).

⁴² CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, 3.º semestre, Indicações sumárias de actualização - Aportamentos das Lições, Universidade Católica Portuguesa, F.C.H., 1982-83, 12; cfr., ainda, a respeito, JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento*..., 159 e nota 183.

⁴³ *Direito Criminal*, I, 173, dando o exemplo do crime de envenenamento («... Com efeito, a natureza dos crimes formais deste tipo resulta de uma ficção da sua consumação, quando o resultado se não verifica, se este se verifica não deverá deixar de ser tomado em conta para a aplicação da lei»).

⁴⁴ In *BFJUC*, 1965, 122, citado em FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal*..., 200 e nota 28.

⁴⁵ 155 ss..

2.5. O lugar da prática do facto nos crimes não consumados. Que critério?

Uma outra observação: o Anteprojecto (art.º 6.º) - na versão corrigida - continha um n.º 2 do seguinte teor: «Tratando-se de facto punível não consumado, considera-se igualmente praticado no lugar em que, de acordo com a representação do agente, o resultado deveria ter sido produzido». O número não ficou no Código (aparecia ainda numa das versões «ministeriais» que nos foram submetidas a apreciação), o que vem dificultar a definição do critério aplicável em casos como os de tentativa, em que não se pode falar de resultado. Aliás, aquela formulação veio, por exemplo, a ser adoptada em Portugal, com a revisão operada em 1998, seguramente para clarificar uma solução que não era líquida face à redacção anterior (idêntica, afinal, à que ficou no Código cabo-verdiano). Na verdade, não faltava quem, em Portugal, pusesse sérias reservas à solução perante o texto legal vigente, invocando, nomeadamente, que ela excederia o teor literal do art. 7.º «em todas as significações possíveis e violar por isso a proibição de analogia»⁴⁶. Apesar de, por exemplo, na Alemanha, a jurisprudência se manifestar em favor da interpretação que explicitamente pretendíamos consagrar mesmo perante um texto normativo afirm do que ficou no nosso Código⁴⁷.

Leitura particularmente recomendada para a matéria exposta em 2.

- EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...*, 1, 169-174;
- CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal...*, 1, 1981, 133-134;
- FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal - Questões fundamentais - A doutrina geral do crime*, fase, Coimbra, 1996, 199-202;
- LOPES ROCHA, «Aplicação da lei...», 128-129 e nota 51 (148-150);
- JORGE CARLOS de Almeida FONSECA, *Crimes de empreendimento e tentativa*, Almedina, Coimbra, 1986, 57-59, 73-78 e 110-117;
- JESCHECK, *Tratado...*, 1.º Volume, 238-242.

⁴⁶ Assim, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal...*, 201-202.
⁴⁷ Cfr. JESCHECK, *Ob. cit.*, 1.º Volume, 241 (*Lehrbuch...*, 161).

3. O chamado erro sobre as proibições legais: erro de tipo ou erro sobre a ilicitude?

3.1. O novo Código de Cabo Verde não contém um dispositivo como o do art.º 16.º, n.º 1, do CP. português. Este tem em vista situações em que o conhecimento da própria proibição legal se mostra indispensável para que o agente se possa colocar o problema da consciência da ilicitude do facto, para que «... possa orientar a sua consciência ética para a ilicitude». Isso acontece, diz-se, sempre que o tipo legal de crime abarca condutas cuja relevância axiológica é diminuta ou inexistente praticamente, sempre que o ilícito «... é primariamente constituído não só ou mesmo nem tanto pela matéria proibida, como também pela proibição legal...»⁴⁸. Normalmente apon-tam-se os seguintes tipos de casos: direito de mera ordenação social; direito penal secundário⁴⁹, mormente no direito penal económico; certos tipos de perigo abstracto e, ainda, os casos de alguns tipos de crime do direito penal de justiça em que «... a conduta é ilícita em função da protecção subsidiária de um bem jurídico-penal, mas em que este não se encontra ainda nitidamente aceite como tal pela comunidade e pela sua consciência de valores...»⁵⁰.

Nestas situações, pois, o conhecimento da proibição é indispensável para se afirmar a existência de dolo (de dolo «do tipo»), dirão os que subscrevem uma noção de dolo que *também* seja elemento da culpa⁵¹)- Assim se compreende que, no referido artigo do Cód-

⁴⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Textos...*, 2001, 110.

⁴⁹ Sobre a noção, cfr., FIGUEIREDO DIAS, «Para uma dogmática do Direito Penal secundário - um contributo para a Reforma do Direito Penal económico e social português», in INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Coimbra Editora, 1998, 35 ss.

⁵⁰ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Textos...*, 2001, 113; IDEM, *Temas Básicos...*, 300.

⁵¹ De notar que, mesmo autores que chegaram a defender a ideia de que, nestes casos, o que deveria ser negado não era o dolo do tipo, mas, sim, o o dolo enquanto forma de culpa - a culpa *dolosa* -, acabaram por subscrever a tese de que, e citamos um desses autores (FIGUEIREDO DIAS), «... nos casos dos *delicta mere prohibite* (o erro sobre proibições legais) exerce exactamente a mesma função de quaisquer outros elementos pertencentes ao tipo objectivo de ilícito: existe entre estes elementos e a proibição uma conexão de tal modo inextrincável que

go português, se diga que o erro sobre a proibição exclua o dolo quando o seu conhecimento «for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto», numa formulação próxima da que já era advogada por FIGUEIREDO DIAS na sua dissertação de doutoramento («Age sem dolo quem se não representa circunstâncias do facto que correspondem a um tipo de crime, ou desconhece *preceitos jurídicos cujo conhecimento seria indispensável para tomar consciência da ilicitude do facto*. Fica porém ressalvada a punibilidade da negligência»⁵².

3.2. O facto de um tal dispositivo não existir no Código cabo-verdiano exclui que aquela solução possa aplicar-se entre nós? A resposta deverá ser negativa: sempre que um erro sobre uma proibição legal se reconduza, materialmente, a um erro... de tipo, apli-ca-se o regime constante do art.º 15.º, n.º 1, excluindo-se o dolo e ficando ressalvada a possibilidade de punição a título de negligência. Solução diversa será quando o erro sobre uma proibição legal se reconduzir a um erro sobre a ilicitude, aplicando-se, então, o regime constante do art.º 16.º, havendo exclusão da culpa, se o erro não for «censurável». Seria o caso, por exemplo, estando em causa contra-ordenação, ainda que axiologicamente neutra ou irrelevante, de se verificar que não se trata de mera ignorância da proibição, mas de uma errónea suposição de seus limites⁵³. Mas o facto é que, muitas vezes, os exemplos dados de erro sobre a proibição legal (ou erro *de direito*) consubstanciam verdadeiros erros sobre elementos da factualidade típica, mormente *elementos normativos*, para os quais o nosso Código claramente dá a solução de exclusão do dolo. Disso nos dá conta, por exemplo, FIGUEIREDO DIAS, ao referir-se a jurisprudência portuguesa que terá acordado na existência de um erro de direito ou sobre a proibição

não pode fazer-se entre eles qualquer distinção normativa e teleológica para afirmação do dolo do tipo...» (Lições..., 2001, 113-114).

⁵² O *problema da consciência da ilicitude* em *Direito Penal*, 2.ª edição, Coimbra, 1978, 414-415 (§20, III, 5).

⁵³ Assim, expressamente, FREDERICO de Lacerda DA COSTA PINTO, «O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal», in *RPCC* 7 (1997), 77.

inevitável ou não censurável em situações em que, segundo o autor, se tratava sempre «... de erros que, ou só duvidosamente podem considerar-se erros de direito ou sobre a proibição (estando pelo contrário extraordinariamente próxima a firmação de que configuram verdadeiros erros de facto ou sobre a factualidade típica) ou, quando na realidade o sejam, não envolvem directamente o problema da falta de consciência da ilicitude, antes configuram verdadeiros erros intelectuais, faltas do conhecimento que também a uma justa consciência-ética seria necessário para na sua base alcançar a consciência de ilicitude»⁵⁴. E, significativamente, vêm exemplos como os de qualificação de certos produtos como «fosfatados», ou da actividade de monitora de ginástica ocular como «actividade médica» (o autor parece inclinar-se, nestes casos, para erro sobre elementos normativos do tipo) ou o de execução por mão própria de mandado de despejo judicial (eventualmente erro sobre pressupostos de uma causa de exclusão da ilicitude, qual seja a acção directa)⁵⁵.

3.3. Nós mesmos, nuns sumários escritos para um Curso sobre criminalidade económica, destinado a magistrados dos PALOP e a propósito concretamente do «contrabando», falávamos de tipos que continham normas penais em branco (num certo sentido do conceito)⁵⁶ - e pensávamos, por exemplo, no requisito «mercadorias proibidas» ou não, ou, mesmo, no pressuposto ter que se apresentar ou não as mercadorias a despacho, o que sempre suporia o conhecimento de certas valorações normativas - e perguntávamo-nos pela solução. Ela, dizíamos, exigiria nomeadamente saber se nos encontramos perante um caso de erro sobre a factualidade típica ou sobre a ilicitude. Solução que deveria certamente situar-se no quadro normativo definido (erro sobre elementos descritivos e normativos do tipo, que, segundo a LJFA, também exclui o dolo), sem

⁵⁴ Cfr. O problema..., 326.

⁵⁵ IDEM, ibidem, nota 49, 326.

⁵⁶ Cfr., por todos, TERESA PIZARRO BELEZA/FREDERICO de Lacerda DA COSTA PINTO, O regime do erro e as normas penais em branco, Almedina, Coimbra, 1999, 31 ss..

esquecer que, acentuávamos, como refere MUNOZ CONDE, as referências normativas - as mais das vezes extra-penais - contidas nos tipos dos crimes económicos «... son elementos sin los que la función de selección, de garantía y de motivación que el tipo cumple no pueden tener efecto»⁵⁷. A mesma solução - e continuamos a mencionar os ditos Sumários - é explicitamente sufragada por MAGALHÃES NORONHA ou DAMÁSIO DE JESUS, no Brasil⁵⁸. Enfim, estávamos perfeitamente de acordo com FARIA COSTA, quando, falando do teor do art.º 16.º, n.º 1 do Código Penal de Portugal, assevera que «a importância do direito penal económico, enquanto região normativa fundamental do direito penal acessório, fez com que se tivesse de considerar que comportamentos penalmente relevantes sustentados tão-só em uma ideia de *mala prohibita* só pudessem ser punidos quando o agente conhecesse a proibição. Ou melhor: quando fosse razoavelmente necessário conhecer a proibição para que se pudesse ter consciência da ilicitude»⁵⁹.

3.4. Tudo razões por que, no Anteprojecto do Código Penal, se entendeu não consagrar um artigo como o citado art.º 16 do diploma português (ou art.º 15.º, n.º 1, *in fine*, do CR de Macau), da mesma forma como se optou, por exemplo, por não explicitar em qualquer normativo o chamado erro sobre os pressupostos de uma causa de desculpa (como fazem os Códigos de Portugal, da Guiné-Bissau ou de Macau, que adoptam uma solução muito discutível do ponto de vista dogmático e de adequação de política criminal: exclusão do dolo - ver art.ºs 16.º, n.º 2, *in fine*, 24.º, n.º 2 e 15.º, n.º 2, respectivamente)⁶⁰.

⁵⁷

«Los delitos patrimoniales...», loc. cit., 136; IDEM, *Derecho Penal - Parte Especial*, undécima edición, Tirant lo Blanch, Valência, 1996, 916-917.

⁵⁸

MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., Volume 4, 1982, 341; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal Anotado*, Editora Saraiva, 8.ª edição, São Paulo, 1998, 919 e 920; IDEM, *Direito Penal*, 4.º Volume - Parte Especial, Saraiva, São Paulo, 1989, 205.

⁵⁹

José de FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Quarteto, Coimbra, 2003, 124. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Textos...*, 110 ss..

⁶⁰

Cfr. JORGE CARLOS FONSECA, *Reformas penais...*, 57.

3.5. Na verdade, se a neutralidade ou a relevância axiológica das condutas proibidas é critério decisivo da relevância ou irrelevância do erro sobre proibições legais - de forma tal que, consoante os casos, o mero conhecimento da factualidade típica é suficiente ou não para orientar o agente no sentido da ilicitude -, estamos de acordo com FIGUEIREDO DIAS na ideia de que não se deve cuidar aqui de «... um critério conceitualista fechado, mas de um princípio maleável e aberto, livre de qualquer dogmatismo». E vale a pena continuar a citar o pensamento do autor conimbricense: «Duplamente aberto, aliás: aberto à historicidade das concepções morais, culturais e sociais dentro das quais se forma a consciência jurídica da comunidade - de tal forma que aquilo que o agente deve conhecer para ter actuado com dolo não pode constituir uma grandeza predeterminada para sempre; aberto, depois, à livre decisão do juiz no caso concreto, por isso que em cada lugar e momento hão-de dar-se sempre casos-limite em que, à face dos dados da consciência jurídica da comunidade, não é isenta de sérias dúvidas a relevância ou irrelevância axiológica da conduta concreta»⁶¹.

3.6. Em jeito de parêntesis - porque nos parece útil e instrutivo - diremos que, na Alemanha, também se defendeu uma solução «mais flexível ou suavizada» para os casos de erro de proibição quando estivessem em causa «ai Derecho penal especial o acessório» ou o Derecho das contravenções. Aqui, diz-nos ROXIN, «... se ha propugnado a menudo la aplicación de la teoría del dolo, porque ninguna persona puede estar así corriente en este terreno inabarcable, sometido a modificación constante y poço fundado éticosocialmente, de modo que un error es en muchos casos excusable y no hace necesario un castigo...»⁶². No mesmo sentido, fala-nos Miguel DÍAZ GARCIA CONLLEDO, na defesa da solução dada pela teoria do dolo nos casos abrangidos pelo direito penal «accessorio o especial, plagado de

normas complejas, en constante cambio y a menudo com escaso contenido ético-social»⁶³.

3.7. Deste modo, e também porque já é posta em causa a posição sobre se, por exemplo, pode afirmar-se ou não, com carácter de generalidade, a irrelevância axiológica das contra-ordenações⁶⁴, havendo, pois, lugar a um apuramento doutrinário e a um tempo de afirmação jurisprudencial; porque, inclusivamente, se tem defendido, mesmo em Portugal, uma restrição ao regime constante do n.º 1 do art.º 16.º no âmbito do próprio direito penal⁶⁵, acabámos por optar por não consagrar expressamente uma solução normativa para o erro sobre proibições legais.

3.8. Em Cabo Verde um tal género de disposição (erro sobre a proibição) não existe igualmente na Lei que instituiu o regime geral do ilícito de mera ordenação social (Decreto Legislativo n.º 9/95, de 27 de Outubro) e na LIFA (Lei das Infrações Fiscais Aduaneiras, Decreto Legislativo n.º 5/95).

63

« Algunas cuestiones dei error en Derecho Penal», in *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, Homenagem a Claus Roxin (coord. de Maria da Conceição Valdágua), Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2002, 83.

64

Assim, FREDERICO DA COSTA PINTO, «O ilícito de mera ordenação...», loc. cit., 76 ss.

65

Cf. JOSÉ ANTONIO VELOSO, *Erro em Direito Penal*, AAFDL, Lisboa, 1993, 22-23 («...As pessoas que exercem estavelmente uma certa actividade... têm um dever reforçado de conhecer as normas jurídicas que regulam essa actividade. Não podem por isso, quando as desconhecem, ser equiparadas aos restantes cidadãos sob o regime muito benévolo deste artigo...»); TERESA SERRA, *Problemática do erro sobre a ilicitude*, Almedina, Coimbra, 1985, particularmente 78-79, na defesa de uma interpretação o mais restritiva possível do preceito... «... até por evidentes razões de prevenção geral e especial... enquanto deve ser concedida relevância decisiva à utilização de um critério de evitabilidade que abranja a maioria dos casos que surjam neste âmbito» (78); FREDERICO DA COSTA PINTO, «O ilícito de mera ordenação...», loc. cit., 76 ss., autor que, referindo-se ao direito de mera ordenação social, entende que «... sendo o destinatário privilegiado de tais normas, o agente não pode exercer correctamente a sua actividade sem no fundo as conhecer. Ou seja, o exercício de tal actividade já torna exigível ao agente o conhecimento das proibições em causa e, como no próprio Direito Penal, o sistema pode partir da presunção de que os destinatários das normas as conhecem porque elas se destinam no fundo a pautar o dia a dia da actividade que exercem» (77); GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal...*, II, 213.

⁶¹ O problema..., 414.

⁶² *Derecho Penal...*, 880.

Leitura particularmente recomendada para a matéria exposta em 3.
FIGUEIREDO DIAS, Lições..., 2001, 110-114;
FIGUEIREDO DIAS, *Oproblema...*, particularmente 392-415;
FREDERICO DA COSTA PINTO, «O ilícito...», loc. cit., 74-78.

4. Erro sobre a ilicitude (art.º 16.º): âmbito de aplicação

4.1. O «erro sobre a ilicitude» (art.º 16.º) abrange as situações em que não há ausência ou deficiente representação, por parte do agente, de circunstâncias de facto (ou, nalguns casos, de elementos normativos), sem as quais ele não pode orientar a sua consciência no sentido do lícito (chamado *erro intelectual*), mas, sim, um desconhecimento de que o facto é desaprovado pela ordem jurídica (erro morai, diz-se, igualmente). Ou falta a consciência da ilicitude, porque o agente desconhece a proibição, porque supõe, erroneamente, que o facto é permitido, está justificado, ou, ainda, porque ele supõe, erroneamente, que a conduta não lhe é exigida, que não tem, no caso concreto, o dever de agir (casos dos crimes omissivos). Sem o dizer explicitamente, fica claro que o regime constante do art.º 16.º abrange não só os casos chamados de erro sobre a proibição directo (sobre a existência de uma norma proibitiva) como também os de erro sobre a proibição indirecto ou sobre a permissão (sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação do facto). Num caso como noutro, não se trata de qualificar um facto, mas, sim, da errada crença de se estar a actuar conforme à ordem jurídica⁶⁶.

⁶⁶ Cfr., por todos, FIGUEIREDO DIAS, O problema..., particularmente 437-440; IDEM, *Direito Penal...*, 1975, 205-209; ZAFFARONI, *Derecho Penal...*, particularmente 700 ss.; CEZAR Roberto BITENCOURT, *Erro de Tipo e Erro de Proibição - Uma análise comparativa*, 3.ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2003, 109 ss.; Johannes WESSELS, *Derecho Penal - Parte General*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, 128 ss..

4.2. Falta de consciência da ilicitude e a mera «ignorância da lei»

4.2.1. Já por aqui se vê que falta de consciência da ilicitude não corresponde a «ignorância da lei», como, por vezes, ainda se diz e sobrevive na consciência geral. Uma tal interpretação que faria regressar ao velho brocardo «error júris criminalis nocet» já era afastada ao tempo do Código de 1886 face ao teor literal do art.º 29.º, 1.º, que dizia não eximir de responsabilidade criminal «a ignorância da lei penal», impondo-se uma sua articulação com o princípio da culpa, consagrado, então, no art.º 44.º, n.º 7. O mesmo, aliás, era advogado perante o disposto no n.º 2 do mesmo artigo («ilusão sobre a criminalidade do facto»)⁶⁷. Já se dizia singelamente que uma coisa é a «concreta» ausência de consciência da ilicitude de um facto, outra a da questão «abstracta» do conhecimento ou ignorância da lei, ligada historicamente com a questão teórica dos fundamentos de validade do direito.

4.2.2. Historicamente até se compreende que não se tenha dado relevância ao erro sobre a proibição, se pensarmos em tempos em que a lei penal se limitava a punir infracções elementares das normas sociais e não havia praticamente movimentação das pessoas fora da sua cidade ou do seu país. «... En tanto la ley penal ha superado el núcleo de las normas sociales elementales, y el paso de un país a otro se ha convertido en algo cotidiano, la regla que no reconoce el error de prohibición *porque* no lo considera disculpable, ha tenido que transformarse en otra, según la cual, el error de prohibición no beneficia al autor *cuando no es disculpable*...» - *assim nos diz STRATENWERTH*⁶⁸.

⁶⁷ Sobre esta concreta questão, cfr., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *O problema...*, 312 ss.; EDUARDO CORREIA, *Direito criminal*, I, 408-421; TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º Volume, 314 ss..

⁶⁸ STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, 178 (*Strafrecht...*, 3.ª edição, 1981, 168).

4.3. Avaliação paralela na esfera do leigo

Não se exige, para que se afirme a consciência da ilicitude, um conhecimento perfeito ou total da proibição, mas é suficiente uma avaliação paralela (à valoração jurídica) na esfera do leigo, para usarmos palavras de MEZGER (em castelhano: «una *valuación paralela dei autor en la "esfera dei profano"*»), isto é, repetindo o autor alemão: «... como una apreciación de la acción en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente dei autor, orientada en el mismo sentido que la valoración legal-judicial de la acción»⁶⁹. O conhecimento do «profano» seria aquele que, expresso em linguagem coloquial, traduz de uma forma equivalente o significado técnico da norma, explica-nos ARTHUR KAUFMANN⁷⁰.

4.4. Não basta a consciência da danosidade social ou da contrariedade da conduta à moral para se afirmar a consciência da ilicitude; mas, igualmente, esta não exige a consciência da punibilidade da conduta (não há erro sobre a ilicitude, não falta a consciência da ilicitude, quando alguém pensa que a sua conduta é um ilícito meramente contra-ordenacional e não penal)⁷¹.

⁶⁹ Edmundo MEZGER, *Tratado de Derecho Penal* (tradução da 2.^a edição alemã, 1933, por José Arturo Rodríguez Muñoz), Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, 143.

⁷⁰ Citado por Adán NIETO MARTÍN, *El conocimiento dei Derecho - Un estudio sobre la vincibilidad dei error de prohibición*, Atelier Penal, Barcelona, 1999, 71-72 («El juez como mediador entre ambas esferas es quien debe decidir si hay efectivamente equivalencia entre ambos niveles, que de no apreciarse significaría la existencia de error»).

⁷¹ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal...*, § 21, 866-867 (*Strafrecht...*, 3.^a edição, 798 ss.); FIGUEIREDO DIAS, *O problema...*, 316-317, numa apreciação ao disposto no art.º 29.º, 2.º, do Código de 1886, que dizia que não exime de responsabilidade criminal «a ilusão sobre a criminalidade do facto». E lembra o autor de Coimbra que, depois da polémica contra FEUERBACH, «logo decidida na primeira metade do século passado...», a ideia de que o conhecimento do carácter punível da acção é de todo irrelevante para a culpa constitui «... uma das mais firmes e menos discutidas aquisições do pensamento juridico-penal» (317).

4.5. Enfim, não se exige o conhecimento efectivo, bastando o conhecimento potencial da ilicitude do facto, isto é, que ao agente seja possível, nas circunstâncias em que se encontra e actua, conhecer o desvalor jurídico do facto que praticou⁷².

4.6. Censurabilidade ou não do erro: critérios

4.6.1. De acordo com o Código Penal de Cabo Verde, só exclui a culpa (e, conseqüentemente, a punibilidade, pois não há pena sem culpa) o erro que não seja censurável (n.º 1 do art.º 16.º); sendo censurável, mantém-se a punição sem alterar a natureza do crime (doloso ou negligente) mas a sanção poderá ser livremente atenuada (n.º 2). Diga-se desde já que o Código não optou pela fórmula ou critério - para se excluir ou não se excluir a culpa - de «inevitabilidade» ou «evitabilidade» do erro ou, ainda, o critério aferido por «invencibilidade» ou «vencibilidade», critérios correntes na Alemanha, em Espanha, na Argentina e no Brasil, seja na doutrina, seja na jurisprudência⁷³.

4.6.2. O erro não será censurável quando o agente, estando em falta de sintonia com as concepções do legislador relativamente aos valores jurídico-penalmente protegidos, demonstra, no entanto, uma atitude geral de correspondência com as exigências da ordem jurídica, atitude revelada, também manifestada no facto ilícito praticado. Indispensável será, pois, no

⁷² Cfr. STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, 177 ss.. (*Strafrecht...*, 168 ss..).

⁷³ O Código Penal do Brasil, no seu art.º 21.º, estatui que «o erro sobre a ilicitude do facto, se inevitável, isenta de pena, se evitável, poderá diminuir-la de um sexto a um terço». E aponta o critério de determinação da evitabilidade ou não do erro: «Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do facto, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência» (parágrafo único). Cfr. DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal...*, 75 ss.; CEZAR BITENCOURT, *Manual...*, 371 ss., autor que se refere ao facto de que o legislador brasileiro terá ponderado o «novo elemento fundamental do novo conceito de consciência da ilicitude, introduzido por Welzel, - o dever de informar-se...» (376) (o autor mantém a mesma posição em *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*, Volume 1, 8.^a edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2003, 333); FERNANDO GALVÃO, *Direito Penal - Parte Geral*, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2004, 394 ss..

dizer de FIGUEIREDO DIAS, que a «... a solução dada pelo agente à questão sobre o lícito e o ilícito se adequa ainda a um *ponto de vista de valor juridicamente aceitável* e que uma tal adequação se manifeste no facto»⁷⁴.

4.6.3. Este é um critério que, cremos, não é de todo incompatível com o recurso a «... critérios baseados na compreensão do modo de interiorização de valores... imposto por uma teoria de justiça, que fundamente a responsabilidade individual num domínio... dos meios de aquisição dos valores do sistema», como refere MARIA FERNANDA PALMA⁷⁵, numa perspectiva crítica aos critérios sustentados por FIGUEIREDO DIAS.

4.6.4. É certo que não nos parece decisiva a opção entre as diferentes qualificações; no entanto, sempre se dirá que considerar irrelevante (para efeito de exclusão da culpa) o erro não censurável, em vez de «erro invencível» ou «inevitável» surge-nos como mais afim à noção de culpa - de que é que se trata, afinal -, traduzida precisamente por uma censura

74

Cfr. *Temas Básicos...*, 306.

75

«A Teoria do crime como teoria da decisão penal», in *RPCC* 9 (1999), 574 ss.. Sem pretender abordar, nestes Cadernos, uma questão tão complexa como esta, sempre se dirá, no entanto, que o exemplo posto pela autora («... é de duvidosa legitimidade, na perspectiva de critérios de justiça, a atribuição de responsabilidade penal aos imigrantes que ainda não interiorizarem os valores do sistema estrangeiro e para os quais a pertença à comunidade de origem é ainda um factor de identificação e sobrevivência cultural») - refere-se à prática de excisão sobre jovens, em França, realizada por imigrantes africanos por motivos religiosos - não se coloca (ao menos necessariamente) no domínio da falta da consciência da ilicitude. Trata-se, habitualmente, de situações em que o agente, conhecendo, embora, o desvalor jurídico do seu comportamento não se orienta pelos valores subjacentes a certas normas, por razões de ordem cultural, religiosa ou outra. É certo que a solução do problema releva, na maioria dos casos (outros há em que o erro se traduz em crimes imaginários), do domínio da culpa (capacidade de determinação pela norma, a partir do conhecimento do ilícito), mas não do erro de proibição, como o recortámos. Eventualmente, no que, por exemplo, ZAFFARONI chama «erro directo de compreensão» ou uma sua modalidade: «erro de compreensão culturalmente condicionado», também invocado por AUGUSTO SILVA DIAS, num interessante trabalho feito sobre o chamado «infanticídio ritual na Guiné-Bissau». Cfr: ZAFFARONI, *Derecho Penal...*, 704-706; AUGUSTO SILVA DIAS, «Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau», in *RPCC* 6 (1996), 209 ss..

peçoal feita ao agente por se ter decidido pelo ilícito, quando poderia e deveria não fazê-lo. Não é por acaso que, mesmo na Alemanha, surjam vozes a pretender corrigir o sentido que decorre da noção de «inevitabilidade» ou «invencibilidade». ROXIN, por exemplo, diz que não se deve entender a *uencibilidad* de que fala o § 17 da lei alemã (*konnte der Täter... vermeiden*) como se apenas a impossibilidade absoluta de aceder ao conhecimento do ilícito pudesse excluir a punibilidade. «En tal caso no podían darse apenas errores de prohibición invencibles, pues, dado que la cognoscibilidad objetiva de una prohibición o mandato jurídicos está asegurada por el principio de determinación..., teóricamente se puede vencer cualquier error de prohibición incluso cuando faltan todos los medios propios de conocimiento, informándose hasta que salgan a la luz las razones que se oponen a la conformidad a derecho de una conducta»⁷⁶. E acaba ROXIN por fazer uma aproximação à ideia aqui sufragada, quando refere que «... Así también en el error de prohibición se habrá de dar ya paso a la impunidad cuando el sujeto haya satisfecho las pretensiones de fidelidad normal ai derecho...»⁷⁷. Mas também Miguel DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO vai num sentido idêntico, propugnando «una mayor generosidad en la apreciación de la invencibilidad»⁷⁸.

4.6.5. Falta de consciência da ilicitude e crimes negligentes

Outrossim, estaremos de acordo com FIGUEIREDO DIAS, quando sugere que a opção por considerar critério relevante a censurabilidade ou não censurabilidade do erro aponta para uma distinção que deve ser feita entre o critério «da censurabilidade da falta de consciência do ilícito e a capacidade de previsão que funda a censura da negligência». De acordo, em certa medida (parece-nos que a previsibilidade a que o autor se refere ainda é a previsibilidade que deve constar dos elementos do tipo de crime

⁷⁶ Sobre os critérios da euitabilidade do erro de proibição, cfr. NIETO MARTÍN, ob. cit., 159 ss.; STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, 185 (*Strafrecht...*, 174).

⁷⁷ *Derecho Penal...*, §21, 879.

⁷⁸ «Algunas cuestiones...», loc. cit., 81 ss.

negligente⁷⁹), dizemos, já que nos parece perfeitamente possível, viável, que, no domínio da negligência (do ilícito negligente) se ponha igualmente o problema da falta de consciência da ilicitude, o problema de verdadeiro erro sobre a ilicitude (pode perfeitamente pensar-se uma conduta que se traduza por uma violação de um dever objectivo de cuidado, mas que se mostre, afinal, não censurável, em sede de culpa, por erro sobre a ilicitude⁸⁰), o qual deverá ter solução idêntica ao do erro sobre a ilicitude no crime doloso⁸¹. Pode ser que, como, por exemplo, realça TERESA

⁷⁹ Ainda que seja certo que, nos crimes negligentes, « erro de proibição e a falta de previsão venham geralmente unidos...» - como acentua JESCHECK - , pode e deve distinguir-se uma tal previsibilidade da censura ou não do agente pela não previsibilidade do resultado (se for caso disso, naturalmente). É que, e tomando emprestadas ainda palavras de JESCHECK, no crime negligente, a culpa «significa... fundamentalmente como em los delitos dolosos, la *reprohabilidad de la acción típica y antijurídico* en atención a la *actitud interna jurídicamente desaprobada* que dicha acción expresa» - *Tratado...* 2º Volume, 817 (Lehrbuch..., 535).

⁸⁰ Lembremo-nos de um processo em que fomos defensor de uma arguida, acusada de conduzir com carta dinamiquesa em Portugal, sem que tivesse procedido, como era devido, à sua substituição, a partir de certo tempo de estada em Portugal. No julgamento, apurou-se não haver dolo, mas foi invocada a punibilidade por negligência (nas contravenções, a negligência era sempre punida), por ter havido violação do dever de cuidado exigível (deveria ter-se informado da necessidade de trocar de carta de condução). No entanto, entendemos - e isso argumentamos no julgamento - haver um erro sobre a ilicitude que era não censurável, nomeadamente pelo facto de a arguida, durante muitos anos residente na Dinamarca, apesar de portuguesa, ter sido antes, e por algumas vezes, interpelada em operações *stop*, sem que qualquer reparo tivesse sido feito pela polícia ao facto de conduzir com carta dinamiquesa. Dir-se-ia, pois, que, naquelas circunstâncias, estaria «bloqueada» a sua capacidade de motivação pela norma, estava impossibilitada de aceder ao conhecimento do ilícito. Ser-lhe-ia inexigível outro comportamento.

⁸¹ Claramente neste sentido, JUAREZ TAVARES, *Direito Penal da Negligência - Uma contribuição à Teoria do Crime Culposo*, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2003, particularmente 402 ss., autor que considera que «o tratamento do erro de proibição direto (art. 21) segue aqui as mesmas regras atinentes ao crime doloso: se inevitável, segundo juízo incidente sobre o autor e não conforme o critério objetivo do homo *medius*, estará excluída a culpabilidade; se evitável, cumpre investigar se esta evitabilidade era atendível facilmente ou com certa dificuldade pelo autor...» (405). Cfe, ainda, face ao direito espanhol, e no sentido por nós defendido no texto, MUNOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, ob. cit., 406 («... el error de prohibición tanto si es directo... como si es indirecto... no incide en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito, sino en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que haya realizado»), autores que consideram que, ao conceder relevância ao erro de proibição, o moderno Estado social democrático de Direito, diferentemente do velho Estado autoritário, «se muestra dispuesto a negociar con el ciudadano los ámbitos de relevancia de sus prejuicios y hasta su propia concepción del

BELEZA, «... eventualmente haverá casos de erros inevitáveis sobre proibições, embora os exemplos não sejam fáceis de encontrar...», mas sempre será possível, como se pode ver no caso que damos na nota de rodapé (121), ou, até, por um exemplo dado pela própria autora citada⁸².

4.6.6. Então, a «comparação» feita pelo autor de Coimbra parece situar-se a... níveis, a momentos diferentes, de valoração do facto. Num caso (crime doloso), no momento da culpa, noutra caso (crime negligente)... ainda no momento da ilicitude. E apenas nessa medida, estaríamos de acordo com o Professor de Coimbra, quando nos diz ainda que «... deste modo, se alcança um critério de não censurabilidade da falta de consciência do ilícito mais *estricto e exigente* do que o da censura da negligência...». O que não quer significar, diga-se, que não sufraguemos a sua posição, quando, por exemplo, critica a posição do brasileiro CEZAR BITENCOURT, para quem «... a culpa se afirma porque - os agentes - descumpriram um dever prévio de informar-se»⁸³. Posição que, aliás, surge em Portugal, por exemplo, na voz de TERESA SERRA⁸⁴.
Enfim, ainda que não esteja muito claro o pressuposto da conclusão de ROXIN - quando também compara as exigências feitas para se considerar «vencível» um erro sobre a proibição e as feitas para a «exclusão da

Derecho, siempre que ello no suponga tener que modificar en nada la vigencia objetiva de las normas jurídicas» (407); SRATENWERTH, *Derecho Penal...*, particularmente 331 («... el desconocimiento inevitable de la prohibición también aquí excluye la culpabilidad... El § 17 en si mismo acunado en referencia a la conducta dolosa, también se aplica aquí...») (332); o mesmo sentido é expresso em *Strafrecht - Allgemeiner Teil I*, Cari Heymanns Verlag KG, 3.ª edição, 1981, 301].

⁸² A autora deixa esta pergunta: «Se um indivíduo residente no estrangeiro chegasse a Portugal em Janeiro de 1981 e conduzisse um automóvel que não tivesse pelas protectoras nas rodas traseiras (como é obrigatório por lei desde 1.1.81) e, *exclusivamente por esse facto*, causasse um acidente mortal... poder-se-ia dizer que... haveria aqui um facto típico de homicídio negligente cometido com falta de consciência da ilicitude (erro-desconhecimento de um comando) possivelmente desculpável, dada a situação?» - *Direito Penal*, 2º Volume, 525, nota 514.

⁸³ FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos...*, nota 50, 305.

⁸⁴ Ob. cit., 70 («... Penso que o critério decisivo nesta matéria deve ser o *mesmo que se utiliza no facto negligente para apurar o dever de exame do agente*»).

negligência» -, estaríamos próximos de uma posição de reserva ou de cautela relativamente a esse tipo de comparação de exigências a serem feitas para um caso e outro. O consagrado autor alemão esclarece que, por exemplo, «... quando, como sucede em muchos preceptos dei Derecho penal nuclear, la conciencia de la antijuridicidad se impone directamente con el conocimiento de las circunstancias dei hecho, no son precisos parámetros más estrictos (y desde luego en absoluto más estrictos que en la imprudencia) para que un error de prohibición pueda aparecer como vencible». E acrescenta: «... También los médios para evitar la imprudência de hecho son la mayoría de las veces distintos de los que sirven para acceder ai conocimiento de la prohibición, de modo que tiene poço sentido clasificar los esfuerzos requeridos respectivamente en cada caso como mayores o menores»⁸⁵.

4.6.7. O n.º 2 do art.º 16.º do CE de Cabo Verde: o efeito do erro sobre a ilicitude censurável

Não deixa de ser, pois, significativo que o Código Penal de Cabo Verde, diferentemente do Código português (e, em boa medida, na esteira do Código alemão ou do espanhol) considere que, em caso de erro sobre a ilicitude censurável, «a sanção poderá ser livremente atenuada» (n.º 2 do art.º 16.º), e não diga, como o faz o n.º 2 do art.º 17. da lei portuguesa, que «Se o erro lhe for censurável, o agente é punido com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada».

Leitura particularmente recomendada para a matéria exposta em 4.

FIGUEIREDO DIAS, *O problema...*, *passim*;
FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos...*, 281-308;
EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...*, 1,408-421;
TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal...*, 2.º Volume, 308-316;
STRATENWERT, *Derecho Penal...*, 177-188;
ROXIN, *Derecho Penal...*, § 21,859-894;

⁸⁵ *Derecho Penal...*, § 21, 881-882.

JESCHECK, *Tratado...*, 1.º Volume, 620-645.

5. Actos preparatórios (art.ºs 19.º e 20.º) - as chamadas *incriminaciones autónomas de actos preparatórios*

5.1. O Código Penal manteve (art.º 19.º), quase ipsis verbis, a definição de actos preparatórios que vinha do antigo Código (art.º 14.º): «actos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do facto punível, que não constituem ainda começo de execução nos termos do artigo 21.º».

5.2. Excepcionalidade da punição (art.º 20.º, n.º 1)

O artigo seguinte (20.º) refere-se à punibilidade dos actos preparatórios, estabelecendo a regra da excepcionalidade da punição («... salvo disposição da lei em contrário» - n.º 1), enquanto exigência do princípio da intervenção mínima do Estado. Num estágio tão afastado do da efectiva lesão do bem jurídico - entre a mera decisão ou resolução criminosa e os actos de execução que, com outros elementos, caracterizam a tentativa - só se justifica a punição de actos preparatórios quando, por um lado, eles apontem inequivocamente para a realização do crime e, por outro lado, tratando-se de situações em que a particular essencialidade ou especial modelação do bem jurídico exigem uma tal intervenção do direito penal⁸⁶. Segundo JAKOBS, e num importante texto (com tradução para o castelhano) sobre a criminalização nos estádios prévios à lesão de um bem jurídico, «... una pena solo puede ser legitimada como pena correspondiente a un acto preparatório ... en los casos en los que el autor, ai efectuar la preparación opera, ya de un modo significativo en un ámbito

⁸⁶ Assim, JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento...*, 79; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal - Formas especiais de aparecimento da infracção penal*, Sumários e notas das Lições ao i.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1976, 10; FARIA COSTA, «Formas do crime», in *Jornadas de Direito Criminal...*, 159; JAKOBS, *Strafrecht...*, 585 («... e que não sejam socialmente irrelevantes...»)

ajeno de organización...»⁸⁷. É que, na grande maioria dos casos, os actos de preparação de crimes são condutas que estão de acordo com a ordem social ou representam um «... insuficiente contenido delictivo» e apresentam uma mitigada «inteligibilidade real». WELZEL diz (tradução em castelhano), singelamente, que quem, para falsificar uma letra de câmbio, compra letras de câmbio e a tinta e a pluma apropriadas «ciertamente transforma ya su decisión en un hacer externo, pêto este hacer es todavia incoloro»⁸⁸; MAURACH acentua e acrescenta o facto de que o direito confia fundadamente na tomada de consciência e no voltar atrás («... entre "los lábios y el borde dei vaso" existen aún algunas dificultades e inhibiciones, de modo que numerosas acciones preparatorias Uevadas seriamente a cabo no desembocan, sea por una mejor comprensión posterior, o por obstáculos externos, siquiera en una tentativa...»⁸⁹).

5.3. Enumeração de casos de punição (excepcional) de actos preparatórios: art.ºs 373.º e 374.º

Numa técnica pouco habitual noutros códigos, mas que nos pareceu segura e prática - também utilizada a propósito de outras matérias (elenco de crimes semi-públicos e particulares; casos de punição excepcional da tentativa) - o CP. de 2004 enumera, em dois artigos (373.º e 374.º) das Disposições Finais e Genéricas, os actos preparatórios excepcionalmente puníveis. E fá-lo em dois artigos, distinguindo entre «actos preparatórios não tipificados» e «actos preparatórios de falsificação tipificados», fazendo uso de uma expressão utilizada por JAKOBS que nos pareceu sugestiva⁹⁰: nos primeiros, a lei não descreve os actos puníveis, limitando-se a dizer

⁸⁷ JAKOBS, «Criminalización en el estadio prévio a la lesión de un bien jurídico», in *Estudios de Derecho Penal*, UA Ediciones/Editorial Civitas, Madrid, 1997, 305. Autor que define o seguinte critério crítico geral face à antecipação da intervenção penal: «... Sin un comportamiento externo perturbador no se puede hacer responder a un sujeto de lo que le es interno, abarcando lo interno el entero âmbito privado, no solo los pensamientos...» (313).

⁸⁸ Hans WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, Editorial Jurídica do Chile, 1987, 260.

⁸⁹ *Derecho Penal...*, 2, 8.

⁹⁰ *Strafrecht...*, 585.

que, relativamente a certos crimes, excepcionalmente punem-se os actos de preparação; no segundo caso, a lei concretamente descreve em que devem consistir os actos de preparação puníveis⁹¹. O art.º 373.º manda punir os actos preparatórios dos crimes previstos nos art.ºs 268.º (genocídio), 306.º (traição), 308.º, n.º 1 (provocação à guerra ou à represália), 309.º, n.ºs 1 e 2 (violação de segredo de Estado), 313.º (rebelião) e 315.º, n.º 1 (fundar organização terrorista); o art.º 374.º manda punir actos preparatórios de crimes de falsificação ou alteração de moeda, de valores e títulos públicos e de outros como os de falsificação de selos, cunhos, marcas ou chancelas de autoridade pública, mas não manda punir quaisquer actos de preparação - apenas os que consistam em «fabricar, adquirir, fornecer... possuir, transportar, depositar ou guardar máquinas, aparelho, instrumento ou qualquer objecto especialmente destinado à falsificação...».

5.4. Limite máximo da pena aplicável

A excepcionalidade da punição de actos preparatórios leva a que o Código defina um limite máximo da pena aplicável - 3 anos; mas a pena nunca poderá ser superior a um terço do limite máximo da pena cominada ao crime cuja execução se pretendeu preparar (n.º 2 do art.º 20.º).

5.5. Deve ser dito que, quando falamos de actos preparatório puníveis (excepcionalmente) estamos perante actos que consubstanciam uma fase do *iter criminis*, de certos actos de preparação de outros crimes (consumados ou tentados), previstos estes em tipos próprios. Mesmo quando demos os exemplos de certos actos (*tipicizados*, digamos) de preparação de crimes de falsificação, estamos no âmbito de punição de actos preparatórios enquanto tais, e, não, do que se chama *incriminação autónoma de actos preparatórios* ou actos preparatórios como *crimes sui generis*, ou, ainda, *crimes de pre-preparação-consumação* (*Vorbereitungs-*

⁹¹ TERESA PIZARRO BELEZA refere-se às duas técnicas como comportando «... diferente desrespeito do princípio da legalidade no seu aspecto de exigência de precisão da norma incriminadora» - *Direito Penal...*, 2º volume, 342, nota 264.

Vollendungsdelikte), como, erradamente, por exemplo, consideraram MAIA GONÇALVES⁹² face ao art.º 250.º do CR português de 1982 (parecido com o nosso art.º 374.º), a Comissão de Revisão do Código português, perante o art.º 270.º (actos preparatórios de crimes incêndio, explosões e outras condutas perigosas)⁹³, ou, ainda, MAURACH⁹⁴, que falava de delito *especial* face ao § 83 do StGB (preparação do crime de empreendimento de alta traição). Estaríamos, quando muito, no dizer de JESCHECK⁹⁵, JAKOBS⁹⁶ OU VOGLER⁹⁷, de extensão não-autónoma de certos tipos. Ou, no dizer de ZAFFARONI, de delitos *más amplios que la tentativa*⁹⁸.

5.6. Assim, não pode haver tentativa; não porque tal seria a própria preparação (FINCKE⁹⁹ ou JAKOBS¹⁰⁰) ou a *tentativa de uma tentativa*

⁹² Código Penal Português anotado e comentado e legislação complementar, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1984, 356.

⁹³ Dizia-se que o artigo estava sob a forma de interrogação «... dado parecer estar a protecção penal a ser levada longe de mais», concluindo-se - e aí está o nosso reparo crítico, pois, claramente, se estava perante um caso de punição de acto preparatório enquanto tal, ainda que com a descrição das condutas susceptíveis de consubstanciar a preparação - que «trata-se de um crime autónomo de dano» - MINISTERIO DA JUSTIÇA, Código Penal - Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Rei dos Livros, Lisboa, 1993, 356.

⁹⁴ Deutsches Strafrecht -Allgemeiner Teil, 4.ª edição, Verlag CF. Muller, Karlsruhe, 1971, 489 (Cfr., no mesmo sentido, em tradução em castelhano, MAURACH/ Karl Heinz GÖSSEL/ZIPF, Derecho Penal - Parte General, 2, Astrea, Buenos Aires, 1995, 10, onde se fala em «tipos penales autónomos»).

⁹⁵ Tratado..., 712(Lehrbuch..., 472).

⁹⁶ Strafrecht..., 585.

⁹⁷ Theo VOGLER, «Vorbemerkung zu den §§ 22 ff», in Stragesetzbuch - Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 33. Lieferung, §§ 22-24, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1983, 25.

⁹⁸ Derecho Penal..., 776.

⁹⁹ Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, J. Schweizer Verlag, Berlin, 1975, 44.

¹⁰⁰ Strafrecht..., 585.

tentada (BAUMANN¹⁰¹) ou uma tentativa impossível, no dizer de SCHMIDHAUSER¹⁰².

Não pode haver tentativa porque ela não é sequer concebível no caso, enquanto categoria formal, enquanto *começo de execução*. Não se pode executar... o que é, por definição, a ... ainda não-exe-cução, um momento anterior ao início de execução¹⁰³. O que, de alguma forma, é expresso por FIGUEIREDO DIAS¹⁰⁴ OU ALMEIDA COSTA, em comentário a preceito do Código português vigente que se refere a crimes de falsificação de moeda¹⁰⁵.

5.7. Desistência e arrependimento activo nos actos preparatórios puníveis: será possível?

5.7.1. Já será concebível, em nosso entender, fazer relevar a desistência, seja como causa de isenção da pena, seja como causa de livre atenuação ou isenção da pena (se for caso disso, nos termos concretos da lei). Facto que se justifica, por relação à correspondente relevância da desistência da

¹⁰¹ Strafrecht - Allgemeiner Teil, unter Mitwirkung von Prof. Ulrich Weber, 8.ª edição, Verlag Ernst und Werner, Bielefeld, 1977, 509.

¹⁰² Eberhard SCHMIDHAUSER, Strafrecht - Allgemeiner Teil, 2.ª edição, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984, 342-343.

¹⁰³ Cfr., sobre a matéria, JORGE CARLOS FONSECA, Crimes de empreendimento..., 79 ss.. e bibliografia ali citada.

¹⁰⁴ Formas especiais..., 1976, 10.

¹⁰⁵ A.M. ALMEIDA COSTA, in Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 756 (comentário «antes do art. 262.º»; cfr., ainda, HELENA MONIZ, in Comentário Conimbricense..., 859 (comentário ao art.º 271.º), autora que, referindo-se ao artigo em causa - que, afinal, trata de actos preparatórios de alguns crimes de falsificação de moeda na forma que consideramos *tipicizada* -, fala criticamente da dificuldade em justificar «uma antecipação ainda maior da tutela penal com a punibilidade dos actos preparatórios dos crimes de contrafacção de moeda ou, dito de outra forma, uma punição dos actos preparatórios dos actos preparatórios» (859). A verdade é que não há aqui, como veremos, actos preparatórios de actos preparatórios (o que é inconcebível até de um ponto de vista lógico), mas, sim, actos preparatórios (fase do *iter criminis*) de crimes consumados que se traduzem, materialmente, em actos preparatórios de outros crimes. O que, aliás, tentamos demonstrar no nosso *Crimes de empreendimento...*, citado de seguida pela autora.

tentativa, como uma reforçada exigência de política criminal face a comportamentos, excepcionalmente punidos, que acabam por preservar os bens jurídicos cuja tutela (muito antecipada) se pretende garantir¹⁰⁶.

5.7.2. Convém referir que o actual Código cabo-verdiano prevê expressamente uma tal possibilidade no n.º 4 do art.º 24.º, mandando aplicar correspondentemente o disposto nos n.ºs 1 a 3 do artigo (que se refere à desistência e arrendimento activo na tentativa). Já, por exemplo, o Código português não contém um dispositivo genérico mas prevê regra de desistência (no n.º 3 do art.º 271.º) para casos específicos de actos preparatórios, como, por exemplo, os de um conjunto de crimes de falsificação. E fá-lo de uma forma vinculada, isto é, descrevendo a conduta de «abandono» susceptível de levar à não punibilidade («... abandonar a execução do acto preparado e prevenir o perigo, por ele causado, de que outra pessoa continue a preparar o acto ou o execute, ou se esforçar seriamente nesse sentido, ou impedir a consumação ou, ainda, «destruir ou inutilizar os meios ou objectos referidos nos números anteriores, ou der à autoridade pública o conhecimento deles ou a elas os entregar»).

5.7.3. Opção (do diploma português) que, contrariamente ao que se fez no CP. de Cabo Verde, obriga a ponderar, por um lado, se o regime aparentemente mais apertado de relevância da desistência previsto na lei portuguesa (por relação ao regime-regra previsto para a tentativa) constitui um desvio (regra especial face a regra geral) -solução que nos parece a

¹⁰⁶ Cf.: JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento...*, 176-177, nota 206, RODRIGUEZ MOURULLO, «Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español», in *ADP/CP*, tomo XXIV fase. II, 1971, 389. Não se compreende, pois, a hesitação de HELENA MONIZ, quando, face ao art.º 271.º, n.º 3, do Código português, considera que «... estas situações são normalmente designadas de desistência relevante, designação, no entanto, só compreensível quando estamos no âmbito da tentativa, ou melhor, quando a tentativa... é punível. Ora a tentativa não é aqui punível...». No entanto, acaba por concluir que «... o certo é que as situações previstas... constituem casos em que a não-verificação do crime se deve ao agente justificando-se, pois, por razões de política criminal, a sua não punição...» (in *Comentário Conimbricense...*, Tomo II, 862, comentário ao art.º 271.º).

defensável¹⁰⁷ - e, por outro, se, não havendo regra especial de relevância de desistência de acto preparatório, poderá defender-se a aplicação, por analogia, do regime -regra previsto no art.º 24.º da lei portuguesa. Solução que nos parece de advogar, como o faz, por exemplo, PEDRO CAEIRO¹⁰⁸.

5.8. Poder-se-ia ainda dizer que não poderá acontecer, sob pena de violação do *ne bis in idem*, que a mesma conduta seja punida como acto preparatório e, ao mesmo tempo, como crime autónomo, qualquer que seja a forma que este venha a assumir¹⁰⁹. A solução de uma tal hipótese obedecerá às regras do chamado concurso de normas. Pegando no nosso Código: no art.º 374.º punem-se os actos preparatórios de falsificação de moeda; no art.º 251.º pune-se, como crime consumado, a «detenção de equipamentos de falsificação». Ora bem: a punição, pelo art.º 251.º, de quem detenha equipamento de falsificação afasta a punição enquanto acto preparatório, nos termos do art.º 374.º (e 20.º, n.º 2).

59. Incriminações autónomas de actos (materialmente) preparatórios

Diferentemente se passam as coisas, em situações em que a conduta proibida, apesar de constituir materialmente um acto de preparação de um outro (aparentemente ou realmente), é constituída em crime (formalmente)

¹⁰⁷ Face a preceito do CP. português *materialmente* afim (abandono voluntário de actos de terrorismo - art.º 301.º), FIGUEIREDO DIAS, invocando, aliás, o nosso *Crimes de empreendimento*, entre outros elementos de apoio, advoga uma solução de alargamento do texto, na defesa da aplicação da regra geral sobre desistência, apesar de, numa primeira visão das coisas, surgir como intenção do legislador precisamente a solução contrária - cf. *Comentário Conimbricense...*, II, 1185 (comentário ao art.º 301.º). No entanto, em trabalho anterior, o autor parece defender posição algo diferente; aliás, assume-se particularmente crítico face à solução legal (na altura, o n.º 4 do art.º 287.º do CP. português de 1982), considerando-a «... uma regulamentação inútil, contraditória e em definitivo imprestável» - As "Associações Criminosas" in *Código Penal Português de 1982 (Arts. 287º e 288º)*, Coimbra Editora, 1988, 71.

¹⁰⁸ In *Comentário Conimbricense...*, Tomo III, 192 (comentário ao art.º 325.º): «... Se o agente voluntariamente desistir de *dar início à execução do crime*, nada parece obstar a uma aplicação analógica (*fávor reum*) da primeira parte do art. 24.º, n.º 1, e, em consequência, à não punibilidade, nesse caso, dos actos preparatórios...».

¹⁰⁹ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Formas especiais...*, 1976, 10.

consumado; nestes casos é que terá sentido falar em crimes *a se*, *crimes autónomos* ou *sui generis* ou, ainda, em incriminações autónomas de actos preparatórios.

5.9.1. Não cabe aqui uma abordagem minuciosa da questão, mas já vimos que ela tem sido objecto de alguns equívocos. Vimos exemplos de casos que se traduzem inequivocamente em actos de preparação e que foram caracterizados como sendo de delitos *sui generis* ou incriminação autónoma de actos preparatórios, provavelmente por se ter adoptado a técnica da tipicização daqueles actos.

5.9.2. Noutros casos, apontam-se como exemplos de incriminação autónoma de actos preparatórios crimes, sim, autónomos¹¹⁰, no sentido de que asseguram a protecção de bens jurídicos autónomos ou contra formas particularmente perigosas para a sua integridade, mas que, de modo nenhum, consubstanciam uma qualquer preparação... de outro crime. Não são pensados e modelados no quadro da preparação, como preparação de outro crime em termos da estrutura subjectiva do tipo.

Um exemplo: o crime de organização criminosa (designação do novo Código Penal cabo-verdiano - art.º 291.º -, mas bem serviria o exemplo de um crime afim previsto noutro Código). Ou o do crime de «fabrico de gazuas» previsto no art.º 444.º do antigo Código. Em qualquer um desses casos não se pode dizer que se trata de um acto preparatório de um outro (determinado) crime; a organização criminosa poderá ser um instrumento para a prática de crimes muito diferentes, contra vida, contra a propriedade ou fiscais aduaneiros, por exemplo. Não serão, pois, casos de incriminações autónomas de actos preparatórios de outros crimes, não tendo, nomeadamente, qualquer referência, em termos de elemento

¹¹⁰ Sobre o conceito e sua utilidade dogmática, veja-se JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento...*, particularmente a nota 66, 85-86; Volker HASSEMER, *Delictum sui generis*, Carl Heymann Verlag KG, Köln, Berlin, München, 1974, 88 ss.; Bernhard HAFFKE, «Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz», in *JuS*, 1973, Heft 3, 406-407; Joaquín CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito "sui generis"», in *ADP*, 1978, fase. I, particularmente 45 ss..

subjectivo do tipo, ao crime relativamente ao qual seriam uma preparação¹¹¹.

Já FRANK, de alguma maneira, fazia a distinção, quando separava o crime *de preparação* do crime *sui generis*, dizendo que este apenas se afirmaria se o dolo não há-de de se estender para além do tipo de crime em questão; a sua essência estaria em que a acção está ameaçada com uma pena, não em virtude de uma sua relação com um crime principal, mas, sim, pelo seu «próprio significado independente»¹¹²

5.10. Mas são, sem dúvida, casos de crimes autónomos e que consubstanciam, à evidência, uma antecipação da tutela penal relativamente à lesão de bens jurídicos concretos, como a vida, a proriedade, o Estado ou a Fazenda Nacional; mas uma antecipação de tutela que - tomando o exemplo da «organização criminosa» - tem em vista a protecção de um bem jurídico perfeitamente autônomi-zável, tem a sua razão de ser, citando FIGUEIREDO DIAS, na «**perigosidade acrescida** que para os bens jurídicos penalmente relevantes resulta em geral da **criminalidade organizada**»; o bem jurídico protegido é «a **paz pública** no preciso sentido das expectativas sociais de uma vida comunitária livre da especial perigosidade de organizações que tenham por escopo o cometimento de crimes... Trata-se de intervir num *estádio prévio*, através de uma dispensa *antecipada* de tutela, quando a segurança e a tranquilidade públicas não foram ainda necessariamente perturbadas, mas se criou já um **especial perigo de perturbação** que só por si só viola a paz pública»¹¹³. Uma razão de ser bem presente, aliás, na sistematização e na

¹¹¹ Utilizando claramente um tal critério, veja-se Karl SAUERMANN («... o dolo exigido... não precisa de se estender para além da realização deste tipo não autónomo...») - *Der Versuch als «delictum sui generis»*, Inaugural Dissertation, Breslau, 1927, 62.

¹¹² R. FRANK, *Das Stragesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.ª edição, Tübingen, 1931, 92-94.

¹¹³ *Comentário Conimbricense ...*, Tomo II, comentário ao art.º 299.º, 1155 ss.; IDEM, *As Associações...*, particularmente 26-31; JORGE CARLOS FONSECA, «Direitos, Libertades e Garantias individuais e os desafios impostos pelo combate à "criminalidade organizada" - Um périplo pelas reformas penais em curso em Cabo Verde, com curtas paragens em Almagro e Budapest», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, 166-167. Numa perspectiva diferente e crítica, cfr. JAKOBS, «Criminalización en el estado prévio...».

concreta modelação, pelo novo CP. de Cabo Verde, do crime de «associação criminosas»¹¹⁴.

5.11. Outras vezes surgem exemplos - como de furto de uma arma para matar outrem - que, mais claramente ainda não repre sentam uma incriminação autónoma de um acto preparatório. Singelamente diríamos que a instrumentalidade do furto face ao homicídio pode acontecer sempre entre quaisquer crimes autónomos, sem que percam a sua natureza de crimes *a se* (uma burla poderia ser, então, «preparação» de um aborto). Tais casos apenas poderiam ser preparação, num sentido *estatístico* ou sociológico, para usarmos uma expressão de GARCIA-PABLOS¹¹⁵, e, não, num sentido técnico-jurídico penal.

5.12. Diferente, em nosso entender, seria, por exemplo, o caso -face ao novo Código cabo-verdiano - do n.º 2 do art.º 309.º (colaborar com governo ou grupo estrangeiros com o propósito de praticar os actos previstos no n.º 1 do mesmo artigo, isto é, de violar segredo de Estado) face ao n.º 1 do mesmo preceito. Pune-se, como crime autónomo, conduta que é, já pela configuração concreta do elemento subjectivo do tipo de ilícito, materialmente preparatória de outra, e, significativamente, com a mesma pena. Outro exemplo poderia ser o da falsificação de moeda (243.º) face ao crime de passagem de moeda falsa (art.º 246.º, n.º 2) ou ao do

loc. cit., particularmente 298-299 («...La relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado») -299. Cfr. também José Luis GUZMÁN DALBORA, «Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas», in *Revista de Derecho Penal y Criminología* (separata), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, Julio 1998, n.º 2, 153 ss., numa apreciação crítica às teses que partem de que o bem jurídico protegido é «la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos ...», já que, para além do mais, confundem «... una razón políticocriminal/ para combatir com más ventaja esta laya de criminalidad, com la ratio iuris de la infracción» (163).

¹¹⁴ Veja-se JORGE CARLOS FONSECA, *Reformas Penais...*, 119 ss..

¹¹⁵ A. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, «Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita», in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Nova Serie, vol. XVIII, n.º 49, Madrid, 1974, 83-84.

crime previsto no art.º 247.º, ainda que a concreta modelação do crime de falsificação no novo Código (diferente da que surge no Código português, sendo, por isso, mais claro o exemplo face a este diploma) não aponte inequivocamente para tanto (o tipo de crime não exige, para além do dolo, qualquer outro elemento subjectivo particular, como seja uma intenção de pôr a moeda em circulação, como se exige no Código português - art.º 262.º).

No entanto, cremos que não é concebível ou, pelo menos, será sindicável do ponto de vista da legitimidade político-criminal) o crime de falsificação de moeda... se a conduta é realizada com o objectivo, por exemplo, de fazer uma colecção de moedas.

Outros exemplos poderão ser encontrados no nosso *Crimes de empreendimento*, perante o CP. português de 1982 ou o velho Código de 1886.

5.13. Em todos eles, e para finalizar este parêntesis, dir-se-á que : 1.º - o elemento subjectivo do crime aponta para a realização de uma conduta prevista num outro tipo (autónimo, tentado ou consumado), do qual seria preparação; 2.º - a partir da análise da estrutura dos tipos de crime em questão, descobre-se - nomeadamente pelo confronto da descrição típica com a descoberta do bem jurídico protegido e/ou da forma como concretamente é modelada a sua protecção - que existe uma especial ou autónoma valoração por parte do legislador.

5.14. Mister é concluirmos, talvez hoje de forma um pouco diferente da que fizemos na altura da elaboração de *Crimes de empreendimento* ou numa comunicação (não publicada) que fizemos a convite da Universidade Lusitana, em Lisboa, no dia 7 de Junho de 1988, que a descoberta de uma tal especial e autónoma valoração do (materialmente) acto preparatório de outro crime poderá ser indiciada (e apenas indiciada) pelo facto, por exemplo, de a punição do acto preparatório (material, e, não, formalmente,

falando, como se vê) ser superior ou igual à da conduta relativamente à qual ele representa uma preparação¹¹⁶.

5.15. Mas retomemos o fio da exposição: nestes grupos de casos (crimes autónomos, sejam eles ou não incriminações autónomas de actos materialmente preparatórios de outros crimes) não se colocam, em princípio, as restrições que vimos deverem ser consideradas quanto à possibilidade de admitir tentativa ou acto preparatório punível ... de acto preparatório excepcionalmente punível enquanto tal (enquanto mera fase do iter criminis).

A não ser restrições ditadas por opções de política criminal, já que a incriminação se traduz numa antecipação da tutela de bens jurídicos concretos (que, ao fim e ao cabo, se pretende proteger), evitando-se, pois, uma excessiva antecipação daquela tutela. Assim, o novo Código Penal de Cabo Verde não prevê a punição de acto preparatório de crime de «organização criminoso» (o art.^o 291.^o que o prevê não consta da *lista* constante do art.^o 373.^o), mas já prevê a de acto preparatório de fundação de organização terrorista (e já não de qualquer outra das condutas objecto da proibição: chefia, direcção, adesão), o que pode ser motivo de crítica do ponto de vista do critério da intervenção subsidiária do direito penal *na* protecção de bens jurídicos fundamentais¹¹⁷, ou o acto preparatório do crime de «falsificação de moeda». Curiosamente o Código português (art.^o 300.^o, n.^o 5) prevê a punição de acto preparatório de «organização terrorista», em todas as modalidades de acção (promoção, fundação, chefia), não o fazendo para o crime de «associação criminoso» (art.^o 299.^o). O que tem merecido aproximações críticas ao jeito do que atrás enunciámos por parte da doutrina mais autorizada. FIGUEIREDO DIAS

¹¹⁶ Outro critério de cariz «prático» e de sentido indicativo surge apresentado em *Crimes de empreendimento...* (84, nota 65): a relação entre a norma que prevê o acto preparatório e a que se refere ao crime relativamente ao qual constituiria, materialmente, preparação. O facto de, por exemplo, a norma que prevê a *aparente* preparação não ser *consumida* (por critérios de interpretação de normas) pela que aponta para a *aparente* forma consumada respectiva mostraria, melhor, indiciária que não estaríamos já no quadro da punição como mero acto preparatório. Fizemo-lo em «Direitos, Liberdades e Garantias...», loc. cit., 186.

diz, a propósito, que, se podem justificar a solução a extrema perigosidade das organizações em causa e a especial necessidade de prevenir a sua constituição, «... não deve todavia esquecer-se... que os crimes de organização já representam uma protecção antecipada dos bens jurídicos concretos que em último termo se pretende salvaguardar. Estamos por isso... perante uma protecção **duplamente antecipada** de bens jurídicos, de cuja conveniência criminal pode duvidar-se». Razão, pois, para que o autor de Coimbra venha a reiterar a ideia de que «... esta consideração conduz a uma **interpretação rigorosa** do disposto no art. 300.^o-5, devendo considerar-se actos preparatórios apenas verdadeiros **actos materiais** a que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, se seguirá actos de execução...»¹¹⁸.

Já não nos parece inteiramente adequada - por tudo quanto dissemos relativamente à distinção entre actos preparatórios enquanto tais e actos materialmente preparatórios, mas que concretizam verdadeiros crimes de consumação - a afirmação de ALMEIDA COSTA, a propósito da punição de actos preparatórios de «contrafacção de moeda», de que se trata da punição «da própria "preparação da preparação" ...»¹¹⁹.

5.16. Não pode haver tentativa de acto preparatório (punível). Tentativa de acto preparatório enquanto incriminação autónoma?

5.16.1. Como dissemos, por estarmos perante verdadeiros crimes consumados, em princípio não haverá dificuldades em também admitir a tentativa, desde que, naturalmente, estejam verificados os pressupostos legais de punição de uma tal forma de aparecimento da infracção, designadamente o *quantum* da pena aplicável ao crime consumado

¹¹⁸ In Comentário Conimbricense..., Tomo II, 1182 (comentário ao art.^o 300.^o).

¹¹⁹ In *Comentário Conimbricense...*, Tomo II; 756 (comentário prévio ao art.^o 262.^o), ainda que, como também assinalámos, venha o autor a distinguir um caso e outro para efeito, v.gr., de admissibilidade ou não de tentativa. Aliás, o mesmo se poderá dizer de HELENA MONIZ, ibidem, 859 (comentário ao art.^o 271.^o). Idêntica posição já fora sufragada em *As "Associações..."*, ..., 82.

respectivo (no caso do novo CP. de Cabo Verde, pena superior a três anos de prisão - art.º 22.º, n.º 1). e acrescentamos: desde que possa haver tentativa, no exacto sentido de a estrutura do tipo de crime, pela descrição objectiva da conduta proibida (e/ou do resultado), pela configuração objectiva do tipo, permitir uma referência para que se possa falar em «começo de execução»¹²⁰. Só assim percebemos (e/ou porque a tentativa de uma das condutas se traduz na consumação de outra, verificando-se, pois, um caso de concurso de normas) que FIGUEIREDO DIAS exclua a punição da tentativa de «associação criminosa», ao que parece, em todas as modalidades de acção¹²¹, sendo ela *punível* (pela medida da pena aplicável): «... quem pratica actos de execução com o propósito de promover a associação ou está já efectivamente a promovê-la ou a levar a cabo meros actos preparatórios não puníveis. Quem tenta fazer parte... ou apoiá-la ou está já efectivamente a apoiá-la, ou a levar a cabo meros actos preparatórios. Quem tentar chefiar ou dirigir... é seguramente porque faz parte dela, é seu membro. Quem, finalmente, pratica actos de execução com o propósito de fundar uma associação está já a promovê-la. Em qualquer das hipóteses típicas portanto **não há lugar** para uma punição autónoma da tentativa...»¹²².

5.16.2. O que não exclui que haja quem syndique a própria legitimação daquela possibilidade (de tentativa e, por maioria de razão, de acto preparatório) a partir de critérios como os de necessidade de intervenção do direito penal, senão mesmo do princípio do estado de direito e seus postulados em sede de política criminal¹²³. Problema - e, sobremaneira,

¹²⁰ Cfr., para além do nosso *Crimes de empreendimento...*, particularmente 86-87 e as referências bibliográficas aí contidas; FINCKE, ob. cit., 46, autor que distingue entre *ser pensável* e *ser punível* a tentativa.

¹²¹ Diferente, em certa medida, era a posição assumida a respeito em *As "Associações..."*; o autor considerava duvidosa a admissibilidade de tentativa para todas as modalidades de acção (na «associação criminosa»), inclinando-se, porém, para a posição - dominante na jurisprudência suprema alemã - que a sustentava apenas para o caso de «fundar» (n.º 1 do art.º 287.º do Código de 1982).

¹²² In *Comentário Conimbricense...*, Tomo II, 1170 (comentário ao art.º 299.º).

¹²³ Veja-se, por exemplo, JESCHECK, ob. cit., 2.º Volume, 713 (*Lehrbuch...*, 472).

uma eventual crítica a uma tal postura de *redução teleológica* do âmbito da incriminação naqueles concretos casos que recortámos - que, compreensivelmente, não cabe aprofundar nestes textos.

5.17. Actos preparatórios excepcionalmente puníveis são crimes públicos (art.º 380.º)

Uma palavra final: o Código Penal de 2004, no seu último artigo (380.º), define como crimes públicos os actos preparatórios excepcionalmente puníveis. O que se compreende facilmente, dada a natureza dos interesses em causa que justifica um tal alargamento da punibilidade.

Leitura particularmente recomendada para a matéria exposta em 5.

- JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento...*, 78-88;

- FIGUEIREDO DIAS, *Formas especiais*;

- FIGUEIREDO DIAS, *As «Associações Criminosas» no Código Penal português de 1982 (Arts. 287.º e 288.º)*, Coimbra Editora, 1988, 26-31 e 67-72.

6. A tentativa e a desistência e o arrendimento activo no novo Código Penal: apenas alguns aspectos

6.1. Não autonomização da figura da *frustração*

Um primeiro aspecto a salientar da nova regulamentação da tentativa (art.º 21.º) é a não autonomização da figura da *frustração*, como vinha no velho Código de 1886 (art.º 10.º), na base de uma diferente valoração objectiva entre uma e outra figura. De acordo com o novo Código, há tentativa desde que o agente pratique actos de execução (um que seja), com dolo, e não chegue a haver consumação.

Neste pormenor, o Código acolheu a proposta que fazíamos já nos «Termos de Referência...»¹²⁴ e que vem igualmente corporizada no Anteprojecto. Enquanto categoria dogmática autónoma, a *frustração* - a «tentativa acabada» - apenas se justificava por razões de estrita ordem de «... hiper-logicismo» dos Códigos latinos oitocentistas¹²⁵. O que não quer dizer que seja irrelevante, que não tenha diferentes consequências jurídicas, o facto de ter havido ou não a prática de todos os actos de execução de um crime. Como veremos mais adiante, há relevância em termos do regime de «desistência» (art.º 24.º), sem pôr de lado a possibilidade, avaliada em concreto, de a circunstância ser tida em conta na fixação da medida concreta da pena, ainda que, neste aspecto, o CP. de Cabo Verde não seja tão claro como o é, por exemplo, o Código espanhol, no seu artigo 62¹²⁶.

6.2. O dolo como elemento subjectivo da tentativa

O Código Penal de 2004, no art.º 21.º, define a tentativa. Desde logo, integrou na noção o elemento dolo, explicitamente. Procurouse, assim, rejeitar claramente qualquer concepção que ainda visse na ilicitude do crime tentado apenas o perigo que a acção cria para bens jurídicos protegidos, e, portanto, compatível com a configuração de tentativas de

crimes negligentes, como, por exemplo, defendia em Portugal EDUARDO CORREIA¹²⁷. Elemento subjectivo que, igualmente, tem a utilidade de servir de suporte ou de meio integrador para uma correcta compreensão do sentido que é dado aos actos de execução, no seu confronto com actos de preparação (o critério do «plano concreto do agente»), particularmente quando se refere à sua definição enquanto «actos idóneos à produção do resultado típico» ou «os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores»¹²⁸.

6.3. O que são actos de execução (art.º 21.º, n.º 2)

Como já se deixou antever, o CR, no n.º 2 do mesmo art.º 21.º, e em três alíneas, define o que são actos de execução. Fá-lo com base em critérios inequivocamente objectivos, através de fórmulas que, no essencial, correspondem aos critérios um pouco generalizadamente conhecidos como formal-objectivo (a) - «os que correspondem, num ou nalguns elementos, à descrição do tipo de crime» -, e material-objectivo e que, no caso da alínea c), representam a adaptação, numa compreensão já não naturalística, mas, sim, social ou de aparência comum da vida, do conhecido critério de FRANK, seguido pelo Supremo Tribunal alemão, segundo o qual haveria ainda começo de execução «... em toda a actividade que, em virtude da sua necessária conexão à acção típica aparece, a uma consideração natural, como sua parte integrante...»¹²⁹.

6.4. A chamada tentativa inidónea ou impossível. O crime putativo

6.4.1. No art.º 23.º, o novo Código Penal, sob a epígrafe «Inidoneidade do meio e carência do objecto», ocupa-se do que, tradicionalmente, se chama

¹²⁷ Direito *Criminal*, II, 231-232, considerando, aliás, que a intenção seria «... pura e simplesmente uma condição externa da sua punibilidade» (251).

¹²⁸ Cfr. JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento...*, 93-94 e notas 71 a 75; Manuel CORTES ROSA, *A tentativa no novo Código Penal*, conferência proferida na Faculdade de Direito de Lisboa, em 12 de Abril de 1985, não publicada.

¹²⁹ Das *Strafgesetzbuch...*, 83. 58 e

¹²⁴ JORGE CARLOS FONSECA, «Termos de referência...» 35.

¹²⁵ Cfr. FARIA COSTA, «Formas...», loc. cit., 161; JORGE CARLOS FONSECA, *Reformas Penais...*, 57 e nota 71, com indicação bibliográfica.

¹²⁶ Cfr. MUNOZ CONDE/GARCIA ARÁN, ob. cit., 437.

«tentativa inidónea» ou «tentativa impossível». Diz o dispositivo que «Não é punível a tentativa quando for manifesta a inidoneidade do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação da infracção». Seguindo o que, sumariamente, dissemos em *Reformas Penais...*¹³⁰, trata-se de uma solução que se compreende ainda no quadro de uma construção unitária e objectiva da figura da tentativa, que claramente deixa fora (e apenas deixa de fora à partida) da punibilidade os casos de chamada tentativa *irreal* ou *supersticiosa*. Compreensão facilitada pela própria formulação do dispositivo, ao referir-se a «punibilidade» da tentativa e a casos de «não punibilidade», diferentemente, por exemplo, do que acontecia com o Projecto de EDUARDO CORREIA, que dizia, no § único do art.º 22.º, que «A inidoneidade do meio empregado ou a carência do objecto só excluem a tentativa quando sejam aparentes» (sublinhados nossos). Deve dizer-se, no entanto, que não foi retida a formulação do Projecto de 1963 na versão do Código português de 1982, nem nas versões seguintes até hoje, as quais são afins da que foi consagrada no nosso Código.

6.4.2. Conceção tributária da chamada «teoria da impressão»

Uma concepção marcada pelo pensamento da adequação e atravessada por um conceito de perigo, aferido por um juízo *ex-ante* que releva da ideia de uma aptidão de determinados actos para gerar um sentimento, reconhecível pela generalidade das pessoas, de perturbação da comunidade social, em última análise, a portadora dos bens jurídicos que, desse modo, surgem ameaçados¹³¹. A opção pela expressão «manifesta» aponta para que, não

¹³⁰ notas 72 e 73.

¹³¹ Sobre esta concepção no C.Rportuguês de 1982 (e que é retomada no actual código), e seu confronto com a proposta correspondente no Projecto de Eduardo Correia, veja-se JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento...*, 92 a 104. Sobre a explicação «jurídico-axiológica» da punibilidade de alguns casos de «tentativa impossível», veja-se FÁRIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual (Ou da relevância da negação em direito penal)*, Coimbra, 1995, 59 ss. No geral, sobre a chamada teoria da impressão («Eindrucksstheorie»), veja-se HORN, «Der Versuch - Begründung einer objektiven Versuchstheorie im Hinblick auf empirische Psychologie und Physopsychologie», in *ZStW*, 20, 1900, o qual, referindo-se à noção de perigo de v.Liszt («eine retrospektive Gefährlichkeit»), afirma que «... es bleibt nur... der unmittelbare elementare

contendo, em si, os actos praticados pelo agente um perigo real para o bem jurídico protegido (os meios utilizados são inaptos para a consecução do objectivo que tem em vista; inexistente o objecto no qual se poderia materializar a vontade criminosa do autor), de uma perspectiva da sua «aparência», no momento em que são levados a cabo, e em termos de normalidade das situações da vida e da experiência comuns, sejam vistos ou tidos como portadores do perigo que efectivamente não comportam. Continuando, ora, a seguir o nosso *Crimes de empreendimento...*¹³², aponta a qualificação limitadora do âmbito da punibilidade de tais actos de tentativa para a ideia de um perigo que, embora aparente, seja susceptível de, nas condições atrás referidas, «causar alarme e intranquilidade social...»¹³³, fundamentando-se, assim, a punição do agente. Ideia que arranca do argumento de que não serve para o direito penal uma noção naturalística de perigo, incapaz de se sustentar, já que a não verificação do resultado provaria justamente que a conduta levada a cabo... nunca pôs em perigo a lesão do bem jurídico, mas apenas uma noção que tenha «... um sentido correspondente à causalidade normativa ou adequada...», conforme sustentou invariavelmente, por exemplo, EDUARDO CORREIA (autor do Projecto de CP. português, de 1963)¹³⁴, no que, em essência, é tributário do conceito de perigo formulado por v. LISZT e se aproxima da chamada teoria objectiva-subjectiva da impressão (*Eindrucksstheorie*), que, entre

Eindruck, den die Tat als solche auch nach ihrem Misslingen macht, der Eindruck der Beunruhigung... der auf der Reflexion beruht, dass sie hätte gelingen können»(342); RUDOLPH/HORN/SAMSON, in *SK zum StGB*, I, A.T., 3a ed. refundida, Frankfurt am Main, 1984, § 22, 7; numa perspectiva crítica, cfr. ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, 208 ss.; HEINTSCHEL-HEINEGG, «Versuch und Rücktritt», in *ZStW* 109 (1997), H.1, 37 ss.

¹³² João de CASTRO NEVES considera não constituir a formulação equivalente do CP. português de 1982 uma clara exclusão da punibilidade da tentativa irreal (*Sentido, limites e punibilidade da tentativa inidónea no novo Código Penal Português*, texto dactilografado, Lisboa, 1985, 78 ss.).

¹³³ EDUARDO CORREIA, in *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Geral, I Volume, AAFDL, Lisboa, s/d, 177.

¹³⁴ EDUARDO CORREIA, «Elementos para o estudo da tentativa», in *Direito Criminal - /- Tentativa e Frustração. II - Participação criminosa. III - Pena conjunta e pena unitária*, Coleção Studium, Arménio Amado - Editor, Coimbra, 1953, 41.

outros, HORN elaborou e, ainda hoje, particularmente na Alemanha, é adoptada por um número significativo e crescente de autores¹³⁵.

6.4.3. Conceção que se afasta, por um lado, de concepções subjectivas (afastando, como dissemos, os casos de tentativa supersticiosa ou irreal, como, por exemplo, querer matar outra pessoa atra vés de conjura com o demónio ou por «corda»¹³⁶), e, por outro lado, de uma qualquer concepção *dualística*, à maneira de SCHMIDHAUSER¹³⁷, e que igualmente não corresponde já à distinção entre o *absoluto* e o *relativo* da inidoneidade da tentativa. Esta distinção, própria das originárias teorias objectivas (de que FEUERBACH é representante primeiro, e que parece emergir da forma como é referido o problema no Relatório da Proposta de Lei da Nova Reforma Penal, de 1884)¹³⁸, era adoptada muitas vezes pela jurisprudência portuguesa no domínio do Código de 1886¹³⁹, é ainda, de alguma forma e

¹³⁵ Para além dos autores citados em *Crimes de empreendimento...*, veja-se, por exemplo, ROXIN, que diz que a teoria da impressão pode até tornar-se «frutuosa para a delimitação de actos preparatórios e tentativa, na medida em que a agressão da esfera da vítima, perturbadora da paz jurídica, surge como elemento necessário da acção de execução...» - «Resolução do facto e começo da execução na tentativa», in *Problemas Fundamentais...*, 306; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal...*, 346-348, autor que considera que a objectividade que o actual Código exige para os actos de execução «... solo puede entenderse en el sentido de intersubjetividad que supone el criterio del hombre médio situado *ex ante*...» (347).

¹³⁶ Já a existência de dolo seria discutível; no entanto, o emprego de métodos mágicos ou análogos «... não poderia despertar nenhum tipo de impressão na comunidade...», para citarmos JESCHECK (ob. cit., 2.º Volume, 729; *Lehrbuch...*, 480). Creemos nós...

¹³⁷ *Strafrecht...*, 353 ss. Para uma referência crítica a este autor e sua posição, cfr. o nosso *Crimes de empreendimento...*, nota 95, 102-103.

¹³⁸ Cfr. JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento...*, 103-104, e nota 96. No mencionado Relatório, propugnava-se deixar-se ao prudente arbítrio dos tribunais a resolução dos diversos casos sujeitos ao seu exame. Veja-se como se entendia que o «bom senso» e a «saboria» dos juizes eram capazes de resolver com facilidade estes casos. «... Se um homem tentar assassinar um seu inimigo, que suponha estar dormindo, e depois se verificasse que este tinha morrido de congestão cerebral seis horas antes... nenhum juiz classificaria o acto de tentativa de homicídio... se uma quadrilha de ladrões tentar roubar o dinheiro em cofre de uma recebedoria, e depois se provar que no dia anterior o dinheiro tinha sido transferido... os tribunais incriminarão o acto como tentativa de roubo...» - in *R.L.J.*, 18.º ano, 3-10-1885, n.º 902, 275.

¹³⁹ Veja-se uma relação elucidativa na nota 96, 103, de JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento...*. Cfr., ainda, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º Volume, com importantes dados sobre a posição do STJ ao tempo do Código de 1886 (particularmente 367-370).

com hesitações, presente em certos sectores doutrinários portugueses¹⁴⁰ e é a que resulta, por exemplo, da legislação brasileira actual¹⁴¹.

6.4.4. O critério que distingue entre a inidoneidade absoluta e relativa: dificuldades

6.4.4.1. O facto é que uma análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras se mostra elucidativa das dificuldades que um tal critério coloca. ZAFFARONI/PIERANGELI, por exemplo, dizem-nos que «... acontece que, em todas as tentativas, os meios acabaram por mostrar-se inidóneos para produzir o resultado, porque, de contrário, o facto não teria ficado em grau de tentativa...». E acabam por dar exemplos., de tentativas supersticiosas para justificar a não punibilidade de certas situações que consideram abrangidas pela previsão legal («... tal como querer envenenar com açúcar, com meio supersticioso, demolir um edifício com alfinetes...»), já que partem da ideia de que a diferença entre uma tentativa

¹⁴⁰

Veja-se, por exemplo, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, I, 271-272; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal...*, II, 254-255 («... só haverá um desvalor na tentativa relativamente inidónea; por sua vez, nesta, o desvalor do resultado pronunciar-se-á sobre a relativa impossibilidade de ofender o bem protegido» (255); MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Formas do Crime*, Textos Diversos, Principia, Cascais, 1998, 27 ss..

¹⁴¹

O Código Penal brasileiro dispõe, no art. 17, que não se pune a tentativa «quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime».

Numa abordagem diferente, atravessada visivelmente por critérios próximos dos da teoria da *impressão*, veja-se MUNÓZ CONDE, *Teoría Geral...*, 186-188, ainda que, conceptualmente, identifique tentativa irreal e tentativa absolutamente inidónea.

ZAFFARONI, noutro local, criticando a solução contida no art. 44 do CP. argentino, e num esforço de interpretação conforme com a Constituição, acaba por apenas incluir na tentativa punível (e, portanto, *não aparente*) os casos em que «... el médio *ex ante* fue idóneo y hubo peligro, y *ex post* no se comprueba ninguna imposibilidad absoluta de consumado...» (*Derecho Penal...*, 798). Mas trata-se de uma solução interpretativa que não ultrapassa as dificuldades apontadas: Quando é que se não comprova que havia absoluta impossibilidade de consumação? E o que é a absoluta impossibilidade? Não serão todos os casos...de inidoneidade do meio ou de carência do objecto?

idónea e uma inidónea está «... em que, na segunda, o erro é grosseiro, toscos...»¹⁴².

6.4.2. Outro autor brasileiro, RENÉ ARIEL DOTTI, faz referência a jurisprudência brasileira vária, mas toda ela marcada pelas dificuldades acima recortadas de definir um critério rigoroso na delimitação do absoluto e do relativo na inidoneidade do meio e/ou na «impropriedade» do objecto (p.e., quando se considera «crime impossível, pela ausência do objecto» a hipóteses em que se «... pretende subtrair, especificamente, dinheiro a pessoa que, entretanto, não o possuía e se considera impropriedade relativa do objecto «... quando o *punguista* tenta *bater* a carteira que estava em outro bolso do paletó da vítima»)¹⁴³.

6.4.5. Deve dizer-se, ainda, que a concepção subjacente à solução contida no nosso CP. não sufraga a conhecida teoria da «tipicidade defeituosa» («Mangel am Tatbestand»), já que a previsão contida no citado art.º 23.º se incompatibiliza com a ideia de que uma tentativa punível apenas é de se afirmar quando falta (e só falta) «a parte... final do tipo» («Tatbestandsschlussstück»), ou, de outra maneira, que a punibilidade é de rejeitar por falta de um daqueles elementos do tipo que não estão em relação causal com a acção do sujeito activo¹⁴⁴. Dito ainda de outra forma,

¹⁴² *Manual...*, 709. Cfr., ainda, no direito brasileiro, e num sentido idêntico, CEZAR BITENCOURT, *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, 5.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, 418-419 (idêntica posição mantém em *Tratado...*, 1.º Volume, 373-374).

¹⁴³ *Curso...*, 328 ss.; Cfr., ainda, LUIZ REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal brasileiro*, Volume 1 - Parte Geral, 4.ª edição, Editora revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, 439 ss.. De alguma forma tributária de uma tal concepção que procura distinguir a tentativa absolutamente inidónea da relativamente inidónea é a posição de ADOLF MERKEL, ainda que muitas vezes pareça destilar critério afim do que considerámos justificar a solução legal em Cabo Verde. Na verdade, diz que «... se deben estimar como idóneas aquellas acciones encaminadas a la realización de la resolución criminal, las cuales, por sus caracteres generales y en circunstancias conocidas por el agente, pueden aparecer ante una inteligencia sana y recta como adecuadas para llevar a cabo la realización dicha...». Mas, no entanto, MERKEL considera-as... idóneas e, não, relativamente inidóneas ou inidóneas puníveis (Derecho Penal - Parte General, Júlío César Ferra Editor, Buenos Aires, 2004, 131-133).

¹⁴⁴ Cfr. JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento...*, 103-104, e nota 97.

a tentativa impossível não seria punível quando, para além de se não realizar o evento, faltasse *a priori* um elemento pertencente ao tipo (o agente tenta subtrair coisa sua ou matar um cadáver). As consequências da aplicação deste critério seriam inaceitáveis. E citamos FIGUEIREDO DIAS: «... se o ladrão mete a mão no bolso onde não está a carteira que deseja furtar - tentativa punível; se ele subtrai uma coisa na errônea convicção de que é alheia - tentativa não punível! O uso de meio inidóneo conduzirá a uma tentativa punível nos casos em que... o tipo não limita os meios; mas já conduzirá a uma tentativa não punível no caso... em que o tipo os limita»¹⁴⁵.

6.4.6. Uma concepção não isenta de críticas

Tudo o que não exclui que a solução legal cabo-verdiana, centrada numa concepção de aparência de perigo para bens jurídicos, de acordo com um juízo de prognose feito por um observador colocado no momento da execução «... e conhecedor de todas as circunstâncias cognoscíveis ou conhecidas do agente»¹⁴⁶ - não seja passível de críticas, e críticas sérias, de uma perspectiva do princípio do Estado de Direito, mormente do prisma do princípio da necessidade de intervenção penal, de *lesividade* ou, até, de culpabilidade (por se estar, diz-se, a punir a personalidade do agente)¹⁴⁷.

6.4.7. Inidoneidade do sujeito

6.4.7.1. Um pouco poucas palavras sobre o que se tem chamado tentativa inidónea em razão do sujeito ou, por vezes, erro sobre a idoneidade do agente. O problema, objecto de discussões tão vastas quanto inconclusivas, senão mesmo equívocas do seu ponto de partida, tem a ver, sobretudo,

¹⁴⁵ *Formas especiais...*, 24-25.

¹⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Formas especiais...*, 26.

¹⁴⁷ Assim, por exemplo, J. BUSTOS RAMÍREZ, Control social y Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1987, 309 ss., autor que considera que os elementos constitutivos da chamada tentativa inidónea «... configuran un delito particular que afecta un bien jurídico concreto, la seguridad ciudadana...» (321); num sentido próximo, CASTRO NEVES, ob. cit., particularmente 90-92.

com os chamados crimes específicos ou próprios em que a exigência de particulares qualidades ou de pertença a certas relações para se afirmar a autoria se traduz na imposição de um especial dever ao destinatário da norma. Será o caso, por exemplo, de um tipo legal exigir a qualidade de funcionário ou de autoridade pública como condição para se ser autor, ou, ainda, um dever jurídico que pessoalmente o vincule a evitar um certo resultado.

6.4.7.2. Poderia dizer-se, face ao disposto no nosso Código Penal, mormente no já citado art.^o 23-º, que deve ser punível - e estamos a seguir quase textualmente o nosso *Crimes de empreendimento*¹⁴⁸ - aquele que, supondo erroneamente que possui tal qualidade ou que está investido num dever particular de evitar a lesão de um bem jurídico, prática actos que, para um observador comum, no momento da sua prática, e à luz das regras da vida comum, *pareçam* ser efectuados por um funcionário ou por pessoa especialmente obrigada a não os realizar, e portadores de um perigo de lesão do bem objecto de tutela penal?

6.4.7.3. É certo que o art.^o 23-º não se refere expressamente a estas situações; mas dele nunca se poderia retirar que seria punível toda a tentativa impossível por inidoneidade do sujeito, mas, quando muito, que é punível a tentativa inidonea quanto aos meios ou por carência de objecto, quando tal inaptidão ou inexistência não for «manifesta».

Não levantam quaisquer problemas especiais os casos em que a inidoneidade do sujeito decorre ou vem determinada pela inexistência do objecto (p.e., a tentativa de aborto de mulher que, erroneamente, supõe estar grávida ou a de incesto com presumível parente). Aplicar-se-ia, então, a regra contida no art.^o 23-º, como fizemos atrás.

6.4.7.4. E os casos de verdadeira e autónoma inidoneidade em razão do sujeito? Sem grandes desenvolvimentos, sempre concluiremos que não deverão ser punidos. A razão tem a ver com a natureza particular do

¹⁴⁸ Para esta matéria, cfr. págs. 105-110 e 131-132 e a bibliografia ali citada.

elemento do tipo em questão. Não tem qualquer sentido, a nosso ver, fazer depender a punibilidade de um acto praticado por um suposto funcionário da circunstância de ele surgir, ou não, para a generalidade das pessoas, como uma realização de alguém que possui uma tal qualificação; igualmente não tem sentido deixar-se ao critério de um juízo de idoneidade a decisão sobre se, afinal, houve ou não por parte de um agente a violação de um dever que pessoalmente o obrigaria a praticar ou a abster-se de efectuar um determinado acto. A existência de um dever jurídico especial imposto pela ordem jurídica ou existe ou não existe. Razão por que, ainda que não possam estas situações confundir-se com as de crime putativo, como a seguir veremos, elas mereçam a mesma solução: impuni-bilidade.

6.4.8. O crime putativo

Da tentativa inidonea ou impossível deve distinguir-se o crime putativo ou crime impossível. Neste, o agente pretende cometer um facto punível... que não o é, perante a ordem jurídico-penal concreta. Não se pode punir quem, por exemplo, esteja convencido de que está cometer o (inexistente) crime de adultério. Desde logo... porque não haveria pena aplicável. O princípio da legalidade impede qualquer relevância penal àquele facto.

Trata-se, como se diz habitualmente numa perspectiva prática de distinção face à tentativa inidonea, de um erro sobre a ilicitude ao revés, tal como aquela tentativa seria um erro sobre a factualidade típica ao revés¹⁴⁹.

6.5. A punição da tentativa: regra geral (art.^o 22.º) e casos de punição excepcional (art.^o 375.º)

Sobre a punição da tentativa, convém assinalar ainda:

a) Se a regra é a de que ela apenas será punível quando ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão, o n.º 1 do art.º 22.º sempre salvaguarda «... disposição em contrário». Ora

¹⁴⁹ Por todos, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Formas especiais...*, 16-17; JESCHECK, *Tratado...*, 2.º Volume, 729-730 (*Lehrbuch...*, 480-481).

bem: no art.^o 375.^o (numa técnica afirm da que utilizou o Código para punição excepcional de actos preparatórios, enumeração de crimes particulares e semi-públicos), vêm enumerados os casos de punição excepcional da tentativa;

b) Sendo punível a tentativa, a sanção será livremente atenuada; mas diz o n.^o 2 do art.^o 22.^o que ela não poderá ser «inferior a metade do limite mínimo previsto para o crime consumado respectivo ou ao mínimo legal...». O art.^o 84.^o do Código, que regula a «atenuação livre da pena», prevê a possibilidade de a atenuação levar à aplicação de pena não inferior a «um terço do limite mínimo...». Como articular os dois preceitos? Sempre que no crime tentado se verifique qualquer das circunstâncias mencionadas no n.^o 2 do art.^o 84.^o (ou outras, não enumeradas, mas que, sendo contemporâneas ou posteriores ao crime, diminuem por forma acentuada a ilicitude do facto ou a culpa do agente, de acordo com o n.^o 1 do art.^o 84.^o), terá aplicação este último: a pena poderá ir até um terço (e, não, metade) do limite mínimo (desde que, naturalmente, seja, em concreto, igual ou superior ao mínimo legal).

6.6. Desistência e arrependimento activo

Relativamente à matéria da «desistência e arrependimento activo» (art.^o 24.^o), e em atenção ao que dissemos ser a natureza destes Cadernos, apenas iremos recortar rapidamente duas ou três questões suscitadas nas sessões do Curso.

6.6.1. Explicitaremos, em primeiro lugar, que o dispositivo prevê a isenção da pena não só para quem desiste de prosseguir na execução (casos de tentativa inacabada) ou impede a consumação (tentativa acabada, a antiga frustração), mas, igualmente, para quem, «... não obstante a consumação, impede a efectivação do resultado que a lei quer evitar se verifique» (n.^o 1). Como já tivemos oportunidade de referir noutra ocasião (a propósito do lugar da prática do facto), a última parte do n.^o 1 aplica-se aos chamados *crimes de consumação antecipada*, designadamente aos crimes de

empreendimento, de *intenção* e de *perigo*. O que justifica uma tal solução, claramente vasada no actual Código, em comparação com a os equívocos e a polémica à volta da interpretação do art.^o 9.^o do CP. de 1852 e do art.^o 13.^o do CP. de 1886 ? No fundo, e citamos palavras escritas no nosso *Crimes de empreendimento...*¹⁵⁰, são as razões de política criminal que terão levado o legislador a formalmente considerar consumados delitos em que a conduta incriminada apenas cria uma situação de perigo para o bem jurídico, que induziram o legislador a, evitada (voluntariamente) a produção daquilo que, afinal, ele pretendeu impedir, decidir-se pela impunidade do agente.

6.6.2. Em segundo lugar, queremos salientar que, verificados os pressupostos definidos no art.^o 24.^o, aplicar-se-á o disposto neste artigo mesmo quando estão previstas disposições especiais na RE. do Código para certos tipos de crime. Isso mesmo vem expressamente dito, por exemplo, nos art.^{os} 139.^o, 291.^o, n.^o 5, 327.^o ou 347.^o, numa solução diferente da constante do Código Português e que, por sinal, chegou a merecer críticas de alguns sectores doutrinários ou exigir a aplicação de analogia in *bonam partem*.

Leitura particularmente recomendada para a matéria exposta em 6.

- JORGE CARLOS FONSECA, *Crimes de empreendimento...*, 92 a 110 e 147 a 161;
- FIGUEIREDO DIAS, *Formas especiais...*, 10 a 41;
- EDUARDO CORREIA, «Elementos para o estudo da tentativa», in *Direito Criminal - I- Tentativa e Frustração. II- Comparição criminosa. III - Pena conjunta epena unitária*, Coleção Studium, Arménio Amado-Editor, Coimbra, 1953;
- JESCHECK, *Tratado...*, 2.^o Volume, 697 a 755.

¹⁵⁰ 160.

7. A obediência devida (art.º 39.º do Código Penal): alguns problemas de interpretação

Entre as causas de exclusão da ilicitude expressamente previstas no Código Penal está a «obediência devida» (art.º 39.º). Diz-se, no n.º 1, que não é ilícito o facto praticado em virtude de obediência legalmente devida, acrescentando-se, no n.º 2 - o que consubstancia praticamente uma repetição de preceito contido na Constituição (art.º 239.º) - que «o dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime».

7.1. Trata-se de uma causa de justificação tradicionalmente prevista nos Códigos Penais e que também o vinha no Código de 1886, no art.º 44.º, 3.º, um preceito, aliás, que albergava situações muito distintas - de ausência de acção (1.º) a causas de exclusão da culpa (2.º e 7.º, *in fine*) e causas de justificação (3.º, 4.º e 5.º)¹⁵¹. As discussões que este preceito suscitava - nomeadamente sobre o que se considerava ser ou não uma ordem legítima, a que seria devida obediência, ou ainda sobre a distinção entre legitimidade formal e substancial da ordem da autoridade - parecem, pois, hoje claramente superadas face ao citado dispositivo constitucional, reafirmado no Código Penal. Na verdade, se não é devida obediência a ordem de autoridade quando ela implique a prática de um crime, então parece que a «obediência devida» deixou de funcionar como causa de exclusão da ilicitude em matéria criminal. O funcionário público que, no cumprimento de uma ordem de seu superior hierárquico, praticasse um facto que, por lei, seja considerado punível, realizaria um facto ilícito, não justificado, pois. Tanto surgia como resquício do passado ou fruto de inércia legislativa a norma sobre a «obediência devida», enquanto norma sobre causa de justificação em matéria criminal, que, por exemplo, CAVALEIRO DE FERREIRA, dizia, com o aparecimento, em Portugal, de norma constitucional relativa à cessação do dever de obediência hierárquica que conduzisse à prática de um crime: «... Este preceito constitucional pode

¹⁵¹ Neste sentido, JORGE CARLOS FONSECA, *Reformas Penais...*, 62; TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º volume, 235.

conduzir à inutilização ou revogação da causa de justificação prevista no n.º 3 do art.º 44.º do Código Penal, pois que se o facto previsto como crime pela lei penal é cometido no cumprimento de uma ordem do superior hierárquico... em face do preceito constitucional parece que em nenhum caso subsiste o dever de obediência ou de cumprimento da ordem de que possa resultar um crime...»¹⁵².

7.2. Efectivamente, no âmbito do Código Penal de 1886, apesar de se considerar a questão «um Cabo das Tormentas na doutrina jurídica e que, quando deficientemente regulamentado na lei, origina confusões ou dúvidas»¹⁵³, partindo-se da distinção entre legitimidade formal da legitimidade substancial das ordens da autoridade, entendiam alguns autores que, em certos casos, a obediência era devida e, portanto, justificava o facto, «mesmo que se não comprovassem os pressupostos substanciais da legitimidade da ordem superior». Assim, em tais casos seria proibido ao subordinado sindicar a legitimidade substancial da ordem, ficando justificados os factos puníveis praticados por ele no âmbito da referida ordem. Para o autor citado, a questão situava-se, pois, no «domínio daqueles actos da função pública na matéria em que o dador da ordem tinha a competência legal para decidir no caso concreto sobre o exercício da função pública pelos seus subordinados», cabendo-lhe a ele o poder e o dever de apreciar a matéria de facto em razão da qual há lugar ao exercício da sua função ou poder. A causa de exclusão da ilicitude (obediência devida) só se referia, pois, «aos crimes cometidos pelos funcionários públicos mediante o abuso da função pública»¹⁵⁴.

7.3. E esta interpretação (parece) pretendia CAVALEIRO FERREIRA compatibilizar com o dispositivo constitucional português que diz cessar a obediência «sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de um crime» (art.º 271.º, n.º 3, da CRP de 1976), cujo teor foi

¹⁵² *Direito Penal Português*, I, 1981, 286.

¹⁵³ Assim, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, 130

¹⁵⁴ *Lições...*, 131.

transposto para o actual n.º 2 do art.º 36.º do Código Penal, ainda que revelasse a dificuldade do empreendimento. À pergunta sobre se, no caso de se tratar de abuso de autoridade ou excesso no exercício de função que cabe ao superior hierárquico, a responsabilidade criminal recairá exclusivamente sobre ele, sendo justificado pelo seu dever funcional de obediência a sua execução pelos subordinados, remata: «... A dificuldade reside em grande parte na circunstância de não se encontrar expressa no novo Código fórmula similar ou equivalente à que consta do pacto final do n.º 4 do art. 44.º do Cód. Penal de 1886: o exercício de um direito ou cumprimento de uma obrigação só justificam o facto se o agente tiver procedido com a "devida diligência" ou o "facto for um resultado meramente casual"»¹⁵⁵.

7.4. O que pensar de uma argumentação como esta, perante um quadro como o nosso (não diferente, no essencial, do português actual), em que vigora a norma constitucional constante do citado art.º 239.º, reafirmada no art.º 39.º, n.º 2, do CP.?

Perante o condicionalismo referido por CAVALEIRO DE FERREIRA, para que se mostre justificado o facto punível praticado pelo subordinado hierarquicamente (tiver procedido com a devida diligência e/ou o resultado ter sido «meramente casual»), não teríamos dúvidas em, singelamente, dizer que, então, não tem aplicação o disposto no citado preceito do Código Penal. Naqueles casos, não havendo sequer um nexo subjectivo entre o agente do facto e o resultado (pelo menos, negligência) ou, até, de imputação objectiva (resultado casual), não há... crime que resulte ou seja «implicado pelo cumprimento da ordem». Estaríamos, assim, fora do âmbito possível de aplicação do n.º 2 do art.º 39.º.

Também face a alguns exemplos dados - o juiz que ordena uma captura que, em recurso, se mostra ilegal; uma intervenção da polícia para manter a segurança pública, havendo, depois, excesso na actuação das forças de intervenção - não nos parece poder dizer-se estarmos perante crime implicado pela execução de ordem de superior hierárquico. A ordem terá

¹⁵⁵ Lições..., 133.

que ser de tal forma e teor que dela decorra, pela sua execução, um facto punível. Enfim, a obediência hierárquica estende-se quer às ordens legais, quer às ilegais, desde que o seu cumprimento não conduza à prática de um crime¹⁵⁶.

7.5- Erro sobre os pressupostos de causa de justificação e de erro sobre a ilicitude: responsabilidade do superior hierárquico

Casos diferentes poderão ser aqueles em que o subordinado-executor não representa, ou representa erroneamente, a situação fáctica que envolve e origina ou motiva a ordem ilegítima, ou, ainda, aqueles em que o agente hierarquicamente inferior executa a ordem sem conhecer que ela leva à prática de um crime. Nessas situações de erro - num caso, um erro sobre os pressupostos (ou requisitos) de causa justificativa, que exclui o dolo, nos termos do n.º 1, 2.ª parte, do art.º 15.º; noutro caso, um erro sobre a ilicitude, que poderá excluir a culpa, em caso de não censurabilidade - não se poderá igualmente falar, em rigor, de justificação de um facto em virtude de obediência hierárquica. O facto continua a ser ilícito; responderá por ele o superior hierárquico (eventualmente por autoria mediata) e o agente executor não responderá por faltar um título de imputação subjectiva ao acto por ele realizado¹⁵⁷. Tendencialmente serão também casos destes aqueles que, normalmente, são sugeridos como excepcionais em que o agente é obrigado a seguir ordens ilegítimas (ordens urgentes em situações de emergência, catástrofes, graves atentados à ordem pública, etc).

¹⁵⁶ Exactamente neste sentido, GOMES CANOTILHOMTAL MOREIRA, ob. cit., anotação ao art.º 271.º, 953; cfc, ainda, FIGUEIREDO DIAS, autor que salientava o facto de, num quadro que não é o da actual CRP, não haver uma *contradição* in adjecto a existência de uma ordem ilícita e, ao mesmo tempo, de obediência devida. Contradição «que pode não existir desde que a teoria dos actos estaduais mostrou a existência de actos viciados que nem por isso deixam de ser obrigatórios (v.g., a execução de uma sentença injusta transitada em julgado)...» - *Direito Penal, Aditamentos*, 41.

¹⁵⁷ De alguma forma no sentido da argumentação contida no texto, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal*..., II, 218; igualmente a de EDUARDO CORREIA, mesmo num quadro constitucional diferente, isto é, anterior a 1976 - cfr. *Direito Criminal*, II, 124.

7.6. Fora desses casos (é significativo que alguns autores falem de casos em que «.. no sea evidentemente antijurídica ou nula...»¹⁵⁸), havendo prática de um facto que preenche um tipo de crime que decorra da execução da ordem, não poderá haver justificação por obediência hierárquica, precisamente porque não haverá dever de obediência. É indiscutível, no quadro constitucional vigente (e no definido no n.º 2 do art.º 39.º do CR), que, em tais situações, cabe sempre a sindicância da legitimidade da ordem dada pelo superior. Se a ordem não é legítima, o seu cumprimento não pode constituir causa de exclusão da ilicitude, pelo que aquele que receber a ordem pode e deve impugnar a sua legitimidade¹⁵⁹.

7.7. Cumprimento de ordem que leva à prática de infracção penal não-criminal e casos de obediência devida fora das relações hierárquicas

Pergunta-se, então - dúvida que atravessou uma das sessões do Curso - para quê o art.º 39.º, se, em matéria criminal... nunca se dará uma situação em que a obediência hierárquica poderá funcionar como causa de exclusão da ilicitude? Sem minimizar o facto de que o preceito se inscreve numa lógica tradicional, sempre se poderá dizer que: em primeiro lugar, se esclarece que, em caso de conflito entre o dever de obediência hierárquica

¹⁵⁸ Assim, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Espanol*, Parte general II, Teoria jurídica del delito, Tecnos, Madrid, 1992, 78, autor que apresenta um pormenorizado esquema sobre o que devem ser os requisitos da eficácia da obediência devida enquanto causa de justificação. Também MUNOZ CONDE, *Teoria Geral...*, 112 («... *infracción manifiesta, clara e determinante...*»).

¹⁵⁹ Claramente neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal...*, II, 120-121; cfr., ainda, *Actas...*, I, 242-243 («... Na verdade, e em face do § único do artigo 38.º, não só se deve entender que o funcionário que não cumpre uma ordem do superior que conduz a um crime não comete o crime de desobediência, como também que, se ele cumpre a ordem, o crime praticado não fica justificado, somente sendo possível excluir a culpa, nos termos do artigo 44.º»); FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Aditamentos*, 41 («... perante uma norma como a do § ún. do art.º 38.º do Projecto o problema fica resolvido: o dever de obediência hierárquica cessa quando conduz à prática de um crime, pelo que o funcionário que a cumpre nunca se encontrará justificado e só poderá quando muito ver a sua culpa afastada - expondo-se deste modo à legítima defesa dos particulares»; TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2º volume, 236; GOMES CANOTILHOATTAL MOREIRA, ob. cit., anotação ao art.º 271.º, 953 («... A Constituição acolheu, assim, em matéria criminal, a melhor doutrina, que já na ordem constitucional de 1933 defendia a prevalência do princípio da legalidade sobre o princípio hierárquico»).

e o de se abster da prática de crimes, prevalece este último; em segundo lugar, sempre haverá situações em que a obediência devida funcionará como justificação. Pensemos na hipótese de o cumprimento da ordem, justamente em nome da obediência hierárquica, levar à prática de infracção outra que não a criminal, v.gr., uma contravenção (penal). Para além disso, sempre poderão dar-se casos de justificação por obediência legalmente devida ... fora do âmbito das relações de hierarquia. O dever de obediência hierárquica é apenas uma forma de obediência a ordens legítimas da autoridade¹⁶⁰. Isso pode passar-se, para usar as singelas palavras de TERESA BELEZA, em situações «em que qualquer pessoa comum deva obedecer a uma ordem legítima de autoridade». Assim, e tomando de empréstimo exemplos dados pela autora portuguesa: «... Há casos que me parecem evidentes: se um agente da Polícia de Segurança Pública me entregar uma pistola e disser "mate aquele senhor", isto será naturalmente uma ordem ilegítima". Mas se por exemplo numa situação de emergência ou de confusão de tráfico um agente... me mandar entrar por uma rua em sentido proibido, naturalmente que eu não estou a cometer uma contravenção... se em vez disso me mandar por exemplo passar por um campo e estragar qualquer coisa que lá esteja, por uma necessidade imperiosa de resolver uma situação de emergência, ou de catástrofe... ou se me mandar arrancar um marco de propriedade... se essa ordem for legítima e não for apenas um abuso das funções que não faça sentido em relação à situação objectiva, nesse caso, eu poderei estar a cumprir uma ordem legítima da autoridade, e a fazer qualquer coisa que em princípio corresponderia a um tipo de crime... e nesses casos também a ilicitude que estava indiciada ... é afastada por essa causa de justificação...»¹⁶¹.

7.8. Afastada estará a hipótese - sugerida durante os debates havidos, a propósito do tema, numa das sessões do Curso - de se dar justificação por obediência no âmbito de relações de direito privado. Nunca haverá ordem de direito privado que deva ser obedecida quando a sua execução conduza

¹⁶⁰ Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal...*, II, 121-122.

¹⁶¹ *Direito Penal*, 2º volume, 237-238.

à prática de um crime. Naturalmente que, em função das circunstâncias concretas do caso, poderá acontecer haver erro que exclua o dolo ou a culpa¹⁶². No que não podemos estar de acordo, tendo em conta o nosso quadro constitucional e legal, com a posição assumida, em Espanha, por CEREZO MIR, em oposição à jurisprudência do Tribunal Supremo¹⁶³.

Leitura particularmente recomendada para a matéria exposta em 7.

- EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...* II, 116-137.
- CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, 1, 1981, 283-297;
- CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...*, 130-133;
- TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2º volume, 235-238;
- FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Aditamentos*, 40-42;
- GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal...*, II, 118-122 e 217-219;
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Espanol*, 69-79.

¹⁶² Expressamente neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal...*, II, 122, autor que, na nota 3, nos dá conta de um curioso Acórdão do STJ português sobre a matéria.

¹⁶³ Ob. cit., 69 ss.. Com posição diferente, cfr. MUNOZ CONDE, *Teoria Geral...*, 112 («... não cabe apreciar essa eximente no âmbito familiar ou laboral»).