

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais
Ano Lectivo de 1996/97
Seminário de Direito Penal
Regência da Professora Doutora Maria Fernanda Palma

O DOLO ENQUANTO ELEMENTO DO TIPO PENAL
(NO DIREITO PORTUGUÊS ACTUAL):
QUESTÃO-DE-FACTO OU QUESTÃO-DE-DIREITO?

Rui Filipe Serra Serrão Patrício

Aos meus pais, avós e irmão.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO

- Apresentação e delimitação do objecto do presente trabalho.

II. O DOLO PENAL (NO DIREITO PORTUGUÊS ACTUAL)

- Breve referência - em jeito de excuro - à evolução da teoria da infracção criminal.
- O artigo 14º do Código Penal português de 1982/95.
- Estrutura do dolo.
- Objecto do dolo.
- As “formas” ou “espécies” de dolo.

III. QUESTÃO-DE-FACTO - QUESTÃO-DE-DIREITO

- A importância do problema.
- As várias teses acerca do problema (no campo do recurso perante o tribunal de revista).
- A tese de CASTANHEIRA NEVES, no campo do recurso perante o tribunal de revista e, sobretudo, no campo do problema metodológico-jurídico.

IV. O DOLO ENQUANTO ELEMENTO DO TIPO PENAL (NO DIREITO PORTUGUÊS ACTUAL): QUESTÃO-DE FACTO OU QUESTÃO-DE-DIREITO?

- O problema.
- As suas consequências processuais, ao nível dos recursos em processo penal.

V. NOTAS JURISPRUDENCIAIS

- Um caso, tornado exemplar.
- Algumas decisões dos tribunais superiores portugueses.

VI. CONCLUSÕES

VII. BIBLIOGRAFIA

“A consciência é tão inexplicável racionalmente quanto a própria liberdade, mas, tal como esta, é por todos admitida como evidente.”

Hans-Heinrich Jescheck

Lehrbuch des Strafrechts

I. INTRODUÇÃO

1. Sendo o tema geral do presente seminário de Direito Penal “tipicidade e estruturas de imputação (objectiva e subjectiva) no Direito Penal clássico e no Direito Penal secundário”, coube-nos, dentro dele, tratar o dolo. O dolo enquanto elemento subjectivo do tipo penal, por ser esse o seu enquadramento no citado tema geral do presente seminário, mas também por ser hoje dominante, nos cultores do Direito Penal, o entendimento segundo o qual o dolo se integra no tipo, e não já na culpa, como se entendeu até ao finalismo¹.

Tendo-nos cabido tratar o dolo penal, cumpria encontrar, no seu campo, um mote para o nosso relatório, sendo certo que muitos se ofereciam. Escolhemos averiguar se a decisão relativa ao dolo penal, tal como a nossa lei actualmente o apresenta, e tal como os nossos tribunais decidem quanto a ele, faz parte da questão-de-facto ou da questão-de-direito.

Colocamos, assim, este nosso trabalho no campo do Direito Penal “total”², integrando o Direito Penal (*stricto sensu*) e o Direito Processual Penal. Colocamos, assim, este nosso trabalho num campo que obriga a investigar e a reflectir, por um lado, acerca do modo como a nossa lei configura o dolo penal (obriga-nos, pois, a investigar e a reflectir sobre o terreno, estritamente penal, do dolo – particularmente enquanto elemento subjectivo do tipo); é o que faremos no segundo capítulo deste trabalho. Por outro lado, teremos de investigar e de reflectir acerca do modo como opera a decisão judicial relativa a esta matéria, questão que consideramos da maior importância³ e que sempre nos interessou, não só por considerarmos nuclear, no pensamento jurídico, a reflexão acerca do momento da

¹ Sobre esta questão, *vd. infra*, II-1.

² À maneira de FIGUEIREDO DIAS, por exemplo; *vd. Direito Processual Penal*, Volume I, págs. 23 e ss., *maxime* pág. 24. [No presente trabalho, as referências bibliográficas far-se-ão indicando apenas o autor, a obra e, em certos casos, a(s) página(s); a final, encontram-se as referências bibliográficas completas. Procurámos seguir, no que concerne às referências bibliográficas, as indicações de UMBERTO ECO, em *Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas*, embora, em alguns casos, tenhamos feito adaptações ou tomado caminhos diferentes.]

³ Bem ensina CASTANHEIRA NEVES que “...o problema do pensamento jurídico em geral não é o de um correcto compreender, mas de um justo decidir (ou judicar) ...” – “*Interpretação Jurídica*”, pág. 666.

applicatio, mas também por pensarmos que a decisão judicial relativa ao dolo penal é uma das mais delicadas e difíceis decisões judiciais; é o que faremos no capítulo quarto deste trabalho, a abrir (sendo certo que retomaremos a questão, exemplificando, no capítulo quinto).

Por outro lado, traremos para o campo penal um problema da Teoria Geral do Direito, o problema da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, apoiando a nossa abordagem do problema, essencialmente, no pensamento de CASTANHEIRA NEVES, autor que, entre nós, mais e melhor tratou o problema. Procuraremos colher os ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES e (sem esquecer também um tratamento da questão de cunho mais processual) tentaremos aplicá-los à questão da decisão judicial relativa ao dolo penal; aos ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES dedicaremos a maior parte do capítulo terceiro deste trabalho, à sua aplicação ao nosso tema dedicaremos parte do capítulo quarto.

E o tema eleito para o presente trabalho levar-nos-á também a referir – ainda que a traço muito grosso – o problema dos recursos em processo penal e dos poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto tribunal de revista, pois a inclusão da decisão relativa ao dolo penal na questão-de-facto ou na questão-de-direito irá buscar contribuições decisivas àquelas matérias, mas terá também nelas decisivas consequências; trataremos parte desta questão no capítulo terceiro do presente trabalho e outra parte no capítulo quarto, a final.

E porque muito nos interessa, neste trabalho (e na vida de jurista, de um modo geral), averiguar como se processa a aplicação do Direito aos casos⁴, não deixaremos de relatar,

⁴Aliás, acompanhamos inteiramente MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, quando (em *Circunstâncias das Infrações e Sistema do Direito Penal Português (Ensaio de Introdução Geral)*, pág. 82, fazendo sua a síntese de MENEZES CORDEIRO, em da *Da Boa Fé no Direito Civil*), afirma que “contamos hoje, felizmente, com a elaboração dogmática do conceito de sistema jurídico como sistema aberto, de índole teleológica e com características de mobilidade, heterogeneidade e de orientação para as consequências”. Fundamental para a questão do conceito de sistema e do pensamento sistemático no Direito é a obra de CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, com importante *Introdução* de MENEZES CORDEIRO, na edição portuguesa.

sucintamente, um caso judicial, em que o alegado dolo dos arguidos foi a questão que avultou. Ao escolhê-lo⁵ e apresentá-lo aqui, pretendemos tornar esse caso um caso exemplar acerca do modo como se decide judicialmente no que toca à questão do dolo penal. O capítulo quinto deste trabalho será dedicado a este caso, tornado exemplar. E no mesmo capítulo quinto, haverá ainda lugar para o registo de algumas decisões de tribunais superiores portugueses sobre a matéria em análise neste trabalho, de modo a vermos qual o entendimento (ou quais os entendimentos) que esses mesmos tribunais superiores têm perfilhado sobre a mesma.

⁵ E fizémo-lo, não só pela sua adequação relativamente ao tema em apreço, mas também porque nele participámos, na qualidade de defensor dos arguidos (fomos, portanto, um sujeito do processo, seguindo FIGUEIREDO DIAS, a págs. 9 de “*Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal*”). Esperamos que a nossa participação - empenhada e apaixonada - no caso não nos tenha feito fazer uma má escolha e/ou uma má leitura.

II. O DOLO PENAL
(NO DIREITO PORTUGUÊS ACTUAL)

[1. Dissémos, no capítulo precedente, que trataremos o problema escolhido, considerando o dolo penal enquanto elemento subjectivo do tipo, por ser esse o seu enquadramento no citado tema geral do presente seminário, mas também por ser hoje dominante, nos cultores do Direito Penal, o entendimento segundo o qual o dolo se integra no tipo, e não já na culpa, como se entendeu até ao finalismo. Entendimento este que é também o que perfilhamos. Impõem-se, pois, a nosso ver, algumas palavras acerca da evolução da teoria geral da infracção criminal^{6 7}, antes de entrarmos propriamente na questão que elegemos para esse trabalho – até porque é, em grande medida, dessa evolução que resulta o modo como a nossa actual lei configura o dolo penal.

Comummente, inicia-se o relato dessa evolução com o sistema, dito clássico, de LISZT e de BELING, pois é aí que verdadeiramente se pode começar a falar de teoria da infracção⁸, terminando-se na dogmática pós-finalista, sendo certo que, como assinala TERESA SERRA (citando GALLAS)⁹, “*a teoria final da acção apareceu historicamente como a conclusão provisória [como todas as teorias, aliás] de uma evolução caracterizada pela progressiva decomposição e transformação do sistema de Liszt e Beling*”.

⁶ Usamos, indistintamente e como sinónimos, os termos penal e criminal, por considerarmos, como TERESA PIZARRO BELEZA (em *Direito Penal*, 1º Volume, pág. 19), que a questão de saber se é preferível o termo penal ou o termo criminal é uma questão sem nenhuma importância. Já CAEIRO DA MATTA, em 1911, no seu *Direito Criminal Português*, a abrir (pág. 7 do Vol. I) escrevia “*direito criminal ou direito penal*”; contudo, em nota, o autor alertava para o facto de considerar a expressão Direito Criminal mais ampla do que a expressão Direito Penal. Estamos em crer que, hoje, tal advertência não tem já razão de ser. Sobre o conceito de Direito Penal (ou Criminal, dizemos), de um modo geral, *vd.* JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*Para Fundamentação do Direito Criminal*”, págs. 127 e ss.; também TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1º Vol., págs. 11 e ss..

⁷ Sobre esta questão, pode ver-se, por todos, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2º Vol., págs. 49 e ss., e HANS-HEINRICH JESCHECK, “*As Fases de Desenvolvimento da Nova Teoria da Infracção*”, que fala também dos antecedentes do sistema clássico, a abrir.

⁸ Teoria da infracção tripartida, com as categorias da tipicidade, da ilicitude e da culpa. De então para cá, o desenvolvimento, ou a evolução, melhor dizendo, da teoria da infracção tem consistido fundamentalmente em precisar os sentidos daquelas três categorias da teoria da infracção, da definição do crime, afinal. Assim também, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2º Vol., pág. 49., e HANS-HEINRICH JESCHECK, “*As Fases de Desenvolvimento da Nova Teoria da Infracção*”, págs. 99-102.

⁹ Em *Problemática do Erro sobre a Ilicitude*, pág. 21.

Ora, o referido sistema de LISZT e de BELING, inspirado nas ciências naturais, baseou-se num conceito causal e naturalístico de acção, entendida como movimento corpóreo, movimento corpóreo actuando sobre o mundo exterior. Com base neste conceito de acção, erigiram LISZT e BELING o seu sistema, moldando sobre aquele conceito de acção as categorias da tipicidade, da ilicitude e da culpa. Para as categorias da tipicidade e da ilicitude, ficavam, segundo este sistema, os elementos objectivos da infracção, para a categoria da culpa os elementos de índole subjectiva. Concretizando, LISZT e BELING concebiam a tipicidade como categoria destituída de qualquer conteúdo valorativo, categoria meramente formal, reservada à descrição, externa e naturalística, da acção e constituindo um primeiro indício de ilicitude, procurando a correspondência da acção a um tipo legal de crime. Aquela segunda categoria (ilicitude), por sua vez, aparece numa perspectiva formal e objectiva, como contrariedade do comportamento do agente à ordem jurídica, o que, desde logo, impossibilita a graduação da ilicitude, por um lado, e a procura, por outro, de causas de justificação supra-legais. Por fim, na terceira categoria, a da culpa, reuniam os cultores do sistema clássico todos os processos espirituais e psíquicos do agente, podendo dizer-se que a sua concepção de culpa era uma concepção de índole psicológica, pois visava unicamente a relação psicológica do agente com o seu facto, sem curar de saber, por exemplo, se existiam ou não causas de exclusão da culpa.

Ora, a primeira grande brecha neste sistema dito clássico é apontada por um dos seus fundadores, pois LISZT facilmente percebe que o seu conceito de acção – e consequentemente a categoria da tipicidade, moldada sobre aquele conceito de acção – deixa de fora a omissão, que é, precisamente, por definição, a ausência de um movimento corpóreo, actuando sobre o mundo exterior. Contudo, LISZT reconhece que, nos casos omissivos, há ainda um comportamento criminalmente relevante, constituindo este reconhecimento o primeiro passo no sentido do abandono do conceito naturalístico de acção do sistema dito clássico. De outro passo, deve lembrar-se que outra significativa dificuldade que aquele sistema enfrentava dizia respeito à culpa concebida como ligação psicológica entre o agente e o seu facto, nos casos de negligência inconsciente (e, neste

sistema, dolo e negligência eram categorias de culpa), onde, por definição, essa ligação psicológica não existe.

As brechas do sistema dito clássico¹⁰ e a evolução do pensamento jurídico conduziram ao aparecimento de um segundo sistema relativo à teoria da infracção criminal, o sistema dito neo-clássico, decisivamente marcado pela influência do neo-kantianismo¹¹, pelo primado do “mundo dos valores”¹², que substitui o anterior primado do “mundo da natureza” e se opõe a ele, considerando irreduzíveis entre si os dois “mundos”.

Assim sendo, este sistema neo-clássico – que desponta na Alemanha, nos anos 20 deste século – há-de conceber a acção penal (ou penalmente relevante, melhor dizendo, talvez) como um comportamento que nega certos valores de uma sociedade e do seu sistema jurídico, ou, por outras palavras, que nega certos valores jurídicos de uma sociedade. A partir daqui, a categoria da tipicidade não mais integra apenas elementos objectivos, mas também elementos normativos, sendo certo, por outro lado, que, nesta sede, a mais importante inovação consiste no reconhecimento – feito, pela primeira vez, por MEZGER – de que, em certos tipos de crime, excepcionalmente, teremos de considerar elementos subjectivos (o caso do furto é paradigmático) – elementos subjectivos esses que, simplificada e, a nosso ver, àquilo a que hoje chamamos dolo específico¹³. É este reconhecimento da existência de elementos subjectivos no tipo, ainda que a título excepcional, abrindo caminho para uma evolução que conduzirá ao finalismo, que dá início à superação do modo neo-clássico de encarar a categoria da tipicidade, generalizando-se a todos os crimes o elemento subjectivo que os neo-clássicos apenas admitiam para alguns poucos. Ainda no que concerne à categoria da tipicidade, cumpre

¹⁰ Atente-se na expressiva síntese de JESCHECK (citado “*As Fases de Desenvolvimento ...*”, pág. 105), segundo o qual, no sistema clássico “*distingua-se entre a acção entendida naturalisticamente, o tipo entendido objectivo-descriptivamente, a esfera da ilicitude delimitada objectivo-normativamente, e a culpa elaborada subjectivo-descriptivamente*”.

¹¹ Pelas penas, fundamentalmente, de STAMMLER, RICKERT e LASK, como ensina HANS-HEINRICH JESCHECK, citado “*As Fases de Desenvolvimento ...*”, pág. 106.

¹² A ideia, afinal, de que o Direito não pergunta pelas causas, mas pelos fins. Assim, aliás, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, repetidamente.

referir a inclusão na mesma, por parte dos neo-clássicos, de elementos valorativos, a acrescentar aos elementos puramente objectivos e externos do sistema clássico, falando-nos em “tipo de ilícito”; ou seja, frisando que o preenchimento do tipo implica já um juízo de valor¹⁴.

No que respeita à categoria da ilicitude, sustentam os neo-clássicos que a mesma consiste na ofensa material de certos bens jurídicos, bens merecedores de tutela penal. Entendimento que traz também a marca de todo o sistema neo-clássico, ou seja, o aspecto valorativo, permitindo a graduação da ilicitude, pois, consoante o bem jurídico ofendido e ainda consoante o carácter dessa ofensa, o comportamento ofensivo do agente será mais ou menos ilícito, ou, melhor dizendo, consubstanciará um ilícito mais ou menos grave. E permitindo também encontrar causas de justificação supra-legais, decorrentes do confronto entre diferentes bens jurídicos.

Por fim, no que tange à categoria da culpa, o sistema neo-clássico envereda pelo caminho da superação da concepção psicológica da culpa, concebendo-a como censurabilidade¹⁵. Ou seja, o que se averigua, não é já se existe uma ligação psicológica (ou se existiu - ou, melhor dizendo, se “parece” ou “tudo leva a crer” que existiu¹⁶) entre o agente e o seu facto, mas se faz sentido (de um ponto de vista social, e *ipso facto*, jurídico) censurar o comportamento do agente¹⁷, o que implica ponderar o momento e as circunstâncias e, bem assim, a possibilidade e a exigibilidade aplicáveis *in casu*. Significa isto que poderá, nesta visão neo-clássica, existir culpa em casos em que não existe ligação psicológica entre o agente e o seu facto (pense-se na negligência inconsciente, uma das dificuldades dos clássicos, como já se

¹³ Sobre o chamado “dolo específico”, *nd.*, por todos, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal - Parte Geral*, I, págs. 299-300.

¹⁴ Se sobre o facto, se sobre o agente, se sobre ambos, é questão que não cabe aqui tratar, remetendo-se para a problemática do Direito Penal do autor *versus* Direito Penal do facto, que pode ver-se, resumidamente, em JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “*Para Fundamentação do Direito Criminal*”, págs. 226 e ss..

¹⁵ Ideia relativamente à qual se deve destacar o nome de FRANK; assim JESCHECK, citado “*As Fases de Desenvolvimento ...*”, pág. 111.

¹⁶ Adiante se verá porque dizemos isto - *Vd. infra*, IV.

¹⁷ Embora, acima, nos tenhamos escusado a entrar na questão do Direito Penal do autor *versus* Direito Penal do facto, não podemos, ao longo do texto, nesta como em outras questões, ser neutros, pelo que, aqui, não podemos deixar de nos manifestar a favor do Direito Penal do facto.

referiu), sendo certo que também casos há em que, existindo aquela ligação psicológica, não se pode falar em culpa, por faltar a censurabilidade da conduta.

Dialecticamente, o sistema neo-clássico¹⁸ encontrará também a sua superação¹⁹, poucos anos volvidos sobre o seu aparecimento, por via do finalismo, escola onde avulta a pena de WELZEL²⁰. E o finalismo – que desponta também na Alemanha, nos anos 30 deste século – partirá da ideia de que é errada e artificiosa a ideia neo-clássica de irreduzibilidade entre o “mundo dos valores” e o “mundo natural”, porquanto o “mundo dos valores” não pode deixar de respeitar as estruturas do “mundo natural”, as estruturas do “mundo objectivo”²¹. O que, desde logo, marca fortemente o conceito finalista de acção²² (conceito, aliás, de onde arranca todo o sistema dito finalista, se assim nos podermos exprimir), acção agora concebida como a utilização pelo agente do seu conhecimento do “mundo objectivo” e das suas leis, para atingir um determinado objectivo, certa finalidade²³ – ideia que cunhará o nome do sistema.

Ora, se a finalidade da acção é seu elemento integrante (e, afinal, determinante), então o propósito de atingir a finalidade em causa em certa acção, em certa acção que interessa ao Direito Penal, é um elemento dessa mesma acção²⁴. Por outras palavras, a acção penalmente relevante, porque é uma acção em que interessa a sua finalidade, não pode dispensar um elemento subjectivo. E isto em toda a acção penalmente relevante, o mesmo

¹⁸ Para uma crítica (sumária) deste sistema, *vd.* JESCHECK, citado “*As Fases de Desenvolvimento ...*”, págs. 112-113.

¹⁹ “*Não há nenhuma teoria da infracção [não há nenhuma teoria tout court, dizemos nós] que possa ser mais do que um projecto passageiro.*” – afirma JESCHECK, “*As Fases de Desenvolvimento ...*”, pág. 123.

²⁰ Sem esquecer, naturalmente, outros autores, como MAURACH, por exemplo.

²¹ Daí falar-se, a propósito do finalismo, na “*necessidade de o direito respeitar a realidade óptica*” (TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, pág. 76, com base nos termos do próprio WELZEL), expressão que não consideramos feliz, por pensarmos que toda a realidade, de uma forma ou de outra, é óptica, seja a “realidade natural”, seja outra.

²² Veja-se, para uma perspectiva crítica, o trabalho de CLAUS ROXIN “*Contribuição para a Crítica da Teoria Finalista da Acção*”.

²³ Como exemplo, entre nós, de um autor que dá de acção um conceito marcadamente finalista, pode apontar-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. III (“*Acções e Factos Jurídicos*”); a págs. 8, por exemplo, o ilustre Professor escreve: “*A acção humana é sempre ontologicamente caracterizada pela finalidade.*”

é dizer, em todo o tipo de crime, e não apenas em alguns, poucos, a título excepcional, como no sistema dito neo-clássico. Traz-se, assim, para a categoria do tipo (categoria relativamente à qual o conceito de acção é um prelúdio, se assim podemos dizer, sendo duvidosa a sua autonomia²⁵) um elemento subjectivo que – a traço grosso – se pode definir como a relação entre o agente com o seu facto, deixando para a categoria de culpa - digamos assim, também a traço grosso - a relação do agente com a ilicitude do seu facto²⁶.

Encontramos, assim, o dolo colocado no tipo. E, a seu lado, a negligência, sendo certo que o sistema finalista enfrenta algumas das principais críticas que lhe são feitas²⁷ precisamente por este lado, pois, nos delitos negligentes, a finalidade do agente, ao agir, não é a conduta e/ou o resultado típicos, mas outro²⁸ - teremos, pois, esquemática e simplificada, o dolo como intenção ou, ao menos, aceitação da obtenção de uma certa actividade e/ou de um certo resultado e a negligência como ausência daquelas intenção ou aceitação, mas marcada pela existência de um dever de os evitar, àqueles actividade e/ ou resultado, tendo-os previsto ou podendo prevê-los. De outro passo, assacam-lhe a impossibilidade de explicar a omissão²⁹. De uma e outra fragilidades decorreria a impossibilidade de uma teoria

²⁴ Pois, na verdade, nesta concepção finalista, como bem sintetiza TERESA SERRA (*Problemática do Erro sobre a Ilícitude*, pág. 26), “a condução dessa acção final realiza-se através de uma antecipação mental do objectivo proposto, mediante a eleição dos meios necessários à sua obtenção”.

²⁵ Sobre esta questão, veja-se TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, págs. 59 e 101-102.

²⁶ Não se esqueça, contudo, a chamada “dupla função do dolo” na sistemática do facto punível, que, para além do seu papel relativo à forma da conduta criminalmente relevante (ou seja, como portador do sentido subjectivo da conduta), lhe reconhece um papel relativamente à forma da culpa (ou seja, como portador de um desvalor do ânimo contrário ao Direito). Sobre esta questão, veja-se TERESA SERRA, citado *Problemática ...*, págs. 38 e ss., e CEREZO MIR, “La Doble Posición del Dolo en la Ciencia del Derecho Penal Español”, in *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*.

²⁷ Sobre as críticas ao finalismo, pode ver-se, entre nós, por exemplo, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, págs. 85 e ss., e TERESA SERRA, citado *Problemática ...*, págs. 30 e ss..

²⁸ Veja-se em STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, I, pág. 57, uma tentativa de compatibilizar o conceito de acção final com a negligência. CEREZO MIR, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, págs. 16 e ss., dá-nos conta das sucessivas tentativas de WELZEL no sentido de “salvar” (permita-se-nos a expressão) o conceito de acção final, perante as críticas que lhe eram feitas relativamente à negligência. Antes, CEREZO MIR já dissera que o conceito de acção final não é apto para funcionar como conceito básico, unitário no Direito Penal.

²⁹ Uma possível resposta a esta crítica – resposta que nos parece de acompanhar, embora não supere a tetrapartição da teoria da infracção criminal, conquanto essa tetrapartição nos pareça vir mais da especificidade de certos problemas dos crimes omissivos e negligentes do que da impossibilidade de o finalismo os explicar – pode ver-se em TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, nota 29, págs. 87-88.

unitária da infracção criminal, acabando por ser necessária uma tetrapartição daquela teoria, à qual recorrem alguns autores³⁰ (autores que seguem, no essencial, uma dogmática finalista), repartindo a teoria da infracção pela análise, primeiro, do crime por acção doloso, depois, pelo crime por omissão doloso, depois pelo crime por acção negligente, por fim, pelo crime por omissão negligente.

O que é certo é que, independentemente das críticas feitas ao finalismo e das fragilidades do finalismo, é essencial a sua ideia de que o dolo é um elemento do tipo penal. Se a acção é vista como acção final, ou seja, orientada para um certo propósito, então o dolo é um elemento essencial da própria acção, da acção relevante para o Direito Penal (enquanto acção proibida), ou seja, do tipo legal de crime³¹. O dolo, a intenção de provocar um certo resultado, não deve ser apenas considerado como um elemento da culpa, categoria posterior da definição de crime, deve ser considerado, desde logo, como integrando a acção típica.

³⁰ A esse respeito, é paradigmático GÜNTER STRATENWERTH, em “*As Formas Fundamentais do Facto Punível*”. No tratado de Direito Penal consagrado à parte geral daquele autor – cujo pensamento se move dentro das coordenadas do finalismo, ainda que com significativas evoluções relativamente a WELZEL, seu mestre – podemos encontrar, na sua segunda parte, consagrada à teoria geral do delito, e depois de um primeiro capítulo dedicado aos conceitos fundamentais de Direito Penal, três capítulos dedicados, respectivamente, ao delito doloso por acção, ao delito doloso por omissão e ao delito culposo. Assim também, no essencial, HANS-HEINRICH JESCHECK, que, no seu tratado de Direito Penal consagrado à parte geral, dedica o capítulo 2º (no Vol. I) ao delito doloso por acção, consagrando (já no Vol. II) um 3º capítulo às “formas especiais da acção punível”, ou seja, o delito negligente por acção e o delito por omissão. Assim também, entre nós, no essencial, TERESA PIZARRO BELEZA, em *Direito Penal*, Vol. II, onde, depois de percorrer as várias categorias da teoria da infracção (tomando, afinal, por ponto de referência o delito por acção doloso), consagra um capítulo 14 aos crimes omissivos e um capítulo 15 aos crimes negligentes, apontando, claramente, na “razão de ordem” do primeiro daqueles capítulos, para aquela tetrapartição da teoria criminal. Assim também a lei, entre nós; vejam-se os artigos 10º e 13º do actual Código Penal.

³¹ O que, afinal, se pode reconduzir à ideia – aqui a traço grosso – de que só faz sentido o legislador proibir, através do Direito Penal, neste caso, comportamentos, se esses comportamentos forem comportamentos finalisticamente dirigidos (ou deverem ser, diremos também, para abarcar os delitos negligentes), pois os seus agentes hão-se der concebidos como seres livres e, portanto, capazes (em tese, ao menos) de reagir à proibição. Sobre a liberdade do indivíduo para o Direito Penal, permanece incontornável a obra, de FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*.

Daí que, na análise feita a partir do finalismo (e sem que com isso se aceite, fundamentalmente, os pontos de vista filosóficos de que o finalismo parte³², e também sem que com isso se deixe de reconhecer as limitações do finalismo³³), e na análise feita hoje, sobretudo, pela doutrina mais moderna, se diga que, num certo tipo de crime, ou seja, numa previsão de uma norma incriminadora do Código Penal, há sempre uma vertente objectiva, que é o desenvolver-se uma certa actividade e/ou provocar-se um certo resultado com um certo comportamento, e uma vertente subjectiva, correspondente ao conhecimento e à intenção (ou, ao menos, à aceitação) com que a pessoa praticou essa acção. Acompanhamos, pois, TERESA SERRA, quando afirma³⁴ que “*hoje em dia já não pode pôr-se em dúvida que o dolo constitui o elemento subjectivo geral do tipo de ilicitude dos crimes dolosos*”.

Pelo que ficou já dito, quer neste capítulo, quer na introdução, facilmente se conclui que, independentemente da aceitação hoje tendencialmente generalizada da colocação de um elemento subjectivo no tipo criminal, pessoalmente consideramos de aceitar tal colocação. Isto pelas razões habitualmente apontadas com justificação de tal colocação, razões que já pouco têm a ver com as bases filosóficas do finalismo³⁵ e que aqui nos dispensaremos de elencar e analisar, remetendo para a doutrina que o fez com mais autoridade e *sagesse* do que seríamos capazes³⁶.

³² Por nós, além do mais, rejeitamos a excessiva eticização do Direito Penal associada ao finalismo. Consideramos de muito maior importância o desvalor do resultado relativamente ao desvalor da acção. Note-se como a entronização, até ao limite, sobre todas, da ideia de desvalor da acção levaria, por exemplo, à equiparação, do ponto de vista de medida da sanção, entre a consumação e a tentativa, cuja punição, porventura, mais leve é vista pelos “eticistas” (ou por alguns “eticistas”, os mais extremados) como um intolerável benefício decorrente do acaso (referimo-nos, naturalmente, à tentativa sem desistência).

³³ Veja-se as notas 22 e 27, *supra*.

³⁴ Citado *Problemática...*, pág. 32.

³⁵ Assim afirma CERESO MIR, em “*La Doble Posición del Dolo en la Ciencia del Derecho Penal Española*”, pág. 198 (*in Problemas Fundamentales del Derecho Penal*). Assim também, menos expressivamente, JESCHECK, citado “*As Fases de Desenvolvimento ...*”, pág. 121.

³⁶ Veja-se, por todos, as já repetidamente citadas obras de TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, págs. 91 e ss., e TERESA SERRA, *Problemática...*, págs. 33 e ss. (neste segundo caso, temos pequenas reservas relativamente à análise feita nas págs. 34-35 acerca das questões do “desvalor da acção” e do “desvalor do resultado”, reservas cujo lugar de exposição não é, naturalmente, este). Também STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, I, págs. 88 e ss.. Veja-se ainda CERESO MIR, no citado “*La Doble Posición del Dolo en la Ciencia del Derecho Penal Española*”, págs. 198 e ss.. Fundamental é para nós, além do mais, a ideia que já enunciámos na nota 31.

Diga-se ainda, antes de concluirmos este capítulo relativo à evolução da teoria da infracção, que, quanto à categoria da ilicitude, o finalismo acentua a ideia da danosidade social do comportamento, ideia que é, em grande medida (senão totalmente) tributária dos pressupostos filosóficos do finalismo, nomeadamente ético-sociais; pressupostos que implicam a acentuação tónica, não tanto já no “desvalor do resultado” (privilegiado uma concepção do Direito Penal menos marcada pela eticização), mas no “desvalor da acção”, ou seja, como bem sintetiza TERESA PIZARRO BELEZA³⁷, “o juízo de ilicitude é já um juízo valorativo sobre a falta de preparação de uma pessoa para se comportar de acordo com os valores defendidos numa certa ordem jurídica”³⁸.

Por fim, no que respeita à culpa, trata-se, tão-só, como já se referiu, de averiguar qual a relação entre o agente e a ilicitude do seu facto, o que pressupõe uma análise de dois elementos: conhecimento, conhecimento quanto à licitude do seu facto³⁹, e liberdade, liberdade de determinação de acordo com esse conhecimento⁴⁰. Temos, assim, uma concepção de culpa dita normativa pura, totalmente liberta de elementos psicológicos –

³⁷ *Direito Penal*, Vol. II, pág. 81.

³⁸ Atente-se no paralelismo entre esta ideia e concepções materiais de culpa como a da chamada “culpa na formação da personalidade”, perfilhada entre nós por EDUARDO CORREIA (fundamentalmente, em “*A Doutrina da Culpa na Formação da Personalidade*”) e FIGUEIREDO DIAS (fundamentalmente, em *Liberdade.Culpa.Direito Penal*), embora com diferenças. Em síntese, pode dizer-se que a principal diferença se prende com o seguinte: enquanto EDUARDO CORREIA põe o acento tónico na possibilidade que o agente tinha de formar a sua personalidade de uma outra forma, de forma a agir de acordo com o Direito (por isso o livre-arbítrio é a essência da tese deste autor), FIGUEIREDO DIAS acentua o dever que o agente tinha de formar a sua personalidade de outra forma (o livre-arbítrio é aqui, portanto, apenas um pressuposto). Encarando a liberdade humana como um “ser de espécie positiva”, FIGUEIREDO DIAS considera que “ser-livre” implica, necessariamente, um “dever-ser” que vai no sentido de uma atitude interior que esteja de acordo com os valores (jurídicos) essenciais, quais sejam os da preservação da vida comunitária e do respeito pelos outros; a culpa é, desta forma, a participação do “ser-livre” numa contradição com as exigências do “dever-ser” – exigências que são, ao fim e ao cabo, a essência desse “ser-livre”.

³⁹ Daí a relevância, além do mais, da falta de consciência da ilicitude, que, no Direito Penal, desmente o velho brocardo *error juris non excusat*. Sobre este problema, entre nós, por todos e incontornavelmente, FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, e, criticamente relativamente a alguns passos do anterior, TERESA SERRA, *Problemática do Erro sobre a Ilicitude*. (nomeadamente a págs. 48 e ss. e 72 e ss.). Para a problemática geral do erro, *vd.* as obras citadas *infra*, nas notas 63 e 65.

⁴⁰ Daí a relevância da coacção, como causa excludente da culpa.

elementos psicológicos esses todos reunidos no elemento subjectivo do tipo⁴¹, tipo assente (*et pour cause*) na noção de acção final⁴².]

2. O Código Penal português de 1852/86⁴³ não definia o dolo⁴⁴. Já o Código Penal português de 1982/95⁴⁵ ⁴⁶ define⁴⁷, no seu artigo 14º, sob a epígrafe “dolo”, nestes termos: “1. Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar. 2. Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3. Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.”

⁴¹ Adiante veremos como devem ser muitas as aspas a rodear afirmações deste tipo.

⁴² Para outras noções de acção penal, veja-se TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, págs. 59-63 e 97 e ss., CLAUS ROXIN, “*Teoria da Infração*”, e EBERHARD SCHMIDT, “*Teoria da Acção Social*”.

⁴³ Referimo-nos aqui ao Código Penal português de 1852/86 seguindo a referência comumente feita. Não ignoramos, contudo, que o entendimento acerca da questão não é unânime; CAEIRO DA MATTA, por exemplo, no seu *Direito Criminal Português*, a págs. 292 do Vol. I, escrevia: “*O código penal de 1886 constitui um organismo autonomo, completo, systematico. Inspira-se em principios bem diversos dos que dominam o código de 1852 ...*”

⁴⁴ O Código Penal português de 1852 não definia dolo, limitando-se, no seu artº 1º, a definir crime do seguinte modo: “*Crime, ou delicto, é o facto voluntario declarado punivel pela lei penal.*” E acrescentava, no artigo 2º: “*A punição da negligência nos casos especiaes determinados na lei, funda-se na omissão voluntaria de um dever.*” LEVY MARIA JORDÃO comentava que, para que, criminalmente falando, o facto se possa considerar voluntário, “*é mister que o mal produzido, isto é, que o resultado da acção ou omissão seja consequencia da intelligencia e da liberdade do homem. Esta feição particular que apresenta a vontade humana, dirigindo a acção ou omissão a um resultado criminoso, constitue a intenção ...*” – *Commentario ao Código Penal Portuguez*, Vol. I, págs. 7-8.

⁴⁵ Embora, por vezes, se fale no Código Penal de 1982 e no Código Penal de 1995, consideramos que tais referências não são correctas, pois consideramos que em 1995 ocorreu apenas uma revisão do Código Penal de 1982; não se trata, pois, a nosso ver, de um novo Código. O mesmo espirito, a mesma sistemática (nas suas linhas gerais), os mesmos princípios; se quisermos, as mesmas linhas político-criminais. Aliás, é a própria lei que aponta, claramente, para o carácter unicamente de revisão da alteração feita em 1995 relativamente ao Código Penal; na verdade, afirma-se no Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março, que “*o Código Penal de 1982 permanece válido na sua essência*”, afirmando-se, no artigo 1º daquele Decreto-Lei, que “*o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro, é revisto e publicado em anexo*”. Assim também, TERESA PIZARRO BELEZA, “*Como Uma Manta de Penélope*”: *Sentido e Oportunidade da Revisão do Código Penal (1995)*”, e EDUARDO MAIA COSTA, “*A Revisão do Código Penal: Tendências e Contradições*”.

⁴⁶ Todas as referências feitas ao Código Penal – e, bem assim, a outros diplomas – referem-se, salvo indicação em contrário, ao Código Penal vigente, ou seja, o de 1982/95 (*vd.* a nota anterior).

⁴⁷ Ao contrário, por exemplo, no Direito alemão o legislador não definiu o dolo, sendo a sua definição feita a partir dos preceitos relativos à negligência (parágrafos 16 e 17 do Código Penal) e da contraposição feita entre dolo e negligência (no parágrafo 15 do Código Penal).

É, pois, daqui que vamos partir para a análise da estrutura e do objecto do dolo, para depois tentarmos compreender o modo como se obtém o seu “conhecimento”⁴⁸ em sede de decisão judicial (o que constitui, afinal, o objecto deste nosso trabalho).

Diga-se, antes de prosseguirmos, que os traços gerais atinentes à estrutura e objecto do dolo que a seguir elencaremos são válidos, de um modo genérico e a traço grosso, quer para os cultores do sistema neo-clássico, quer para os cultores do finalismo e do pós-finalismo, pois são traços “imunes” (digamos assim) à colocação do dolo no tipo ou na culpa⁴⁹ – desde que, naturalmente, para os cultores do sistema neo-clássico, se frise que os mencionados traços do dolo respeitam apenas a uma parte dele, ou seja, àquela parte a que CAVALEIRO DE FERREIRA chama “representação” (o termo “consciência” é reservado pelo autor para a relação do agente com a ilicitude do seu facto) e “elemento volitivo do dolo” relativo “à materialidade do facto típico”⁵⁰.

Ora, quanto à estrutura do dolo⁵¹, é ponto pacífico que o mesmo é composto por um elemento cognitivo ou intelectual e por um elemento volitivo. Nas expressivas palavras de

⁴⁸ Adiante, em IV, justificaremos as aspas.

⁴⁹ O que, além do mais, por exemplo, nos faz interrogar acerca da verdadeira utilidade da discussão relativa à colocação do dolo em uma ou outra categoria.

⁵⁰ *Vd. Lições de Direito Penal*, I, págs. 285/286. Assim também, EDUARDO CORREIA, em *Direito Criminal*, I, págs. 367 e ss., onde, por exemplo, identifica dois elementos no dolo, um intelectual e outro volitivo ou emocional, afirmando que o primeiro se traduz “no conhecimento dos elementos e circunstâncias descritas nos tipos legais de crimes, sendo costume distinguir entre o conhecimento material desses elementos e o conhecimento do seu sentido ou significação” (pág. 367). Naturalmente, poderíamos citar outros autores em representação da escola neo-clássica; FIGUEIREDO DIAS, por exemplo, ainda que com as suas especificidades (algumas já uma superação dos postulados daquela escola). Porém, e porque outro é o ponto essencial do nosso trabalho, ao que acresce a similitude, quanto aos seus traços gerais, do pensamento dos vários autores de feição neo-clássica, dispensamo-nos aqui de o fazer. Contudo, não resistimos a dar conta do pensamento de MARCELLO CAETANO relativo a este particular, atendendo à expressividade dos termos que usa. Na verdade, nas suas *Lições de Direito Penal*, de 1936-37, o ilustre Professor referia-se ao “elemento moral da infração”, o “elemento que diz respeito à voluntariedade” (págs. 204 e ss.), numa perspectiva claramente neo-clássica, colocando o dolo e a negligência no terreno da culpa. Nessa linha, definia dolo como “a vontade intencional de praticar uma acção ou omissão, em vista de produzir um resultado anti-jurídico e que o agente sabe que é ilícito” (pág. 211). Assim, o autor apontava (*ibidem*) como elementos do dolo a vontade (do acto), a intenção (de atingir o fim típico) e a consciência do ilícito.

⁵¹ Apesar da filiação neo-clássica de CAVALEIRO DE FERREIRA, usa-se, neste ponto, a sua terminologia, por nos parecer mais adequada (*vd. Lições de Direito Penal*, I, págs. 282 e ss.). Dissémos já, aliás, que os traços essenciais do dolo que aqui elencaremos são válidos, de um modo genérico e a traço grosso, quer para os cultores do sistema neo-clássico, quer para os cultores do finalismo e do pós-finalismo. Nesta exposição genérica sobre o dolo, seguimos alguns dos tratadistas mais reputados, portugueses e

TERESA PIZARRO BELEZA⁵², “basicamente..., dolo corresponde ao conhecimento e à vontade de praticar um certo acto que é tipificado na lei como crime”⁵³. Vejamos cada um dos referidos elementos, tendo, contudo, presentes as palavras de MARIA FERNANDA PALMA, quando afirma: “...a distinção entre um elemento intelectual e um elemento volitivo torna-se, fundamentalmente, uma distinção para efeitos de análise. Na conduta intencional, não há qualquer separação entre o estado cognitivo e a volição, que seja, realmente, vivida pelos agentes.”⁵⁴

3. Vejamos, pois, em primeiro lugar, o mencionado conhecimento; o elemento cognitivo ou intelectual do dolo.

Para se poder dizer que o agente actuou dolosamente, tem, *primo*, que se poder dizer que o agente conhecia os elementos objectivos essenciais do tipo que a sua conduta, objectivamente, preenche⁵⁵. Ora, esses elementos objectivos essenciais (ou seja, os elementos que definem o tipo) podem ser descritivos ou normativos⁵⁶, isto é, podem ser elementos correspondentes a conceitos da linguagem comum, vulgar, corrente (por

estrangeiros, citados, a final, na bibliografia, procurando os seus traços comuns e assinalando algumas diferenças que nos pareçam de tomo, tomando em consideração o nosso tema.

⁵² *Direito Penal*, Vol. II, pág. 180.

⁵³ Assim também, por exemplo, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. II, pág. 398. Diga-se que o conceito de dolo que o moderno Direito Penal conhece remonta ao Direito Romano tardio, devendo chamar-se à colação a famosa frase do imperador Adriano (séc. II): “*In maleficiis voluntas spectatur, non exitus.*” (citada em JESCHECK, *Tratado ...*, Vol. II, pág. 397).

⁵⁴ *Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal (Justificação de um Critério de “Vontade”)*, pág. 205.

⁵⁵ Daqui decorre que um dos pontos fundamentais deste capítulo da teoria da infracção criminal seja o de saber exactamente quais os elementos objectivos essenciais do tipo que têm de ser conhecidos pelo agente e, nessa medida, que tipo de erro afasta o dolo, concebendo-se esse erro como falta de conhecimento ou conhecimento infiel da realidade objectiva. *Vd. infra*, a nota 65 (e também a nota 63).

⁵⁶ Não incluímos aqui, naturalmente, qualquer elemento emocional, como faz EDUARDO CORREIA, por exemplo (*vd. Direito Criminal*, I, págs. 375 e ss.), elemento esse correspondente à consciência da ilicitude, pois colocámo-nos já (*supra*, I e II-1) no campo pós-finalista, ficando, assim, essa consciência da ilicitude na categoria de culpa. Afastamo-nos, assim, também da posição de CAVALEIRO DE FERREIRA (*Lições...*, págs. 292 e ss.), que considera fazer parte do dolo a consciência da ilicitude, chamando em defesa deste entendimento o artigo 16º, nº 1 do Código Penal de 1982/1995, na parte em que se refere à “proibição”. (Acerca da origem e do alcance deste preceito, *vd. TERESA SERRA, Problemática do Erro sobre a Ilcitude*, e, mais detalhadamente, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, de FIGUEIREDO DIAS – obra, aliás, que esteve na origem deste mesmo preceito, o qual não corresponde ao projecto inicial de EDUARDO CORREIA.)

oposição à linguagem jurídica (*stricto sensu*⁵⁷), ou elementos correspondentes a conceitos da linguagem jurídica (*stricto sensu*).

Diga-se que ao falarmos aqui em elementos descritivos, fazêmo-lo em sentido amplo, englobando aí quer elementos estáticos, quer elementos dinâmicos, ou seja, incluindo também a previsão de um certo processo causal⁵⁸, quando o tipo o exigir; sendo certo que a amplitude do conhecimento do processo causal depende de estarmos na presença de um crime de forma vinculada ou de um crime de forma livre, pois, enquanto no primeiro caso, o conhecimento há-de englobar, não só o significado da conduta em termos de possibilidade (ou fatalidade) de verificação do resultado danoso, mas também o modo como da primeira se chega ao segundo, já no caso dos crimes de forma livre, importa apenas conhecer o significado da conduta em termos de possibilidade (ou fatalidade) de verificação do resultado danoso, sendo irrelevante o modo como da primeira se chega ao segundo⁵⁹. Ou seja, resumindo: o conhecimento do agente deve referir-se aos elementos do tipo situados no passado e no presente, mas também, em certos casos, o agente há-de prever, nos seus traços essenciais, os elementos típicos futuros, em especial o processo causal e o resultado⁶⁰.

E este conhecimento de que se tem vindo a falar deve ser um conhecimento actual, sendo, no entanto, certo que essa actualidade do conhecimento não tem que corresponder a uma “*noção viva e exacta de todos os pormenores*”⁶¹, nem tão-pouco a uma noção tranquila, isenta de

⁵⁷ Temos para nós que os conceitos da linguagem comum, vulgar, corrente, quando trazidos para o discurso e o proceder jurídicos, se tornam conceitos da linguagem jurídica. Daí termos feito apelo a uma ideia de linguagem jurídica *stricto sensu*, no sentido da linguagem cujos conceitos derivam e fazem apelo a princípios e regras jurídicas.

⁵⁸ Não adoptamos aqui (nem pretendemos entrar nessa discussão) qualquer posição acerca do problema da causalidade *versus* imputação objectiva. Usamos o termo processo causal de modo incaracterístico (se é que tal é possível), querendo unicamente significar a ligação entre uma certa conduta e um certo facto típico(s) – ou, se se quiser, entre a criação de um certo risco ou perigo e um certo facto típico(s).

⁵⁹ A este respeito, é já clássico o exemplo do homicida que empurra a sua vítima de uma ponte, com o propósito de a matar, por afogamento, vindo ela a morrer por ter embatido num dos pilares da ponte. *Vd.*, a este respeito, por todos, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, pág. 186.

⁶⁰ Assim, por exemplo, JESCHECK, citado *Tratado ...*, Vol. II, pág. 398. ROBIN DE ANDRADE, *Direito Penal*, Vol. II, pág. 49, escreve: “...*fala-se em consciência ou previsão. Uma e outra dirigem-se a elementos diferentes; a primeira aos já presentes; a segunda aos ainda futuros.*”

⁶¹ TERESA PIZARRO BELEZA, citado *Direito Penal*, Vol. II, pág. 183.

perturbação emocional, dos elementos objectivos do tipo. Trata-se de uma actualidade mínima, compatível com uma noção dos elementos objectivos do tipo difusa e/ou sujeita a perturbação emocional. Não necessariamente um conhecimento vivo, nítido, reflectido acerca dos elementos objectivos do tipo, mas unicamente um conhecimento que possibilite a percepção das coordenadas básicas da realidade objectiva.

Diga-se, por outro lado, que o conhecimento relevante respeitante aos referidos elementos normativos do tipo não tem que consistir em uma exacta apreciação ou conhecimento técnico-jurídicos, mas tão-só em uma “valoração paralela na esfera do leigo”⁶².

Por aqui se vê como o conhecimento da realidade é elemento primordial e indispensável do dolo criminal, pois a vontade (ou, ao menos, a aceitação) de lesão de um bem jurídico pressupõe, necessariamente, o conhecimento dos elementos geradores (ao menos, potencialmente) dessa lesão. Assim sendo, uma ausência de conhecimento ou um conhecimento infiel de tais elementos terão como consequência a ausência do dolo, pois estaremos na presença da negação do elemento de conhecimento requerido pelo dolo, ou seja, o agente não conhece elementos aos quais, segundo o tipo em causa, deve estender-se o dolo. Aqui se manifesta, pois, em primeiro lugar⁶³, a teoria do erro em Direito Penal. (E estamos a pensar, em primeira linha, nos elementos do facto típico (tal como acima os elencámos sumariamente), mas poderemos englobar aqui, nesta chamada à teoria do erro em Direito Penal, as previsões do artigo 16º, nº 1-2ª parte⁶⁴ e nº 2 do Código Penal, consagradas, respectivamente, às problemáticas do erro sobre a proibição e do erro sobre

⁶² Assim ensina, por exemplo, JESCHECK, *Tratado* ..., Vol. II, pág. 400 e, novamente, pág. 421.

⁶³ Dizemos em primeiro lugar, porque, no campo da culpa, há ainda que considerar a falta de consciência da ilicitude. Relativamente a este ponto, *vd.* FIGUEIREDO DIAS, citado *O Problema da Consciência da Ilicitude...*, incontornável, e TERESA SERRA, citado *Problemática* Também acerca da questão do erro sobre a ilicitude, *maxime* a respeito da evolução do modo de o Direito Penal tratar o “erro de direito” e também a respeito da superação dos conceitos de “erro de facto” e “erro de direito” e da emergência, no discurso penal, dos conceitos de “erro sobre o tipo”, “erro sobre a proibição” e “erro sobre a ilicitude”, *vd.* MARTIM DE ALBUQUERQUE, “*Para uma Distinção do Erro sobre o Facto e do Erro sobre a Ilicitude em Direito Penal?*”; também para a teoria do erro penal, de um modo geral.

⁶⁴ São nossas também as dúvidas expressas por TERESA SERRA, em *Problemática do Erro Sobre a Ilicitude*, acerca do bem fundado da solução da 2ª parte do nº 1 do artigo 16º do Código Penal.

os pressupostos das causas de justificação, embora as mesmas tenham as suas especificidades – que aqui, naturalmente, não trataremos⁶⁵.)

4. Para além do elemento cognitivo ou intelectual do dolo⁶⁶, ou seja, para além do conhecimento (com o alcance e os contornos que – muito sinteticamente – procurámos expor no ponto precedente) da realidade objectiva (*lato sensu*) que interessa ao tipo, é comum identificar e tratar no dolo uma dimensão de vontade, o chamado elemento volitivo do dolo. Elemento este que se traduz na vontade de realizar uma certa conduta e/ou⁶⁷ de obter um certo resultado.

Tenha-se, contudo, em atenção, desde já, que o termo vontade deve, aqui, ser entendido com a devida cautela, já que o elemento volitivo do dolo não é apresentado com a mesma configuração em todos os casos. Na verdade, é comum elencar três “formas” ou “espécies” de dolo, sendo certo que a distinção entre elas assenta, sobretudo (mas não exclusivamente), em diferentes configurações do elemento volitivo do dolo. Teremos, assim, o dolo directo, o dolo necessário e o dolo eventual^{68 69}. Detenhamo-nos um pouco

⁶⁵ Não tendo este trabalho como objecto a problemática do erro em Direito Penal (nem sequer – como objecto directo – a problemática do dolo na sua concepção dogmática), e sendo tal problemática pouco relevante para o tema que nos ocupa, a menção que aqui fazemos, a *latere*, a tal problemática, não nos obriga, a nosso ver, a entrar na análise da mesma, nem na exposição dos seus principais pontos. Sempre diremos, contudo, que, quanto a tais pontos, aderimos, de um modo geral, às posições expendidas por TERESA PIZARRO BELEZA e TERESA SERRA, respectivamente, em *Direito Penal*, Vol. II, págs. 187 e ss., e *Problemática do Erro Sobre a Ilicitude*. Ainda na doutrina portuguesa (e sem desconsideração ou desconhecimento em relação a outros), referimos, para além dos tratadistas, JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Erro em Direito Penal*, MARTIM DE ALBUQUERQUE, “Para uma Distinção do Erro sobre o Facto e do Erro sobre a Ilicitude em Direito Penal”, e LUMBRALES, “O Erro em Direito Penal”. Quanto à doutrina estrangeira, cite-se, por todos, JESCHECK, citado *Tratado ...*, Vol. II, págs. 411 e ss..

⁶⁶ Para cuja definição podemos sempre convocar a definição de TERESA PIZARRO BELEZA, em jeito de síntese (*Direito Penal*, Vol. II, pág. 24), ainda que essa definição pretenda referir-se a todo o elemento subjectivo do tipo: “*Parte subjectiva do tipo é não já aquilo que objectiva e realmente verificou, mas a representação dessa situação objectiva na mente do agente.*”

⁶⁷ Com esta alternativa, pretendemos referir-nos, por um lado, à distinção entre crimes de resultado e crimes de mera actividade e, por outro lado, dentro dos primeiros, à distinção entre crimes de forma livre e crimes de forma vinculada.

⁶⁸ Seguimos, na terminologia, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, págs. 205 e ss.. Contudo, ao usarmos aqui estes termos, “directo”, “necessário” e “eventual”, não ignoramos que sobre esta matéria, na doutrina, existe bastante flutuação terminológica. JESCHECK, por exemplo, no seu citado, *Tratado ...*, Vol. II, a págs. 401 e ss., sob a epígrafe “*classes de dolo*”, usa os seguintes termos: *intenção (Absicht)*, para os casos em que o autor persegue a acção típica ou o resultado requerido pelo tipo, os casos em que temos a vontade dirigida a uma meta (domina, pois, o elemento volitivo); *dolo directo (direkter Vorsatz)* para

mais em cada uma destas formas ou espécies de dolo, mas não sem antes deixar enunciados dois traços que importa reter a propósito do elemento volitivo do dolo – e que são comuns às três referidas “formas” ou “espécies” de dolo.

Em primeiro lugar, cumpre ter em atenção que, tal como o conhecimento característico do dolo, também a vontade tem que ser actual, no sentido de podermos encontrar uma ligação entre a resolução e o facto típico. Razão pela qual devem considerar-se irrelevantes os chamados *dolus antecedens* e *dolus subsequens*⁷⁰.

Em segundo lugar, cumpre notar que o elemento volitivo pode não abranger todos os aspectos da realidade objectiva tipicamente relevantes abrangidos pelo elemento intelectual (*v.g.*, circunstâncias do tipo objectivo cuja verificação é independente da vontade do agente, mas que são relevantes para caracterizar a sua conduta e a sua resolução como criminosas, como, por exemplo, a idade da vítima nos crimes de estupro e de actos homossexuais com menores⁷¹). O objecto do elemento volitivo é unicamente a conduta e/ou o resultado típicos⁷², não abrangendo as circunstâncias que concorrem para a relevância típica de tal conduta e/ou de tal resultado mas são independentes (na sua existência, não na sua relevância) da resolução e da actuação do agente⁷³.

os casos em que o autor sabe, de certeza, que vão realizar-se, com a sua acção, determinados elementos do tipo, prevê como certa a produção do resultado típico (aqui domina, pois, o factor do conhecimento/elemento intelectual), há uma meta que guia a acção, mas essa meta não é a acção ou o resultado típicos; por fim, *dolo eventual* (*bedingter Vorsatz*), para os casos em que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e conforma-se com essa possibilidade. Por seu lado, WELZEL usa os mesmos termos de JESCHECK, chamando também ao dolo eventual dolo condicionado; veja-se “*Lo Injusto de Los Delitos Dolosos*”, *maxime* págs. 137 e ss.. Já, por exemplo, GIMBERNAT ORDEIG, em “*Acerca del Dolo Eventual*”, fala em “dolo directo de primeiro grau”, “dolo directo de segundo grau” e “dolo eventual”.

⁶⁹ Estas três “espécies” ou “formas” de dolo são associados, respectivamente, aos números 1, 2 e 3 do já aqui transcrito artigo 14º do Código Penal. Veja-se, por exemplo, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições ...*, págs. 293 e ss. (o autor identifica o que chamámos, no texto, dolo directo como “intenção” e o que chamámos, no texto, dolo necessário como “dolo directo”).

⁷⁰ Assim, por exemplo, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições ...*, págs. 298 e 299, ressaltando, e bem, a questão das *actiones liberae in causa*. Assim também, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. II, pág. 339.

⁷¹ Previstos e punidos, respectivamente, pelos artigos 174º e 175º do Código Penal.

⁷² *Vd. supra*, nota 67.

⁷³ A este propósito, diz CAVALEIRO DE FERREIRA, em sede de análise do elemento cognitivo ou intelectual do dolo, que “a representação pode tomar a forma de “previsão”, enquanto conhecimento do facto que o agente

Posto isto, veja-se agora a primeira das “formas” ou “espécies” de dolo comumente assinaladas que acima referimos, o dolo directo. No dolo directo – é ponto pacífico –, o agente actua com vista à realização do facto típico, ou seja, actua animado pela vontade de realizar o facto típico. O dolo directo é, pois, uma “forma” ou “espécie” de dolo em cuja caracterização sobreleva o elemento volitivo, em detrimento do elemento cognitivo ou intelectual, que não permite distinguir o *dolus directus* das outras formas ou espécies de dolo referidas, já que a realidade objectiva típica pode ser configurada como necessária ou apenas possível (e até, estamos em crer, improvável)⁷⁴. O que importa, no dolo directo, é a vontade de realizar o facto típico, é esse o objectivo do agente, ao actuar. Daí identificar-se o dolo directo, tradicionalmente, com o termo intenção. Dando conta disto, estabelece o nº 1 do artigo 14º do Código Penal: “*Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.*”

Já no dolo necessário, o objectivo do agente, ao actuar, não é a realização do facto típico, mas outro facto, sendo certo que é a realização deste segundo facto que anima a vontade do agente. Contudo, ao representar e querer este segundo facto, o agente representa como consequência necessária da sua conduta o facto típico, aceitando, ao actuar, tal consequência. Estamos, pois, na presença de uma forma de dolo que, ao contrário do dolo directo, apenas admite uma certa configuração do seu elemento intelectual ou cognitivo, o facto típico como consequência necessária da conduta, e não apenas possível. Isto pressupõe a colocação do facto típico, não no centro da vontade do agente, mas em uma zona periférica dessa vontade (se assim nos podemos exprimir), uma zona relativa às consequências inevitáveis de uma conduta e, ainda assim, aceites, em ordem à realização do objectivo que o agente tem ao actuar⁷⁵. Nesta linha, o artigo 14º do Código Penal, no seu nº

intenta cometer, ou de “conhecimento”, enquanto tem por objecto circunstâncias preexistentes à perpetração do facto e que constituem também seus elementos essenciais?” (Lições..., pág. 290).

⁷⁴ Afastamo-nos, assim, da asserção de CAVALEIRO DE FERREIRA, segundo o qual, “*no dolo intencional e no dolo directo ... [o agente] faz em princípio uma prognose, uma previsão de certeza, da realização do crime*” (Lições..., pág. 296).

⁷⁵ Diz CAVALEIRO DE FERREIRA (Lições... citado, pág. 294): “*O próprio comportamento como meio de realizar um fim subjectivo é, com as consequências necessárias que acarreta, fim do agente, pois que quem quer o fim quer os meios que utilizou para o alcançar.*”

2, estabelece: “*Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.*”

Por último, o dolo eventual, onde o elemento intelectual é caracterizado pela possibilidade de produção do facto típico, caracterizando-se o elemento volitivo (tal como no dolo necessário⁷⁶, mas com menor intensidade, dada a diferença entre os elementos intelectuais de uma e outra “forma” ou “espécie” de dolo) pela aceitação da produção do facto típico, representado como possível em consequência da conduta do agente. O artigo 14º, nº 3 do Código Penal, nesta linha, estabelece: “*Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.*” Assim, também aqui o agente não tem como objectivo imediato do seu agir o facto típico, mas outro facto, sendo, no entanto, o facto típico uma consequência possível desse agir, consequência que o agente representa e aceita. Por outras palavras, a consequência secundária (e típica) da acção que constitui a meta do agente introduz-se na decisão de realizar o facto como uma possibilidade tida como séria pelo agente; este ainda assim, deseja que as coisas “*sigam o seu curso*”⁷⁷. Esta aceitação – note-se – é menos intensa do que no caso do dolo necessário, pois, enquanto neste caso se trata de aceitação de uma fatalidade, no caso do dolo eventual trata-se da aceitação apenas de uma possibilidade. Em ambos os casos, a atitude do agente caracteriza-se por uma indiferença em relação ao facto típico, sendo, no entanto, certo que tal indiferença há-de ser mais intensa e mais marcante em relação a um facto tido como certo do que em relação a um facto tido como incerto⁷⁸.

⁷⁶ Ao acentuarmos que a distinção entre o dolo necessário e o dolo eventual entronca no elemento intelectual do dolo, e não tanto no seu elemento volitivo, determinando o primeiro a “intensidade” do segundo, não estamos a perfilhar uma teoria da verosimilhança, segundo a qual se poderia prescindir do elemento volitivo do dolo bastando-lhe o conhecimento. Não ignoramos que tal teoria não é a teoria que a nossa lei tem subjacente. E mais: não ignoramos (e frisamos) que é possível conhecer e todavia não desejar, não querer ou não aceitar. O que dizemos é tão só que a representação de algo como certo deve implicar uma aceitação em “maior grau” ou mais “intensa” do que a representação de algo apenas como possível.

⁷⁷ A expressão é de JESCHECK (“*darauf ankommen Läss?*”); veja-se o seu *Tratado...* citado, pág. 411 do Vol. II. Para JESCHECK, ao contrário, na negligência consciente, o agente representa a consequência secundária, mas acaba por afastá-la como realidade possível, deixando, portanto, de querê-la ou, ao menos, de aceitá-la.

⁷⁸ CAVALEIRO DE FERREIRA (ob. cit., pág. 295) fala em “*enfraquecimento ou degradação do elemento cognoscitivo e do elemento volitivo do dolo eventual*”.

Daí podermos dizer que, no dolo eventual, o facto típico se coloca numa zona ainda mais periférica (por referência ao dolo necessário) da vontade do agente (se assim nos podemos exprimir, uma vez mais), a zona das consequências possíveis e, ainda assim, aceites⁷⁹, em ordem à realização do objectivo do agente⁸⁰.

Razão pela qual faz sentido discutir – como se tem discutido – se, nestes casos, ainda podemos falar de dolo, se o dolo eventual deve ainda pertencer ao terreno do dolo, constituindo o seu limite inferior, ou se deve já pertencer a outra categoria da teoria da infracção⁸¹. Razão pela qual faz também sentido discutir e tentar esclarecer a distinção – como se tem discutido e tentado⁸² – entre dolo eventual e negligência consciente⁸³ ou entre dolo e negligência *tout court*⁸⁴. Não pretendemos aqui entrar nestas questões, pois não é delas que o nosso trabalho se ocupa. Não poderíamos, contudo, deixar de as referir – antes de concluirmos esta segunda parte do nosso trabalho⁸⁵ –, ainda que muito

⁷⁹ Um bom exemplo, a este respeito, é a seguinte decisão do Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão de 21.11.84, *BMJ*, 341, 260): “Pelo facto de não existir, no dolo eventual, uma intenção directamente dirigida à consumação do crime, nem por isso se pode dizer que o agente não tomou uma decisão sobre ele.”

⁸⁰ Cabe aqui dizer que não acompanhamos os autores que consideram não existir ou não relevar, no dolo necessário (e, bem assim, no dolo eventual), o elemento volitivo. Assim, entre outros, GIMBERNAT ORDEIG (“*Acerca del Dolo Eventual*”, pág. 142), citando STRATENWERTH e SCHMIDHÄUSER, e ROBIN DE ANDRADE (*Direito Penal*, II Vol., pág. 67). Certo é que, ao contrário do dolo directo, nestas duas “formas” ou “espécies” de dolo, o elemento marcante não é o elemento volitivo, o que não significa, porém, que o mesmo não esteja presente, devendo até ser diferente a sua configuração, como já referimos, em consequência da diferente configuração do elemento intelectual.

⁸¹ Sobre o ponto, veja-se STRATENWERTH, citado *Derecho Penal* ..., págs. 108 e ss..

⁸² *Vd.* STRATENWERTH, como na nota anterior, enunciando as teorias/critérios habituais de distinção entre as duas figuras (probabilidade, confiança, consentimento, conformação). Também TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, págs. 210 e ss., enunciando teorias e críticas. Ainda ROBIN DE ANDRADE, idêntico, em *Direito Penal*, Vol. II, também com referência detalhada às fórmulas de FRANK e dificuldades das mesmas, págs. 69 e ss.. Incontornável, sobre o ponto, é a obra de MARIA FERNANDA PALMA *Distinção Entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal (Justificação de um Critério de “Vontade”)*, obra onde a autora nos dá conta dos critérios de distinção entre as duas figuras, em três perspectivas fundamentais, a de concepção normativa da culpa, a do finalismo e a dos autores que adoptam um “modelo funcional de dogmática penal”, propondo um critério assente no reconhecimento de um elemento volitivo no dolo (com uma certa configuração), de um passo, e, de outro, no reconhecimento da necessidade de estudar o problema a partir de grupos de casos diferenciados (a autora elenca cinco grandes grupos de casos – págs. 201 e ss.).

⁸³ Sobre este ponto, pode ver-se, por exemplo, JESCHECK, expondo as várias teorias sobre a distinção em causa, no seu *Tratado* ..., Vol. II, págs. 405 e ss..

⁸⁴ Veja-se em JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General*, o capítulo dedicado ao problema.

⁸⁵ Como já dissémos, a nossa preocupação, nesta segunda parte deste trabalho, foi unicamente enunciar os traços gerais do dolo penal, tal como configurado pela doutrina, e tendo como referência o enunciado do

esquemáticamente, não só por ser de relevo o seu lugar no pensamento penal, *maxime* sobre os elementos de natureza subjectiva da teoria da infracção, mas também por serem da maior relevância as consequências da distinção ao nível da punição, em virtude do carácter excepcional das condutas típicas negligentes, entre nós estabelecido no artigo 13º do Código Penal. Qualificar uma determinada conduta como dolosa ou negligente significará, amiúde, escolher entre a punibilidade e a impunidade⁸⁶.

artigo 14º do Código Penal. Não curámos do conceito de dolo, nem sequer das virtudes e defeitos dos referidos traços gerais do dolo penal tal como configurados habitualmente – não é esse o escopo do nosso trabalho, ainda que o seu escopo e os seus resultados acabem por ter relevância nesse campo. Do mesmo modo, não curámos de “formas especiais” de dolo (se assim podemos dizer, por comodidade de expressão), como o dolo de perigo ou o dolo específico. Sobre o primeiro, não pode deixar de citar-se o trabalho de RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo (Contribuição para a Dogmática da Imputação Subjectiva nos Crimes de Perigo Concreto)* - também com importância para os traços gerais do dolo penal; relativamente ao dolo específico, veja-se, por exemplo, CAVALEIRO DE FERREIRA, págs. 299-300 do citado *Lições ...*, e ROBIN DE ANDRADE, obra citada, págs. 75-76.

⁸⁶ Assim frisam, por exemplo, MARIA FERNANDA PALMA, *Distinção Entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal (Justificação de um Critério de “Vontade”)*, a abrir, e TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, Vol. II, pág. 209.

III. QUESTÃO-DE-FACTO - QUESTÃO-DE-DIREITO

1. Acompanhamos CASTANHEIRA NEVES, quando afirma⁸⁷ que “*não se pode compreender hoje um qualquer modelo metódico-jurídico sem reflectirmos problemática e criticamente sobre a sua intencionalidade no quadro global do pensamento jurídico e aí também sobre os seus pressupostos constitutivos – o problema específico do método jurídico é actualmente, e porventura mais do que nunca, uma dimensão da problemática do direito e do correlativo pensamento jurídico*”. Sendo certo que – continua o citado autor⁸⁸ – “*o campo charneira entre esta problemática geral e aquele problema específico é a metodologia (metodos-logos)*”. Central é, pois, o problema metodológico-jurídico; central é, pois, por outras palavras, o pensamento do proceder jurídico, o pensamento do proceder orientado para a realização do Direito, no quadro global do pensamento jurídico. Pensamento esse onde podemos e devemos identificar dois momentos: um momento analítico (ou teórico-descritivo), orientado para a procura dos problemas, dos mecanismos e das exigências da prática jurídica, e um momento normativo (prático-constitutivo), marcado por uma intenção problemática, reflexiva e normativa. Ou seja, no pensamento sobre o proceder jurídico, sobre a realização do direito, “*a prática judicativo-decisória não poderá ser mero objectivo de uma ideal construção metódica, nem simples objecto de uma analítica descrição, impõe-se antes como problema para uma orientadora reflexão crítica*”⁸⁹. A metodologia jurídica procura, assim, não apenas conhecer o método praticado, nem tão-pouco construir, sem mais, um método, mas também (e sobretudo) reflectir sobre o problema da realização do direito, para criticamente o orientar no seu juízo decisório. Nem só descrição, nem só prescrição, sobretudo problematização. “*Pensamento de uma prática para uma prática*”, nas certas palavras de CASTANHEIRA NEVES, uma vez mais⁹⁰. Ou, nas palavras de KARL LARENZ⁹¹, a “auto-reflexão” da jurisprudência.

⁸⁷ Em *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, pág. 9.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, pág. 15.

⁹⁰ Obra citada na nota anterior, pág. 15.

⁹¹ *Vd. Metodologia da Ciência do Direito, maxime* págs. 149 e ss. e 208 e ss..

Assim fixados a importância e o campo do problema metodológico-jurídico no quadro global do pensamento jurídico – ainda que de modo muito esquemático –, importa agora fixar a importância e o campo do problema da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito no quadro do problema metodológico-jurídico. Ora, a problemática da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito tem importância capital neste quadro⁹², pois nela – como talvez em nenhuma outra – se revela o modo como se processa a decisão jurídica, enquanto fenómeno de conhecimento e, *ipso facto*, de criação. E ao dizermos que a decisão jurídica, sendo um fenómeno de conhecimento, é um fenómeno de criação, queremos significar que já se ultrapassou (ainda que não inteiramente), no que à aplicação do Direito diz respeito, o modelo lógico-subsumtivo do silogismo judiciário, hoje substituído por modelos explicativos que acentuam o papel criador do juiz, enquanto sujeito de conhecimento, na decisão judicial e que apontam para um modelo que não se estriba na ideia (que é uma dicotomia) de o facto e o direito, mas simultaneamente o direito do facto e o facto do direito. Como exemplo, pode apontar-se o modelo do “círculo hermenêutico”⁹³. Sublinhada a importância do momento da *applicatio* no “edifício” jurídico, facilmente se compreende a importância que, no pensamento sobre esse “edifício”, adquire a reflexão acerca dos procedimentos característicos desse momento da *applicatio*. Reveladora, por excelência, desses procedimentos, a distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito obtém, assim, um lugar central no problema metodológico-jurídico e, por essa via, no pensamento jurídico. Pensar a distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito é, desta sorte, e em última análise, pensar o Direito.

Ora, no ramo do Direito e no capítulo da teoria da infracção criminal em que situamos o presente trabalho, pensar a distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito sempre auxiliará a pensar a decisão penal, quer no que ela tem de comum com qualquer decisão judicial quer no que ela tem de específico, e também (com isso) a pensar o dolo e, a final, o

⁹² Constitui “o nóculo problemático-metodológico do pensamento jurídico”, nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, no Prefácio da sua dissertação de doutoramento, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica) - I, A Crise*.

⁹³ Sobre este ponto, pode ver-se, por todos – e além da citada dissertação de doutoramento de CASTANHEIRA NEVES –, JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência (Análise de uma “Recepção”)*.

problema penal, por si e como parte do problema jurídico. Naturalmente, não ambicionamos neste trabalho tratar destas questões, mas tão-só (e já será muito, se o conseguirmos) tratar a questão sugerida pelo título do presente trabalho. Apenas dizemos que o tratamento da questão proposta no presente trabalho pode ser (é, deve ser) um ponto de partida e de auxílio para o tratamento de questões mais vastas. Afinal, encontrar e esclarecer os traços de juridicidade num problema mais não será do que tentar contribuir para encontrar e esclarecer os traços da juridicidade *tout court*. Um problema jurídico é sempre parte do problema jurídico, sendo certo que, aristotelicamente, sempre considerámos que, sem conhecer as partes, nunca poderemos sequer tentar conhecer o todo⁹⁴.

Mas importa também dizer que a distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, para além do terreno já assinalado, adquire uma importância não menos significativa em outro terreno, não já reflexivo e compreensivo (e ainda assim ...), mas “operativo”, processual, ou seja, o terreno dos recursos⁹⁵ e dos poderes de cognição do tribunal de recurso. Esclarecer a distinção entre questão-de-facto e questão-de-direito sempre contribuirá para fixar o âmbito do recurso e dos poderes de cognição do tribunal de recurso.

Certo é também que esta questão se cruza com a problemática da motivação⁹⁶ das decisões judiciais, pois o modo de conhecimento da questão-de-facto há-de ser diferente do modo de conhecimento da questão-de-direito e, *ipso facto*, diferentes hão-de ser os modos de motivação (e de comunicação⁹⁷) desse conhecimento. “*Pretender discriminar aquelas duas*

⁹⁴ O pensamento de um problema como ponto de partida para o pensamento do sistema.

⁹⁵ O direito ao recurso é, não esqueçamos, um direito fundamental, com cobertura constitucional, de mais a mais quando a recente Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro, acrescentou ao nº 1 do artigo 32º da Constituição da República a referência “*incluindo o recurso*”.

⁹⁶ Motivação e não demonstração ou fundamentação, como muito justamente refere CASTANHEIRA NEVES, em *Sumários de Processo Criminal*, pág. 53, pois, na decisão judicial, é de convicção que se trata, não de intelecção.

⁹⁷ Motivar é comunicar, é hoje reconhecido. Todo e qualquer sistema social é um sistema de comunicação com um específico sentido. Esta é talvez a mais importante linha de força da obra de NIKLAS LUHMANN, devendo destacar-se, a este respeito, o seu livro *Social Systems*. Os processos judiciais são (micro)sistemas sociais, o que implica que sejam constituídos por um nexu (auto-referencial) de

questões é pôr explicitamente a problemática da validade e fundamentação jurídicas perante a realidade que a suscita” - sublinha CASTANHEIRA NEVES⁹⁸. Na verdade, o que está em causa na motivação da decisão judicial é, em grande medida, a inteligibilidade social desta, a sua capacidade de ser explicada, reconhecida e aceite, à luz de critérios de interpretação social.

Como facilmente se concluirá, a importância que assinalámos ao problema da distinção entre a *quaestio facti* e a *quaestio juris* é directamente influenciada pela investigação e pelas teses de CASTANHEIRA NEVES sobre este problema, as quais remontam, pelo menos, à sua dissertação de doutoramento, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juricidade (Ensaio de uma Reposição Crítica) – I, A Crise*. Certo é que tal investigação e tais teses centram a referida distinção no processo metodológico de aplicação do direito, mas não é menos verdade que tal investigação e tais teses têm significativa importância no específico terreno do recurso. Desde logo, porque CASTANHEIRA NEVES, na sua referida obra se preocupa expressamente com o problema da distinção relativamente ao recurso perante o tribunal de revista. Depois, porque, na mesma obra, elenca e analisa um manancial inesgotável de informação e de penetração histórica e problemática da questão, tal como ela se desenvolve ao nível dos supremos tribunais⁹⁹. Por último (e sobretudo), porque o relevo metodológico do problema e o critério que aí se encontra constituirá, necessariamente, o verdadeiro fundamento normativo das posições que venham a ser assumidas neste campo.

2. Sendo certo que, tradicionalmente¹⁰⁰, o problema da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito tem sido colocado unicamente (ou quase unicamente) no campo do recurso, mostra CASTANHEIRA NEVES, na sua já referida dissertação de doutoramento

comunicações entre sujeitos, quer do ponto de vista intraprocessual, quer do ponto de vista extraprocessual (digamos assim). Cada processo penal é, pois, um sistema de comunicação, que visa responder a uma concreta questão jurídico-penal.

⁹⁸ Prefácio da sua citada dissertação de doutoramento.

⁹⁹ CASTRO MENDES, no IIIº volume do seu *Direito Processual Civil*, a págs. 97, sobre os supremos tribunais como tribunais de revista, escreve: “...só os erros de direito estão dentro do seu âmbito de apreciação. Por isso se diz que o Supremo não é uma terceira instância, mas um tribunal de revista.” Veja-se também a jurisprudência ali citada pelo autor, na nota 101.

e também em trabalhos posteriores¹⁰¹, que historicamente, todas as orientações afirmadas nesta matéria são redutíveis a três orientações principais¹⁰².

Em primeiro lugar, uma orientação de índole estritamente lógica, que utiliza a distinção entre conceitos de facto e conceitos de direito ou jurídicos. Afirma esta orientação que temos a questão-de-facto quando estiver a pensar-se algo mediante conceitos ou expressões de sentido comum, técnico ou científico não jurídico e uma questão-de-direito, pelo contrário, quando a expressão ou conceito legal for usada com sentido especificamente jurídico (legal ou doutrinal)¹⁰³.

Em segundo lugar, uma orientação – da qual se faz quase sempre uma utilização concorrente com a anterior – de carácter gnoseológico, intencional, segundo a qual questão-de-facto será a que se resolve através de juízos e actos puramente cognitivos, questão-de-direito a que implica juízos de valor ou actos de avaliação.

Em terceiro lugar, pode mencionar-se uma orientação que recorre a um critério puramente objectivo, que traduz só, por outras palavras, a distinção entre normas e factos, opondo o que for individual-concreto (questão-de-facto) ao conceitual (questão-de-direito).

Esta terceira orientação ficou irremediável e naturalmente, ultrapassada logo que se verificou¹⁰⁴ o carácter geral de certas determinações que se não podiam entender rigorosamente como jurídicas, mas, que em virtude daquele carácter geral, não podiam subtrair-se à apreciação dos tribunais supremos, devendo para o efeito, ser tidas como verdadeiras questões-de-direito. Seria esse o caso das determinações correspondentes aos

¹⁰⁰ Para uma panorâmica acerca do ponto, veja-se também KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, págs. 370 e ss..

¹⁰¹ Veja-se, por todos, *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*.

¹⁰² Seguimos, na exposição feita no texto, a síntese feita por FIGUEIREDO DIAS (em “*Crime preterintencional, causalidade adequada e questão-de-facto*”, págs. 281 e ss.) acerca do trabalho de CASTANHEIRA NEVES neste particular, em virtude da clareza da referida síntese.

¹⁰³ Este é, por exemplo, o entendimento de CASTRO MENDES – que pode ver-se exposto, ainda que não muito claramente, no IIIº Volume do seu *Direito Processual Civil*, págs. 96-103 e 217-223.

¹⁰⁴ Assim afirma FIGUEIREDO DIAS, no citado “*Crime preterintencional, causalidade adequada e questão-de-facto*”, pág. 283.

chamados factos gerais e, sobretudo, às regras da experiência. Até porque, além do mais, não pode deixar de entender-se que a violação de uma regra da experiência é revisível na medida em que ela “*se traduz sempre na violação da disposição legal cujo conteúdo é precisado graças à regra da experiência*”, como lembra FIGUEIREDO DIAS¹⁰⁵, citando RIGAUX – e com isto antecipamos já um pouco do que diremos na quarta parte deste trabalho.

Posto isto, vejamos agora o pensamento de CASTANHEIRA NEVES relativamente a esta matéria, o qual, como já referimos, coloca o problema muito para lá da distinção entre questão-de-facto e questão-de-direito perante o tribunal de revista, não deixando, contudo, o seu pensamento de ter repercussão neste campo (chegando o autor a enunciar um critério especificamente orientado para a resolução do problema no campo do recurso perante o tribunal de revista).

3. CASTANHEIRA NEVES parte de uma ideia de crise acerca do problema da distinção entre questão-de-facto e questão-de-direito, porque “*o pensamento jurídico não assume válida e autenticamente o problema ou porque se ocupa dele de um modo que simplesmente o oculta, ou porque injustificadamente pensa tê-lo ultrapassado*”¹⁰⁶, e intenta, mais do que o seu esclarecimento, a “*reposição do problema*”¹⁰⁷ – até porque, e além do mais, o problema da distinção entre “o facto” e “o direito” tem sido colocado no modelo explicativo da decisão judicial, de cunho lógico-subsuntivo, do silogismo judiciário, modelo esse que cabe abandonar¹⁰⁸ e do qual CASTANHEIRA NEVES se ocupa longamente na sua citada dissertação de doutoramento (designadamente no seu Título I), procurando demonstrar a sua “*invalidade metodológica*”. Naturalmente, aqui não pretendemos dar conta do pensamento do autor em todo o seu alcance, em todas as suas implicações (até porque o não conseguiríamos, muito provavelmente). Tentaremos apenas enunciar (de modo muito genérico) os traços, a nosso

¹⁰⁵ Obra citada na nota anterior, pág. 283, nota 37.

¹⁰⁶ CASTANHEIRA NEVES, na sua citada dissertação de doutoramento, a págs. 86.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 87.

¹⁰⁸ *Vd.*, por todos, sobre esta questão, JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência (Análise de uma “Recepção”)*.

ver, centrais desse pensamento, especialmente aqueles que poderão ter mais interesse para o problema que nos propusémos tratar neste trabalho.

Muito esquematicamente, CASTANHEIRA NEVES entende que o caso *sub judice* põe um problema jurídico (de Direito) numa certa situação histórico-social, sendo certo que a solução desse caso passa pela solução da questão-de-facto e da questão-de-direito que ele levanta.

Ora, para CASTANHEIRA NEVES a questão-de-facto comporta dois momentos fundamentais. Em primeiro lugar, a determinação do âmbito de relevância jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática, ou seja, trata-se de delimitar e de determinar, na globalidade da situação histórica em que o problema jurídico concreto se situa, o âmbito e o conteúdo da relevância jurídica dessa situação problemática. Este é, afinal, o campo da “pré-compreensão”, da antecipação de sentido, da intuição de uma relevância jurídica do caso, momento indispensável para prosseguir. Em segundo lugar, a comprovação dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos; aqui, fundamentalmente, o problema da prova, o problema da verdade jurídica como verdade prática. Mas não se trata, como nas concepções tradicionais, da prova de factos puros, mas da comprovação de que o problema jurídico, como problema prático, existe, ou seja, tem fundamento fáctico.

Quanto à questão-de-direito, para o autor em causa, temos uma análise que distingue: a questão-de-direito em abstracto, que tem por objecto a determinação do critério jurídico que haverá de orientar e concorrer para fundamentar a solução jurídica do caso a decidir; a questão-de-direito em concreto, que diz respeito ao problema do próprio juízo concreto que há-de decidir o caso *sub judice*. De uma certa forma, a questão-de-direito em concreto comporta uma comprovação (ou não) da questão-de-facto no primeiro dos seus sentidos acima apontados. Podemos, pois, falar, à maneira de ENGISCH, de um ir e vir de perspectiva entre o facto e a norma. Na verdade, a questão-de-facto determina a questão-de-direito, mas esta, na sua vertente abstracta, determina a questão-de-facto, *maxime* no seu primeiro momento. Ou, por outras palavras, por ordem lógica e cronológica: questão-de-

facto no primeiro sentido acima apontado e questão-de-direito em sentido abstracto; questão-de-facto no segundo sentido apontado; por fim, questão-de-direito em concreto. Correspondendo a questão-de-direito em abstracto à escolha da norma aplicável¹⁰⁹, a norma aplicável mais não é do que uma hipótese de solução do caso concreto, uma antecipação ou projecto de solução, que na questão-de-direito em concreto se submeterá a uma verdadeira experimentação metodológica. A norma aplicável é, desta sorte, um elemento normativamente dinâmico e aberto – aberto à problematização da questão-de-direito concreta para que remete¹¹⁰. Quanto à questão-de-direito em concreto – ou juízo decisório – CASTANHEIRA NEVES considera que ela pode ser resolvida de duas formas: ou através da mediação da norma, se foi encontrada no sistema jurídico uma norma aplicável; ou por autónoma constituição normativa, se não foi encontrada no sistema jurídico uma norma aplicável.

Se a resolução da questão-de-direito em concreto por autónoma constituição normativa é o campo, por excelência, entre outras, das questões das lacunas e da analogia¹¹¹ – e, em última análise, dos limites da juridicidade –, importa reter que, segundo o pensamento de CASTANHEIRA NEVES, a resolução da questão-de-direito em concreto por mediação da norma comporta três “momentos” ou “passos”, a saber: um primeiro “momento”, que corresponde à confrontação entre a norma-critério e o caso a decidir, com vista à assimilação (total ou parcial) ou à não-assimilação entre um e o outro; um segundo “momento”, que corresponde à reponderação da problemática e da normatividade da

¹⁰⁹ Usamos aqui o termo norma querendo significar todo o conjunto de normas convocadas para o caso *sub judice*.

¹¹⁰ Em *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, a págs. 171, CASTANHEIRA NEVES acentua “... a necessidade de um acto autónomo de juízo, de uma autónoma (autonomamente assumida) intenção de juridicidade chamada a fazer o corte jurídico na continuidade, sem limites em si, da individualidade real, pelo qual se venha a separar a relevância da irrelevância jurídicas, individualizando e circunscrevendo ao mesmo tempo o caso concreto decidendo”. Citem-se também estas suas palavras (em “*Interpretação Jurídica*”, pág. 653): “... igualmente se reconhecerá que a norma só vem a ser interpretativamente determinada através da concreta resolução dos problemas jurídicos que nela se fundamente ou que a invoque como seu critério – “a interpretação é o resultado do seu resultado” (Radbuch) -, pelo que também se falará aqui de um específico círculo metodológico, análogo ao “círculo hermenêutico” em geral.”

¹¹¹ Questões que nos dispensamos aqui de tratar, remetendo, por todos, e para uma teoria geral, para JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, págs. 419 e ss., e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, maxime págs. 192 e ss.. Pode também ver-se o

norma, perante o caso concreto, na sua especificidade (podemos falar em especificação teleológica) – “momento” em que, além do mais, são convocados os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência; por fim, um terceiro “momento”, em que se faz apelo aos fundamentos de validade sistemática, aos princípios normativos, aos fundamentos regulativo-constitutivos do sistema, que são os fundamentos da normativa juridicidade do sistema.

Pode, pois, dizer-se, em jeito de conclusão, a propósito do pensamento de CASTANHEIRA NEVES sobre esta matéria – pensamento de que tão resumidamente demos conta -, que o autor ensaia, afinal, uma explicação do proceder jurídico que nos leva a concluir que – nas suas expressivas palavras¹¹² - *“se a concreta realização do direito não deve entender-se em termos tão-só político-sociais que eliminem a especificidade e autonomia da normatividade jurídica enquanto tal, também essa realização se não reduz a uma formal e lógica dedução normativa de que fosse alheia uma intencionalidade normativo-material e de justiça problemático-concreta”*.

E, antes de darmos por concluída esta terceira parte do nosso trabalho, cumpre deixar uma última palavra para outro aspecto da obra de CASTANHEIRA NEVES, com relevância para a questão que temos vindo a tratar. Se, como se referiu, CASTANHEIRA NEVES – para lá da questão central que trata, no campo do problema metodológico jurídico – também esboça um critério relativo à distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito especificamente no que diz respeito ao recurso perante o tribunal de revista, então cumpre aqui dar conta desse critério: reconhecendo autonomia dogmática a esta questão relativamente ao problema geral (metodológico)¹¹³, CASTANHEIRA NEVES frisa que a delimitação do objecto do recurso de revista não pode mais ser pensado *“a partir do postulado da coincidência entre ele e uma discriminação directamente inferida da apriorística distinção entre “o facto” e “o direito”; antes o fundamento daquela delimitação ter-se-á de encontrar imediatamente, e apenas, no fim e na função institucional ou jurídico-processual do recurso, e o seu critério unicamente também nos termos*

trabalho de MÁRIO BIGOTTE CHORÃO *“Integração de Lacunas”*, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. 3, Lisboa/S. Paulo, Verbo, s.d., págs. 591-618.

¹¹² Citado *Metodologia Jurídica ...*, pág. 197.

¹¹³ *Vd.* a sua citada dissertação de doutoramento, pág. 32.

*jurídico-positivos e processuais em que esse fim e função foram instituídos*¹¹⁴. E, a esta ideia, CASTANHEIRA NEVES, como ponto de partida para o critério que enuncia sobre a questão em apreço, junta a ideia de que os poderes de cognição do Supremo Tribunal enquanto tribunal de revista hão-de estar condicionados pelos seus poderes processuais¹¹⁵ – sendo certo que um poder de que ele não dispõe é, desde logo, o poder referente à admissão e à produção de actividade probatória.

Posto isto (e outras considerações que o autor expende), CASTANHEIRA NEVES formula o seu critério, que considera o único válido: *“admitido o recurso por um fundamento legalmente previsto, o S.T., como tribunal de “revista”, conhecerá da causa até onde o exija a conexão problemática das questões, desde que lhe o permitam os poderes processuais de que pode dispor.”*¹¹⁶ – critério a que adiante, na quarta parte, voltaremos, no tratamento do problema que, neste trabalho, nos propomos abordar, o problema de saber se a decisão judicial relativa ao dolo penal faz parte da questão-de-facto ou da questão-de-direito.

¹¹⁴ *Ibidem*, pág. 33.

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 35.

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 36.

IV. O DOLO ENQUANTO ELEMENTO SUBJECTIVO DO TIPO PENAL

(NO DIREITO PORTUGUÊS ACTUAL):

QUESTÃO-DE-FACTO OU QUESTÃO-DE-DIREITO?

1. Analisado o dolo na sua estrutura e no seu objecto, enquanto elemento subjectivo do tipo penal, e analisado (tão sumariamente) o problema da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito (nas suas implicações no que respeita ao recurso e aos poderes de cognição do Tribunal “de revista”, mas também no quadro do problema metodológico-jurídico), cumpre agora juntar os problemas, de modo a tratarmos a questão que elegemos para objecto do presente trabalho, ou seja, a questão de saber se, atendendo às coordenadas já expostas (nomeadamente em II. e III. *supra*), o dolo enquanto elemento subjectivo do tipo penal, melhor, a decisão judicial quanto a ele, deve ser considerado como fazendo parte da questão-de-facto ou da questão-de-direito.

Ora, como vimos, é comumente entendido e consagrado na lei entre nós que o dolo é composto por “conhecimento” e “vontade”, englobando o primeiro termo o “conhecimento propriamente dito”, mas também a “representação” e a “previsão”, enquanto no segundo termo poderemos incluir a “intenção”, mas também a “aceitação”. Tal “conhecimento” e tal “vontade” são actos interiores, psíquicos; do ponto de vista da análise, trata-se de conceitos a que poderemos chamar mentalísticos.

Ora, como bem ensina CAVALEIRO FERREIRA¹¹⁷, “*os actos psíquicos são de difícil comprovação por terceiros; não se comprovam em si mesmos, mas mediante ilações*”, ou seja, os actos psíquicos transcendem a possibilidade de comprovação histórico-empírica¹¹⁸, pelo que, do ponto de vista da análise, da análise jurídico-penal, para o nosso caso, não são questões de prova – adiantamos já -, mas questões de validade (científica, sociológica, lógico-intencional, semântica, filológica, etc.). Trata-se de significações, apreciações, avaliações, não se trata de factos¹¹⁹. Por outras palavras, o apuramento do dolo do agente, enquanto

¹¹⁷ *Lições de Direito Penal...*, pág. 297.

¹¹⁸ Aqui, em sentido contrário do que afirmamos, segundo parece, por todos, *vd.* VAZ SERRA, “*Provas (Direito Probatório Material)*”, *maxime* págs. 100-101. Contudo, já LEVY MARIA JORDÃO, em meados do século passado, avisadamente comentava: “*Além do que acresce a impossibilidade de verificar a responsabilidade do homem por acções meramente interiores, pela impossibilidade que se dá em verificar a sua existência*” – *Commentario ao Código Penal Português*, Vol. I, pág. 6.

¹¹⁹ Embora neste trabalho se faça apelo ao pensamento de CASTANHEIRA NEVES, deve dizer-se - desde já - que, na sua citada dissertação de doutoramento, é dúbio o seu pensamento quanto à pertença daquelas “*questões de validade*” à questão de facto ou à questão-de-direito, parecendo CASTANHEIRA NEVES deixá-

acto interior e conceito mentalístico é uma conclusão, uma ilação e uma atribuição de significado social (e, *et pour cause*, jurídico) que o tribunal criminal extrai a partir dos factos imputados ao arguido que foram dados como provados, factos esses lidos à luz das regras da experiência da vida, da normalidade social, da experiência comum.

O que se averigua, ao decidir sobre o dolo, num dado caso, não é, por exemplo, se o agente, efectivamente, “representou” e “quis” um determinado resultado, mas tão-só se os factos imputados ao arguido que foram dados como provados permitem concluir ou não que o arguido não pode ter deixado de “representar” e “querer” o resultado em causa, por ser normal ou não, em termos de compreensão e explicação social dos comportamentos humanos, que assim seja. Aliás, encontramos, amiúde, em queixas, participações, despachos de acusação, despachos de pronúncia, sentenças e acórdãos criminais, no que tange ao dolo, as expressões “*o arguido não podia ignorar que ...*” ou “*ou outro não pode ter sido o propósito do agente senão o de ...*”, ou outras de semelhante jaez.

Nas esclarecedoras palavras do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.11.86 (adiante novamente citado e melhor identificado), a propósito de um caso de homicídio, “*uma vez que a intenção de matar, seja na forma de dolo directo, seja na de dolo eventual, importa a prova de um elemento do foro íntimo do agente, essa descoberta só é alcançável através de dados exteriores, designadamente a violência da agressão da arma utilizada, a parte do corpo da vítima atingida, a personalidade do agressor, a motivação do crime, assim se chegando à verdade práctico-jurídica que sirva de suporte à decisão*”¹²⁰.

las como que num “limbo”, fora de uma coisa ou outra, embora fale em “*juízos de influência factual*”, o que nos poderá levar a concluir que as aproxima da questão-de-facto – do que nesta quarta parte do nosso trabalho discordamos. Contudo, CASTANHEIRA NEVES, a páginas 40 da sua dissertação de doutoramento, também refere – o que mais reforça a dúvida acerca do exacto sentido do seu pensamento sobre esta matéria - o seguinte: “*...subsiste no entanto que esse momento é praticamente indissolúvel da efectiva determinação daqueles conteúdos jurídicos, e que a referência ao momento factual sempre está condicionada pela decisão da questão de saber – questão que não é “de facto” – se os elementos que no caso concreto integram esse momento são índices ou factores determinativos de um certo direito – i.é., exige a qualificação jurídica, ou a consideração do relevo para um conhecimento jurídico a imputar a esses elementos.*”

¹²⁰ Em sentido idêntico, MARIA FERNANDA PALMA, em *Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente ...*, a págs. 203, quando já está a analisar os cinco grupos de casos que propõe para o estudo do seu tema (*vd. supra*, a nota 82), refere e frisa (parece-nos) que, para avaliar se alguém que dispara sobre

Mas nós pretendemos aqui ir mais longe¹²¹, dizendo que a questão do dolo criminal não é sequer uma questão de prova, é uma questão já para lá e posterior à prova, sendo certo que o dolo não é, digamos assim, do ponto de vista do juízo penal, algo de “ontológico”, mas sim algo de “sociológico” e normativo, cuja existência ou inexistência *in casu* é decidida tendo por base os factos dados como provados – em sede de questão-de-facto - e critérios de experiência comum, critérios sociais de explicação e compreensão de comportamentos.

De uma certa forma, já para aqui apontava¹²² AMÉRICO DE CAMPOS COSTA, em 1956, no seu trabalho “*A quesitação da culpa em processo penal*”¹²³, embora colocando ainda o problema no âmbito da culpa, numa perspectiva neo-clássica, e também no âmbito, ao que parece, da questão-de-facto¹²⁴ (entendimento a que não aderimos, como já se divisa e adiante melhor se verá). Na verdade, naquele seu trabalho, e citando BELEZA DOS SANTOS, o autor afirmava¹²⁵ que “*não há que provar o que é normal*”, e prosseguia, ainda citando BELEZA DOS SANTOS (e parecendo colocar o problema uma vez mais, no campo da questão-de-facto e da prova) do seguinte modo: “*De modo que, se a experiência comum nos diz que, normalmente, certo facto é praticado com dolo ou que determinado facto é cometido com negligência, a acusação não tem que provar a existência do elemento subjectivo em qualquer das modalidades. Assim, quem fabrica moeda falsa, normalmente, segundo a experiência comum, está a agir*

outrem em uma discussão e o fere agiu com dolo eventual ou negligência consciente, “*na prática, a decisão costuma ficar dependente da perigosidade objectiva dos actos (zona atingida, gravidade do ferimento, modo de actuação, etc.)*”. E a autora acrescenta, imediatamente a seguir: “*O mais consentâneo com um direito penal do facto é a limitação da intenção do resultado mais grave pela condução externo-objectiva da acção*.” Assim também, TERESA PIZARRO BELEZA, que, em *Direito Penal*, Vol. II, a págs. 214, escreve: “*Daí que por exemplo num julgamento de homicídio seja vulgar discutir-se se normalmente uma pessoa que pratica uma agressão de uma certa forma tem ou não intenção de matar, isto é, é sempre necessário que o tribunal se socorra de indícios objectivos para tentar provar a intenção de quem agiu de uma forma ou de outra*.” Por seu lado, é curioso o facto de GERMANO MARQUES DA SILVA, em *Crimes de Emissão de Cheque sem Provisão (Quatro Estudos)*, a págs. 94, afirmar: “*São bem conhecidas as dificuldades de prova do dolo eventual. Só a clarividência e bom senso do julgador poderá deslindá-lo no caso concreto ...*”.

¹²¹ Tendo embora presente – e frisando – que “*a formulação de um critério jurídico deve ser feita com todas as reservas que a diversidade de casos possíveis exige*” – MARIA FERNANDA PALMA, citado *Distinção ...*, pág. 200.

¹²² Ainda que em ténue esboço, relativamente à ideia que aqui pretendemos sustentar.

¹²³ O problema central deste artigo de AMÉRICO DE CAMPOS COSTA é o de saber se a culpa, em processo penal, tem de ser quesitada, concluindo o autor que sim, com base no artigo 494º do Código de Processo Penal de 1929, então vigente, ao contrário do que a jurisprudência havia até então sustentado.

¹²⁴ Embora o raciocínio ao autor, neste particular, não seja inteiramente claro, pois se, por um lado, considera não serem o dolo e a negligência conceitos de facto, por outro lado, considera necessária a sua quesitação.

¹²⁵ A págs. 129-130.

*com o propósito doloso de a pôr em circulação e não com o fim de simples gracejo ou mero reclamo; deve, por isso, presumir-se que o fabricante procede com dolo, incumbindo a este a prova da inexistência do elemento subjectivo.”*¹²⁶ E conclui¹²⁷: “... nos casos em que o dolo ou a negligência se presumem, esta presunção tem a natureza de uma presunção hominis...”

O mesmo vale, dizemos, para o tema que agora nos ocupa, para o dolo, enquanto elemento subjectivo do tipo penal. No que não concordamos com AMÉRICO DE CAMPOS COSTA é nas suas conclusões, por um lado, quanto à relação que estabelece entre a presunção natural e a livre apreciação da prova pelo juiz e, por outro lado, no que respeita ao facto de ainda considerar esta matéria matéria de prova, assacando ao arguido, em certos casos, um ónus de prova intolerável à luz dos princípios estruturantes do processo penal português hodierno, *maxime* do princípio da presunção de inocência do arguido; por último, não podemos concordar com AMÉRICO DE CAMPOS COSTA, no que respeita à qualificação do problema em causa como problema de prova, quando afirma¹²⁸: “*Com efeito, o fenómeno que ocorre traduz-se nisto: provados os factos objectivos da infracção, o juiz, atendendo às máximas da experiência, infere que esses factos foram praticados com culpa; ora é tal inferência, ou seja, tal meio de prova que o habilita a responder ao quesito respeitante à culpa.*”

Ora, e dizendo isto, importa aqui esclarecer, antes de prosseguirmos, do que falamos quando falamos de prova¹²⁹, e também que vertente da questão de prova nos interessa aqui. Sabendo que “*a prova comporta uma vertente objectiva (os procedimentos de facto ...) e uma vertente subjectiva (o grau do assentimento, a “crença” que aqueles procedimentos são susceptíveis de provocar...*”¹³⁰,

¹²⁶ Págs. 130-131. Embora longa, optámos por transcrever toda a passagem no texto, por nos parecer sobremaneira expressiva como ponto de partida para o que pretendemos aqui sustentar.

¹²⁷ Pág. 131.

¹²⁸ *Ibidem*, págs. 133 e 134.

¹²⁹ A propósito das questões da prova, nas ciências, de um modo geral, *vd. Provas*, de FERNANDO GIL; especificamente sobre a prova no Direito, *vd.* págs. 35 e ss.. Incontornável sobre a matéria do direito probatório continua a ser o profundo e rico de indicações estudo de VAZ SERRA, “*Provas Direito Probatório Material*”; além, naturalmente, dos capítulos dos manuais de direito processual (penal e civil) a tal dedicados. Veja-se, por exemplo, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, págs. 203 e ss., e CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, IIº Vol., págs. 655 e ss., para só citar dois exemplos.

¹³⁰ FERNANDO GIL, *Provas*, pág. 13. Por outras palavras, sabendo que poderemos falar de prova em três acepções: como actividade, como resultado e como cada um ou conjunto de meios. Sobre o ponto, veja-se CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, IIº Vol., *maxime* pág. 661. Neste trabalho, ao falarmos de prova,

dizemos, desde já, que não é nenhuma dessas vertentes (ou não é particularmente nenhuma dessas vertentes, sabendo que todas se interligam) que aqui particularmente nos interessa. Com efeito, não importa, para a questão em apreço, saber como se faz a prova, a que meios de prova se pode recorrer e de que modo¹³¹, nem de que modo se valora ou deve valorar o resultado desse labor. O que nos interessa aqui, em primeiro e última linha, é saber o que se prova, ou seja, qual o objecto da prova, em processo penal - e partindo da lei¹³².

O Código de Processo Penal diz-nos o seguinte (artigo 124º, nº 1): “*Constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis*”. (Por sua vez, o Código de Processo Civil refere (artigo 513º): “*A instrução tem por objecto os factos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova*”).

Temos para nós que, em processo penal (como em processo civil, aliás), objecto de prova – e, portanto, factos, ou, melhor, afirmações de factos – são as proposições susceptíveis de demonstração histórico-empírica (sensível¹³³, se se quiser). Conforme faz notar FERNANDO GIL¹³⁴, a prova judiciária pode ordenar-se “*primacialmente à argumentação ou ao testemunho empírico. A argumentação e, mais em geral, um princípio racionalista da prova decorrente das*

não especificaremos em que acepção estamos a fazê-lo, mas teremos, sobretudo, em atenção, a questão do objecto da prova (como se refere no texto).

¹³¹ Sobre este ponto, e para além dos tratadistas, cumpre sempre referir a obra, de COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal* (Coimbra, Coimbra Editora, 1992).

¹³² E dizemos e frisamos “partindo da lei” para não cairmos na tentação de, numa perspectiva abrangente e de cariz mais retórico (*proprio sensu*) e argumentativo, dizermos que, no processo penal, objecto da prova é tudo aquilo que é preciso demonstrar e justificar, ou seja, quer os factos, quer o direito, uns e outros susceptíveis e precisados de demonstração e justificação.

¹³³ Assim refere FREDERICO ISASCA, embora mantendo a comum distinção entre factos exteriores e interiores (em *Alteração Substancial dos Factos e Sua Relevância no Processo Penal Português*); a págs. 62 daquela obra, citando CASTANHEIRA NEVES, na sua já mencionada dissertação de doutoramento *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito...*, escreve: “*Esta realidade “em relação”, objectivamente dada, estes dados puramente fenomenológicos ou acontecimentos que podem ser captados pelo sujeito, são factos: factos de “percepção sensível*.” No mesmo sentido, na pág. 61.

¹³⁴ Obra citada, págs. 36-37. Uma vez mais fazemos uma longa transcrição no texto, conquanto desusada e desaconselhável, por se nos afigurarem exemplares as palavras transcritas.

normas do comportamento presumidas mais verosímeis, e o testemunho sensível, permanecem os dois fundamentos dos “mecanismos” da prova. O critério moderno da íntima convicção do juiz visa de algum modo conciliá-los. (Note-se bem que estamos exclusivamente no quadro da quaestio facti: trata-se de saber se, na fixação do próprio facto, conta mais a argumentação ou o testemunho empírico - por exemplo quando é porventura preciso escolher entre as declarações de alguém que afirma ter visto certa pessoa cometer um crime em certo lugar e momento e um argumento segundo o qual, nesse momento, tal pessoa não deveria estar nesse lugar, ou estabelecendo que o crime prejudicaria gravemente essa mesma pessoa e que, portanto, ela não o deve ter cometido. Em linguagem científica, é o problema da base empírica, não o da explicação)”.

Ora, é precisamente isto que importa sublinhar, para melhor se compreender a nossa posição sobre o dolo enquanto fazendo parte (vamos já dizendo) da questão-de-direito: a decisão judicial quanto à existência ou inexistência de dolo, *in casu*, não é uma decisão em que se possa fazer a escolha entre a argumentação ou o testemunho empírico, é uma decisão em que opera exclusivamente a argumentação, ou seja, critérios de verosimilhança e de experiência comum, que não visam já fixar factos (propósito que os mesmos critérios também podem ter, ao trabalharem sobre o resultado do labor probatório, no quadro do princípio de livre apreciação da prova), mas operam sobre factos já fixados, que interpretam, explicam um comportamento, dando-lhe um determinado significado, um determinado significado jurídico.

Saber, por exemplo, se ao arguido foi dito que a arma estava carregada com cartuchos contendo “verdadeira” pólvora, ou se o arguido apontou a arma ao peito ou ao braço da vítima, ou ainda se foi o arguido que fabricou um dado documento, isso é matéria de prova, ou seja, trata-se de factos a fixar¹³⁵, acentuando mais o testemunho empírico ou a

¹³⁵ Se esta fixação de factos é descrição ou antes constituição (ou construção, talvez, melhor dizendo), é matéria em que aqui não cabe entrar, podendo ver-se uma análise geral desta questão, à luz de vários pontos de partida filosóficos (ou talvez devamos dizer epistemológicos), em FERNANDO GIL, *Provas*, nomeadamente págs. 45 e ss.. Descrição ou constituição ou talvez uma terceira via, como afirma FERNANDO GIL, na obra citada, em jeito de síntese, a págs. 103: “*A interface do sujeito e do mundo a cada momento chama-se, pelo lado do sujeito, experiência cognitiva e, pelo lado do objecto, horizonte da informação. Trabalhando no interior deste horizonte, a imaginação científica guarda uma vocação simultaneamente realista e plural. A epistemologia ambicionou uma ciência decalcada sobre um realismo epistémico da representação, enquanto a crítica do positivismo desemboca*

verosimilhança e as regras da experiência comum (ou, na insuficiência destas duas “ferramentas” probatórias, recorrendo ao princípio *in dubio pro reo*¹³⁶).

Saber se o arguido, por exemplo, ao disparar a sobredita arma “sabia” e “queria” a possibilidade da morte da pessoa visada pelo disparo já não é, a nosso ver, matéria de testemunho empírico, mas matéria de explicação, explicação social e, *et pour cause*, jurídica de comportamentos¹³⁷. Ou seja, como sintetiza CASTANHEIRA NEVES¹³⁸: “...*todo o problema de realização ou de aplicação concreta do direito se vem a analisar num perguntar pelos pressupostos materiais, pelos “dados” reais ou factuais duma problemática juridicidade – numa quaestio facti –, e num perguntar pela validade jurídica, pelo sentido jurídico ou juridicidade desses factos – numa quaestio juris.*” É já neste segundo campo que, dizemos, se situa o perguntar pelo dolo penal.

E não se diga que aqueles “saber” e “querer” apontados como característicos do dolo penal também são susceptíveis de testemunho empírico, testemunho esse proveniente do seu “autor” ou do seu sujeito, ou seja, o autor (*lato sensu*, ou o participante, se quisermos ser mais precisos) do facto criminalmente relevante. Em primeiro lugar, temos para nós que, mesmo para o arguido, aqueles “saber” e “querer” são insusceptíveis de testemunho, se não sempre, pelo menos o mais das vezes. Não podemos, não queremos e não sabemos entrar aqui em uma abordagem psicológica da questão, mas não queremos deixar de dizer que pensamos que os referidos “saber” e “querer”, sendo, na sua essência, fenómenos psíquicos, são intangíveis, de um ponto de vista testemunhal, também para o seu referido “autor” ou “sujeito”. Quantas vezes saberá o seu autor dizer o que pensou e sentiu (ou vice-versa) no momento da prática do acto? E quantas vezes, se o autor o souber dizer, o não dirá já à luz do que é verosímil que tenha pensado e sentido? Permitam-se as perguntas. E permita-se também que citemos e façamos nossas, em jeito de arrimo, quanto a este

no idealismo da representação. A razão científica parece praticar a terceira via de um realismo da interpretação ou, mais frequentemente, de um realismo do conflito das interpretações.”

¹³⁶ Sobre o princípio *in dubio pro reo*, *vd.* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, págs. 211 e ss..

¹³⁷ Avisadamente, ensina KENNY (citado em MARIA FERNANDA PALMA, mencionado *Distinção ...*, págs. 117-118): “*Os próprios conceitos de estados mentais têm como sua função habilitar-nos para interpretar e compreender a conduta de seres humanos... Os conceitos mentalísticos que são usados na lei não podem ser compreendidos à parte da sua função de explicar e tornar inteligível o comportamento de agentes humanos.*”

particular, as palavras de MARIA FERNANDA PALMA¹³⁹, quando afirma que “*no intrincado processo social de comunicação e de acção social, os estados mentais são critérios de interpretação, de reconhecimento de acções, pré-estabelecidas*”, sendo que os mesmos se impõem ao próprio sujeito que actua, razão pela qual a “*relação (de reconhecimento) do sujeito para com o seu acto [é] conformada pela sociedade ...*”.

Por outro lado, à luz do processo penal hodierno, o arguido não é mero objecto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas (tendencialmente¹⁴⁰) iguais às dele¹⁴¹ – o que, antes do mais, decorre do princípio da presunção da inocência do arguido –, devendo frisar-se que daqui decorre – e em ligação com o princípio (o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais) da preservação da dignidade pessoal – que a utilização do arguido como meio de prova é sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade; ou seja, o arguido, em matéria de prova, não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal, além de que a sua confissão (por si, já um acto espontâneo de colaboração) se acha rodeada de especiais cuidados, como facilmente se afere da análise dos

¹³⁸ Citado *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ...*, pág. 42.

¹³⁹ Citado *Distinção ...*, pág. 119.

¹⁴⁰ Pretendemos referir-nos à posição jurídica “supraordenada” (a expressão é de FIGUEIREDO DIAS, citado *Direito Processual Penal*, Vol. I, pág. 250) em que o Ministério Público (*maxime* no inquérito e na instrução) se encontra relativamente ao arguido. É significativo o facto de o Tribunal Constitucional ter frisado que, “*pese embora o facto de o posicionamento do arguido num processo de tipo acusatório dever revestir uma situação de reciprocidade dialéctica face à acusação, o certo é que não pode inteiramente ignorar-se a especial postura do Ministério Público enquanto exerce a acção penal e defende a legalidade democrática, surpreendendo-se aí uma perspectiva complexa de funções que lhe compete assegurar*” (Acórdão do Tribunal Constitucional, 1ª Secção, de 18.4.1990, nº 118/90, *Boletim do Ministério da Justiça*, 396, 123). A este respeito, *vd.* também JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Processo Penal - 1* (Coimbra, Livraria Almedina, 1981), págs. 402 a 404, onde faz uma acutilante análise sobre a superioridade do acusador face ao arguido no processo penal, acentuando também a ideia de que certos aspectos do estatuto do arguido visam compensar esse “desnível” entre o Ministério Público e o arguido; ideia que acompanhamos, mas sem deixar de frisar que o actual estatuto do arguido no nosso processo penal decorre, em primeira linha, da dignidade da pessoa humana, no quadro de um Estado de Direito democrático. Veja-se também, do mesmo autor, *O Futuro do Processo Criminal* (conferência proferida em 1983, s.l., s.n., s.d.), pág. 95.

¹⁴¹ Veja-se FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, págs. 149 e ss., sobre o mais genérico princípio do contraditório. Especificamente sobre o princípio da igualdade de armas, veja-se JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, “*Sobre o Princípio da Igualdade de Armas*” (*Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, Fasc. 1, Janeiro-Março 1991, págs. 77 e ss..

artigos 141º e 344º do Código de Processo Penal¹⁴². Logo, mesmo admitindo a possibilidade de o arguido prestar testemunho empírico sobre os sentimentos e os pensamentos (e aqui incluímos o “saber” e o “querer” ou “aceitar” próprios do dolo) que acompanham o seu acto (do que já duvidámos acima), a dependência da vontade do arguido quanto à prestação de tal testemunho tornaria a “prova”¹⁴³ do dolo praticamente inoperante.

O que acontece, pois, é a fixação do dolo, em sede de decisão judicial penal, com base em regras de experiência comum, critérios de normalidade social¹⁴⁴, de verosimilhança, que, operando sobre a factualidade dada como provada, permitem atribuir um sentido ao comportamento, sentido esse em que se afirmará ou negará o dolo e em que, afirmando-se o dolo, se fixará o mesmo em uma das duas referidas “formas” ou “espécies”. Se, no decurso do processo, o arguido proferiu declarações que vão no sentido das conclusões colhidas com base nos referidos critérios, tanto melhor, para a plausibilidade da decisão. Se as não proferiu, de todo, as mesmas não eram necessárias. Se as proferiu em sentido contrário, o tribunal não lhe dará crédito¹⁴⁵, pois o juiz é livre na qualificação jurídica dos factos¹⁴⁶, sendo certo que – como dissémos e adiante reiteraremos – vemos na fixação do dolo já um momento da qualificação jurídica dos factos, segundo critérios sociais típicos, segundo critérios sociais de explicação.

¹⁴² Sobre esta questão, cumpre mencionar o trabalho de RODRIGO SANTIAGO “*Reflexões sobre as Declarações do Arguido*” como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987”, que versa, sobretudo, sobre a questão do seu valor probatório e sobre o seu regime.

¹⁴³ Com o que já vai dito, facilmente se compreendem as aspas.

¹⁴⁴ Quase poderíamos falar, à maneira de LARENZ, em “*juízos proporcionados pela experiência social*” – *Metodologia da Ciência do Direito*, págs. 343 e ss..

¹⁴⁵ Veja-se, a título exemplificativo, o caso narrado em V-1, *infra*.

¹⁴⁶ Dizemo-lo em sentido genérico, esquecendo a questão da relação entre a qualificação jurídica dos factos feita na sentença e a qualificação feita na acusação e na pronúncia. Questão amplamente debatida, sobre a qual pode ver-se, por todos, FREDERICO ISASCA, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, págs. 100 e ss.. Sobre a questão, veja-se também o recente Acórdão do Tribunal Constitucional nº 445/97 (*Diário da República*, I Série-A, 05.08.97), nos termos do qual se decidiu “*não constituir alteração substancial dos factos descritos na acusação ou pronúncia a simples alteração da respectiva qualificação jurídica, mas tão-somente na medida em que, conduzindo a diferente qualificação jurídica dos factos à condenação do arguido em pena mais grave, não se prevê que este seja prevenido da nova qualificação e se lhe dê, quanto a ela, oportunidade de defesa.*”

Como já ensinava JOSÉ ALBERTO DOS REIS¹⁴⁷, “*as máximas de experiência não podem realmente catalogar-se como factos da causa ... Na apreciação e valoração dos factos da causa [e, antes, na sua fixação, dizemos], no exame das provas, o juiz servir-se-á, naturalmente, das máximas de experiência, como se serve das suas faculdades próprias, da sua cultura, do seu senso crítico, etc.*”.

Ou seja, sintetizando a nossa ideia: o juiz recorre às máximas da experiência, num primeiro momento, para fixar os factos, sindicando o testemunho empírico (aqui entendido como englobando a generalidade dos meios de prova) e, num segundo momento, para atribuir já um significado a esses factos, um significado que não pode ser dado senão por essas máximas da experiência e que já é um significado jurídico, uma qualificação jurídica¹⁴⁸. Ora, este segundo momento, para nós, integra já a *questio juris*.

E, de outro passo, importa atentar particularmente na última parte das palavras de JOSÉ ALBERTO DOS REIS acima citadas. Ou seja, importa ter aqui presente a ideia de que a questão-de-facto, agora de um ponto de vista subjectivo, de um ponto de vista do julgador, prende-se com e exige uma actividade investigatória e o concurso de meios que permitam ao julgador tomar conhecimento dela, actividade investigatória e meios aqueles que nos mostram como a questão-de-facto não pode, em caso algum (salvos os factos notórios e os admitidos por acordo – e pensamos aqui particularmente no processo civil), ser conhecida pelo julgador sozinho, por si, sem o concurso de outros sujeitos e de meios a tal destinados¹⁴⁹. Ao invés, a questão-de-direito, embora exigindo, diríamos, também investigação, resolve-a o juiz por si, sem ser necessário o concurso de outros sujeitos e de outros meios, que não o estudo, a reflexão e os seus conhecimentos, das normas e da vida (o seu “círculo hermenêutico” se quisermos, fazendo apelo às recentes tendências acerca do

¹⁴⁷ *Código do Processo Civil - Anotado*, Vol. V, pág. 97.

¹⁴⁸ Com admirável clareza, escreve NIKISCH (citado em VAZ SERRA, “*Provas (Direito Probatório Material)*”, pág. 97): “*O juiz precisa delas [as regras gerais de experiência], quer para a fixação de factos, quer para a aplicação da lei aos factos fixados. Na primeira direcção desempenham as regras da experiência, antes de tudo, um papel na apreciação da prova e na conclusão a tirar de indícios para factos discutidos, na segunda direcção quando da aplicação de conceitos jurídicos valorativos.*” Ora, é precisamente nesta segunda direcção, a da aplicação de conceitos jurídicos valorativos, que colocamos a questão do dolo penal, como temos vindo a tentar demonstrar.

pensamento de metodologia jurídica¹⁵⁰); entende-se que o tribunal as conhece sem necessidade de ulterior investigação, investigação exterior, chamemos-lhe assim.

No seu *Direito Processual Civil*¹⁵¹, de uma certa forma, CASTRO MENDES aponta para uma ideia que aproximamos (cremos que não abusivamente, apesar da posição do ilustre Professor sobre a distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito¹⁵²) desta que agora sustentamos, ao escrever: “*A questão de direito “que tale” resolve-se em regra por consulta de textos legais facilmente acessíveis ao juiz; e, em seguida, por raciocínio, ou dedução; de um modo íntimo, portanto, que não exige actividade processual diferenciada, para chegar a uma solução exacta ou correcta. A questão-de-facto, porém, exige investigação, a fim de se chegar (quanto possível) a uma solução ou resposta verdadeira; tal investigação tem de ser regulada como uma actividade processual própria e discriminada*”. *Jura novit curia, la cour sait le droit*, máximas pensadas e usadas, geralmente, a propósito das normas jurídicas (num certo sentido estrito – e positivista, digamos), devem ser estendidas, pensamos, a todos os outros conhecimentos que o juiz possui e convoca para a sua decisão, sem necessidade de “*fenómenos de transmissão de conhecimento*”¹⁵³ ou fenómenos de investigação exterior (como já lhe chamámos)¹⁵⁴, fenómenos característicos da actividade probatória.

Diga-se, *a latere*, que não deixa, aliás, de ser significativo, a respeito do que se vem dizendo – a traço um pouco grosso, cumpre reconhecer –, a diferente relevância dada à dúvida do julgador penal em sede de questão-de-facto e em sede de questão-de-direito. Se no que tange à primeira, o julgador penal pode adoptar uma decisão que se funda, ao fim e ao cabo, e que explicita uma dúvida, por via do princípio *in dubio pro reo*¹⁵⁵, no que tange à

¹⁴⁹ O que queremos dizer pode expressar-se através desta frase de VAZ SERRA (citado “*Provas (Direito Probatório Material)*”, pág. 86): “*Uma produção de prova, v.g., mediante audição de um perito, só pode ter lugar quando o tribunal não possui o conhecimento necessário nem o obtém de outro modo ...*”.

¹⁵⁰ Como nas notas 93 e 108, *supra*.

¹⁵¹ IIº Vol., pág. 659.

¹⁵² *Vd. Supra*, II-2, em especial a nota 103.

¹⁵³ A expressão é de CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, IIº Vol. págs. 688-689.

¹⁵⁴ Cumpre referir, a título de excepção (embora não totalmente, dado tudo o que aí se dispõe) a situação prevista no artigo 348º do Código Civil.

¹⁵⁵ O princípio em causa procura responder ao problema da dúvida na apreciação do caso criminal, não a dúvida sobre o sentido da norma, mas a dúvida sobre o facto. Resumindo, o princípio *in dubio pro reo* parte da premissa de que o juiz não pode terminar o julgamento com um *non liquet*, ou seja, não pode abster-se de optar pela condenação ou pela absolvição, existindo uma obrigatoriedade de decisão, e determina que, na

questão-de-direito, não só não existe um princípio ou uma regra que dê ao julgador uma orientação para decidir em caso de dúvida (e com fundamento nela e explicitando-a) quanto ao direito, como também o julgador deve decidir depois de afastar as dúvidas que quanto ao direito possam existir, estudando e refletindo¹⁵⁶.

Do que viemos dizendo, há-de concluir-se, aliás, que as presunções naturais, através das quais se fixa (ou não) o dolo penal, não integrando já a questão-de-facto, não contendem com o princípio *in dubio pro reo*^{157 158} e, por essa via, com o princípio da presunção de inocência do arguido. Do que se trata é já do terreno da questão-de-direito, sendo,

dúvida quanto ao sentido em que aponta a prova feita, o arguido seja absolvido. Por outras palavras: se a prova feita não é suficiente para formar a convicção do julgador no sentido da culpa ou da inocência do arguido, então este deve ser absolvido. Consideramos que o princípio *in dubio pro reo* é um corolário do princípio da presunção da inocência do arguido, sendo o reverso processual do princípio penal da culpa, embora não ignoremos que na doutrina, não é unânime o entendimento acerca da natureza da relação entre o princípio *in dubio pro reo* e o princípio da presunção da inocência do arguido, não exigindo a história a ligação entre um e outro. Sobre esta questão, *vd.* CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis e In Dubio Pro Reo*, págs. 41 e ss. e 54 e ss., com análise detalhada da questão e dos possíveis fundamentos do princípio *in dubio pro reo*. Com o mesmo entendimento que aqui sustentamos sobre a questão, por exemplo CAVALEIRO FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, I, pág. 212: “*A prova para condenação tem de ser plena, enquanto a dúvida ou incerteza impõe a absolvição. É essa a consequência da presunção de inocência, que a razão material impõe, e a Constituição elevou a princípio constitucional.*” Também FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, pág. 217, MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, “*O Princípio In Dubio Pro Reo e o Novo Código de Processo Penal*”, pág. 596, citando GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, e também pág. 602. Cumpre realçar, todavia, a ligação deste princípio a outros princípios processuais penais, como, por exemplo, o da livre apreciação da prova.

¹⁵⁶ “*Em caso de dúvida sobre o significado das normas, deve, com efeito, o intérprete socorrer-se de todos os elementos que permitam a averiguação da verdadeira vontade do legislador.*” – EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, pág. 150. Sobre a inaplicabilidade do *in dubio pro reo* à dúvida sobre o sentido da norma, *vd.* GIUSEPPE BETTIOL, “*La Regola “In Dubio pro Reo” nel Diritto e nel Processo Penale*”, págs. 247-248. Acerca da dúvida que subjaz ao *in dubio pro reo*, *vd.* CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis e In Dubio Pro Reo*, págs. 11 e ss.. Prescreve o artigo 8º, nº 1 do Código Civil: “*O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou a obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio.*” E o artigo 3º, nº 2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei nº 21/85, de 30 de Julho) estabelece: “*Os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei, ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado*”. Para lá dos preceitos legais, esta obrigatoriedade de decisão é imposta pela finalidade processual da restauração da paz jurídica, paz jurídica comunitária e do arguido.

¹⁵⁷ *Vd.* a nota 155, *supra*.

¹⁵⁸ Em sentido idêntico, FIGUEIREDO DIAS, em “*Ónus de Alegar e de Provar em Processo Penal?*” (pág. 142), embora não concordemos com o autor quanto à referência que faz ao princípio da livre apreciação da prova, por não estarmos já, como sustentámos, no terreno da prova: “*... outra coisa completamente diferente – e, esta sim, aceitável – seria a necessidade de o juiz comprovar a existência do dolo através de presunções naturais (não jurídicas) ligadas ao princípio da normalidade ou da regra geral ou às chamadas máximas da vida e regras da experiência. Esta é porém uma circunstância que respeita unicamente ao princípio da livre apreciação da prova e da livre convicção do juiz, mas de nenhuma maneira contende com o princípio in dubio pro reo ou reverte à aceitação – e muito menos à inversão –, em processo penal, de qualquer ónus de alegação e de prova.*”

portanto, a questão do dolo e as regras da experiência que servirão de base à sua demonstração (ou não) objecto de discussão e de argumentação¹⁵⁹, como é próprio dos juízos jurídicos. Não esquecemos, contudo – e frisamos –, que não deve deixar-se de ter presente, neste particular, como em toda a decisão judicial, para os casos de dúvida (mesmo de dúvida no seio já da *quaestio juris*), um princípio geral de *favor rei*, que, a par com o princípio *in dubio pro reo*, relativo à questão-de-facto, há-de gerar um princípio *in dubio pro libertatis* relativo à questão-de-direito. Note-se, contudo – em coerência, aliás, com o que já dissémos –, que a incidência dos dois princípios é diferente, pois, enquanto o *in dubio pro reo* constitui uma regra de decisão, em caso de dúvida sobre os factos, o *in dubio pro libertatis* constitui unicamente um critério de heurística e hermenêutica de regras, com base nas quais se decidirá a questão-de-direito.

E, aqui chegados cumpre, em coerência com o que vimos dizendo, avançar (talvez *contra legem*, embora consideremos que não é grande a nossa ousadia¹⁶⁰) para a afirmação de que as presunções, quer as presunções legais¹⁶¹ quer as naturais¹⁶², não constituem meios de prova¹⁶³. Pois, na verdade, não vemos nelas os fenómenos de transmissão de conhecimentos e de investigação exterior que acima assinalámos. Vemos nelas unicamente regras, de enunciado legal, ou de enunciado vivencial (digamos assim), que orientam o julgador na sua decisão quanto ao caso, ao caso da vida que lhe cumpre decidir. Resumindo, diremos que a

¹⁵⁹ E esse é precisamente o papel da defesa nesta matéria, ou seja, o de procurar demonstrar que é outra a regra de experiência, ou que tem outro alcance, ou que deve ser outra a sua “assimilação” aos factos. Afinal, nas presunções naturais, o natural representa uma propriedade habitual, mas não necessária.

¹⁶⁰ Com efeito, já CASTRO MENDES (*Direito Processual Civil*, IIº Vol., pág. 696), ensinava: “A lei prevê a presunção mais como uma dispensa de prova (“*relevatio ab onere probandi*”) que como um meio de prova...” Em sentido idêntico, ainda que não tão expressivamente, VAZ SERRA, “*Provas (Direito Probatório Material)*”, págs. 181 e ss.; mais expressivamente, na pág. 198.

¹⁶¹ Cfr. artigo 350º do Código Civil.

¹⁶² A lei (cfr. artigo 351º do Código Civil) e alguma doutrina preferem o termo “presunções judiciais” (termo, aliás, que pensamos ser mais amplo do que “presunções naturais”). Pode ver-se escrito em *Código Civil – Anotado*, Vol. I, de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, pág. 312, o seguinte: “As presunções podem ser legais, se estabelecidas pela lei, ou judiciais, simples ou de experiência, quando assentam no simples raciocínio de quem julga. Estas últimas inspiram-se nas máximas da experiência, nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana.” Aqueles autores (*ibidem*) consideram que as presunções são meios de prova.

presunção natural (pois é ela que nos interessa neste trabalho, por ser a ela que se recorre no que ao dolo respeita, como referimos, pois é extraída de regras gerais de experiência¹⁶⁴) não é um meio de prova, mas sim um critério, uma regra de explicação, de validade, de relevância jurídica dos factos, esses sim objecto da prova: trata-se, pois, já do momento da questão de direito – e quer da questão-de-direito em abstracto, quer da questão-de-direito em concreto.

As referências que temos vindo a fazer à questão que nos ocupa têm tido, em grande parte, subjacentes os ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES (que, na terceira parte deste trabalho, muito esquematicamente, enunciámos). Cumpre agora – também em jeito de conclusão – fazer uma ligação mais directa e mais visível entre as afirmações que temos vindo a expender e o pensamento daquele autor, dizendo que quer a sua tese mais estritamente ligada aos poderes de cognição do tribunal de revista, quer a sua tese acerca da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito como matéria central do problema metodológico-jurídico, nos autorizam a concluir, a nosso ver¹⁶⁵, que o dolo enquanto elemento subjectivo do tipo, melhor, a decisão judicial sobre ele, faz parte da questão-de-direito (estando, *ipso facto*, abrangida pelos poderes de cognição do tribunal de revista¹⁶⁶).

No quadro traçado pelo autor a respeito da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, no campo do problema metodológico-jurídico, vemos a decisão relativa ao dolo quer na questão-de-direito em abstracto, quer na questão-de-direito em concreto, como já dissémos. Na verdade, tendo dito que a decisão judicial relativa ao dolo penal se funda numa “gramática social” de explicação e interpretação dos comportamentos, “gramática”

¹⁶³ Embora a lei, nomeadamente no que respeita às presunções legais, lhes chame assim (veja-se a epígrafe - “Provas”- do capítulo do Código Civil onde se integram os artigos relativos às presunções, artigos 349º a 351º). Contudo, é ponto assente que ao legislador não competem as definições e a dogmática jurídicas.

¹⁶⁴ “As presunções podem ser legais (*iuris*), se estabelecidas pela lei ... ou simples, de facto, naturais, de homem, judiciais ou de experiência, se derivam apenas da experiência ou curso regular das coisas...” – VAZ SERRA, “Provas (Direito Probatório Material)”, pág. 181.

¹⁶⁵ A nosso ver e segundo a nossa própria visão da tese do autor, pois, na sua citada dissertação de doutoramento, CASTANHEIRA NEVES não é claro quanto à inclusão da questão das decisões tomadas com base nas regras de experiência comum na questão-de-facto ou na questão-de-direito (vejam-se, por exemplo, as págs. 38 e 39 daquela obra).

¹⁶⁶ *Vd. Infra*, 4.

essa que considerámos já situada fora do terreno da prova e que dissémos ser jurídica (porque para lá da possibilidade de comprovação histórico-empírica, no campo já dos juízos e das valorações e atribuições de significado), e tendo dito que a decisão judicial relativa ao dolo é tomada com base em tais critérios, operando sobre os factos dados como assentes (factos esses que assim, têm o papel de índices ou factores determinativos de uma certa qualificação jurídica – neste caso a qualificação do comportamento do agente como doloso), não podíamos agora deixar de concluir que a determinação – determinação que corresponde à questão-de-direito em abstracto - do critério jurídico que haverá de orientar e concorrer para fundamentar a solução do caso integra também a determinação daquelas regras que presidirão à decisão sobre o dolo. Ensina-nos CASTANHEIRA NEVES que a questão-de-direito em abstracto corresponde à escolha da regra aplicável, ou melhor, do conjunto de regras convocadas para o caso *sub judice* (a norma aplicável mais não sendo do que uma hipótese de solução do caso concreto, uma antecipação ou projecto de solução, que na questão-de-direito em concreto se submeterá a uma verdadeira experimentação metodológica). No conjunto de regras convocadas para o caso *sub judice*, no quadro da questão-de-direito em abstracto, não pode deixar de ver-se também aquelas regras que, não sendo jurídicas em um sentido estrito, tradicional e positivista do termo, não deixam de sê-lo, se virmos como regra do direito toda aquela regra que permite atribuir uma significação juridicamente relevante, significação que não vive e não vale para lá da sua específica intencionalidade jurídica, por outras palavras¹⁶⁷.

E, assim sendo, tal critério de decisão, encontrado no “momento” da questão-de-direito em abstracto, há-de ser chamado à decisão, no “momento” da questão-de-direito em concreto, ou juízo, no “momento” do “juízo decisório”, de comprovação, por um lado, da relevância jurídica do caso, da situação histórico-concreta problemática (questão-de-facto no primeiro momento assinalado) e, por outro, da adequação (hoje deveríamos dizer da “assimilação”,

¹⁶⁷ Uma vez mais, as palavras de CASTANHEIRA NEVES são aqui exemplares (a págs. 40 do seu mencionado *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ...*): “...esse momento [“momento” da *quaestio juris*] é praticamente indissolúvel da efectiva determinação daqueles conteúdos jurídicos, e ... a referência ao momento factual está sempre condicionada pela decisão da questão de saber – questão que não é “de facto” – se os elementos que no caso concreto

dando nota dos avanços feitos no campo da metodologia jurídica¹⁶⁸) das normas convocados para a decisão à referida situação histórico-concreta problemática.

Por outro lado, como acima assinalámos, CASTANHEIRA NEVES¹⁶⁹ sustenta, no que concerne aos poderes de cognição do Supremo Tribunal, enquanto tribunal de revista, que, admitido o recurso por um fundamento legalmente previsto, o S.T., como tribunal de revista, conhecerá da causa até onde o exija a conexão problemática das questões, desde que lhe permitam os poderes processuais de que pode dispor. Ora, do que dissémos acima – *maxime* acerca do facto de a decisão tomada pelo julgador com base em presunções não necessitar do concurso de outros sujeitos ou meios que não o estudo, a reflexão e a convocação dos seus próprios conhecimentos – facilmente se conclui que o Supremo Tribunal, como tribunal de revista, dentro dos seus poderes processuais – sem necessitar, portanto, de actividade probatória –, e pela conexão problemática das questões, poderá rever a decisão relativa ao dolo penal. Outra coisa não terá que fazer – dizemos, de modo um pouco simplista – do que avaliar se a regra de experiência enunciada existe, se efectivamente tem o alcance que lhe foi dado e se foi correctamente “assimilada” aos factos^{170 171}.

E diga-se, por fim, que nos parece que, das três teses tradicionais relativas à distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito que acima¹⁷² elencámos e cujo alcance descrevemos, apenas uma dessas teses, a que apontámos em terceiro lugar, não permite

integram esse momento são índices ou factores determinativos de um certo direito – i.e., exige a qualificação jurídica, ou a consideração do relevo para um conhecimento jurídico a imputar a esses elementos.”

¹⁶⁸ Como nas notas 93 e 108, *supra*.

¹⁶⁹ A págs. 36 da sua citada dissertação de doutoramento.

¹⁷⁰ VAZ SERRA, no (já repetidamente) citado “*Provas...*”, inclina-se para a admissibilidade de as decisões tomadas com base em presunções naturais poderem ser objecto de recurso de revista, por razões que poderemos aproximar (embora o autor as não exponha claramente) das que aqui enunciámos. Na verdade, afirma o ilustre mestre, a págs. 192-193: “... *estas presunções parece que deveriam poder ser objecto de recurso de revista, na medida em que se trate de aplicação de regras de experiência, susceptíveis, como as normas legais, de aplicação a uma generalidade de casos.*”

¹⁷¹ Em “*Crime preterintencional, causalidade adequada e questão-de-facto*”, FIGUEIREDO DIAS chega a solução idêntica à nossa, no seu caso relativamente à questão da causalidade adequada, matéria que o autor aí considera ser susceptível de apreciação pelo Supremo Tribunal de Justiça, enquanto tribunal de revista, precisamente por ser matéria relativamente à qual a decisão se baseia em regras de experiência.

¹⁷² *Vd. Supra*, II-2.

considerar a decisão relativa ao dolo penal como fazendo parte da questão-de-direito. Efectivamente, a tese que expusémos em segundo lugar – tese de carácter gnoseológico – permite considerar a decisão relativa ao dolo penal como fazendo parte da questão-de-direito, pois aquela decisão implica juízos de valor ou actos de avaliação, como vimos. Quanto à tese que expusémos em primeiro lugar – tese de índole lógica -, embora o ponto não seja isento de dúvidas, pensamos que também ela permite remeter a decisão quanto ao dolo penal para a questão-de-direito, pois, como se viu acima, os conceitos mentalísticos associados ao dolo, pela sua específica intencionalidade jurídica, jurídico-explicativa, não podem ser considerados conceitos ou expressões de sentido comum, ou seja, que vivam e valham para lá da sua específica intencionalidade jurídica.

2. Importa agora, para fechar, dedicarmos algumas palavras às consequências da tese que expendemos nos números precedentes relativamente à inclusão da decisão relativa a dolo penal na questão-de-direito em sede de processo penal, mais concretamente em sede de recursos.

O artigo 410º do Código de Processo Penal parece consagrar, quanto ao problema da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, uma tese clássica, ou seja, uma tese que assenta na dicotomia facto/direito, ou melhor, facto/regra jurídica. Isto no seu nº 1, onde se estabelece: *“Sempre que a lei não restringir a cognição do tribunal ou os respectivos poderes, o recurso pode ter como fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida.”*

Já o seu número 2 vai um pouco mais longe, ao estabelecer: *“Mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum: a) A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada; b) A contradição insanável da fundamentação; c) Erro notório na apreciação da prova.”* Temos, pois, por via da previsão do nº 2 do artigo 410º do Código de Processo Penal, as regras da experiência comum colocadas

numa “zona intermédia”¹⁷³, podemos dizer, entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, podendo, pois, a decisão relativa ao dolo penal, tomada nos termos em que aqui expusémos, estar abrangida pelo referido nº 2 do artigo 410º do Código de Processo Penal, maxime pelas suas alíneas a) e c).

Contudo, a possibilidade de revista, pelo Supremo Tribunal, no que concerne ao dolo penal, no quadro do disposto no citado artigo 410º do Código de Processo Penal e no quadro de uma tese que considere a decisão relativa ao dolo penal como integrando ainda a questão-de-facto, sempre será limitada àqueles casos em que, da própria decisão recorrida, resulte “contradição nos termos”, digamos assim, ou seja, em que, por exemplo, a decisão proferida contradiga o enunciado feito da regra de experiência comum, ou o alcance que lhe foi dado na própria decisão recorrida. Não em todos os casos (para afirmar, por exemplo, que a regra não existe, ou que não tem o alcance que lhe foi dado). Na verdade, o nº 2 do artigo 410º do Código de Processo Penal refere “insuficiência para a decisão”, a “contradição insanável”, “erro notório”¹⁷⁴, ou seja, trata-se sempre e só de vícios patenteados pela decisão recorrida, compaginando os seus passos, *maxime* a motivação e a parte estritamente decisória¹⁷⁵.

Assim, a tese que aqui perfilhámos amplia, consideravelmente, os poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto tribunal de revista (e, desde logo, põe termo às dúvidas expostas acerca da inclusão e em que termos da decisão relativa ao dolo penal nos poderes de cognição do Supremo Tribunal, por via do nº 2 do artigo 410º do Código de

¹⁷³ “Zona intermédia” para efeitos de recurso, digamos, pois a redacção do corpo do referido nº 2 do artigo 410º do Código de Processo Penal deixa perceber claramente que, para o legislador, não se trata de matéria de direito. Expressivamente quanto a este ponto, afirma MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, em “O Princípio In Dubio Pro Reo...”, pág. 590: “... não queremos deixar passar esta oportunidade sem expressar a dúvida de que as matérias compreendidas nos n.ºs. 2 e 3 do art. 410º se restrinjam à formulação do juízo de facto. É que, se não é ainda de qualificação jurídica que aí se fala, o que é certo é que essas disposições exigem uma distinção mais subtil do que aquela que se poderá dizer existir entre o núcleo da questão-de-facto e os aspectos de óbvia pertença à questão-de-direito.”

¹⁷⁴ É bem certo que é duvidosa a extensão da previsão relativa ao “erro notório”, no sentido de saber se tem um alcance apenas “intraprocessual”, tomando por base o enunciado da decisão recorrida, ou também “extraprocessual”, permitindo um juízo do tribunal *ad quem* para lá daquele enunciado. Tem-se entendido, maioritariamente, que o alcance é “intraprocessual”. Veja-se a nota seguinte.

Processo Penal). O que alarga, enormemente, a garantia de recurso (mormente por parte do arguido), pois é certo que, entre nós, vigora o sistema de apenas um grau de recurso sendo certo que é para o Supremo Tribunal de Justiça, cujos poderes de cognição estão limitados à matéria de direito, que se recorre da maior parte dos mais importantes (ao nível, sobretudo, das suas consequências em termos de medida das penas) decisões penais¹⁷⁶. Ao dizermos que a decisão relativa ao dolo penal integra já a questão-de-direito, estamos a dizer que, à face do nosso actual sistema processual penal, o Supremo Tribunal de Justiça, em sede de recurso ordinário, e enquanto tribunal de revista, poderá conhecer dessa mesma questão do dolo, para lá dos casos previstos nas várias alíneas do n.º 2 do art.º 410.º do Código de Processo Penal (únicos casos em que – como se viu - a questão do dolo poderia ser tratada pelo Supremo Tribunal de Justiça, se se considerar que, ao contrário do que aqui sustentámos, aquela questão do dolo não integra a *quaestio juris*, mas sim a *quaestio facti*¹⁷⁷).

Mas não só em sede de recurso ordinário, também em sede de recurso para fixação de jurisprudência, previsto no artigo 437.º do Código de Processo Penal, o que é tanto mais importante, em termos de alargamento das garantias dos sujeitos processuais por via do recurso, quanto mais levarmos em conta que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça no âmbito de recursos para fixação de jurisprudência constituem jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, conforme estabelece o artigo 445.º do Código de Processo Penal.

¹⁷⁵ Sobre o entendimento jurisprudencial acerca do preceituado no artigo 410.º do Código de Processo Penal, veja-se S. SANTOS, LEAL-HENRIQUES E B. DE PINHO, *Código de Processo Penal – Anotado*, 2.º Vol., págs. 511 e ss..

¹⁷⁶ Cfr. os artigos 432.º e 433.º do Código de Processo Penal.

¹⁷⁷ Note-se que, considerando, como consideramos, que a decisão relativa ao dolo penal faz parte da questão-de-direito, a sua apreciação por parte do Supremo Tribunal de Justiça dispensa o reenvio ao abrigo e nos termos dos artigos 426.º e 430.º do Código de Processo Penal, pois trata-se tão-só de interpretação e valoração de factos, à luz de regras de experiência comum. Aqueles artigos, aliás, sempre constituiriam mais uma limitação ao alcance do recurso relativo ao dolo penal por via do n.º 2 do artigo 410.º do Código de Processo Penal.

A não ser como defendemos, ficaria fora do âmbito do recurso, fora dos casos previstos nas alíneas do n.º 2 do artigo 410.º do Código de Processo Penal, a decisão relativa ao dolo por parte dos tribunais criminais colectivos e do júri¹⁷⁸.

E cumpre chamar ainda à colação – com o que terminamos esta parte - as seguintes palavras – que não são apenas dogmáticas, mas também programáticas, e que fazemos nossas – de FIGUEIREDO DIAS¹⁷⁹: *“Porque uma coisa me parece certa: se se pretende manter algum sentido prático à distinção entre matéria de facto e matéria de direito, mas do mesmo passo se recusa a qualificação como matéria de direito de toda a questão que pode ser decidida com o mero apelo às máximas da experiência, está-se a permitir que as instâncias subtraíam qualquer questão à censura do tribunal supremo só por terem tido o cuidado de usar no “texto” das suas decisões o “nome” do conceito jurídico que em espécie o tribunal de revista entende que deveria ser usado. Nesta altura, a função de controlo dos supremos tribunais será exactamente nenhuma, porque inclusivamente se recusarão a atingir decisões que, violando as próprias regras da experiência, têm que perder toda a esperança de lograr, relativamente aos arguidos e aos cidadãos em geral, aquela forma de convencimento a que aspiram e que, afinal, as justifica.”*

3. Aqui chegados, cumpre concluir – embora tenhamos ainda que alinhar, em um capítulo quinto, algumas notas jurisprudenciais relativas ao tema que procurámos tratar. E, aqui chegados, ao concluirmos o caminho que procurámos esboçar no terreno do dolo penal e da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, temos para nós que, mais do que vencer as dificuldades que, à partida, sabíamos povoarem aquele terreno, descobrimos novas e maiores dificuldades, que não estamos seguros de vir a vencer e muito menos de as termos aqui vencido.

Damos, todavia (e por isso, quanto mais não seja) por bem empregue e frutuoso o esboço de caminho que procurámos fazer. Mais do que resolver as questões, pretendemos levantá-

¹⁷⁸ Relativamente às decisões dos tribunais criminais singulares, cfr. os artigos 428.º e 364.º do Código de Processo Penal.

las; mais, muito mais, do que sentenciar, pretendemos perguntar. Não levantámos, todavia, sabêmo-lo, muitas das questões que poderiam ter cabimento em um trabalho dedicado ao tema que elegemos; outras, porventura, não as levantámos da melhor forma; outras ainda ficarão apenas levemente entreabertas, quase só prenunciadas.

D'entre estas últimas, chamamos aqui – e com ela, em jeito de interrogação, queremos concluir – a questão - afinal, magna – do conceito de dolo penal, do conceito de dolo penal que temos e damos por assente. E avançamos para a pergunta, inevitável, que é a de saber se as perguntas e as respostas que aqui ensaiámos a propósito do enquadramento da decisão relativa ao dolo penal na questão-de-facto ou na questão-de-direito não trazem uma nova luz àquele conceito de dolo penal; ou se, ao invés, quanto a isso, nada muda, permanecendo a questão que aqui tratámos como uma questão de índole unicamente metodológico-jurídica e processual, não nos chamando para e não nos obrigando a um novo (ou, ao menos, um revisto) conceito de dolo penal. Esta questão, naturalmente, já não podemos aqui tratar. Ficam o seu enunciado e a espera por melhor ensejo, nosso ou de outros.

Diga-se ainda que, com o nosso trabalho, não pretendemos sublinhar uma ética de responsabilidade, em detrimento de uma ética de atitude (nem o contrário) – essa não foi a questão que nos ocupou (aliás, como já referimos, não nos é cara a ideia da eticização do Direito Penal - ao menos, muito marcada), e dizemos até que nos parece que os resultados a que chegámos acerca da questão que nos ocupou não terão “grande influência na escolha de uma daquelas duas “éticas”. Do que procurámos tratar foi unicamente dos critérios que presidem à decisão relativa à atitude ou à responsabilidade penalmente relevantes que se assacam ao agente, na categoria do tipo. Qual a configuração de uma e outra, é já outra questão, bem diversa desta. Cremos, porém, que, se alguma coisa o nosso trabalho traz para a discussão à volta daquelas “éticas” é a demonstração de que a fixação da “atitude” ou da “responsabilidade” referidas há-de ser sempre social-explicativa, social-típica, social-valorativa. Tudo o que está para além disso é um “continente desconhecido”. Ou, por

¹⁷⁹ A págs. 284 do citado “*Crime preterintencional, causalidade adequada e questão-de-facto.*”

outras palavras – e com isto concluímos, e resumimos a nossa ideia –, a “representação” e a “vontade” tidas como elementos do dolo penal não são fenómenos (ou factos) mentalísticos, são sim conceitos mentalísticos, que não são descritivos, mas explicativos e valorativos, e que, como todos os conceitos, mais não são do que o arrimo para a resolução de um determinado problema, para a fixação de uma específica intencionalidade – problema e intencionalidade esses que, *in casu*, são jurídicos.

V. NOTAS JURISPRUDENCIAIS

1. Um caso, tornado exemplar

Pela 2ª Secção da 4ª Vara do Tribunal Criminal da Comarca de Lisboa, sob o número 262/95, correu termos um processo, no qual os arguidos, José e Joaquim, vinham acusados da prática de dois crimes de falsificação de documentos, previstos e punidos pelo artigo 228º, nº 1, alínea c) e nº 2, com referência ao artigo 229º, ambos da versão de 1982 do Código Penal, e pelo artigo 256º, nº 1, alínea c) e nº 3, com referência ao artigo 255º, ambos da versão de 1995 do Código Penal. Isto porquanto os arguidos teriam apresentado na Direcção-Geral de Viação de Lisboa, para troca, duas cartas de condução, ambas emitidas pelos Serviços de Viação e Trânsito de Luanda, cartas essas que, na sequência dos processos que correram termos na Direcção-Geral de Viação de Lisboa, se veio a apurar serem falsificadas. Tais cartas haviam sido obtidas pelos arguidos através de um seu irmão, de nome Simão, o qual, por sua vez, as obtivera junto de um indivíduo conhecido por Filipe, de nacionalidade supostamente angolana.

Nos termos do artigo 315º do Código de Processo Penal, apresentaram os arguidos contestação, alegando, em síntese, que as suas condutas não configuravam a prática dos crimes de falsificação de documentos de que vinham acusados, uma vez que não haviam realizado o elemento subjectivo daquele tipo de crime. Razão pela qual pediam a sua absolvição.

Com efeito, alegaram os arguidos em sede de contestação – e repetiram em sede de audiência de julgamento –, resumidamente, o seguinte: certo dia, no ano de 1990, quando os arguidos, bem como o seu irmão Simão, trabalhavam numa obra em Alverca, depois de um desabafo de um deles sobre as reprovações na prova teórica sobre o Código da Estrada e sobre os impedimentos e dificuldades que o facto de os arguidos não terem carta de condução lhes trazia, um indivíduo de raça negra, supostamente angolano, conhecido por Filipe, que com eles lá trabalhava, disse que poderia obter duas cartas de condução angolanas para os arguidos e ofereceu-se para o fazer. Acrescentado que o faria por meios legais, bastando para tanto, que lhe fossem dadas fotografias dos arguidos e os seus Bilhetes de Identidade. Disse ainda esse indivíduo que as cartas custariam 20.000\$00 cada

uma. Aos arguidos pareceu a ideia boa. E, ignorando quase tudo sobre Angola, designadamente sobre o modo como aí se obtêm cartas de condução, confiando que tudo seria feito de modo legal, como o dito Filipe (angolano) lhes dissera, resolveram os arguidos obter as cartas de condução angolanas, prometidas pelo dito Filipe. Assim, o Simão, irmão dos arguidos, pediu àquele que tratasse, então, das cartas de condução, em Angola, entregando-lhe fotografias e os Bilhetes de Identidade dos irmãos. Algum tempo volvido, o Filipe trouxe as cartas de condução, as quais pareceram aos arguidos ser genuínas e estar em ordem. Posteriormente, os arguidos entregaram essas cartas na Direcção-Geral de Viação de Lisboa, para troca. Veio a saber-se, mais tarde, que as mesmas eram falsificadas, o que surpreendeu, transtornou e preocupou os arguidos e o seu irmão Simão, bem como as suas famílias. Chamados à Polícia Judiciária, os arguidos e o Simão não procuraram furtar-se às suas responsabilidades e contaram tudo o que sabiam, tendo colaborado com aquela Polícia, no que puderam, relativamente à identificação e à localização do dito Filipe, o qual se supõe ser o autor da falsificação das cartas de condução. Os arguidos, bem como o seu irmão Simão – que sempre e só os procurou ajudar – estavam sinceramente arrependidos e vexados como que se passou, que ficou a dever-se, tão-só, à ingenuidade dos arguidos e do seu irmão Simão. Os arguidos e o seu irmão Simão confiaram no mencionado Filipe – ingenuamente, admitia-se – nunca supondo e nunca medindo as consequências que daí poderiam advir. Se tivessem sabido ou suposto que as cartas de condução não eram genuínas e legais, nunca os arguidos as teriam querido e apresentado para troca na Direcção-Geral de Viação de Lisboa. Os arguidos, bem como o seu irmão Simão, são homens honestos e trabalhadores, com família a cargo e de modesta condição económica, estando bem integrados na sociedade. A conduta dos arguidos e do seu irmão Simão sempre foi irrepreensível, quer antes, quer depois dos factos em apreço nos autos.

Perante isto, concluíam os arguidos que a sua conduta não configurava a prática de crime de falsificação de documentos, pois, nos termos do artigo 228º, nº 1, alínea c) do Código Penal na versão de 1982 (bem como os termos do artigo 256º, nº 1, alínea c) do Código Penal na versão de 1995), pratica um crime de falsificação de documentos “*quem, com intenção de causar prejuízo a outrem ou ao Estado, ou de alcançar para si ou para terceiro um benefício*

ilegítimo, usar um documento ... falsificado ou fabricado por terceiros ...". É verdade – alegavam os arguidos - que ao entregarem na Direcção-Geral de Viação de Lisboa, para troca, as cartas de condução dos autos, teriam feito uso de documentos falsificados por terceiros. No entanto, ao fazê-lo, não sabiam os arguidos que essas cartas de condução eram falsificadas, nem sequer admitiram tal possibilidade, julgando que as mesmas haviam sido obtidas pelo Filipe em Angola, por meios legais. Pelo que os arguidos, ao apresentarem, para troca, tais cartas de condução – que supunham genuínas e legais –, não tiveram intenção de causar prejuízo a outrem ou ao Estado, nem tão-pouco tiveram intenção de alcançar para si ou para terceiro um benefício legítimo, antes julgando que, sendo as cartas legais e genuínas, como supunham, e sendo permitida a troca de cartas de condução obtidas no estrangeiro, lhes era legítimo apresentar aquelas cartas de condução angolanas para troca. É certo que os arguidos não ignoravam como se obtinham, em Portugal, cartas de condução. Contudo, não sabiam como tal era feito em Angola. Pelo que, confiando no que o Filipe lhes dissera, apresentaram na Direcção-Geral de Viação de Lisboa as cartas de condução dos autos. Ainda segundo a contestação apresentada pelos arguidos, a sua ignorância quanto à falsidade das cartas em causa era demonstrada pela sua conduta irrepreensível, antes e depois dos factos em apreço nos autos, bem como pela personalidade dos arguidos, que são, tal como o seu irmão Simão, pessoas de bem; e também pela franqueza evidenciada por eles nas suas declarações em sede de inquérito e a pronta colaboração com a Polícia Judiciária, declarações e colaboração essas próprias de pessoas de bem, que praticaram os factos em apreço nos autos ignorando que as cartas de condução eram falsificadas e que, assim, apresentando-as para troca, estavam a tentar alcançar algum benefício ilegítimo e a pôr em causa a fé pública desse tipo de documentos; e, por último, pelo facto de a falsificação em causa ser pouco cuidada, pois nas cartas de condução em causa foram apostos os seus números, antecidos da letra L, letra essa que, de acordo com o ofício da Direcção Nacional de Viação e Trânsito de Luanda de fls. 50 dos autos, não é usada na República Popular de Angola; tivessem os arguidos sabido ou suposto que as cartas de condução eram falsificadas, e não teriam – caso tivessem qualquer tipo de intenção criminosa – apresentado na Direcção-Geral de Viação de Lisboa documentos falsificados com tão pouco cuidado. Pelo exposto, concluíam os arguidos que não haviam praticado os

crimes de falsificação de documentos de que vinham acusados, uma vez que “*no crime de falsificação de documentos ... é essencial que [o agente] realize a conduta com dolo específico, ou seja, a particular intenção de causar prejuízo a outrem ou ao Estado ou de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo*” (cfr. Acórdão do STJ de 6.7.88, *in Col. Jur.* 1988, 4, 5, que citavam na sua contestação). O que, no caso em apreço, não aconteceu, nem poderia ter acontecido, porquanto os arguidos, tal como o seu irmão Simão, não sabiam que as cartas de condução haviam sido falsificadas. O que afasta, não só o dolo específico característico do crime de falsificação de documentos, como também qualquer forma de dolo genérico, não tendo existido qualquer tipo de intenção ou consciência criminosa. O que impunha, concluíam arguidos, em sede de contestação, que fossem absolvidos.

Chegada a audiência de julgamento, foram ouvidos os arguidos e a testemunha Simão, que reiteraram o alegado na contestação (e já sumariamente descrito). Foi igualmente ouvida uma das duas testemunhas abonatórias arroladas. Não houve recurso a qualquer outro meio de prova (para além da prova documental já constante dos autos). Cumpre aqui referir que o comportamento do colectivo de juizes e do representante do Ministério Público, durante o julgamento, foi sintomático quanto ao efeito que a já descrita tese da defesa teve. Na verdade, pode dizer-se¹⁸⁰ que a reacção dos membros do colectivo e do representante do Ministério Público foi de incredulidade e indignação, considerando que a tese da defesa, não só era manifestamente inverosímil, como ofendia a inteligência do tribunal. Apesar de termos sustentando a já descrita tese de defesa dos arguidos (por nela crermos, não obstante a sua inverosimilhança) e apesar de termos sido o principal alvo da indignação (e do acinte, cumpre dizê-lo) dos membros do colectivo e do representante do Ministério Público, cumpre também dizer que compreendemos e consideramos justificada a referida reacção (nos seus fundamentos, sublinhe-se, não no modo como se manifestou). Efectivamente, tal tese, independentemente de corresponder ou não ao “conhecimento” dos factos e à “vontade” sobre ele moldada que os arguidos tiveram, ao proceder como

¹⁸⁰ E dizêmo-lo com directo conhecimento de causa, pois (como já referimos) participámos em tal julgamento, na qualidade de defensor dos arguidos.

procederam, é uma tese socialmente inverosímil e inaceitável¹⁸¹, o que ficou bem demonstrado na audiência de julgamento e, mais ainda, no acórdão que, a final, foi proferido (e já transitou em julgado).

Naquele acórdão, tecem-se amplas considerações acerca da tese da defesa, cumprindo destacar (em jeito de síntese) as seguintes passagens:

- O tribunal deu como provados, entre outros, os seguintes factos: *“Em 25.10.90 e em 9.11.91, os arguidos José... e Joaquim..., de modo voluntário e consciente, apresentaram na DGV de Lisboa e para troca as cartas de condução... [dos autos] passadas pelos Serviços de Viação e Trânsito de Luanda, emitidas em seus nomes... Efectuadas diligências, concluiu-se que tais cartas de condução não foram emitidas a favor dos arguidos ... , concluindo-se igualmente serem as referidas cartas de condução falsas. Na verdade, os arguidos adquiriram as referidas cartas de condução em data incerta do ano de 1990, através de um irmão de ambos, Simão ..., numa obra em Alverca, a um indivíduo de sexo masculino, de raça negra e de nacionalidade angolana, conhecido por Filipe ..., cuja identidade completa e paradeiro se desconhecem, pelo preço de vinte mil escudos cada uma, tendo os arguidos, para o efeito, entregue ao Simão – que por sua vez entregou ao Filipe – duas fotografias suas e fotocópias dos seus bilhetes de identidade. Os arguidos agiram voluntária e conscientemente, sabiam estar a usar documentos fabricados por outrem e quiseram fazê-lo, como efectivamente fizeram, bem sabendo estar a lesar o Estado e a pôr em causa a credibilidade e a confiança merecida por tais documentos, querendo fazer crer a todos e, nomeadamente, à DGV, serem os verdadeiros titulares daqueles documentos, bem sabendo que tais condutas não lhes eram permitidas por lei [sublinhado nosso]. Os arguidos confessaram o modo pelo qual obtiveram as cartas de condução, confissão que fizeram desde o início das investigações criminais...”*

- Por seu turno, deu o tribunal como não provados, entre outros, os seguintes factos: *“que os arguidos ignorassem a falsidade das cartas de condução que lhes foram fornecidas pelo dito Filipe ...; que o Filipe... tenha garantido aos arguidos que as cartas que lhes forneceria seriam obtidas por meios legais; que os arguidos tenham confiado nesta garantia oferecida (hipoteticamente) pelo Filipe...; que uma vez recebidas pelos arguidos as cartas, estes se tenham convencido da sua genuinidade; que só mais tarde tenham*

¹⁸¹ Posto isto, sempre caberia, naturalmente, questionar o acerto da estratégia de defesa, ao trazer a juízo a

tido conhecimento de que as mesmas cartas eram falsificadas; que tal conhecimento tenha surpreendido, transtornado e preocupado os arguidos e suas famílias...”

- De seguida, enuncia o tribunal a fundamentação da sua convicção, nos seguintes termos: “O Tribunal baseou-se nas declarações dos arguidos – *admissão do modo de obtenção das cartas – apreciadas nos termos do artigo 127 do CPP, de acordo com as regras da experiência comum, a livre convicção do julgador, afastando, nos termos destas regras, a tese da ignorância da falsidade dos títulos e estabelecendo o conhecimento dela [sublinhado nosso] ...”*

- Adiante, e já em sede de matéria por si epigrafada como de Direito, teceu o tribunal, a propósito do elemento subjectivo do tipo no caso dos autos, entre outros, os seguintes considerandos: “*Com os apurados factos cometeram os arguidos os crimes pelos quais vêm acusados. Na verdade, encontram-se preenchidos os elementos de facto objectivos do tipo de crime, a saber o uso de documento falso, falsificado por terceiro. Os arguidos porém, na sua contestação, tomaram como linha principal de defesa a tese do não preenchimento do elemento subjectivo do tipo, o qual se traduz no conhecimento da falsificação por terceiro e na vontade de usar o documento assim falsificado, e o qual – desconhecimento – implica obviamente a ausência de intenção de prejudicar o Estado ou terceiros e/ou a ausência de intenção de obter vantagem ilegítima e conhecimento da ilegitimidade da vantagem alcançada. Verifiquemos então se estes elementos ditos, ou melhor, defendidos, como faltosos, existem ou não. Do que fica afirmado em sede de matéria de facto dada como provada, resulta obviamente a existência desse elemento subjectivo ... [Os arguidos] afirmaram, por conseguinte, o que não podiam desconhecer [sublinhado nosso]: se em Portugal lhes era exigível exame para obter carta, a compra de carta angolana para troca por carta portuguesa serviria a obter carta portuguesa sem fazer exame – e pois, em contrário à Lei pese a imagem dada de gente inculta, baseada aliás erradamente no suposto de só terem a 4ª classe – como se esta escolaridade fosse sinal de cultura, num mundo em que a informação vem normalmente e em quantidades industriais através de outros canais – esta incultura não torna de modo algum aceitável a ideia de que ignoravam tudo o que se passava em Angola, e designadamente o modo pelo qual ali se obtinham cartas de condução: os arguidos são homens novos, logicamente interessados e inquisitivos, seguramente que pelo menos o respectivo irmão Simão poderia inquirir muitas coisas sobre Angola ao seu colega angolano, e*

descrita tese dos arguidos, mas essa é uma questão que não cabe aqui tratar.

seguramente que os arguidos vêm televisão e ouvem as notícias, muitas, de Angola e até ouvem muitas notícias sobre redes de falsificadores de cartas de condução que são levados a Tribunal nacional. ... Como Sócrates, no seu julgamento, a dignidade dos arguidos deve manter-se sobre todas as coisas, embora o critério de decisão da assembleia que o condenou à morte pouco tenha a ver com o critério dos tribunais hodiernos. Leia-se pois o Entrifón e ainda que se chegue a conclusão diversa desta última que acabamos de referir, dito de outro modo, ainda que aceitemos que os juizes julgam pela cara, nos ensinamentos de Lumbroso, ou em função de critérios de piedade individual, atire-se então inteligentemente e sem ofensa o discurso de defesa de Sócrates na cara dos juizes de hoje, que estes se não sentirão ofendidos. A diferença porém entre o discurso de Sócrates e dos arguidos está em que o primeiro admitiu a sua actividade subversiva de jovens gregos e os segundos não admitiram a coisa mais elementar desta vida: não se obtém cartas de condução sem fazer exame, nem aqui nem em Angola nem na China, a não ser realmente nos sorteios da Farinha Maizena [sublinhado nosso].”

- Posto isto, e sem deixar de salientar que “o Tribunal tem o poder dever de salvar os arguidos das imperfeições da sua própria defesa”, o tribunal condenou cada um dos arguidos a uma pena de dois anos de prisão, suspendendo a sua execução pelo período de dois anos, sendo certo que, em sede de circunstâncias agravantes gerais, entre outras, considerou o tribunal que “o dolo foi directo e intenso”.

2. Algumas decisões dos tribunais superiores portugueses

Fizemos uma análise¹⁸² de decisões dos tribunais superiores portugueses, desde 1983¹⁸³, atinentes a esta matéria, e verificámos que é pacífico o entendimento de que a decisão judicial relativa ao dolo penal é tomada com base nas regras de experiência comum, em presunções naturais. Contudo, já quanto à inclusão da decisão relativa ao dolo na questão-de-facto ou na questão-de-direito, não encontramos unanimidade, mas os dois entendimentos, chegando a encontrar-se decisões do mesmo tribunal em sentidos opostos.

¹⁸² Que não pretende ser, nem foi, exaustiva, tão-só exemplificativa.

Seleccionámos, e elencaremos de seguida, das decisões analisadas, as que nos pareceram mais ilustrativas dos sobreditos entendimentos perfilhados nos tribunais superiores relativamente à questão que procurámos tratar neste trabalho.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.11.1986 (*Boletim do Ministério da Justiça*, 361, 244): “Quando, na apreciação da prova, o tribunal recorrido comete um erro lógico ou uma contradição material, ou viola as regras da vida e da experiência comum, fica-se perante verdadeiras questões de direito, susceptíveis de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça. Uma vez que a intenção de matar, seja na forma de dolo directo, seja na de dolo eventual, importa a prova de um elemento do foro íntimo do agente, essa descoberta só é alcançável através de dados exteriores, designadamente, a violência da agressão, a arma utilizada, a parte do corpo da vítima atingida, a personalidade do agressor, a motivação do crime, assim se chegando à verdade prático-jurídica que sirva de suporte à decisão.”
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.01.1990 (*Colectânea de Jurisprudência*, 1990, 1,6): “O apuramento da intenção do agente é, normalmente, uma conclusão que o tribunal pode e deve fazer a partir da avaliação da conduta do réu, na medida em que seja uma consequência ou prolongamento dos factos a este imputáveis.”
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.1.1990 (*Boletim do Ministério da Justiça*, 393, 230): “Tal intenção [de enriquecimento ilegítimo] verifica-se ainda que não resulte directamente das respostas aos quesitos, pois que, no caso, por um lado, como conclusão de direito que é, não pode fazer-se derivar imediatamente da prova mas deduzir-se desta, enquanto que, por outra banda, sempre o Supremo Tribunal de Justiça tem entendido que as ilações que as instâncias extraem dos factos constituem uma forma correcta de avaliação da conduta dos réus na medida em que sejam meras consequências ou prolongamentos daqueles factos. Provado o requerido animus, os factos podem ser imputados a título de dolo eventual O móbil ou motivo da acção, qualquer que seja o seu carácter social ou anti-social, moral ou imoral, é estranho ao dolo e não pode confundir-se com este.”

¹⁸³ Ano da entrada em vigor do Código Penal de 1982. Cfr. Artigo 2º do Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.9.1991 (*Boletim do Ministério da Justiça*, 409, 433): “Estando assente que o arguido desfechou contra o ofendido um golpe com um canivete, dirigido de baixo para cima, atingindo-o na zona do pescoço, de modo voluntário e livre, na intenção de ferir, tais factos apontam inequivocamente, ainda que de forma oblíqua e indirecta, que o golpe foi intencionalmente dirigido ao pescoço e não, às cegas, contra outra zona corpórea, tanto que o tribunal “a quo” afirma que o arguido “sabia ao espetar um instrumento perfurante no pescoço da vítima como resultado lbe causaria um ferimento” ... É do conhecimento geral que a região atingida é extremamente sensível a qualquer perfuração precisamente por nela se situarem delicados vasos sanguíneos, como as carótidas e as veias jugulares, cujo seccionamento é idóneo a causar a morte por hemorragia se não houver pronta intervenção médica ... A experiência comum, por outro lado, assegura que este perigo de produzir cortes ou perfurações no pescoço, é bem conhecido por todos, mesmo por aqueles que não são dotados de grande cultura. ... É, pois, inaceitável que o arguido não haja previsto como efeito da sua conduta agressiva a possibilidade de causar a morte da pessoa visada, o que significa que o Tribunal Colectivo cometeu erro notório na apreciação da prova quando excluiu a previsibilidade da morte do ofendido, sendo que o erro notório deve ser havido aquele que não passa despercebido ao comum dos observadores. ... Como o dolo pode revestir plúrimas modalidades e os autos não fornecem elementos para concretizar qual a atitude mental do arguido face à previsão ou representação que não pode deixar de ter tido, quanto à morte do ofendido em consequência da sua agressão, há que pesquisá-la, pelo que deve ter lugar o reenvio do processo para novo julgamento pelo tribunal referido no art. 436º do CPP.”¹⁸⁴
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24.06.1992 (*Boletim do Ministério da Justiça*, 418, 549): “A intenção de matar integra matéria de facto da exclusiva competência das instâncias. O Supremo Tribunal de Justiça, como Tribunal de revista, apenas conhece da matéria de direito, a não ser nos casos estritos do artigo 410º, n.ºs. 2 e 3, do Código de Processo Penal, ou seja, desde que o vício resulte da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum.”

¹⁸⁴ Ao contrário dos outros arestos que citámos nesta parte quinta do nosso trabalho, relativamente aos quais apenas transcrevemos partes do seu sumário, fizémos aqui uma transcrição significativamente mais extensa, por considerarmos o texto do Acórdão sobremaneira expressivo relativamente ao nosso tema.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01.04.1993 (*Boletim do Ministério da Justiça*, 426, 154): “*A convicção do julgador sobre a prova conclusiva do dolo eventual tem por base a apreciação da prova segundo as regras da experiência, sendo isenta de censura (artigo 127º do Código de Processo Penal).*”
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28.03.1996 (*Colectânea de Jurisprudência/STJ*, 1996, 1, 238): “*Isto, porque as regras da experiência comum ensinam que um golpe nessas circunstâncias faz admitir que o agente tenha representado a morte da vítima como consequência necessária ou, ao menos possível, da sua conduta.*”
- Acórdão da Relação de Évora, de 20.11.1984 (*Boletim do Ministério da Justiça*, 343, 393): “*Para a prática daquele crime [injúrias], que é doloso, é necessário que o agente queira, com o seu comportamento, ofender a honra e a consideração alheias ou preveja essa ofensa de modo a que lhe seja imputável a título de dolo directo, necessário ou eventual. E nada mais. As frases consideradas objectivamente injuriosas correspondem à descrição típica criminal, devendo presumir-se a sua intencionalidade, a menos que os factos, normalmente e em face das circunstâncias, a excluam. Cabe à defesa alegar e provar factualidade que porventura desmintam aquele elemento subjectivo.*”¹⁸⁵
- Acórdão da Relação do Porto, de 23.01.1985 (*Boletim do Ministério da Justiça*, 343, 376): “*É possível a prova de dolo através das próprias regras da experiência da vida, daquilo que constitui o princípio da normalidade.*”
- Acórdão da Relação de Coimbra, de 10.04.1985 (*Colectânea de Jurisprudência*, 1985, 2,81): “*O elemento subjectivo (dolo) é matéria de facto e se não for alegado na acusação, não deve ela ser recebida por a sua falta conduzir à absolvição.*”¹⁸⁶

¹⁸⁵ Se estivéssemos aqui perante matéria de facto, outra coisa não poderíamos concluir senão estarmos perante violação flagrante do princípio da presunção de inocência do arguido. Sendo esta questão, a nosso ver (e como sustentamos neste trabalho), questão-de-direito, cumpre levar em conta o que dissémos *supra*, em IV.

¹⁸⁶ Cada um destes Acórdãos justifica um comentário (*maxime* alguns deles). Contudo, uma vez que os não apresentamos isoladamente, mas como parte quinta do nosso trabalho, cremos que tal comentário se encontra já feito, especificamente na sua parte quarta.

VI. CONCLUSÕES

1ª O Código Penal português de 1982/95 define dolo, no seu artigo 14º, sob a epígrafe “dolo”, nestes termos: *“1. Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar. 2. Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3. Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.”*

2ª É, pois, daqui que partimos para a análise da estrutura e do objecto do dolo, para depois tentar compreender o modo como se obtém o seu “conhecimento” em sede de decisão judicial (o que constitui, afinal, o objecto deste nosso trabalho), sendo certo que, quanto à estrutura do dolo, é ponto pacífico que o mesmo é composto por um elemento cognitivo ou intelectual e por um elemento volitivo.

3ª O elemento cognitivo ou intelectual do dolo caracteriza-se pelo conhecimento, por parte do agente, dos elementos objectivos essenciais do tipo que a sua conduta, objectivamente, preenche, elementos esses que podem ser descritivos ou normativos, cabendo nos primeiros elementos estáticos e elementos dinâmicos; aquele conhecimento deve ser um conhecimento actual, mas não necessariamente um conhecimento vivo, nítido, reflectido acerca dos elementos objectivos do tipo, mas unicamente um conhecimento que possibilite a percepção das coordenadas básicas da realidade objectiva; por seu lado, o conhecimento relevante respeitante aos referidos elementos normativos do tipo não tem que consistir em uma exacta apreciação ou conhecimento técnico-jurídicos, mas tão-só em uma “valoração paralela na esfera do leigo”.

4ª O conhecimento da realidade é elemento primordial e indispensável do dolo criminal, pois a vontade (ou, ao menos, a aceitação) de lesão de um bem jurídico pressupõe, necessariamente, o conhecimento dos elementos geradores (ao menos, potencialmente) dessa lesão; razão pela qual uma ausência de conhecimento ou um conhecimento infiel de tais elementos terão como consequência a ausência do dolo, pois estaremos na presença da negação do elemento de conhecimento requerido pelo dolo, ou seja, o agente não conhece elementos aos quais, segundo o tipo em causa, deve estender-se o dolo - aqui se manifesta, pois, em primeiro lugar, a teoria do erro em Direito Penal.

5ª Para além do elemento cognitivo ou intelectual do dolo, ou seja, para além do conhecimento da realidade objectiva (*lato sensu*) que interessa ao tipo, é comum identificar e tratar no dolo uma dimensão de vontade, o chamado elemento volitivo do dolo, elemento este que se traduz na vontade de realizar uma certa conduta e/ou de obter um certo resultado.

6ª O elemento volitivo do dolo não é apresentado com a mesma configuração em todos os casos, sendo comum elencar três “formas” ou “espécies” de dolo, sendo certo que a distinção entre elas assenta, sobretudo (mas não exclusivamente), em diferentes configurações do elemento volitivo do dolo - teremos, assim, o dolo directo, o dolo necessário e o dolo eventual (numa terminologia habitualmente usada, não sendo, porém, a única).

7ª No dolo directo, o agente actua com vista à realização do facto típico, ou seja, actua animado pela vontade de realizar o facto típico (sobleva, pois, o elemento volitivo); já no dolo necessário, o objectivo do agente, ao actuar, não é a realização do facto típico, mas outro facto, sendo certo que é a realização deste segundo facto que anima a vontade do agente, contudo, ao representar e querer este segundo facto, o agente representa como

consequência necessária da sua conduta o facto típico, aceitando, ao actuar, tal consequência; por último, no dolo eventual, o elemento intelectual é caracterizado pela possibilidade de produção do facto típico, caracterizando-se o elemento volitivo pela aceitação da produção do facto típico, representado como possível em consequência da conduta do agente.

8ª Os referidos dolo necessário e dolo eventual pressupõem a colocação do facto típico, não no centro da vontade do agente (como no caso do dolo directo), mas em uma zona periférica dessa vontade (se assim nos podemos exprimir), uma zona relativa às consequências inevitáveis ou possíveis de uma conduta e, ainda assim, aceites, em ordem à realização do objectivo que o agente tem ao actuar – note-se, contudo, que esta aceitação no caso do dolo eventual é menos intensa do que no caso do dolo necessário, pois, enquanto neste caso se trata de aceitação de uma fatalidade, no caso do dolo eventual trata-se da aceitação apenas de uma possibilidade.

9ª A metodologia jurídica – questão central no pensamento jurídico - procura, não apenas conhecer o método praticado, nem tão-pouco construir, sem mais, um método, mas também (e sobretudo) reflectir sobre o problema da realização do direito, para criticamente o orientar no seu juízo decisório, ou seja, nem só descrição, nem só prescrição, sobretudo problematização – sendo certo, por seu turno, que, no quadro do problema metodológico-jurídico, a problemática da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito tem importância capital, pois nela – como talvez em nenhuma outra – se revela o modo como se processa a decisão jurídica, enquanto fenómeno de conhecimento e, *ipso facto*, de criação.

10ª No ramo do Direito e no capítulo da teoria da infracção criminal em que situamos o presente trabalho, pensar a distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito sempre auxiliará a pensar a decisão penal, quer no que ela tem de comum com qualquer decisão

judicial quer no que ela tem de específico, e também (com isso) a pensar o dolo e, a final, o problema penal, por si e como parte do problema jurídico; por outro lado, esclarecer a distinção entre questão-de-facto e questão-de-direito sempre contribuirá para fixar o âmbito do recurso e dos poderes de cognição do tribunal de recurso.

11^a Tradicionalmente, o problema da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito tem sido colocado unicamente (ou quase unicamente) no campo do recurso, podendo todas as orientações afirmadas nesta matéria ser reconduzidas a três orientações principais: em primeiro lugar, uma orientação de índole estritamente lógica, que utiliza a distinção entre conceitos de facto e conceitos de direito ou jurídicos, afirmando que temos a questão-de-facto quando estiver a pensar-se algo mediante conceitos ou expressões de sentido comum, técnico ou científico não jurídico e uma questão-de-direito, pelo contrário, quando a expressão ou conceito legal for usada com sentido especificamente jurídico (legal ou doutrinal); em segundo lugar, uma orientação de carácter gnoseológico, intencional, segundo a qual questão-de-facto será a que se resolve através de juízos e actos puramente cognitivos, questão-de-direito a que implica juízos de valor ou actos de avaliação; em terceiro lugar, pode mencionar-se uma orientação que recorre a um critério puramente objectivo, que traduz só, por outras palavras, a distinção entre normas e factos, opondo o que for individual-concreto (questão-de-facto) ao conceitual (questão-de-direito).

12^a CASTANHEIRA NEVES centra o seu pensamento sobre a distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito no campo do problema metodológico-jurídico e parte de uma ideia de crise acerca daquela distinção; CASTANHEIRA NEVES entende que o caso *sub judice* põe um problema jurídico (de Direito) numa certa situação histórico-social, sendo certo que a solução desse caso passa pela solução da questão-de-facto e da questão-de-direito que ele levanta, identificando em cada uma delas dois momentos fundamentais.

13^a No que respeita à questão-de-facto, temos para CASTANHEIRA NEVES, em primeiro lugar, a determinação do âmbito de relevância jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática, ou seja, trata-se de delimitar e de determinar, na globalidade da situação histórica em que o problema jurídico concreto se situa, o âmbito e o conteúdo da relevância jurídica dessa situação problemática; este é o campo, além do mais, da chamada “pré-compreensão”. Em segundo lugar, a comprovação dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos; aqui, fundamentalmente, o problema da prova, não da prova de factos puros, mas da comprovação de que o problema jurídico – já antecipado e “pré-compreendido”, no momento anterior -, como problema prático, existe, ou seja, tem fundamento fáctico.

14^a Quanto à questão-de-direito, para CASTANHEIRA NEVES, temos uma análise que distingue: a questão-de-direito em abstracto, que tem por objecto a determinação do critério jurídico que haverá de orientar e concorrer para fundamentar a solução jurídica do caso a decidir; a questão-de-direito em concreto, que diz respeito ao problema do próprio juízo concreto que há-de decidir o caso *sub judice*. De uma certa forma, a questão-de-direito em concreto comporta uma comprovação (ou não) da questão-de-facto no primeiro dos seus sentidos acima apontados.

15^a CASTANHEIRA NEVES também esboça um critério relativo à distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito especificamente no que diz respeito ao recurso perante o tribunal de revista, critério que considera o único válido: admitido o recurso por um fundamento legalmente previsto, o Supremo Tribunal, como tribunal de revista, conhecerá da causa até onde o exija a conexão problemática das questões, desde que lhe permitam os poderes processuais de que pode dispor – sendo certo que um poder de que ele não dispõe é, desde logo, o poder referente à admissão e à produção de actividade probatória.

16^a Como se viu, é comumente entendido e consagrado na lei entre nós que o dolo é composto por “conhecimento” e “vontade”, englobando o primeiro termo o “conhecimento propriamente dito”, mas também a “representação” e a “previsão”, enquanto no segundo termo poderemos incluir a “intenção”, mas também a “aceitação” – ora, tal “conhecimento” e tal “vontade” são actos interiores, psíquicos, tratando-se, do ponto de vista da análise, de conceitos a que poderemos chamar mentalísticos.

17^a Os actos psíquicos não se comprovam em si mesmos, mas mediante ilações, ou seja, os actos psíquicos transcendem a possibilidade de comprovação histórico-empírica, pelo que, do ponto de vista da análise, da análise jurídico-penal, para o nosso caso, não são questões de prova – adiantamos já -, mas questões de validade (científica, sociológica, lógico-intencional, semântica, filológica, etc.); trata-se de significações, apreciações, avaliações, não se trata de factos; por outras palavras, o apuramento do dolo do agente, enquanto acto interior e conceito mentalístico é uma conclusão, uma ilação e uma atribuição de significado social (e, *et pour cause*, jurídico) que o tribunal criminal extrai a partir dos factos imputados ao arguido que foram dados como provados, factos esses lidos à luz das regras da experiência da vida, da normalidade social, da experiência comum.

18^a Concretizando, a questão do dolo criminal não é uma questão de prova, é uma questão já para lá e posterior à prova, sendo certo que o dolo não é, digamos assim, do ponto de vista do juízo penal, algo de “ontológico”, mas sim algo de “sociológico” e normativo, cuja existência ou inexistência *in casu* é decidida tendo por base os factos dados como provados – em sede de questão-de-facto - e critérios de experiência comum, critérios sociais de explicação e compreensão de comportamentos.

19^a Temos para nós que, em processo penal (como em processo civil, aliás), objecto de prova – e, portanto, factos, ou, melhor, afirmações de factos – são as proposições susceptíveis de demonstração histórico-empírica (sensível, se se quiser).

20^a A decisão judicial quanto à existência ou inexistência de dolo, *in casu*, não é uma decisão em que se possa fazer a escolha entre a argumentação ou o testemunho empírico, é uma decisão em que opera exclusivamente a argumentação, ou seja, critérios de verosimilhança e de experiência comum, que não visam já fixar factos (propósito que os mesmos critérios também podem ter, ao trabalharem sobre o resultado do labor probatório, no quadro do princípio de livre apreciação da prova), mas operam sobre factos já fixados, que interpretam, explicando um comportamento, dando-lhe um determinado significado, um determinado significado jurídico.

21^a E não se diga que aqueles “saber” e “querer” apontados como característicos do dolo penal também são susceptíveis de testemunho empírico, testemunho esse proveniente do seu “autor” ou do seu sujeito, ou seja, o autor (*lato sensu*, ou o participante, se quisermos ser mais precisos) do facto criminalmente relevante. Em primeiro lugar, temos para nós que, mesmo para o arguido, aqueles “saber” e “querer” são insusceptíveis de testemunho, se não sempre, pelo menos o mais das vezes; além de que os estados mentais, conceitos, melhor dizendo, são critérios de interpretação, de reconhecimento de acções, “pré-estabelecidos”, sendo que os mesmos se impõem ao próprio sujeito que actua, razão pela qual a “relação (de reconhecimento)” do sujeito para com o seu acto é conformada pela sociedade.

22^a Por outro lado, à luz do processo penal hodierno, o arguido não é mero objecto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas (tendencialmente) iguais às dele, devendo frisar-se que daqui decorre que a utilização do arguido como meio de prova é sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade; ou seja, o

arguido, em matéria de prova, não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal, além de que a sua confissão (por si, já um acto espontâneo de colaboração) se acha rodeada de especiais cuidados; logo, mesmo admitindo a possibilidade de o arguido prestar testemunho empírico sobre os sentimentos e os pensamentos (e aqui incluímos o “saber” e o “querer” ou “aceitar” próprios do dolo) que acompanham o seu acto (do que já duvidámos acima), a dependência da vontade do arguido quanto à prestação de tal testemunho tornaria a “prova” do dolo praticamente inoperante.

23^a O que acontece, pois, é a fixação do dolo, em sede de decisão judicial penal, com base em regras de experiência comum, critérios de normalidade social, de verosimilhança, que, operando sobre a factualidade dada como provada, permitem atribuir um sentido ao comportamento, sentido esse em que se afirmará ou negará o dolo e em que, afirmando-se o dolo, se fixará o mesmo em uma das suas referidas “formas” ou “espécies”. Sintetizando a nossa ideia: o juiz recorre às máximas da experiência, num primeiro momento, para fixar os factos, sindicando o testemunho empírico (aqui entendido como englobando a generalidade dos meios de prova) e, num segundo momento, para atribuir já um significado a esses factos, um significado que não pode ser dado senão por essas máximas da experiência e que já é um significado jurídico, uma qualificação jurídica; ora, este segundo momento, para nós, integra já a *questio juris*.

24^a A questão-de-facto, agora de um ponto de vista subjectivo, de um ponto de vista do julgador, prende-se com e exige uma actividade investigatória e o concurso de meios que permitam ao julgador tomar conhecimento dela, actividade investigatória e meios aqueles que nos mostram como a questão-de-facto não pode, em caso algum (salvos os factos notórios e os admitidos por acordo – e pensamos aqui particularmente no processo civil), ser conhecida pelo julgador sozinho, por si, sem o concurso de outros sujeitos e de meios a tal destinados. Ao invés, a questão-de-direito, embora exigindo, diríamos, também investigação, resolve-a o juiz por si, sem ser necessário o concurso de outros sujeitos e de

outros meios, que não o estudo, a reflexão e os seus conhecimentos, das normas e da vida (o seu “círculo hermenêutico” se quisermos, fazendo apelo às recentes tendências acerca do pensamento de metodologia jurídica); entende-se que o tribunal as conhece sem necessidade de ulterior investigação, investigação exterior, chamemos-lhe assim.

25^a *Jura novit curia, la cour sait le droit*, máximas pensadas e usadas, geralmente, a propósito das normas jurídicas (num certo sentido estrito – e positivista, digamos), devem ser estendidas, pensamos, a todos os outros conhecimentos que o juiz possui e convoca para a sua decisão, sem necessidade de fenómenos de transmissão de conhecimento ou fenómenos de investigação exterior (como lhe chamámos), fenómenos característicos da actividade probatória.

26^a Do que viemos dizendo, há-de concluir-se, aliás, que as presunções naturais, através das quais se fixa (ou não) o dolo penal, não integrando já a questão-de-facto, não contendem com o princípio *in dubio pro reo* e, por essa via, com o princípio da presunção de inocência do arguido; do que se trata é já do terreno da questão-de-direito, sendo, portanto, a questão do dolo e as regras da experiência que servirão de base à sua demonstração (ou não) objecto de discussão e de argumentação, como é próprio dos juízos jurídicos; não esquecemos, contudo – e frisamos –, que não deve deixar-se de ter presente, neste particular, como em toda a decisão judicial, para os casos de dúvida (mesmo de dúvida no seio já da *quaestio juris*), um princípio geral de *favor rei*, que, a par com o princípio *in dubio pro reo*, relativo à questão-de-facto, há-de gerar um princípio *in dubio pro libertatis* relativo à questão-de-direito.

27^a E, em coerência com o que vimos dizendo, cumpre afirmar que as presunções, quer as presunções legais, quer as naturais, não constituem meios de prova; na verdade, não vemos nelas os fenómenos de transmissão de conhecimentos e de investigação exterior

característicos da prova; vemos nelas unicamente regras, de enunciado legal, ou de enunciado vivencial (digamos assim), que orientam o julgador na sua decisão quanto ao caso, ao caso da vida que lhe cumpre decidir; a presunção natural (pois é ela que nos interessa neste trabalho, por ser a ela que se recorre no que ao dolo respeita, como referimos, pois é extraída de regras gerais de experiência) não é, pois um meio de prova, mas sim um critério, uma regra de explicação, de validade, de relevância jurídica dos factos, esses sim objecto da prova: trata-se, pois, já do momento da questão de direito – e quer da questão-de-direito em abstracto, quer da questão-de-direito em concreto.

28^a No quadro traçado por CASTANHEIRA NEVES a respeito da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, no campo do problema metodológico-jurídico, vemos a decisão relativa ao dolo quer na questão-de-direito em abstracto, quer na questão-de-direito em concreto. Na verdade, tendo dito que a decisão judicial relativa ao dolo penal se funda numa “gramática social” de explicação e interpretação dos comportamentos, que considerámos já situada fora do terreno da prova e que dissémos ser jurídica, e tendo dito que a decisão judicial relativa ao dolo é tomada com base em critérios sociais de explicação e valoração, operando sobre os factos dados como assentes (factos esses que assim, têm o papel de índices ou factores determinativos de uma certa qualificação), não podíamos agora deixar de concluir que a determinação – determinação que corresponde à questão-de-direito em abstracto - do critério jurídico que haverá de orientar e concorrer para fundamentar a solução do caso integra também a determinação daquelas regras que presidirão à decisão sobre o dolo.

29^a No conjunto de regras convocadas para o caso *sub judice*, no quadro da questão-de-direito em abstracto, não pode deixar de ver-se também aquelas regras que, não sendo jurídicas em um sentido estrito, tradicional e positivista do termo, não deixam de sê-lo, se virmos como regra do direito toda aquela regra que permite atribuir uma significação juridicamente relevante, significação que não vive e não vale para lá da sua específica intencionalidade jurídica.

30^a E, assim sendo, tal critério de decisão, encontrado no “momento” da questão-de-direito em abstracto, há-de ser chamado à decisão, no “momento” da questão-de-direito em concreto, ou juízo, no “momento” do “juízo decisório”, de comprovação, por um lado, da relevância jurídica do caso, da situação histórico-concreta problemática (questão-de-facto no primeiro momento assinalado) e, por outro, da adequação (hoje deveríamos dizer da “assimilação”, dando nota dos avanços feitos no campo da metodologia jurídica) das normas convocados para a decisão à referida situação histórico-concreta problemática.

31^a Por outro lado, como assinalámos, CASTANHEIRA NEVES sustenta, no que concerne aos poderes de cognição do Supremo Tribunal, enquanto tribunal de revista, que, admitido o recurso por um fundamento legalmente previsto, o Supremo Tribunal, como tribunal de revista, conhecerá da causa até onde o exija a conexão problemática das questões, desde que lhe permitam os poderes processuais de que pode dispor. Ora, do que fica dito neste trabalho – *maxime* acerca do facto de a decisão tomada pelo julgador com base em presunções não necessitar do concurso de outros sujeitos ou meios que não o estudo, a reflexão e a convocação dos seus próprios conhecimentos – facilmente se conclui que o Supremo Tribunal, como tribunal de revista, dentro dos seus poderes processuais – sem necessitar, portanto, de actividade probatória –, e pela conexão problemática das questões, poderá rever a decisão relativa ao dolo penal.

32^a Por seu turno, parece-nos que, das três teses tradicionais relativas à distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito que elencámos e descrevemos neste trabalho, na sua parte terceira, apenas uma dessas teses, a que apontámos em terceiro lugar, não permite considerar a descrição relativa ao dolo penal como fazendo parte da questão-de-direito; efectivamente, a tese que expusémos em segundo lugar – tese de carácter gnoseológico – permite considerar, a nosso ver, a decisão relativa ao dolo penal como fazendo parte da questão-de-direito, pois aquela decisão implica juízos de valor ou actos de avaliação, como vimos; quanto à tese que expusémos em primeiro lugar – tese de índole lógica -, embora o ponto não seja isento de dúvidas, pensamos que também ela permite remeter a decisão quanto ao dolo penal para a questão-de-direito, pois, como se viu acima, os conceitos mentalísticos associados ao dolo, pela sua específica intencionalidade jurídica, jurídico-explicativa, não podem ser considerados conceitos ou expressões de sentido comum, ou seja, que vivam e valham para lá da sua específica intencionalidade jurídica.

33^a A tese que procurámos sustentar neste trabalho amplia, consideravelmente, os poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto tribunal de revista, relativamente à decisão atinente ao dolo criminal (e, desde logo, põe termo às dúvidas expostas acerca da inclusão e em que termos da decisão relativa ao mesmo nos poderes de cognição do Supremo Tribunal, por via do n.º 2 do artigo 410.º do Código de Processo Penal) - o que alarga, enormemente, a garantia de recurso (mormente por parte do arguido); ao dizermos que a decisão relativa ao dolo penal integra já a questão-de-direito, estamos a dizer que, à face do nosso actual sistema processual penal, o Supremo Tribunal de Justiça, em sede de recurso ordinário, e enquanto tribunal de revista, poderá conhecer dessa mesma questão do dolo, para lá dos casos previstos nas várias alíneas do n.º 2 do art.º 410.º do Código de Processo Penal (e também em sede de recurso para a fixação de jurisprudência).

34^a De uma análise de decisões dos tribunais superiores portugueses, desde 1983, atinentes à matéria aqui em estudo, verifica-se que é pacífico o entendimento de que a decisão

judicial relativa ao dolo penal é tomada com base nas regras de experiência comum, em presunções naturais; contudo, já quanto à inclusão da decisão relativa ao dolo na questão-de-facto ou na questão-de-direito, não encontramos unanimidade, mas os dois entendimentos, chegando a encontrar-se decisões do mesmo tribunal em sentidos opostos.

35^a Pensamos, em síntese, que a “representação” e a “vontade” tidas como elementos do dolo penal não são fenómenos (ou factos) mentalísticos, são sim conceitos mentalísticos, que não são descritivos, mas explicativos e valorativos, e que, como todos os conceitos, mais não são do que o arrimo para a resolução de um determinado problema, para a fixação de uma específica intencionalidade – problema e intencionalidade esses que, *in casu*, são jurídicos.

36^a Tudo visto, cabe aqui enunciar, como última interrogação que este trabalho nos suscita, a questão de saber se as perguntas e as respostas que aqui ensaiámos a propósito do enquadramento da decisão relativa ao dolo penal na questão-de-facto ou na questão-de-direito não trazem uma nova luz ao conceito de dolo penal; ou se, ao invés, quanto a isso, nada muda, permanecendo a questão que aqui tratámos como uma questão de índole unicamente metodológico-jurídica e processual, não nos chamando para e não nos obrigando a um novo (ou, ao menos, um revisto) conceito de dolo penal. Esta questão, naturalmente, já não podemos aqui tratar - ficam o seu enunciado e a espera por melhor ensejo, nosso ou de outros.

VII. BIBLIOGRAFIA

. ALBUQUERQUE, Martim de, “*Para uma Distinção do Erro sobre o Facto e do Erro sobre a Ilicitude em Direito Penal*”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 104-105, Agosto-Setembro 1967, págs. 59 e ss..

. ANDRADE, Robin de, *Direito Penal*, Volume II, Lisboa, edição policopiada, 1972.

. ANTUNES, Alberto / ESTANQUEIRO, António / VIDIGAL, Mário, *Dicionário Breve de Filosofia*, 2ª edição, Lisboa, Editorial Presença, 1996.

. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. III (“*Ações e Factos Jurídicos*”), Lisboa, edição policopiada, 1991/1992.

- *O Direito: Introdução e Teoria Geral (Uma Perspectiva Luso-Brasileira)*, 7ª edição (revista), Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

. BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, II Volumes, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1980 (2º Volume) e 1984 (1º Volume, 2ª edição).

- “*“Como uma Manta de Penépole”*: Sentido e Oportunidade da Revisão do Código Penal (1995)”, *Revista do Ministério Público, Cadernos*, 7, s.d., págs. 33-52.

. BETTIOL, Giuseppe, “*Presunzioni ed Onere della Prova nel Processo Penale*”, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Ano VIII, 1936 (XIV), págs. 241-259.

- *“La Regola “In Dubio pro Reo” nel Diritto e nel Processo Penale”*, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Ano IX, 1937 (XV), págs. 241-254.

. BRITO, José de Sousa e (Coordenador), *Direito Penal (Plano de Curso, Bibliografia e Textos de Apoio)*, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1977/78.

- *“Para Fundamentação do Direito Criminal”* (excertos das obras do autor *Direito Criminal*, de 1963, e *Teoria do Direito*, de 1976/77), in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo I, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1983/84, págs. 127-233.

. CAETANO, Marcello, *Lições de Direito Penal*, Lisboa, edição policopiada, 1936/37.

. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 (tradução de Menezes Cordeiro, da 2ª edição alemã, de 1983, de *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*).

. CORDEIRO, António Menezes, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º Volume, 2ª edição (revista e actualizada), Lisboa, Edição da A.A.F.D.L., 1987/88.

- *Introdução à Edição Portuguesa de Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, de Claus-Wilhelm Canaris (*vd.* CANARIS) - pode ver-se também na *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 48, Dezembro 1988, págs. 697-772, com o título *“Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos Finais do Século XX”*.

. CORREIA, Eduardo, *“A Doutrina da Culpa na Formação da Personalidade”*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano I, 1945-1946, nº 1, págs. 24-35.

- (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, I, reimpressão (da edição de 1963), Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

. COSTA, Américo de Campos, “*A Quesitação da Culpa em Processo Penal*”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano IX – 1956, págs. 125 e ss..

. COSTA, Eduardo Maia, “*A Revisão do Código Penal: Tendências e Contradições*”, *Revista do Ministério Público, Cadernos*, 7, s.d., págs. 69-85.

. DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Crime preterintencional, causalidade adequada e questão-de-facto*”, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1.7.1970, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, XVII, 1970, págs. 253-285.

- “*Ónus de Alegar e de Provar em Processo Penal?*”, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.7.71, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 105 (1972-73), nº 3473, págs. 125-128, e nº 3474, págs. 139-143.

- *Direito Processual Penal*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1974.

- *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 4ª edição, Coimbra Editora, 1995 (1ª edição de 1969).

- *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

- “*Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal*”, in *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995 (publicado originalmente em 1988), págs. 1-34.

. ECO, Umberto, *Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas*, 6ª edição, Lisboa, Editorial Presença, 1995 (tradução de Ana Falcão Bastos e Luis Leitão, de *Como Si Fa Una Tesi Di Laurea*, Milão, Casa Editrice Valentino Bompiani & C., 1977).

. ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, s.d. (tradução de João Baptista Machado, da edição alemã de 1983 de *Enführung in das Juristische Denken*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer GmbH).

. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, II Volumes, Lisboa, Editora Danúbio, 1986.

- *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, 4ª edição, Lisboa, Editorial Verbo, 1992.

. GIL, Fernando, *Provas*, s.l., Imprensa Nacional–Casa da Moeda (Estudos Gerais/Série Universitária), s.d..

. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português – Anotado e Comentado*, 10ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

- *Código de Processo Penal - Anotado*, 7ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

. ISASCA, Frederico, *Alteração Substancial dos Factos e Sua Relevância no Processo Penal Português*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992.

. JAKOBS, Günter, *Derecho Penal – Parte General*, 2ª edição (corrigida), Madrid, Marcial Pons, 1997.

. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, II Volume, Barcelona, Bosch - Casa Editorial, S.A., s.d. (tradução de Mir Puig e Muñoz Conde, da 3ª edição alemã (1978) de *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*).

- “As Fases de Desenvolvimento da Nova Teoria da Infracção”, in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1983/84, págs. 97-123 (tradução de Teresa Pizarro Beleza, de *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª edição alemã, de 1978).

. JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Português*, Tomo I, Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1853.

. LAMEGO, José, *Hermenêutica e Jurisprudência (Análise de uma “Recepção”)*, Lisboa, Editorial Fragmentos, s.d..

. LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, s.d. (tradução de José Lamego, de *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª edição (revista), 1983, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag).

. LEITE, João Pinto da Costa (LUMBRALES), “O Érrro em Direito Penal”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Ano X (1926-1928), págs. 251-278, Ano XI (1929), págs. 247-270.

. LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil – Anotado*, Vol. I, 4ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

. LUHMANN, Niklas, *Social Systems*, California, Stanford, 1995.

. MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 9ª reimpressão (da edição de 1982), Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

. MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa, *Circunstâncias das Infrações e Sistema do Direito Penal Português (Ensaio de Introdução Geral)*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 383, Lisboa, 1989.

- “O Princípio *In Dubio Pro Reo* e o Novo Código de Processo Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49, Setembro 1989, págs. 583-611.

. MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, II Volumes, Coimbra, F. França Amado Editor, 1911.

. MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, IIº e IIIº Volumes (revistos e actualizados), Lisboa, Edição da A.A.F.D.L., 1987 (IIº Volume; IIIº Volume s.d.).

. MIR, José Cerezo, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Editorial Tecnos, 1982.

. MONTEIRO, Cristina Líbano, *Perigosidade de Inimputáveis e In Dubio pro Reo*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Studia Iuridica* 24, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

. NEVES, A. Castanheira, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica) – I, A Crise*, Coimbra, Livraria Almedina, 1967.

- *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, edição policopiada, 1968.

- *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Studia Iuridica* 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

- “*Interpretação Jurídica*”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume 3, Lisboa / S. Paulo, Verbo, págs. 651-707.

. ORDEIG, Enrique Gimbernat, “*Acerca del Dolo Eventual*”, in *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1976, págs. 123-151.

. OSÓRIO, José, “*Julgamento de Facto*”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano VII, 1954, págs. 196-219.

. PALMA, Maria Fernanda, *Distinção entre Dolo Eventual e Negligência Consciente em Direito Penal (Justificação de um Critério de “Vontade”)*, Lisboa, 1981, dactilografado, não publicado

(dissertação apresentada no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito de Lisboa do ano lectivo 1977/78).

- *Direito Penal – Parte Especial (Crimes contra as Pessoas)*, Lisboa, edição policopiada, 1983.

. PEREIRA, Rui Carlos, *O Dolo de Perigo (Contribuição para a Dogmática da Imputação Subjectiva nos Crimes de Perigo Concreto)*, Lisboa, Lex, 1995.

. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil – Anotado*, Vol. V, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

. ROXIN, Claus, “*Teoria da Infração*”, in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo I, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1983/84, págs. 1-41 (tradução de Teresa Pizarro Beleza, de “*Strafrecht und Strafrechtstreform*”, 1977).

- “*Contribuição para a Crítica da Teoria Finalista da Acção*”, in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2ª edição, Lisboa, Vega, 1993, págs. 91-143 (publicado pela 1ª vez em 1962; tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz).

. SANTIAGO, Rodrigo, “*Sobre o Dever de Motivação das Respostas aos Quesitos em Processo Penal*”, Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Secção Penal, de 15.12.1982, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, Maio-Setembro 1983, págs. 487-507.

- “*Reflexões Sobre as “Declarações do Arguido” como Meio de Prova no Código de Processo Penal de 1987*”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 1, Janeiro-Março 1994, págs. 27-62.

. SANTOS, Manuel Simas / PINHO, David Borges de / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Código de Processo Penal - Anotado*, 2º Volume, Lisboa, Rei dos Livros, 1996.

. SCHMIDT, Eberhard, “*Teoria da Acção Social*”, in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1983/84, págs. 177-205 (tradução de Jorge de Castilho Pimentel, de “*Soziale Handlungslehre*”, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, 1969).

. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, “*Provas (Direito Probatório Material)*”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 110, Novembro 1961, págs. 59-256.

. SERRA, Teresa, *Problemática do Erro sobre a Ilícitude*, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1991(sem indicação de data da edição original).

. SILVA, Germano Marques da, *Crimes de Emissão de Cheque Sem Provisão (Quatro Estudos)*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1995.

. STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal – Parte General, I (El Hecho Punible)*, Madrid, Edersa, 1982 (tradução de Gladys Romero, da 2ª edição alemã, de 1976, de *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*).

- “*As Formas Fundamentais do Facto Punível*”, in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1983/84, págs. 311-332 (tradução de Maria Fernanda Palma, de *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 2ª edição alemã, de 1976).

. VARELA, Antunes / BEZERRA, J. Miguel / NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição (revista e actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

. VELOSO, José António, *Erro em Direito Penal*, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1993.

. WELZEL, Hans, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956 (tradução de Carlos Fontán Balestra, do original alemão, sem indicação de edição).

- “*Lo Injusto de los Delitos Dolosos*”, in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1983/84, págs. 127-158 (retirado de *Derecho Penal Alemán*, 11ª edição, tradução espanhola de Santiago do Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970).

- “*Lo Injusto de los Delitos Culposos*”, in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo II, Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1983/84, págs. 159-175 (retirado de *Derecho Penal Alemán*, 11ª edição, tradução espanhola de Santiago do Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970).

Lisboa / Santarém, Fevereiro-Setembro de 1997