



Universidades Lusíada

Nunes, Jaciara Sharonice Teigas, 1999-

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão : posições de monopólio

<http://hdl.handle.net/11067/7529>

Metadados

Data de Publicação

2023

Resumo

A posição ou situação de monopólio, enquanto fonte da posição de garante, no âmbito das fontes materiais do especial dever de agir, é aquela que suscita mais dúvidas na dogmática do Direito Penal. Isto porque, quando não bem delimitada, pode levar a uma incerteza quanto às situações que devem ser por ela abarcadas. Neste sentido, pode falar-se em perigo de aleatoriedade, no sentido de que, qualquer pessoa, numa situação ocasional de perigo, pode ser investida de uma posição de garante. Além diss...

The monopoly position or situation, as a source of the guarantor's position, within the scope of the material sources of the special duty on how to act, is the one that raises the most questions in the dogmatics of Criminal Law; that is because, when not well delimited, it can lead to an uncertainty in relation to situations that are included by the monopoly position. In this way, one can talk about the danger of randomness, in the sense that anyone, in an occasional situation of danger, can ho...

Palavras Chave

Crime por omissão, Processo Penal

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-09-30T14:28:35Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

**Fontes da posição de garante nos crimes comissivos
por omissão: posições de monopólio**

Realizado por:
Jacira Sharonice Teigas Nunes

Orientado por:
Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Arguente: Prof. Doutor Fernando José dos Santos Pinto Torrão

Dissertação aprovada em: 11 de junho de 2024

Lisboa

2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão: posições de monopólio

Jaciara Sharonice Teigas Nunes

Lisboa

Agosto 2023



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos
por omissão: posições de monopólio

Jaciara Sharonice Teigas Nunes

Lisboa

Agosto 2023

Jaciara Sharonice Teigas Nunes

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão: posições de monopólio

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de
Morais de Sousa e Brito

Lisboa

Agosto 2023

FICHA TÉCNICA

Autora Jaciara Sharonice Teigas Nunes
Orientadora Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Título Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão: posições de monopólio
Local Lisboa
Ano 2023

MEDIATECA DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

NUNES, Jaciara Sharonice Teigas, 1999-

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão : posições de monopólio / Jaciara Sharonice Teigas Nunes ; orientado por Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito. - Lisboa : [s.n.], 2023. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - BRITO, Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e, 1970-

LCSH

1. Crime por omissão
2. Processo penal
3. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
4. Teses - Portugal - Lisboa

1. Omission, criminal
2. Criminal procedure
3. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
4. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. K5058.N86 2023

Agradecimentos

A minha orientadora, Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito, com quem tive o gosto de ser aluna no curso de Direito, como também no mestrado de Ciências Jurídico-Criminais, ambos da Universidade Lusíada de Lisboa. Foi quem transmitiu-me o gosto pela área de Direito Penal, adquirido pelas aulas da licenciatura, como também agradeço pela paciência e orientação dada como orientadora desta dissertação.

A minha mãe e irmãs pelo apoio incondicional, pela compreensão das repentinas mudanças de humor e pelas leituras incansáveis à minha dissertação.

Ao meu namorado pela paciência, esperas e boleias até à biblioteca e pela ajuda incansável na formatação da minha dissertação.

Apresentação

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão: posições de monopólio

Jaciara Sharonice Teigas Nunes

A posição ou situação de monopólio, enquanto fonte da posição de garante, no âmbito das fontes materiais do especial dever de agir, é aquela que suscita mais dúvidas na dogmática do Direito Penal. Isto porque, quando não bem delimitada, pode levar a uma incerteza quanto às situações que devem ser por ela abarcadas. Neste sentido, pode falar-se em perigo de aleatoriedade, no sentido de que, qualquer pessoa, numa situação ocasional de perigo, pode ser investida de uma posição de garante. Além disso, esta fonte coloca a questão de saber até onde deva ir a solidariedade social, ou seja, até onde o Direito Penal deve exigir que sejamos solidários uns com os outros, ao ponto de incriminar o sujeito pelo resultado que ele não evitou. Contudo, como iremos tentar demonstrar, quanto à aleatoriedade podemos reduzir o grau de incerteza daí resultante, desde logo pelo facto de, apesar de serem situações ocasionais, o agente ter de deter, para grande parte da doutrina, o domínio fáctico absoluto sobre a situação de perigo para poder ser investido do dever de garante. Quanto a questão da solidariedade, que é um valor jurídico-constitucional e que, por isso, deve ser respeitado, resulta também da lei penal que tal dever de solidariedade só existe quando exista a capacidade de o cumprir. Não se exige uma solidariedade total, a lei limita-a, nomeadamente, através da capacidade de agir.

Palavras-chave: Posição/Situação de monopólio- Posição de garante- Omissão impura- Princípio da legalidade

Presentation

Sources of the position of guarantor in crimes committed by omission: monopoly positions

Jaciara Sharonice Teigas Nunes

The monopoly position or situation, as a source of the guarantor's position, within the scope of the material sources of the special duty on how to act, is the one that raises the most questions in the dogmatics of Criminal Law; that is because, when not well delimited, it can lead to an uncertainty in relation to situations that are included by the monopoly position.

In this way, one can talk about the danger of randomness, in the sense that anyone, in an occasional situation of danger, can hold a guarantor's position.

Furthermore, this source raises the question of knowing how far social solidarity should go; that is, how far the Criminal Law should require us to be solidary with each other, to the point of incriminating the subject for the outcome he did not avoid. However, how we will try to demonstrate here, in relation to the randomness, we can deduct the degree of uncertainty that results it from, firstly because, despite of being occasional situations, the agent must detain, for a big portion of the doctrine, the absolute factual control over the situation of danger in order to have the guarantor's position.

As for the issue of solidarity, which is a legal constitutional value, and therefore, it must be respected, results, as well, from Criminal Law that such a duty of solidarity only exists when there is the ability to fulfill it. There is no total solidarity, as it is limited by law, and therefore, through the ability to act.

Keywords: Monopoly position/situation- Guarantor's position- Impure omission- Legal Principle

Sumário

1. Introdução.....	14
2. Omissão	17
2.1 Omissão Pura e Omissão Impura	17
2.1.1 Critérios de distinção	17
2.1.1.1 Cláusula de equiparação	22
3. Omissão Impura. Fontes da posição de garante	27
3.1 Teorias formais	27
3.2 Teorias materiais	30
3.2.1 Doutrina das funções.....	30
3.2.2 Outras doutrinas quanto às fontes da posição de garante.....	33
3.3 Teoria material-formal.....	36
3.3.1 Divergências doutrinárias das fontes da posição de garante.....	38
3.3.1.1 Primeiro grupo: Dever de vigiar um titular de um bem jurídico, independentemente da fonte de perigo	38
a. Relações de proteção familiar e análogas.....	39
b. Assunção de funções de guarda e assistência	42
c. Comunidade de vida e de perigos	43
3.3.1.2 Segundo grupo: Deveres de vigilância e segurança face a uma fonte de perigo 45	
a. Dever de evitar a produção do resultado por força de um comportamento anterior perigoso (“ingerência”)	45
b. Dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio 49	
c. Dever de garante face à atuação de terceiros.....	50
3.4 Princípio da legalidade e as fontes materiais.....	50
4. A situação de monopólio como fonte da posição de garante	56
4.1 Conceito de situação de monopólio	56
4.2 Doutrina a favor da situação de monopólio como fonte material da posição de garante	57
4.3 Doutrina contra a situação de monopólio enquanto fonte material da posição de garante	64

4.4	Relação com o artigo 10. ° do Código Penal	67
4.5	Situação de monopólio vs Omissão de auxílio	70
4.6	Concurso entre a situação de monopólio e a omissão de auxílio	75
4.6.1	Concurso de normas aparente, impuro ou impróprio	76
5.	Tomada de Posição	81
6.	Conclusão.....	85
	Referências.....	89

1. Introdução

O comumente problema social designado por “efeito espectador”, tem crescido significativamente nos dias de hoje, tendo sido intensificado pelos telemóveis, onde as pessoas ao invés de evitarem lesões aos bens jurídicos de terceiros, limitam-se a fotografar e filmar as situações de perigo. Daqui resulta uma questão importante, poderá o Direito Penal intervir, responsabilizando jurídico-penalmente pelo resultado, aqueles que omitem o auxílio como autores de um crime comissivo praticado por omissão ou o tipo da omissão de auxílio é suficiente para responsabilizar os omitentes, abarcando nele mesmo todo o ilícito material ocorrido?

A questão tem desde logo grande relevância prática pois considerando que as pessoas seriam acusadas de omissão de auxílio, a pena a aplicar seria a expressa no artigo 200º do Código Penal (doravante CP), cuja pena máxima é de 1 ano. Já se considerarmos a posição de monopólio como fonte do dever de garante, a pena a aplicar já será a do tipo legal do crime de resultado em causa, que se por exemplo for o do artigo 164.º do CP (doravante designado por (art.º) pode ir até aos 10 anos, porque aqui a pessoa já teria obrigação de evitar o resultado.

No nosso ordenamento jurídico não só são relevantes para o Direito Penal os comportamentos ativos como também os comportamentos omissivos. As omissões, por sua vez, dividem-se em dois tipos, as omissões puras de um lado e as impuras do outro. É a propósito das omissões impuras que se coloca o problema da posição de garante e das suas fontes, incluindo as denominadas situações de monopólio.

Para que alguém seja autor de uma omissão impura (art.10º do CP) é necessário que esteja investido numa posição de garante ou especial dever de agir. Para o efeito, a doutrina elaborou a teoria das fontes formais e a das fontes materiais da posição de garante, de modo a determinar quando é que existe essa posição de garante.

É no âmbito das omissões impuras, mais precisamente quanto às suas fontes materiais, que surge a dúvida de saber se as situações de monopólio podem ser fonte da posição de garante. A situação de monopólio pode sinteticamente dizer-se que “inclui-se nos casos em que o agente é o único que numa dada localização espaço-temporal está em condições de evitar a lesão de bens jurídicos alheios, sendo certo que em nada contribuiu para a situação de risco”.¹

¹ LEITE, André Lamas (2007) - As “Posições de garantia” na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora. p. 253

Assim, cumpre-nos esclarecer se pode ou não a situação/posição de monopólio ser fonte material da posição de garante nas omissões impuras. No sentido de determinar se cabe ao Direito Penal intervir nestas situações, punindo o agente pelo crime comissivo por omissão, desde logo devido ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal e da proporcionalidade. No fundo, cabe-nos determinar se considerar as situações de monopólio como fonte material do dever de garante não se estará a restringir demasiado a liberdade de agir de cada um, ou se estar-se-á a respeitar apenas a solidariedade natural que deve existir numa sociedade, ao ponto de responsabilizar o agente investido nessa situação pelo resultado daí resultante.

Tal implicará não só distinguir a omissão de auxílio, que é uma omissão pura das omissões impuras que tenham como fonte do dever de garante a situação de monopólio. Expor as posições doutrinárias relativas a situação de monopólio como obrigação de evitar o resultado e, por fim, tentar dar uma solução em relação ao concurso entre o crime comissivo por omissão na situação de monopólio e a típica omissão de auxílio.

Desta forma, pretendemos agregar ao conhecimento científico uma análise mais aprofundada da posição de monopólio, estabelecendo, de igual forma, a sua relação com o art.10º do CP e com o crime de omissão pura. Isto porque, maior parte da doutrina debruça-se com mais rigor no que diz respeito as demais fontes da posição de garante.

Importante referir que, apesar de nos debruçarmos sobre duas formas especiais do aparecimento do crime – omissão e concurso – não serão abordadas demais questões relativas à omissão impura, como por exemplo a tentativa, a negligência ou comparticipação.

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão: posições de monopólio

2. Omissão

Os factos ilícitos tanto podem ser praticados quer por ação como por omissão. Apesar da discussão feita pela doutrina sobre a distinção entre facto praticado por ação e facto praticado por omissão, esta questão não vai ser desenvolvida neste trabalho.² Partimos da doutrina que considera a omissão como uma das formas específicas de realização típica, ao lado da ação.

Assim, é importante salientar que neste trabalho a posição que se adota quanto a definição de um crime praticado por omissão, omissão per si, é a já defendida por Stratenwerth,³ em que, com base no critério da forma de criação do perigo, estamos perante uma omissão quando o agente não afasta ou diminui o perigo para o bem jurídico.⁴

A distinção entre ação e omissão passa por valorações político-criminais, ou seja, a construção da omissão, do prisma jurídico-penal, não é feita com base na inatividade do omitente, mas em função da ação juridicamente esperada e devida.⁵

Quando falamos de crimes omissivos falamos de comportamentos negativos, estamos perante uma situação em que “alguém nada faz, quando podia e devia fazer”.⁶

Quanto aos crimes cometidos por omissão, interessa-nos a distinção entre crimes omissivos puros/próprios e crimes omissivos impuros/impróprios ou também normalmente designados por crimes comissivos por omissão.

2.1 Omissão Pura e Omissão Impura

2.1.1 Critérios de distinção

Foi Heinrich Luden quem pela primeira vez debruçou-se sobre a distinção entre omissão pura e a omissão impura, na sua obra “Abhandlugen aus dem gemeinen deustchen Strafrechte” de 1840.⁷ Sendo que foi na omissão impura que o autor encontrou situações de desobediência e inatividade causadoras de um resultado proibido pela lei, ou seja,

² Para melhor entendimento da distinção feita, pela doutrina, entre ação e omissão vide: DIAS, Jorge de Figueiredo (2019) - Direito Penal: Parte Geral - Tomo I. Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime. 3.ª edição. Coimbra: Gestlegal. p. 1058 a 1063; PALMA, Maria Fernanda (2020) - Direito Penal: Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 5.ª Edição. Lisboa: AAFDL. p. 73-79; BRITO, José de Sousa e (1965) - Estudos para a Dogmática do Crime Omissivo. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 72-76

³ STRATENWERTH, Günter (2005) - Derecho Penal. Parte general I, El Hecho Punible. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Thomson Civitas, D.I. p. 381

⁴ No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, DP.PG, op. cit. p. 1061; LEITE, André Lamas, As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 38

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, DP.PG, op. cit. p. 1056

⁶ BELEZA, Tereza Pizarro (1999) - Direito Penal. Vol. II. Reimp. Lisboa: AAFDL. p. 450

⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (1986) - El Delito de Omisión, Concepto y Sistema. 1.ª edição. Barcelona: Bosch. p. 314

não se tratando de verdadeiros delitos de omissão, mas de próprios delitos de comissão, de acordo com o mesmo autor.⁸

Até os dias de hoje, a distinção entre omissão pura e omissão impura tem vindo a ser feita, normalmente, com base em três critérios: critério normológico, formal/tipológico e o tradicional. Contudo, apesar destes critérios de distinção existentes entre omissão pura e omissão impura, a doutrina está em sintonia quanto a necessidade de existir um especial dever de agir/posição de garante nos crimes omissivos impuros.

O primeiro critério, coube a Androulakis Nikolaos K., Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, München, Berlin: Beck, 1963,⁹ e tal como o nome indica, a distinção entre os dois tipos de omissão baseia-se na norma violada. Sendo que, constituirá uma omissão pura quando a norma violada seja preceptiva¹⁰ e uma omissão impura quando a norma violada seja proibitiva. Deste modo, nos crimes omissivos por comissão é violada indiretamente uma norma preceptiva, que resultará da conjugação de uma norma da parte especial com a cláusula geral, correspondente à existente no artigo 10.º do Código Penal Português.

Sem prejuízo de todas as críticas a este critério, a principal está ligada ao facto de que não foram estabelecidos os pressupostos que a norma proibitiva tem de conter para dizermos se estamos perante uma omissão pura ou impura.¹¹ Tornando o referido critério demasiado amplo.

O segundo critério é essencialmente da autoria de Armin Kaufmann, surgindo através do seu trabalho Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte.¹² Este critério tem como base a previsão expressa na norma. Ou seja, as omissões puras são encontradas expressamente na lei e as omissões impuras não. Contudo, as omissões impuras apesar de não constarem expressamente na lei são aptas a produzir o resultado previsto na norma da parte especial, impondo ao omitente o dever de evitar a produção de um resultado lesivo de bens jurídicos, o que implica que o mesmo esteja investido numa posição de garante, que abordaremos mais adiante. Como refere Maria de Saro Negrão, com base neste critério, tem se entendido que as omissões impuras são criadas pela jurisprudência e pela doutrina.¹³

⁸ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986) - Sobre a omissão impura no atual Código Penal Português e em especial sobre a fonte do dever que obriga a evitar o resultado. Lisboa. p. 16

⁹ LEITE, André Lamas, As "Posições de garantia" (...). op. cit. p. 52

¹⁰ Uma norma preceptiva é aquela que impõe um comportamento, uma conduta ou a prática de um ato.

¹¹ LEITE, André Lamas, As "Posições de garantia" (...). op. cit. p. 61

¹² APUD André Lamas Leite, As "Posições de garantia" (...). op. cit. p. 54 (Armin Kaufmann Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, reimpressão da edição de 1959, Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1988) Não tem traduzido para uma língua que percebamos.

¹³ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986) - Sobre a omissão impura (...), op. cit. p. 17

As principais críticas ao critério tipológico passam pela questão de poder ser possível coincidir a omissão pura e a omissão impura no mesmo grupo de delitos, quando ambos apresentam uma estrutura completamente diferente. A este critério passa ao lado o facto de que as omissões puras não podem ser praticadas por ação, ou seja, o delito correspondente da ação não existe. E que as omissões impuras necessitam de uma cláusula de equiparação à ação correspondente, podendo esta cláusula ser implícita ou explícita, quer se encontre na parte geral como na parte especial do Código Penal.¹⁴ Passando igualmente a ideia, no pensamento de Maria de Saro Negrão, de que as omissões impuras que estejam expressamente reguladas na lei, dando como exemplo o caso da ingerência, prevista no art.º 200.º, n.º 2 do Código Penal, seguem um regime diverso do das omissões puras.¹⁵

A nosso ver, este critério não poderia ser aplicado, pois consideramos que as omissões impuras têm lugar na letra da lei pois todos os delitos praticados por ação, por aplicação da cláusula geral da omissão, também o podem ser por omissão, seja ela pura ou impura. A diferença entre os tipos das duas formas de omissão, reside no facto de que as omissões puras aplicam se a tipos específicos, enquanto que as omissões impuras aplicam se, em regra, a todos os outros crimes de resultado da parte especial, salvo se for outra a intenção da lei. Visto deste modo podemos afirmar que, o âmbito de aplicação dos crimes omissivos impuros é maior que dos crimes de omissão pura.

Quanto ao terceiro critério, o crime de omissão pura se esgota na não realização da ação exigida pela norma legal, enquanto que o crime de omissão impura o omitente tem a obrigação de evitar o resultado lesivo de bens jurídicos. Ou seja, neste critério é feita uma relação entre os crimes de mera atividade ou crimes formais, que correspondem aos crimes de omissão pura e os crimes de resultado que correspondem aos crimes de omissão impura. Assim, podemos concluir que o que distingue crimes de omissão pura e crimes de omissão impura é que estes últimos estão causalmente ligados a um resultado.

É verdade que os crimes omissivos impuros não se encontram descritos em um tipo legal de crime, tornando se indispensável o recurso à clausula de equiparação contida no art.º 10.º.

¹⁴ ROXIN, Claus (1997) - Derecho Penal: Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Tomo II. Tradução da 1.º edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días e García Conlledo. Madrid: Civitas. p. 759 a 764 (não referimos a edição mais recente pois esta ainda não se encontra traduzida para nenhuma língua que entendamos); DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p.1065; NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986) - Sobre a omissão impura(...). op. cit. p. 17 e segs; BARROS, António Coelho de (Out. – Dez. 1983), Sobre os crimes omissivos, em especial o dever de agir nos crimes omissivos impróprios. in RJ, N.º 2. AAFDL. p.56

¹⁵ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro Negrão (1986) - Sobre a omissão impura (...), op. cit. p. 17; contudo, quanto a esta questão desenvolveremos a nossa opinião adiante.

O n.º2 do art.º 10º pressupõe dois elementos essenciais para estarmos perante a comissão por omissão: o resultado e o “dever jurídico que obriga pessoalmente a evitar o resultado”. Da análise de todos os critérios é evidente que, independente da distinção que se aplica, o omitente na omissão impura tem de estar investido de uma posição de garante para ser responsabilizado criminalmente.

É de salientar que Roxin, tem uma posição diferente quando se trata da distinção entre estes dois tipos de omissão, não concordando com nenhum dos critérios acima. Entendendo os crimes de omissão pura como aqueles que apenas podem ser praticados por comissão por omissão e os crimes de omissão impura que admitem a sua consumação através de um *facere* e de um *non-facere*.

Assim, para Roxin, nos crimes de omissão pura apenas encontramos uma obrigação do não fazer, a que corresponde uma moldura penal própria, sendo a sua principal característica o facto de não encontramos qualquer correspondência com os delitos praticados por ação. Não é o que sucede com os crimes de omissão impura, pois estes encontram a sua correspondência num tipo da parte especial, ou seja, num delito praticado por ação.¹⁶

Assim Roxin, afirma que o próprio legislador pode estabelecer “a igualdade entre ação e a omissão, num concreto tipo, quer através da cláusula do 13 do StGB¹⁷, quer por intermédio de uma expressa indicação uma expressa indicação, na PE¹⁸, de que o delito pode ser perpetrado por um *facere* e um *non facere*”.¹⁹

O critério tradicional é o que se mostra dominante na doutrina²⁰ e na nossa opinião, corretamente.

No nosso entendimento, o critério tradicional, dá mais certeza e segurança jurídica, pois vai de encontro com a nossa lei penal, pelo que será o critério aplicado no presente trabalho.

Desta forma, consideramos que a distinção entre os dois tipos de omissão reside no facto de que na omissão pura não se exige um resultado, ao contrário do que sucede

¹⁶ ROXIN, Claus - Direito Penal, Parte general. Tomo II. op. cit. p. 759

¹⁷ Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)

¹⁸ Parte especial

¹⁹ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p.55.; ROXIN, Claus - Direito Penal, Parte General. Tomo II. op. cit. p. 759. Entre nós, Jorge de Figueiredo Dias considera existirem situações subsumíveis a última modalidade referida, nos artigos. 224.º, n.º1, 367.º, 369.º, n.º1 do nosso Código Penal, situações em que é feita uma equiparação expressa da omissão à ação (DIAS, Jorge de Figueiredo, DP.PG. op. cit. p. 1065)

²⁰ Nesse sentido, LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 49; DIAS, Jorge de Figueiredo, DP.PG. op. cit. p. 1067 e 1068; NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986) - Sobre a omissão impura no atual Código Penal Português e em especial sobre a fonte do dever que obriga a evitar o resultado. In: RMP, 7, 25, 1986, p. 48; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2021) - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia Dos Direitos do Homem. 4.º edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa. p. 72; COSTA, José de Faria (2017) - Direito Penal. Lisboa: Imprensa Nacional. p. 489; BELEZA, Tereza Pizarro, Direito Penal. Vol. II, op. cit. p. 452 e 453

com as omissões impuras que estão causalmente ligadas a um resultado. Ou seja, na omissão pura não é relevante saber se a vítima sofreu ou não sofreu danos, daí a relação com os crimes formais. Do mesmo modo que, não há qualquer correspondência com um delito praticado por ação.²¹ Assim, referimos como tipos comuns da omissão pura o crime de omissão de auxílio (art.º 200.º, n.º1), omissão de denúncia (art.º 245.º) e violação da obrigação de alimentos (art.º 250.º).

Assim, tomando por referência o teor literal do art.º 10.º, n.º1 do Código Penal, serão crimes de omissão impura “todo e qualquer outro tipo legal de crime, descrito na lei somente como crime de ação, se ele “compreender um certo resultado” (homicídio, ofensa a integridade física, sequestro, burla, etc)”.²²

No dizer de José de Faria Costa, existem três eixos estruturantes no crime de omissão impura, dos quais: “a existência de um dever jurídico de impedir a ocorrência do resultado descrito no correspondente tipo comissivo; a capacidade de realizar a ação de evitação ordenada; a não realização da ação adequada a alcançar o pretendido efeito de salvaguarda do bem jurídico.”²³

Quando falamos da omissão impura, normalmente esta encaixa-se em todos os tipos de crime da parte especial, no entanto, exige-se um resultado, e o omitente/agente para que seja responsabilizado criminalmente tem de estar investido na obrigação de evitar o resultado, ou seja, tem de estar sobre uma posição de garante. Isto significa que as omissões impuras são tipos específicos, pois não é qualquer pessoa que se pode configurar como autor.

Assim, resultado e especial dever de agir são indispensáveis para afirmarmos a responsabilidade do omitente na omissão impura.

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p. 1068

²² BELEZA, Tereza Pizarro - Direito Penal, Vol. II, op. cit. p. 450

²³ COSTA, José de Faria - Direito Penal, op. cit. p. 492

2.1.1.1 Cláusula de equiparação

Exposto isto, e já discutidos os critérios de distinção da omissão pura e impura, em sequência da nossa posição a favor da doutrina que defende o critério tradicional, é importante que nos debrucemos sobre a questão da equiparação da omissão impura à ação, de uma forma isolada.

Como já referimos, a cláusula de equiparação da omissão à ação resulta do art.º 200º., n.º1, que refere que: “Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.” A questão da equiparação não surge quando nos referimos às omissões puras, isto porque estas já se encontram expressamente na lei. Deste modo, não precisamos recorrer à cláusula de equiparação para dar sentido à incriminação dos delitos de omissão pura. O tipo omissivo puro, por si só, dá resposta a sua incriminação. Ao contrário, consideramos que a questão da equiparação da omissão à ação surge apenas para os crimes omissivos impuros pois são estes que não encontram menção expressa na parte especial do Código Penal.²⁴

A primeira questão que se coloca na doutrina, intrínseca a equiparação, passa por saber se o delito omissivo impróprio é um tipo especial, tipo comum ou misto.

Armin Kaufmann considera que estamos perante um tipo especial, pois, a seu entender, os delitos de ação comportam a infração de um dever de não agir, enquanto os crimes omissivos impróprios tratam-se de um mandato de fazer algo, sendo que estes não se encontram na parte especial, tratam-se de normas precativas, ao passo que as primeiras são normas proibitivas, daí o “tipo especial”.²⁵

Aqueles que consideram que estamos perante um tipo comum, são aqueles que defendem que a omissão esta implícita nos tipos da parte especial do Código Penal, entre nós, Eduardo Correia²⁶ e Teresa Quintela de Brito²⁷. Esta autora considera que a equiparação deve ser feita primeiro através da análise do art.º 10º., n.º1, ou seja, quando a lei penal não tenha descrito a conduta típica em termos de incompatibilidade com o comportamento omissivo; e só depois é que se pode procurar o titular de um dever de garante, “cujo incumprimento seja equivalente à realização do tipo por ação”, ou seja, só passaremos para a análise do art.º 10º., n.º2, se da análise do art.º.10.º,

²⁴ STRATENWERTH, Günter (1982) - Derecho Penal: Parte general, I. El Hecho Punible. Tradução da 2.ª edição alemã (1976) de Gladys Romero. Caracas: Edersa. op. cit. p. 291

²⁵ APUD André Lamas Leite, As “Posições de garantia” (...). op. cit. 120 e 121

²⁶ No dizer de Eduardo Correia: “da norma que quer evitar um resultado nasce para todos não só a proibição das atividades que o produzem como também o comando de levar a cabo todas as atividades que obstam a sua produção” (CORREIA, Eduardo (1963) - Direito Criminal. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina. p. 301)

²⁷ BRITO, Teresa Quintela de (2000) - A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica. Coimbra: Coimbra Editora. p. 132 e segs.

n.º1 obtivermos conclusão em sentido positivo, de que há compatibilidade entre o comportamento ativo e omissivo.²⁸ De certa forma, esta autora não considera que a equiparação seja feita através de uma mútua conjugação entre os dois primeiros números do art.º 10º.

Contudo, o que é importante ter em consideração é que *facere* e *non facere* são duas formas distintas de realização típica do facto ilícito. Inclusive, o legislador viu a necessidade de acrescentar a cláusula geral da omissão na parte geral do Código Penal porque a parte especial apenas prevê a forma ativa de realização do facto ilícito. Ou seja, considerar que estamos perante um tipo comum nos delitos omissivos impróprios pode ir contra a intenção do legislador, inclusive é uma posição que torna a cláusula de equiparação desnecessária e coloca questões relacionadas com o princípio da legalidade.²⁹

O próprio conceito de “tipo comum” esquece o núcleo essencial da cláusula da equiparação, “uma vez que, de acordo com o princípio da legalidade, só uma norma contida na parte geral pode autorizar o intérprete e aplicador (sob pena de violar a proibição de analogia incriminadora art.º 1º., n.º3) a transformar um delito, concebido de forma soberana pelo legislador como de *facere*, em um crime comissivo por omissão.”³⁰

Outra parte da doutrina, ainda considera que não esta em causa uma verdadeira equiparação da omissão à ação, “mas antes uma extensão das normas incriminadoras de crimes de resultado sob a forma de comissão por ação aos correspondentes crimes de resultado cometidos por omissão por força da mencionada clausula”.³¹

André Lamas Leite e José de Faria Costa consideram que estamos perante um tipo composto, composto pelo tipo da parte especial conjugado com o art.º 10º. da parte geral.³² Sendo a equiparação da omissão à ação essencial, mas de forma lata e não total, devido a parte final do art.º 10.º, n.º1: “salvo se outra for a intenção da lei” e porque conduziria a um alargamento desproporcionado das condutas criminalmente puníveis.³³

Assim, Figueiredo Dias, com o qual concordamos, refere que a equiparação “far-se-á sempre que, através de uma autónoma valoração ético-social, se chegue à conclusão de que, no caso, o desvalor da omissão é semelhante ao da ação”, o que só acontecerá quando exista um especial dever de agir.³⁴

²⁸ BRITO, Teresa Quintela de - A tentativa nos crimes omissivos (...). op. cit. p. 132

²⁹ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 125

³⁰ Idem, p. 126

³¹ SOUSA, Ricardo Oliveira de, op. cit. p. 237

³² LEITE, André Lamas, As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 126

³³ Idem, p. 129 e 139

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo (1975) – Sumários. op. cit. p. 164; No mesmo sentido LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 136; RODRIGUES, Marta Filipa da Silva Felino (1997) - a teoria

Taipa de Carvalho considera que uma forma de resolver a questão da equiparação do art.º 10.º (quanto a dúvida inerente a própria cláusula geral de equiparação e a questão das lacunas de punibilidade dos casos de omissão merecedores de responsabilização jurídico-penal) seria através de “uma alteração substancial” do atual art.º 200.º que diz respeito ao crime de omissão de auxílio. Essa alteração que o autor propõe seria no sentido de estender a tutela penal, ou seja, estender os bens jurídicos protegidos, como aos bens patrimoniais de valor elevado ou aos de valor consideravelmente elevado; alteração ao limite máximo da pena, elevando-o; e até substituindo a expressão “deixar de lhe prestar o auxílio necessário” pela fórmula “não praticar a ação necessária.”³⁵ Assim, o dever de auxílio, nas situações de perigo para bens jurídicos “importantes (em geral, ou só para os que o legislador mencionasse), pessoais ou patrimoniais, recairia sobre toda e qualquer pessoa”,³⁶ sem prejuízo da análise feita pelo Tribunal na determinação da medida concreta da pena.

A tudo isto, acrescentamos os pressupostos definidos por Ricardo Oliveira de Sousa para que haja equiparação, dos quais: “o preenchimento de um tipo legal de crime previsto na parte especial; que esse delito seja de resultado; que não resulte da lei a insusceptibilidade de o crime ser cometido por omissão; e que exista uma ligação do agente ao bem jurídico protegido”.³⁷

Importante sublinhar que, da ressalva do art.º 10.º, n.º 1, existem exceções à equiparação, o que vai de acordo com o que André Lamas Leite e José de Faria Costa sustentam, ou seja, a equiparação não é total. A questão agora aqui que se coloca é, no seu essencial, se a ressalva diz respeito aos crimes de resultado ou não.

Uma parte da doutrina, como Maria de Saro Negrão, que considera que o n.º 1 do artigo 10.º pressupõe “uma certa correspondência com a própria realização do tipo legal mediante um fazer ativo”, ou seja, ficam de fora da equiparação as situações em que os delitos ativos da parte especial afastam a própria realização do facto típico por omissão, que é o caso dos crimes de execução vinculada (como é o caso “da maioria dos crimes sexuais, das ofensas corporais com dolo de perigo, participação em rixa, entre outros”).³⁸

penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs, Faculdade de Direito da universidade de Lisboa. ano letivo 1996/1997. p. 10; Damião da Cunha considera que a equiparação da omissão à ação deve ser feita com base na existência de um dever e não através da distinção entre energia e não dispêndio de energia, entre fazer e não fazer (CUNHA, José M. Damião da. op. cit. p. 538); Paulo Pinto de Albuquerque acrescenta que a equiparação é feita por uma tripla via: pela via da própria clausula de equiparação, pela via da intenção da lei incriminadora da parte especial, como limite ao funcionamento da cláusula de equiparação, e por outro ainda, pela via do dever de garante (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. op. cit. p.72)

³⁵ CARVALHO, Américo Taipa de. op. cit. p. 559 e 560

³⁶ Idem, p. 560

³⁷ SOUSA, Ricardo Oliveira de. op. cit. p. 268

³⁸ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986) - Sobre a omissão impura (...), op. cit. p. 22; No mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, op. cit. p. 72; SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do

Outra parte da doutrina, como José de Faria Costa e André Lamas Leite, considera que o n.º 1 do art.º 10.º aplica-se a todos os crimes de resultado, inclusive aos crimes de execução vinculada. O primeiro autor ainda sustenta que a ressalva existe para que o intérprete ou julgador tenha sempre em atenção o efeito útil, dando primazia a compreensão do âmbito da proteção da norma incriminadora.³⁹

Concluindo, consideramos que aceitar que a realização do facto ilícito por omissão esteja implícita nos delitos ativos, parece-nos estender em demasia o princípio da legalidade e inclusive “desprezar” a cláusula geral da omissão plasmada na parte geral do nosso Código Penal. Inclusive, consideramos que é a própria cláusula de equiparação a base para que não seja violado o princípio da legalidade.

Supremo Tribunal de 27-11-2013, processo n.º 37/12.7JACBR.C1. S1. *Acórdãos STJ* [em linha]. Relator Santos Cabral. Coimbra: DGSI, 2013. [Consult. Julho 2023]. Disponível em <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9e480c071dd2e58880257cd7004eed1f?OpenDocument&Highlight=0,37%2F12>>. que refere: “(...) A primeira circunscreve-se à ideia de que a equiparação não se verificará se for outra a intenção da lei, o que sucede nos casos de crimes de execução vinculada ou em que o legislador relaciona a censurabilidade da ação com essa forma vinculada de execução (...)”

³⁹ COSTA, José de Faria (1996) - Omissão (reflexões em redor da omissão imprópria.) In: BFDUC. LXXII. p. 396

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão: posições de monopólio

3. Omissão Impura. Fontes da posição de garante

Para que o Direito Penal conseguisse responder à questão da posição de garante, de modo que garantisse a concordância prática entre o que a lei penal estabelece na parte geral e os tipos que encontramos na parte especial, cabe à doutrina e à jurisprudência ajudar a determinar quais as posições de garante. Assim, quando falamos de garante, falamos do garante da não produção do resultado, do facto típico.⁴⁰

Deste modo, foram criadas as designadas fontes formais e mais tarde, as fontes materiais do dever de garante, que trataremos nos capítulos seguintes.

Ou seja, as fontes do dever de garante foram criadas para determinar quando é que surge para o omitente a obrigação de evitar o resultado. A obrigação do omitente tem de ser pessoal, dizer respeito aquela pessoa. Deste modo, é limitado o número de agentes que podem ser responsabilizados criminalmente por este tipo de omissão. Se assim não fosse, permitiríamos que “toda a gente começaria a imiscuir-se na vida e nos negócios alheios, receando que, de outra forma, lhe pudessem ser imputadas omissões”.⁴¹

3.1 Teorias formais

Primeiramente, foram criadas as fontes formais do dever de garante, fruto do pensamento positivista e naturalista dominante até ao princípio do século XX. Esta teoria formal/tradicional do dever de garante foi fundada por FEUERBACH⁴², que enunciava como fontes formais da posição de garante a lei e o contrato. Mais tarde, Stüber acrescentou a ingerência⁴³, normalmente designada por um comportamento prévio perigoso, ou seja, aquele que cria um perigo para o bem jurídico de terceiro é garante de evitar o resultado a lesão a esse bem jurídico. Quanto a lei, sempre que a mesma constituísse, expressamente, alguém como responsável pela salvaguarda de bens jurídicos alheios, verificados os demais requisitos, afirmar-se ia a posição de garante, caso típico do dever de cooperação e assistência dos cônjuges (artigos. 1672.º, 1674.º e 1675.º, do Código Civil) ou entre os pais e filhos (artigos. 1874.º, n.º1 e 1878.º, n.º1, do Código Civil)⁴⁴. Em relação ao contrato, mediante a celebração de negócio jurídico bilateral alguém podia passar a titular de uma posição de garante. Típico caso

⁴⁰ BELEZA, Tereza Pizarro - Direito Penal. Vol. II. op. cit. p. 484

⁴¹ Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal (1965). Parte Geral. Vol. I. Lisboa, p. 106

⁴² SANTOS, André Gonçalo Ferreira de Pinho Teixeira dos (2004) - O dever de agir nos crimes omissivos impróprios: Breve análise crítica de alguns casos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XLV – Números 1 e 2. Lisboa: Coimbra Editora. p. 107

⁴³ Idem, p. 107 a 109

⁴⁴ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 153

da baby-sitter que assume o cargo de cuidar de uma criança ou daquele que é contratado para guiar um cego.⁴⁵

E a partir da terceira década do século XX, de modo consensual, foram acrescentadas as situações de comunidade de vida e de perigos.⁴⁶

Apesar de as fontes formais serem rigorosas e precisas estas foram aceites durante muito tempo e só substituídas quando o pensamento positivista e naturalista fora substituído pela orientação neokantiana. A verdade é que, considerava-se que o tríptico dava mais certeza e segurança jurídica, respeito pelas garantias dos cidadãos e a paz jurídica comunitária inerente ao princípio *nullum crimen sine lege*.⁴⁷ Ao qual, na realidade, nas palavras de Figueiredo Dias, veio se revelar “profundamente ilusória a certeza e a segurança – e a própria clareza – que esta teoria proporcionava”.⁴⁸

Contudo, as fontes formais do dever de garante mostraram-se insuficientes, não abarcando determinadas situações em que o omitente claramente era investido de uma obrigação de evitar o resultado, no entanto, essas situações pelas suas características não encaixariam em nenhuma das fontes do tríptico. Exemplo típico é o da baby-sitter que contratada pelos pais de uma criança para que fique com a mesma entre as 18 horas até as 23 horas, não chegando os pais às 23 horas, a baby-sitter vai embora, deixando a criança sozinha em casa, sendo que a mesma acaba por ter um acidente nas escadas, ferindo-se gravemente. Nesta situação, de acordo com as fontes formais, apesar de estarmos perante um contrato, celebrado entre a baby-sitter e os pais da criança, pelo facto de o mesmo ter sido estabelecido apenas para as 23 horas, seria dado por terminado o vínculo jurídico, não tendo mais a baby-sitter qualquer tipo de obrigação.

No entanto, percebemos a radicalidade deste raciocínio. Pois é de se reconhecer que a baby-sitter tem o dever de proteger a criança até os pais chegarem, sob pena de desrespeitar o princípio da boa-fé a que fica adstrita aquando da celebração do contrato. Como também, temos de ter presente que para além da obrigação principal existente

⁴⁵ Idem, p. 157

⁴⁶ A comunidade de perigo diz respeito as situações em que um grupo de pessoas decide praticar uma atividade perigosa no pressuposto de que caso alguma esteja em perigo, as restantes pessoas do grupo irão ajudar (caso típico dos alpinistas). Welzel refere ainda que esta posição de garante esta relacionada com a ingerência, pois por um lado fala-se de uma garantia de proteção assumida reciprocamente e por outro, de uma “conceção de monopólio”, ou seja, de uma dependência de ajuda mútua (WELZEL, Hans (1970) - Derecho Penal Aleman: Parte General. tradução por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11. º edição. 4. º edição castellana. Santiago de Chile: Editorial Jurídica. p. 258)

⁴⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. DP.PG, op. cit. p. 1088

⁴⁸ Idem, p.1089

na celebração de um contrato, o mesmo também é dotado de obrigações acessórias, como estabelece o n.º 2 do artigo 762.º do Código Civil.⁴⁹

Em relação a ingerência, a mesma suscitou muitas dúvidas no meio da doutrina quanto à sua admissibilidade.

Um dos casos referenciados é de A, que sem saber nem podendo prever que B se encontrava dentro de sua casa, fecha a porta, omitindo libertar B, quando mais tarde se apercebe das consequências de ter fechado a porta. Neste caso podemos afirmar que o fechar a porta de casa não é um ato ilícito, nem tão pouco podemos afirmar que há dolo ou negligência. Welzel e Jescheck são da opinião de que estamos perante um crime de sequestro doloso praticado por comissão por omissão.⁵⁰

Se o comportamento de A, de fechar a porta e deixar B privado da sua liberdade, gerou consequências, a nosso entender, não há dúvidas que estamos perante um comportamento prévio perigoso. No entanto, não consideramos que seja num sentido relevante para o Direito Penal, ou seja, não estamos perante uma ação jurídico-penalmente relevante, resolveríamos a questão logo no elemento do crime ação ou ação típica por não preencher os requisitos necessários para a sua existência.

Mesmo que pudéssemos considerar a opinião de Welzel e Jescheck e admitindo que estaríamos perante um crime praticado por comissão por omissão, este nunca seria na forma dolosa, mas mais perto seria da forma negligente. Contudo, como o nosso Código Penal no artigo 158.º não prevê a forma negligente, A não seria jurídico-penalmente responsabilizado.

Exposto isto, de forma breve, podemos concluir que apesar de a teoria formal procurar o seu fundamento naquilo que retiramos da própria lei, as fontes da posição de garante mostraram-se por um lado insuficientes e por outro, demasiado vastas. Não abarcando situações que por simples lógica deveria abarcar e abarcando outras situações que conduziram a consequências demasiado radicais.

Na realidade, no dizer de Figueiredo Dias, e como já referido, a certeza, segurança e a clareza da teoria formal, aquilo a que a doutrina na altura agarrava-se para defender esta teoria, demonstraram-se “profundamente ilusórias”.⁵¹ De forma sucinta, seguindo o raciocínio do mesmo autor, quanto a questão da lei levantava-se problemas sempre que

⁴⁹ Günter Stratenwerth considera que para que das obrigações acessórias surja um especial dever de agir, é necessário que exista um vínculo especialmente intenso entre as partes contratantes (STRATENWERTH, Günter. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. op. cit. p. 387)

⁵⁰ SANTOS, André Gonçalo Dos, op. cit. p. 118

⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo Dias - DP.PG, op. cit. p. 1089

a posição de garante decorre de lei extrapenal; quanto ao contrato não é pelo facto de estarmos perante um, que automaticamente haverá posição de garante (por exemplo, caso de um técnico de paraquedismo que se compromete a determinada hora encontrar-se com os seus clientes para sessão de paraquedismo, não comparecendo, não é responsabilizado criminalmente, por omissão impura, de qualquer lesão aos bens jurídicos dos clientes, que sem o mesmo, decidiram fazer paraquedismo) nem quando perante um contrato celebrado invalidamente estará extinta a posição de garante (caso típico da baby-sitter já mencionado acima); na ingerência este critério não é claro quanto aos requisitos que deve revestir um comportamento prévio para que se encaixe na mesma e na comunidade de vida e de perigos não se consegue distinguir quais os requisitos necessários para tornar deveres morais ou sociais em deveres jurídicos.⁵²

Deste modo, concordamos com Figueiredo Dias quando defende que o tríptico do critério formal não deve ser visto como “fonte” do dever de garante, mas apenas como “planos em que [a proximidade sócia existencial fundamentadora do dever] se deve refletir por homenagem às exigências [de certeza e segurança jurídica]”⁵³. Ou seja, “planos” que nos ajudam a analisar a relação de proximidade existencial dos dois grupos apresentados por Armin Kaufmann, que iremos aprofundar no próximo ponto. André Lamas Leite segue o mesmo entendimento, referindo que estes mesmos “planos” devem ser “meros recetáculos de valoração, mas nunca um catálogo fechado de posições de garante”, ou seja, de modo que haja sempre uma relação entre certos bens jurídicos e a determinadas fontes de perigo.⁵⁴

3.2 Teorias materiais

3.2.1 Doutrina das funções

Ao contrário das fontes formais do dever de garante que são focadas em estabelecer as fontes jurídicas do especial dever de agir, as fontes funcionais procuram a posição de garante através de fontes materiais, ou seja, através da relação material entre o agente e o bem jurídico tutelado.⁵⁵

Armin Kaufmann foi o primeiro autor que tentou fundamentar a insuficiência do critério formal na determinação de uma posição de garante. Procurou estabelecer as fontes da posição de garante através da relação pessoal do omitente para com a situação concreta do bem jurídico que se encontra em perigo. Será importante determinar que

⁵² Idem, p. 1089 e 1090

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo (1975) - Direito Penal: Sumários. p. 166 e 167

⁵⁴ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 168

⁵⁵ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 125

laços tem o omitente com certo bem jurídico que o tornem garante da não produção de um resultado. Assim, o especial dever de agir é analisado caso a caso, é *intuitu persone*. Deste modo, continuará a existir recurso à lei, mas um recurso mediato, “como que para atribuir apenas expressão jurídica ao que materialmente é determinado”⁵⁶, no dizer de Maria de Saro Negrão.

Desta forma, nos aproximamos mais com o estabelecido no art.º 10.º, n.º 2 da parte geral do Código Penal, que refere expressamente que sobre o omitente tem de recair um dever jurídico que o obrigue pessoalmente a evitar o resultado.

Armin Kaufmann ao estabelecer as fontes materiais do dever de garante começou por individualizá-las em dois grandes grupos: o dever de vigiar um determinado bem jurídico, independentemente da fonte de perigo (“deveres especiais de proteção para com determinados bens jurídicos”) e o dever de vigiar uma determinada fonte de perigo independentemente do titular do bem jurídico (“responsabilidade por determinadas fontes de perigo”).⁵⁷

Quanto ao primeiro grupo este seria constituído por deveres de solidariedade natural (para com o titular do bem jurídico), as estreitas relações de comunidade e os deveres de assunção de custódia. Este primeiro grupo está ele todo relacionado com os deveres de proteção ou assistência, em que se apresenta uma relação de dependência entre o titular do bem e o omitente ou pelo facto de que o titular do bem jurídico ter assumido riscos mais elevados, por ter confiado na intervenção do garante em que caso de necessidade.

Quanto a solidariedade natural esta baseia-se num vínculo jurídico, referindo-se à relação entre pais e filhos e entre cônjuges. São situações em que o omitente assume o encargo de evitar a produção do resultado. A estreita relação de comunidade abarcaria as designadas “comunidades de riscos”, a convivência análoga à dos cônjuges e as relações de assistência, assentariam na confiança recíproca entre os sujeitos. A assunção voluntária de deveres de custódia diz respeito ao “contrato” da formulação tradicional, mas isolando as questões de Direito Civil a ele subjacentes, não sendo relevantes questões relacionadas com eventuais vícios do contrato, pois, existindo, o mesmo não extingue o respetivo dever jurídico de garante.⁵⁸

Quanto ao segundo grupo criado por Armin Kaufmann, estaria constituído pelos deveres de garante por uma ação perigosa prévia, deveres para a vigilância de fontes de perigo

⁵⁶ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986) – Sobre a omissão impura no atual código penal português e em especial sobre a fonte do dever que obriga a evitar o resultado. in: RMP, 7, 26. p. 582

⁵⁷ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986), Sobre a omissão impura (...). op. cit. p.46

⁵⁸ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 169 a 171

e deveres fundados na responsabilidade do agente face a terceiros.⁵⁹ Quanto a estes últimos deveres, o dever de garante existiria independentemente de um atuar precedente ou de uma assunção voluntária da posição de garante.⁶⁰ As fontes do segundo grupo dizem respeito ao dever de evitar a produção do resultado que foi criado por uma determinada fonte de perigo. O dever de garante por uma ação prévia perigosa, corresponde a ingerência, ou seja, falamos de um comportamento prévio perigoso, que tem por base a proibição de lesar outros. Deveres para a vigilância de fontes de perigo pensa-se no progenitor que tem de ter em atenção aos perigos que o seu filho pode causar, ou até mesmo de uma professora face a conduta dos seus alunos. Pois aqui surge o dever de controlar a atuação de terceiros que o garante tem de vigiar por ter autoridade ou dever de vigilância sobre os segundos. Quanto a última fonte, refere-se ao domínio que o garante tem, por exemplo, face a determinado espaço, objetos, animais, instalações ou máquinas, exemplo típico é o do proprietário de um estádio face aos seus espectadores ou de um proprietário de uma fábrica em relação aos produtos postos no mercado.

André Lamas Leite refere que a grande crítica feita a teoria das funções de Armin Kaufmann relaciona-se com o “esvanecer da distinção entre deveres de assistência ou proteção e deveres de controlo”, demonstrando, na prática, a dificuldade de os distinguir. Recorrendo ao exemplo do nadador-salvador, o mesmo é garante em virtude de um dever de proteção ou em função de um dever de controlo e vigilância? O mesmo autor responde a questão dizendo que o nadador salvador é garante de dever de cuidado, enquadrando-se, como garante, no primeiro grupo orientado por Armin Kaufmann, visto que um salva-vidas não tem domínio sobre qualquer fonte de perigo.⁶¹

Nós concordamos com a conclusão de André Lamas Leite, no entanto, não nos parece que a crítica em questão tenha algum fundo. Pois nas situações em que não seja possível distinguir, na prática, se estamos perante um ou outro, é perfeitamente possível que perante uma determinada situação a mesma se encaixe em mais do que uma fonte do especial dever de agir.

Wessels vai de acordo com o pensamento de Kaufmann, pois defende que as posições de garante têm na sua base deveres especiais de proteção para com determinados bens jurídicos derivados de preceitos jurídicos especiais, de determinadas relações de vida ou de perigo e da aceitação fáctica de deveres de proteção e assistência, como também adviria da responsabilidade por determinadas fontes de perigo.⁶²

⁵⁹ Idem, p. 169

⁶⁰ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 127

⁶¹ LEITE, André Lamas. As “Posições de garantia” (...). op. cit. p.170 e 171

⁶² SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p.126

3.2.2 Outras doutrinas quanto às fontes da posição de garante

Para além da teoria das funções elaborada por Armin Kaufmann, é importante referir que outra parte da doutrina também se dedicou em encontrar o que esta na base da determinação das posições de garante, com base num critério material, as quais nos debrucemos em seguida.

Começando pela teoria do domínio, em que se destaca a conceção de Schünemann, também designada por doutrina material de Schünemann, parte do pensamento de que só é possível equiparar a omissão à ação quando for possível a “analogia entre o delito comissivo por ação e por omissão”, de modo a salvaguardar a certeza e segurança jurídica.⁶³ Assim, o essencial está em saber se existe ou não o “vínculo entre o corpo do autor (omitente) e a ação (o movimento corporal)”.⁶⁴ O mesmo encara como critério central da determinação das posições de garante o “domínio sobre o motivo do resultado”. Ou seja, o que importa é que o omitente tenha o domínio do facto da mesma forma que o autor tem quando perante delito praticado por ação.⁶⁵

Este critério é dividido em dois: “relações de guarda pelo desamparo do bem jurídico” e em “domínio material sobre o foco dos perigos”.⁶⁶ É um critério muito semelhante ao da doutrina das funções. Contudo, uma das diferenças entre elas está no facto de que a doutrina de Schünemann nega a ingerência como posição de garante pois falha na ingerência o domínio atual.

André Lamas Leite, ao lado da teoria do domínio refere a teoria da dependência, por considerar que ambas, apesar de serem distintas, deviam ser consideradas em conjunto. Isto porque, a teoria do domínio apenas olha para a posição do omitente enquanto que a teoria da dependência diz respeito a posição da vítima. Sendo que, de modo a afirmar o dever de garante do omitente é importante considerar não só a posição do mesmo, como também a do sujeito que carece de intervenção.⁶⁷ A teoria da dependência tem por base a quebra da relação de confiança que existe entre a vítima e o omitente, assim, sempre que o agente, através de uma ação prévia, não impedisse o resultado poderíamos afirmar uma posição de garante.⁶⁸

As críticas que são feitas as duas teorias são essencialmente as mesmas.

Uma das críticas passa pelo facto de que cada uma delas apenas se foca numa das posições dos intervenientes, omitente e vítima, ou seja, a análise da posição de garante

⁶³ Idem, p. 175

⁶⁴ Idem, ibidem

⁶⁵ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p.128

⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p.1091

⁶⁷ LEITE, André Lamas, As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 172 a 177

⁶⁸ LEITE, André Lamas, As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 172

é feita de modo unilateral, ao invés de ser feita em conjunto.⁶⁹ Outra esta ligada com o facto de as mesmas ampliarem em demasia a responsabilidade penal do obrigado, conduzindo “a uma excessiva imputação de resultados à conduta negativa do obrigado.”⁷⁰ Assim, no caso da teoria da dependência, devido a relação de confiança todos que estejam em condições de evitar o resultado, seriam punidos da mesma forma.⁷¹

A doutrina da proximidade existencial, defendida por Vogt e Androulakis, é baseada na “proximidade social” ou na “relação social estreita” com o bem jurídico em perigo e é bastante semelhante a teoria da dependência e do domínio. Vogt considera como fontes da posição de garante o “casamento, a família, a ligação sanguínea próxima, a comunidade doméstica e outras comunidades estreitas de vida, a profissão e as relações económicas de confiança.”⁷² Todas estas têm por base a relação, supostamente estreita, entre a vítima e o omitente, distanciando-se da doutrina das funções por excluir no seu entendimento outras realidades suscetíveis de gerar um dever jurídico que pessoalmente obrigue o agente a praticar a ação adequada, como o contrato e a ingerência, por exemplo.

Androulakis é menos concreto na sua formulação, mas seguindo igualmente o critério da “proximidade social” defende que para além da proximidade do agente face ao bem jurídico, só se pode afirmar uma posição de garante “se a tanto conduzirem as conceções sociais reinantes.”⁷³

A estas teorias ainda se acrescenta a teoria unitária da posição de garante ou teoria sistémico-funcionalista de Jakobs.⁷⁴

Esta teoria tem por base o facto de o autor considerar que não existe uma verdadeira distinção entre ação e omissão, na medida em que “a diferença natural entre as duas formas exteriores de conduta não corresponde uma relevância jurídica.”⁷⁵ Assim, o fundamento da responsabilidade jurídico-penal num crime de ação é o mesmo que no crime de omissão, que é o respeitar os outros na configuração do próprio círculo da

⁶⁹ Idem, p.176

⁷⁰ Idem, p. ibidem

⁷¹ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 173

⁷² Idem, 171

⁷³ Apud LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 171 (Androulakis, Nikolaos K. (1963) - Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte. München. Berlin: Beck. O manual não tem traduzido para nenhuma língua que entendamos)

⁷⁴ Como assim a designa André Lamas Leite, pelo facto do conceito de crime de Jakobs se demonstrar extremamente normativo (LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 177-191)

⁷⁵ RODRIGUES, Maria Filipa da Silva Felino. op. cit. p. 33

organização⁷⁶. Deste modo, podemos concluir que este autor afasta a necessidade de determinar quando há equiparação da omissão à ação.

Assim, de acordo com esta teoria a responsabilidade jurídico-penal assentaria em dois fundamentos: na violação das regras do “status geral” e na violação de “deveres de “status especial”. No primeiro fundamento falamos dos chamados “deveres por força de competências de uma organização”⁷⁷, ou seja, baseia-se na ideia de que cada um tem de cuidar do seu círculo de organização para que ninguém sofra danos.⁷⁸ Assim, o comportamento dos indivíduos tem de se manter dentro do risco permitido, não podendo adotar condutas arriscadas. Este primeiro fundamento das posições de garante, no seu essencial, corresponde ao domínio material sobre a fonte de perigo de Schünemann e a posição de controlo das fontes de perigo da teoria das funções.⁷⁹ Já o segundo fundamento estaria relacionado com os deveres decorrentes da qualidade ou da função que esse indivíduo desempenha, os “deveres por força de uma competência institucional”⁸⁰, que tem um ponto de partida plenamente normativo.⁸¹ Assim, uma mãe que deixasse o seu filho recém-nascido morrer à fome seria responsável pela violação do seu dever que advém do seu “status especial”.⁸²

Para este autor, só existe posição de garante no que diz respeito “aos efeitos malignos das respetivas organizações e não no que concerne aos outputs imputáveis a outras esferas organizativas.”⁸³

Uma das principais críticas feitas a Jakobs prende-se com o “caso do médico”: “um médico que trabalha num hospital numa determinada especialidade, fora do seu horário de trabalho, apercebe-se que, num quarto de outra especialidade, a máquina cardiopulmonar que mantém um doente vivo se encontra desligada. Sabendo ligá-la não o fez e o doente vem a morrer.”⁸⁴ Nesta situação, para Jakobs, não haveria qualquer responsabilidade penal ou posição de garante para o médico, pois trata-se de um acontecimento que não faz parte da sua esfera organizativa, não estando o mesmo a violar qualquer dever pertencente ao seu “status especial.”⁸⁵ De igual modo, para o mesmo autor, seria irrelevante se a conduta do médico se traduzisse na ação de desligar a máquina ou na omissão de não voltar a ligá-la, encontrando-se a mesma desligada. É evidente que uma solução como esta não parece ter qualquer relação com um sistema

⁷⁶ Idem, p. 34

⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p. 1091

⁷⁸ ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte General. Tomo II. op. cit. p. 854

⁷⁹ Idem, ibidem

⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, DP.PG, op. cit. p. 1091

⁸¹ ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte general. Tomo II. op. cit. p. 854

⁸² SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p.128

⁸³ RODRIGUES, Maria Filipa da Silva Felino. op. cit. p. 35

⁸⁴ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p.130

⁸⁵ Idem, ibidem

penal que preza pela salvaguarda dos direitos dos cidadãos. Pois tanto a ação como a omissão referida infra seriam puníveis⁸⁶, sem excluir o facto de que a ação seria punida mais severamente. Inclusive, basta-nos o senso comum, para percebermos que a conduta do médico, mesmo através da sua *leges artis*, não só é anti-moral, mas pela profissão que desempenha consubstancia uma posição de garante, nomeadamente a assunção voluntária de deveres de custódia.

Apesar desta crítica fundamental, a teoria de Jakobs, de um modo geral, não diverge muito da teoria das funções de Armin Kaufmann, pois no primeiro fundamento encaixam-se: a ingerência, deveres de segurança do tráfego e a aceitação de deveres e no segundo, as relações entre pais e filhos, cônjuges, relações de confiança e deveres elementares dos funcionários.⁸⁷ No entanto, os detalhes desta teoria torna-a inaplicável, não só tendo em conta o “caso do médico”, mas também pelo fato de não ser uma teoria precisa, o autor não define quais os critérios para estarmos perante os deveres dos indivíduos, ou seja, quando é que aquela conduta está ou não dentro da esfera organizacional do indivíduo.⁸⁸

3.3 Teoria material-formal

A maior parte da doutrina,⁸⁹ considera que a concretização dos deveres de garantia deve ser alcançada através da conjugação do proposto pela teoria material e formal. Pois são do entender que a teoria material é a que dá a resposta mais adequada na determinação das fontes do especial dever de agir, no entanto não pode a mesma prescindir do tríptico da teoria formal/tradicional. De qualquer modo, é possível encontrar lei, contrato e ingerência no critério material elaborado por Armin Kaufmann.

A teoria material procura as fontes da posição de garante através do sentido social das mesmas, no entanto, como refere Jescheck, não é possível prescindir da teoria formal porque recorrendo apenas a teoria material para determinação das fontes do especial

⁸⁶ No mesmo sentido, RODRIGUES, Maria Filipa da Silva Felino, op. cit. p. 49; PALMA, Maria Fernanda (1999) - A teoria do crime como teoria da decisão penal (reflexões sobre o método e o ensino do direito penal). In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. A.9. Fasc. 4. 0871- 8563. Coimbra Editora. p. 560; André Gonçalo dos Santos entende que estamos perante uma situação subsumível ao art.º 284.º, não havendo lugar a posição de garante (SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 131)

⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1091

⁸⁸ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p.130

⁸⁹ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p.192 e segs; DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1092; JESCHECK, Hans- Heinrich (1978) - Tratado de Derecho Penal: Parte general Tradução por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Vol. 2. Barcelona: Bosch. p. 856; José de Faria Costa também nos parece a favor de uma teoria material-formal (COSTA, José de Faria - Direito Criminal. op. cit. p. 497 e segs); TAVARES, Juarez (2012) - Teoria dos Crimes Omissivos. São Paulo: Marcial Pons. p. 319; ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte General. Tomo II. op. cit. p. 857 e segs

dever de agir, conduzir-nos-ia a uma extensão excessiva.⁹⁰ Ou seja, não seria tão limitado o círculo de autores que podem ser responsabilizados por uma omissão impura. É importante salientar que é indiscutível o facto de que do costume não resultam posições de garante. E que o nosso n.º 1 do artigo 10.º é claro quando refere que a posição de garante tem de surgir de um “dever jurídico”, assim, a obrigação não terá de constar expressamente da lei, desde que se possa afirmar à luz do direito a posição de garante.⁹¹ Sendo que, deste modo, não é possível que as posições de garante surjam com base em deveres morais, o que vai contra o que a própria lei estabelece.

Para Figueiredo Dias, com o qual concordamos, a determinação das fontes do especial dever de agir “reside em algo muito mais profundo”, nomeadamente nas “exigências de solidariedade do homem para com os outros homens da comunidade”. Baseando-se no princípio do “ser-com-os-outros” e “ser-para-os-outros”.⁹²

Desta forma, esta teoria tem por base a teoria material como a formal, por considerar que o critério material não pode funcionar como “exclusivo” na descoberta dos deveres de garante e por isso tem de ser articulado com as finalidades do ordenamento jurídico, nomeadamente quanto a Constituição da República Portuguesa e pelo legislador ordinário.⁹³

Jescheck seguidor de uma teoria material-formal e no seguimento do entendimento de Armin Kaufmann, defende a procura de um critério que englobe num só as características da posição formal e da material, considerando que ter em conta apenas a material suscitaria riscos, sendo necessário ter em consideração as fontes do sentido social dos diversos deveres.⁹⁴

Assim, do mesmo modo que Kaufmann, Jescheck e grande parte da doutrina consideram que a posição de garante advém de dois grupos de deveres, o de proteção de determinados bens jurídicos e o da responsabilidade das fontes de perigo.

O nosso entender vai de acordo com o pensamento destes autores pois como referido infra, a teoria formal, por si só, conduz-nos a soluções que na prática não parecem viáveis e, por vezes, nem respeitadoras do princípio da subsidiariedade do Direito Penal, como sucede com os exemplos dados atrás no âmbito deste trabalho em consequência da aplicação do tríptico.

Por outro lado, é importante reconhecermos que o critério material, por si só, pode conduzir a violação do princípio da legalidade. Ou seja, como sabido este princípio é

⁹⁰ JESCHECK, Hans- Heinrich - Tratado de Derecho Penal. Vol.2. op. cit. p. 856

⁹¹ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 195 a 197

⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1092

⁹³ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 192 e 193

⁹⁴ JESCHECK, Hans- Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Vol.2, op. cit. p. 854

condutor do nosso sistema jurídico-penal, consagrado no art.º 20.º, n.º 1 na Constituição da República portuguesa, que essencialmente estabelece que não há crime nem pena sem lei (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”). A lei a que nos referimos tem de ser prévia, escrita, estrita e certa. Contudo, já nos debruçaremos sobre esta questão nos capítulos seguintes.

3.3.1 Divergências doutrinárias das fontes da posição de garante

Chegados até aqui, como já referido, a teoria material-formal é a que a doutrina maioritariamente adota, a nosso entender corretamente, e por essa razão dedicaremos este capítulo as fontes do especial dever de agir que se inserem nesta teoria, com base nos dois grupos elaborados por Kaufmann, onde trataremos essencialmente das divergências doutrinárias subjacentes as mesmas.

De igual modo, é importante referir que neste capítulo seguiremos a estrutura apresentada pelo Professor Figueiredo Dias, no seu manual Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime, 3ª edição.

3.3.1.1 Primeiro grupo: Dever de vigiar um titular de um bem jurídico, independentemente da fonte de perigo

Este grupo, como já referido, diz respeito aos deveres de proteção e assistência a um bem jurídico carecido de amparo. Assim, requisito necessário para que estejamos perante um especial dever de agir é a existência de uma relação fáctica,⁹⁵ de uma situação real de dependência entre o omitente (aquele sobre quem a lei faz recair o dever de garante) e o bem jurídico lesado pelo resultado. Neste primeiro grupo, a vítima, muitas vezes, assume riscos mais elevados devido a confiança que deposita no omitente, de que, em caso de perigo este vai intervir, renunciando a outras medidas de proteção.

Nestes termos, não pode o dever especial de agir fundar-se numa qualquer e eventual prescrição legal, temos de estar perante, *in casu*, uma relação fáctica que seja capaz de fundamentar o especial dever de agir.⁹⁶

⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p. 1093; LEITE André Lamas, As “Posições de Garantia” (...), op. cit. p. 203; noutro sentido: CUNHA, José M. Damião da. op. cit. p. 500 e 501, que considera que mais do que a relação fáctica de confiança deve ser determinante a confiança institucional e formalmente tutelada.

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p.1093

Exposto isto, constam como fontes da posição de garante neste primeiro grupo: a) relações de proteção familiar e análogas; b) assunção de funções de guarda e assistência; c) comunidade de vida e de perigos.

a. Relações de proteção familiar e análogas

Nas relações familiares e análogas por serem fruto de laços sociais e jurídicos, o esforço do agente em evitar a lesão é maior.⁹⁷

É indiscutível na doutrina que exista posição de garante nas relações entre pais e filhos. Apesar de existir quanto a esta questão um vínculo jurídico, estabelecido no art.º 1874.º do Código Civil, é importante referir que, independentemente dessa norma, o especial dever de agir aqui surge devido a uma solidariedade natural na relação entre pais e filhos.

Uma das questões aqui discutida é a de saber se o especial dever de agir se extingue quando não exista uma proximidade física entre o omitente e a vítima. Maior parte da doutrina considera que a posição de garante apenas se extingue quando o filho deixe de depender dos pais e quando, perante pais separados, aquele passe a viver apenas com um deles, cessando a posição de garante em relação ao outro.⁹⁸

Sendo que também grande parte da doutrina considera que a mãe como o pai têm uma posição de garante em relação aos seus filhos de carácter pessoal como patrimonial.

Outra questão tratada é a que diz respeito a relação entre filhos e pais, ou seja, detêm os filhos igualmente uma posição de garante face os seus pais? Na doutrina, há quem considere que só há especial dever de agir de filhos para com os pais quando exista uma relação particularmente próxima, em que se exige a coabitação e a dependência (requisito já visto) do progenitor para com o filho.⁹⁹ Aqui referencia-se o caso julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 09-07-2003¹⁰⁰, que condenou o

⁹⁷ LEITE, André Lamas, As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 205

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p.1094; LEITE, André Lamas – As posições de garantia (...), op. cit. p. 214; COSTA, José de Faria - Direito penal, op. cit. p. 501; ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte general, Tomo II, op. cit. p. 859 e 860; na SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de 27-11-2013, processo n.º 37/12.7JACBR.C1. S1. Acórdãos STJ [em linha]. Relator Santos Cabral. Coimbra: DGSJ, 2013. [Consult. Julho 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9e480c071dd2e58880257cd7004eed1f?OpenDocument&Highlight=0.37%2F12>> que refere que: “No domínio muito específico das relações intrafamiliares, a doutrina aceita a construção da posição típica de garante imediatamente na relação entre pais e filhos dependentes (não autónomos no sentido imediatamente físico), e entre cônjuges pelo plano da especificidade da relação conjugal e da comunhão de direito e deveres.”

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p.1094.

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de 09-07-2003, processo n.º 03P1677. Acórdãos STJ [em linha]. Relator Leal Henriques. Lisboa: DGSJ, 2003. [Consult. Julho 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4e4b119def7ffcfa80256db8003c4054?OpenDocument>>

filho por homicídio por omissão da sua mãe de 80 anos, com quem vivia, que se encontrava acamada e a quem durante 12 dias não alimentou nem providenciou para que alguém o fizesse.

Em nosso entender, temos dúvidas sobre fazer depender a existência do especial dever de agir utilizando o critério da coabitação, sendo, na nossa opinião, necessária apenas uma proximidade física para fazer nascer a posição de garante. Por exemplo, no caso de A, que já não vive com os seus progenitores B e C, inclusive tem família constituída, e todos os anos no verão, Natal, passagem de ano, aniversários, Páscoa passa com os seus pais, em casa destes, na aldeia. Num dos dias que se encontra em casa de seus pais, apercebendo-se de que B escorregou, batendo com a cabeça no chão, esvaindo-se em sangue, imóvel, nada faz. Acabando B por vir a falecer. Nesta situação, se se defendesse a necessidade de coabitação para afirmar uma posição de garante A poderia vir a ser responsável jurídico-penalmente apenas por um crime de omissão de auxílio. Esta solução não nos parece viável, pois estamos perante uma relação fáctica, ao que tudo indica mantém-se a solidariedade natural (pois somos de opinião que a mesma existe de pais para com filhos e vice-versa) e aparentemente existe uma relação particularmente próxima que não deve ser considerada como tal apenas quando vivam juntos. O fator “confiança” é *conditio sine qua non* nas relações familiares e análogas, pois como reitera André Lamas Leite “mais importante que uma fria determinação legal, são esses laços de confiança com tutela jurídica.”¹⁰¹

Contudo, tal como o autor acima referenciado, consideramos que nos casos em que o progenitor se encontre incapacitado, acamado, incapaz de satisfazer as suas necessidades básicas, mas inexista a proximidade física - casos em que o filho vive fora do país - mas o mesmo pode recorrer a estabelecimentos privados ou de apoio estatal de modo a evitar lesões aos bens jurídicos do progenitor, existe na mesma o especial dever agir, com fundamento na “relação fáctica”¹⁰², inexistindo a proximidade física. Ou seja, consideramos o pressuposto da “coabitação” demasiado restrito. No entanto, olhando para cada caso concreto, a proximidade física pode ser irrelevante sempre que o progenitor esteja nas condições acima mencionadas e o descendente tenha a capacidade de evitar qualquer lesão ao bem jurídico do progenitor, sendo certo que, é este um elemento essencial em qualquer fundamento da posição de garante, e da própria existência da omissão, que o omitente tenha a capacidade de evitar o resultado.

¹⁰¹ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 205

¹⁰² Idem, p. 216 e 217

Figueiredo Dias considera que estando preenchido o pressuposto da relação particularmente próxima (em que exige a coabitação), também é possível estender o especial dever de agir, nem que seja de modo limitado, a outras relações familiares, tais como, avós/netos, irmãos, eventualmente cunhados, sogros, genros ou noras e primos.¹⁰³

No entanto, considera duvidoso que se possa abarcar as relações entre simples namorados ou mesmo noivos que não vivam em condições análogas à dos cônjuges.¹⁰⁴

Quanto a este ponto, não concordamos com os autores que consideram inexistir, em qualquer situação, a posição de garante. Pois se o fundamento da posição de garante neste grupo é a relação fáctica não faz sentido a excluirmos numa relação entre namorados ou noivos. Neste tipo de relação, ao contrário das relações conjugais ou análogas as do cônjuge não existe comunidade de vida. No entanto, não abdicando da análise do caso concreto, perante uma relação particularmente próxima e a existência, entre o casal, de uma expectativa de que em caso de um bem jurídico se encontrar em perigo, o casal, mutuamente, evitaria a lesão ao bem jurídico do outro, não faz sentido, na nossa opinião, excluirmos a posição de garante com base nesta fonte.

Taipa de Carvalho ainda faz alusão ao facto de que faz sentido existir posição de garante nas relações entre namorados pois o legislador, mais tarde, veio a acrescentar no art.º 152.º, n.º 1, alínea b), crime de violência doméstica, os namorados e ex-namorados¹⁰⁵, mostrando uma preocupação por parte do legislador relativamente a este tipo de relações.

Quanto a existência de uma posição de garante na relação entre cônjuges e entre aqueles que vivam em condições análogas a dos cônjuges, também é uma situação pouco discutível na doutrina. Recorrendo novamente ao argumento da relação fáctica de solidariedade (natural) entre estes, sendo igualmente encontrado expressamente na lei, no artigo 1672.º do Código Civil. O dever de assistência entre cônjuges e entre aqueles que vivam em condições análogas a dos cônjuges está limitado pela autodeterminação autónoma.¹⁰⁶

¹⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1095; Roxin considera que existe posição de garante em relação aos avós, desde que estes vivam com a família (ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte general. Tomo II, op. cit. p. 861). Contudo, não considera existe posição de garante na relação entre irmãos (ROXIN, Claus - Direito Penal: parte general. Tomo II, op. cit. p. 862).

¹⁰⁴ Idem, p. 1095; LEITE, André Lamas - As "Posições de garantia" (...), op. cit. p. 218; ROXIN, Claus - Direito Penal: Parte general. Tomo II, op. cit. p. 865 e 867

¹⁰⁵ CARVALHO, Américo Taipa de (2016) - Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais – Teoria Geral do Crime. 3.º edição. Porto: Universidade Católica, p.562; no mesmo sentido, MANSO, Luís Duarte Baptista (2007) - Direito Penal. Casos Práticos resolvidos. Vol.II. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora. p.100

¹⁰⁶ ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte general. Tomo II. op. cit. p. 862

No entanto, temos alguns autores na doutrina portuguesa que consideram não haver posição de garante na relação entre cônjuges, caso de Damião da Cunha, que refere: “nem toda a relação familiar, assenta, numa mesma base de confiança e porque quem tem autonomia para livremente decidir a sua vida, assume a responsabilidade pela condução da sua vida, e logo, pelo resultado que contra si possa produzir”.¹⁰⁷ E outros autores, como André Gonçalo dos Santos, que considera não haver posição de garante nas relações análogas à dos cônjuges, nem enquanto noivos.¹⁰⁸

Uma questão que se coloca é a de saber se o rompimento da relação conjugal extingue ou não a posição de garante. Para alguns autores, afirmar se é extinta ou não a posição de garante perante o rompimento da relação conjugal, não depende do “rompimento” em si, mas sim da relação que os mesmos mantêm após o mesmo.¹⁰⁹ Ou seja, se o casal continuar a viver em comunidade de vida e mantiver entre os mesmos uma expectativa de que caso um esteja em perigo o outro ajudaria, a posição de garante não se extingue. Assim, se os cônjuges continuarem a viver juntos, mas por outras razões, inexistente essa relação de confiança, nesse caso extingue-se a posição de garante.¹¹⁰

b. Assunção de funções de guarda e assistência

Este fundamento da posição de garante é, de certa forma, o correspondente ao “contrato” da teoria formal, mas com algumas alterações, o que lhe dá as características para pertencer a uma teoria material.

Assim, para existir uma assunção de funções de guarda e assistência não é preciso uma relação contratual em si (seja esta válida ou não), mas a “assunção fáctica de uma função de protecção materialmente baseada numa relação de confiança”.¹¹¹ Casos típicos desta posição de garante é do médico em garantir o bem-estar dos seus

¹⁰⁷ CUNHA, José M. Damião da (2003) - Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Organização de Manuel da Costa Andrade... [et al.]. Coimbra: Coimbra Editora. p. 509

¹⁰⁸ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 134 e 135

¹⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1095 e 1096; LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 221 e segs

¹¹⁰ Em sentido oposto, André Lamas Leite, que considera que: “A nosso entender, haverá sempre uma posição de garante nestas situações pois para além de ser difícil concretizar a falta de partilha de sentimentos e emoções, ou não existir a prática de tarefas em comum, no caso por exemplo que tenha levado a morte de um dos cônjuges, a verdade é que estaremos sempre perante uma “comunidade de vida” (LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 218; No mesmo entendimento, ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte general. Tomo II. op. cit. p. 864

¹¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p.1096; Roxin refere até a necessidade de existir uma dependência da pessoa carecida de protecção face o “omitente” para que se afirme a posição de garante (ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte general. Tomo II. op. cit. p. 866)

pacientes, o alpinista que se compromete a dirigir uma excursão à montanha, o instrutor de natação em relação aos seus alunos ou o caso da baby-sitter em cuidar da criança.¹¹² Maior parte da doutrina¹¹³ inclui aqui as questões relativas a autoridades e funcionários que têm por função zelar um determinado conjunto de interesses, e por essa razão terem de afastar a lesão de bens jurídicos da coletividade. Sendo necessário, para que exista posição de garante, que a proteção desses bens jurídicos esteja confiada de forma direta e imediata ao funcionário ou autoridade em questão, de modo que a mesma possa efetivamente, evitar a lesão ao bem jurídico. Exemplo claro deste fundamento é o caso dos funcionários e das autoridades encarregadas da proteção do meio ambiente.

c. Comunidade de vida e de perigos

Estes fundamentos da posição de garante suscitam alguma controvérsia na doutrina, mais concretamente na doutrina portuguesa.

Uma das questões que aqui se coloca é que a doutrina diverge acerca da autonomização ou não deste grupo de hipóteses. Havendo uma doutrina, porém minoritária, que autonomiza estes grupos, dizendo que cabem na assunção de funções de guarda e assistência¹¹⁴ ou no grupo das relações familiares e análogas¹¹⁵, ou se distribuem entre este grupo, ou eventualmente se inserem na ingerência.¹¹⁶

Figueiredo Dias não defende que possa haver autonomização na “comunidade de vida”, mas que pode existir razões para autonomizar a “comunidade de perigos”.¹¹⁷

Pois para estarmos perante a “comunidade de perigos” não é a existência de uma comunidade que fará nascer a posição de garante, sendo necessário estarmos perante

¹¹² Na nossa Jurisprudência: COIMBRA. Tribunal da Relação – Acórdão de 25-10-2017, processo n.º 217/15.3PBCLD.C1. *Acórdãos TRC* [Em linha]. Relatora Alice Santos. Coimbra: DGSI, 2017. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/28060b47a9f5c82e802581cd003b0501?OpenDocument&Highlight=0,217%2F15>> Caso de uma baby-sitter que não prestou os devidos cuidados à criança quando estava obrigada a, o acórdão refere que: “A atividade de ama, apesar de não se encontrar juridicamente regulamentada no nosso Direito, cria-lhe o dever jurídico próprio do garante, de evitar a verificação de um evento danoso para a vida e a saúde de quem está ao seu cuidado e precisa de toda a sua atenção e assistência.”

¹¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p.1097; Roxin parece-nos autonomizar esta questão da posição de garante com base em posições orgânicas e em deveres dos titulares de um cargo (Vide: ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte general. Tomo II, op. cit. p. 873-884)

¹¹⁴ ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte General. Tomo II. op. cit. p. 866

¹¹⁵ André Lamas Leite insere as relações familiares e análogas nas relações de “comunidade de vida” (LEITE, André Lamas. As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 203)

¹¹⁶ STRATENWERTH, Günter (2005) - Derecho Penal: Parte General I. El Hecho Punible. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Thomson, D.I., p. 394. Stratenwerth ainda considera que as situações de “comunidade de vida” devem ser limitadas à defesa contra graves perigos para a vida, saúde e outros bens jurídicos pessoais, desde que, no caso concreto, não tenha sido assumido cuidado mais amplo. (STRATENWERTH, Günter - DP.PG I. trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. op. cit. p. 394)

¹¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1098 e 1099

outros requisitos, apontados pelo mesmo autor, no seguimento do pensamento de Stratenwerth. Tais como: as relações em causa têm de ser estreitas e efetivas; a isto acresce que a comunidade de perigos exista realmente e não seja deduzida de uma proximidade presumida e que estejamos perante um perigo iminente ao bem jurídico.¹¹⁸

Para André Lamas Leite, a comunidade de perigos distingue-se das relações fácticas de confiança pois nesta última é o obrigado que se autocoloca na função de proteção de bens jurídicos de terceiros. Já na comunidade de perigos não existe posição de garante nas situações em que o perigo não existe *ab initio*, temos de estar perante uma atividade perigosa desde o início.¹¹⁹ Este autor ainda refere que a comunidade de perigo se distingue igualmente da assunção de funções de guarda e assistência pois no primeiro o agente é igualmente vítima da situação de perigo e eventual agente de um crime de omissão impura.¹²⁰

Contudo, há autores na doutrina portuguesa que vão no sentido oposto do pensamento dos autores acima citados.

Quanto a comunidade de vida, André Gonçalo dos Santos e Maria Fernanda Palma vão no sentido de que “a utilização de uma teoria material das posições de garante (que inclui o monopólio ou até a comunidade de vida) não encontra um princípio fundamentador juridicamente aceitável que permita distinguir a relevância jurídica da puramente ética”, não aceitando a comunidade de vida como fundamento da posição de garante.¹²¹

Paulo Pinto de Albuquerque¹²² e Damião da Cunha¹²³ não consideram existir posição de garante na comunidade de perigos. Sendo que o pensamento destes autores vai no sentido de que situações como estas deve se recorrer ao artigo da omissão de auxílio e não ao art.º 10.º, n.º2, por não estar aqui em causa um dever jurídico que pessoalmente obrigue o omitente a evitar o resultado. Paulo Pinto de Albuquerque, recorre a um argumento de Eduardo Correia, para fundamentar a sua posição, “simplesmente, tornar jurídico este insofismável dever cristão de solidariedade, equiparando também nestas hipóteses a omissão à ação, é criar uma obrigação para os indivíduos que pode chegar a pôr em causa a segurança e as liberdades individuais

¹¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1099; LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 229

¹¹⁹ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 228

¹²⁰ Idem, p.230

¹²¹ PALMA, Maria Fernanda - A teoria do crime (...). op. cit. p. 560; SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 136

¹²² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Comentário do Código Penal à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. op. cit. p. 75

¹²³ CUNHA, José M. Damião da. op. cit. p.515

- até porque toda a gente começaria a imiscuir-se na vida e nos negócios alheios, receando que, de outra forma, lhe pudessem ser imputadas omissões.”¹²⁴

3.3.1.2 Segundo grupo: Deveres de vigilância e segurança face a uma fonte de perigo

Este segundo grupo tem por base a proximidade do que tem o dever de garante com uma determinada fonte de perigos e resultam das posições de proteção e assistência a determinados bens jurídicos. Aqui, ao contrário das posições do primeiro grupo, o garante apenas está vinculado ao controlo e vigilância da fonte de perigos.

Constam como posições de garante do segundo grupo: a) dever de evitar a produção do resultado por força de um comportamento anterior perigoso (“ingerência”); b) dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio; e c) dever de garante face à atuação de terceiros.

a. Dever de evitar a produção do resultado por força de um comportamento anterior perigoso (“ingerência”)

Aqui o fundamento está no facto de que quem com a sua atuação criar um perigo para o bem jurídico de outrem, deve obstar a produção de um resultado lesivo a esse bem jurídico. E isto, como defende Jescheck, baseia-se na proibição de lesar outros (“*neminem laede*”).¹²⁵

Da ingerência resultaram muitas questões, por serem de ordem vária e demasiado extensas, não serão tratadas de modo aprofundado neste trabalho.

No entanto, é importante referir que a propósito do comportamento prévio perigoso, podem surgir três questões: Se esse atuar precedente tem de ser ilícito? Lícito? E sendo o comportamento ilícito é passível de justificação?

A criação do perigo, para grande parte da doutrina, tem de ser ela ilícita.¹²⁶

¹²⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Comentário do Código Penal à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. op. cit. p. 75; Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. op. cit. p. 106

¹²⁵ JESCHECK, Hans- Heinrich – Tratado de Derecho Penal. Vol.2, op. cit. p. 859

¹²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p. 1101; LEITE, André Lamas. Op. cit. p.283; CUNHA, José M. Damião da. op. cit. p. 495; TAVARES, Juarez. op. cit. p. 318; JESCHECK, Hein-Heinrich – Tratado de Derecho Penal. Vol.2, op. cit. p. 859 e 860; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, op. cit. p. 74; A Jurisprudência parece-nos que vai no mesmo sentido: SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de 27-11-2013, processo n.º 37/12.7JACBR.C1. S1. *Acórdãos STJ* [em linha]. Relator Santos Cabral. Coimbra: DGSJ, 2013. [Consult. Julho 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9e480c071dd2e58880257cd7004eed1f?OpenDocument&Highlight=0,37%2F12>> que ao debruçar-se sobre a ingerência, refere que: “(...) *Existem aqui três requisitos a assinalar: por um lado, o fazer prévio tem que ocasionar o perigo próximo (adequado) da produção do dano. Por outro, o comportamento tem que ser o objetivamente antijurídico. Por último, a infração do dever consiste na vulneração de uma norma orientada precisamente para a proteção do correspondente bem jurídico.*”; PORTO. Tribunal da Relação – Acórdão de 12-10-2016, processo n.º 2255/15.7T9PRT.P1. *Acórdãos TRP* [Em linha]. Relator José Carreto. Porto: DGSJ, 2016. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL:

Contudo, existe uma parte da doutrina que considera que se o fundamento da ingerência é o citado acima, o mesmo vale seja essa criação do perigo lícita como ilícita.¹²⁷ Ou seja, para esta parte da doutrina, atropelar um peão enquanto circula-se com excesso de velocidade e atropelar um peão não estando em excesso de velocidade, cumprindo-se as regras de trânsito, é o mesmo, sem prejuízo da análise do tipo subjetivo. Excetuam-se os casos em que o atropelamento seja da culpa exclusiva do atropelado, o perigo não é aqui criado pelo condutor/omitente e por isso este apenas responde nos termos da omissão de auxílio, nomeadamente o art.º 200.º, n.º 1 e não o n.º 2.¹²⁸

Contudo, se adotarmos este pensamento, de que é possível afirmar a posição de garante quando perante uma criação de perigo lícita, em que situações aplicaríamos o art.º 200.º, n.º 2 do CP? Para melhor explicação, recorrendo a um exemplo citado por André Lamas Leite¹²⁹, em que A faz uma queimada para fertilizar um terreno de que é proprietário e o fogo se estende ao terreno vizinho, aqui estamos perante uma situação de ingerência e a atuação de A não foi ilícita. Contudo, continua a existir o dever de atuar por parte de A, seja para auxílio do vizinho, ou eventualmente, de qualquer pessoa que se encontre no terreno vizinho.

Assim, concluímos que, para efeitos de posição de garante só podemos falar de ingerência quando o agente crie um perigo de forma ilícita, ao contrário, se a criação desse perigo for lícita, não há lugar a posição de garante, mas a aplicação do art.º 200.º, n.º 2.

Quanto a esta conclusão parece-nos assente na doutrina que o art.º 200.º, n.º 2 não serve para aplicação da ingerência. Maria Fernanda Palma e André Gonçalo dos Santos consideram que apesar de se afirmar uma relação de subsidiariedade entre o art.º 200.º e o art.º 10.º, n.º 2, o primeiro não é fonte de garante. Pois, para estes autores, não faz sentido que o art.º 200.º imponha um dever de atuar e, simultaneamente, um dever de evitar o resultado.¹³⁰ Na verdade, André Gonçalo dos Santos defende que a ingerência não deve ser considerada posição de garante por considerar que é violadora do princípio da legalidade.¹³¹ Concordamos, assim, com maior parte da doutrina, no sentido de que, o art.º 200.º, n.º 2 não pode servir para aplicação da ingerência, ingerência como posição de garante.

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b25bf48be69e579180258052003761d4?OpenDocument&Highlight=0,2255%2F15>> que refere que: “A ingerência, enquanto criação não lícita de uma situação de perigo para bens jurídico-penais, é também fonte do dever jurídico de garante e, portanto, da responsabilização penal do omitente pelo resultado, a título de crime de comissão por omissão.”

¹²⁷ BELEZA, Tereza Pizarro - Direito Penal. Vol. II. op. cit. p. 484

¹²⁸ No mesmo sentido, CARVALHO, Américo Taipa de. op. cit. p. 567

¹²⁹ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 273 e 274

¹³⁰ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 124 e 125; PALMA, Maria Fernanda - DP.PG, A teoria da infração (...), op. cit. p.84 e 85

¹³¹ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 124 e 125

Apesar de André Gonçalo dos Santos considerar que Figueiredo Dias defende no seu comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Abril de 1982 que o n.º 2 do art.º 200.º possa servir de aplicação ao art.º 10.º, n.º 2, da leitura da anotação ao Acórdão de Figueiredo Dias nós não retiramos essa mesma conclusão. Inclusive, o autor defende que ambos têm campos de aplicação distintos e ainda refere que: “constituiria um procedimento hermenêutico inadmissível corrigir ou limitar o âmbito da equiparação da omissão impura à ação com o argumento de que a tanto obrigaria uma correcta determinação da incidência do crime de omissão de auxílio.” Concluindo que, a interpretação do art.º 10.º deve ser feita “em si e por si mesma, independentemente da interpretação que se faça do art.º 219.º [atual art.º 200.º]”.¹³²

Quando o comportamento seja ilícito, mas haja uma causa de justificação, ou seja, quando é o omitente que, justificadamente, causou a situação de perigo, entendemos que não há posição de garante. Que é o caso da atuação por legítima defesa em que o lesado não participa na criação do perigo.¹³³

Alguns autores recorrem a uma teoria de diferenciação, em que, dentro das causas de justificação, também referidas como causas de exclusão da ilicitude, o comportamento prévio justificado não serviria de fundamento para estarmos perante uma posição de garante e noutros comportamentos prévios justificados já serviria. Assim, a legítima defesa não serviria para afirmar uma posição de garante, mas o estado de necessidade sim.

Figueiredo Dias considera que com base no princípio geral da autorresponsabilidade do colocado em perigo¹³⁴, o estado de necessidade não exclui a posição de garante, pois aqui trata-se da salvaguarda de bens jurídicos do agente ou de terceiro colocando em risco bens jurídicos de outro indivíduo, que nada tem a ver com a situação de crise.¹³⁵ Contra este entendimento temos Paulo Pinto de Albuquerque que considera que também não há lugar a posição de garante nos casos de estado de necessidade.¹³⁶

¹³² SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 124; DIAS, Jorge de Figueiredo (1983/1984) – “A propósito da “ingerência” e do dever de auxílio nos crimes de omissão”. Anotação jurisprudencial. IN Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 116. n.º 3706. p. 55

¹³³ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p.1101; No mesmo sentido, CUNHA, José M. Damião da. op. cit. p. 495; CARVALHO, Américo Taipa de. op. cit. p. 571; apesar de a atuação por legítima defesa não constituir posição de garante, dá lugar a responsabilização penal nos termos do art.º 200.º, como LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p.280; No mesmo sentido ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte general. Tomo II. op. cit. p. 915-917; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. op. cit. p.541

¹³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p. 1101; no mesmo sentido, LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p.282; CARVALHO, Américo Taipa de. op. cit. p.570, que acrescenta a sua defesa o art.º 339.º, n.º 2 do Código Civil; ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte general. Tomo II. op. cit. p. 917 e 918.

¹³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. DP.PG. op. cit. p.1101

¹³⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. op. cit. p. 73

A par disso ainda temos a posição de André Gonçalo dos Santos que considera que apesar da diferença entre as duas causas de justificação, não são estas suficientes para que o autor defenda a teoria da diferenciação. Pois tanto na legítima defesa como no estado de necessidade estamos perante atuações lícitas, em que não se verifica a existência de um dever jurídico de evitar o resultado, sendo ambos casos de aplicação do art.º 200.º do Código Penal.¹³⁷

A problemática deste fundamento reside em saber quais os requisitos do atuar precedente para que daí resulte uma responsabilidade penal do agente. Tem-se entendido que esse requisito do atuar precedente encontra-se na imputação objetiva, ou seja, é ou não o resultado típico imputável objetivamente à conduta do agente?

Assim, recorrendo a teoria do risco, que resolve as grandes questões da imputação objetiva, não assume uma posição de garante aquele que atua dentro dos limites do risco permitido, ou mesmo ultrapassando esses limites “não é o risco assim criado, mas um outro, que se precipita no resultado típico; ou quando a conexão de risco deva ser negada por o comportamento prévio não caber no fim da proteção da norma.”¹³⁸

Nos casos de atropelamento de peões, Paulo Pinto de Albuquerque distingue três situações, que consideramos importantes mencionar: a primeira é quando o acidente se tenha dado devido a uma infração das regras de trânsito pelo condutor, situação em que o mesmo é possuidor de uma posição de garante (art.º 10.º, n.º 2); a segunda é a situação em que o acidente deu-se devido a um facto aleatório, que nada teve a ver com o condutor, o mesmo não é detentor de um especial dever de agir mas apenas de um dever de auxílio, previsto pelo art.º 200.º, n.º 2; por último, se o acidente se deve exclusivamente por culpa da vítima, o condutor tem apenas um dever geral de auxílio, previsto no art.º 200.º, n.º 1.¹³⁹

Da análise da jurisprudência portuguesa verificamos que não é prática da mesma aplicação da ingerência como fonte da posição de garante, pelo menos no que diz respeito a acidentes de viação, que nos parece a causa mais comum dos processos penais para aplicação da mesma. A respeito, podemos usar como exemplos as decisões dos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 15-09-2004, processo n.º 0212122 (em que estava em causa um acidente de viação entre um automóvel ligeiro e um motociclo, em que a culpa foi exclusiva do condutor do veículo ligeiro e este, apercebendo-se que o condutor do motociclo poderia estar em perigo de vida, nada fez,

¹³⁷ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 119

¹³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. DP.PG. op. cit. p. 1100 e 1101; ROXIN, Claus - Derecho Penal: Parte general. Tomo II, op. cit. p. 907-913

¹³⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. op. cit. p. 541

fugindo do local) e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05-04-2017, processo n.º 75/13.2GTGBR.C1 (em que estava em causa o atropelamento de dois peões por um veículo ligeiro, em que o condutor deixou-se dormir enquanto conduzia, perdendo o controle da viatura, saindo da via de trânsito, invadindo a berma onde se encontravam pessoas a circular, apercebendo-se do acidente o condutor limitou-se a fugir do local do mesmo, sem prestar auxílio). Em ambas as decisões judiciais foi aplicado o tipo da omissão de auxílio, nomeadamente o n.º 2 do art.º 200.º e nem sequer foi mencionada a possibilidade de estarmos perante uma posição de garante do omitente, mais concretamente, perante a ingerência.

b. Dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio

Esta fonte reside no facto de que as pessoas têm de poder confiar naqueles que exercem um poder de disposição sobre um âmbito de domínio ou sobre um lugar determinado. Assim, a formulação doutrinal desta fonte passa pelo facto de que “o proprietário ou possuidor de coisas, instalações, máquinas, esta obrigado a controlar os perigos que delas provêm e a impedir, em consequência, que se produzam danos em bens jurídicos”, designada pela “responsabilidade pela situação”.¹⁴⁰ Figueiredo Dias não concorda inteiramente com esta formulação, por considerar que há determinadas situações que dão lugar a invocação do princípio da autorresponsabilidade, por exemplo quando aquele que tem o domínio sobre determinada área ou lugar tenha tomada as medidas de segurança adequadas.

O dever de garante reside no facto de, numa sociedade do risco, o fabricante, seja de medicamentos, cosméticos, produtos alimentares, automóveis, etc., ter sobre o produto uma posição de domínio, pois se o fabrica parte-se do princípio que tem conhecimentos que pessoas comuns não têm e por isso é o único com informação sobre possíveis

¹⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. DP.PG, op. cit. p. 1102; A nossa jurisprudência aceita esta fonte da posição de garante, para o efeito vide o Acórdão: LISBOA. Tribunal da Relação – Acórdão de 15-05-2007, processo n.º 5572/06-5. *Acórdãos TRL* [Em linha]. Relator Simões de Carvalho. Lisboa: DGSI, 2007. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/60a540df071bb0a7802572e50037dff6?OpenDocument&Highlight=0,5572%2F06>> em que, apesar de o Tribunal reconhecer esta fonte como uma posição de garante não a aplica na decisão por considerar que inexiste o nexo causal. Contudo, passo a citar o excerto que nos interessa: “*No que respeita ao dever fundado na fiscalização das fontes de perigo no âmbito do domínio próprio, devemos recordar que o seu fundamento material reside, grosso modo, na expectativa comunitária. Isto é, esta - a Comunidade - tem de poder confiar que quem exerce um poder de disposição sobre um âmbito de domínio ou sobre um lugar determinado, que se encontram acessíveis a outras pessoas, deve também dominar os riscos que para estas podem resultar de estados ou de situações perigosas. Porém, a verificação do ilícito não se basta, como o avançamos, com a demonstração desta posição de garante. Por essa razão, adiantamos desde já que a resposta à questão colocada não pode ser outra que negativa, sendo que a mesma depende da resposta que haja de ser dada quanto à questão da verificação do nexo causal, que, como resulta da factualidade, não resultou provado.*”

danos colaterais dos seus produtos.¹⁴¹ A questão aqui coloca-se quanto à posição de garante do fabricante que só tem conhecimento *ex post* do produto ter sido colocado em circulação e não *ex ante*.¹⁴² Nestas situações, tem o fabricante o dever de retirar o produto do mercado ou avisar aos seus consumidores sobre os seus riscos, sob pena de ser considerado garante e responsabilizado penalmente por uma omissão impura.¹⁴³ Taipa de Carvalho não tem o mesmo entendimento, defendendo que inexistente qualquer posição de garante do produtor depois de lançados os produtos no mercado, pois aqui já estaremos perante uma ação, nomeadamente o artigo 282.º, e não omissão.¹⁴⁴

c. Dever de garante face à atuação de terceiros

Sabemos que geralmente o princípio da autorresponsabilidade dos indivíduos prevalece, no entanto, existem situações especiais. E esses casos reportam-se a situações em que o terceiro seja inimputável ou tenha a sua responsabilidade diminuída ou limitada.

Aqui quem atua é a fonte de perigo, no entanto, normativamente, nas palavras de André Lamas Leite, “aquele que detém o controle sobre essa mesma fonte é o autor do crime que ela deu causa, ou seja, o omitente.”¹⁴⁵

Assim, os pais têm a posição de garante fundada na proteção e assistência e o dever de vigilância e segurança relativamente aos perigos que os seus filhos possam criar. O mesmo diz se a respeito dos funcionários de um estabelecimento de internamento destinado a doentes mentais, incluindo sujeitos que sofrem medidas de segurança.

3.4 Princípio da legalidade e as fontes materiais

O Direito Penal só intervém subsidiariamente, ou seja, quando nenhum outro ramo do direito é capaz de salvaguardar os bens jurídicos em causa. Deste modo, pela pena que é aplicada, pena privativa da liberdade, é necessária uma maior salvaguarda dos

¹⁴¹ STRATENWERTH, Günter. trad. Manuel Meliá e Marcelo Sancinetti. op. cit. p. 396.

¹⁴² Caso “Lederspray Fall”: “Caso em que os arguidos eram gerentes de uma sociedade comercial que distribuía através da sua filial, um produto em aerossol destinado ao tratamento de artigos em couro. Tal produto, apesar de conhecido dos arguidos que quando inalado provocava graves problemas de saúde, que em última instância, podiam ser letais, foi introduzido no mercado com um único cuidado colocado de modo mais visível que o normal tal advertência aos consumidores. Só após a produção de danos efetivos e da intervenção do competente organismo estadual é que os arguidos retiraram o produto de circulação.” (LEITE, André Lamas - As “posições de garantia” (...). op. cit. p. 293)

¹⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p.1103 e 1104; no mesmo sentido, LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 292 e 293; em sentido contrário, se não estamos em erro, André Gonçalves dos Santos considera inexistir uma posição de garante na responsabilidade pelo risco por se tratar de uma situação que se enquadra apenas no Direito Civil, nomeadamente nos artgs. 499.º e segs do Código Civil (SANTOS, André Gonçalves dos. op. cit. p. 138 e 139)

¹⁴⁴ CARVALHO, Américo Taipa de. op. cit. p. 568 e 569

¹⁴⁵ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p.298

direitos, liberdades e garantias do cidadão. Exposto isto, é importante que o Direito Penal cumpra o princípio da legalidade, de modo que sejam salvaguardados os direitos, liberdades e garantias do cidadão, conferindo-lhes mais segurança e certeza jurídica, nomeadamente que o cidadão saiba, previamente, quais os comportamentos que podem dar lugar a responsabilidade criminal.

Assim, do conteúdo do princípio da legalidade resulta que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)¹⁴⁶.

Exposto isto, apesar de maioritariamente considerar-se que as fontes materiais dão uma resposta mais adequada ao problema de as fontes do especial dever de agir, a verdade é que surgem algumas questões quanto ao seu respeito pelo princípio da legalidade.

A problemática do princípio da legalidade e das omissões impuras coloca-se no que diz respeito a previsão da norma.¹⁴⁷ Passando, essencialmente, pela questão da determinabilidade da lei penal, pois a lei penal não nos diz qual o círculo de autores a que é conferido uma posição de garante, e conseqüentemente uma responsabilidade por delitos de omissão impura. Ao contrário do que sucedia com o tríptico da teoria formal, em que as suas “fontes” eram diretamente extraídas da própria lei, apesar das já mencionadas críticas, não é o que acontece com as fontes da posição de garante da teoria material.

Como já foi dito anteriormente, nos delitos impróprios, não encontramos qualquer menção dos mesmos nos tipos da parte especial do Código Penal, encontrando a sua menção expressa apenas no art.º 10.º do Código Penal. De igual modo, é importante referir que, esta questão se prende, igualmente, com a inconstitucionalidade material do próprio art.º 10.º do Código Penal por violação do previsto no art.º 29.º, n.º 3 da nossa Constituição da República Portuguesa, que estabelece que: “Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior”. Neste sentido, é necessário que a lei penal seja certa e determinada, sendo inconstitucionais as “definições vagas, incertas e insuscetíveis de delimitação”.¹⁴⁸

Claramente que, à partida, isto pode causar alguma incerteza e insegurança jurídica. Como também já foi referido atrás a determinação do círculo de autores das omissões impuras, por falta de menção expressa do legislador, passou a ser tarefa da doutrina e da jurisprudência, que com base na cláusula geral do art.º 10.º - sendo os principais

¹⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 209

¹⁴⁷ BELEZA, Tereza Pizarro (1998) - Direito Penal. Vol. I. 2.º edição. Lisboa: AAFDL. p. 386

¹⁴⁸ SOUSA, Ricardo Oliveira (2012) - A omissão e o princípio da legalidade. Revista do Ministério Público. Ano 33, 129. p. 265

pressupostos a existência de um dever jurídico (excluindo deveres morais, sociais, religiosos etc) e que esse mesmo dever jurídico obrigue pessoalmente que o omitente evite o resultado lesivo – elaboraram o círculo de autores das omissões impuras, como já visto. Ou seja, o próprio n.º 2 do artigo 10.º, apesar de não dizer concretamente o círculo de autores abrangido, delimita o suficiente para que o mesmo seja definido, ou seja, não é feito de modo arbitrário. Concordamos, assim, com a parte da doutrina que considera que não há violação do princípio da tipicidade na formulação desse mesmo artigo.¹⁴⁹

Já Eduardo Correia, refere que “da norma que quer evitar um resultado nasce para todos não só a proibição das atividades que o produzem como também o comando de levar a cabo todas as atividades que obstam a sua produção”¹⁵⁰. Ou seja, para este autor, os delitos de omissão impura estão já eles inseridos, de modo implícito, nos delitos de ação da parte especial.

Para Stratenwerth, de acordo com a tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti, quanto a esta problemática, refere que “la infracción a um princípio básico del Estado de Derecho no se justifica por el mero hecho de que conductas que se consideran merecedoras de pena tendrían que quedar impunes si se abandonara por inadmisibile el modo en que se ha procedido hasta el momento”¹⁵¹. Por outras palavras, para este autor, o facto de alguma doutrina questionar os delitos omissivos impróprios, por serem estes pouco determinados, não dá lugar a violação do princípio da legalidade, pois tratam-se de condutas passíveis de responsabilidade jurídico-penal, e que não podem ficar impunes pelo facto de ser considerada inadmissível a forma com que a sua punibilidade tenha procedido até o momento. Deste modo, o mesmo considera que a punibilidade dos delitos omissivos impróprios limitar-se-á aos casos em que equiparação da omissão à ação se verifica indiscutivelmente.

André Gonçalo dos Santos considera que o art.º 10.º, por si só, é suficiente para determinar a incriminação, ou seja, o omitente só será responsabilizado na medida em que haja um especial dever de agir que o obrigue a evitar o resultado, evitando, assim, “incriminação desmedida das omissões” que poderia levar a intromissão na esfera jurídica alheia e ao “asfixiamento das relações sociais”. Continuando, acrescenta que,

¹⁴⁹ SOUSA, Ricardo Oliveira. op. cit. p. 269; no mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p. 1075-1078; BRITO, Teresa Quintela de - A tentativa nos crimes omissivos (...). op. cit. p. 143 e 144; LEITE, André Lamas - As “Posições de Garantia” (...). op. cit. p. 1099 e segs.; RODRIGUES, Marta Felino Filipa da Silva - A teoria penal da omissão (...). op. cit. p. 48 e segs.

¹⁵⁰ CORREIA, Eduardo - Direito Criminal. Vol. I. op. cit. p. 301; no entender de Jorge de Figueiredo Dias, o entendimento de Eduardo Correia nega por si só a existência de uma “equiparação” (DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p. 1070

¹⁵¹ STRATENWERTH, Günter. Trad. de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. op. cit. p. 384

o princípio da legalidade seria violado se a incriminação se baseasse em valores morais, religiosos, éticos, que se diferem de valores jurídicos.¹⁵²

Welzel, defensor do critério material, defende que a autoria nos crimes de omissão impura resulta de uma análise feita pelo juiz. Considerando que estes tipos de crime constituem tipos abertos, ou seja, trata-se de tipos “incompletos” que necessitam de uma valoração autónoma judicial, feita nos termos da lei, pelo intérprete, de modo a complementar o tipo. A isto Maria de Saro Negrão acrescenta que, se o nosso ordenamento jurídico continuar sem definir expressamente cada tipo de crime omissivo impuro, e entender por suficiente a equiparação da omissão à ação e a determinar, através de um critério geral quem é autor (art.º 10.º, n.º2), então assim mesmo será impossível definir nessa mesma norma o círculo de autores dos crimes de omissão impura.¹⁵³ Outra solução, interessante, proposta por esta autora, seria resolver o problema em questão através do próprio art.º 10.º, ou seja, recorrendo ao princípio da equiparação (art.º 10.º, n.º1) e ao próprio critério material do art.º 10.º, n.º2 e transformar este critério geral numa norma mais precisa, “que mesmo que não fosse descrita pormenorizadamente”, o círculo de autores deste tipo de omissão poderia ser determinado com mais rigor, como sucede com o Código Penal brasileiro, que estabelece que: “ (...) O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com o seu comportamento anterior, criou o risco da sua superveniência”. Assim, estaríamos igualmente perante um tipo aberto, mas muito mais determinado e muito menos aberto.¹⁵⁴

Exposto isto, podemos concluir que seguimos a linha de entendimento que considera que estamos perante tipos abertos que necessitam de uma valoração autónoma judicial. Consideramos que é possível tornar “mais determinada” a questão do círculo de autores dos delitos de omissão impura, através de menção expressa na própria lei penal, no próprio texto do n.º 2 do artigo 10.º, não exigindo assim, uma lista taxativa do que se propõe configurar uma posição de garante, mas “sob uma forma de uma espécie de “exemplos padrão”¹⁵⁵, conforme defende André Lamas Leite.

Importante acrescentar que, não consideramos que estamos perante uma indeterminabilidade absoluta nos delitos omissivos impróprios, mas apenas relativa.

¹⁵² SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 105

¹⁵³ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986) - Sobre a omissão impura (...), op. cit. p. 59

¹⁵⁴ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986) - Sobre a omissão impura (...), op. cit. p. 61 e 62

¹⁵⁵ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 443 e segs; no mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG., op. cit. p. 1077

Considerando que o art.º 10.º é compatível com o princípio da legalidade¹⁵⁶ e que é através da conjugação do art.º 10.º, n.º 1 e 2 com os tipos da parte especial, que é possível ultrapassar esta problemática.

Aproveitando as palavras de Ricardo Oliveira Sousa, “(...) ao proceder a incriminação das condutas omissivas por recurso a uma norma que prevê um dever jurídico que pessoalmente obrigue o agente a evitar um determinado resultado, o legislador obriga o intérprete a preencher os mencionados conceitos com recurso a miríade de soluções (...)”¹⁵⁷, soluções estas, que como vimos, suscitam alguma controvérsia na doutrina.

Contudo, quanto a utilização de uma cláusula geral e de conceitos indeterminados, parece-nos uma questão discutida e resolvida pelo Tribunal Constitucional, ao admitir a sua utilização, pois reconhece que é inevitável o recurso aos mesmos, por ser tarefa difícil para o legislador elaborar a lei de forma precisa e pormenorizada, sendo que, a própria linguagem o inviabiliza. Também considera “que tais dificuldades não são supriáveis através de uma enumeração exaustiva das situações uma vez que esta opção pode significar, só por si, quer um aumento do número de lacunas quer uma maior dificuldade na determinação do que é verdadeiramente essencial em cada caso: a descoberta dos sentidos socialmente relevantes da incriminação.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1076 a 1079

¹⁵⁷ SOUSA, Ricardo Oliveira. op. cit. p. 265

¹⁵⁸ SOUSA, Ricardo Oliveira. op. cit. p. 266; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - Acórdão do Tribunal Constitucional 93/2001 de 13-03-2002, 3.º Secção, processo n.º 318/00. Acórdãos TC [Em linha]. Rel. Cons. Tavares da Costa. Lisboa: Tribunal Constitucional Portugal, 2002. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010093.html>> e Acórdão do Tribunal Constitucional 338/03 de 07-07-2003, 3.º Secção, processo n.º 386/02. Acórdãos TC [Em linha]. Rel. Cons. Tavares da Costa. Lisboa: Tribunal Constitucional Portugal, 2003. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030338.html>>

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão: posições de monopólio

4. A situação de monopólio como fonte da posição de garante

4.1 Conceito de situação de monopólio

A problemática da situação de monopólio como posição de garante surgiu essencialmente no séc. XX, devido ao famoso caso “Kitty Genevose” em 1964, nos Estados Unidos da América/ Nova York, em que, Kitty após sair do trabalho, de madrugada, enquanto caminhava até casa foi esfaqueada e estrupada, gritava por socorro, gritos que foram ouvidos pelos vizinhos - estima-se que foram cerca de 37 pessoas que viram o sucedido - contudo, ninguém a auxiliou nem a polícia foi chamada. Kitty acabou por perder a vida.¹⁵⁹

Daqui resultou não só um problema para o Direito Penal resolver, como também o mundo se viu diante um problema social designado por “efeito espectador” ou “Bystander effect”.

A situação ou posição de monopólio é uma espécie de ramificação do já referido âmbito social de domínio. Contudo, apesar de este último não suscitar grandes dúvidas na doutrina, a verdade é que a situação de monopólio é, das posições de garante, a que suscita mais dúvidas na literatura jurídico-penal.¹⁶⁰

Quando falamos da situação de monopólio referimo-nos aos casos em que, nas palavras de André Lamas Leite, “o agente é o único que numa dada localização espaço-temporal está em condições de evitar a lesão de bens jurídicos alheios, sendo certo que em nada contribuiu para a situação de risco”.¹⁶¹ Este último ponto serve precisamente para distinguir, desde já, as situações de monopólio com as situações causadas por comportamentos prévios perigosos do próprio omitente (ingerência).

O especial dever de agir nesta fonte pode surgir de forma “instantânea”, completamente ocasional, colocando sobre quem se encontra presente fisicamente, no momento de situação de perigo a bens jurídicos de terceiro, numa posição de domínio fáctico absoluto dessa mesma fonte de perigo.¹⁶² Ou seja, aquele que nada teve a ver com a criação de perigo nem tão pouco pode vir a conhecer o que se encontra em perigo, passa a ter a obrigação de evitar o resultado lesivo ao bem jurídico de terceiro. Caso paradigmático é de A que vai a passear na rua quando, de repente, vê uma criança de 3 anos que se está a afogar no lago. Sendo que A, poderia salvar a criança esticando apenas o braço e puxá-la para fora do lago, sem que exigisse grande esforço da sua

¹⁵⁹ Jorge de Figueiredo Dias conclui que seria difícil concluir que as 37 pessoas seriam titulares de uma posição de garante, por considerar que dificilmente seriam todas estas concretizáveis ou identificáveis, com o qual concordamos (DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1109)

¹⁶⁰ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 252

¹⁶¹ Idem, p. 253

¹⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1106

parte nem que houvesse nenhum risco para os seus bens jurídicos. A solução para este exemplo, como para outros que mencionaremos ao longo dos capítulos, diverge na doutrina, pois uma parte da doutrina considera não existir qualquer dever de evitar o resultado por parte de A, ou seja, não consideram que a situação de monopólio é uma fonte da posição de garante e, outra parte da doutrina, que considera que existe um especial dever de agir por parte de A, como analisaremos de forma mais detalhada adiante.

Para além das características já mencionadas, a situação de monopólio é caracterizada pela sua “aleatoriedade”¹⁶³, ou seja, qualquer pessoa pode se encontrar naquela situação e, de repente, nasce-lhe a obrigação de evitar o resultado lesivo ao bem jurídico de terceiros. Por causa desta característica é que surgiu a expressão “monopólio” como sinónimo de “monopólio acidental”.¹⁶⁴

Exposto isto, passaremos para a análise da doutrina portuguesa relativamente a configuração desta situação como fonte da posição de garante e, do mesmo modo, as demais problemáticas que a doutrina levanta.

4.2 Doutrina a favor da situação de monopólio como fonte material da posição de garante

Começaremos pelos autores que sustentam que a situação de monopólio é uma fonte do especial dever de agir. Contudo, é a doutrina minoritária na doutrina portuguesa.

Figueiredo Dias considera que só podemos afirmar a existência da situação de monopólio quando o agente esteja “investido numa posição de domínio fáctico absoluto e próximo da situação; o perigo que incorre o bem jurídico tem de ser agudo e iminente; e que a pessoa da situação possa levar a cabo a ação esperada (...) sem ter de incorrer numa situação perigosa ou danosa para si mesmo.”¹⁶⁵ Esta última parte é como se fosse retirada do nosso Código Penal, no que diz respeito ao art.º 200.º, n.º 3: “A omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente ou quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível.” Apesar de neste artigo estarmos perante uma omissão pura, a verdade é que, o n.º 3 representa uma característica geral de todas as omissões, no que concerne a ação esperada, pois o Direito Penal não pode exigir que o omitente evite a lesão aos bens jurídicos de terceiro a custo da lesão dos bens jurídicos do próprio. Assim, para Figueiredo Dias, o

¹⁶³ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 254

¹⁶⁴ Idem, ibidem

¹⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. DP.PG. op. cit. p. 1107

fundamento desta fonte está relacionado com a proteção de bens jurídicos carecidos de amparo e não com a contenção de fontes de perigo.¹⁶⁶

É importante referir que este autor autonomiza a situação de monopólio, não a enquadrando em nenhum dos grupos do especial dever de agir. Posição com a qual concordamos, por considerarmos que aqui não estamos perante nenhum dos grupos definidos pela teoria das funções. Ou seja, não há verdadeiramente um dever de vigiar um titular de um bem jurídico independentemente do perigo, isto porque ao contrário do que sucede com as demais fontes inseridas no primeiro grupo, pode inexistir qualquer relação entre o carecido de proteção e o titular da posição de garante, devido a aleatoriedade da fonte em questão. Quanto ao segundo grupo, consideramos que não possa se encaixar, pois, quando a fonte de perigo tenha sido criada pelo titular da posição de garante, caso da ingerência, não há lugar a situação de monopólio. Isto é assim porque ajuda-nos a limitar o círculo dos potenciais autores desta fonte, como também iremos perceber ao longo deste capítulo.

Ainda quanto a posição de Figueiredo Dias, este afasta a conceção tradicional de que a situação de monopólio apenas se aplica quando estejamos perante um só agente¹⁶⁷, afirmando que continua a existir posição de garante quando estejamos perante uma pluralidade de agentes, desde que seja possível determiná-los e que qualquer um deles “domine em absoluto a situação e tenha a mesma possibilidade (e o mesmo custo) de intervenção.”¹⁶⁸ Este entendimento parece-nos correto, e, por isso, não concordamos com a doutrina tradicional, quando perante mais de um agente, nega a posição de garante e deste modo, os omitentes apenas poderão ser responsabilizados por omissão de auxílio. Recorrendo ao pensamento de André Lamas Leite, a respeito desta questão, ao considerar que não faz sentido que perante a mesma situação sejam aplicados tipos legais diferentes. Inclusive, olhando para o elemento da culpa e da ilicitude, o facto de termos mais do que um agente capaz de intervir, pode contribuir para se exigir uma punição mais severa.¹⁶⁹ Assim, passo a citar o autor: “Persistir no entendimento do monopólio como tradicionalmente ele tem vindo a ser configurado, envia à comunidade nacional de que há situações que, comportam pelo menos o mesmo grau de ilicitude e de culpa são tratadas de modo diverso sem que exista uma justificação compreensível.”¹⁷⁰

¹⁶⁶ Idem, p. 1108

¹⁶⁷ No mesmo sentido, LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 257 e 258

¹⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1108 e 1109

¹⁶⁹ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). o. cit. p. 257 e 258

¹⁷⁰ Idem, p. 258

André Lamas Leite partilha do mesmo pensamento que o autor acima, quanto a admissibilidade da situação de monopólio como fonte da posição de garante. Na verdade, de todos os autores é este que trata deste tema com mais detalhe, sendo um autor de grande interesse para o que nos propusemos responder neste trabalho.

Para começar, este autor, ao contrário de Figueiredo Dias, inclui a situação de monopólio no primeiro grupo de fontes, nomeadamente, no dever de vigiar o titular de um bem jurídico independentemente da fonte de perigo.

Para André Lamas Leite o que singulariza a situação de monopólio é “a existência de uma abissal desproporção entre bem jurídico em perigo e a atuação positiva que o agente poderia empreender para a respetiva salvaguarda.”¹⁷¹ E tal como Figueiredo Dias defende, de modo a garantir a utilidade da manutenção das situações de monopólio, só nos referimos a esta quando o omitente poderia evitar a lesão de bens jurídicos com um pequeno esforço da sua parte e sem que tal implique perigo para si.¹⁷²

André Lamas Leite considera que o que distingue e torna única a situação de monopólio, em relação as outras fontes da posição de garante, é a existência da chamada “abissal desproporção entre o bem jurídico em perigo e a atuação positiva que o agente poderia empreender para a respetiva salvaguarda.”¹⁷³ Por outras palavras, deve ser feita uma espécie de “comparação” entre o bem jurídico em perigo e a atuação necessária para evitar esse mesmo perigo. Ou seja, no exemplo da criança que se afoga no lago, o bem jurídico em perigo é a vida e a atuação necessária para evitar o resultado morte seria apenas o esticar o braço e tirar a criança do lago. Aqui é clara essa “comparação”, pois através de uma ação ínfima, quando comparada com a relevância da sua consequência, parece-nos necessário nascer daqui uma posição de garante.

Exposto isto, André Lamas Leite alarga o seu pensamento referindo expressamente em que situações estaremos perante o chamado critério da “abissal desproporção”, sendo necessário que os requisitos estejam preenchidos de forma cumulativa, dos quais: “o(s) omitentes podem ver recair sobre si uma obrigação de intervir mesmo por força de circunstâncias ocasionais; a situação de perigo não pode ter sido criada pelos omitentes, nem pode corresponder a uma fonte de perigo face à qual os agentes tenham a obrigação jurídica de a manter dentro das margens do “risco permitido”; o perigo devesse, ainda, ser iminente, os agentes têm de ser dotados das necessárias capacidades para intervir e o processo salvador adequado à proteção do bem ameaçado; a concreta forma de salvaguardar o interesse em perigo deve representar um esforço mínimo para os

¹⁷¹ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 256

¹⁷² Idem, ibidem

¹⁷³ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 256

omitentes, nunca se lhe exigindo a colocação em risco da própria vida ou da sua integridade física de modo grave, ou seja, esse esforço tem de ser, atento um critério de proporcionalidade, abissalmente inferior, na escala axiológica que subjaz à Constituição, ao bem ou bens jurídicos em perigo.”¹⁷⁴ Não nos referimos aqui a qualquer desproporção, esta tem de ser “abissal, qualificada, extensiva, patente (...)”.¹⁷⁵ Por esta razão, este autor considera que, este critério, entendido desta forma, dá mais segurança ao intérprete e julgador na aplicação desta fonte, pois deixa para trás a tradicional noção de “monopólio”.¹⁷⁶

É ainda importante referir que, para este autor, a situação de monopólio não se aplica quando estejamos perante bens jurídicos patrimoniais, por considerar que este plano é o mais exigente quanto a questão do equilíbrio entre a ideia de “proximidade existencial” e de proteção de bens jurídicos como a autodeterminação, liberdade e a reserva da intimidade privada, daí aplicar-se apenas aqueles bens que, constitucionalmente, desempenham um papel importantíssimo¹⁷⁷, com o qual concordamos. Ou seja, são referidos os bens jurídicos que se encontram em primeiro lugar na hierarquia dos direitos, liberdades e garantias. Referimo-nos, mais concretamente, aqueles que fazem parte do grupo de direitos que são insuscetíveis de suspensão, tais como, o direito à vida, à integridade pessoal e à identidade pessoal, que constam do art.º 29.º, n.º 6 da Constituição da República portuguesa.

Concluindo, André Lamas Leite considera que sempre que o aplicador esteja em dúvida sobre a existência ou não da “abissal desproporção” entre os interesses em causa, terá de concluir pela inexistência de tal traço, negando assim a posição de garantia,¹⁷⁸ uma vez que se trata aqui de um plano suscetível de colidir com direitos fundamentais, por valorizar valores essenciais para a comunidade, como a solidariedade e “a ideia do Homem enquanto ser-de-relação e ser-em-relação”.¹⁷⁹ A solidariedade é uma responsabilidade recíproca que cabe a todos os cidadãos. Não deve ser vista como apenas um dever moral ou cristão, pois não só consta como fundamento legitimador do tipo legal da omissão de auxílio como também é um dever intrínseco a toda a comunidade.

¹⁷⁴ Idem, p. 261

¹⁷⁵ Idem, ibidem

¹⁷⁶ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 261

¹⁷⁷ No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1108

¹⁷⁸ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 263

¹⁷⁹ Idem, ibidem

Exposto isto, é ainda importante referir que, em nosso entender, a solução também sustentada por André Lamas Leite, quanto a aplicação subsidiária da fonte em questão, vai contra o pensamento de Figueiredo Dias acerca da pluralidade de deveres de garante.

Existem determinadas situações que dão lugar a um cruzamento, parcial ou total, de uma pluralidade de deveres de garante, com diversa fonte.¹⁸⁰ Quanto a isto, Figueiredo Dias considera que perante um “concurso de deveres de garante” há uma maior exigência quanto à prática da ação esperada ou devida, fazendo com que a pluralidade de deveres de garante gere consequências na medida da pena, negando, desde já, a atenuação especial da pena prevista no n.º3 do art.10º.¹⁸¹ Desta forma, considerando que a situação de monopólio só possa ser aplicada de forma subsidiária está-se a negar a possibilidade de concurso entre as demais fontes da posição de garante e a situação de monopólio.

No trágico caso mediático de Valentina, que foi violentamente agredida pelo pai, agressões estas que conduziram a sua morte, a madrasta que se encontrava em casa, nada fez para evitar as agressões ou evitar o resultado morte da menina. Nesta situação, o Tribunal considerou que a madrasta era titular de uma posição de garante, por ser madrasta (devido a obrigação legal de dever de alimentos, imposta à madrasta) e porque Valentina vivia com a mesma e o pai, ou seja, existia uma estreita comunidade de vida entre ambas. A isto, o Tribunal, no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24-11-2021, processo n.º 92/20.6GAPNI.C1, acrescentou que, passo a citar: “Adicionalmente, e numa perspetiva diferente, pensamos que se pode reforçar a conclusão de que sobre a arguida impendia um dever de garante das circunstâncias do caso concreto; a arguida era a única com possibilidade de poder intervir no sentido de evitar o resultado morte da vítima; recorde-se que para além do arguido – agente comissivo do crime – na casa estavam apenas os outros filhos menores, pelo que ocorria uma situação de monopólio de facto que impunha o dever de salvamento de uma pessoa com quem tinha uma relação íntima e familiar muito próxima. Note-se ainda, que ocorria uma enorme desproporção entre o bem jurídico colocado em perigo (a vida, ou seja o mais valioso), e o esforço mínimo exigido à arguida no sentido de tentar evitar a produção do resultado típico; bastaria pegar num telefone ou sair de casa e pedir socorro.” O que podemos concluir desta decisão do Tribunal não é apenas o reconhecimento da situação de monopólio pela jurisprudência como fonte da posição de garante, como também se afirma a existência de uma pluralidade de posições de

¹⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1109

¹⁸¹ Idem, *ibidem*

garante, de diversa fonte. Contudo, a decisão do Tribunal foi no sentido de ao aplicar o n.º 3 do art.º 10.º, a medida da pena foi atenuada por se tratar de uma omissão impura, ou seja, o Tribunal não deu relevância quanto ao facto de terem sido preenchidas mais do que uma fonte da posição de garante.

Exposto isto, somos da opinião de que a situação de monopólio não é incompatível com todas as fontes de posição de garante, podendo ser mais uma fonte numa situação em que há uma pluralidade de deveres de garante. Ou seja, consideramos que a fonte em questão é suscetível de “concurso de deveres de garante”. Contudo, consideramos que para estarmos perante a fonte da situação de monopólio têm de estar preenchidos, cumulativamente, os requisitos da “abissal desproporção”, propostos por André Lamas Leite e, um destes requisitos é precisamente que: “a situação de perigo não pode ter sido criada pelos omitentes, nem pode corresponder a uma fonte de perigo face à qual os agentes tenham a obrigação jurídica de a manter dentro das margens do “risco permitido”, ou seja, há uma clara incompatibilidade entre a ingerência e a situação de monopólio. Não sendo possível admitir uma pluralidade de deveres de garante quando perante a ingerência e a situação de monopólio. No entanto, não nos parece existir nada que impeça o “concurso de deveres de garante” entre a situação de monopólio e as demais fontes de posição de garante.

E face a uma pluralidade de deveres de garante partilhamos do entendimento de Figueiredo Dias ao considerar que a exigibilidade da ação esperada ou devida é maior.

José de Faria Costa é, igualmente, dos poucos autores, entre a doutrina portuguesa, que considera a situação de monopólio como fonte de posição de garante. Contudo, este autor encontra o fundamento da situação de monopólio de um modo distinto. Primeiramente, para o autor, para que possamos afirmar a existência de uma posição de monopólio, é indispensável a presença física do omitente na situação de perigo capaz de lesar o bem jurídico de terceiro.¹⁸² Quanto a este ponto temos dúvidas, apesar de parecer uma questão unânime entre aqueles que consideram que a situação de monopólio consubstancia uma posição de garante. Imaginemos uma situação em que, A esta em sua casa, sozinha, e apercebe-se que tem alguém, provavelmente perigoso, infiltrado dentro de sua casa. Desta forma, aflita, pega no telemóvel e ao invés de ligar para o 112 liga para o último contacto da sua lista telefónica de “chamadas recentes”, ligando para B, um agente imobiliário, aflita, conta a sua situação a B, que, curiosamente é seu vizinho. B não está presente fisicamente, mas sabendo da situação de perigo que A se encontra devemos ou não considerar que este tem uma posição de garante? Como

¹⁸² COSTA, José de Faria Costa - Omissão (reflexões em redor da omissão imprópria). op. cit. p. 399

ligar para o 112 ou simplesmente indo até a casa de A, de modo a afugentar a pessoa que ali se encontra infiltrada. Em nosso entender, a posição de garante de B nasce a partir do momento que A o contacta e conta a sua situação de perigo, aqui não deixamos de estar perante uma situação aleatória, ocasional, sendo que B é o único que tem conhecimento da situação de A e por isso o único que pode reagir, de alguma forma, em tempo útil. Assim, consideramos que não é a presença física a essencial, mas o conhecimento da situação de perigo e a capacidade de agir, a capacidade de evitar o resultado lesivo ao bem jurídico. Pois é importante reconhecer que, na prática, muitas vezes pode existir o conhecimento da situação de perigo, contudo, inexistente essa capacidade de agir. Acrescentar que, A ainda depositou a sua confiança em B, ou seja, no sentido de que o mesmo a socorreria e ao esperar pelo referido socorro não sentir a necessidade de pedir ajuda a mais ninguém, confiando, assim, em B.

Em segundo, José de Faria Costa considera que a responsabilidade penal nas situações de monopólio encontra-se no art.º 402.º do Código Civil, que refere: “A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça.” Assim, para este autor, a obrigação natural só é jurídica a partir do momento em que o “potencial obrigado” presta a obrigação e o que se passa na construção do dever jurídico de garante é a situação inversa pois a ordem jurídica responsabiliza o agente não por ele agir, mas por ele não ter agido.¹⁸³ Na situação de monopólio, o agente deve atuar de modo juridicamente relevante, devido por um imperativo de justiça.¹⁸⁴

Temos dúvidas quanto ao fundamento apresentado pelo autor, pois apesar de podermos afirmar que o ordenamento jurídico é um só e todas as áreas de Direito devem respeitar a Constituição da República portuguesa, sob pena de inconstitucionalidade, a verdade é que, este art.º 402.º do Código Civil, não parece respeitar o que é exigido pelo Direito Penal quanto a questão das omissões impuras, nomeadamente o art.º 10.º, n.º 2. Pois o artigo é extremamente claro ao exigir que o especial dever de agir deve nascer de “um dever jurídico” e não de deveres morais como refere o art.º 402.º do Código Civil.

Na doutrina alemã, temos Stratenwerth, também defensor da situação de monopólio como posição de garante, considerando que, nestas situações só é possível equiparar a omissão à ação nas situações limite, quando perante uma situação de perigo grave e

¹⁸³ Idem, p. 401 e 402

¹⁸⁴ Idem, ibidem

um bem jurídico de acrescida importância se pode salvar com um pequeno esforço¹⁸⁵, tal como defendido pelos autores acima.

4.3 Doutrina contra a situação de monopólio enquanto fonte material da posição de garante

Outra parte da doutrina, porém majoritária, considera que a situação de monopólio não pode gerar uma posição de garante.

Entre estes, começemos por Ricardo Oliveira de Sousa, que esclarece a sua posição através de uma situação que correu termos no Tribunal norte-americano, em que: “a senhora A jovem mãe de uma criança de 3 meses, sofria de uma doença mental grave que lhe proporcionava episódios de violência religiosa. Numa sexta-feira à noite, a seguir a um serviço religioso, a Senhora B (arguida), acolheu na sua residência a Senhora A, por esta não ter para onde ir. No domingo à tarde a Senhora A teve um ataque de violência e, na presença de B, espancou prolongada mente a filha de 3 meses provocando lhe ferimentos graves. A Senhora B nada fez para proteger a criança, para chamar as autoridades e procurar assistência médica. Após o episódio, a Senhora B acompanhou a Senhora A à uma igreja, regressando a casa mais tarde. Durante a noite a criança viria a falecer como decorrência dos espancamentos.”¹⁸⁶ Do que já foi exposto acima, claramente que aqui estamos perante uma situação que se subsume à situação de monopólio. No entanto, este autor não considera que recaia sobre B um especial dever jurídico de evitar o resultado. Isto porque, inexistente qualquer relação entre B e a criança e o autor considera estarmos perante meros deveres de solidariedade, “ainda que reforçados por um sentimento (não jurídico) de reduzida necessidade de esforço e risco.”¹⁸⁷ Deste modo, considera o autor que esta situação se encaixa no art.º 200.º do Código Penal.

Não concordamos com este pensamento. Primeiramente porque o autor ao considerar que estamos perante “meros deveres de solidariedade”, parece-nos começar por “desprezar” tal dever, que como será explicado melhor nos capítulos seguintes, não consideramos ser este um “dever moral”, mas sim um dever com valor axiológico-constitucional e, por isso, digno de tutela penal. Por outro lado, o autor considera que o tipo legal a aplicar nesta situação seria a omissão de auxílio, que tem como seu fundamento legitimador a própria solidariedade, o que nos dá a ideia, se não estamos em erro, que a solidariedade é digna de tutela penal apenas quando perante a omissão

¹⁸⁵ STRATENWERTH, Günter - Derecho Penal: Parte General I. El hecho Punible. Tradução de Gladys Romero, op. cit. p. 302 e 303

¹⁸⁶ SOUSA, Ricardo Oliveira de. op. cit. p. 260

¹⁸⁷ Idem, p. 261

de auxílio. Ou estaria o autor a basear a sua posição naquela que, na sua opinião, dará mais segurança jurídica? Pelo facto de a situação de monopólio não se encontrar expressa na lei, mas a omissão de auxílio sim. Que, de igual modo, não encontramos fundamento, pois a situação de monopólio como fonte material da posição de garante encontra a sua aplicação através do art.º 10.º que, como já analisado e pelas razões já expostas, o próprio artigo está revestido de segurança jurídica pois respeita o princípio da legalidade.

André Gonçalo considera que é excessivo responsabilizar aqueles que se encontram nas situações caracterizadoras da situação de monopólio como autores de uma omissão impura. Por se tratarem de situações em que o omitente não poderia “previsivelmente aceitar a posição de garante dos bens jurídicos de um terceiro”.¹⁸⁸ Considerando, desta forma, que aceitar a situação de monopólio como uma posição de garante pode conduzir a incerteza jurídica e conseqüentemente a violação do princípio da legalidade, pelo facto de qualquer pessoa poder ser responsabilizada penalmente.¹⁸⁹ Quanto a esta crítica, nos iremos nos debruçar nos capítulos seguintes.

Paulo Pinto de Albuquerque considera, de igual forma, que não há dever de garante na situação de monopólio, criticando, inclusive, o critério da “abissal desproporção” proposto por André Lamas Leite. Ou seja, é da opinião de que nas situações caracterizadoras da situação de monopólio deve ser aplicada a omissão de auxílio e não uma omissão impura. Considera que, a doutrina a favor da situação de monopólio recorre a uma equiparação da omissão à ação de forma ilegítima, de um ponto de vista político criminal, colocando em causa o princípio da legalidade por causa de uma pretensão de prevenção geral de perigos. Conclui o autor que o Direito Penal não pretende responsabilizar o pai que deixa o filho afogar-se e um estranho que deixa uma criança afogar-se da mesma maneira.¹⁹⁰

Maria Fernanda Palma tem, de certa forma, um pensamento diferente dos restantes autores. Primeiramente, a autora considera que, na situação de monopólio é feita uma equiparação da omissão à ação de forma ilegítima, pois fundamenta-se a existência de tal posição de garante com base numa auto vinculação implícita, o que, quanto a esta parte da sua posição, está de acordo com Paulo Pinto de Albuquerque. Ou seja, para

¹⁸⁸ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 137

¹⁸⁹ Idem, ibidem

¹⁹⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. op. cit. p. 74 e 75

esta autora, nos casos de “monopólio acidental”, não é possível ficcionar (de modo legítimo) qualquer aceitação ou auto vinculação do agente a um dever de evitar o resultado lesivo.¹⁹¹

Complementando, Maria Fernanda Palma acrescenta ao seu pensamento um exemplo, que, na sua opinião, dá lugar a responsabilidade penal por aplicação do monopólio enquanto fonte da posição de garante. Em que, A acompanha B a um hotel para ter relações sexuais, previamente contratadas, e A vem a ter um ataque cardíaco. Para esta autora, é possível imputar o resultado morte de A à B, considerando que nesta relação – em que “contratam o sexo” – existe uma “aceitação implícita de responsabilidade pelo próprio corpo um do outro (que abarca a vida de quem se prostitui)”.¹⁹²

Concluindo, apesar desta autora parecer não pertencer à doutrina que é a favor a situação de monopólio, como fonte da posição de garante, a verdade é que, pelo que retiramos, Maria Fernanda Palma apenas limita os casos em que é possível aceitar esta posição de garante. Estabelecendo como critério, se não estou em erro, a aceitação ou auto vinculação por parte do omitente no dever de evitar o resultado lesivo ao bem jurídico. Contudo, mesmo que esta interpretação fosse a correta, parece nos que seriam quase inexistentes os casos em que tal ocorreria, não dando uma resposta satisfatória ao que se propõe aplicar a situação de monopólio.

Taipa de Carvalho defende, de igual modo, que não existe posição de garante “relativamente à vida de uma pequena criança que se encontra em risco de morrer afogada no pequeno lago de um jardim.”¹⁹³ Considerando apenas que tal omissão dá lugar a omissão de auxílio, por mais “chocante” que seja. Este autor, confrontado com os deveres morais, ainda chama a colação ao estabelecido no art.º 152.º, n.º 1, alínea d) do Código Penal, que faz apelo às pessoas particularmente indefesas, exigindo, contudo, a coabitação entre a vítima e o agente, o que não sucede no típico exemplo. E por essa razão, como já mencionado nos capítulos anteriores, este autor encontra a solução numa possível alteração do art.º 200.º do CP, de forma que se inclua neste artigo situações que não configurem um dever jurídico, mas fundamentam um acrescido dever moral e social.¹⁹⁴

¹⁹¹ PALMA, Maria Fernanda - A teoria do crime (...). op. cit. p. 561

¹⁹² Idem, ibidem; O exemplo referido por Maria Fernanda Palma é semelhante ao caso *People vs. Beardsley*, 150 Mich. 206, 113 N.W. 1128, de 1907, mencionado por KADISH, Sanford H. e Stephen J. Schulhofer em Criminal Law and its processes: Cases and Materials. 7.º edição. New York: Aspen Law & Business

¹⁹³ CARVALHO, Américo Taipa de. op. cit. p. 562 e 563

¹⁹⁴ Idem, ibidem

4.4 Relação com o artigo 10.º do Código Penal

No desenvolvimento do que nos propusemos abordar, já muito foi falado e discutido o artigo 10.º do CP, núcleo do nosso trabalho. Mais concretamente, quanto ao art.º 10.º, n.º1 no capítulo 1.4 respeitante à clausula de equiparação e, quanto o n.º2, do mesmo artigo, no capítulo 2.4 a respeito do princípio da legalidade. Desta forma, iremos referir os pontos mais importantes do que já foi referido, para uma melhor compreensão deste capítulo.

Eduardo Correia, já no seu projeto de 1963 elaborou o artigo 7.º, de forma semelhante ao nosso atual art.10.º do CP. As diferenças entre os dois artigos encontram-se, essencialmente, no facto de que, no projeto de Eduardo Correia, a cláusula de equiparação da omissão à ação não referia a ressalva que hoje consta do atual art.º 10.º, n.º1, “salvo se outra for a intenção da lei.” Esta ressalva, na realidade, resulta de uma proposta de Figueiredo Dias no decurso dos trabalhos da Comissão Revisora.¹⁹⁵ E a outra diferença consta do art.º 7.º, n.º1 que referia que: “a comissão de um resultado por omissão é, todavia, punível quando o dever de agir for confirmado por um preceito legal, um contrato ou uma situação criada pelo omitente, que o constituam, pessoalmente, garante da não produção do resultado”¹⁹⁶, ou seja, não nos diz quando é que o agente tem ou não um especial dever de agir, mas demonstra de forma clara quais as “fontes” da posição de garante, ou seja, lei, contrato e ingerência.

Exposto isto, do n.º 1 do art.º 10.º consta a cláusula geral de equiparação da omissão à ação para os tipos de crimes que compreendem um resultado. Assim, recorrendo as palavras do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 37/12.7JACBR.C1. S1 de 27/11/2013, que passo a citar: “Nos termos do art.10º do CP, se um comportamento omissivo provocar um certo resultado típico, é de considerá-lo, para efeitos penais, como se tivesse sido produzido por ação (ou seja, se não fosse a omissão, o resultado não se teria produzido). A ação omitida encontra-se em conexão legal com o resultado produzido, ou seja, a afirmação de causalidade com a omissão do fazer positivo existe sempre que este ato hipotético tivesse impedido o resultado. Há que afirmar a causalidade quando não é possível imaginar a ação esperada sem que desapareça o resultado.”

No art.º 10.º, n.º 2 o legislador acrescentou “o critério de responsabilização do omitente pelo resultado, o critério do dever jurídico pessoal do garante.”¹⁹⁷

¹⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1072

¹⁹⁶ CORREIA, Eduardo (1963) - Código Penal. Projeto da Parte Geral. p. 76

¹⁹⁷ CARVALHO, Américo Taipa de. op. cit. p. 558 e 559

Assim, o n.º 1 do art.10.º diz respeito a omissão do agente, ou seja, o omitente que por si só dá lugar a responsabilidade penal, enquanto, o n.º 2 diz respeito ao círculo de autores, ou seja, determina se aquele que não evitou o resultado lesivo pode ou não ser responsabilizado por uma omissão impura, que se mostra mais grave que a omissão pura.

O que se pretende é que o agente, perante uma situação de perigo, cumpra com o seu dever, fazendo tudo ao seu alcance para evitar o resultado lesivo.

Quanto a questão da “pessoalidade” do art.º 10.º n.º 2, parece-me clara, no sentido de que, o dever de evitar o resultado surge devido à pessoa em questão, titular de determinadas características que são geradoras desse mesmo dever (como um pai em relação ao filho, um cônjuge em relação ao outro cônjuge, ou a baby-sitter em relação à criança que ela foi contratada para cuidar).

Assim, o estabelecido no art.º 10, n.º 2 “quando sobre o omitente recaia um dever jurídico que pessoalmente obrigue a evitar o resultado” exclui, expressamente, os deveres morais, enquanto fundamentadores da equiparação.¹⁹⁸

A nosso entender, o importante está em determinar o que é um dever jurídico, que não apresenta dificuldades quanto às demais fontes da posição de garante, mas considerar que o especial dever de agir tem como base a solidariedade na situação de monopólio, parece suscitar mais dúvidas na doutrina, pois, de acordo com a mesma isso conduziria a uma extensão drástica da punibilidade.

Mas antes de nos debruçarmos sobre a questão do dever jurídico, faremos uma análise dos restantes elementos do art.º 10.º em relação a situação de monopólio, a fim de entendermos se são compatíveis entre si.

Primeiramente, quanto o n.º 1 do art.10.º parece-nos encaixar no entendimento da fonte em questão, pois, recorrendo ao típico exemplo da criança que se afoga no lago, deixá-la afogar-se quando facilmente e sem risco nenhum (para o omitente) poderia se salvar a vida da criança, em termos de desvalor do resultado, é precisamente o mesmo que atirar uma criança ao lago para que esta se afogue. Deste modo, consideramos que as situações que se encaixam na situação de monopólio são perfeitamente suscetíveis de equiparação da omissão à ação.

Quanto ao n.º 2 do art.10.º que, de certa forma, é dividido em dois elementos, dever jurídico e pessoalidade. Começaremos pela questão da pessoalidade que é a que determina o especial dever de agir daquela pessoa. Na situação de monopólio esta pessoalidade é caracterizada pela aleatoriedade e pelo facto de aquela pessoa (ou pessoas, desde que determináveis) ser a única que, em tempo útil, pode evitar o

¹⁹⁸ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro. Abr.-Jun. 1986. op. cit. p.42

resultado lesivo aos bens jurídicos da vítima, ou seja, aquela pessoa detém o domínio do facto, cabendo a ela decidir se o resultado se produzirá ou não.

Quanto ao segundo elemento, cumpre-nos esclarecer qual é esse dever jurídico que, aleatoriamente, pode colocar alguém em posição de garante, ou seja, na obrigação de evitar o resultado. Este ponto prende-se, igualmente, com a problemática da solidariedade e até que ponto o Direito Penal exige que sejamos solidários uns com os outros, visto que o que prevalece é a responsabilidade de cada um por si.

Se formos através do conceito de “dever jurídico”, repartindo a expressão “dever jurídico”, em que de um lado temos um dever, uma obrigação (“obligatio”), que corresponde a uma situação em que alguém deve fazer algo ou deixar de fazer determinada coisa e, por outro lado, o “jurídico” que, de forma sucinta, corresponde aquilo que advém da própria Lei, lei no sentido lato. Assim, quando falamos de um dever jurídico, em Direito Civil, referimo-nos a uma situação jurídica passiva, em que “os titulares destas situações jurídicas estão sujeitos a normas que proíbem e outras que impõe certos comportamentos – está-se juridicamente obrigado a essa situação desvantajosa.”¹⁹⁹ Parece-nos que a resposta seria encontrada nas fontes jurídicas. Contudo, sabemos que recorrendo ao próprio conceito acabamos por cair na teoria formal das posições de garante. Porém, como esta já se mostrou insuficiente, seguimos uma teoria material-formal, o que demonstra que este elemento não pode ser analisado por si só mas em articulação com a personalidade.

Reconhecendo o facto de que a situação de monopólio se encaixa nas fontes materiais da posição de garante, e esta procura a fonte da posição de garante através da relação material entre o omitente e o bem jurídico tutelado, independentemente de existir ou não na lei algo respeitante à fonte da situação de monopólio, como acontece com a relação de pai e filho ou entre cônjuges, nós continuamos a afirmar a existência da relação entre o omitente e o bem jurídico tutelado, que simplificando pode-se dizer que é o domínio do facto na situação de monopólio.

Consideramos ainda que, afirmar que a solidariedade é apenas um dever moral, parece-nos conduzir a um erro, pois se o fundamento legitimador da omissão de auxílio é e pode ser a solidariedade é porque o próprio legislador não vê a solidariedade como mera obrigação moral, daí que, na nossa opinião, a solidariedade é e pode ser fundamento deste dever nas omissões ditas impuras.

¹⁹⁹ Maria do Rosário Palma Ramalho (2015/2016) – Sebenta Teoria Geral do Direito Civil. Associação académica da faculdade de direito de lisboa. [Consult. 10 de Jul. 2023]. Disponível em <<https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/Sebenta-TGDC-I-DNB.pdf>>. p. 18

Num Estado individualista, a noção de que cada um é responsável por si, sempre prevalecerá. Contudo, não falamos de meras questões do dia a dia quando propomos a aplicação desta posição de garante, nem tão pouco o que se pretende é que as pessoas passem a intrometer-se na vida uns dos outros com medo de que lhe sejam imputadas responsabilidades penais. Falamos de situações específicas, perigos iminentes, pessoas vulneráveis perante a sua situação de perigo, de um domínio sobre o facto e de bens jurídicos específicos, tidos como fundamentais, que estejam em perigo.

4.5 Situação de monopólio vs Omissão de auxílio

Chegados aqui, pode se perceber alguma semelhança entre a situação de monopólio (art.º 10.º, n.º 2) e a omissão de auxílio (art.º 200.º). Semelhança esta que suscita problemas quanto ao âmbito de aplicação das mesmas, ou seja, quanto à sua delimitação. Neste capítulo propomo-nos analisar as semelhanças e diferenças entre as duas figuras e, deste modo, concluir em que situações cada um delas é aplicada. Esta delimitação é importante na medida em que, responsabilizar alguém juridico-penalmente pelo resultado dada a posição de garante de que é titular (omissão impura) ou por uma omissão de auxílio (omissão pura) é completamente diferente. Desde logo, porque a nível da moldura penal, as omissões impuras por se relacionarem com um resultado e se equipararem ao comportamento ativo têm uma moldura penal mais grave do que as omissões puras. Assim, antes demais, faremos uma breve análise do tipo legal da omissão de auxílio.

A omissão de auxílio, tipificada no art.º 200.º do CP, esta inserida no capítulo “dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais”, e no seu n.º 1 estabelece que: “Quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, deixar de lhe prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo, seja por ação pessoal, seja promovendo o socorro, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.” Primeiramente, do texto da lei, através do “Quem”, conseguimos retirar que o agente pode ser qualquer pessoa (crime comum), ou seja, o dever geral de auxílio recai sobre todos e não sobre um círculo determinado de agentes.

Em segundo lugar, é um tipo legal que recai apenas sobre bens jurídicos pessoais, como a vida, integridade física e a liberdade, onde se inclui a liberdade pessoal, sexual e a

autodeterminação sexual, de outra pessoa²⁰⁰²⁰¹, tratando-se de um tipo legal de crime pluriobjetivo.²⁰² E tais bens jurídicos têm de se encontrar efetivamente em perigo, não se basta com uma conduta apta a produzir um perigo, ou seja, é um tipo de perigo concreto.

Sendo que, no que diz respeito à “grave necessidade” exige-se que o perigo dos referidos bens jurídicos seja ele iminente e grave.²⁰³

Quanto à situação do desastre o legislador faz uma enumeração meramente exemplificativa (incluindo-se nas situações de desastre os incêndios, epidemias e explosões)²⁰⁴, em que as situações de perigo podem ser causadas tanto por ação humana, mesmo que seja através de uma ação involuntária ou até de uma ação daquele que se encontra em perigo e por força da natureza.²⁰⁵

Por último, no que diz respeito à conduta ilícita deste tipo legal, ou seja, à não prestação de auxílio adequado, necessário ao afastamento do perigo, esta está ligada à possibilidade ou capacidade de prestar o auxílio necessário. Sendo que, esta prestação de auxílio pode ser feita por ação pessoal ou promovendo o socorro, como chamar a ambulância, e deverá ser analisada de acordo com o caso concreto, ou seja, feito um juízo de prognose, questionar se aquele auxílio era ou não adequado a afastar o perigo.²⁰⁶

Quanto ao art.º 200.º, n.º 3, que estabelece que: “A omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente ou quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível.” Aqui encontramos estipulada, uma situação de exclusão da ilicitude da omissão, que justifica o porquê do comportamento omissivo – quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente – e uma causa de exclusão da culpa que diz respeito a cláusula geral da não “exigibilidade”, ou seja, quando não é censurável.²⁰⁷

²⁰⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. op. cit. p. 539

²⁰¹ A acrescentar que, o tipo legal da omissão de auxílio não abarca bens jurídicos patrimoniais, nem aqueles que sejam de valor elevado. O que significa que a proteção desses bens jurídicos não pode ser feita através deste tipo. A sua proteção, nos delitos omissivos, só vinculará aquelas pessoas sobre quem recai, de acordo com art.º 10.º, n.º 2, uma posição de garante (CARVALHO, Américo Taipa (2012) - Comentário do art.º 200.º. In DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial: Artigos 131.º a 201.º. 2.º edição. Coimbra: Coimbra Editora. p. 847); Américo Taipa de Carvalho, na mesma obra, considera que os bens jurídicos patrimoniais de valor elevado deveriam ser incluídos neste tipo legal de crime, dando o exemplo de uma floresta, um monumento, instalações fabris, pensamento com o qual concordamos (CARVALHO, Américo Taipa de – Comentário do art.º 200.º (...). op. cit. p. 847)

²⁰² CARVALHO, Américo Taipa de – Comentário ao art.º 200.º (...). op. cit. p. 848

²⁰³ Idem, p. 849; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. op. cit. p. 540

²⁰⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. op. cit. p. 540

²⁰⁵ Idem, ibidem; CARVALHO, Américo Taipa de. Comentário ao art.º 200.º (...). op. cit. p. 849

²⁰⁶ CARVALHO, Américo Taipa de. Comentário ao art.º 200.º (...). op. cit. p. 850

²⁰⁶ Idem, ibidem

²⁰⁷ CARVALHO, Américo Taipa de. Comentário ao art.º 200.º (...). op. cit. p. 854 e 857; Américo Taipa de Carvalho considera que o n.º 3 do art.º 200.º é desnecessário, pois as causas de exclusão de punibilidade

Outras situações mais comuns que podem levar à não responsabilidade criminal do omitente, por serem consideradas causas de exclusão da culpa, são: quando o necessitado de auxílio se opõe que o terceiro lho preste; conflito de deveres; direito de necessidade (que não se aplica quando perante a necessidade de preservar bens jurídicos patrimoniais do omitente); e conflito de deveres desculpante e falta de consciência da ilicitude não censurável (n.º 1, art.º 17.º).²⁰⁸

Antes de concluirmos com a análise do crime de omissão de auxílio, de forma isolada, é importante referir que para a maior parte da doutrina portuguesa o fundamento legitimador do crime de omissão de auxílio é a solidariedade.²⁰⁹

Exposto isto, podemos nos debruçar mais detalhadamente sobre as semelhanças entre a situação de monopólio e a omissão de auxílio.

Começando pelas semelhanças, primeiramente, somos do entender que a situação de monopólio também só deva ser aplicada quando estejamos perante bens jurídicos pessoais, como a vida, integridade física e a liberdade (entendida em sentido amplo) e não bens jurídicos patrimoniais, deixando a salvaguarda destes para as demais fontes da posição de garante. Tal como sucede com a omissão de auxílio, na situação de monopólio temos de estar perante um perigo grave, iminente ao bem jurídico de terceiro. O perigo para o bem jurídico de terceiro pode ter sido criado tanto por ação humana como por força da natureza. A prestação de auxílio tem de ser apta a afastar o perigo para o bem jurídico e, de igual forma, pode ser a mesma prestada pelo próprio ou promovendo o socorro.

Quanto ao art.º 200º, n.º 3, este aplica-se não só na situação de monopólio como também a todas as fontes da posição de garante, pois deixa de ser exigível que o titular da posição de garante afaste o resultado lesivo ao bem jurídico do terceiro quando coloque em risco a sua própria vida ou integridade física, de modo grave.

Desta forma, passaremos para a análise das diferenças entre os dois tipos legais em questão. Para começar, estamos perante dois tipos de omissão distintos e por isso, seguem regimes distintos. A moldura penal da omissão de auxílio está expressamente determinada no tipo legal, enquanto que, a moldura penal aplicada as situações de monopólio depende do tipo de crime que se preenche com o comportamento omissivo. Dependendo do tipo de crime que é preenchido, pode dar lugar a uma pena muito mais

que estipula são, de certa forma, óbvias.; HENRIQUES, Manuel de Oliveira Leal e Manuel José Carrilho de Simas Santos (2002) - Código Penal Anotado. Vol. II. 2.º edição. Lisboa: Rei dos Livros. p. 411

²⁰⁸ Idem, p. 854 a 858

²⁰⁹ CARVALHO, Américo Taipa de - Comentário ao art.º 200.º (...). op. cit. p. 846; COSTA, José de Faria - Direito Penal. op. cit. p. 491; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. op. cit. p. 539; HENRIQUES, Manuel de Oliveira Leal e Manuel José Carrilho de Simas Santos - Código Penal Anotado. Vol. II. op. cit. p. 410

elevada do que a que se verificaria se fosse por omissão de auxílio, daí a importância em determinar quando se aplica um e quando se justifica a aplicação do outro tipo legal. É ainda de salientar que para que o omitente seja responsabilizado jurídico-penalmente pela fonte da situação de monopólio é necessário que o resultado lesivo ao bem jurídico de terceiro se verifique, não é o que sucede com a omissão de auxílio, em que não é necessário o resultado para que o omitente seja responsabilizado. E por essa razão, no crime de omissão de auxílio, ao contrário do que sucede com os delitos de omissão impura, não entra em causa o problema da adequação da conduta à produção do resultado, pois, mais uma vez, trata-se de um crime de mera atividade.²¹⁰

No exemplo real designado por “Kevin Carter’s Photograph”, que ocorreu em março de 1993, em que um fotógrafo profissional tirou uma fotografia de uma criança que rastejava (enfraquecida por falta de alimento) em direção aos centros de resgate próximos, em busca de comida e abrigo, enquanto um abutre se encontrava parado por trás da criança, à espera que a mesma perdesse a vida para a comer. O fotógrafo clama ter ficado mais de 20 minutos a espera que o abutre abrisse as asas para que tirasse uma melhor fotografia e como não aconteceu ele apenas tirou a fotografia. Tirada a fotografia, ele afugentou o abutre da criança, deixando-a ali. Perante a situação descrita, deixar ali a criança, sem auxílio, resultaria a morte da mesma. Esta situação provoca, como muitas outras, um claro alarme social que, na nossa opinião, pode ser resolvido pelo Direito Penal. Aqui encontramos preenchidos, cumulativamente, os requisitos da abissal desproporção “entre o bem jurídico em perigo e a atuação positiva que o agente poderia empreender para a respetiva salvaguarda”. Aqui o meio necessário para afastar o perigo bastava-se com o pegar na criança e levá-la ao centro de resgate. Contudo, não sendo um caso que tenha dado origem a um processo penal, o fotógrafo não foi responsabilizado jurídico-penalmente. De qualquer das formas, podemos concluir que, Kevin Carter estava claramente investido numa posição de garante, devido a clara e abissal desproporção entre o bem jurídico em perigo e a atuação que o mesmo poderia empreender para salvar a vida da criança. Por essa razão, seria responsabilizado jurídico-penalmente por um crime de homicídio por omissão, caso a criança tenha perdido a vida, não tendo a mesma perdido a vida já estaríamos perante uma tentativa de homicídio por omissão.

O círculo de autores tanto num como no outro, não é o mesmo. Pois a omissão de auxílio abarca um dever geral de auxílio, abrangendo todos os cidadãos, não é o mesmo que sucede com a situação de monopólio. Nesta última temos de estar perante um dever

²¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo Dias – A propósito da ingerência (...). op. cit. p. 56

jurídico que pessoalmente obrigue a evitar o resultado. Inclusive, não podemos confundir o dever de “prestar auxílio que se revele necessário ao afastamento do perigo” (omissão de auxílio) com a atuação necessária ao afastamento do evento que estiver em causa (situação de monopólio).²¹¹ E como refere Maria de Saro Negrão, “ainda que o motivo da incriminação entre omissão própria e imprópria seja o mesmo, o dever de atuar no delito de omissão de auxílio representa um minus relativamente ao dever de atuar resultante da omissão imprópria.”²¹²

A omissão de auxílio, ao contrário das situações de omissão impura, está pensada para as situações em que o comportamento omissivo não comporta o mesmo “quantum de desvalor objetivo que o facere capaz de provocar aquele concreto resultado”, e por essa razão, “ao omitente nunca é imputável a lesão do bem jurídico titulado pelo carecido de proteção, mas antes a lesão da “solidariedade humana ou social”.²¹³

Acresce que, para estarmos perante a situação de monopólio, como acima já defendemos, é necessário, para grande parte da doutrina, que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos da abissal desproporção. Na abissal desproporção, o nada fazer do omitente contribui para a manutenção do risco.²¹⁴

Assim, numa situação em que um ciclista sofre um acidente e lesiona gravemente o seu tornozelo, não podemos considerar que aquele que omite auxílio tenha uma posição de garante. Isto porque, no caso concreto, não podemos sequer equiparar a omissão à ação, visto que, como mencionado acima, o comportamento omissivo não comporta o mesmo desvalor do resultado que o facere, ou seja, não se justifica que aquele que omite possa ser responsabilizado jurídico-penalmente por ofensas a integridade física por omissão.

Se estivermos perante a típica situação da criança que se afoga no lago, e para salvá-la basta esticar o braço, puxando-a, ou seja, com um mínimo esforço evita-se a morte da referida criança, estamos perante uma situação de monopólio ou omissão de auxílio quando perante um comportamento omissivo? Pelo já referido no desenvolver do trabalho, consideramos estarmos perante uma situação típica de aplicação da situação monopólio. Pois estamos perante um bem jurídico (vida) em perigo iminente e grave, a pessoa que passeia a beira do lago é a única que pode afastar o resultado lesivo ao bem jurídico, para evitar a lesão ao mesmo não é necessário grande esforço e nem lesaria os bens jurídicos do próprio. Ou seja, por outras palavras, estão preenchidos cumulativamente os requisitos da abissal desproporção. Contudo, ao analisarmos o art.^o

²¹¹ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro - Sobre a omissão impura (...). op. cit. p.35

²¹² NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro. Abr.-Jun. 1986. op. cit. p. 45

²¹³ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 265

²¹⁴ Idem, p. 266

200. ° percebemos que o caso se subsume, igualmente, ao n. ° 1 do mesmo artigo. Então, a situação de monopólio não colocará em causa a aplicação do crime de omissão de auxílio? Não retirará o âmbito de aplicação deste último?

A resposta à questão, em nosso entender é negativa. Pois a situação de monopólio e a omissão de auxílio têm casos “próprios e independentes de atuação” permitindo-nos concluir que se possam verificar situações de concurso, ou seja, o conteúdo de ilícito de ambos é distinto.²¹⁵ E é sobre a questão do concurso entre os dois tipos que iremos nos debruçar no próximo capítulo.

4.6 Concurso entre a situação de monopólio e a omissão de auxílio

Tal como a omissão, as situações de concurso também surgem como uma das formas especiais do aparecimento do crime. O concurso está tipificado no nosso CP no art.º 30.º²¹⁶, que estabelece que: “O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.” Assim, o nosso legislador considerou que o critério para determinar se estamos perante uma unidade de crimes ou pluralidades de crimes é o tipo legal de crime violado.²¹⁷ Eduardo Correia considera que uma “pluralidade de crimes significa pluralidade de valores jurídicos negados”, assim, se o comportamento do agente preenche vários tipos legais de crimes, se negam diversos valores jurídico-criminais.²¹⁸

Concluindo, dizemos que estamos perante um concurso de crimes quando a todo ilícito praticado pelo agente “são concretamente aplicáveis mais que uma norma, ou a mesma norma várias vezes.”²¹⁹

Distingue-se da figura do concurso de crimes, acima referida, o concurso aparente impuro ou impróprio. Estamos perante um concurso aparente de crimes quando no “comportamento global, se verifica uma absoluta dominância ou prevalência de um sentido de ilícito sobre outro ou outros sentidos de ilícitos concorrentes, mas assim dominados, subordinados, dependentes ou acessórios”.²²⁰ Ou seja, quando um tipo de crime consegue abarcar todo o ilícito praticado, apesar de o comportamento criminoso

²¹⁵ NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986) - Sobre a omissão impura (...). op. cit. p. 36; LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 264 e 265

²¹⁶ Sendo que, apenas o concurso efetivo encaixa-se nesta norma legal, não existindo até os dias de hoje uma norma expressa que diga respeito ao concurso aparente, fazendo a sua aplicação e construção depender do intérprete (DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1201 e 1202)

²¹⁷ FARIA, Maria Paula Ribeiro de (2017) - Formas Especiais do Crime. Porto: Universidade Católica Editora. p. 373

²¹⁸ Eduardo Correia (1993) - Direito Criminal. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, p. 200-201; DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1169

²¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1168

²²⁰ Idem, p. 1168

subsumir-se a vários tipos legais de crimes, mas sem que possamos falar de crimes autónomos.²²¹ Este concurso decorre do princípio *ne bis in idem*, segundo o qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo crime (art.º 29.º, n.º5 da CRP). Por outro lado, estamos perante um concurso efetivo de crimes quando se verifica “uma pluralidade de sentidos de ilícito do comportamento global”²²², ou seja, as diversas normas abstratamente aplicáveis concorrem paralelamente na aplicação concreta. Quanto a consequência jurídica do concurso efetivo são aplicáveis as regras do cúmulo jurídico, previsto no art.º 77.º e 78.º do CP. Já definidos cada um dos concursos passaremos para a análise mais concreta do concurso aparente que é aquele que apresenta mais dificuldades e, desta forma, atenderemos as conclusões relativas ao concurso entre a situação de monopólio e a omissão de auxílio.

4.6.1 Concurso de normas aparente, impuro ou impróprio

Segundo a doutrina mais comum, o concurso de crimes aparente é composto essencialmente por três categorias, das quais: relação de especialidade, subsidiariedade e consunção.²²³

A relação de especialidade decorre do princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), que determina que a norma especial prevalece sobre a norma geral. Isto é assim porque a norma especial adapta-se melhor ao caso concreto, ou seja, “uma das normas concorrentes contempla o facto de forma mais específica do que as restantes, dando-se preferência aplicativa à lei especial.”²²⁴ Sendo que, a determinação da norma especial é feita através da comparação entre as normas, pela interpretação.²²⁵ A relação de especialidade é a única que obtém unanimidade na doutrina.²²⁶ Os casos típicos onde encontramos a relação de especialidade são entre o tipo fundamental, caso do homicídio simples (art.131º), e entre o tipo qualificado, caso do homicídio qualificado (art.132º), e entre o tipo fundamental e os tipos privilegiados, caso do homicídio privilegiado (art.133º).

²²¹ FARIA, Maria Paula Ribeiro de. op. cit. p. 381 e 382

²²² DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1168

²²³ A doutrina diverge quanto a aceitação e quanto as próprias noções das três categorias, há quem acrescente a alternatividade e há quem aceite apenas especialidade e consunção, como Cavaleiro de Ferreira (FERREIRA, Cavaleiro de (1973) - Direito Penal: Apontamentos das Lições aos cursos do 5.º Ano Jurídico. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa. p. 202 e 203)

²²⁴ FARIA, Maria Paula Ribeiro de. op. cit. p. 384; SILVA, Germano Marques da (2020) - Direito Penal Português: Introdução e Teoria da Lei Penal. Lisboa: Universidade Católica Editora. p. 281

²²⁵ SILVA, Germano Marques da - Direito Penal Português. op. cit. p. 281

²²⁶ FERREIRA, Cavaleiro de - Direito Penal, op. cit. p. 202; FARIA, Maria Paula Ribeiro de. op. cit. p. 384

A relação de consunção deriva do princípio *lex consumens derogat legi consumptae*, verificando-se quando o crime previsto por uma norma é absorvido pelo crime previsto por outra norma²²⁷, ou seja, quando da realização de um tipo de crime (mais grave) inclui, em regra, a realização de um outro tipo de crime (menos grave), excluindo-se assim a aplicação do tipo de crime menos grave, pelo facto de que o tipo mais grave abarca por si só todo o ilícito praticado.²²⁸ Assim, a relação de consunção pressupõe uma comparação entre os tipos legais autónomos e uma unidade normativa entre factos, exigindo uma relação de similitude ou proximidade valorativa entre os bens jurídicos protegidos pelas normas em confronto.²²⁹

Por último, temos a relação de subsidiariedade, que decorre do princípio da subsidiariedade (*lex primaria derogat legi subsidiariae e o princípio da exclusão*).²³⁰ Esta acontece porque certas normas penais intervêm de forma subsidiária, quando o facto seja punido por uma outra norma mais grave²³¹, ou seja, existe quando “da relação das normas uma delas só se aplica quando uma outra não tiver possibilidade de ser aplicada, seja por imposição expressa da lei, ou através de um raciocínio de interpretação”.²³² A figura típica da norma subsidiária está contida na principal.²³³

Exposto isso, podemos encontrar casos de subsidiariedade expressa e casos de subsidiariedade tácita/implícita. A subsidiariedade expressa ocorre quando a própria lei o estabelece contendo no texto a cláusula de que a sua aplicação está subordinada à não aplicação dessa outra, temos por exemplo o caso dos art.º 281.º, 304.º, 152.º, entre outros. Tácita será “quando o facto incriminado por uma norma entra como elemento constitutivo do facto incriminado por outra norma, de modo que a presença do último exclui a simultânea punição do primeiro.”²³⁴, como por exemplo a relação entre o crime de perigo e o crime de dano, em que o primeiro será sempre subsidiário em relação ao segundo, ou o crime negligente em relação ao crime de dolo, em que o primeiro é subsidiário em relação ao segundo, exceto quando a própria lei exclua a existência de dolo como delimitação negativa da previsão legal, ou o caso de um crime de ação e um crime de omissão, em que o último recua em relação ao primeiro, entre outros.²³⁵

²²⁷ SILVA, Germano Marques da - Direito Penal Português, op. cit. p. 290

²²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo (1976) - Direito Penal: Sumários. Coimbra: Universidade de Coimbra. p. 105 e 106

²²⁹ FARIA, Maria Paula Ribeiro de. op. cit. p. 390

²³⁰ SILVA, Germano Marques da - Direito Penal, op. cit. p. 284

²³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo (1976) – Sumários. op. cit. p.

²³² BELEZA, Tereza Pizarro - Direito Penal. Vol. I. op. cit. p. 456

²³³ SILVA, Germano Marques da - Direito Penal Português, op. cit. p. 285

²³⁴ Idem, p. 286 a 288

²³⁵ BELEZA, Tereza Pizarro - Direito Penal. Vol. I. op. cit. p. 456 a 460

Como já verificado no capítulo anterior, pelo fato de a situação dita de monopólio e a omissão de auxílio terem campos de atuação distintos é que é possível verificarem-se situações de concurso. Delimitadas as situações existentes de concursos de normas e de crimes, podemos nos debruçar sobre a questão do concurso de crimes entre as referidas omissões.

A maior parte da doutrina considera que na relação entre as normas do n.º 2 do art.10.º e a omissão de auxílio existe um concurso aparente de crimes, ou seja, apenas uma das normas é aplicada, encaixando-se numa relação de subsidiariedade.²³⁶ Assim, consideram que o crime de omissão de auxílio é uma norma subsidiária em relação aos crimes do n.º 2 do art.º 10.º. Figueiredo Dias, a propósito da ingerência, ainda refere que “a omissão de auxílio só entra em questão onde não exista um dever de garante do agente pela não verificação de um resultado típico.”²³⁷

Partindo deste pensamento, a relação de concurso entre a situação de monopólio e a omissão de auxílio é uma relação de subsidiariedade implícita, aplicando-se o n.º 2 do art.º10.º conjugado com a norma do tipo de crime em causa.

Partindo de um caso real, “The Richmond High School Case”, em que uma menina de 15 anos foi abusada sexualmente e violentamente agredida na escola por cerca de dez homens, à 24 de Outubro de 2009.²³⁸ O crime foi cometido durante uma festa na escola, sendo que mais tarde verificou-se que cerca de dez pessoas se limitaram a observar enquanto tiravam fotos e faziam vídeos nos seus telemóveis, sem que nenhuma delas nada fizesse para socorrer a menina ou chamar por ajuda. As pessoas que presenciaram o ocorrido e nada fizeram, deveriam ser responsabilizadas juridico-penalmente por um crime de ofensas a integridade física (simples ou grave) por omissão (artigos 143.º e 144.º CP) em concurso efetivo com um crime de violação por omissão (art.º 164.º CP) ou apenas por omissão de auxílio? O caso concreto subsume-se às duas formas de omissão, sendo que, pelo facto de serem dez os autores do crime, ou seja, um número avultado de pessoas, à partida, a forma mais eficaz de ajudar a menina seria chamar os seguranças da escola secundária e em seguida a polícia. Contudo, limitaram-se a observar e a “guardar memórias” da atrocidade nos seus telemóveis. Daí que, a relação de subsidiariedade resolve perfeitamente esta situação. Pois exclui-se a aplicação do crime de omissão de auxílio, considerando que detêm todos os omitentes

²³⁶ SANTOS, André Gonçalo dos. op. cit. p. 123; NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro. Abr.-Jun. 1986. op. cit. p. 48; CARVALHO, Américo Taipa de – Comentário ao art.º 200.º (...). op. cit. p. 862; PALMA, Maria Fernanda - DP.PG, A teoria da infração (...). op. cit. p. 84-85

²³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - “A propósito da ingerência” (...). op. cit. p. 55

²³⁸ Studious Guy – 8 Bystander Effect Examples in Real Life.

um dever de garante de evitar ou afastar o resultado lesivo aos bens jurídicos da menina com base na fonte material denominada de monopólio. Através do pensamento de Figueiredo Dias e André Lamas Leite, com o qual concordamos, o facto de estarmos perante mais do que uma pessoa capaz de evitar o resultado, não lhes retira a posição de garante e o respetivo dever de agir e do prisma da culpa e da ilicitude reclama uma punição mais severa.

Concluindo, esta mostra-se a solução mais acertada porque quando perante duas normas que preveem o mesmo fato concreto, deve ser aplicada aquela que consegue abarcar o ilícito criminal praticado e apresenta a pena mais grave por se considerar que é esta que mais “completamente realiza os fins da ordem jurídica penal.”²³⁹

Por outro lado, André Lamas Leite, que é o único autor que se debruça, desenvolvidamente, sobre a questão do concurso entre a situação de monopólio e a omissão de auxílio, que, ao contrário da posição acima referida, considera também existir um concurso aparente mas que deve ser resolvido nos termos da consunção pura, em que se dá preferência a “abissal desproporção” face à omissão de auxílio, ou seja, a posição de garante consome aquela.²⁴⁰

No fundo, apesar de aplicadas relações de concurso aparente distintas, o resultado é o mesmo, ou seja, perante o conflito de normas a situação de monopólio prevalecerá, excluindo-se a aplicação da omissão de auxílio.

²³⁹ SILVA, Germano Marques da - Direito Penal Português. op. cit. p. 285

²⁴⁰ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 265; por considerar que em sede de concurso aparente distingue apenas as relações de especialidade e de consunção.

5. Tomada de Posição

Depois da nossa análise ao crime omissivo impróprio, nomeadamente o especial dever de agir derivado da situação de monopólio, conseguimos por fim adotar uma posição.

Apesar da mesma já ter sido encaminhada ao longo do trabalho, a verdade é que consideramos que a situação de monopólio pode configurar-se como uma posição de garante. Não só porque consideramos que estão ultrapassadas as problemáticas relativas ao princípio da legalidade em relação às fontes da posição de garante nas omissões impuras. Cremos que, de acordo com o critério da abissal desproporção, ficam bem delimitadas as situações que tipicamente se encaixam na fonte em questão e que por isso podem dar lugar a um dever de evitar os resultados lesivos aos bens jurídicos e não apenas a uma omissão de auxílio.

No nosso entendimento, é importante considerar que há casos que dão lugar a um especial dever de agir porque nem todas as situações que se subsumem, atualmente, ao tipo da omissão de auxílio esgotam o verdadeiro desvalor do resultado. Deste modo, é importante analisar se a equiparação da omissão à ação, em determinadas situações, é ou não possível. Pois desconsiderar a situação de monopólio como uma fonte da posição de garante pode levar a que situações com o mesmo desvalor do *facere* sejam punidas através de uma omissão pura, em que não há uma equiparação da omissão à ação, sendo o omitente beneficiado, a partida, por uma pena mais leve, injustificadamente.

É tarefa do Direito Penal assegurar “o cumprimento inderrogável da defesa da convivência pacífica dos homens, da manutenção ou da promoção daquele mínimo de homogeneidade dos seus valores fundamentais, objeto de consenso ético que é condição essencial de sobrevivência e desenvolvimento de uma comunidade política organizada.”²⁴¹ Na situação de monopólio é o próprio desvalor do resultado, equiparado ao do comportamento ativo, que justifica a sua admissão como uma posição de garante. Na realidade, continuar a rejeitar tal fonte é continuar a aceitar uma inércia dos cidadãos face a proteção necessária de bens jurídicos, tais como a vida, integridade física, liberdade pessoal. O que, na nossa opinião, não pode ser admitido pelo Direito Penal. Pois como recorrentemente observamos, nos dias de hoje, aqueles que nada fazem para ajudar, mantêm-se ali a observar o momento da prática do crime e/ou observar o sofrimento de terceiro e muitas vezes, a filmar e tirar fotografias do ocorrido. Ou seja, a

²⁴¹ APUD ASSUNÇÃO, Maria Leonor (1994) - Contributo para a interpretação do artigo 219.º do Código Penal (o crime de omissão de auxílio). Coimbra: Coimbra Editora, p. 43 (a autora retirou esta frase de Mario Romano “Secolarizzazione e sistema dei Reati”. in Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno. vol. II, Giuffrè. ED. Milano, 1981. p. 1301. que não tem traduzido para nenhuma língua que entendamos)

par da crítica na doutrina da possível intromissão injustificada na vida de terceiros, violando a liberdade pessoal de cada um, encontramos a aceitação de que os crimes, mesmo praticados à luz do dia, numa zona povoada terão uma taxa de sucesso elevada, visto que, considera-se que ninguém tem o dever de evitar resultados lesivos aos bens jurídicos de terceiros. Sem pôr de parte o facto de que parar no local e filmar e/ou fotografar, na nossa opinião, dá lugar a uma agravação da pena, ou melhor, à exclusão da aplicação do art.º 10.º n.º 3.

De certa forma, o ordenamento jurídico-penal tem de partir do princípio de que todos os cidadãos são participantes na função de proteção de bens jurídicos.²⁴² E como refere Maria Leonor Assunção, “Bem jurídico é, nesta medida, um interesse axiológico cultural que deverá ser determinado arrancando de uma perspetiva política criminal, tendo como referência valores que reúnem, num dado momento histórico, uma larga convergência de consensos no âmbito da coletividade e, como limite, o princípio do direito penal como última ratio.”²⁴³

Inclusive, como já referido neste trabalho, não só falamos de bens jurídicos de valor cimeiro na ordem jurídica constitucional²⁴⁴, como também existe uma inequívoca consagração do valor da solidariedade na ordem axiológica-constitucional.²⁴⁵ Ou seja, seguindo o pensamento de Maria Leonor Assunção, acerca do crime de omissão de auxílio mas aqui aplicado, quando a nossa Constituição consagra no seu art.º 1º que: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”, esta a identificar a “construção de uma sociedade solidária” como um interesse superior amplamente consensual da comunidade.²⁴⁶ Sendo, assim, a solidariedade um valor axiológico constitucional, encontra ela mesma necessidade de proteção pelo ordenamento jurídico.²⁴⁷

Concluindo, é importante reafirmar que o especial dever de agir tem por base a relação do omitente para com a pessoa em perigo, isto é a posição de garante. Não nos parece descabido que certas situações limite do quotidiano possam dar lugar a posições de garante e conseqüentemente à responsabilidade penal pelo resultado, pois é função do Direito Penal salvaguardar o direito dos cidadãos. Que Direito Penal teríamos caso não interviesse quando perante pessoas que se encontram em perigo, que, por natureza,

²⁴² LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...), op. cit. p. 262

²⁴³ ASSUNÇÃO, Maria Leonor. op. cit. p. 51 e 52

²⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG. op. cit. p. 1108

²⁴⁵ ASSUNÇÃO, Maria Leonor. op. cit. p. 52

²⁴⁶ Idem, ibidem

²⁴⁷ Idem, ibidem

independentemente da idade ou género, são pessoas em perigo, vulneráveis, incapazes de sozinhas afastarem o perigo iminente para os seus bens jurídicos nada exigisse ao cidadão apto para evitar a lesão aos bens jurídicos, sem correr nenhum risco? A inércia do Direito Penal face a estas situações, causará um forte alarme social. A importância de uma resposta clara ao problema tem sido cada vez mais exigida por conta dos inúmeros casos, trágicos, absurdos, de pessoas que perdem a vida, essencialmente, porque cidadãos, que não correm nenhum perigo ao evitar o resultado, nada fazem.

A situação de monopólio como posição de garante apenas exige o mínimo aos cidadãos. Não está à procura de “heróis”, o que se pretende com este plano é a salvaguarda de direitos carecidos de proteção por quem tem capacidade de o fazer sem correr nenhum perigo, até porque o Direito Penal só deve exigir dos indivíduos aquilo que eles possam cumprir.²⁴⁸

²⁴⁸ LEITE, André Lamas - As “Posições de garantia” (...). op. cit. p. 250

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão: posições de monopólio

6. Conclusão

Determinar se a situação de monopólio pode ou não se configurar como uma fonte de posição de garante é tarefa difícil. Essencialmente porque não existe um consenso na doutrina sobre as várias questões a redor desta problemática.

Na omissão impura, ao contrário do que acontece na omissão pura, em que o tipo omissivo puro dá resposta a sua incriminação, é necessário recorrer à equiparação da omissão à ação pelo facto de os crimes omissivos impuros não encontrarem menção expressa na parte especial do Código Penal. Assim, haverá equiparação quando se concluir que o desvalor da omissão é semelhante ao da ação, como determina o Professor Figueiredo Dias.²⁴⁹ Deste modo, estaremos perante uma omissão impura quando sobre o omitente recair um especial dever de agir e não tendo este agido, o resultado verificou-se. Assim, se o resultado lesivo do bem jurídico não se verifica haverá uma tentativa de um crime de resultado realizado por omissão.

Na nossa opinião, é precisamente através da existência de uma cláusula de equiparação e do facto do n.º 2 do art.º 10.º determinar as características de uma posição de garante que torna o art.º 10.º suficientemente preciso e determinado, não existindo qualquer violação ao princípio da legalidade.

A situação de monopólio como fonte de posição de garante, enquadrada nas fontes materiais da posição de garante, suscita questões quanto a sua “aleatoriedade”, ou seja, qualquer pessoa perante uma situação de perigo, até do acaso, pode se ver obrigada a evitar um resultado lesivo aos bens jurídico de terceiro, por contraposição às demais fontes da posição de garante que só dizem respeito a um círculo determinado de pessoas, como assim o determina o n.º 2 do art.º 10.º. Contudo, entendemos resolvido este problema visto que, só é titular de uma posição de garante derivada da situação de monopólio aquele que detém um “domínio fáctico absoluto dessa mesma fonte de perigo”²⁵⁰. Neste sentido, é fácil entender que nem todas as pessoas, perante uma situação de perigo, terão o domínio sobre a mesma, limitando-se assim, o círculo de autores.

Quanto à questão do dever jurídico, consideramos, igualmente, ultrapassadas as críticas viradas para a questão da solidariedade. Não só porque a fonte em questão visa proteger bens jurídicos com valor cimeiro na ordem axiológica-constitucional, como também consideramos que a solidariedade não é apenas um dever moral ou social, trata-se de um valor que a própria Constituição consagra como um interesse

²⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo (1975) - Sumários, op. cit. p. 164

²⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo - DP.PG, op. cit. p. 1107

amplamente consensual da comunidade²⁵¹, inclusive já surge igualmente como fundamento legitimador da omissão de auxílio, tipificada na parte especial do Código Penal (art.º 200.º).

Face ao exposto concluímos que a situação de monopólio não se diferencia, de todo, das demais fontes da posição de garante, não existindo, na nossa opinião, qualquer diferença face as restantes fontes da posição de garante que possa fundamentar a sua inadmissibilidade.

A fim de respondermos esta questão, partimos do geral para o particular. E percorremos as questões de forma lógica.

Assim, começamos pela distinção entre omissão pura e impura, por ser uma questão importantíssima para o enquadramento do que nos propusemos abordar e porque, neste trabalho, a delimitação entre as omissões impuras e as omissões puras, é essencial daí haver um capítulo dedicado à omissão de auxílio (3.4 – Situação de Monopólio vs Omissão de auxílio).

Do analisado no parágrafo anterior e da análise dos critérios de distinção entre ambas as omissões, podemos concluir que para que estejamos perante uma omissão impura, é necessário um resultado e um especial dever de agir do omitente, o que nos conduziu à análise das fontes da posição de garante. A este propósito fizemos uma distinção importante entre as fontes formais e fontes materiais do especial dever de agir. Isto porque, como já referimos nos crimes omissivos impróprios só pode ser agente do crime quem tenha “um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado lesivo ao bem jurídico” (art.º 10.º, n.º 2 CP). E por isso foi importante a delimitação das fontes desse dever de garante. No entanto, só percorreremos de forma mais exaustiva as fontes materiais, uma vez que as fontes formais (lei, contrato, ingerência), como demonstrado, deixam de fora situações em que esse dever deve existir.

Desta forma, partimos da teoria das funções de Armin Kaufmann. De acordo com esta teoria a posição de garante divide-se em dois grupos: ou há um dever específico de assistência a um titular do bem jurídico independentemente da fonte de perigo, ou há um dever de vigiar uma fonte de perigo independentemente do titular do bem jurídico em causa. Os quais foram analisados supra.

Assim, foi a propósito das fontes materiais que discutimos se a situação de monopólio pode ou não ser fonte material do dever de garante e onde se deverá enquadrar. Começámos por dar a conhecer o conceito da situação de monopólio, sublinhando o surgimento da mesma e as divergências doutrinárias subjacentes na doutrina portuguesa.

²⁵¹ ASSUNÇÃO, Maria Leonor. op. cit. p.52

Apesar de apoiarmos a doutrina minoritária, verificamos que tem esta algum apoio na jurisprudência portuguesa.

Em seguida, partimos para a distinção entre a situação de monopólio e a omissão de auxílio, verificando que têm estas âmbitos de aplicação diferentes e por isso, suscetíveis de conflito entre normas. Gerando um concurso aparente de normas, que através da doutrina maioritária, será resolvido através da relação de subsidiariedade, questão igualmente objeto de análise de forma isolada neste trabalho.

Assim, concluímos que a situação de monopólio pode configura-se como uma fonte da posição de garante, enquadrada nas fontes materiais da posição de garante. Para que estejamos perante tal figura é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos da “abissal desproporção” apresentados por André Lamas Leite. A propósito desses requisitos defendemos que não é necessário que o agente esteja presente fisicamente para evitar o resultado, basta que o mesmo tenha conhecimento do perigo, tenha capacidade de agir e possa atempadamente evitar o resultado lesivo. Deste modo, com este trabalho pretendemos apresentar a questão das fontes da posição de garante de forma mais aprofundada, dando a conhecer as dificuldades subjacentes à omissão impura e às fontes criadas, pela doutrina, apoiadas no ordenamento jurídico, para determinar o especial dever de agir. Sendo o núcleo essencial deste trabalho a situação de monopólio e verificado por nós que nem todos os autores se debruçam sequer sobre esta fonte, pretendemos neste trabalho apresentar o entendimento dos principais autores portugueses sobre este tema. Por fim, apresentámos uma conclusão a favor da necessidade da mesma ser aceite no nosso ordenamento jurídico.

Chegados até aqui, consideramos de extrema importância a consagração no Código Penal da enumeração das fontes mais comuns do especial dever de agir, incluindo com mais precisão aquelas que possam gerar mais dúvidas ao intérprete e ao aplicador, tal como pode acontecer com a situação de monopólio, comunidade de perigos e a ingerência.

Fontes da posição de garante nos crimes comissivos por omissão: posições de monopólio

Referências

- ASSUNÇÃO, Maria Leonor (1994) – Contributo para a interpretação do art.219º do Código penal: o crime de omissão de auxílio. Coimbra: Coimbra Editora.

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2021) - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4ª edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

- BARROS, António Coelho de (1983) - Sobre os crimes omissivos, em especial o dever especial de agir nos crimes omissivos impróprios. in RJN. ° 2. Out. - Dez. AAFDL (1983).

- BELEZA, Teresa Pizarro (1998) - Direito Penal. Vol. I. 2. ° edição rev. e atualizada. Lisboa: AAFDL.

- BELEZA, Teresa Pizarro (1999) - Direito Penal. Vol. II, reimp. Lisboa: AAFDL.

- BRITO, Teresa Quintela de (2000) – A Tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica. Coimbra: Coimbra Editora.

- BRITO, José de Sousa e (1965) – Estudos para a Dogmática do Crime Omissivo. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

- BRITO, José de Sousa e (1980) - Jurisprudência Penal. Lisboa: AAFDL.

- CARRIÓ, Genaro R. (1966) – Sobre el concepto de deber juridico. Argentina: Abeledo-Perrot.

- CARVALHO, Américo Alexandrino Taipa de (2016) - Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: Teoria Geral Do Crime. 3ª edição. Porto: Universidade Católica.

- CARVALHO, Américo Taipa (2012) - Comentário do art.º 200. °. In DIAS, Jorge de Figueiredo, dir. – Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial: Artigos 131. ° a 201. °. 2.º edição. Coimbra: Coimbra Editora.

- CARVALHO, Fernanda Maria de (1998) – Concurso de Crimes Omissivos. Relatório da exposição realizada na disciplina de Direito Penal do Curso de Aperfeiçoamento conducente ao mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- CORREIA, Eduardo (1963) – Direito Criminal. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina.
- CORREIA, Eduardo (1993) - Direito Criminal. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina.
- CORREIA, Eduardo (1983) – A Teoria do Concurso em Direito Criminal. Reimp. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, Eduardo (1963) – Código Penal: Projeto da Parte Geral.
- COSTA, José de Faria (2017) - Direito Penal. Lisboa: Imprensa Nacional.
- COSTA, José de Faria (1996) - Omissão (reflexões em redor da omissão imprópria). In: BFDUC. LXXII (1996)
- CUNHA, José M. Damião da (2003) - Algumas reflexões críticas sobre a omissão impura no sistema penal português. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Organização de Manuel da Costa Andrade... [et al.]. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (2019) - Direito Penal, Parte Geral: Questões Fundamentais a doutrina geral do Crime. Tomo I. 3ª edição. Coimbra: Gestlegal.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (1975) - Direito Penal: Sumários. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (1976) - Direito Penal: Sumários. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (1983/1984) – “A propósito da “ingerência” e do dever de auxílio nos crimes de omissão”. Anotação jurisprudencial. IN Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 116. n. ° 3706.

- FARIA, Maria Paula Ribeiro de (2017) – Formas especiais do crime. Porto: Universidade Católica.

- FERREIRA, Cavaleiro (1973) – Direito Penal: Apontamentos das Lições aos cursos do 5º ano Jurídico. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa.

- GRECO, Luís (2018) – Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. São Paulo: Marcial Pons

- HENRIQUES, Manuel de Oliveira e Manuel José Carrilho de Simas Santos (2002) – Código Penal Anotado. Vol. I. 3.ª edição. Lisboa: Rei dos Livros.

- HENRIQUES, Manuel de Oliveira e Manuel José Carrilho de Simas Santos (2002) – Código Penal Anotado. Vol. II. 2.ª edição. Lisboa: Rei dos Livros.

- JESCHECK, Hans-Heinrich (1993) - Tratado de Derecho Penal: Parte General. Tradução e adições de Direito Penal por José Luis Manzaneres Samaniego de Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 4.ª edição. Comares.

- JESCHECK, Hans-Heinrich (1978) - Tratado de Derecho Penal, Parte General. Vol. I. Tradução e adições de Direito Penal espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch.

- JESCHECK, Hans-Heinrich (1978) – Tratado de Derecho Penal. Vol. II. Tradução por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch.

- KADISH, Sanford H. e Stephen J. Schulhofer (2001) - Criminal Law and its processes: Cases and Materials. 7.ª edição. New York: Aspen Law & Business.

- LEITE, André Lamas (2007) - “As posições de garantia” na omissão impura: em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora.

- MANSO, Luís Duarte Baptista (2007) - Direito Penal: Casos Práticos Resolvidos. Volume II. Lisboa: Quid Juris.

- MOURULLO, Rodriguez (1966) – La Omision de Socorro en elCodigo Penal. Madrid: Tecnos.

- NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (1986) - Sobre a omissão impura no atual Código Penal Português e em especial sobre a fonte de dever que obriga a evitar o resultado. Revista do Ministério Público. Lisboa (1986).

- NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (Jan.-Mar. 1986) - Sobre a omissão impura no atual Código Penal Português e em especial sobre a fonte de dever que obriga a evitar o resultado. Revista do Ministério Público. Lisboa (1986).

- NEGRÃO, Maria do Céu Reuff de Saro (Abr.-Jun. 1986) - Sobre a omissão impura no atual CPP e em especial sobre a fonte de dever que obriga a evitar o resultado. Revista do Ministério Público. Lisboa (1986).

- PALMA, Maria Fernanda (Out. - Dez.1999) - A teoria do crime como teoria da penal: reflexões sobre o método e o ensino do direito penal. IN Revista Portuguesa de ciência criminal. (p. 523-603).

- SOUSA, Ricardo Oliveira (Jan. – Mar. 2012) - A omissão e o princípio da legalidade. IN: revista do ministério Público. (Jan. – Mar. 2012). (p. 231-273).

- STRATENWERTH, Günter (2005) - Derecho Penal. Parte General I, El Hecho Punible. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Thomson, D.I.

- TAVARES, Juarez (2012) - Teoria dos Crimes Omissivos. Prefácio de Winfried Hassemer. São Paulo: Marcial Pons.

- TERRAGNI, Marco António (1996) - Omisión Impropia Y Posición de Garante. Universidad Nacional De Educación a Distancia. Facultad de Derecho. IN: Revista de Derecho Penal Y Criminología. N.º6. Madrid. (p. 1227-1244).

- WELZEL, Hans (1970) - Derecho Penal Aleman: Parte General. Tradução por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11. º edição. 4. º edição castellana. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

Jurisprudência (disponível no site da DGS)

- SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de 09-07-2003, processo n.º 03P1677. *Acórdãos STJ* [em linha]. Relator Leal Henriques. Lisboa: DGS, 2003. [Consult. Julho 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4e4b119def7ffcfa80256db8003c4054?OpenDocument>>

- PORTO. Tribunal da Relação – Acórdão de 15-09-2004, processo n. ° 0212122. *Acórdãos TRP* [Em linha]. Relator Marques Salgueiro. Porto: DGS, 2004. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/304fd2704e900fa480256f2a005328af?OpenDocument&Highlight=0,0212122%20>>

- LISBOA. Tribunal da Relação – Acórdão de 15-05-2007, processo n. °5572/06-5. *Acórdãos TRL* [Em linha]. Relator Simões de Carvalho. Lisboa: DGS, 2007. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/60a540df071bb0a7802572e50037dff6?OpenDocument&Highlight=0,5572%2F06>>

- SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Acórdão do Supremo Tribunal de 27-11-2013, processo n.º 37/12.7JACBR.C1. S1. *Acórdãos STJ* [em linha]. Relator Santos Cabral. Coimbra: DGS, 2013. [Consult. Julho 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9e480c071dd2e58880257cd7004eed1f?OpenDocument&Highlight=0,37%2F12>>

- PORTO. Tribunal da Relação – Acórdão de 12-10-2016, processo n. ° 2255/15.7T9PRT.P1. *Acórdãos TRP* [Em linha]. Relator José Carreto. Porto: DGS, 2016. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b25bf48be69e579180258052003761d4?OpenDocument&Highlight=0,2255%2F15>>

- COIMBRA. Tribunal da Relação – Acórdão de 05-04-2017, processo n. ° 75/13.2GTCBR.C1. *Acórdãos TRC* [Em linha]. Relatora Alice Santos. Coimbra: DGS, 2017. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/28060b47a9f5c82e802581cd003b0501?OpenDocument&Highlight=0,217%2F15>>

- COIMBRA. Tribunal da Relação – Acórdão de 25-10-2017, processo n. ° 217/15.3PBCLD.C1. *Acórdãos TRC* [Em linha]. Relator Vasques Osório. Coimbra: DGSJ, 2017. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/5c435f3d5e92d51980258105004980a6?OpenDocument&Highlight=0,75%2F13>>

- COIMBRA. Tribunal da Relação – Acórdão de 24-11-2021, processo n. ° 92/20.6GAPNI.C1. *Acórdãos TRC* [Em linha]. Relator João Novais. Coimbra: DGSJ, 2021. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/00319aa17d1cdf158025879900392a25?OpenDocument&Highlight=0,92%2F20>>

Jurisprudência (Disponível em Tribunal Constitucional Portugal)

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - Acórdão do Tribunal Constitucional 93/2001 de 13-03-2002, 3. ° Secção, processo n.º 318/00. *Acórdãos TC* [Em linha]. Rel. Cons. Tavares da Costa. Lisboa: Tribunal Constitucional Portugal, 2002. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010093.html>>

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - Acórdão do Tribunal Constitucional 338/03 de 07-07-2003, 3. ° Secção, processo n.º 386/02. *Acórdãos TC* [Em linha]. Rel. Cons. Tavares da Costa. Lisboa: Tribunal Constitucional Portugal, 2003. [Consult. Julho de 2023]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030338.html>>

Documentos eletrónicos

- Maria do Rosário Palma Ramalho (2015/2016) – Sebenta Teoria Geral do Direito Civil. Associação académica da faculdade de direito de lisboa. [Consult. 10 de Jul. 2023]. Disponível em < <https://aafdl.pt/wp-content/uploads/2020/05/Sebenta-TGDC-I-DNB.pdf> >.

- Studios Guy – 8 Bystander Effect Examples in Real Life. [Consult. 28 Jun. de 2023]. Disponível em < https://studiousguy.com/bystander-effect-examples-in-real-life/#2_The_Richmond_High_School_Case >.