

NOTA PRÉVIA

As páginas que se seguem reproduzem, com pontuais alterações, a dissertação em Ciências Jurídico-Criminais que foi discutida em provas públicas de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Realizaram-se no dia 5 de Janeiro de 2022, no Auditório da Faculdade, perante o Júri constituído pelos Senhores Professores Doutores José Manuel Aroso Linhares (Presidente), Anabela Miranda Rodrigues, Susana Aires de Sousa (Orientadora), Cristina Líbano Monteiro (Arguente), Luís Meneses Vale, Helena Mourão (Arguente) e Pedro Garcia Marques.

Cumpre agora olhar para trás e reconhecer, com gratidão, as entidades e as pessoas que me apoiaram neste percurso.

O facto de me ter sido atribuída uma bolsa de doutoramento pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia foi determinante para que pudesse dedicar-me à escrita da tese, em exclusividade, nos últimos anos de trabalho. São de louvar todos os mecanismos públicos de apoio à investigação e ao conhecimento científico em Portugal. Tenho assim de agradecer à própria Fundação e também às generosas palavras de recomendação à candidatura das Senhoras Professoras Doutoradas Maria João Antunes e Cláudia Cruz Santos – cujo apoio também senti ao longo do tempo. Neste contexto, a Prof. Doutora Susana Aires de Sousa merece uma especial palavra de agradecimento. Desde que iniciei o meu percurso em Coimbra, no ano de 2013, disponibilizou o seu tempo para ler os trabalhos, sugerir alterações e partilhar ideias e críticas. Para além de tudo isso, mostrou sempre uma honestidade intelectual que é inestimável a qualquer progresso científico. Deixo ainda os devidos reconhecimentos ao Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

na pessoa do Presidente do Conselho Coordenador, o Senhor Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares, e à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na pessoa do então Director, o Senhor Professor Doutor Rui Manuel de Figueiredo Marcos.

São doutro género os agradecimentos com que termino, à minha querida mãe, aos meus irmãos David e Sílvia, à minha companheira Ana, ao Iesu e ao Ioan. Contribuíram, cada um à sua maneira, para a minha devoção ao trabalho e, mais importante ainda, para o meu bem-estar anímico.

Macau, Outubro de 2022

RESUMO

O presente estudo tem por objectivo caracterizar, com base na realização jurisdicional do direito penal, o segmento da “teoria da conduta” que diz respeito ao comportamento ilícito-típico, procurando compreender quais são os pressupostos essenciais para identificar, descrever e comprovar um “comportamento”, os pressupostos essenciais para converter um “comportamento” num “comportamento ilícito-típico” e, no geral, os fundamentos do “comportamento ilícito-típico”. No seu conjunto, são pressupostos e fundamentos que contribuem para uma “teoria da conduta” com interesse para a ciência do direito penal porque também respondem, com suficiente clareza, a determinados problemas dogmáticos reconhecidos na doutrina do crime, especialmente o que questiona a autonomia do conceito de “conduta” como primeiro elemento para a existência do crime (à luz das funções de classificação, ligação e delimitação).

A imbricação da “teoria da conduta” na “realização jurisdicional do direito penal” implica convocar uma experiência prática e operativa que decorre dos tribunais, considerando, designadamente, o próprio sistema jurídico em vigor, as tarefas eminentemente práticas, os desempenhos focados no problema do caso concreto, os resultados práticos, o pensamento problemático, a renúncia aos conhecimentos irrefutáveis, as condições de eficácia do sistema, o carácter relacional e intersubjectivo da realidade humana, o carácter pessoal das decisões ou, ainda, os conhecimentos pré-determinados. No fundo, implica apelar a uma ciência eminentemente prática apoiada na experiência e vinculada aos mais diversos pressupostos formais e informais. Não significa contudo renunciar ao pensamento sistemático, ao conhecimento científico, aos problemas

conceptuais, à teoria ou às reflexões críticas que possam contribuir para o desenvolvimento político-criminal que enforma o direito penal, antes significa tomar por princípio a vigência do sistema jurídico que realiza concretamente o direito penal, o mesmo sistema que pressupõe os mais variados pressupostos para tomar decisões concretas com indubitável importância para os interesses das pessoas e da própria sociedade. Para além da doutrina do crime, esses pressupostos incluem, p. ex., a função jurisdiccional, o processo penal da cognição dos factos, a incriminação e os limites à criminalização de condutas, o sistema jurídico-constitucional valorativamente orientado com princípios de direito, o processo de motivação ou fundamentação das decisões, a força vinculativa do precedente jurisprudencial, ou, também, a força vinculativa das decisões de certos tribunais no âmbito do ordenamento jurídico português.

É altura de afirmar que, na realização jurisdiccional do direito penal, ao conjugarmos direito substantivo, direito adjectivo e, dentro deste último, direito probatório, podemos identificar um *comportamento ilícito-típico* fundamentado na matéria de facto e na matéria de direito, admitindo que o processo penal estabelece as suas próprias regras quanto à forma como as pessoas podem conhecer e comprovar a realidade onde assumem os comportamentos, admitindo que o direito penal substantivo tem os seus próprios pressupostos, formais e informais, para qualificar os comportamentos, e admitindo, finalmente, objectivos práticos e operativos que visam renovar e actualizar o significado jurídico-criminal desses mesmos comportamentos processualmente adquiridos com base num sistema de orientação valorativa.

Palavras-chave: “teoria da conduta”; “realização jurisdiccional do direito penal”; “comportamento ilícito-típico”; “processo penal da cognição dos factos”; “sistema de orientação valorativa”.

Introdução

I. Enquadramento da “teoria da conduta” no modelo sistemático de análise do crime (como nota introdutória)

Há muito tempo que a “conduta do agente” tem sido pensada como o primeiro pressuposto para a existência do “crime”. Não há crime sem haver uma conduta (*nullum crimen sine conducta*). A ideia parece simples e faz todo o sentido, mas revelou-se tão complexa que levou aos mais diversos desenvolvimentos teóricos. Primeiro pensou-se que essa “conduta” estaria numa dimensão naturalística, isenta de valorações, nos termos da qual o agente se movia numa dimensão exclusivamente física (F. V. LISZT). Depois, verificou-se que essa dimensão apenas seria adequada para explicar as condutas que implicavam um movimento, deixando de fora, por um lado, as condutas omissivas (em que o agente “nada faz”) e, por outro, o estado subjectivo do agente representado pelo “dolo” ou pela “negligência”. Surgiu então um conceito de “conduta” caracterizado a partir de uma dimensão “ontológica”, com a ambição de encontrar o verdadeiro “ser” do agente, também numa realidade isenta de valorações. Um dos objectivos dessa teoria passava por introduzir pressupostos mentais ao agente, como parte da sua natureza, visto que qualquer pessoa pode actuar no seguimento de uma antecipação mental das suas próprias finalidades (H. WELZEL). No entanto, verificou-se que o agente muitas vezes não antecipa mentalmente o resultado das suas actuações, como sucede na negligência inconsciente; e, mesmo nos casos em que essa antecipação se concretiza, o agente pode assumir um comportamento passivo (“nada faz”) que não tem qualquer ligação causal com o aparecimento de certos resultados no mundo exterior. Por outras palavras: a dimensão ontológica não se afigurou adequada para estabelecer uma ligação

relevante entre a conduta do agente e determinados acontecimentos da vida em sociedade. Quanto à conduta omissiva, para exemplificar, pensemos no agente que se depara com um acidente na estrada e decide seguir caminho, afastando-se do local de embate onde se encontravam pessoas carentes de assistência: sem uma valoração que julgue existir um dever de prestar assistência simplesmente não há qualquer conduta omissiva – pelo que, numa dimensão exclusivamente ontológica, não há conduta omissiva. Quanto à conduta negligente, pensemos no exemplo de um motorista que realiza uma manobra de marcha-atrás, junto a uma escola, e atropela uma criança: certamente que, tendo como finalidade exclusiva inverter o sentido da sua marcha, o agente não antecipa mentalmente aquele resultado em termos causais – pelo que, numa dimensão exclusivamente ontológica, não há uma “finalidade” em relação ao resultado. Surgiram então concepções de “conduta” que procuraram ultrapassar as dimensões naturalísticas e ontológicas fazendo crescer certos juízos de valoração. Através de uma valoração seria possível interligar a conduta do agente, em qualquer uma das suas manifestações, e os resultados que se verificavam exteriormente. Foi esse o objectivo dos conceitos “pessoal” e “social” de conduta. A conduta do agente seria uma “manifestação da sua personalidade” (C. ROXIN) ou, de outro modo, algo “socialmente relevante” (H. H. JESCHECK/T. WEIGEND). Para além de englobar as condutas activas e dolosas, pretendeu-se assim incluir a omissão e a negligência na conduta do agente. Voltando aos exemplos: o agente que não é solidário com pessoas carentes de assistência está a “manifestar a sua personalidade”; ou o facto de o agente não auxiliar pessoas que estão carentes de assistência é um comportamento “socialmente relevante”; já o agente que atropela uma criança junto a uma escola, não assumindo certos deveres de cuidado ao realizar uma manobra de marcha-atrás, “manifesta a sua personalidade”; e o facto de uma criança ser atropelada é sempre um acontecimento “socialmente relevante”. Ambos os critérios pareciam ser suficientemente amplos e válidos para caracterizar a natureza da “conduta” em termos pré-jurídicos. Contudo, por serem precisamente demasiado indeterminados, estes juízos apresentam um certo inconveniente: a sua própria relatividade perante os interesses protegidos pelo direito penal. Desde logo porque não se conhecem critérios suficientemente definidos ou uniformes que nos esclareçam, perante uma actuação do

agente, o que é uma “manifestação da personalidade” ou o que é “socialmente relevante” – caindo num certo *relativismo valorativo*. Em princípio não basta avocar critérios gerais e abstractos, “anímico-espirituais” ou “ético-sociais”, para encontrarmos ligações relevantes entre comportamentos e resultados no mundo intersubjectivo. Mais importante ainda, como se tratam de critérios extra-jurídicos ou pré-jurídicos, não significa que se afigurem ligações *criminalmente relevantes*. Por essa razão, em sentido diverso, havia todo um conjunto de autores que sugeria pensar a conduta do agente como uma valoração especificamente jurídico-criminal. Foram várias as concepções formuladas, parte da história do direito penal: desde a noção de conduta que tem uma origem “empírica” mas que põe em causa uma “ilicitude tipificada” (E. MEZGER), até à conduta que realiza a tipicidade (G. RADBRUCH), a “conduta típica”, como primeiro pressuposto para a existência do crime. Com esta forma de ver o problema, a “conduta” perde a sua ambicionada autonomia pré-jurídica e passa a diluir-se noutros pressupostos presentes no sistema de análise do crime, como a tipicidade ou a ilicitude.

Perante este excursus muito resumido acabamos por levantar algumas importantíssimas questões teóricas que fazem parte, quanto a nós, da “teoria da conduta na doutrina do crime”:

- O conceito de “conduta” é o primeiro pressuposto para a existência do crime?
- É possível delinear um conceito de “conduta”, com relevância para o direito penal, a partir de uma realidade isenta de valorações (p. ex., uma realidade naturalística ou ontológica)?
- Sendo essencial proceder a um juízo de valoração, poderá afigurar-se um juízo de valoração pré-jurídico (p. ex., com base na “manifestação da personalidade” ou no considerado “socialmente relevante”)?
- Admitindo, por outro lado, que se trata de um juízo de valoração jurídico-criminal, implica integrar a “conduta” na tipicidade ou na ilicitude (ou em ambas as categorias dogmáticas¹)?

¹ Podíamos ir mais além e questionar se também não implica integrar a “conduta” na categoria da “culpa” (“conduta culposa”) ou da “punibilidade” (“conduta punível), no entanto, como veremos, o objecto do nosso estudo não se estende a essas outras categorias.

- No fundo, o conceito de “conduta” é um conceito pré-jurídico isento de valorações, um conceito axiológico e pré-jurídico ou um conceito jurídico-criminal?
- De uma forma mais geral, o conceito de “conduta” reclama uma autonomia própria ou uma diluição nos pressupostos dogmáticos do modelo sistemático de análise do crime?

Essencial, de momento, é ter presente que há uma ambição doutrinária que procura um conceito de “conduta” com autonomia suficiente para ser o primeiro pressuposto para o aparecimento do crime, (i) sem antecipar as restantes categorias dogmáticas (nomeadamente, a tipicidade, a ilicitude e a culpa), (ii) abrangendo todas modalidades de actuação (activa, omissiva, dolosa e negligente) e, ao mesmo tempo, (iii) excluindo tudo o que não deve ser considerado uma “conduta”. Estão aqui implícitas, respectivamente, a (i) função de ligação, (ii) a função de classificação e a (iii) função de delimitação, comumente atribuídas a um conceito pré-jurídico de “conduta” que ambiciona ser um *supraconceito*. Tal ambição está bem patente nos conceitos “social” e “pessoal” de conduta, desenvolvidos com base numa crítica teórica aos conceitos “naturalístico” e “final” de conduta. Do outro lado estão posições doutrinárias que não pretendem satisfazer pretensões teóricas de harmonização sistemática, admitindo dissolver o conceito de conduta noutros pressupostos essenciais para a existência do crime, como sucede com o conceito de “conduta típica” – entre nós, trata-se de uma concepção representada por J. FIGUEIREDO DIAS.

As destacadas concepções de “conduta” no âmbito do direito penal implicam convocar diferentes influências ou orientações que estão na raiz dos diferentes pensamentos. Como veremos, F. V. LISZT ter-se-á inspirado nos movimentos de expansão das ciências naturais para formular um conceito “causal-naturalístico” e, mais tarde, H. WELZEL nos fundamentos da psicologia do pensamento para formular um conceito “finalístico”. Ambos os contributos foram incontornáveis para a evolução da própria noção de “conduta”: F. V. LISZT representa o fim da “metafísica” e a teoria de H. WELZEL permite, definitivamente, firmar o dolo na tipicidade, dando luz a um “tipo subjectivo” a partir do qual se exige uma manifestação exterior ou factual das intenções do agente. Também são

conhecidas as ligações *neokantianas* ou filosófico-culturais que levaram E. MEZGER a assumir uma visão crítica e valorativa a partir das finalidades do direito penal – e a influenciar, por sua vez, autores portugueses como EDUARDO CORREIA. Mais recentemente, temos o exemplo de T. S. VIVES ANTÓN que formula um conceito “linguístico-significativo” fundado nas teorias filosóficas da linguagem (considerando autores como L. WITGENSTEIN e J. HABERMAS) e, também, o exemplo de G. JAKOBS que formula um conceito “negativo” de conduta influenciado pela sociologia do direito de NIKLAS LUHMANN. Todos eles, entre outros, contribuíram para a “teoria da conduta” com diferentes influências de raiz, procurando responder àquelas perguntas enquadradas no modelo sistemático de análise do crime. Mais além, contribuíram para importantes discussões político-criminais e respectivas alterações legislativas que ainda hoje vigoram maioritariamente na Europa continental e na América do Sul.

2. Para uma perspectiva da “teoria da conduta” a partir da *realização jurisdicional do direito penal* (ao encontro do problema-objecto da tese)

O que pretendemos com o nosso estudo não é revisitar exaustivamente todas aquelas posições doutrinárias acerca do conceito de “conduta”. Voltaremos a fazer referência às mesmas de uma forma mais pormenorizada, em capítulo próprio², mas dessa vez enquanto pressuposto de uma perspectiva diferente, enquanto *pressuposto da realização jurisdicional do direito penal*. Com efeito, distinta da “teoria da conduta na doutrina do crime” deverá ser uma “teoria da conduta na realização jurisdicional do direito penal”.

A realização jurisdicional ou concreta do direito penal implica convocar uma experiência prática e operativa que decorre dos tribunais. Implica apelar, designadamente, ao próprio sistema jurídico em vigor, às tarefas eminentemente práticas, aos desempenhos focados no problema do caso concreto, aos resultados práticos, ao pensamento problemático, à renúncia aos conhecimentos irrefutáveis, às condições de eficácia do sistema, ao carácter relacional e intersubjectivo da realidade humana, ao carácter

² Dada a sua relevância para o nosso estudo, dedicámos-lhe o capítulo IV, parte I, com as respectivas menções bibliográficas.

pessoal das decisões ou, ainda, aos conhecimentos pré-determinados; no fundo, *implica apelar a uma ciência eminentemente prática apoiada na experiência e vinculada aos mais diversos pressupostos formais e informais do sistema jurídico-criminal*. Talvez possamos dizer coloquialmente que se trata de um “direito penal aplicado” – cuja essência não se confunde com a “lei penal aplicada”. Formalmente trata-se de uma “justiça penal” ou de um direito penal em sentido *topológico*, exclusivo do local onde a justiça é prestada³. Mas não significa renunciar ao pensamento sistemático, ao conhecimento científico, aos problemas conceptuais, à teoria, à dogmática, ou às reflexões críticas que possam contribuir para o desenvolvimento político-criminal que enforma o direito penal, antes significa tomar por princípio a vigência do sistema jurídico que realiza concretamente o direito penal, o mesmo sistema que pressupõe os mais variados *pressupostos* para tomar decisões concretas com indubitável importância para os interesses das pessoas e da própria sociedade. Para além da “doutrina do crime”, esses pressupostos incluem, p. ex., a aquisição processualmente válida da matéria de facto, as próprias regras procedimentais do processo penal, os tipos de crime e o princípio da legalidade criminal, um sistema de orientação valorativa com princípios jurídico-constitucionais, o processo de fundamentação-argumentação racional e o precedente jurisprudencial.

Ora, partindo desta imagem global da “realização concreta do direito penal”, podemos ver uma forma de, em termos académico-científicos, voltarmos a integrar o estudo do processo penal no estudo do direito penal substantivo⁴. A própria realização concreta ou jurisdicional é um “sistema integral do direito material, processual e probatório”⁵. Principalmente porque as exigências jurídico-substantivas dos tipos de crime devem ser conjugadas e moderadas pelas possibilidades jurídico-adjectivas que possibilitam a prova e a fundamentação da matéria de facto.

³ Sobre esta aceção, cfr. Paulo Ferreira da Cunha, *Filosofia do Direito: fundamentos, metodologia e teoria geral do direito*, 2.^a ed. revista, actualizada e desenvolvida, Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 333

⁴ Com referência à forma como o processo penal se autonomizou, Silvia Barona Vilar, *Proceso Penal desde la Historia: desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 322-327

⁵ Referindo expressamente esse sistema, Paulo de Sousa Mendes, *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Lisboa: Edições Almedina, 2018, pp. 101 e ss.

Dentro da “teoria da conduta”, esta é uma questão problemática especialmente devido aos estados subjectivos do agente relacionados com a “vontade”, a “consciência”, a “conformação”, o “erro”, os sentimentos, os motivos, e assim por diante, em todas as manifestações interiores vedadas ao terceiro observador. Está latente a dificuldade que existe em comprovar processualmente o “estado de espírito” do agente no momento em que o mesmo assume um determinado comportamento. Isto é, a dificuldade em produzir prova do “dolo” e da “negligência” face à própria natureza de um processo penal que não visa unicamente investigar o crime, mas também assegurar o respeito pelos direitos liberdades e garantias do agente-arguido. Aliás, como veremos, há um princípio associado ao próprio direito penal que pode ser repensado e aplicado à prova dos elementos subjectivos do agente: o princípio romano *cogitationis poenam nemo patitur*.

Isto para dizer que o discurso da realização jurisdicional, com uma pluralidade complexa de pressupostos formais e informais, é capaz de iluminar a perspectiva prático-existencial da “conduta do agente” considerada criminalmente relevante. É essa perspectiva que pretendemos conhecer, munidos de ideias de fundo relacionadas com a “realização concreta do direito”. Ideias que encontramos em importantes autores da filosofia do direito (ou da “teoria do direito”), como são A. KAUFMANN, W. HASSEMER, L. CABRAL DE MONCADA e A. CASTANHEIRA NEVES. Com a chamada dessas ideias não pretendemos teorizar uma noção de “conduta” em termos gerais e abstractos, ao encontro do seu *dever-ser* – como fizeram muitos daqueles outros ilustres autores da doutrina do crime –, o que pretendemos é teorizar a “conduta” considerando as limitações que efectivamente existem, na prática, para o seu conhecimento, ao encontro do seu *ser vigente*. Portanto, o nosso objectivo e método são bem mais modestos: encontrar respostas para a “teoria da conduta”, juntando todas as evidências empíricas que a caracterizam, na realidade onde se insere o ordenamento jurídico português, através dos pressupostos formais e informais do sistema penal vigente. Nesse aspecto, é algo diferente de uma tarefa primariamente teórico-abstracta que visa contribuir para uma alteração político-criminal de fundo, *lege ferenda*, com uma “nova” teoria da conduta eventualmente dotada de potencial para reformular o próprio sistema de análise do crime.

Podemos pensar, com razão, que será um paradoxo conjugar a “teoria da conduta” com a “realização jurisdiccional do direito penal”. Uma “teoria” formulada a partir da “prática”? Uma “teoria” que depende da “prática”? Uma práxis? Uma práxis com uma “teoria da conduta” válida para o direito penal?

Talvez o verdadeiro paradoxo esteja em formular uma “teoria” a partir de uma “lei”. Mas não será esse o caso. Quanto a nós, a união entre a teoria e a prática, a práxis, também pode contribuir validamente para formular uma resposta àquelas perguntas levantadas pela “teoria da conduta na doutrina do crime”. Pode esclarecer se a conduta do agente é ou não o primeiro pressuposto para a existência do crime, pode esclarecer se há ou não juízos de valoração essenciais para delinear uma noção de “conduta”, pode esclarecer que tipo de juízos de valoração são realizados – extra-jurídicos, jurídicos ou jurídico-criminais? – e pode ainda tomar uma posição quanto à sua eventual autonomia no sistema de análise do crime. Estamos agora mais próximos de uma *teoria da conduta como teoria da decisão penal*⁶.

Pretendemos, com isto, promover a sua autocompreensão. Como se a noção de “conduta” estivesse *vivificada* nos pressupostos formais e informais do sistema jurídico, permitindo encontrar o seu sentido prático-real. Uma abordagem dessa natureza é bem mais segura porque não nos aproximamos de uma discussão juncada com os destroços das teorias do conhecimento⁷. Será bem mais segura porque não se perde em distinções conceptuais no campo da filosofia, da sociologia, da psicologia ou de qualquer outra disciplina à escolha de quem a procura *re-conceptualizar*. Superamos o “transcendente”, o “arbitrário”, o “especulativo” e ficamos pela racionalidade do que está disponível, ao nosso alcance, na dimensão intencionalmente jurídico-criminal.

Estamos conscientes de que a imbricação da “teoria da conduta” na “realização jurisdiccional do direito penal” remete para amplos problemas teóricos que ultrapassam a própria noção de “conduta”, pois não basta

⁶ De forma mais ampla ainda, repare-se a forma como Maria Fernanda Palma titula o seu manual: *Direito Penal, Parte Geral: a teoria geral da infração como teoria da decisão penal*.

⁷ Penhorando uma expressão de Edward O. Wilson, *A Conquista da Terra* (trad. José Vala Roberto), Lisboa: Clube do Autor, 2012, pp. 17-18

uma conduta para haver crime. Podem discutir-se os conteúdos da conduta *típica*, da conduta *ilícita*, da conduta *culposa* e da conduta *punível*, dentro do mais amplo modelo sistemático de análise do crime, mas também não é esse o nosso objectivo. Daí o subtítulo que atribuímos: pressupostos e fundamentos do *comportamento ilícito-típico*. É tempo de formalizar o objecto de investigação e a razão de ordem da própria tese, seguindo-se alguns esclarecimentos de natureza terminológico-conceptual.

3. Delimitação do objecto de investigação e razão de ordem

O presente estudo tem por objectivo caracterizar, a partir da realização concreta do direito penal, o segmento da teoria da conduta que diz respeito ao *comportamento ilícito-típico*. Os nossos objectivos passam por compreender quais são os *pressupostos* essenciais para identificar e descrever um “comportamento”, quais são os *pressupostos* essenciais para converter um “comportamento” num “comportamento ilícito-típico” e, no geral, quais são os *fundamentos* do “comportamento ilícito-típico”. No seu conjunto, são pressupostos e fundamentos que contribuem para uma “teoria da conduta” com interesse para a ciência do direito penal porque também respondem, com suficiente clareza, aos problemas centrais reconhecidos e debatidos na doutrina do crime, especialmente o que questiona a autonomia do conceito de “conduta” como primeiro elemento para a existência do crime. Sendo assim, as respostas àquelas perguntas teóricas, levantadas pela doutrina do crime acerca da natureza do conceito de “conduta”, também fazem parte dos nossos objectivos.

Ao dar uma perspectiva que decorre da prática jurisdicional, procuramos esclarecer o *status* do conceito de “conduta”, *o que é*, no âmbito do seu próprio “ser”, a partir de um realismo adequado aos juristas – e não aos filósofos, físicos, historiadores, sociólogos, neurocientistas, etc. –, tendo como pressuposto o sistema de orientação valorativa onde os mesmos se inserem. Importante reiterar que, no âmbito da nossa investigação, estamos enquadrados no *ordenamento jurídico português*.

Com a mesma perspectiva jurisdicional, procuramos também esclarecer como se associa a “conduta” à “tipicidade” e à “ilicitude”. Ou seja, o estudo que se segue está delimitado pela conjugação reticular dessas categorias dogmáticas, deixando de fora a “culpa” e a “punibilidade” – que têm os seus próprios pressupostos e fundamentos. Apesar disso, não

pretendemos desenvolver teoricamente as noções de “tipicidade” e de “ilicitude”, nem enquadrar o problema nas formas especiais de aparecimento do crime (tentativa, participação e concurso de crimes) ou nas situações normalmente associadas às causas de justificação da ilicitude.

Passamos a explicar melhor, a partir da razão de ordem, os nossos objectivos.

Dividimos a tese em duas partes: a primeira parte para os *pressupostos* e a segunda parte para os *fundamentos*.

Dentro dos “pressupostos” temos quatro capítulos que expressam os elementos que mais contribuem para compreender como se realiza o processo de determinação do comportamento ilícito-típico: os “factos”, a “lei”, o “direito” e a “doutrina”. Respectivamente: no primeiro capítulo, a narrativa processual dos factos (os “factos”); no segundo capítulo, o tipo de conduta previsto ou implícito na norma jurídico-penal (a “lei”); no terceiro capítulo, o processo de determinação do comportamento ilícito-típico na realização jurisdiccional do direito penal (o “direito”); e, no quarto capítulo, a teoria da conduta na doutrina do crime (a “doutrina”). Na verdade, o “direito” é um pressuposto aglomerador porque acaba por reunir todos os restantes pressupostos enunciados, uma vez que os “factos”, a “lei” e a “doutrina” traduzem-se em “matéria prima” (A. KAUFMANN) essencial para uma decisão de direito.

É relevante referir que deixámos a “doutrina” (enquanto pressuposto ou vínculo informal) para o último capítulo da primeira parte porque acolhemos a ideia de que a prática dos tribunais segue naturalmente a doutrina que *renuncia* a um supraconceito geral e pré-jurídico de “conduta”, preocupando-se, primeiramente, com a *realização do ilícito-típico*. Ou seja, podemos desde já adiantar que o modo de proceder da prática não procura um conceito geral e pré-jurídico de “conduta”, procura sim conceitos tipificados e específicos que permitam dar um significado jurídico-criminal a comportamentos individuais e concretos, mesmo que isso implique dar um salto lógico ou conceptual⁸. Veremos se essa é a melhor forma de abordar o problema.

⁸ No mesmo sentido, Tomás S. Vives Antón, *Fundamentos del Sistema Penal: acción significativa y derechos constitucionales*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2011, pp. 272-274 e p. 615

De qualquer forma, com esta primeira parte damos imediatamente conta de pressupostos universais e explicativos que não podem ser excluídos numa “teoria da conduta” que sirva propósitos especificamente jurídico-criminais num Estado de Direito: a função jurisdicional dos actores da justiça, o processo penal dos factos, a incriminação e os limites à criminalização de condutas, o sistema jurídico-constitucional valorativamente orientado com princípios de direito, o processo de motivação ou fundamentação das decisões, a força vinculativa do precedente jurisprudencial, ou, mais ainda, a força vinculativa das decisões de certos tribunais no âmbito do ordenamento jurídico português (STJ, TC, TJUE e TEDH).

Os “pressupostos” são importantes elementos formais ou informais do sistema jurídico vigente que condicionam qualquer juízo ou decisão de natureza jurídico-criminal. O desenvolvimento teórico dos mesmos ocupou grande parte da nossa investigação, com o objectivo de encontrar, na segunda parte, os “fundamentos” do comportamento ilícito-típico. Com um maior envolvimento crítico, procurámos classificar e integrar os referidos pressupostos em dois grandes fundamentos: “*matéria de facto*” e “*matéria de direito*”. Por mais evidentes que se afigurem, são essas as duas principais fundações para a realização jurisdicional do direito penal e, consequentemente, para a “teoria da conduta”. Assim, nos “fundamentos”, com um discurso mais crítico-argumentativo, procurámos dar um sentido qualitativo ao discurso mais expositivo dos “pressupostos”.

Ao nível da matéria de facto, o principal problema teórico levantado está relacionado com a narrativa e a prova dos elementos subjectivos do crime. A questão de saber *como é que se descrevem em termos estritamente factuais os estados interiores do agente que preenchem os elementos subjectivos do crime*, levou-nos inclusivamente a comentar a decisão de fixação de jurisprudência presente no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2015.

Ao nível da matéria de direito, o principal problema identificado está relacionado com a natureza e a conjugação dos pressupostos de direito penal que exprimem o processo de determinação ou descoberta do comportamento *ilícito-típico* – repare-se, primeiro a “ilicitude” e depois a “tipicidade”.

No geral, com compromisso de dizer *o que é* a “conduta” criminalmente relevante ao nível do ilícito-típico, encontrámos uma vertente necessa-

riamente jurídico-factual e uma vertente necessariamente jurídico-criminal. As particularidades da “matéria de facto” são as próprias particularidades do processo penal, e as particularidades da “matéria de direito”, cuja finalidade é qualificar ou imprimir um sentido à “matéria de facto”, são as particularidades de toda a matéria que se manifeste como sendo intencionalmente jurídico-criminal na realização concreta do direito, especialmente a matéria que exprime o ilícito-típico. Veremos como isto se interpreta, nas conclusões, para o cumprimento das funções atribuídas ao conceito de “conduta”.

4. Esclarecimentos terminológico-conceptuais

Em virtude do emprego indiscriminado das palavras “conduta” e “comportamento”, como se fossem sinónimos, bem como da omissão deliberada da palavra “acção”, parece-nos essencial proceder a esclarecimentos de natureza terminológico-conceptual. E assim também face às imensas possibilidades do vocabulário da “teoria da conduta”: acção em sentido lato, acção em sentido estrito, omissão, conduta, conduta activa, conduta passiva, actividade, inactividade, iniciativa, passividade, abstenção, comportamento, actuação, acto, atitude, acontecimento, fenómeno ou facto, entre outras inúmeras possibilidades.

Olhando muito brevemente para a história da terminologia utilizada em Portugal, PASCOAL J. MELO FREIRE privilegiou expressões como “actos”, “actos externos” ou “facto” para se referir às formas de aparecimento do crime, em oposição à “cogitação”. A “acção”, de modo diferente, assumia um conteúdo conceptual alusivo à “acção criminal”, isto é, ao processo penal⁹. Esta escolha de palavras será um sinal do tratamento integrado que, na época, se fazia entre direito penal substantivo e adjetivo. Por sua vez, SILVA FERRÃO, na sua “teoria do direito penal aplicada ao código penal português”, empregava as expressões “acção” e “omissão” para se referir a uma forma de actuação activa ou passiva do agente¹⁰.

⁹ Cfr. Pascoal José de Mello Freire, *Instituições de Direito Criminal Português* (trad. Miguel Pinto de Menses), *Boletim do Ministério de Justiça*, n.ºs 155-156, 1966 [orig. 1784], pp. 59 (“actos externos”) e 82 (“acção criminal”).

¹⁰ F. A. F. da Silva Ferrão, *Theoria do Direito Penal: applicada ao Código Penal Portuguez*, vol. 1, Lisboa: Typographia Universal, 1856, p. 7

No mesmo sentido, LEVY MARIA JORDÃO, de acordo com o seu próprio comentário ao CP, definiu “facto” como uma expressão que englobava a “acção” e a “omissão”, ou seja, “cousas externas”¹¹. Mais tarde, em autores como HENRIQUES DA SILVA e CAEIRO DA MATTA, estavam presentes as seguintes expressões: “factos”, “actos” e “actos externos”, para fazer referência à materialidade da infracção; “delitos de acção” e “delitos de omissão”; o termo “acção” com o sentido de “actividade” e, outras vezes, o termo “acção” com o sentido de “acção criminal”¹².

Até então, nas obras dos autores referidos, não encontrávamos quaisquer referências às palavras “conduta” e “comportamento”. Num passado recente, a autonomização mais esclarecida do objecto de estudo do direito penal substantivo reflectiu-se na utilização recorrente da palavra “acção” em sentido lato, como forma de exprimir a *acção do agente* numa das suas modalidades. A “acção” passou a ser vista, no contexto significativo do vocabulário jurídico-material, como uma acepção mais geral e aglomeradora das formas de aparecimento do crime. Assim o fizeram comumente EDUARDO CORREIA e J. FIGUEIREDO DIAS¹³. Não obstante, ambos acabaram igualmente por empregar as palavras “conduta” e “comportamento” como sinónimos da “acção” em sentido lato, sem proceder a uma distinção conceptual formal¹⁴. J. FARIA COSTA parece favorecer o termo “conduta” nas suas “noções fundamentais de direito penal”¹⁵, fazendo menções à “conduta”, à “conduta típica”, à “conduta ilícita” ou à

¹¹ Levy Maria Jordão, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, tomo 1, Lisboa: Typographia José Baptista Morando, 1853, pp. 5-6

¹² Henriques da Silva, *Elementos de Sociologia Criminal e Direito Penal*, lições do anno lectivo de 1905-1906 na 14.ª cadeira da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1905, pp. 255 e ss.; e Caeiro da Matta, *Direito Criminal Português*, vol. II, Coimbra: F. França Amado, 1911, pp. 225 e ss.

¹³ Eduardo Correia, *Direito Criminal*, tomo I, reimp., Coimbra: Livraria Almedina, 1971, pp. 231-234; e Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal: Parte Geral*, tomo I: Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime, 2.ª edição, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 251 e ss. e 261-262.

¹⁴ P. ex., J. Figueiredo Dias titula o 6.º capítulo do seu manual (“*Direito Penal: Parte Geral*, tomo I: Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime”) da seguinte forma: “o comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime”.

¹⁵ Cfr. José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

“conduta culposa”, mas não deixando de utilizar as expressões “facto” ou “acção” em sentido lato para se referir ao mesmo contexto de significação.

É preciso referir que no âmbito da lei penal substantiva *em vigor* há uma preferência pelo termo “facto” como uma expressão mais ampla que abrange a “acção” e a “omissão”, conforme se verifica no artigo 10.º da PG do CP.

Chegados aqui, tendo presente diferentes razões de terminologia conceptual, não podemos, simplesmente, aderir a modos de comunicação enquadrados em diferentes contextos daquele que pretendemos investigar. Se o especial contexto que avocámos é o da “realização jurisdiccional do direito penal”, e se procuramos um estudo integrado dos direitos substantivo, adjectivo e, dentro deste último, probatório, é importante proceder a uma clarificação suficiente do que queremos dizer no âmbito de uma “teoria da conduta” sujeita a essa perspectiva.

Em primeiro lugar, tomamos os termos “facto”, “acontecimento” e “fenómeno” da forma mais abrangente possível, podendo compreender “comportamentos”, “resultados” ou qualquer outra ocorrência que se considere mais especificada. Mas fazemo-lo com uma particularidade: empregamos esses termos preferencialmente ao âmbito do *processo penal*, enquanto “pedaços de vida” que chegam ao processo por via das narrativas processuais. Do ponto de vista conceptual, são expressões representativas de conteúdos descritivos que não visam antecipar soluções de direito. E nenhuma das mesmas expressões se confunde com o significado da palavra “evento”, associada, como é sabido, a uma noção de “resultado” enquanto efeito da “conduta”¹⁶.

No exemplo que se segue estamos perante “factos”, “acontecimentos” ou “fenómenos”: (i) “Envolveram-se numa luta corpo a corpo”; (ii) “na sequência da qual, «A» deu um murro no nariz de «B»...”; (iii) “no seguimento, «B» desferiu um empurrão a «A»”; (iv) e “«A» foi projectado contra umas mesas, resultando na queda ao solo, onde permaneceu prostrado”.

Em segundo lugar, damos prioridade à palavra “comportamento” para quando nos referimos à atitude do agente, activa ou passiva, inserida num

¹⁶ Muito devido a influências italianas. Sobre as concepções de “evento”, cfr. Ferrando Mantovani, *Diritto Penale: Parte Generale*, decima ed., MI: Wolters Kluwer Italia, 2017, pp. 133-135

contexto individual-concreto, espaço-temporal e histórico-social. Uma vez mais, trata-se de um termo que tem uma razão *jurídico-adjectiva* porque é a partir do processo penal dos factos que se levanta o “comportamento do agente”. O termo inclui tanto os *comportamentos activos* como os *comportamentos passivos*. Quanto aos primeiros, os “actos”, as “actuações”, as “iniciativas” ou as “actividades” são sinónimos, porque se tratam de palavras que melhor traduzem o processo físico de movimento do agente. Quanto aos segundos, propomos também empregar termos como “passividade”, “inactividade” ou “estático”, para retratar a falta de movimento ou de actividade do agente. Novamente, porque nos encontramos em sede jurídico-processual, não estamos necessariamente perante comportamentos com relevância criminal. E isso é importantíssimo sublinhar. Aqui podem estar inclusivamente em causa comportamentos “inconscientes” e “involuntários”. Por hipótese, numa fase posterior do processo pode-se concluir que o agente, quando actuou, se encontrava num estado de “sonambulismo”, num estado de “hipnotismo”, sob “força irresistível” ou dominado por “movimentos reflexos”. Nada impede que se descreva processualmente a atitude das pessoas que se encontravam nessas mesmas circunstâncias – porque, como iremos argumentar, p. ex., o sonâmbulo ou o hipnotizado também assumem comportamentos. Agora, se são ou não criminalmente relevantes, se dizem respeito a um enquadramento no tipo objectivo, no tipo subjectivo ou na culpa, isso é uma discussão que diz exclusivamente respeito à matéria de direito.

Nos exemplos que se seguem estamos perante “comportamentos” no âmbito da matéria de facto: “desferiu”, “obrigou”, “agarrou”, “ponta-peou”, “disse”, “escreveu”, “lançou mão”, “molestou”, “amarrou”, “entregou”, “deu” ou “deixou de”.

Em terceiro lugar, é essencial referir a múltipla acepção do termo “conduta”, talvez o termo mais versátil de todos ao longo da nossa investigação. No contexto da matéria de facto, o dinamismo expressivo da “conduta” poderá ser algo mais extensivo do que o “comportamento”, como se estivéssemos a referir o conjunto dos comportamentos individuais e concretos assumidos pelo agente nas específicas circunstâncias de tempo e lugar. Não obstante, o termo “conduta” será preferencialmente tomado num *contexto de significação jurídico-substantivo*, abarcando a “acção em sentido estrito” e a “omissão”. Assim, faremos referência às “condutas acti-

vas” ou às “condutas omissivas” como formas de qualificar ou de atribuir um sentido jurídico-substantivo ao comportamento do agente. Tal como iremos verificar, há narrativas processuais de comportamentos activos do agente (p. ex. “retomou a via de trânsito e prosseguiu a sua marcha”) que se podem traduzir numa conduta omissiva em termos jurídico-substantivos (p. ex., numa “omissão de auxílio”).

De notar ainda que faremos referência ao “tipo de conduta” – neste caso, repare-se, primeiro o “tipo” e depois a “conduta” – como um segmento ou elemento que decorre directamente da tipicidade dos crimes. Por exemplo, os “tipos de conduta” previstos no crime de “tráfico e outras actividades ilícitas” são os seguintes: “cultivar”, “produzir”, “fabricar”, “extrair”, “preparar”, “oferecer”, “puser à venda”, “vender”, “distribuir”, “comprar”, “ceder”, “receber”, “proporcionar a outrem”, “transportar”, “importar”, “exportar”, “fizer transitar” ou “detiver”.

No âmbito do direito penal material, entendemos que o termo “conduta” é mais adequado do que o termo “acção” em sentido lato, mesmo sabendo que a maioria da doutrina portuguesa se refere ao “conceito de acção” ou à “teoria da acção” para mencionar o eventual primeiro elemento básico do sistema de análise do crime. A razão pela qual entendemos dessa forma está relacionada precisamente com a sua adequada feição expressiva nas formas de aparecimento do crime – conduta activa, conduta omissiva, conduta dolosa e conduta negligente – e, também, com a sua acertada expressão de ligação com as restantes categorias dogmáticas do sistema de análise do crime – conduta típica, conduta ilícita, conduta culposa e conduta punível. Não nos parece que a palavra “acção” se harmonize da mesma forma. Antes de mais porque a “acção”, só por si, mesmo com um “sentido lato”, parece significar intrinsecamente uma iniciativa ou algo que imprime um movimento. Em português, uma “acção activa” parece ser uma redundância e uma “acção omissiva” parece ser uma contradição. Mais importante ainda, a realização concreta do direito penal – que reúne o processo penal e o direito penal material – entrega a palavra “acção” a um mais genuíno sentido relacionado com a “acção penal”, ou seja, relacionado com aquela “acção” cujo titular é o MP nos crimes públicos e que exige uma certa iniciativa processual das pessoas nos crimes semi-públicos e particulares.

Estamos agora mais próximos de compreender a razão pela qual titulámos o nosso trabalho como “teoria da conduta” e não como “teoria da acção”. Resta agora confrontar essa ideia com o que se segue em termos de subtítulo: porquê “*comportamento* ilícito-típico” e não “*conduta* ilícita-típica”?

Conforme ficou dito, podemos utilizar indistintamente as palavras “comportamento” e “conduta” num plano pré-típico, enquanto sinónimos que representam a atitude assumida pelo agente no caso concreto, descrita no âmbito da matéria de facto do processo penal. Ora, é esse “comportamento” ou “conduta” do agente, com um conteúdo pré-típico, que será objecto de valoração dos pressupostos de direito penal, podendo ser considerado um “comportamento ilícito-típico” ou, se quisermos, por outras palavras, uma “conduta ilícita-típica”. Elegemos a primeira expressão como mais adequada por várias ordens de razão.

Uma razão está relacionada com a distinção que deve haver entre o conteúdo conceptual daquilo que denominámos “comportamento ilícito-típico” e o conteúdo conceptual da “teoria da conduta típica” que tem G. RADBRUCH como um dos seus fundadores e, entre nós, J. FIGUEIREDO DIAS como um dos seus defensores. Corríamos o risco de ser indevidamente interpretados caso preferíssemos a expressão “conduta ilícita-típica”, porque poderia parecer uma mera reformulação terminológica de uma concepção que já foi pensada há muito tempo.

Outra razão tem que ver com uma distinção igualmente terminológico-conceptual, agora mais evidente, que deve existir entre o “comportamento ilícito-típico” e o “tipo de conduta” que, de outro modo, faz parte da previsão geral e abstracta da lei. Na nossa opinião, poderia ser confuso utilizar o termo “tipo de conduta” juntamente com os termos “conduta ilícita-típica”, “conduta típica” ou “conduta ilícita”, podendo ser interpretado, pelos mais desatentos, como um mero jogo de palavras.

Uma razão final para defender a escolha da palavra “comportamento” neste contexto: com esta expressão estamos justamente a remeter para uma realidade que pretende ser o mais objectiva e concreta possível, uma *realidade processualmente válida* que não se perde em espaços de arbitrariedade ou em especulações gerais e abstractas acerca das atitudes do agente. Com a narrativa do “comportamento” através do processo penal, como veremos, não se descrevem, sequer, actos puramente psicológicos

ou interiores do agente. Isso não é possível. Não será razoável, então, associar o termo a algo intoleravelmente amplo e relativo à personalidade do agente, com vista a argumentar que se trata de terminologia com conteúdo e ao serviço de um *direito penal do autor*.

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA	5
RESUMO	7
ABSTRACT	9
ABREVIATURAS E SIGLAS	11

INTRODUÇÃO	13
1. Enquadramento da “teoria da conduta” no modelo sistemático de análise do crime (como nota introdutória)	13
2. Para uma perspectiva da “teoria da conduta” a partir da <i>realização jurisdicional do direito penal</i> (ao encontro do problema-objecto da tese)	17
3. Delimitação do objecto de investigação e razão de ordem	21
4. Esclarecimentos terminológico-conceptuais	24

PARTE I – PRESSUPOSTOS

CAPÍTULO I – A NARRATIVA PROCESSUAL PENAL DOS FACTOS E DOS COMPORTAMENTOS	33
1. Pressupostos gerais: a função jurisdicional e o processo penal	33
2. A narrativa dos factos em processo penal	44
2.1. Referência espaço-temporal	45
2.2. Referência histórico-social e “referência identificante” do agente	46
2.3. Perspectivas da realidade e selecção dos factos	50
2.4. Ligação sequencial dos factos	54
2.5. A linguagem dos factos	56

2.6. Da prova dos factos	60
3. A prova da realidade dos factos em processo penal	65
3.1. A prova da realidade objectiva no caso concreto	66
3.1.1. Experiência científica	69
3.1.2. Regras da experiência e livre convicção	75
3.2. A prova da realidade subjectiva no caso concreto	82
3.2.1. Experiência científica	85
3.2.2. Regras da experiência e livre convicção	92
4. A nomeação de comportamentos na narrativa processual dos factos	98
5. Síntese e conclusões do capítulo	103

CAPÍTULO II – O TIPO DE CONDUTA PREVISTO
OU IMPLÍCITO NA NORMA JURÍDICO-PENAL

1. Pressupostos gerais: a incriminação e o legislador	111
2. Limites à criminalização de condutas	115
2.1. Limites à política criminal portuguesa	116
2.1.1. Dualismo entre a ordem jurídico-penal e a ordem jurídico-constitucional	119
2.1.2. Monismo entre a ordem jurídico-penal e a ordem jurídico-constitucional	123
2.1.3. Conclusões intermédias	125
2.2. Limites à política criminal europeia	129
2.2.1. Harmonização europeia das normas jurídico-penais nacionais	131
2.2.2. Imposição concreta de limites à política criminal europeia	135
3. O tipo de conduta enquanto tipo indeterminado e aberto às possibilidades do caso concreto	137
3.1. Relação do tipo de conduta com a técnica legislativa	139
3.1.1. Crimes de execução livre enquanto crimes de resultado	139
3.1.2. Crimes de execução vinculada enquanto crimes de resultado e crimes de mera actividade	141
3.1.3. Crimes próprios de omissão enquanto crimes de mera inactividade e crimes de execução vinculada	146
3.1.4. Crimes impróprios de omissão enquanto crimes de resultado e crimes de execução livre	148
3.2. Relação do tipo de conduta com elementos objectivos do tipo	152
3.3. Relação do tipo de conduta com elementos subjectivos do tipo	155

3.4. Relação do tipo de conduta com os bens jurídicos protegidos	157
3.5. Relação do tipo de conduta com a narrativa processual dos factos	161
4. Síntese e conclusões do capítulo	164

CAPÍTULO III – O PROCESSO DE DETERMINAÇÃO DO COMPORTAMENTO ILÍCITO-TÍPICO NA REALIZAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO PENAL	173
1. Pressupostos gerais: a “matéria prima”	173
1.1. O comportamento do agente	173
1.2. As normas jurídico-penais	176
1.3. Um sistema de orientação valorativa com princípios de justiça	178
1.4. A “pré-compreensão” da autoridade judiciária	183
1.5. A fundamentação de direito	185
1.5.1. Aparência de injúria no decurso de uma reunião	187
1.5.2. Aparência de furto em supermercado	188
1.5.3. Aparência de dano na parede de um viaduto público	189
1.6. A doutrina	191
1.7. O precedente jurisprudencial	195
1.8. As decisões do Tribunal Constitucional	196
1.9. As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia	200
2. Comportamentos que preenchem o tipo objectivo do ilícito	201
2.1. O plano pré-típico dos comportamentos do agente	203
2.2. Ausência de comportamento ou ausência de comportamento ilícito-típico?	210
2.2.1. Comportamentos de animais?	212
2.2.2. Comportamentos de pessoas colectivas?	215
2.2.3. Força irresistível	217
2.2.4. Movimentos reflexos	219
2.2.5. Sonambulismo	222
2.2.6. Hipnotismo	226
2.3. A qualificação jurídico-penal dos comportamentos à luz do tipo objectivo dos crimes de resultado	228
2.3.1. Causalidade e imputação	233
2.4. A qualificação jurídico-penal dos comportamentos à luz do tipo objectivo dos crimes de omissão	240

3. Comportamentos que preenchem o tipo subjectivo do ilícito	243
3.1. Dolo	244
3.1.1. Elemento intelectual	248
3.1.2. Elemento volitivo	256
3.1.3. Elemento emocional	261
3.2. Negligência	263
4. Síntese e conclusões do capítulo	267

CAPÍTULO IV – TEORIA DA CONDUTA NA DOCTRINA DO CRIME

1. A influência da doutrina alemã na teoria da conduta	281
2. Conceito “causal-naturalístico” de conduta (F. V. Liszt)	288
3. Conceito “normativista” de conduta (E. Mezger) e realização do tipo (G. Radbruch)	293
4. Conceito “final” de conduta (H. Welzel)	297
5. Conceito “social” de conduta (H. H. Jescheck /T. Weigend)	301
6. Conceito “negativo” de conduta (G. Jakobs)	305
7. Conceito “pessoal” de conduta (C. Roxin)	308
8. Conceito “linguístico-significativo” de conduta (U. Kindhäuser/W. Hassemer)	312
9. Conceito “internacional penal” de conduta (Kai Ambos)	317
10. Referências da teoria da conduta na doutrina do crime portuguesa	322
11. Síntese e conclusões do capítulo	329

PARTE II – FUNDAMENTOS

CAPÍTULO I – MATÉRIA DE FACTO	343
1. Origem processual-penal do conceito de “conduta”	343
2. Plano valorativo a partir da instância processual e critério de selecção dos factos com base nos bens jurídicos protegidos	349
3. A separação cartesiana entre corpo e mente	357
4. Comentário ao Acórdão do STJ n.º 1/2015 (de fixação de jurisprudência): para uma diferença entre “factos” e “fórmulas” ao nível dos elementos subjectivos do crime	363
5. Referência identificante e determinação valorativa da “pessoa”	372

6. Síntese para um conceito de “conduta” enformado por conteúdos jurídico-processuais (enquanto “comportamento processualmente definido”)	378
CAPÍTULO II – MATÉRIA DE DIREITO	389
1. O comportamento processualmente definido como <i>objecto de valoração</i> dos pressupostos de direito penal	389
2. Delimitações conceptuais para uma “teoria da conduta” na realização jurisdicional do direito penal: o “comportamento processualmente definido”, o “comportamento ilícito-típico”, o “tipo de conduta” e o “tipo de resultado”	395
3. <i>Critérios de valoração</i> utilizados para qualificar o comportamento processualmente definido: entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo de ilícito	400
4. O duplo juízo de valoração num sistema de justiça criminal axiologicamente orientado	414
5. O comportamento ilícito-típico: primeiro a “ilicitude” e depois a “tipicidade”?	421
CONCLUSÃO	429
BIBLIOGRAFIA CITADA	437