

MARIA PAULA BONIFÁCIO RIBEIRO DE FARIA

**A ADEQUAÇÃO SOCIAL DA
CONDUTA NO DIREITO PENAL**

**OU O VALOR DOS SENTIDOS SOCIAIS NA
INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL**

Porto



2005

PUBLICAÇÕES UNIVERSIDADE CATÓLICA

ÍNDICE

Lista das Principais Abreviaturas Utilizadas	13
--	----

INTRODUÇÃO

O Conceito de Adequação Social

1. O conceito de adequação social	31
1.1. A caracterização geral do conceito	31
1.2. A sobreposição da valoração social da acção à valoração final da acção	38
1.3. A distância entre a adequação social e a teoria da força normativa dos factos	43
1.4. O conceito de adequação social como reacção a uma concepção objectiva e causal do ilícito	46
2. A doutrina da causalidade de VON BAR	50
3. O pensamento de MAYER	53
4. A trajetória do pensamento de WELZEL	58
4.1. A primeira fase: a adequação social como critério de valoração social da acção	59
4.2. A modificação do ponto de partida original. A segunda formulação do conceito de adequação social: a adequação social como causa de justificação consuetudinária de comportamentos típicos	69
4.3. A terceira versão do conceito de adequação social: a adequação social como critério de interpretação literal do tipo legal de crime	82
5. A relativização do resultado na doutrina penal italiana. A concepção realística italiana	86
5.1. Razão de ordem	86

5.2. Conceção metodológica e concepção realística: pontos de divergência e de encontro entre as duas teorias.....	88
5.3. O pensamento de ANTOLISEI – a concepção metodológica e o recurso a uma ideia de ilicitude material	90
5.4. A concepção realística italiana e o conceito de adequação social	95
5.5. O crime impossível e o conceito de idoneidade dos actos como critério interpretativo de natureza geral	97
5.6. A concepção realística e o princípio da ofensividade	104
5.7. A separação entre tipo descritivo e ofensa; a identificação do sentido típico com um princípio de ofensividade	106
5.8. A identificação entre tipo descritivo e ofensa tipicamente relevante	115
5.9. Conclusão	122
6. A consagração legislativa de um princípio de ilicitude material. As legislações penais dos países socialistas. A consideração de um desvalor da conduta colocado para além do tipo legal de crime	125
6.1. A definição material do ilícito no Código Penal da ex-URSS	125
6.2. O § 3 do StGB da antiga DDR.....	132

PARTE I

A LOCALIZAÇÃO SISTEMÁTICA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

CAPÍTULO I

A adequação social como um problema do tipo

1. A adequação social como um problema do tipo	139
1.1. A colocação do problema	139
1.2. A adequação social como problema do tipo	142
1.3. As posições de HIRSCH e de ROXIN: a adequação social como critério de interpretação literal do tipo	146
1.4. A dificuldade de compatibilizar a ideia de valoração global do comportamento e a distinção entre tipicidade e justificação da conduta	151

1.5. A recusa da valoração do resultado típico em ROXIN e a necessidade da valoração global da acção no caso de bens jurídicos de natureza dialéctica. A inclusão da justificação nessa valoração. A aceitação da valoração do resultado típico em HIRSCH, e a impossibilidade de fazer funcionar de forma coerente essa valoração pela proximidade que assim se deixa afirmar à valoração unitária da conduta	157
1.6. A admissibilidade da valoração da conduta em tipos legais de crime que tutelam bens jurídicos abstractamente intangíveis	162
1.7. Algumas conclusões	168
2. O desvalor social da conduta típica. Algumas questões relacionadas com o apuramento e os limites dessa valoração	174
2.1. O sentido da acção típica. Entre um desvalor social da conduta e um desvalor final da acção. A recondução dos dois conceitos de acção a um <i>Aktunwert</i>	174
2.2. A adequação social e a teoria dos tipos de autor	178
2.3. O desvalor social da conduta e os elementos normativos do tipo	183
2.4. A determinação do sentido dos elementos normativos através do recurso a “valores materiais evidentes”. O pensamento de HARTMANN e de SCHELER	193
2.5. Conclusões intermédias	197
2.6. A distinção entre discricionariedade e vinculação ao nível da actividade judicial de definição do sentido do tipo	201
2.7. Os elementos do dever jurídico — os elementos da ilicitude de MAYER	204
2.8. A natureza do erro sobre os elementos normativos em sentido próprio	211
2.9. Conclusões	219
3. A teoria do espaço livre de direito	220
3.1. A teoria do espaço livre de direito	220
3.2. O espaço livre de direito e as situações existenciais limite .	224
4. A adequação social e as causas de justificação intra-sistemáticas e extra-sistemáticas de HRUSCHKA	232

5. A adequação social e a teoria dos graus do ilícito	238
5.1. A contraposição entre uma qualidade da conduta (o ilícito) e a relação material de contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico (o juízo de ilicitude). O pensamento de NOLL e de KERN	239
5.2. A diminuição do ilícito por ausência dos pressupostos de que depende a justificação	246
5.3. A hipótese de <i>iure condendo</i> da atenuação especial obrigatória em todos os casos de “aproximação à justificação”. A exigência da manutenção do núcleo essencial da justificação	252
5.4. Breve referência à diminuição do ilícito como expressão de uma menor necessidade da pena e às causas de justificação especificamente penais de GÜNTHER	256
5.5. Uma hipótese de diminuição do ilícito: a retorsão	258
6. Um conceito de adequação social “unitário”, ou um conceito de adequação social “especificamente penal”?	266
6.1. A colocação da questão	267
6.2. A adequação social no direito civil	267
6.3. A adequação social como critério especificamente penal de valoração da conduta – condições e limites	280
6.4. As posições que negam a autonomia de pontos de vista de política criminal ao nível da tipicidade. As categorias de fecho do sistema penal. O tipo de dignidade penal de SAX.	283
6.5. A dignidade penal como elemento informador de toda a estrutura delitual	289
6.6. O tipo especificamente penal. A posição de OTTO e de VOLK	295
6.7. As causas de justificação especificamente penais de GÜNTHER	301
6.8. A quebra da unidade da justificação ao nível do ordenamento jurídico	309
6.9. Conclusões	312

CAPÍTULO II

O princípio bagatelar e a adequação social da conduta

1. O princípio bagatelar	315
1.1. O significado do princípio bagatelar. A distinção entre um critério de quantidade da lesão (princípio bagatelar) e a valoração da conduta típica (adequação social)	315
1.2. O princípio bagatelar como critério de valoração da conduta	317
1.3. As <i>fattispecies</i> bagatelares autónomas e as <i>fattispecies</i> bagatelares não autónomas	325
2. As soluções legislativas para a criminalidade bagatelar. A sua eventual proximidade a um critério de adequação social	333
2.1. O § 42 do ÖStGB – a “figura jurídica <i>sui generis</i> ” de PALLIN e de NOWAKOWSKI	334
2.2. A qualificação do § 42 do ÖStGB como uma disposição de natureza bipartida – o entendimento de ROXIN	337
2.3. A determinação da medida da pena	343
2.4. A discricionariedade e a vinculação do juiz no âmbito das consequências jurídicas do crime	344
2.5. A atenuação especial da pena e a dispensa de pena. O § 60 do StGB alemão	351

CAPÍTULO III

A adequação social e o processo penal

1. A importância da adequação social no processo penal	355
1.1. A bagatela penal como ponto de partida das considerações nesta matéria	355
1.2. A adequação social como critério informador do princípio da oportunidade processual	356
1.3. Mais algumas considerações em torno do princípio da oportunidade e da sua natureza	359
1.4. A adequação social como valoração fáctica susceptível de justificar a inércia dos órgãos de prossecução processual .	369

- 1.5. Os poderes de interpretação do Ministério Público, ou a “quem” pertence o juízo de adequação social da conduta 375

CAPÍTULO IV

A adequação social e os crimes patrimoniais

1. A valoração social da conduta no âmbito dos crimes patrimoniais 387
- 1.1. A valoração da conduta em relação aos crimes patrimoniais 387
- 1.2. As soluções extra-penais para o problema bagatelar no âmbito dos crimes patrimoniais 398
- 1.3. A regulamentação de direito civil 399
- 1.3.1. Os danos punitivos. A possibilidade de reconhecimento de uma terceira sanção penal 407
- 1.4. A conversão do crime patrimonial de natureza bagatelar em ilícito de mera ordenação social 415
- 1.5. A justiça da empresa (*Betriebsjustiz*) 420

CAPÍTULO V

As relações entre a adequação social e a justificação da conduta

1. As relações entre o tipo e a justificação 425
- 1.1. Razão de ordem. O tipo valorativamente neutro 425
- 1.2. A inexistência de distinção material entre tipo e justificação 430
- 1.2.1. A contraposição entre o pensamento de SCHAFFSTEIN e a tese da prioridade material e funcional do tipo, e o pensamento de STRATENWERTH e a caracterização do ilícito com fundamento numa ideia de justificação ... 430
- 1.2.2. O pensamento de SCHMIDHÄUSER 435
- 1.2.3. O pensamento de LANGE 438
- 1.2.4. O pensamento de KLUG 441
- 1.3. A negação de materialidade ao tipo. A materialidade do ilícito como sinónimo de justificação. A doutrina nacional 449
- 1.4. As causas de justificação tácitas de NUVOLONE 464

1.5. Conclusões	470
2. A insuficiência das causas de justificação tradicionais para garantir uma adequada valoração da conduta e o afastamento da sua relevância penal em hipóteses de “adequação social” ..	470
2.1. As consequências práticas da aceitação da materialidade do tipo. Os crimes dolosos e a “desadequação flagrante da conduta” face ao sentido típico	471
2.2. A adequação social e o art. 150.º do CP português: as intervenções médicas curativas constituem formas de adequação social?	473
2.3. A proximidade a uma ideia de ponderação de interesses ao nível da tipicidade. A substituição da jurisprudência dos interesses de HECK por uma jurisprudência da valoração ..	483
2.4. A adequação social das lesões da integridade física sofridas pelos participantes em competições desportivas	490
2.4.1. O consentimento-tipo ou a ficção do consentimento — ou o consentimento desligado do valor da autonomia pessoal	497
2.4.2. O reconhecimento da natureza socialmente adequada das lesões da integridade física sofridas no âmbito da actividade desportiva	500
2.4.3. Os critérios determinantes de um juízo de adequação social da conduta no quadro das competições desportivas	510
2.4.4. O boxe e as actividades desportivas em relação às quais se deixa afirmar um risco grave de lesão de bens jurídicos	517
2.5. A difusão de factos lesivos da honra em círculos familiares estritos e em esferas fechadas de convivência	520
2.5.1. Os sujeitos	522
2.5.2. A expectativa de confidencialidade	524
2.5.3. O contexto de confiança	528
2.5.4. Os fundamentos avançados no sentido da irrelevância jurídico-penal destas formas de conduta	530

2.5.5. O reconhecimento da especificidade do “espaço” familiar capaz de permitir uma valoração diferenciada dos comportamentos que têm lugar nesse âmbito	534
2.5.6. O problema visto de uma perspectiva constitucional ..	537
2.5.7. Limites imanentes de tutela e direitos fundamentais como sinónimos de sentidos sociais relevantes. A recusa dos limites imanentes de direito constitucional como expressão de uma forma de justificação, e a sua caracterização como uma forma de valoração global da conduta.....	542
2.5.8. A cláusula da defesa de interesses legítimos. O § 193 do StGB alemão e o art. 180.º, n.º 2, do CP português	556
2.6. A valoração jurídico-penal da greve e a limitação da liberdade alheia através dos meios de luta laboral	564
2.6.1. A greve como forma de conduta socialmente adequada	564
2.6.2. A valoração dos comportamentos conexos ou subsidiários do direito de greve	575
2.7. As lesões de bens jurídicos pessoais (honra, liberdade e integridade física) de pouca gravidade utilizadas como meio de correcção relativamente a filhos menores	591
2.7.1. A colocação da questão	591
2.7.2. Os limites da adequação social da utilização de meios de correcção e de disciplina	603
3. A importância de pontos de vista sociais ao nível do funcionamento das causas de justificação	616
3.1. A valoração genérica da conduta. A justificação como conflitualidade efectiva de interesses	616
3.2. A propósito do direito de necessidade	622
3.3. O conceito de legítima defesa e a importância de pontos de vista sociais na sua leitura de sentido	631
3.4. O consentimento e a resolução socialmente equitativa do conflito atendendo à autonomia do titular do bem jurídico	637

CAPÍTULO VI

A adequação social e a culpa

A adequação social como um problema de culpa

- | | |
|---|-----|
| 1. A colocação da questão | 641 |
| 2. A concepção de RÖDER. O ilícito como sinónimo de um desvalor causal do resultado, e a transposição de todos os momentos valorativos para a culpa | 643 |
| 3. O problema da admissibilidade da legítima defesa relativamente a condutas lesivas de bens jurídicos socialmente adequadas | 652 |
| 4. Os limites do desvalor da conduta tipicamente relevante. A relação entre a afirmação do ilícito e a consciência do ilícito por parte do agente | 656 |
| 5. A posição de MAURACH: a bipartição da culpa. A categoria da responsabilidade pelo facto | 658 |
| 6. A inadequação social da conduta e a falta de consciência do ilícito por parte do agente | 665 |

PARTE II

A interpretação da lei penal

- | | |
|---|-----|
| 1. O problema da interpretação da lei penal — o modelo interpretativo | 675 |
| 1.1. KELSEN e a teoria pura do direito | 675 |
| 1.2. STAMMLER e o pensamento analítico | 680 |
| 1.3. A norma jurídica como expressão de um “sentido valorativo” em WELZEL | 684 |
| 1.4. As propostas de BÜLOW e de ISAY — o psicologismo jurídico | 687 |
| 1.5. As teorias argumentativas: PERELMANN, VIEHWEG e ESSER | 692 |
| 1.6. A importância do pensamento aporético; a necessidade de encarar o problema à luz do sistema valorativo em que se integra a norma | 696 |
| 1.7. A jurisprudência dos interesses de HECK | 704 |
| 2. O método teleológico de interpretação e o direito penal: o princípio da legalidade | 709 |

2.1. O princípio da legalidade e a norma penal	710
2.2. A definição de um parâmetro decisório em sentido material. A distinção entre interpretação teleológica e analogia	716
2.3. As dificuldades de identificação de um parâmetro material autônomo capaz de vincular o aplicador do direito	726
3. A importância do problema e das valorações sociais. As várias formas de funcionalismo	734
3.1. Razão de ordem	734
3.2. As propostas radicais. A abolição do direito penal e a sua substituição por mecanismos de defesa social: o pensa- mento de PLACK	735
3.3. O funcionalismo sociológico	742
3.3.1. As teorias do consenso	742
3.3.1.1. O modelo de DURKHEIM; a construção da comuni- cação simbólica	744
3.3.1.2. O modelo de LUHMANN – a teoria social sistémica – a aproximação a TEUBNER e ao pensamento autopoiético	754
3.3.1.3. A versão penalista do paradigma: a concepção de JAKOBS	764
3.3.2. As teorias do conflito	772
3.4. Um caso particular de funcionalismo social: o funcio- nalismo económico – “justiça ou bem-estar” – a tese de KAPLOW e SHAVELL	774
4. A circunstância social da lesão	782
5. O costume como exemplo de adequação social da conduta: a sua relevância face à definição de sentido da lei penal	795
5.1. As relações entre o costume e o direito penal ao nível do sistema de fontes do direito	795
5.2. Os usos sociais; eventuais critérios de relevância	808
5.3. Adequação social local <i>versus</i> adequação social geral – a impossibilidade de uma tal distinção	816
6. Conclusão final	826

PARTE III**A ADEQUAÇÃO SOCIAL E O TIPO DE ILÍCITO NEGLIGENTE****CAPÍTULO I****O sentido da conduta negligente**

1. A adequação social e o tipo de ilícito negligente. A diferente abrangência da valoração da conduta em relação ao tipo de ilícito negligente e ao tipo de ilícito doloso 833
2. O ponto de partida filosófico de WELZEL: a caracterização da acção como acção final 837
 - 2.1. O ilícito negligente e o pensamento de WELZEL 837
 - 2.2. As dificuldades sentidas pelo conceito de acção final no âmbito do tipo de ilícito negligente 845
3. O desvalor subjectivo da acção: o pensamento de KAUFMANN e de ZIELINSKI 859
4. A moderna teoria da imputação objectiva 865
 - 4.1. As raízes em LARENZ e em HONIG 865
 - 4.2. A teoria da imputação objectiva em ROXIN – ou o desvalor da acção apurado a partir do desvalor do resultado 868
 - 4.3. O problema dos comportamentos alternativos conformes ao direito como um problema de valoração global da conduta típica 874
 - 4.4. A teoria da imputação objectiva em JAKOBS. Um exemplo de valoração global da acção típica. O desvalor objectivo da acção, e o desvalor do resultado como violação da norma de comportamento 884

CAPÍTULO II**A estrutura do ilícito negligente**

1. Acerca da relação entre o objectivo e o subjectivo ao nível do ilícito negligente 893
 - 1.1. A colocação da questão 893

1.2. Acerca do papel e sentido da autonomização de um tipo subjectivo de ilícito negligente	894
1.3. A divergência entre STRATENWERTH e SCHÜNEMANN	902
1.4. As funções da distinção entre ilícito e culpa	913
1.5. Entre um critério individualizador (o socialmente exigível no caso concreto) e um critério objectivo. Conclusões	925
2. A função da adequação social na determinação do conteúdo do ilícito negligente	935
2.1. A definição do dever objectivo de cuidado. A natureza “aberta” do tipo de ilícito negligente	936
2.2. A adequação social e o risco permitido	946
2.3. O significado da regra jurídica não penal na definição do dever objectivo de cuidado	956
2.4. O significado da regra técnica na definição do dever objectivo de cuidado	964
2.5. A ausência de critérios jurídicos e pré-jurídicos de delimitação do risco	974

CAPÍTULO III

Risco permitido e adequação social. A valoração jurídico-penal do contágio com o vírus da SIDA

1. A colocação da questão	985
2. Auto-responsabilidade e descuido – o risco razoável de transmissão	990
3. Risco permitido, adequação social e SIDA	999
4. A violação do cuidado devido – as incriminações aplicáveis	1007

PARTE IV

A importância da adequação social no âmbito dos crimes de omissão imprópria

1. O problema	1027
2. A autonomia do tipo de ilícito comissivo por omissão	1032

3. O significado do art. 10.º do CP. A articulação entre o n.º 1 do art. 10.º e o n.º 2 do mesmo artigo	1033
4. O interesse da enumeração das posições de garante. O projecto de reforma do CP italiano de 2000	1039
5. As fontes possíveis do dever de garante. Breve percurso histórico	1042
5.1. A identificação de um dever jurídico como pressuposto da incriminação por omissão	1043
5.2. As teorias da causalidade. A colocação da questão em SPANGENBERG. A posição de LUDEN. O desenvolvimento do problema com as teorias da ingerência e da interferência	1049
5.3. A impossibilidade da resolução do problema da causalidade sob um ponto de vista exterior. As teorias normativas da causalidade	1053
5.4. O abandono da perspectiva puramente causal. A identidade do tipo e a diferença entre ilícitos	1055
5.4.1. As teorias da ilicitude material	1055
5.5. A colocação do problema ao nível da tipicidade. SCHAFFSTEIN e DAHM (a teoria dos tipos de autor). NAGLER e a teoria do garante. KAUFMANN e a especificidade do ilícito de comissão por omissão	1057
5.6. Acerca dos métodos utilizados em ordem à definição das posições de garante	1063
5.7. O normativismo de JAKOBS e de SCHÜNEMANN	1074
5.8. A situação particular da ingerência como uma hipótese de responsabilidade por um âmbito de organização, para JAKOBS, e como expressão do não cumprimento de uma função de controlo de fontes de perigo, para KAUFMANN	1083
5.9. Conclusões. A determinação legal das posições de garante ou a sua aceitação como elemento típico não escrito	1099
6. A restrição da responsabilidade por omissão impura à lesão de determinados bens jurídicos	1112
7. A aproximação do ilícito de comissão por omissão em relação ao crime de omissão pura previsto no art. 200.º do CP	1114
8. A exigibilidade social da conduta	1119
9. Conclusões	1122

Conclusões Finais	1127
Bibliografia	1143