

Decisões de consciência em Direito Penal

Por Maria Mariana de Melo Egídio Pereira

Estudante

Vencedora do Prémio Wolters Kluwer Portugal de Artigos Jurídicos Doutrinários 2008

Abstract: A temática da relevância penal das decisões de consciência tem conhecido cada vez maior atenção da doutrina, dada a sua forte interdisciplinaridade, nomeadamente com a filosofia do direito e com o direito constitucional (direitos fundamentais), linha de estudo que tem vindo a ser aprofundada já há alguns anos pela doutrina germânica, com exemplos em BOPP, RUDOLPHI, MÜLLER-DIETZ e EBERT. Porém, continua a ser pouco referida tanto na doutrina como na jurisprudência nacionais, apesar dos numerosos problemas que suscita.

1. Introdução

A temática da relevância penal das decisões de consciência¹ tem conhecido cada vez maior atenção da doutrina, dada a sua forte interdisciplinaridade, nomeadamente com a filosofia do direito² e com o direito constitucional³ (direitos fundamentais), linha de estudo que tem vindo a ser aprofundada já há alguns anos pela doutrina germânica, com exemplos em BOPP, RUDOLPHI, MÜLLER-DIETZ e EBERT⁴. Porém, continua a ser pouco referida tanto na doutrina como na jurisprudência nacionais⁵, apesar dos numerosos problemas que suscita.

¹ Ou dos factos de consciência, ramificação da própria temática dos factos de convicção, ou das chamadas “convicções de dever”.

² Veja-se a este propósito, entre outros, RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, tradução de Luís Cabral de Moncada, I, 6.ª edição, Coimbra, Arménio Amado, (1979), p. 215 e ss.

³ Embora MUÑOZ CONDE, em SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro de Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, (1997), p. 279 e ss, refira que a temática da decisão de consciência se situa num espaço livre de comandos constitucionais.

⁴ Citados *apud* FIGUEIREDO DIAS, “Dos factos de convicção aos factos de consciência: uma consideração jurídico-penal”, *Ab Vno ad Omnes- 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, p. 664, nota 5.

⁵ No campo da jurisprudência, as referências são na sua quase totalidade feitas a decisões da Comissão Nacional de Objecção de Consciência. Veja-se a análise de algumas decisões jurisprudenciais em FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *O direito à objecção de consciência: origem, sentido, limites e respectiva análise jurisprudencial*, FDUNL, N.º 6, 2001, p. 25 e ss.

O primeiro destes prende-se com a própria relevância a dar à figura do “criminoso por consciência”, na medida em que poderia servir de autolimitação ao poder punitivo do Estado de Direito⁶ democrático⁷. Tendo em conta a fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, encontrar-se-á este legitimado a intervir, punindo o agente, nos casos em que aquele violou o comando penal por se motivar por decisões dotadas de dignidade ética e conformes ao seu íntimo ser? Como fazer a ponderação entre o respeito ético por si próprio e pelos outros? Será este um caso de inconstitucionalidade parcial? Se o “respeito pela autonomia ética da pessoa conforma o mais fundamental princípio de juridicidade (ou licitude) do agir humano”, qual será a solução quando para respeitar a autonomia ética alheia se viola a própria?

Como questiona DWORKIN⁸, qual é a decisão certa que o agente deve⁹ tomar confrontado com as suas convicções, ou seja, a decisão certa para quem acredita que uma decisão política (e aqui podemos ler igualmente uma decisão penal) está errada ou é imoral de certa forma? E a pergunta seguinte será: qual deve ser a reacção das autoridades se as pessoas infringirem a lei quando, de acordo com as suas convicções, esta for a decisão certa a tomar, mas a decisão da maioria ainda considerar a lei vigente e válida? Este é, como salienta CASTANHEIRA NEVES, “um problema de unidade da ordem jurídica, de conexão unitária e hierárquica das normas jurídicas, resolúvel segundo as regras interpretativas e correctivas da hermenêutica jurídica”¹⁰. Ou, como refere MARIA FERNANDA PALMA, na análise do dogma pelo respeito da autonomia ética do Direito Penal, apoiada em LÉVINAS, demonstra como o Direito Penal assenta

⁶ O funcionamento da democracia tem como um dos seus pilares o princípio da maioria, vertido em decisões penais e opções axiológicas, não sendo possível dar relevância às decisões de consciência de cada indivíduo porque tal liberdade máxima acabaria com o próprio sistema democrático, que para funcionar necessitava assim de impedir a livre expressão da liberdade de consciência dos seus cidadãos.

⁷ MARIA FERNANDA PALMA, “Crimes de terrorismo e culpa penal”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, p. 239.

⁸ RONALD DWORKIN, “Civil Disobedience and Nuclear Protest”, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, p. 106.

⁹ A temática em estudo permite aprofundar outros domínios, como a própria relação entre Direito/Moral e o conceito de dever, nomeadamente pelo facto de a decisão do legislador, sendo um acto de vontade e autoritário, não necessitar do reconhecimento pelo destinatário. Assim o indivíduo, embora obrigado a obedecer, dada a autoridade subjacente à norma e as consequências daí advenientes, não está sujeito a um dever de obediência. O dever só surge quando a norma é reconhecida pelo destinatário. O que não significa, como se verá, que com base nesta afirmação se possa aceitar toda e qualquer contestação da norma. Porém, essa análise não será feita neste trabalho, por limitações várias. Para mais aprofundamentos, veja-se AUGUSTO SILVA DIAS, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Almedina, 1986.

¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, *Questão de Facto-Questão de Direito: ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, 1967, p. 534 e ss.

na responsabilidade individual pelo reconhecimento do outro, e não na mera autonomia do sujeito, podendo justificar-se assim a punição do agente.

Já DWORKIN, por exemplo, a respeito deste tema, distingue a desobediência civil¹¹ em três tipos diferentes: a “integrity-based”, na qual é a consciência, a integridade pessoal do indivíduo que o impede de cumprir a lei, exemplificando com os americanos que apesar do *Fugitive Slave Act* não consideravam correcto entregar e negar ajuda aos escravos fugitivos, ou dos soldados obrigados a lutar numa guerra que consideram injusta; a esta situação, que é defensiva, contrapõe a dos negros que durante as manifestações em prol dos direitos civis, se sentaram ao lado de brancos, salientando que, neste caso, ao contrário do primeiro, poderiam, mantendo a integridade moral, respeitar a lei, por não haver um dever moral geral de procurar e reclamar direitos que alguém julgue possuir. Considera pois que agiram pelo contrário motivados pela injustiça de um programa que consideravam opressor, chamando a este tipo de desobediência civil “justice-based civil disobedience”. Finalmente, quando numa situação semelhante à do segundo tipo, a oposição for motivada não pela injustiça do programa, mas sim pelo seu carácter pouco acertado, ocorre um tipo de desobediência já não “principle”, mas sim “policy-based”. Resulta claro que nesta tipologia será o primeiro grupo a interessar ao âmbito do presente texto.

Respondendo à primeira questão, aplicada ao primeiro tipo, DWORKIN concorda que será opinião generalizada que o correcto a fazer será o agente respeitar a sua consciência, mas que tal não poderá porém justificar actos como a violência e o terrorismo. Se a consciência não lhe permite respeitar a lei, tão pouco lhe permitirá matar e magoar outras pessoas.

Respondendo à segunda questão, sobre o que deve a autoridade fazer, salienta a necessidade de evitar dois erros: o de que havendo protecção da liberdade de consciência, o agente nunca será punido, mas também o erro inverso, de considerar que qualquer violação da lei, apenas porque esta é a lei, e independentemente dos motivos que estiveram na sua base, conduz à punição. E avança, embora ciente das críticas, com o argumento utilitarista de que a punição justa ocorre quando fará

¹¹ ALBERTO RICARDO DALLA VIA, *La conciencia y el derecho*, Capital Federal, 1998, pp. 24 e ss, faz uma análise pormenorizada das teorias que fundamentam a desobediência ao direito, distinguindo a teoria do direito divino, do contrato, da resistência, da vontade geral, do consentimento, da segurança jurídica, da justiça e utilitarismo, da desobediência à lei injusta, da desobediência ao direito nas sociedades democráticas e do compromisso justo.

algum bem no conjunto, a longo prazo, *all things considered*, porque embora não seja condição suficiente, é condição necessária da condenação.

Finalmente, à questão de se aquele que viola a lei se deve apresentar perante a justiça, pedindo a sua punição, seguindo a ideia socrática de que a desobediência civil é incompleta, como que falsa, sem punição, nega-a frontalmente no caso da “integrity-based civil disobedience”, porque os intentos do agente são melhor prosseguidos quando o seu acto não é descoberto, logo, muito menos se poderá defender a utilidade para o próprio da sua punição (porém, com as ressalvas apontadas, de condutas que violem desproporcionadamente outros bens jurídicos). Questiona ainda se a violação da lei o será realmente, quando o direito é protegido constitucionalmente e quando é apenas excluído do seu âmbito de protecção por força da decisão de órgãos jurisdicionais, criticando a visão positivista de que apenas o emanado por estes órgãos vincula, estando automaticamente certo.

Estas diversas posições permitem adiantar que o que se procurará investigar neste texto¹² será se o facto de o agente ter agido ao abrigo de um motivo honrado de consciência permite considerá-lo uma “competing reason”, face a outras que propendem para a punição, e se desse conflito poderá resultar a não punição do agente. É pois em sede de restrições a direitos fundamentais, num diálogo entre a perspectiva jurídico-penal e jurídico-constitucional do tema¹³, que se fará a seguinte reflexão.

Esta situação de “paradoxo da consciência” resulta da conjugação de um elemento subjectivo e objectivo, ou seja, de as normas obrigarem independentemente da decisão da consciência¹⁴, mas os conflitos de consciência e de decisão levarem a prevalecer a opção de consciência sobre o cumprimento da norma, resultando numa impossibilidade de conjugação absoluta. Questão também analisada será a de procurar compreender se a eventual não punição do agente se deve a uma situação de atipicidade da sua conduta, a uma causa de justificação ou a uma verdadeira causa de desculpa, num Estado de direito(s) em que o próprio conceito de decisão de consciência tem vindo a evoluir.

¹² Em traços gerais e não focando exemplos concretos.

¹³ Perspectiva de diálogo que pode ser seguida noutros temas do Direito Penal, veja-se nomeadamente MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, 2006 e SILVA DIAS, ob. citada, p. 65 e ss, quando salienta as funções de orientação político-criminal, resolução de casos e função doutrinal na análise da teoria da lei penal.

¹⁴ A questão, que passaria por um interessante excursão pela temática da obrigatoriedade do direito, nomeadamente, porque obriga e vincula este, desde posições mais positivistas, de direito enquanto ordem externa de coacção, a visões que impõem o reconhecimento pelo destinatário da vinculatividade da norma, enquanto norma de dever, levaria sempre à irrelevância do reconhecimento e aceitação por cada indivíduo específico da norma jurídica (e para o caso, jurídico-penal).

2. O conceito de “decisão de consciência”: breves traços

O conceito de decisão de consciência surge ligado, autonomizando-se, do conceito de facto por convicção, com origem na República de Weimar, nomeadamente através de RADBRUCH¹⁵. Já em 1924, com *Der Überzeugungsverbrecher*¹⁶, e no seu projecto de Código Penal de 1927, definia o “delinquente por convicção” como aquele que em contraste com o criminoso comum, que ao agir ilicitamente, o fazia em contradição com a sua consciência, está igualmente consciente da validade da própria norma que viola com o seu acto, mas que decide de acordo com a sua consciência. Age pois em conformidade com um sistema de valores próprio, face ao qual a decisão de punição estatal perde a sua validade e se relativiza.

Partindo da separação entre Direito e Moral¹⁷, encara o agente por convicção como “um leal adversário” do Estado, pois apesar do Estado não poder renunciar à defesa do seu ordenamento jurídico e sistema de valores, terá de distinguir esta situação da pura violação da norma pelo criminoso dito “comum”. RADBRUCH não trilhava porém o caminho de uma causa de desculpa, ficava sim pela construção de um tipo de

¹⁵ Embora com referências anteriores, nomeadamente em VON LISZT.

¹⁶ ZStW, 44, 1924, p. 34 e ss.

¹⁷ Veja-se a este propósito MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, 2006, pp. 74 e ss. Numa concepção que separe Direito e Moral, dando primazia ao bem jurídico, à dignidade penal e necessidade de tutela e ao princípio da subsidiariedade, é inegável que os fins das penas não terão tanta relevância, visto que o agente sofre um conflito existencial pontual, logo não é socialmente perigoso, integrando-se na sociedade. Entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contrato de Trabalho e Objecção de Consciência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra, 2003, pp. 676 e ss, onde elenca, socorrendo-se das lições de LARENZ, ENGISCH, e VON GIERKE, o facto de o Direito não ser um mínimo ético, havendo normas tanto jurídica como moralmente neutras, não ser tendencialmente coercivo, abdicando progressivamente de sanções, e ambas as ordens serem bilaterais. Seguidamente, faz um breve bosquejo histórico das relações Direito/Moral: da unidade e submissão do Direito à Moral, no jusnaturalismo escolástico, à radical separação positivista, passando pela diferenciação (neo)kantiana entre ambas, assente na exterioridade e interioridade. Finalmente, na busca de um conceito de moral, separa a moral autónoma ou ética da consciência, que baseada na ideia de bem erige a consciência individual a instância de controlo; a ética dos sistemas, supra individual, a moral social, de condicionantes sociais e tradicionais e a moral humana, de universalidade, chegando à conclusão que a consciência relevante para o direito seria a que assumisse uma dimensão social e pudesse ser controlada, apoiada em direitos fundamentais, logo, consciência individual que se normativizou.

É certo que, como salienta HERBERT HART, “The Legal Enforcement of Morality”, in *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, p. I., o desenvolvimento do Direito foi inequivocamente influenciado pela moral, colocando-se a questão se uma adequada definição do direito ou do sistema legal passaria por uma referência à moral, encarada pelo autor como uma questão analítica ou definitiva, ou se era um mero acaso que direito e moral frequentemente se entrecruzassem, partilhando um vocabulário comum a nível de direitos, obrigações e deveres. E ainda se o direito estava aberto à crítica moral, ou bastaria a admissão de que uma regra legal era válida para o precludir. Pelo facto de uma regra legal ser válida, não significa que não colida com um princípio moral vinculante que impusesse um comportamento contrário àquele imposto pela regra legal.

criminoso e propunha a pena de simples detenção ou custódia honesta¹⁸ (*Einschliessung*) e não penas de prisão comuns (*strengen Gefängnis* e *Gefängnis*), dado o carácter honroso das motivações do agente.

Porque o autor por convicção não agiria em contradição consigo próprio, não reconhecendo o fundamento da possível punição a que viria a estar sujeito, a pena aplicável estaria muito limitada nos seus fins, nomeadamente preventivo-especiais, assentando sobretudo na defesa do ordenamento jurídico perante esse “leal adversário”.

Já para ERIK WOLF, a questão do conflito ético presente na delinquência por convicção seria resolvido em sede de inexigibilidade, porquanto a culpa não é apenas contrariedade ao dever, mas contrariedade ao dever imposto pelo Estado. Não havendo uma separação clara entre Direito e Moral, o agente não poderia ser eximido da culpa jurídica; logo, mesmo não sendo reconhecida pelo agente, a norma jurídica deveria ser cumprida, porque nela estaria ínsita um determinado valor moral, o que levaria este autor a criticar uma pena especial para este agente¹⁹.

Porém, a primeira distinção clara entre autor por convicção e por consciência²⁰ deve-se a WELZEL, ao expressar a ideia já referida de que o direito obrigaria independentemente do reconhecimento da norma pelo agente, mas em casos como os de leis ilícitas, o Direito poderia coagir pela força, mas não criaria um dever para os indivíduos. Começa aqui a surgir o início das soluções em sede de Direito Penal que não se limitam ao campo da pena: WELZEL defendia que se o agente incumpra a norma porque pensa, erroneamente face às suas convicções, que esta é lícita, deverá ser absolvido, no caso de erro desculpável, ou aplicarem-se penas não desonrosas, no caso contrário. Mas este “agente” é apenas o agente por consciência, já não o por convicção, porque para haver esta possibilidade é necessário que o agente tenha experienciado um conflito existencial, ou seja, um conflito extremamente difícil de resolver, optando por uma solução que ainda preenche os critérios da consciência recta²¹. Também ARMIN KAUFMANN vai avançar a solução de aplicação do erro de

¹⁸ Chegando a haver na reforma penal portuguesa de 1936 pena semelhante para os criminosos políticos.

¹⁹ Para uma análise da discussão sobre a aplicabilidade de uma pena especial ao autor por convicção, ver SILVA DIAS, ob. citada, p. 17 e ss. e KLAUS TIEDMANN, “Le Criminel par Conviction et la Reforme du Droit Penal dans la Republique Fédérale d’Allemagne”, in *RSCDPC*, 1969, n.º 1, pp. 252 e ss.

²⁰ Contudo, a própria ideia de distinção não é unânime; SCHMIDHÄUSER entende, por exemplo, que no autor por convicção, a convicção é já ela baseada numa decisão de consciência.

²¹ “As convicções só por si não abonam em favor do agente: o fanático que segue por obediência cega uma ordem que lhe é dada sem ter mantido uma luta de consciência para a rectidão da sua decisão, não é merecedor de qualquer respeito. Só o são as convicções políticas ou religiosas que preenchem os requisitos de uma autêntica decisão de consciência”, SILVA DIAS, ob. citada, p. 21.

proibição a todos os agentes por consciência. Esta problemática será porém mais aprofundada *infra*.

Já EDUARDO CORREIA²² definia o criminoso por convicção, referindo-se ao artigo 29.º, n.º 4 do Código Penal de 1886, como quem “tem consciência do carácter proibido do acto mas, em nome de uma certa convicção política, religiosa ou social, nega a natureza criminosa do comportamento que leva a cabo, substituindo a sua à valoração legal.”²³, impondo “limites de direito natural (...) que possam ser opostos às concepções pessoais dos que, em seu nome, violam a ordem jurídica estabelecida”²⁴, escrevendo num contexto de consenso doutrinário quanto à relevância do agente por convicção: nenhuma. Pelo facto de estar motivado por uma qualquer convicção, contrária à valoração efectuada pela ordem jurídica, não poderia esta convicção ser suficiente para afastar a força vinculante da proibição legal²⁵.

Também FIGUEIREDO DIAS, com base no mesmo artigo, fazia uma distinção entre o agente por convicção que agia com consciência do ilícito, ao qual o artigo se aplicaria plenamente, podendo determinar uma atenuação da culpa, daquele que agia sem consciência do mesmo, por a convicção assim o determinar, caso em que, excepcionalmente, a conduta seria não censurável, se correspondesse ainda a “um ponto de vista de valor juridicamente relevante”²⁶, ausência que determinaria a censurabilidade da mesma. Porém, logo estabelece uma distinção entre o “agente por convicção” , que age de acordo com uma convicção (como o próprio nome indica) e a decisão de consciência, porque neste caso o agente agiria ao abrigo de um direito verdadeiramente fundamental, de autonomia ética e liberdade, de liberdade de consciência, sendo a punibilidade do seu erro uma compressão brutal do mesmo. Para o autor, este problema tinha especial relevância ao nível da ilicitude, enquanto “questão de validade intrínseca das exigências do direito e do próprio dever-ser jurídico e por isso um problema que se suscita primordialmente ao nível da ilicitude”²⁷. Validade que, a meu ver, decorre em primeiro lugar de uma conformidade à Constituição, pela análise das restrições operadas pela punição penal face ao direito fundamental à liberdade de consciência.

²² EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, I*, Almedina, (1963), p. 420.

²³ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, II*, Almedina, (1965), p. 321.

²⁴ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, II*, Almedina, p. 332.

²⁵ FIGUEIREDO DIAS exemplifica aqui com o caso do juiz que viola o segredo de deliberação e votação em processo penal, por ser sua convicção que esta proibição não constituiria a melhor opção processual, podendo ser mesmo considerada inválida.

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, *ob. citada*, p. 359.

²⁷ *Idem*.

FIGUEIREDO DIAS aponta ainda como solução de certo modo limitadora do problema dos “conflitos de consciência” a teoria da tipicidade, defendendo que é logo ao nível legislativo, de escolha dos tipos penais, que opera seja a não incriminação de condutas dificilmente reconhecíveis como não éticas pela comunidade, e defendendo que encontrando critérios de caracterização da verdadeira decisão de consciência, esta funcionaria como causa de exclusão da ilicitude e mesmo da tipicidade²⁸, para depois concluir que o relevante será evitar “dogmatismos morais”, deixando ainda, pela impossibilidade da idílica solução de apenas declarar proibidas as condutas que, conscientemente, o agente considerar ilícitas, remeter grande parte dos “conflitos de consciência” para o campo da culpa jurídico-penal.

A consciência ética²⁹ constitui, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “uma estrutura fundamental, um dado constitutivo do existir humano”, tanto individualmente como do ser em relação, o “ser-com-outros”, que permite pois falar de uma consciência ético-social. O problema da decisão de consciência passa pois por a pessoa, apesar de inserida numa comunidade jurídica e decorrendo daí o necessário respeito pelos outros, na formulação hegeliana, dever primeiramente respeito a si próprio e às suas convicções, enquanto ser livre e autónomo, as quais poderão desta forma lesar bens jurídicos alheios.

Já SILVA DIAS³⁰, negando o par justo/injusto e conveniente/inconveniente para distinguir autor de consciência e por convicção, define decisão de consciência como “decisão tomada por dever (moral), por respeito à lei prática e que consiste não em enunciados gerais mas no juízo de dever relativamente às possibilidades concretas de conduta” .³¹

²⁸ Fazendo a este propósito referência ao critério de PETERS, de decisões que ainda respeitam a liberdade de consciência alheia, desde que não orientada para o mal, se fundamentada numa ordem objectiva de valores, *O Problema...*, p. 360, nota 75, mas diferenciando-se desta abordagem, pois o problema em causa segue critérios diferentes e diz respeito a condutas ilícitas, que são violadoras da liberdade alheia.

²⁹ Na contraposição hegeliana entre consciência moral e consciência ética, a primeira seria a constatação de uma exigência de cumprimento do direito, abrindo espaço para a contraposição da autonomia do homem para avaliar e reconhecer ou não essa exigência, enquanto a segunda supera esta oposição, e submete a subjectividade do agente à ordem jurídica objectiva. ALBERTO RICARDO DALLA VIA, *La conciencia y el derecho (...)*, p. 96 e ss, apresenta vários conceitos de consciência de alguns autores conhecidos: “a profundíssima solidão interior consigo próprio da qual desapareceu toda a exterioridade e limitação, o constante retorno a si próprio, o lugar mais elevado da interioridade, não coagível”, para HEGEL; “o órgão de confrontação ética do próprio ser(...) uma pergunta pela razão dos nossos factos”, para KUHN; uma “confrontação do eu consigo mesmo em busca da autenticidade. Na consciência fala-me uma voz interior que sou eu mesmo.. é como uma excisão do meu ser, como uma comunicação de mim comigo mesmo...” para JASPERS.

³⁰ SILVA DIAS, ob. citada, p. 29.

³¹ *Idem*, p. 55.

A distinção partiria ora de critérios subjectivos, ora objectivos³², questionando-se se só a decisão de consciência com correspondência com a moral objectiva obrigar³³.

Esta distinção, como se compreende, não pode pois radicar na diferente vinculatividade da norma para o agente: tanto no caso do facto por convicção, como no facto por consciência, o agente sente-se verdadeiramente compelido a um dever; mas, socorrendo-me aqui da terminologia kantiana invocada por SILVA DIAS, no caso da decisão de consciência o agente aceitaria também suportar as consequências da mesma decisão, se fosse outra pessoa a decidir, pois respeita-a moralmente (decisão moral³⁴); já o critério que norteia a decisão por convicção é de mera necessidade: questionando a sua universalidade, o agente não a aplicaria a si próprio³⁵, já que esta é baseada em razões meramente particulares.

Conclui-se portanto, como já tinha sido anteriormente afluído, que a questão problemática não passa pelos factos de convicção, mas sim pelos factos de consciência, caracterizados por LUHMANN como provenientes da “instância de controlo para preservação da identidade da personalidade”³⁶, ou seja, da consciência ética, que motiva determinadas decisões. Diferem dos meros factos de convicção *stricto sensu* porque a decisão emanada com base neles constitui um verdadeiro imperativo, um dever para o agente estar de acordo com a sua personalidade, impedindo a fragmentação desta. A decisão de consciência é por isso uma manifestação da personalidade do agente, é existencial e incondicionada, não podendo ser valorada em termos de “bom” ou “mau”. A decisão é vista como uma função, que afirma a identidade pessoal do agente face a situações de ameaça.

³² Os critérios para a distinção são muito variados: assim, a decisão de consciência poderia ser definida como decisão autónoma, acção comunicativa, acção tomada por dever, acção ideal, e em contraposição, o facto por convicção como decisão heterónoma, acção estratégica, acção que assenta num “ter de” para as convicções, *vide* SILVA DIAS, ob. citada, p. 64.

³³ Com efeito, a maioria dos autores fundamenta tanto a obediência jurídica como a consciência em critérios extrajurídicos.

³⁴ Apenas o deixaria de ser não quando não estivesse referida a uma ordem objectiva de valores, mas quando não pudesse ser universalizável. O sistema de valores objectivo apenas será relevante na medida em que o autor por convicção age unicamente por motivos pessoais.

³⁵ O “nível contrafáctico do discurso ético”, como refere JOSÉ LAMEGO, *Sociedade Aberta e liberdade de consciência/ O direito fundamental à liberdade de consciência*, A.A.F.D.L, Lisboa, 1985.

³⁶ FIGUEIREDO DIAS, “Dos factos de convicção aos factos de consciência: uma consideração jurídico-penal”, in *Ab Vno ad Omnes- 75 anos da Coimbra Editora*, p. 671. Com efeito, LUHMANN, de acordo com a teoria funcionalista, concebe um sistema em que o agente pratica inúmeras funções, as quais podem originar conflitos de consciência. A consciência teria assim a função de estabilizar as características definidoras do indivíduo e afirmar essa identidade pessoal perante o ambiente, permitindo que a pressão do ambiente e as suas expectativas de conduta face ao indivíduo não aniquilem a sua personalidade- a consciência assume assim um papel de preservação do indivíduo, diminuindo os conflitos resultantes de estímulos externos, enquanto função definidora da personalidade.

Após esta caracterização das decisões de consciência, por oposição às decisões por convicção, é altura de conciliar estas definições extrajurídicas com o direito fundamental à liberdade de consciência constitucionalmente consagrado.

3. O direito fundamental à liberdade de consciência

No ordenamento jurídico nacional o direito à liberdade de consciência³⁷ encontra-se constitucionalmente consagrado³⁸ no Título II, Capítulo I, no artigo 41.º, n.º 1, “ a liberdade de consciência e de culto é inviolável”, sendo ainda relevantes os seus números 2 e 3, e 41.º, n.º 6, “é garantido o direito à objecção de consciência nos termos da lei”. Não se encerra aqui qualquer contradição intra-constitucional, pois o artigo 41.º, n.º 2 apenas se aplica a obrigações e deveres cívicos, sendo que quanto muito esta será uma norma especial face à contida no n.º 6, o qual garante o direito à objecção³⁹. Também no Título X, no artigo 276.º, n.º 4, “os objectores de consciência ao serviço militar a que legalmente estejam sujeitos prestarão serviço cívico de duração e penosidade equivalentes às do serviço militar armado”, direitos fundamentais insusceptíveis de suspensão em caso de estado de sítio ou de emergência, como decorre do artigo 19.º, n.º 6 .

O direito à objecção de consciência é uma das manifestações da liberdade de consciência, definida em traços gerais como a permissão normativa de cada pessoa agir de acordo com as suas convicções pessoais, não sujeita a pressões exteriores, isentando-se o incumprimento do dever jurídico de qualquer sanção, desde que o incumprimento seja motivado pelas convicções do agente, e de forma individual, pacífica e privada. Podendo ser analisado de uma perspectiva multidisciplinar⁴⁰, neste texto aborda-se especialmente a sua possível relevância enquanto causa de exclusão da ilicitude ou da culpa penais, sendo possível o incumprimento consistir

³⁷ Para uma análise do fenómeno “consciência” no pensamento teológico e filosófico, veja-se JOSÉ LAMEGO, “*Sociedade Aberta*” e liberdade de consciência/ *O direito fundamental à liberdade de consciência*, A.A.F.D.L, Lisboa, 1985, pp. 5 e ss e FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *O direito à objecção de consciência: origem, sentido, limites e respectiva análise jurisprudencial*, FDUNL N.º 6, 2001, pp. 4 e ss.

³⁸ E por via do artigo 8.º da CRP, também serão relevantes as normas de Direito Internacional, como o artigo 18.º da DUDH, o artigo 18.º, n.º 1 dos Pactos sobre direitos civis e políticos e o artigo 9.º, n.º 1 da CEDH.

³⁹ Apesar da letra do texto constitucional, no entender tanto de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV-Direitos Fundamentais*, 3.ª edição, Coimbra, 2000, pp. 417-418, como GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra, 1993, p. 245, este aplica-se a qualquer dever que implique uma perturbação das crenças e convicções do agente, sendo extensível a outros campos e a razões de consciência de índole diferente, desde a revisão de 1982.

⁴⁰ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Objecção de consciência (direito fundamental à)*, DJAP, 1990, p. 166.

numa acção ou omissão, dependendo de o dever jurídico incumprido decorrer de uma norma proibitiva ou prescritiva. Enquanto direito fundamental, consubstanciaria assim também o não acatamento de ordens, por uma quase que impossibilidade de o sujeito contrariar as suas convicções, isentando-se de sanções o incumprimento do dever jurídico específico, de novo, desde que respeitando convicções expressas de forma individual, pacífica e privada. A doutrina extrai desta característica que o não cumprimento de ordens e obrigações, por motivo de decisão de consciência, estaria isento de sanções. A pergunta a que este texto procurará dar resposta é se também no campo penal é possível sustentar esta frase regra, no sentido da objecção de consciência do agente permitir que este não venha a ser responsabilizado, ou se antes, violando a norma penal, haverá afinal a aplicação de uma sanção.

Poder-se-á dizer que o facto praticado ao abrigo de uma decisão de consciência não poderá levar à responsabilização penal do agente, por via da consagração constitucional da inviolabilidade da liberdade de consciência? Significará isto que agindo o agente ao abrigo de um direito jurídico-constitucionalmente consagrado, actua ao abrigo da causa de justificação prevista no artigo 31.º, n.º 2, b) do Código Penal, estando assim excluída a ilicitude do facto⁴¹? Mais, passará a conduta do agente a ser valorada como positiva pelo ordenamento jurídico?

A via trilhada já, entre outros, por ROXIN, será a de procurar compreender, à luz da Lei Fundamental, qual o exacto âmbito da liberdade de consciência inviolável. E esta não será apenas protegida na sua vertente interna, mas também externa, de relacionamento com os outros, como decorre, claro está, da própria ideia de protecção jusfundamental: uma protecção meramente do foro interno do indivíduo, sem projecção exterior, não seria nunca uma verdadeira protecção, precisamente por não proteger a sua vertente mais relevante. A liberdade de consciência protegida é pois uma manifestação de consciência, como salientam BÖCKENFÖRDE, HERZOG e ROXIN⁴².

A protecção jusconstitucional da liberdade de consciência refere-se não apenas a uma pura interioridade, mas também à actuação exterior conforme à consciência, à possibilidade de cumprir determinados deveres morais através da permissão de determinados direitos, como defendera já RADBRUCH. De nada serviria, para mais, permitir a livre expressão interior se não fosse tutelada a sua exteriorização. Mas permitindo a sua livre formação da vontade, então daí decorre a responsabilidade do

⁴¹ A favor, PETERS, BURSKI e RANFT; contra, EBERT, MÜLLER-DIETZ e ROXIN.

⁴² *Apud* FIGUEIREDO DIAS, “Dos factos de convicção...”, p. 677-678.

indivíduo pelas decisões que livremente tome. Logo, quando há exteriorização da decisão de consciência, o âmbito de protecção da norma será menor e a intervenção do Estado mais alargada. A protecção jusconstitucional não é já apenas uma “liberdade negativa”, de ausência de interferência apenas no fórum interno, não apenas a liberdade de conformação, de ordenação a um conjunto de valores, pela restrição que operaria, mas a liberdade de agir de acordo com a própria consciência, pois o Estado tem como uma das funções salvaguardar a liberdade individual, enquanto conformação da própria sociedade, da autonomia do espaço privado, criando a própria noção de “sociedade aberta”.⁴³ Enquanto direito fundamental⁴⁴ e mais especificamente direito, liberdade e garantia, ressalta a ligação à dignidade da pessoa humana, na liberdade de cada um agir livremente de acordo com as suas convicções, mesmo que *erróneas*. Com efeito, o homem médio pode não possuir o grau de conhecimento necessário que lhe permita concluir que a sua convicção é a mais acertada, mas ainda assim não estarmos perante um erro censurável, indesculpável, pois esta convicção do agente não plenamente fundamentada é ainda assim pacífica, não desproporcionalmente lesiva de direitos de terceiros e interiorizada pelo agente, de uma forma não superficial ou leviana. Na base da figura está assim em potência a possibilidade de cada objector de consciência ter um espírito aberto à mudança de atitudes, por alteração das suas convicções.

Mas as normas de direitos fundamentais, como expõe SILVA DIAS⁴⁵ não podem ser um teste à obrigatoriedade do sistema jurídico, constituindo-se num contra-sistema. O direito fundamental à liberdade de consciência não pode ser perspectivado enquanto legitimação de toda e qualquer conduta por parte do agente, legitimando qualquer lesão do ordenamento jurídico, levando ao próprio abalo do sistema. A constituição confere uma permissão ao sujeito, quando o seu direito não está especificamente regulado ou não permite a integral realização da liberdade do agente. Porém, a norma permanece sempre válida e vincula, pois a sua validade é unicamente aferida face à conformidade com critérios materiais e formais, de acordo com um sistema concebido na base de uma regra de reconhecimento, não pressupondo pois o reconhecimento da sua validade por parte do sujeito.

⁴³ JOSÉ LAMEGO, ob. citada, p. 46.

⁴⁴ JOSÉ LAMEGO salienta o facto de a liberdade de consciência não se limitar a garantir a autonomia da esfera individual, mas a garantir a própria autonomia do domínio privado, com a sua expressão social e de tomada de decisões, servindo como elemento de crítica e de conformação, e formando assim uma “sociedade aberta”, independente de qualquer específica mundividência.

⁴⁵ Ob. citada, p. 99.

A solução, a meu ver, passa pois, como de certo modo já FIGUEIREDO DIAS apontava, para a colisão de direitos fundamentais, mas não, como aborda, enquanto limites imanescentes, mas sim enquanto princípios jurídicos colidentes⁴⁶. Esta conclusão requer uma breve análise da metodologia da ponderação enquanto forma de resolução de conflitos de direitos fundamentais. Com efeito, operará um conflito entre a liberdade de consciência inviolável, jusconstitucionalmente protegida na sua vertente de manifestação de consciência, enquanto decorrência de uma “ordem axiológica constitucional” e a própria subsistência da ordem objectiva de valores consagrada pelo Estado, bem como o respeito dos direitos fundamentais dos outros. Trata-se de pesquisar, numa óptica de bens jurídico-fundamentais protegidos enquanto princípios, o que pode ser sacrificado após a colisão de direitos fundamentais, o que não fica pois protegido pelo âmbito do direito, e que não pode conseqüentemente ser invocado pelo agente para eximir a sua conduta de responsabilidade penal. BÖCKENFÖRDE situa, por exemplo, os limites na violação dos fins básicos do Estado, como a sua paz interna e subsistência, a segurança externa, e da vida e liberdade individual. Já ROXIN elege estes como os primeiros limites à liberdade de consciência, remetendo conflitos posteriores para uma ponderação, que operaria a favor da limitação quando fossem violados fins do Estado, ou uma conduta do indivíduo que se arrogasse suplantar o próprio poder interventivo do Estado, podendo prevalecer a decisão de consciência onde não se afectassem direitos de terceiros.

3.1 A metodologia da ponderação

Sendo a liberdade de consciência um direito fundamental, mais concretamente um direito, liberdade e garantia, enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana, porque traduz a livre determinação da pessoa, parece-me que a correcta abordagem da resposta aos problemas avançados passará pelo recurso a uma técnica de ponderação, enquanto forma de solucionamento da restrição ao conteúdo de um direito fundamental. Com efeito, a necessidade de prosseguir o interesse público, materializado em inúmeras disposições penais, colide com o direito de liberdade de consciência e a sua força de resistência, também ele constitucionalmente consagrado, sendo a forma de resolução desta colisão relevante para responder à

⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS, “Dos factos de convicção...”, p. 679, faz uma distinção, dentro da temática mais geral da colisão, da ponderação de direitos da qual resulta a prevalência absoluta de um deles e o sacrifício integral de outro, enquanto caso de limites imanescentes, da colisão de direitos *stricto sensu*, em que ocorre uma harmonização, optimização ou concordância prática dos direitos e bens jurídicos em conflito.

questão da admissibilidade de punição do criminoso por consciência: na verdade, tendo que primeiro apurar-se qual o conteúdo do direito fundamental à liberdade de consciência, e partindo-se da caracterização da própria liberdade de consciência como feita *supra*, pode concluir-se que o conteúdo do direito não abarcará as condutas que lesem interesses de terceiros ou da própria comunidade, de forma desproporcional. Já o próprio direito de liberdade geral de KANT radicava em cada um poder deter as suas convicções desde que não interferisse negativamente com a liberdade alheia, havendo possibilidade de tolerância no espaço público.

Outra questão será, após apurado este conteúdo do direito fundamental, averiguar em que medida a lei penal, enquanto restrição ao seu conteúdo, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, é constitucionalmente admissível, face aos requisitos do artigo. Tendo em conta que esta operação de ponderação entre dois princípios constitucionais dependerá do específico princípio que colida com o direito fundamental à liberdade de consciência⁴⁷, apenas se poderão traçar em geral determinadas orientações; assim, qualquer norma penal será considerada uma restrição concordante com a Constituição quando após um teste de concordância prática, em nome dos interesses que visa prosseguir (nomeadamente o respeito pelos bens jurídicos fundamentais de terceiros⁴⁸ e pelo Estado de direito democrático) não viole o conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade de consciência⁴⁹- neste caso, toda a sua manifestação interior e pelo menos parcialmente uma forma exterior de manifestação que permita expressar correctamente a opção de consciência interior. Sendo que não se pode, como já repetido várias vezes, num Estado neutro, avaliar as próprias convicções em si, serão porém sindicáveis e ponderáveis a relevância que estas tenham na vida do agente e ainda a forma como lesam os interesses de terceiros.

Só após esta operação de ponderação se pode concluir se num caso concreto a decisão de consciência pode ser invocada como limite ao poder punitivo do Estado de Direito, ou se naquele caso a punição é constitucionalmente admissível, dados os fins da pena e o bem jurídico que com esta se visa tutelar.

⁴⁷ Havendo uma presunção constitucional de legitimidade, o que não significa que se possa aceitar sem mais um direito geral à objecção de consciência.

⁴⁸ Para AUGUSTO SILVA DIAS “limite do conteúdo do direito de liberdade de consciência é constituído somente pelos direitos individuais de terceiros: só estes assumem plenamente a acepção de “competing rights”, ob. citada, p.73.

⁴⁹ Segundo JOSEPH RAZ, “It involves showing that a person is entitled not to do what it would otherwise be his moral duty to do simply because he wrongly believes that it is wrong for him to do so”, *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, Clarendon Presss, Oxford, 1979, p. 277.

Se é função do Estado evitar ao máximo os conflitos que possam surgir entre a decisão de consciência e a ordem jurídica, a forma de melhor o assegurar no domínio penal será ater-se firmemente a alguns dos seus princípios fundamentais: a protecção de bens jurídicos de acordo com o princípio da subsidiariedade e o princípio da necessidade da pena. Se não for necessário proteger o bem jurídico em questão, nomeadamente porque a lesão não é grave, então deverá ser concedido um espaço de liberdade ao indivíduo. Enquanto restrições a direitos fundamentais as normas penais apenas estarão legitimadas a proteger bens jurídicos fundamentais, apresentando alternativas, as “alternativas neutras” à consciência⁵⁰, enquanto manifestação de tolerância, permitindo um sentimento de maior identificação pessoal no cumprimento das normas e evitando assim a incriminação quando haja forte discussão moral.

Sendo assim, o verdadeiro problema, à luz da metodologia da ponderação, como MARIA FERNANDA PALMA de certo modo aflorou⁵¹, reside não em julgar sempre o acto conforme à liberdade de consciência, nunca o punindo, nem considerar que este não estando preenchido leva sempre à punição do agente. Estas duas perspectivas anulariam a relevância do problema enquanto “fundamentação do Estado de Direito democrático”, mas não evitam “uma tensão entre a tutela da liberdade e do máximo pluralismo ideológico, por um lado, e a necessidade social de repressão do agente que actua por motivos imperiosos de consciência, por outro lado”.

A resposta assente na mencionada metodologia da ponderação permite compreender até onde é constitucionalmente admissível ocorrer a intervenção da lei penal, sem haver uma “normativização excessiva da autonomia e liberdade de consciência”, permitindo pois que a “corrosão” operada por esta figura nos alicerces de autonomia do Direito Penal seja menos extrema, que o Direito Penal não se transforme unicamente num direito político, que descure a protecção dos bens jurídicos fundamentais dos cidadãos.

A autora entende ainda que “A figura do “criminoso por convicção”, nesta óptica, torna-se muito pouco credível. Com efeito, ou a liberdade de consciência impede, justificadamente, a imposição da ordem, quando está em causa uma liberdade constitutiva da identidade (caso dos índios que consomem droga num ritual), ou a liberdade de consciência ou religião não pode justificar que alguém se exima à sua responsabilidade pela salvaguarda da integridade alheia (casos da não autorização da

⁵⁰ Originando uma verdadeira “objecção de consciência” *secundum legem*, pois convertida em direito de opção.

⁵¹ MARIA FERNANDA PALMA, “Crimes de terrorismo...”, p. 240.

transusão de sangue em benefício de filhos dos membros de certo grupo religioso quando esse seja o único meio de salvamento". Procurarei demonstrar que através de um mecanismo de ponderação a inicial situação de conflito pode ser normativamente resolúvel, com consequências jurídico-penais em três domínios diferentes: tipicidade, ilicitude e culpa. Não posso pois concordar que a figura do criminoso que age em consciência (já não a do mero criminoso por convicção, como pude também referir) seja uma figura pouco credível e que não suscite importantes reflexões a nível da teoria geral da infracção.

4. As consequências jurídico-penais: a relevância "tripartida" das decisões de consciência

Passarei agora a analisar, como ponto central do tema em análise, a relevância possível destas decisões de consciência no campo da punição do agente, patente por exemplo em casos como o serviço militar, a eutanásia, tratamentos médicos ou o aborto.

Seguirei uma abordagem centrada no tratamento penal, mas inevitavelmente jurídico-constitucional da questão⁵², numa omnipresente análise do direito fundamental à liberdade de consciência. Esta abordagem pressupõe por isso o afastamento da posição que em termos absolutos defende a irrelevância para a responsabilidade penal das convicções do agente, as quais nunca poderiam excluir a ilicitude do facto, como defendia WELZEL⁵³, por não poderem prevalecer sobre a norma proibitiva penal, que concretizando uma determinada decisão valorativa, seria vinculativa e inviolável, independentemente da configuração dada ao direito, e neste aspecto, ao direito penal⁵⁴.

A relevância jurídico-penal das decisões de consciência é, pode-se dizer, tripartida. Com efeito, o facto praticado com base numa decisão de consciência pode ter relevância ao nível da tipicidade, da ilicitude, enquanto causa de justificação e da culpa, enquanto causa de desculpa. Assim, atente-se, antes de uma análise da relevância das decisões de consciência em cada um dos três campos da teoria da infracção, em algumas opiniões doutrinárias, pois a doutrina penal mais relevante divide-se nesta matéria.

⁵² De resto, interligação já salientada por FIGUEIREDO DIAS, ob. citada, p. 664.

⁵³ *Idem*, p. 666, nota 9.

⁵⁴ Como aponta FIGUEIREDO DIAS, ob. citada, p. 665, tanto este fosse uma ordem externa e heterónoma de coacção, como fundado em critérios que defendessem o reconhecimento pelo destinatário da norma de dever, por esta ser uma questão diferente da sua aceitação.

Se é certo que a doutrina concorda quanto ao facto de o ordenamento jurídico não poder fazer depender a validade das suas normas do reconhecimento da sua validade por cada indivíduo em concreto, sob pena de a norma, e no que aqui interessa, a norma penal, ser diminuída a uma mera recomendação, diverge porém nas suas consequências. Autores como GALLAS, MAURACH, ARTHUR KAUFMANN, SCHMIDHÄUSER e WELZEL consideram que o agente não poderá ver o seu comportamento justificado, nem mesmo desculpado. Já PETERS defende uma causa de justificação. Finalmente, BOPP, EBERT, MÜLLER-DIETZ e ROXIN defendem mesmo a exculpação. ARMIN KAUFMANN defende a existência de um erro de proibição, negado pela maioria, pois o agente recusa obedecer à norma que conhece plenamente; JESCHECK apenas dá relevo à decisão de consciência ao nível da medida da pena, devido ao valor ético da motivação do agente e em certos casos causa de desculpa, quando o dever de consciência tem uma natureza absoluta. Pondera o seu carácter de causa de desculpa supra-legal, assim como a inexigibilidade poder ser considerada para alguns autores como causa de desculpa supra-legal geral, pelo facto de o agente não ter podido actuar de outro modo. Estas considerações não poderão ser esquecidas quando *infra* se analisar a relevância das decisões de consciência em sede de culpa.

Correspondendo ao exercício de um direito fundamental, como caracterizado no ponto anterior, a decisão de consciência poderia configurar um direito de acção, na terminologia de HERZOG, como defende SILVA DIAS e FIGUEIREDO DIAS. Mas também como já aflorado, no confronto com outros princípios constitucionais, o direito inicialmente protegido pode ver-se comprimido e logo, insusceptível de preencher a causa de justificação “exercício de um direito”.

Sendo qualquer criminalização uma restrição aos direitos fundamentais nos termos do artigo 18.º, n.º 2, torna-se necessário que procure respeitar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Daqui retira FIGUEIREDO DIAS que os tipos de crimes que entram em colisão com a liberdade de consciência são meramente os constitucionalmente legitimados, porque a norma penal, se criminalizou determinada conduta, fê-lo porque lesaria as finalidades do Estado, “a livre realização da personalidade da pessoa, seja enquanto pessoa individual, seja enquanto membro da comunidade”⁵⁵, erigindo pois como limite imanente máximo quando o agente comete um crime, porque constitucionalmente este crime encontra-se legitimado, já sujeito a outros princípios como os de necessidade, mínima intervenção e subsidiariedade,

⁵⁵FIGUEIREDO DIAS, ob. citada, p. 689.

pois aí colide com o livre desenvolvimento da personalidade de outrem. Persiste ainda porém um amplo núcleo do direito à liberdade de consciência. Se o agente não encontrar outras formas de actuação que não preencham um tipo incriminador, ou mesmo que o preencham, para as quais exista uma alternativa neutral, então terá necessariamente de ter praticado um facto ilícito. Assim desconstitucionaliza o autor a problemática, já que a afasta definitivamente do âmbito constitucional: a problemática penal do facto de consciência só se inicia plenamente quando a decisão preenche um tipo de crime, constitucionalmente fundamentado⁵⁶.

Assim sendo, uma abordagem menos aprofundada ao tema das decisões de consciência poderia levar a uma conclusão muito simples: estando a liberdade de consciência consagrada na Constituição enquanto direito fundamental, todo o agente que actuasse ao seu abrigo estaria sem mais a exercer um direito, para efeitos do artigo 31.º, n.º 2, b), do Código Penal, ocorrendo pois a exclusão da ilicitude do facto.

FIGUEIREDO DIAS, na sua dissertação de doutoramento, defendia mesmo que “a liberdade de consciência é uma questão de validade intrínseca das exigências do Direito e do próprio dever ser jurídico e por isso um problema que se suscita primordialmente ao nível da ilicitude”⁵⁷.

Também SILVA DIAS defende que o direito à liberdade de consciência projecta a sua influência ao nível da ilicitude e não da culpa, avançando que se o artigo 41.º não permite justificar, também não pode fundamentar nenhuma causa de desculpa⁵⁸.

Qualquer análise do tema terá de passar primeiro pela própria delimitação do conteúdo do direito fundamental à liberdade de consciência. Essa análise foi feita *supra*, concluindo-se que embora *prima facie* determinada actuação esteja contida no conteúdo do direito fundamental à liberdade de consciência, este não poderá operar como causa de justificação quando colida com outros princípios constitucionais que tutelam bens jurídicos de terceiro, pois aí a colisão com o direito de consciência determina a restrição do seu âmbito⁵⁹.

⁵⁶ O que não significa que se concorde com a posição do autor, quando encontrando este limite imanente, entende que “o problema jurídico-penal do facto de consciência é por inteiro estranho ao problema da liberdade jurídico-constitucional da (manifestação de) consciência”, ob. citada, p. 691.

⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, “*O Problema...*”, p. 359 e ss.

⁵⁸ Contra alargada doutrina que refere e que defende aqui uma causa de desculpa, baseada na inexigibilidade, tais como RUDOLPHI, PETERS, MULLER-DIETZ, BOPP e STRATENWERTH.

⁵⁹ Esta análise terá de ser casuística, já que não é possível, ao contrário do que defende JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, Coimbra, 2003, pp. 155 e ss, apresentar uma hierarquia rígida de prevalência de direitos fundamentais sobre outros.

Após esta análise prévia, passarei agora especificamente a analisar mais pormenorizadamente a relevância das decisões de consciência ao nível da tipicidade objectiva, ilicitude e culpa, embora algumas considerações já tenham sido anteriormente avançadas.

4. 1 Ao nível da tipicidade objectiva

Este “degrau” da teoria geral da infracção costuma ser indicado pela doutrina a respeito, sobretudo, dos crimes omissivos. Efectivamente, como atrás foi exposto, havendo uma norma impositiva, que comanda que o agente realize um determinado facto (logo, originando um dever de acção), a sua liberdade encontra-se muito mais coarctada do que no caso inverso, em que de uma norma proibitiva decorre um dever de omissão de não realizar determinada conduta. Isto porque, como é facilmente perceptível, no primeiro caso o agente só poderá cumprir o dever jurídico-penal se realizar aquela acção precisa, e não outra. No segundo, a sua esfera de liberdade encontra-se menos comprimida, pois terá um elevado espectro de “alternativas de acção”, apenas lhe sendo proibido uma específica acção⁶⁰.

“Afirma LUHMANN que a ordem social se adapta melhor a uma omissão ilícita, a uma falta de prestação, do que a uma acção ilícita”⁶¹. Pois nos crimes omissivos, há uma reduzida possibilidade de acção; nos comissivos, o agente dispõe de alternativas suficientes. Neste caso haverá alternativas de comportamento, nomeadamente conferidas pelo ordenamento, que justificam a maior censurabilidade do comportamento do agente que infringe o seu dever de omissão, enquanto no outro caso terão de ser os indivíduos a encontrar alternativas activas ao seu comportamento, que lhes permitam não serem responsabilizados.

Assim, uma omissão imprópria possui um desvalor de ilícito menor do que a acção correspondente (veja-se o próprio artigo 10.º, n.º 3 do Código Penal), devido à menor margem de liberdade conferida ao agente, patente nas menores alternativas conferidas: a maior restrição à liberdade implica também uma maior exactidão no conteúdo do dever jurídico, naquilo que é exigível ao agente. A justificação para aceitar mais facilmente a relevância dos factos de consciência nas condutas omissivas reside em não ser pensável forçar alguém, mediante a ameaça penal, a

⁶⁰ Esta diferente afectação da liberdade do agente tem também efeitos quanto aos critérios de ponderação de bens, mais apertados no caso de dever de omissão do que no de dever de acção, bastando neste último que se lese bem igual ou mesmo inferior, permitindo a existência de uma situação de inexigibilidade, excludente da tipicidade.

⁶¹ SILVA DIAS, ob. citada, p. 120.

realizar uma acção que repugna à sua consciência. Mas esta afirmação leva apenas a uma exclusão da pena, e pressupõe que também à consciência do afectado pela omissão tenha repugnado o cumprimento da norma.

Assim, se em geral a temática das decisões de consciência se suscita mais a propósito de crimes omissivos, no campo da tipicidade é ainda mais patente a sua relevância, através da ideia de “inexigibilidade” acima plasmada. Como salienta SILVA DIAS, a existência de alternativas, de capacidade de acção⁶² ou de risco para bens jurídicos pessoais do omitente são aspectos a serem analisados aqui e não em sede de exclusão da culpa.

4. 1. 1. Situações de atipicidade

Ocorrendo alternativas ao cumprimento do dever jurídico pelo agente, conhecidas por este e pelas quais este se determinou, este deixa de ser exigível desde que o agente cumpra a alternativa adequada à protecção do bem jurídico protegido pela norma penal; se não era exigível em concreto outro comportamento pode apontar-se para a inexistência de pretensão de dever e logo falta de tipicidade da conduta omissiva: não há um verdadeiro dever, nem há dolo de incumprimento por parte do agente, como defendem ROXIN e MUÑOZ CONDE⁶³.

Ou seja, o incumprimento deste não configura pois uma conduta típica, pois a protecção do bem jurídico encontra-se garantida, não sendo exigível que o agente sacrifique a sua consciência para a realizar. Entra neste grupo a não autorização pelo pai de um menor em risco de vida para uma transfusão de sangue, desde que haja alternativas adequadas ao seu salvamento, as quais ele cria logo a partir do momento em que transporta a criança ao hospital. Neste caso, a recusa do pai não chega a preencher o tipo de homicídio (por omissão), mas apenas quando haja conhecimento das alternativas pelo agente, ou seja ele próprio a propô-las e estas sejam adequadas à protecção do bem jurídico, podendo ser actuadas no momento. Não ocorrerá pois a violação do bem jurídico e a conduta concordante com a consciência do agente será atípica. Assim, se o agente é o único que em determinada situação pode salvar o bem jurídico, e se recusa a fazê-lo por determinada convicção existencial, a sua conduta será sempre típica. Poderá apenas haver uma causa de justificação ou de

⁶² O conhecimento pelo omitente do fim da acção possível, de forma a poder determinar se era possível aquele agente realizar um determinado acto adequado a evitar o resultado.

⁶³ *Apud* FIGUEIREDO DIAS, ob. citada, p. 691, nota 72.

desculpa, por neste caso não ocorrerem alternativas viáveis à construção da personalidade do indivíduo.

Com efeito, a existência de “equivalentes funcionais adequados à consciência”⁶⁴ permite que a conduta do agente nem chegue a configurar o tipo incriminador. O pai do exemplo não responde por tentativa de homicídio por omissão, estando dotado de dever de garante, na medida em que realizou todas as condutas possíveis sem violar a sua consciência de forma grave: no caso, cumpriu o seu dever de garante ao transportar a criança ao hospital.

Poder-se-á ainda configurar um outro caso de atipicidade da conduta do agente, quando apesar da lei não fornecer alternativas ao agente, nem ele próprio as criar, é o próprio titular do bem jurídico lesado que, em nome da sua consciência, exige que o agente não cumpra o dever jurídico. Neste caso, por respeito pela autonomia do terceiro, considera-se não exigível ao agente uma conduta que a contrarie; ao invés, e sobretudo se o agente partilhar das mesmas convicções, o respeito pelas convicções de terceiro encontra-se justificado à luz do artigo 41.º da Constituição, resultante da diferença entre proibir a acção de terceiro no direito alheio, a pedido deste, e a exigência de uma actuação no direito alheio contra a vontade do seu titular. Em rigor, aqui não está preenchido o limite ao direito de consciência de violação do direito de terceiro, pois é o próprio terceiro que numa situação de autocolocação em risco recusa a ajuda.

O direito fundamental à liberdade de consciência pode pois, quando ele próprio não fundamentar a atipicidade da conduta, enquanto norma permissiva, em colisão com outros direitos, nomeadamente a autonomia ética do terceiro, ou ainda pela existência de alternativas, determinar o não preenchimento do tipo incriminador, por se tratarem de situações de “inexigibilidade”⁶⁵.

4. 2. Ao nível da exclusão da ilicitude⁶⁶

A resposta à questão se a conduta do agente, preenchendo um tipo incriminador, poderia encontrar-se justificada por ser realizada ao abrigo de uma decisão de consciência já anteriormente foi respondida: o exercício de tal direito fundamental

⁶⁴ LUHMANN, *apud* SILVA DIAS, ob. citada, p. 120.

⁶⁵ Salientando SILVA DIAS que este conceito, desligado da situação a que se aplica, é um conceito vazio, já que pode ser utilizado em sede de ausência de tipicidade, exclusão da ilicitude ou culpa.

⁶⁶ “Não se poderá naturalmente aceitar um direito geral à objecção de consciência que funcione como causa de justificação da violação de normas jurídicas, afastando o juízo de ilicitude”, JOSÉ LAMEGO, ob. citada, p. 55.

quando preenche um tipo de crime já enfrentou implicitamente uma ponderação constitucional, na altura da decisão de criminalização; não pode ser invocado como exercício de um direito enquanto causa de justificação se não se contiver no seu âmbito, após uma ponderação com outros princípios constitucionais. Inclusive porque este exercício jusconstitucionalmente legitimado só o está na medida em que não colide com interesses e direitos de terceiros, afectando bens jurídicos protegidos, o que geralmente não acontece quando a conduta do agente preenche um facto típico. Só nos casos em que ainda estejamos perante o núcleo do direito, ou seja, quando não haja violação de direitos de terceiro, a decisão provenha de uma verdadeiro conflito existencial⁶⁷ tal como, por exemplo, uma frontal violação da dignidade da pessoa humana e não haja igualmente alternativas neutras à consciência do agente, que permitam considerar juridicamente indiferente se ele cumpre o dever originário ou o substitutivo, é que podemos equacionar a existência de uma causa de justificação, na modalidade de “exercício de um direito”, a qual apenas pode ser pensável após a constatação de o agente ter realizado uma conduta típica.

Tal significa que o direito fundamental à liberdade de consciência pode colidir com outro princípio constitucional que naquele caso apresente menor peso, funcionando como “contra-norma”. Mais uma vez, porém, esta operação de “concordância” prática terá de ser feita em concreto, pois apesar de determinada conduta poder estar contida *prima facie* no âmbito do direito fundamental, a sua colisão com outros princípios constitucionais, *maxime* aqueles que protejam bens jurídicos de terceiros, pode levar à não aplicação do direito naquele caso. Desta colisão, quando prevaleça o bem jurídico liberdade de consciência, pode considerar-se o comportamento justificado. Porém, concebendo os direitos fundamentais enquanto princípios, mais especificamente, enquanto mandatos de optimização, pelo facto de prevalecer a liberdade de consciência não significa que no caso concreto o bem jurídico colidente sucumba integralmente. Com efeito, da operação de concordância prática resulta que se terá de retirar a maior eficácia possível do bem que foi sacrificado, através de alternativas neutras à consciência⁶⁸, nomeadamente prestações substitutivas, inclusive para evitar conflitos futuros. Veja-se que nestes casos, em que se defende a prevalência do direito fundamental à liberdade de consciência sobre o princípio com ele colidente, tratam-se de situações em que o outro bem jurídico não é lesado de

⁶⁷ E, na opinião de SILVA DIAS, essa decisão seja encarada pelo sujeito como universalizável, ob. citada, p. 112.

⁶⁸ As quais deve ser o próprio legislador a oferecer, sempre que dele emane uma norma que colida com a liberdade de consciência dos sujeitos de forma conflituosa.

uma forma desproporcionada, logo, em que os fins de uma hipotética punição não se encontrariam preenchidos, sendo desproporcionada a aplicação de uma pena ao agente. Assim, a máxima realização possível do bem jurídico que naquele caso não prevalece no conflito não poderia passar pela punição do agente. Esta concepção permite contrariar eventuais críticas baseadas na violação do princípio da igualdade, na medida em que o artigo 13.º, n.º 2 proíbe o favorecimento baseado na mundividência do agente. Mas se este princípio for analisado à luz do próprio artigo 41.º, também ele um princípio constitucional e se atentar a que o agente terá de realizar uma qualquer substituição adequada a realizar o fim da norma penal inicial, então se concluirá não haver qualquer violação do princípio da igualdade⁶⁹, a menos que o agente também não cumpra a alternativa neutral à consciência, caso em que a não punição configurará uma situação de violação do princípio da igualdade (por a alternativa ser precisamente neutral e não ser pensável uma nova situação de objecção de consciência ao cumprimento da alternativa).

Deve-se ainda distinguir do exercício da liberdade de consciência por parte do agente uma situação diferente, em que o centro da problemática está na actuação de um terceiro face a este:

SILVA DIAS defende que nos casos em que o paciente, por decisão de consciência, se recusa a receber determinado tratamento, e nesta decisão vai ínsita toda a sua autonomia, permitir ao médico ainda assim realizar o tratamento, fundado por exemplo em perigo para a saúde pública, não poderia estar justificado ao abrigo do estado de necessidade justificante, já que o próprio artigo 34.º, c) excluiria a admissibilidade desta conduta, já que dada a ligação à autonomia ética do paciente, não seria razoável exigir o sacrifício da sua consciência para defesa de qualquer outro bem jurídico, porque do artigo não resulta qualquer “adequação aos valores da comunidade”, como pretexto para aniquilar a autonomia ética do sujeito. Afirma mesmo “Fixaremos, portanto, como regra, que sempre que o bem que se quer sacrificar concentre na circunstância toda a autonomia ética do indivíduo, a salvaguarda de qualquer outro bem será ilícita” e ainda “A cláusula da alínea c) determina deste modo um recuo da ideia de solidariedade humana segundo a qual, perante uma situação de necessidade, os membros da comunidade devem contribuir para o seu afastamento, suportando determinadas lesões nos seus bens jurídicos

⁶⁹ E SILVA DIAS, ob. citada, p. 115, aponta ainda que se o agente só pudesse cumprir o dever jurídico à custa de um atentado à sua consciência de tal forma grave, estaria numa situação de desigualdade face àquele que não experimenta qualquer conflito existencial e não sofre qualquer custo significativo ao cumprir a norma. Logo, por se tratarem de situações na base desiguais, não poderia funcionar aqui o próprio princípio da igualdade.

(dever de tolerância)⁷⁰. A tendencial recusa destas afirmações não decorre de uma visão utilitarista, permitindo a lesão da autonomia ética do indivíduo porque de outro lado estariam os interesses da sociedade. Decorre antes, mais uma vez, de uma necessária operação de concordância prática e de ponderação dos bens jurídicos em conflito; tendo em atenção que podendo estar em causa dois bens jurídicos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana (a liberdade de consciência frente a, por exemplo, o direito à vida), não podemos concordar que um médico que realize coactivamente uma transfusão de sangue essencial à sobrevivência do filho deste paciente, unicamente porque em tempo útil não poderá arranjar o tipo de sangue raríssimo que ambos partilham, não possa ser encarada como uma situação de estado de necessidade justificante, por via da alínea c), por desrazoabilidade da compressão do direito à liberdade de consciência; pelo contrário, socorrendo-me de novo de um raciocínio de ponderação dos bens em conflito, assente no princípio da proporcionalidade, que permita preservar ainda um grande núcleo do direito em causa, não se podendo afirmar ter operado uma limitação permanente, incomportável da consciência do agente, para mais quando visa salvaguardar o bem jurídico de uma familiar próximo. Assim, nega-se que se possa absolutamente defender a imponderabilidade entre dois bens jurídicos diferentes, embora assentes ambos na dignidade da pessoa humana, subjacente a afirmações como “se o bem sacrificado vai referido à autonomia ética da pessoa, não pode ser sensivelmente superior o bem salvaguardado”.⁷¹ A afirmação de SILVA DIAS, para mais, colide com a sua anterior defesa de direitos de terceiros como “competing rights” face ao direito de liberdade de consciência, e como seu único limite, já que no caso a recusa da transfusão, sendo insuprível e o único meio possível para salvar o bem jurídico, leva a uma violação extrema do direito de um terceiro à vida; logo, não pode estar contido no conteúdo do direito à liberdade de consciência, não podendo esta ser erigida como valor absoluto quando *in casu* não existe sequer.

4. 3 Ao nível da culpa

Se no caso não puder ser defendida uma situação de atipicidade da conduta, por ausência de alternativas ou porque o agente tem capacidade de acção e não é inexigível impor-lhe correr determinado risco, ou ainda se a conduta do agente não

⁷⁰ SILVA DIAS, ob. citada, p. 133.

⁷¹ *Idem*, p. 135.

recair no âmbito do direito fundamental à liberdade de consciência, configurando uma situação de exclusão da ilicitude, será possível ainda assim defender a relevância da decisão de consciência no campo da culpa?

A questão mais relevante na temática será pois a da possibilidade de operar como causa de desculpa; partindo da diferença conceptual entre culpa penal e culpa moral⁷², e da ausência de comunicação directa entre ambas, o juízo de culpa penal é também parcialmente um juízo “de desvalor ético-social”⁷³. Em traços muito largos, a culpa jurídico-penal consiste no momento em que se olha para o agente em concreto⁷⁴, analisando de que forma se desenvolveu a sua vontade de antijuridicidade, enquanto censura pela formação da vontade: daqui decorre pois que a pena só pode ser aplicada a um agente ao qual o facto possa ser censurado e que só é admissível dentro dos limites da culpa, que contribui assim para a medida da pena, assente no pressuposto lógico da liberdade de decisão da pessoa⁷⁵, de se ter podido motivar pela norma; a pena só pode ser aplicada quando o facto é censurável e nunca pode exceder a medida de culpa do agente.⁷⁶ Porém, junto à liberdade de decisão requiere-se igualmente a capacidade de valorar, de forma às decisões do agente se motivarem pelas normas penais, sendo que esta valoração é precisamente feita através da consciência.

Outro ponto importante será atentar a que a culpa penal é culpa jurídica e não culpa moral⁷⁷, pois afere-se face a normas jurídicas, pela não motivação interior por estas, mesmo que muitas normas penais possam acolher critérios morais. A culpa moral liga-se unicamente ao foro interno, da consciência; a culpa jurídica é orientada por parâmetros jurídicos e tem uma vertente claramente exterior, que censura,

⁷² Na opinião de JESCHECK, já que a ordem jurídica e a ordem ética são independentes, logo as normas jurídicas vinculam mesmo que não constituam deveres morais de acordo com a consciência do agente, sendo a culpa jurídica aferida por critérios jurídicos, e comprovada perante um tribunal, *apud* SILVA DIAS, ob. citada, p. 141.

⁷³ FIGUEIREDO DIAS, ob. citada, p. 667.

⁷⁴ Mas esta visão não é unânime, veja-se entre outros, a concepção de JAKOBS de culpa como absorvida já pela prevenção geral positiva, e que consistiria na infidelidade a normas legítimas, sem olhar, como critica ROXIN, ao carácter individual da censura do facto. ROXIN, como exposto, a esta ideia opõe uma nova categoria do delito, a de responsabilidade, que conjugaria a culpa e a necessidade preventiva da pena.

⁷⁵ Para uma mais profunda análise da temática do livre arbítrio versus determinismo, ver, por todos, MARIA FERNANDA PALMA, *O princípio da desculpa (...)*.

⁷⁶ Para ARTHUR KAUFMANN, o princípio da culpa é, na sua natureza absoluta, a verdadeira e mais profunda justificação do Direito Penal, e o “nulla poena sine culpa” detém mesmo valor constitucional”, *apud* JESCHECK, p. 437, enquanto baseado na dignidade da pessoa humana e no princípio do Estado de direito democrático.

⁷⁷ Neste sentido, a maioria da doutrina alemã, tal como BINDING, GALLAS, KAUFMANN, METZGER, MAURACH, WELZEL, JESCHECK.

tributária de uma concepção material de culpa⁷⁸, a infracção da observância do bem jurídico protegido pela norma penal. Pergunta-se pois se aquele facto pode ser pessoalmente reprovável ao agente e se a não motivação pela norma resulta de uma deficiência na sua atitude interna.

É nesta sede que se levantam os maiores problemas de compatibilização com o respeito pela autonomia ética, já que, como salienta MARIA FERNANDA PALMA, “o agente de tais crimes poder agir exclusivamente por uma justificação ética ou religiosa impeditiva do reconhecimento (por ele) dos valores do sistema penal e, por isso, impeditiva da sua capacidade de motivação por tais valores”. Apesar da crítica já feita a esta concepção, é certo que um direito penal assente no princípio da dignidade da pessoa humana enfrenta dificuldades quando a punição contra as suas decisões de consciência levar a uma negação da autonomia do agente, e assim colidir com a própria capacidade de motivação pela norma. Porque se assente na ideia de só quem é livre pode ser responsabilizado, se o agente não cumpriu a norma, por motivos de consciência, o certo é que estes não configuravam situações de limites à sua capacidade, de inimizabilidade ou de pressões exteriores, logo, *ab initio*, ele poderia ter cumprido o dever. E podendo, como expõe MARIA FERNANDA PALMA, “só quem pode deve e, por isso, só quem pode é responsável”⁷⁹. Face a estas pressões interiores analisadas, provenientes da consciência do sujeito, nenhuma das soluções possíveis parece respeitar o equilíbrio entre autonomia ética e preservação do Direito Penal: se se entender que a norma vincula, levando à responsabilização, independentemente da capacidade de motivação do sujeito, ocorre uma violação do princípio da culpa e da dignidade da pessoa humana; por outro lado, aceitar a relevância de decisões de consciência poderia levar à quebra da universalidade da norma, e com a “conclusão radical, dificilmente aceitável, de o agente não poder ser punido”⁸⁰.

Posições há que afastam terminantemente a relevância das decisões de consciência nesta sede. Se a norma é válida, se não contraria nenhum princípio ético, há um dever de a respeitar, sendo o agente culpado quando a viola. Mas o facto de a lei ser obrigatória para o agente, independente de ser justa ou não, não havendo ou havendo consequentemente culpa ética do agente, aponta para a existência de culpa

⁷⁸ De acordo com exigências éticas, de segurança pública, e fins das penas, nomeadamente com a prevenção geral.

⁷⁹ MARIA FERNANDA PALMA, “Crimes de terrorismo...”, p. 237.

⁸⁰ *Idem*, p. 238.

jurídica, que só pode estar afastada por uma das causas de desculpa. A opinião maioritária é pois que o facto por convicção não exclui a culpa⁸¹, poderia ter sim consequências ao nível da pena aplicável, antes da uniformização de política criminal de que toda a pena deveria ser não infamante, não havendo lugar a discriminação positiva a favor do agente por convicção, em nome da ressocialização do agente e hoje em dia, da medida da pena⁸². O Direito Penal não censura porém a convicção em si: como exposto *supra*, pese embora a existência de um princípio maioritário que vincula todos a cumprirem a decisão axiológica vertida no preceito legal, as convicções da minoria são respeitadas, no Estado democrático de direito tolerante, não sendo censurada a convicção em si, mas a influência que ela terá na lesão de bens jurídicos alheios. O que não significa que a nível de censura ética não se tenha que olhar à substância da convicção em si, para evitar que toda e qualquer convicção permita excluir a culpa jurídico-penal⁸³. Com efeito, “.a força da convicção ou da motivação de consciência que impulsiona os agentes não é, necessariamente, uma contracultura ou uma anticultura, mas quase sempre uma espécie de reposição da pureza dos princípios ou dos valores culturais”⁸⁴.

4.3.1 Erro sobre a ilicitude e consciência da ilicitude não censurável

Neste campo de novo ressalta a importância da distinção entre o mero autor por convicção e o autor que actua por decisão de consciência. Enquanto o primeiro apenas obstaculiza interesses de terceiro para prosseguir a sua convicção, o segundo age ao abrigo de uma complexa teia de deveres morais, vinculativos para o agente, de verdadeiro conflito entre um dever ético, decorrente da sua autonomia, e de um dever jurídico. No primeiro caso esta ideia de dever, de obrigação não surge, havendo apenas a mera manifestação de uma convicção.

⁸¹ Veja-se igualmente SILVA DIAS, ob. citada, p. 147 e ss.

⁸² Artigos 71.º, n.º 1, 71.º, n.º 2, alínea c) e 72.º, n.º 2, b), a nível de atenuação especial, todos do Código Penal. Concordo aqui com FIGUEIREDO DIAS, quando aponta, em “Dos factos de convicção....,” p. 670, que as convicções enquanto motivação da conduta do agente têm de ser aferidas quanto ao seu conteúdo, à sua substância de valor, podendo pois não atenuar, mas pelo contrário agravar a culpa do agente até ao limite máximo permitido, não concordando pois com SILVA DIAS, p. 155 e ss, na medida em que não será toda e qualquer convicção que permitirá atenuar a medida da culpa, por via de uma exigibilidade diminuída.

⁸³ GALLAS *apud* FIGUEIREDO DIAS, ob. citada, p. 670-671, nota 25, também defende que uma atenuação da pena do autor por convicção é apenas possível a partir de critérios “que mereçam também respeito do ponto de vista dos valores éticos incorporados na ordem jurídica”.

⁸⁴ MARIA FERNANDA PALMA, “Crimes de terrorismo(...)”, p. 241.

Assim, o autor por convicção, que já em sede de ilicitude não se encontrara abrangido pelo artigo 41.º da Constituição, muito menos pode invocá-lo como base para uma causa de desculpa, porque este age em confronto directo com a norma penal, conhece a proibição e tem consequentemente consciência da ilicitude, mesmo que a decisão resulte da formulação da consciência de acordo com um projecto de vida.

Diferente é a situação do verdadeiro autor de consciência. Partindo da distinção feita *supra* entre culpa jurídica e culpa ética⁸⁵, é possível admitir a relevância das decisões de consciência ao nível da censurabilidade da conduta.

À partida deve afastar-se a hipótese do agente incorrer num caso do artigo 16.º, n.º 1, 2ª parte, de erro sobre a proibição, já que a maioria das decisões de consciência se refere a valorações penais com ampla aceitação na sociedade, os chamados “mala in se”, face aos quais a própria socialização do indivíduo permite compreender o desvalor da ilicitude. Se é certo que tendo a decisão de consciência por base uma convicção, ou seja, uma questão do campo valorativo e não cognoscitivo, tratando-se de delicta “mala prohibita” o agente pode desconhecer efectivamente a proibição, até devido à própria valoração que fez da situação, na base da sua decisão de consciência. A sua eventual censurabilidade não se centrará sobre a convicção em si, mas sobre o reflexo que esta provoca na ausência de motivação do agente para se informar correctamente, da qual resulta um incumprimento da norma. FIGUEIREDO DIAS equaciona igualmente a hipótese de o agente decidir de acordo com determinada convicção e porém desconhecer a proibição, num paralelo com a situação de conhecer a proibição e desconhecer o ilícito, que pode ter na sua fonte precisamente uma convicção de consciência: o agente por deter determinada convicção, julga que aquela proibição não se aplica ao seu caso, precisamente por ter essa convicção, situação pois algo diferente de assumir à partida que o agente que age por convicção, contra a proibição jurídico-penal, age sempre com consciência da

⁸⁵ Ao contrário de autores como ARTHUR KAUFMANN ou PETERS, que na base de que culpa material só existirá enquanto decisão livre e responsável, identificam as duas e fazem decorrer da existência de uma, automaticamente a outra. Já por exemplo SCHMIDHÄUSER defende que se a culpa jurídica só pode ocorrer onde há também culpa moral e ética, o oposto não é correcto, devido à subsidiariedade do Direito Penal. Daqui resultaria a diferença entre culpa jurídica e culpa moral, através das causas de desculpa, e também da culpa ética, na medida em que se pune o agente por convicção, que baseado na sua decisão age conscientemente contra a ordem jurídica. Também MARIA FERNANDA PALMA, *O princípio da desculpa*, Almedina, 2005, p. 18, encara a culpa jurídico-penal como um juízo de censura ao agente pela prática do facto, confrontado com critérios ético-sociais de aceitação ou rejeição, e pp. 117 e ss, que não nega especificidades da culpa jurídica mas defende a partilha de fundamentos com a culpa ética, na medida em que o Direito Penal tem também de ser pensado eticamente.

ilicitude do seu facto⁸⁶. Assim, se a convicção se puder ainda alicerçar num ponto de vista juridicamente relevante, embora erróneo, será possível excluir-se a culpa, por falta de censurabilidade da mesma, pois o agente julga que o seu dever moral está dotado de juridicidade.

Assim, fora estes reduzidos casos, é no âmbito do artigo 17.º, de erro de valoração, nomeadamente considerando que determinada norma é ilícita, não obrigatória, que se suscitarão mais problemas. A ideia de FIGUEIREDO DIAS, de “rectitude da consciência errónea”, ilustra como qualquer decisão de consciência, para ser admitida ao teste de ponderação, terá que passar primeiro por este crivo, objectivista, demonstrando-se pois que houve um esforço sério para compreender objectivamente qual seria a atitude recta a ter naquela situação, tendo a opção do agente em agir contrariamente à norma assento, à semelhança da “ignorância invencível”, numa consciência que não perde a sua dignidade. Questão diferente é compreender se esta consciência é por isso errónea.

E sendo errónea, pode ainda assim ser considerada digna se tiver havido “o projecto de uma existência orientada para a perfeição moral”, ou seja, uma decisão de consciência atendível para efeitos de ponderação; no cotejo com o bem jurídico lesado pelo incumprimento da norma, será aquela que não só resulta de uma pesquisa e reflexão sobre a qual é objectivamente a conduta mais respeitadora do bem objectivo a seguir naquele caso, mas ainda que se fundamenta numa real busca da perfeição do agente consigo mesmo, critérios que permitem pois ter ainda em conta a decisão de consciência, porque não censurável, mesmo que a consciência alcançada seja errónea. Quando se fala de consciência errónea, verifica-se uma situação de formação da consciência que ainda respeita o dever original ou existencial de “ser homem”⁸⁷, não podendo pois formular-se um juízo de culpa⁸⁸. “A fundamental característica da recta consciência ético-jurídica encontra-se na persistência do agente, apesar do erro sobre a ilicitude em que incorreu, de uma

⁸⁶ Opinião sufragada por ARMIN e ARTHUR KAUFMANN e também WELZEL, *apud* FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da falta de consciência...*, p. 358, nota 70.

⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, *ob. citada*, p. 341

⁸⁸ A chamada “atitude geral de participação”, eleita por BAPTISTA MACHADO como critério para aferir a censurabilidade da escolha da consciência ética, encarando a culpa, nela se integrando a culpa penal, como culpa ética/existencial.

atitude de fidelidade a exigências reais-objectivas do direito, a pontos de vista de valor juridicamente relevantes⁸⁹.

Mas se este raciocínio é feito como forma de excluir a censurabilidade da consciência errónea que desconhece a ilicitude do acto, pode esta ser sem mais transposta para o caso em estudo, que constitui precisamente o seu oposto? Ou seja, neste caso, em que o agente conhece, sabe perfeitamente o carácter ilícito do incumprimento da norma, e ainda assim opta por agir de acordo com a sua consciência, configurará ainda assim uma hipótese de consciência errónea não censurável? Pode ainda aqui falar-se de consciência errónea?

O autor por convicção jurídica⁹⁰, conhecendo a ilicitude da conduta em geral, leva a que não seja relevante, como visto, que a reconheça como moralmente vinculativa, mesma solução quando o agente considera a norma injusta. Só quando o agente recorre a outro princípio normativo- *in casu*, a liberdade de consciência constitucionalmente consagrada- não se apercebendo de que aquela manifestação já não se encontra contida no conteúdo do direito fundamental, é que se poderá defender a falta de consciência da ilicitude naquele caso.

Com efeito, o agente age com consciência do ilícito, sabe que a sua conduta é desvalorada pelo direito. O facto de consciência pode motivar um erro sobre a ilicitude quando origina uma situação de conflito prévia à decisão, mas que não decorre do facto de consciência em si. Mas se o indivíduo lesa uma lei cuja validade conhece ou deveria conhecer, nesse caso não se pode defender a subsunção ao artigo 17.º.

A este respeito é importante a contraposição entre o agente estar convicto que a sua conduta é lícita, por via nomeadamente da norma constitucional que consagra a liberdade de consciência (convicção jurídica), aplicando-se o regime do erro sobre a ilicitude; mas a problemática do autor de consciência prende-se mais directamente

⁸⁹ “L'autore che in una situazione di necessità spirituale (seelische Zwangslage) superiore anche alla resistenza del cittadino medio rispettoso del diritto, realizza un fattispecie penale, agisce sì oggettivamente e soggettivamente in modo contrario al dovere, ma il suo comportamento non è, in queste circostanze, espressione di un atteggiamento contrario o indifferente al diritto, che di regola si trova nella violazione dolosa di un dovere giuridico e che solo fonda il giudizio di disvalore sulla persona dell'agente: esso non è nemmeno espressione di un atteggiamento leggero o trascurato nei confronti dei beni giuridici, quale in ogni caso deve essere presupposto del rimprovero penalistico della lesione colposa di un dovere”.

“In entrambi questi casi la scusante è connessa ad un comportamento esistenziale, si potrebbe dire ad un *existentieller Einsatz*, nel qual ela coscienza prende su di sé come inevitabile e insuperabile una colpa (colpa esistenziale, colpa come situazione-limite, nel linguaggio jaspersiano), ma non si può considerare atteggiata in modo ostile al diritto, e per questo è esente dalla rimproverabilità giuridica.

⁹⁰ E não, na terminologia de GREFENNIUS, por mera convicção de dever, extrajurídica, *apud* SILVA DIAS, ob. citada, p. 147.

com a “convicção de dever”, no qual o agente não cai em erro, mas se considera legitimado para tal.

Como já foi anteriormente afluído, o agente que toma uma decisão de consciência age geralmente com conhecimento da proibição e consciência do ilícito, que leva a uma censura do agente por não se ter determinado pela normas do direito, porque é certo que como realça STRATENWERTH as exigências morais vão muito mais além do que o mínimo ético protegido juridicamente, podendo entrar em conflito com as prescrições jurídicas. “Por este motivo, o comportamento imoral às vezes pode estar em consonância com a ordem jurídica, assim como o comportamento moralmente aprovado pode contradizê-lo”. Daqui conclui que a consciência da ilicitude não se vê afectada por o autor se encontrar obrigado a contrariar as normas jurídicas, devido a convicções, entendendo pois que a solução não é a da exclusão da culpa, para depois, confrontado com o direito fundamental à liberdade de consciência, equacionar a legitimidade de coagir alguém, mediante a ameaça da pena, a realizar um comportamento conforme ao direito mas que lesiona a sua consciência.

4.3. 2 A inexigibilidade

O facto de convicção apenas pode ser pensável como causa de exclusão da culpa penal quando passar pelo teste da censura ética, ou seja, quando se provar quer a convicção do agente resulta de uma interiorização da sua pessoa, de uma expressão de autonomia e liberdade⁹¹.

E a questão prende-se depois, enquadrando o facto de convicção como causa de exclusão da culpa, em que específica causa de exclusão positiva se poderia fundar: não escapando ao juízo de censura ética, logo afastando-se a própria falta de consciência do ilícito não censurável, sendo igualmente de excluir a inimputabilidade, poder-se-á questionar a inexigibilidade. E a resposta dependerá também daquela que se der à própria questão da inexigibilidade: enquanto poder, capacidade de o agente reagir de outra forma, a convicção pode não ser suficiente para negar essa capacidade ao agente. Se for encarada, como também equaciona FIGUEIREDO DIAS, como o que a ordem jurídica considera exigível ao agente, a convicção ter-se-ia que integrar nos tipos desculpantes legalmente previstos, o que não acontece.

⁹¹ “...sendo culpa jurídico-penal e culpa moral juízos teleológica e funcionalmente diferentes, ambas participam de *uma mesma culpa ética*, de um culpa pela violação do dever de realização e desenvolvimento do ser livre”, FIGUEIREDO DIAS, “Dos factos de convicção aos factos de consciência...”, p. 667.

Poderá assim o facto de consciência ser reconduzido a uma das causas de desculpa doutrinariamente aceites, como o conflito de deveres desculpante⁹² ou o estado de necessidade desculpante (este com expressa consagração legal)? Ou admitir-se-á antes uma analogia com este último? Ou ainda será invocável uma causa de desculpa supra-legal?

A inexigibilidade, que assume concretizações específicas, não funciona como causa geral de desculpa. Para mais, tanto nos termos do erro não censurável do artigo 17.º, como no artigo 35.º, refere-se a um juízo “sobre o comportamento médio que se afere pelos quadros culturais a que o próprio legislador pode recorrer”⁹³, não relevando diferentes “standards de vida”.

A pressão existencial conjugada com uma situação objectiva a que o agente se submete pode relevar para efeitos do artigo 35.º, desta forma julgando não

⁹² A possível invocação de uma situação de conflito de deveres apenas operaria em sentido impróprio, como exposto, entre um dever jurídico e um dever moral social, mesmo se o último acaba por ser éticamente exigido e possui alguns efeitos jurídicos. Em sede de conflito de deveres desculpante, sendo o relevante a censurabilidade da violação do dever, já não a sua obrigatoriedade, mais fácil seria a solução se o dever moral protegesse também ele um bem jurídico. Porém, nunca será considerado como um conflito de normas, mas sim enquanto conflito de motivações, como salienta, tratando a questão das decisões de consciência enquanto “conflitos de consciência”, situando-a portanto na temática do conflito de deveres, nomeadamente do conflito de deveres impróprio, na esteira de GALLAS, ALESSANDRO BARATTA, *Antinomie Giuridiche e Conflitti di Coscienza, Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1963, “orbene, in una situazione di normale corrispondenza delle valutazione giuridiche con quelle della coscienza sociale, i conflitti impropri si risolvono in gran parte in conflitti «propri» tra un dovere ed un bene, o valore, anche giuridico, e per essi si pone all’interno dell’ordinamento giuridico il problema di una scriminante e quindi di un limite tácito della norma, Nel caso di un profondo abisso tra valutazioni giuridiche e coscienza sociale, invece, il conflitto «improprio» costituisce il punto di emergenza di una crisi, la quale puo risolversi diversamente a secondo della forza della norma, e cioè della sua efficacia concreta. Essa può portare ad una desuetudine o consuetudine *contra legem*- e quindi di nuovo ad un limite della norma intrínseco all’ordinamento-, o addirittura ad un più radicale crollo d’efficacia di una norma o gruppo di norme o dell’intero ordinamento giuridico; ciò avviene quando si verificano fatti storici o politici in presenza dei quali *valutazioni extragiuridiche* si affermano e sostituiscono quelle che avevano ispirato le norme, che, in corrispondenza, cessano di essere efficaci, come si verifica in ogni rivoluzione o in ogni trapasso di ordinamenti.

Daí a solução passar também pelo conflito de deveres impróprio, entre um dever moral, absoluto para o agente e vinculativo em si, e um dever jurídico, heterónimo. O que não significa reconduzir à colisão de deveres, pode também o dever jurídico transformar-se em moral. Nunca estamos perante colisão de dois deveres jurídicos. Porém, quanto à temática do agente por convicção, GALLAS nega a exclusão da culpa, pois o agente resolve o conflito de modo “aberrante” e face às valorações ético-sociais dominantes, devido a uma convicção de natureza moral ou religiosa.

Finalmente CRISTINA QUEIROZ, “Autonomia e direito fundamental à liberdade de consciência, religião e culto”, *Estudos em comemoração dos 5 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2001, p. 326, perspectiva a objecção de consciência na base de um conflito de deveres, que elege como as obrigações de “equidade” (fairness) e lealdade (“fidelity”), ou natural duties, cabendo ao indivíduo a escolha final sobre se prevalece o dever jurídico ou a obrigação moral, pois, como aponta DWORKIN, *Taking rights seriously*, Duckworth, 1987, p. 188, os homens têm o dever de obedecer à lei, mas igualmente de seguir a sua consciência, quando entra em conflito com aquele dever, sujeitando-se à sanção do Estado, enquanto forma de tutela da *privacy*.

⁹³ MARIA FERNANDA PALMA, *O princípio da desculpa...*, p. 27.

censurável a conduta do agente, num verdadeiro estado de necessidade de consciência?

Seria para tanto necessário enquadrá-lo no elenco de bens jurídicos pessoalíssimos do artigo 35.º n.º 1 do Código Penal; Uma hipótese seria por analogia com a integridade moral, para efeitos do artigo 35.º, n.º 1, enquanto manifestação da personalidade. Mesmo que violasse bens jurídicos fundamentais de terceiro? Note-se que independentemente de se defender a aplicabilidade directa do artigo 35.º, n.º 1, a sua aplicação analógica, ou ainda a aplicabilidade do nº 2, que remete para os requisitos do n.º 1, nas três situações é relevante voltar a fazer uma ponderação dos bens jurídicos em confronto, através da observância dos requisitos da adequação para afastar o perigo, e da não exigibilidade de outro comportamento. E parece-me que a defesa de uma nova ponderação à luz do princípio constitucional da proporcionalidade inviabilizará frequentemente a relevância desculpante das decisões de consciência, por se ter que afigurar como o meio adequado menos gravoso, o que exclui casos manifestamente desproporcionados⁹⁴. Já no campo da inexigibilidade, importa atentar no sacrifício que se impõe ao agente, e de que forma lhe é admissível suportá-lo sem entrar em conflito com a sua personalidade, no caso de aquele comportamento ser o menos gravoso. Teremos pois que atentar “às circunstâncias do caso”, nomeadamente se o agente tiver criado o perigo, estiver investido numa especial posição que lhe imponha suportar o perigo ou ainda se encontrar numa relação jurídica especial. Mas como realça MARIA FERNANDA PALMA, não seria propriamente a natureza dos bens em conflito, mas a natureza do conflito o elemento relevante, não havendo pois real desproporcionalidade entre os bens em conflito. E por isso a resposta não passará tanto pela ponderação de bens de igual valor, mas pela combinação da situação objectiva com a subjectiva, de vivência do conflito. E assim, a nível constitucional, haverá “ uma espécie de ‘necessidade constitucional’ de equacionar a desculpa em circunstâncias em que a pessoa não revela, no acto, capacidade emocional bastante para exprimir a plenitude da sua identidade ou não tem condições normais para responder favoravelmente ao direito”⁹⁵. Assim, mais do que a questão da ponderabilidade do conflito de bens, será

⁹⁴ Coincidindo aqui com a visão de MARIA FERNANDA PALMA, “Crimes de terrorismo.”, p. 257, de que “a perspectiva fulcral da preservação de identidade da personalidade ética não poderá ser critério de desculpa ou de atenuação de culpa por si só”, sendo necessário ter em atenção a relação com o outro, sendo necessário avaliar a componente relacional e ver até que ponto a vontade do outro, ou o seu direito foram afectados ou houve uma vontade de preservação destes pelo agente.

⁹⁵ Ob. citada, p. 165.

importante a situação constituir um conflito existencial para o agente, condicionante da sua própria existência.

Apesar de o agente prosseguir uma conduta antijurídica para preservar a sua personalidade, sendo esta situação de conflito que o desmotiva de cumprir o preceito penal, não pode ser considerado praticado ao abrigo do artigo 35.º, mas apenas se se configurar a relevância da subjectividade a nível da inexigibilidade e se admitir que também os conflitos interiores podem originar uma situação de conflito existencial que leve a uma falta de motivação do agente pelo direito. Se não se admitir que dentro do conceito de desrazoabilidade cabem condutas determinadas que afectam a identidade do agente, de que o agente não consegue abdicar, num rígido sistema tripartido, como critica MARIA FERNANDA PALMA, apenas se permitiria a resolução da questão em sede de atenuação da pena. Desta forma, ocorreria não só uma diminuição do ilícito, por visar proteger determinados valores essenciais ao sujeito, mas também uma diminuição da motivação, levando à não censurabilidade da conduta. O critério relevante para permitir que opere uma causa de desculpa será averiguar em que medida ainda há uma ideia de “responsabilidade pelos outros” na conduta do agente, se este actuou de determinada forma antijurídica mas ainda se considera parte da comunidade, e uma vontade de “ser-com-os outros”. Mas não basta. Como salienta MARIA FERNANDA PALMA⁹⁶, a culpa não se afere pela avaliação do sentido atribuído pelo agente à sua acção, mas pela adequação dessa acção a uma normalidade ou mediania de comportamento culturalmente definida; e assim, no caso do terrorista que pese embora ache ser para o bem da Humanidade e mata alguém de outra religião, não poderá ver a culpa excluída ao abrigo da inexigibilidade. O juiz, confrontado com estes casos, terá de fazer uso dos padrões culturais dominantes. Esta consideração da capacidade em concreto de o agente se motivar pela norma e a relevância desculpante de factores que se liguem à personalidade, à identidade do agente assumem especial relevância no campo das decisões de consciência e na necessidade de repensar a própria desculpa, contrariando um sentido puramente normativista de avaliação da culpa, atendendo a algumas circunstâncias individuais, que evitem a pura aferição pelo homem médio, concebendo a desculpa como “falta concreta de capacidade emocional”⁹⁷.

⁹⁶ *O princípio da desculpa em Direito Penal*, p. 17.

⁹⁷ MARIA FERNANDA PALMA, *O princípio da desculpa...*, p. 149.

A solução passará portanto, não se podendo enquadrar directamente no artigo 35.º, excepto se aceitando as críticas avançadas por MARIA FERNANDA PALMA, pela analogia com esta causa de desculpa, à semelhança do “estado de necessidade de consciência” de origem germânica, como forma de respeitar o princípio jurídico constitucional da culpa e da dignidade da pessoa humana, mas através do respeito dos critérios atrás explorados. A autora expõe ainda que “o conceito de culpa justificativo da pena não decorre da necessidade de defesa social, mas tem uma fundamentação autónoma”⁹⁸, não estando a censura da culpa legitimada pela mera defesa da sociedade. Assim, pode ser configurável uma “desculpa individual” motivada pela reconciliação do agente com a sociedade e com a vítima, “como alternativa à pena, mas ainda como compensação do crime”⁹⁹, que em determinados casos permite separar o agente do acto. Censurar o agente aqui é responsabilizá-lo no fim por uma errónea consciência ética: é necessário desculpá-lo, se age sem consciência da ilicitude, respeitando os padrões elencados, ou mesmo quando age com consciência, mas negando a culpa “ em nome da inexigibilidade, por se verificar a ausência de qualidade desvaliosas da personalidade” .

5. A nível de medida da pena

Casos haverá finalmente que não permitem a desculpa do comportamento do agente, mas poderão ainda assim ser relevantes a nível de determinação da medida da pena e de atenuação especial da mesma, se o motivo honroso pelo qual o agente se motivou implicar uma pressão incomportável para o agente, ou, pelo contrário, quando revele a probabilidade de o agente reincidir, afastar, por razões de prevenção, a hipotética atenuação especial¹⁰⁰, nos casos, claro está, em que esteja preenchido o mínimo de dignidade penal necessário à punição do facto.

6. Conclusão

⁹⁸ MARIA FERNANDA PALMA, “Crimes de terrorismo e culpa penal,”p. 235

⁹⁹ “Crimes de terrorismo...”, p. 258.

¹⁰⁰ Artigos 71.º, n.º 1, 71.º, n.º 2, alínea c) e 72.º, n.º 2, b), a nível de atenuação especial, todos do Código Penal. Concordo aqui com FIGUEIREDO DIAS, quando aponta, em “Dos factos de convicção...”, p. 670, que as substâncias de valor, podendo pois não atenuar, mas pelo contrário agravar a culpa do agente até ao limite máximo permitido, não concordando pois com SILVA DIAS, ob. citada, p. 155 e ss, na medida em que não será toda e qualquer convicção que permitirá atenuar a medida da culpa, por via de uma exigibilidade diminuída.

A ideia que procurei defender é plenamente sustentada pela visão de SILVA DIAS, que baseado na lógica deontica de VON WRIGHT contrapõe as permissões fracas às fortes, e dentro destas as mais fortes e as simples. Assim, após a análise da constitucionalidade da restrição à liberdade de consciência operada pela norma penal, é conferida através do conteúdo essencial do direito fundamental uma autorização para agir¹⁰¹, em que o Estado tolera e se compromete a não se intrometer na actuação do sujeito, não o punindo e protegendo-o de actuações de terceiros, logo preenchendo o conceito de causa de justificação do artigo 31.º, n.º 2, b), de exercício de um direito. A estas permissões mais fortes contrapõem-se as simples permissões, ainda elas permissões fortes, já no segundo momento assinalado: quando em concreto houver uma colisão com bens jurídicos fundamentais de terceiros, o Estado não interferirá mas já não poderá impedir a intervenção de terceiros, tolerando o comportamento mas não o protegendo plenamente. Esta distinção milita a favor da caracterização da decisão de consciência neste caso como causa de desculpa: se fosse causa de justificação, a conduta do agente seria lícita e não seria admitido, por exemplo, legítima defesa de terceiro; mas punir o agente sem mais também não cumpriria as funções constitucionais do Direito Penal decorrentes do princípio da culpa e da necessidade da pena; naquele caso a conduta do agente, embora não actuando ao abrigo do direito fundamental, não se encontra abrangida pelo seu âmbito, mas se ocorrer uma situação de conflito existencial, a permissão simples, de mera tolerância, permite desculpar o agente que não se pôde determinar pela norma sem fractura da sua personalidade.

¹⁰¹ Sendo de aferir se não se estará perante um daqueles casos de “inexigibilidade” enquanto fonte da atipicidade da conduta.