



**Joana Ramos de Almeida**

**Os Crimes por Omissão: em especial a ingerência enquanto plano do dever de garante**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito na Área de Especialização em Ciências Jurídico- Forenses**

**Orientador: Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro**

**Coimbra, 2015**

“ (...) é o cuidado para com o «outro» que nos responsabiliza, porque só também por esse acto o «meu» cuidado tem sentido quando se vira sobre si mesmo. Porém, é indiscutível que o «eu», ao virar-se sobre si, pressupõe a abertura ao «outro» logo, um desligar originário para com o ser.”

Costa, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal, Contributo para a sua Fundamentação e Compreensões Dogmáticas*, Coimbra Editora, 1992.

Aos meus pais, o meu tudo

Ao Miguel, o meu maior  
orgulho

À Francisca, a irmã que o  
destino me deu

## **Agradecimentos**

Aos meus pais, a quem tudo devo, pelas horas infindáveis de paciência e dedicação, pela confiança que em mim depositaram e acima de tudo por sempre demonstrarem o quanto me amam.

Ao Miguel e à Francisca, por tudo aquilo que as palavras não dizem mas que só um coração de irmão sente.

À minha família que sempre demonstrou o seu apoio e compreensão, em especial às minhas avós que sempre, ainda que de longe, mostraram o quanto se preocupavam e lembravam de mim e ao meu avô que pela sua excelência, inspirou todo o meu trabalho.

Aos meus amigos, aqueles que nos verdadeiros momentos o demonstraram ser, e em particular à minha amiga de infância e companheira de muitos e bons momentos, Mariana, que sempre esteve e estará comigo por muitas coisas que possam vir.

A todos aqueles que comigo se cruzaram ao longo deste percurso e que contribuíram, em muito mais do que um enriquecimento acadêmico, para o meu desenvolvimento,

E finalmente, ao meu orientador, pelo acompanhamento e disponibilidade prestados ao elaborar esta dissertação.

## Índice

<b>Siglas e Abreviaturas</b> .....	6
<b>I. Considerações introdutórias</b> .....	8
<b>II. Elementos de evolução histórica</b> .....	10
-A evolução dos crimes por omissão .....	10
-A relação entre os conceitos de ação e de omissão .....	11
-Distinção entre omissão própria e imprópria .....	14
<b>III.O dever de garante e as suas várias compreensões</b> .....	18
-Teorias Formais .....	18
-Teorias das Funções de Armin Kaufmann .....	20
-Teorias Materiais- Formais .....	22
a) Os deveres de proteção e assistência a um bem jurídico .....	22
.Relações de proteção familiar e análogas.....	22
.Assunção de funções de guarda e de assistência.....	23
.Comunidades de vida e de perigo.....	24
b) Os deveres de vigilância e controlo de uma fonte de perigo.....	25
. Dever de fiscalização de uma fonte de perigo.....	25
. Dever de garante face à atuação de terceiros.....	25
. Dever de obstar à verificação de um resultado por força de ação anterior perigosa: a ingerência.....	28
c) Posição de Monopólio.....	28
<b>IV. O artigo 10º do Código Penal</b> .....	30
<b>V. A ingerência</b> .....	36
-Exposição do tema. As questões mais problemáticas e as diversas correntes doutrinárias.....	36

-A Teoria Crítica de Jakobs. A ingerência para Günther Jakobs. Autores cuja influência remonta a Jakobs.....	40
-Casos abordados pela jurisprudência alemã; em relevo o caso Lederspray.....	45
-A relação da ingerência com o artigo 200º do Código Penal; em especial com o seu número 2.....	52
<b>VI. Conclusão.....</b>	<b>56</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>60</b>
<b>Jurisprudência Consultada.....</b>	<b>64</b>

## **Siglas e Abreviaturas**

A. - Autor

Ac. - Acórdão

Art.º - Artigo

Arts.- Artigos

BFDUC- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGH- Bundesgerichtshof [Tribunal Federal Alemão]

BGHSt- Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [Sentenças do BGH em matéria penal]

CC - Código Civil

CEJ - Centro de Estudos Judiciários

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

Ed.- Edição

i.,é, - isto é

p. - página

p. ex. - por exemplo

pp. - páginas

Reimp. - Reimpressão

RMP- Revista do Ministério Público

RPCC - Revista Portuguesa de Ciência Criminal

ss. - seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

Trad. - Tradução

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

v.g - verbi gratia [por exemplo]

Vol. - Volume

## I. Considerações introdutórias

Assistimos desde o século XIX a um desenvolvimento ímpar da sociedade, desenvolvimento esse relativo quer às capacidades do próprio Homem, quer às suas invenções. Tais transformações foram de tal forma importantes que muitos creem podermos designar o mundo em que vivemos como “Sociedade de Risco”. O mesmo caracterizar-se-á por ser um espaço “no qual a produção de riscos políticos, ecológicos, e individuais escapa aos órgãos oficiais de controlo e proteção. Uma sociedade na qual o risco ocupa um lugar central e, por isso, denominada por Ulrich Beck de “sociedade do risco” (*Risikogesellschaft*).”<sup>1</sup>

É no panorama desta sociedade que procuraremos desenvolver o nosso trabalho, nomeadamente o seu impacto no Direito Penal, as transformações que o mesmo sofreu para dar resposta aos novos problemas e os limites que não deverá ultrapassar para que não se assista à sua descaracterização.

Neste contexto deparamo-nos com o desvanecer do Direito Penal clássico, iluminista e antropocêntrico, passando o mesmo a assumir a tutela de bens jurídicos supraindividuais. De facto, o Direito Penal teve, por força dos tempos, que evoluir; confrontando-se com as marcas deixadas por duas Grandes Guerras, o mesmo, sem nunca abandonar a sua função de proteção subsidiária de bens jurídicos, ambicionou ir mais longe, no sentido da sua promoção. É neste contexto que se assistiu a um crescimento, não antes visto, da previsão e punição dos crimes por omissão, numa sociedade que se pretende mais solidária e intervencionista.

O objetivo desta dissertação será, como tal, averiguar, sempre com espírito crítico, em que situações se verifica o dever de garante que onera o indivíduo com a obrigação de atuar. Mais concretamente, e com plena consciência da árdua e complexa tarefa a que nos propomos, sob que condições aparecerá a ingerência como plano de dever de garante e quais os seus limites, numa sociedade dicotómica marcada por ideais de liberdade e solidariedade. Com efeito, por muito que o Homem deva ser um ser com e para o outro, facilmente se poderá cair num extremo que para ninguém será benéfico; mais ainda, se considerarmos que

---

<sup>1</sup> D’Avila, Fabio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)* 2005, Coimbra Editora.

“a assunção de riscos é inerente à natureza humana, sendo até necessária ao seu desenvolvimento.”<sup>2</sup>

Começaremos por um fazer um enquadramento geral relativo à temática dos crimes omissivos, no qual abordaremos a sua origem histórica e as teorias que sobre os mesmos foram sendo desenvolvidas; de seguida, centrando nos no ordenamento jurídico português analisaremos o artigo 10º do Código Penal e de que forma este procede à equiparação entre ação e omissão; após esta exposição, desenvolveremos mais aprofundadamente o plano da ingerência enquanto geradora do dever de garante, procurando trazer à discussão diversas perspectivas, assim como casos concretos elucidativos quanto à sua complexidade e pertinência nos tempos que vivemos.

Por fim, procuraremos apresentar as conclusões a que tivermos chegado face à reflexão por nós desenvolvida, tendo noção das suas possíveis limitações.

---

<sup>2</sup> Paschoal, Janaína Conceição, *INGERENCIA INDEVIDA, Os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2011, p.128

## II. Elementos de evolução histórica

- A evolução dos crimes por omissão:

Partindo do Direito Penal Liberal, era obrigação do indivíduo abster-se de praticar qualquer ato que pudesse interferir na esfera alheia.<sup>3</sup> Os crimes por omissão eram diminutos e consistiam essencialmente na falta de prestação de serviço militar, no não pagamento de impostos e na não prestação de socorro a pessoas em perigo.

Com os Estados Totalitários<sup>4</sup> dá-se um incremento da criminalização da omissão; o sujeito aparece funcionalizado aos interesses das sociedades corporativistas, sendo-lhe impostos deveres, formas de comportamento e até de pensar, no âmbito familiar, militar e laboral, entre outros.

O fenómeno omissivo assume outros contornos no período após a Segunda Guerra Mundial, onde se assiste à passagem de um Estado Liberal para um Estado de Direito Democrático, em que o próprio Estado assume uma função de prestador. Simultaneamente é o próprio Direito Penal a ir mais longe na função a que primariamente se propunha de proteção subsidiária de bens jurídicos, procurando alcançar a promoção de valores jurídicos. E, conseqüentemente, se por um lado uma excessiva criminalização das condutas omissivas trará conseqüências indesejáveis, nomeadamente uma excessiva intromissão na autonomia privada, a mesma não deixa de ser justificada numa sociedade de novos riscos, pautada pela solidariedade.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> “Maria Eloísa Quintero, por exemplo, aponta que, durante séculos, a omissão desempenhou um lugar periférico na Ciência do Direito Penal, sendo que, no Estado Liberal, interpretava-se o omitir como um fenómeno jurídico de menor importância, associando-se apenas a um dever de solidariedade.” Nesse sentido, Janaína Conceição Paschoal, nota 2, p. 148.

<sup>4</sup> Pense-se na experiência do totalitarismo nacional-socialista alemão.

<sup>5</sup> “Enquanto o direito penal da ação reprime o «mal», o direito penal da omissão persegue o «bem». Mas até que ponto? Aqui, nos encontramos perante uma inquietante interrogação da política criminal moderna, pois um direito promocional, de comando, arrisca dentro de certos limites a passar de instrumento de tutela de bens jurídicos a instrumento de «governo das sociedades». Com os perigos conexos da instrumentalização política e as tensões com os princípios do direito penal de última *ratio* e da excepcionalidade dos crimes omissivos.” Nesse sentido, Ferrando Mantovani, *Principi di Diritto Penale*, seconda edizione, CEDAM, 2007, pp. 54-55, tradução nossa.

- As relações entre os conceitos de ação e de omissão:

Nas palavras de Eduardo Correia, “A negação de valores em que se esgota o conceito de conduta pode realizar-se não só através de um «facere» como também através de um «omittere», de uma omissão.”<sup>6</sup> E assim é, ainda que estejamos num Direito Penal do facto, uma vez que a realização típica<sup>7</sup> tanto poderá ser preenchida por uma ação desrespeitadora de uma norma legal, como por uma omissão de um dever juridicamente imposto.<sup>8</sup>

Partindo da dicotomia ação e omissão, várias foram as teorias elaboradas para proceder à distinção dos dois conceitos. Enquanto alguns Autores<sup>9</sup> salientavam que relevante para tal distinção seria o critério da energia despendida, outros defendiam que a mesma só podia ser feita consoante uma análise concreta, caso a caso, do juízo de ilicitude e de reprovação. Outros A., por sua vez, avançavam com o critério da subsidiariedade, para o qual só seria de invocar a omissão, de forma a efetivar a responsabilidade penal, quando não fosse, de todo, possível invocar uma ação.

Com Stratenwerth<sup>10</sup> surge a ideia, correta cremos, de que esta distinção deve residir na forma de criação de perigo, sendo de avançar para uma ação sempre que o sujeito, com o seu comportamento, o tenha criado ou agravado; por seu lado, ser-lhe-á imputada uma omissão quando este, estando perante uma ameaça que ponha em causa um bem jurídico, nada faça para a eliminar, ou pelo menos, diminuir.

Chegados a este ponto, não deixam, no entanto, de surgir dúvidas quanto à possibilidade de um *nihil*<sup>11</sup> trazer consigo consequências nefastas que justificarão uma

---

<sup>6</sup> Eduardo Correia, com a colaboração de Figueiredo Dias, *Direito Criminal*, vol. 1, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, p. 267.

<sup>7</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro 2011, p. 905.

<sup>8</sup> “A comissão e a omissão são concebidas aqui como diferentes formas jurídico-penalmente relevantes do atuar humano, (...) Se ainda assim cabe reconhecer uma distinção ontológica entre os objetos jurídico-penais da “comissão” e “omissão” esta é, em todo o caso, irrelevante para a *valoração* de ambas *enquanto ações* relevantes para o direito penal.” Nesse sentido, Maurach/ Zipf/ Gössel, *Derecho Penal. Parte General II*, Trad. espanhola da 7ª edição., de 1989 por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 220, tradução nossa, itálicos do autor.

<sup>9</sup> Como referência desta teoria encontra-se Engisch.

<sup>10</sup> Günther Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho punible*. Trad. por Manuel Cancio Meloá, Marcelo A. Sancinetti, Madrid: Civitas, 2005, p.381.

<sup>11</sup> De facto, um *omittere* é mais difícil de ser apreendido, aos olhos da comunidade, como uma negação de valores por precisamente não provocar, nas palavras de Faria Costa, “alterações ao real verdadeiro.” Nesse

punição jurídico-penal. Atentemos à metáfora usada por George P. Fletcher, que de uma maneira simplificada nos elucida quanto à importância da omissão. O Autor dá o exemplo da planta: “a falta de rega de uma planta, quando o contrário é o razoavelmente esperado, pode «causar» que a planta morra”<sup>12</sup>; o mesmo se passará quando o sujeito omite a ação devida.

A omissão consistirá, assim, no não cumprimento de um dever juridicamente imposto, sendo precisamente a não realização da ação esperada o fundamento da sua punição.<sup>13</sup>

Relevante para o Direito Penal será também a capacidade do omitente para praticar a ação esperada.<sup>14</sup> Se a mesma lhe é impossível, tal omissão não deverá ser relevante para a criminalização; mas não só, não basta afirmar a sua impossibilidade (absoluta ou relativa) para que o mesmo não seja punido, uma vez que este, caso esteja impossibilitado, se encontra obrigado a promover o auxílio. Caso diferente é o da *omissio libera in causa*, situação na qual é o próprio omitente que se coloca no estado de impossibilidade de proceder à ação salvadora, razão pela qual deverá ser punido.

Quanto a esta matéria Claus Roxin<sup>15</sup> afirma que a omissão poderia ser configurada em duas diferentes formas: a primeira ocorrerá quando o indivíduo, tendo o domínio da

---

sentido, José de Faria Costa, *Omissão (Reflexões em Redor da Omissão Imprópria)*, In: BFDUC, LXXII, 1996, p. 393.

<sup>12</sup> George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York- Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 47, nota 9.

<sup>13</sup> “A relevância normativo-socialmente negativa da omissão radica, não na omissão em si mesma, mas na não prática da ação ético-socialmente imposta, isto é, na ação omitida” Nesse sentido, Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria Geral do crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 549.

<sup>14</sup> O essencial para que uma relação fática possa ser considerada fonte de um dever de garante reside na “esfera do domínio positivo do omitente”, Nesse sentido, José de Faria Costa, nota 11, p. 400. Não deixa, porém, o Autor de fazer notar que excepcionando as situações em que o dever de garante derive de lei ou de contrato, será necessária a presença física do sujeito no local, para que se possa afirmar em relação a si uma posição de garantia.

<sup>15</sup> Claus Roxin, *Autoria y dominio del Hecho em Derecho Penal*, trad. da 7ª edição Alemã, por Joaquin Cuello Contreras/ José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000. Roxin, partindo de uma conceção funcionalista do direito penal divide os delitos em delitos de ação e delitos de infração de um dever (onde ocorrerá uma equiparação absoluta entre crimes por omissão e ação). Estes últimos, tanto poderão ser cometidos por ação como por omissão, encontrando-se aqui um ponto de semelhança com a teoria crítica de Jakobs, consistirão em delitos onde já previamente existe uma “relação social” entre as partes.

situação, possa intervir para impedir o resultado.<sup>16</sup>A segunda dar-se-á, por sua vez, nos casos em que a omissão aparece como “intervenção configuradora em sentido pré-jurídico social.”<sup>17</sup>

Assim, onde a ação se encontre desde o início planificada, dando-se particular atenção ao seu significado social, compreender-se-á que a omissão seja socialmente apreendida como uma “ manifestação de cometer”.

Por outro lado, quando tal previsão não ocorra, prescrevendo somente o ordenamento jurídico o dever de evitar a ocorrência de desastres, a omissão é apreendida como um não fazer; nas palavras do Autor como um “ não reestabelecer da ordem”. Levando-o a concluir que “ cometer e omitir, do ponto de vista ontológico não coincidem com o significado social deste par de conceitos. O que ontologicamente é uma omissão nem sempre o é também no sentido social.”<sup>18</sup>

Por fim, procederemos à análise de uma categoria de casos tradicionalmente designada por Roxin<sup>19</sup> como “omissão por comissão”. A particularidade desta situação residiria, precisamente, no facto de estarem em causa ações que seriam tratadas, a nível de responsabilidade penal, como se de verdadeiras omissões se tratassem.

Para o A. quatro seriam as hipóteses aqui em questão: a participação ativa num delito de omissão, a *omissio libera in causa*, a interrupção de um processo de salvamento já iniciado pelo agente, e finalmente a interrupção de um tratamento médico.

A primeira consistiria na situação de alguém instigar outrem a não praticar a ação que lhe era imposta<sup>20</sup>; exemplo da segunda será a situação em que o agente, num momento anterior, se coloca num estado de impossibilidade, para que não possa cumprir a ação que lhe é juridicamente imposta<sup>21</sup>; relativamente à terceira esta ocorrerá quando o sujeito, no

---

<sup>16</sup> Exemplos desta serão os casos em que um pai não salva o seu filho aquando da queda deste à água, ou de um polícia que, violando o seu dever, não evita um delito. Não se podendo extrair desta inatividade, que o pai matou o seu filho ou que o polícia danificou a coisa, apenas que não tendo intervindo não evitaram o resultado.

<sup>17</sup> Nesta segunda situação caberá o caso da mãe que deixa morrer o seu filho, por inanição, sendo que o juízo social o apreende como se a mesma tivesse matado a criança.

<sup>18</sup> Nesse sentido Claus Roxin, nota 15,p. 505, tradução nossa.

<sup>19</sup> Ainda que tenha sido primeiramente abordada por Overbeck.

<sup>20</sup> É o caso de alguém instigar outro sujeito a não proceder ao auxílio a que estava obrigado nos termos do art.º 200º do CP.

<sup>21</sup> Exemplificando, será este o caso de “ um socorrista que se embriaga para não poder prestar auxílio num acidente”. Nesse sentido Günther Stratenwerth, nota 10, p.381, tradução nossa. Situação semelhante encontramos nos crimes por ação, na denominada *actio libera in causa*, em que o agente no momento em que

decorrer do processo de salvamento, se arrepende, acabando por inviabilizar a proteção dos bens jurídicos ameaçados<sup>22</sup>; já em relação à interrupção de um tratamento médico, esta consistiria, p. ex., no caso de um médico desligar o aparelho de suporte vital que mantinha o indivíduo a respirar, “não existindo mais motivos para prolongar o estado de morte cerebral”.<sup>23</sup>

No entanto, contra o que foi exposto, vários Autores<sup>24</sup> defendem que esta categoria de punição revelar-se-ia dispensável. De facto, tomando em consideração o critério de distinção ação/omissão, também por nós avançado, as demais situações, deveriam ser consideradas, para efeitos de responsabilidade penal, como um simples *non facere*.

- Distinção entre omissão própria e imprópria:

De extrema pertinência se revela a distinção entre crimes omissivos próprios ou puros e crimes omissivos impróprios ou impuros (também designados de comissão por omissão), que se pretende abordar de seguida.

São três os critérios usualmente apontados pela doutrina para proceder a esta distinção; o critério “normológico”, o critério “tipológico” e o critério “tradicional”. Posteriormente foi elaborado por Roxin um quarto e novo critério.

Relativamente ao primeiro, o que parece decisivo para a distinção é a “natureza” da norma violada, uma vez que estaremos perante uma omissão própria quando a norma violada seja preceptiva e perante uma omissão imprópria quando a disposição legal desrespeitada seja proibitiva<sup>25</sup>. Críticas surgem, no entanto, ao facto deste critério parecer

---

atua se encontra em estado de inimputabilidade, mas tal acontece porque o mesmo se colocou deliberadamente nesse estado.

<sup>22</sup> Exemplo desta será o caso de alguém que procede a um salvamento no mar, para tal utilizando uma corda, e que a meio se arrepende acabando por impedir a situação. Diversamente seria, no entanto, o caso em que o agente já tivesse atingido a esfera da vítima, nomeadamente se a mesma já estivesse a segurar a corda, caso em que se estaria verdadeiramente perante um crime comissivo.

<sup>23</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, *As «posições de garantia» na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 45. Saliente-se, no entanto, que a situação seria diferente se fosse um terceiro a desligar a máquina, uma vez que tal interrupção seria vista como uma conduta ativa.

<sup>24</sup> Neste sentido pronunciam-se André Lamas Leite, Figueiredo Dias e Jakobs.

<sup>25</sup> “As hipóteses de crimes omissivos próprios seriam hipóteses de violação de normas preceptivas, de normas que exigem a realização de conduta positiva, enquanto os crimes omissivos impróprios violariam normas proibitivas, que estariam voltadas à proibição de um determinado resultado”, nesse sentido, Giovanni Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura oggettiva della fattispecie*, Milano: Giuffrè, 1983, p. 5, *apud* Fabio Roberto D’Avila, nota 1, p. 217.

ignorar que toda a omissão desrespeita, ainda que indiretamente, uma norma preceptiva, nomeadamente, no caso das omissões impuras, a imposição de evitar um determinado resultado.

Quanto ao critério “tipológico”, defendido por Kaufmann, como se deduzirá pelo nome, dá importância à existência ou não do tipo penal (*Tatbestand*): estaremos perante um caso de omissão pura se a mesma desrespeitar uma previsão expressamente legal; por seu lado, a omissão impura ocorrerá nos casos em que tal previsão não existe e a responsabilização pela mesma terá de ter lugar através de uma cláusula de equiparação, conjugando-a com o “tipo penal do crime comissivo”.<sup>26</sup>

Este seria também o critério adotado, no ordenamento jurídico-penal português, por Figueiredo Dias. Para o A., “ Crimes puros ou próprios de omissão seriam aqueles em que a **PE referencia (expressamente) a omissão como forma de integração típica**, descrevendo os pressupostos fácticos donde deriva o dever jurídico de actuar ou, em todo o caso, referindo aquele dever e tornando o agente garante do seu cumprimento. Diversamente, delitos impuros ou impróprios de omissão seriam os não especificamente descritos na lei como tais, mas em que a tipicidade resultaria de uma cláusula geral de **equiparação da omissão à acção**, como tal legalmente prevista e punível na PG (art.10º 1 e 2)<sup>27</sup>.”

Finalmente, para o terceiro e “tradicional” critério<sup>28</sup>, determinante será a consideração ou não do resultado como “elemento essencial do facto ilícito”<sup>29</sup>, consistindo as omissões próprias o reverso dos crimes de mera atividade e por sua vez as omissões impróprias o reverso dos crimes de resultado.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Armin Kaufmann, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, JuS, 1961, p. 173 s., *apud*, Fabio Roberto D’Avila, nota 1, p. 221.

<sup>27</sup> Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias, nota 7, p. 914, sublinhados do autor.

<sup>28</sup> Este é ainda hoje, o critério dominante, na doutrina e jurisprudência maioritária. Foi no entanto posto em causa, após o aparecimento do critério tipológico, sendo vários os Autores, entre nós Figueiredo Dias, que dão preferência a este último em detrimento do tradicional.

<sup>29</sup> Ricardo Oliveira Sousa, *A omissão e o princípio da legalidade*, Revista do Ministério Público. - Lisboa: S.M.M.P., 1980-. - A. 33, n.º 129 (Jan. Mar. 2012), p. 234.

<sup>30</sup> Ora para Eduardo Correia o “ facto criminoso pode consistir: (...) c) na ausência de uma certa actividade. O preenchimento deste delito resulta tão-só de o agente não levar a cabo alguma coisa que se lhe exige. São os crimes de omissão pura. d) na realização ou perigo de realização de um evento na medida em que o agente não o evita. Nestes casos, o preenchimento do tipo legal de crime resulta de o agente deixar de levar a cabo uma actividade que obstaria à produção do evento descrito no tipo. São os crimes de omissão de resultado sob a forma de comissão por omissão.”-Nesse sentido Eduardo Correia, nota 6, p. 286.

Assim serão crimes de omissão própria ou omissão pura, aqueles em que a lei para a sua verificação, não exige a produção de qualquer resultado; tradicionalmente são também designados por crimes de forma ou crimes de perigo. Exemplo paradigmático é o crime de omissão de auxílio, previsto atualmente no art.º 200º do CP (artigo 219º na redação de 1982).

Por seu lado, crimes de omissão imprópria serão aqueles em que o agente se encontra juridicamente investido na obrigação de atuar, de modo a evitar a ocorrência de um resultado desvalioso previsto na lei.<sup>31</sup> Será este o caso, p. ex., de crimes de homicídio ou de ofensas à integridade física, entre outros, quando cometidos por omissão.

Diversamente, defende Roxin que o essencial para esta distinção será o facto das omissões puras não encontrarem uma correspondência nos crimes por ação, enquanto nos crimes de omissão impura essa mesma correspondência se faz através de uma equiparação, seja esta implícita (através de uma cláusula de equiparação), ou explícita, em que é o próprio tipo legal a prever que esse delito possa ser cometido quer por ação quer por omissão. Como exemplo desta última, encontramos no nosso ordenamento vários crimes, tais como o crime de denegação de justiça e prevaricação, p. e p. pelo art.º 369º n.º1 do CP.<sup>32</sup>

Partindo de uma perspetiva diversa, Autores há que defendem uma tripartição de conceitos. Atentemos, p. ex, à posição defendida por Silva Sánchez. Para o A., ao lado das categorias clássicas de omissão pura e impura, deveria surgir uma terceira categoria, intermédia, por ele denominada de “omissão pura de garante”, cujo exemplo paradigmático seria o crime de omissão de auxílio, que encontra fundamento na “existência de uma base funcional específica”<sup>33</sup>. Como tal, diversamente do que ocorreria nas omissões puras em geral, caso o resultado ocorresse, e ainda que este não fizesse parte do tipo objetivo de ilícito, a sua punição seria mais rígida, precisamente devido a “um dever especial do obrigado”.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup>“ Na verdade, a omissão pode aparecer como um simples deixar de levar a cabo uma certa atividade- é o caso da omissão pura; mas pode também aparecer referida à realização de um evento – é o caso da comissão por omissão. E neste sentido, parece evidente que ela deva ser equiparada à comissão por acção - «*omissio pari passu cum commissione et actione positiva ambulat*». Nesse sentido, Eduardo Correia, nota 6, p. 269.

<sup>32</sup> Contrariamente se argumenta que tal entendimento poderia trazer consequências nefastas para a “estabilidade e coerência que devem presidir a qualquer distinção teórica.” Nesse sentido Jorge de Figueiredo Dias, nota 7, p. 914.

<sup>33</sup>Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p. 59.

<sup>34</sup> Silva Sánchez, *El delito de Omisión. Concepto y Sistema*, 1ªed., Barcelona: Bosch, 1986, pp. 339 ss., *apud*, André Lamas Leite, nota 23, p. 59.

No nosso entender tal tripartição não terá razão de ser, podendo tais situações ser corretamente solucionadas mediante o recurso às categorias clássicas de omissão pura e impura.

### III. O dever de garante e as suas várias compreensões

Essencial para que possa haver punição por omissão imprópria será a existência de um dever de garante que imponha ao sujeito o ónus de evitar um concreto resultado.

A sua determinação não será, no entanto, isenta de dificuldades, sendo esta uma das mais complexas questões da Parte Geral do Direito Penal.<sup>35</sup>

Em primeiro lugar importa referir que as expressões “posição de garante” e “dever de garante” ainda que frequentemente utilizadas com o mesmo significado, são conceitos distintos, cujas diferenças importarão, por exemplo, quanto à relevância do erro em sede de responsabilidade penal.<sup>36</sup> Assim, dever de garante<sup>37</sup> consistirá, precisamente, no dever que impenderá sobre determinada pessoa de evitar um resultado, enquanto a posição de garante refere-se à “situação fáctica”<sup>38</sup> em que se encontra a pessoa onerada com tal dever.

De que modo pode este dever ativar uma responsabilidade jurídico-penal, respeitando simultaneamente as exigências constitucionais<sup>39</sup> de determinabilidade, certeza e segurança jurídicas, é o que procuraremos aprofundar de seguida.

#### - Teorias Formais:

As teorias formais, preconizadas, inicialmente, por Feuerbach<sup>40</sup>, surgiram nos quadros do naturalismo e positivismo<sup>41</sup>, sendo predominantes no panorama jurídico até inícios do século XX. Segundo elas a responsabilização por omissão imprópria surgia se

---

<sup>35</sup>Para Jakobs” a determinação da posição de garante é uma das tarefas mais difíceis da dogmática da Parte Geral.” In, Stree/Wessels-Festschrift,1993,p.159, (citado por) Enrique Gimbernat Ordeig, La Omisión Impropria en la Dogmatica Penal Alemana. Una exposición, in Ensayos Penales, Tecnos, 1999,p. 260 e Derecho Penal. Parte General Fundamentos y Teoria de la Imputación (trad. por Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, da 2ª ed. 1991 de Strafrecht Allgemeinteil. Die Grundeagen und die Zurechnungslehre) 2ª ed. Corregida, Marcial Pons, 1997, 29/26, *apud*, André Teixeira dos Santos, *O dever de agir nos crimes omissivos impróprios: breve análise crítica de alguns casos*, RFDL, Lisboa, V. 42, Nº 2, 2001, pp. 1263-1264.

<sup>36</sup> Para uma abordagem mais especializada veja-se a exposição de André Lamas Leite. Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p.107.

<sup>37</sup> Em sede de análise do art.º 10º n.º2 procederemos a uma mais aprofundada caracterização do dever de garante.

<sup>38</sup>Nesse sentido André Lamas Leite, nota 23, p. 107.

<sup>39</sup> Artigo 29º n.º 3 da CRP.

<sup>40</sup> “ Coube a Feuerbach, por vez primeira, demonstrar que nem todas as omissões são susceptíveis de levar a uma responsabilização por crime comissivo omissivo. Talvez por isso, a ele coube desenhar também o primeiro critério de fundamentação do dever de garante.” “ Um crime de omissão pressupõe sempre um especial fundamento jurídico (a lei ou o contrato) através do qual se dê base à obrigatoriedade da comissão. Sem aquele ninguém será criminoso.” In, Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1847,p. 24, *apud*, Jorge de Figueiredo Dias, nota 7, p. 935, nota 21.

<sup>41</sup> Não obstante muitos dos seus seguidores sejam “autores de filiação Neo- Kantiana”. Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p.148.

houvesse a violação de um dever de garante emergente, de apenas duas fontes: a lei e o contrato. Só mais tarde foi introduzida pela mão de Stübel a ingerência,<sup>42</sup> enquanto fonte do dever de garante.

Em Portugal, estas teorias aparecem num cenário de passagem de um Estado de Direito Liberal para um Estado de Direito Social e, tomando como inspiração a doutrina francesa, defendia-se que apenas poderiam ser cometidos por omissão os crimes de homicídio e de ofensas à integridade física.

Como defensores desta posição encontram-se Beza dos Santos<sup>43</sup> e mais tarde, Eduardo Correia, embora este último tenha vindo posteriormente a admitir a sua materialização desde que as mesmas fontes encontrassem um seu reflexo numa disposição legal<sup>44</sup>. Já no entender de Cavaleiro de Ferreira não haveria dúvidas que a única fonte possível do dever de garante seria a lei penal, pois, se assim não fosse, estar-se-ia perante uma clara violação do princípio da legalidade.

Ainda que fossem claras as vantagens da teoria formal para a certeza e segurança jurídicas e a mesmas evidenciassem a impossibilidade de quaisquer conceções éticas ou religiosas servirem de fundamento para a emergência do dever de garante, cedo se começaram a revelar as suas fragilidades. Criticava-se a excessiva formalização das suas fontes, vazias de um sentido axiológico, de todo insustentável num Direito Penal que se desejava impregnado por princípios e valores.

Como forma de superar tais obstáculos procuraram os seus defensores adotar uma interpretação mais lata do conceito de lei, assim como substituindo o contrato<sup>45</sup> enquanto fonte de dever de garante passando a atribuir relevo à assunção efetiva de obrigações, estando nestas incluídas as que derivam de relações meramente fáticas.

Contrariamente, noutras situações, estas teorias revelar-se-iam demasiado amplas, conduzindo também elas a situações de injustiça.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> “ Quem mediante uma conduta activa (fazer precedente) criasse o perigo de lesão do bem jurídico teria o dever de o remover de modo a evitar o resultado danoso”. Nesse sentido André Teixeira dos Santos, nota 35, p. 1286.

<sup>43</sup> Ainda que o Autor tenha um entendimento mais amplo que o tradicional.

<sup>44</sup> Nesse sentido, Ricardo Oliveira Sousa, nota 29, p. 243.

<sup>45</sup> De facto, os requisitos de forma e validade que os contratos deveriam observar constituiriam um obstáculo aos propósitos de justiça material do Direito Penal.

<sup>46</sup> Elucidativo do excessivo formalismo será o tradicional exemplo da “baby sitter” que assume um contrato de tomar conta da criança até, por exemplo, à meia-noite e os pais só chegam do seu compromisso às duas

Dentro ainda do domínio destas teorias, e focando-se num dos seus pontos mais conturbados, Stratenwerth<sup>47</sup>, veio, numa clara inovação, exigir, para que a ingerência fosse relevante nos quadros da responsabilização penal por omissão, que existisse uma especial relação entre o facto precedente e o perigo gerado, pois “ o dever de garante unicamente pode provir de uma conduta precedente da qual o autor tivesse podido prever o perigo e tivesse podido evitá-lo, se omitisse a acção ou agisse de outra forma”.<sup>48</sup>

Muito embora as progressivas transformações tenham trazido às teorias formais novas vestes, as mesmas não se revelaram suficientes, tendo sido várias as teorias desenvolvidas pela doutrina no sentido da sua superação.

Abordaremos, pois, de seguida, aquelas que, em nosso entender tiveram um maior impacto na problemática do dever de garante.

- Teoria das Funções de Armin Kaufmann:

Partindo das fragilidades das teorias formais, procurou o Autor elaborar uma teoria material fundada na confiança recíproca entre as partes, afirmando que necessário seria avaliar a ilicitude global da conduta omissiva de modo a que se possa equipará-la a uma atuação.

Começou o A. por sistematizar a origem do dever de garante em duas grandes categorias: a primeira relativa aos deveres de guarda de um bem jurídico concreto, que criavam para o garante deveres de proteção e assistência, por sua vez subdivisíveis em “deveres de solidariedade natural com o titular do bem jurídico, estreitas relações de comunidade e assunção de custódia”.<sup>49</sup>

---

horas da manhã. No caso, se a mesma decidisse abandonar a criança à hora em que o seu contrato terminaria, deixando-a à sua mercê, parece-nos clara a sua responsabilidade, na eventualidade desta se magoar; no entanto, e de acordo com as teorias formais, a ama não seria responsabilizada. Por outro lado, é visível a injustiça que aconteceria caso a “baby sitter” celebrasse um contrato, perfeitamente válido, mas mais tarde o cancelasse alegando que não tinha qualquer intenção de o cumprir. Em tal situação os pais, ao optarem por deixar as crianças sozinhas, e caso algo lhes acontecesse, teriam de ser responsabilizados, e já não a “baby sitter”, para quem a responsabilização, ao ocorrer, seria apenas no campo civilístico; no entanto, não seria esta a conclusão a que se chegaria pelas teorias tradicionais.

<sup>47</sup> Revela-se o autor pioneiro no quadro destas teorias, e demonstrando uma clara aproximação às teorias materiais, ao defender que a obrigação de garante “ dependerá antes da relação existente entre o obrigado e o bem jurídico afectado ou da relação existente entre o obrigado e a fonte de perigo estabelecida na lei.” Nesse sentido Maria do Céu Negrão, *Sobre a omissão impura no actual código penal português e em especial sobre a fonte do dever que o obriga a evitar o resultado*, RMP, Lisboa, A. 7, (25), Abril- Junho de 1986, p. 42.

<sup>48</sup> Nesse sentido, Ricardo Oliveira Sousa, nota 29, p. 243.

<sup>49</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p. 170.

A segunda grande categoria seria a dos deveres de vigilância e controlo de uma fonte de perigo, dos quais emergiriam deveres de controlo e segurança, podendo estes repartirem-se em “ (...) deveres de garante por uma acção perigosa prévia [«ingerência»], deveres para vigilância de fontes de perigo e deveres fundados na responsabilidade do agente face a terceiros”.<sup>50</sup>

Traço comum a ambas as categorias seria a relação de proximidade, confiança e dependência entre o titular do bem jurídico e o omitente, ou entre este e a fonte de perigo.

Relativamente às suas diferenças, saliente-se que se por um lado, na primeira hipótese, o bem jurídico deveria ser protegido de qualquer perigo que o pudesse ameaçar, já na segunda hipótese o dever de vigilância seria apenas relativo a fontes de perigo concretas, sendo esta uma categoria muito menos ampla.

Note-se, no entanto, que um determinado caso poderá caber no âmbito das duas: tomando como exemplo os deveres dos pais perante os filhos, mais especificamente sendo estes menores ou incapazes, devem os progenitores, não só, evitar a lesão de bens jurídicos, mas também impedir que os mesmos, enquanto fontes de perigo, pratiquem atos lesivos de terceiros.

Por último, veja-se, que a teoria funcionalista de Kaufmann não foi pacificamente aceite. Ainda que se lhe reconheça o mérito de ter posto em destaque uma abordagem material que deveria pautar a dogmática dos crimes por omissão, várias foram as críticas que lhe foram apontadas. Alguns A. afirmavam que o seu sentido era vazio de qualquer fundamento jurídico baseando-se exclusivamente em considerações morais e éticas. Outros por sua vez argumentavam, naquela que constitui a sua maior crítica, que a mesma traria consigo inaceitáveis perigos para a determinabilidade, certeza e segurança do Direito Penal.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p. 170.

<sup>51</sup> “Mas, além do mais, é preciso ter em conta que, se bem que o critério material assinala um caminho para ligar a problemática do garante com o conteúdo dos deveres que devem tomar-se em consideração, não é possível prescindir da razão do nascimento dos deveres nem da sua origem, pois, de outro modo, se ampliaria desmesuradamente o âmbito de situações em que se poderia aplicar um suposto de comissão por omissão.” Nesse sentido, Jescheck, *Problemas del delito improprio de Omisión desde la perspectiva del Derecho Comparado*, en *Jornadas sobre La Reforma del Derecho Penal en Alemania*, CGPJ, 8, 1991, p. 87, *apud*, M<sup>a</sup> José Rodríguez Mesa, *La Atribución de Responsabilidade en Comisión por Omisión*, Editorial Aranzadi, 2005, p. 93.

- Teorias Materiais- Formais:

Em Portugal teorizadas por Figueiredo Dias, acompanhando as considerações de Jeschek e Weigend, ambicionavam conciliar as vantagens das teorias supra explanadas.

Assim, não dispensando uma valoração material, alicerçada numa relação fática de confiança, aquando da determinação do dever de garante, não prescindiram totalmente dos trâmites formais. Só desta forma se poderia evitar o excessivo alargamento das posições de garantia e as limitações que este imporia na liberdade de cada indivíduo, assegurando, simultaneamente, o respeito pelo mandato da determinabilidade tão caro ao Direito Penal.

Tomando como ponto de partida a divisão de deveres preconizada por Kaufmann, duas seriam as situações relevantes para a afirmação de dever de garante: os deveres de proteção de um bem jurídico e os deveres de controlo e segurança de uma fonte de perigo. Procederemos de seguida à sua análise mais pormenorizada e de acordo com a subcategorização desenvolvida, no seio do nosso ordenamento jurídico, por Figueiredo Dias.

a) Começando pela categoria dos deveres de proteção de um bem jurídico, a mesma poderia ser dividida em três subcategorias:

- Relações de proteção familiares e análogas:

Exemplo paradigmático das mesmas são as relações entre pais e filhos<sup>52</sup> e marido e mulher, nas quais as relações fáticas são de tal importância que originam um dever de garante para o indivíduo, sempre que estejam em perigo bens jurídicos pessoais relativos ao outro.

Embora tais posições encontrem muitas das vezes previsão legal expressa, vale lembrar o papel do Código Civil na regulamentação do Direito da Família<sup>53</sup>, decisiva para a assunção de uma posição de garante são as relações de confiança, solidariedade, dependência e comunidade estabelecidas entre as partes, o que levará a que mesmo quando deixe de

---

<sup>52</sup>De facto, “toda a matéria começou a ser desenvolvida justamente para permitir punir por homicídio a mãe que deixa de alimentar o filho, levando-o à morte.” Nesse sentido, Janaína Conceição Paschoal, nota 2, p. 46. No entanto, não deixará de ter relevância o facto de que sob certas condições, também os filhos terão o dever de garante perante os pais. Atente-se no Acórdão do STJ de 20/03/ 2003 em que o filho foi condenado por homicídio por omissão por ter abandonado a sua mãe por diversas semanas, estando consciente que a mesma, devido ao seu estado debilitado, não se poderia alimentar, nem haveria alguém que o pudesse fazer. Damião da Cunha, por seu lado, salienta que dentro da própria família distintos serão os deveres; entre cônjuges falar-se-á de auxílio mútuo, já entre pais e filhos de responsabilidades parentais, tradicionalmente designadas por poder parental.

<sup>53</sup> Vejam-se, por ex., os art.ºs 1672º e 1874º.

subsistir uma relação jurídica, ao prevalecer esta relação de confiança, não desapareça tal posição de garantia.<sup>54</sup>

Dúvidas têm surgido, no âmbito desta categoria, quanto à obrigação de um dos cônjuges evitar que o outro cometa suicídio, sendo penalmente responsabilizado caso não o faça. Cremos, no entanto, que esta posição se revela excessiva. De facto não havendo norma no nosso ordenamento que preveja a punibilidade do suicídio ou da sua tentativa, e caso o sujeito venha a pôr termo à vida, de forma livre e esclarecida, onerar o seu cônjuge com um dever de garante será entrar já em considerações éticas e morais, de todo desfavoráveis.<sup>55</sup>

No mesmo sentido, tem-se questionado se um dos cônjuges tem o dever de impedir que o outro cometa crimes. Pensamos não ser este um correto entendimento<sup>56</sup>. Se tal fosse admitido estaríamos perante uma situação de controlo e não já de proteção, que só poderá ser admitida caso um dos cônjuges tenha a sua capacidade de representação diminuída, situação que desenvolveremos em sede oportuna.

- Assunção de funções de guarda e de assistência:

Como resquício da tradicional fonte contratual aparece esta subcategoria, desprovida, no entanto, das formalidades que a tornavam obtusa e inaplicável pelo Direito Penal. Relevante para que se possa afirmar a posição de garante será a confiança que o sujeito, necessitado de proteção, ponha em torno da “ dispensabilidade interventora do garante”<sup>57</sup>, levando -o mesmo a sujeitar-se a maiores riscos ou a abdicar de “proteções adicionais”.<sup>58</sup>

Abrangidos por esta categoria estarão assim, as autoridades ou funcionários policiais cuja atividade profissional lhes impõe um dever de garante face a bens jurídicos de terceiro, mas apenas quando os mesmos “ (...) estejam juridicamente obrigados a, de modo directo e eficaz, intervir nas concretas situações cuja «integridade depende pessoalmente

---

<sup>54</sup> Acórdão de 9/07/2003 do STJ.

<sup>55</sup> Diferentemente será, cremos, o caso em que alguém foi incumbido, nos quadros de um estabelecimento especializado, com o poder- dever de vigiar outrem, precisamente devido às suas tendências suicidas.

<sup>56</sup> Posição que no nosso ordenamento encontra apoio cremos, face à inexistência de um dever geral de denúncia de crimes.

<sup>57</sup> Nesse sentido, Ricardo Oliveira Sousa, nota 29, p. 247.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

[deles]».»<sup>59</sup>

Questão de maior complexidade serão os casos em que quem assume a posição de garante não aparece de forma clara, nomeadamente aquando da contratação de uma pessoa coletiva ou de subcontratação.

Distinta, nesta matéria, é a posição de Damião da Cunha, para quem não será possível a responsabilização de uma pessoa coletiva, defendendo o A. a “purificação do Direito Penal para a pessoa humana individual”.<sup>60</sup>

- Comunidades de vida e de perigo:

Poderemos falar de comunidade de vida na situação em que duas pessoas partilham uma habitação, existindo entre si, somente, um laço de afeto ou proximidade. Como tal, para a mesma poder justificar o aparecimento de um dever de garante, devem ser cumpridos três exigentes requisitos.<sup>61</sup>

Por sua vez, para a comunidade de perigo<sup>62</sup>, essencial é uma vez mais, a relação de confiança e dependência que se criou entre os membros do grupo, ao participarem, em igualdade de circunstâncias, num empreendimento perigoso, tal como uma excursão pela montanha, e que levou a que fossem assumidos maiores riscos ou dispensadas medidas de segurança mais fortes.<sup>63</sup>

Autores há que defendem a subsunção destas figuras nas já acima explanadas<sup>64</sup> e até mesmo em situações de ingerência. De facto, as mesmas tornam-se difíceis de autonomizar, quer de outras figuras fundamentadoras do dever jurídico de garante, quer do

---

<sup>59</sup> Jescheck/ Weigend, *Tratado de Derecho Pena. Parte General*, 5ªed., trad. espanhola da 5ª ed. Alemã de 1996 por Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Editorial Comares, 2002, p. 672, *apud*, André Lamas Leite, nota 23, p.239.

<sup>60</sup> José M. Damião da Cunha, *Algumas reflexões sobre a omissão imprópria no sistema penal português*, In: *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias/ org. Manuel da Costa Andrade [et al], Coimbra: Coimbra Editora, 2003 p. 536, n. 83.

<sup>61</sup> Serão estes, “(i) que as aludidas relações intercedentes sejam estreitas; (ii) que, de certo modo, consequentemente, a comunidade de perigos exista realmente e não seja meramente deduzida de uma “proximidade” suposta ou presumida; e (iii) que se não estenda esta fonte até ao limite da prevenção geral de perigos, mas entre em questão apenas quando o perigo já pesa sobre a vítima potencial, devendo o agente actuar no sentido de o evitar ou, pelo menos, diminuir – devendo, numa palavra, actuar em favor do bem jurídico carenciado.” Nesse sentido, Ricardo Oliveira Sousa, nota 29, p. 250.

<sup>62</sup> Entre os A. que negam a sua relevância para a afirmação de um dever de garante destaca-se Taipa de Carvalho.

<sup>63</sup> “De «confiança recíproca no auxílio mútuo» falava Blei.” Nesse sentido, Maurach/ Zipf/ Gössel, nota 8, p. 258, tradução nossa.

<sup>64</sup> André Lamas Leite, por exemplo, coloca- as no mesmo plano que as relações familiares e análogas.

dever geral de auxílio previsto no art.º do 200º Código Penal e que prescreve: “ (...) o dever de solidariedade social que se impõe sobre todo aquele que se depara com outrem numa situação de apuros”.<sup>65</sup>

b) Passemos, agora, a analisar os deveres de controlo e de segurança de uma fonte de perigo: os mesmos consistirão numa especificação do princípio da confiança, também eles passíveis de uma divisão em três subcategorias:

- Dever de fiscalização de uma fonte de perigo:

Será este o caso das entidades patronais detentoras de estabelecimentos industriais e/ou comerciais, as quais devem garantir as condições de segurança apropriadas, quer para os seus trabalhadores quer para terceiros. Importante para que se afirme o dever de garante é o facto de o agente ter o controlo, o “domínio próprio” de determinada fonte de perigo<sup>66</sup>. Stratenwerth prefere falar, neste caso, de uma “responsabilidade pelo estado das coisas.”<sup>67</sup>

Saliente-se que essencial para que se possa falar de posição de garante não será tanto a existência, entre o sujeito (omitente) e a fonte de perigo, de uma relação de propriedade, mas sim de uma relação fática de proximidade. No caso de serem vários os detentores de uma posição de garante, todos estarão onerados a manter a mesma fonte dentro do risco permitido.

- Dever de garante face à atuação de terceiros:

Se considerássemos em termos absolutos o princípio da autorresponsabilidade a existência desta categoria seria inoportuna. No entanto, situações há em que, face a valores mais altos, tal princípio deve ceder.

Tal deverá ocorrer sempre que “ (i) um determinado terceiro ou não é responsável ou tem a sua responsabilidade limitada ou diminuída, (ii) nas situações em que determinadas

---

<sup>65</sup> Nesse sentido Ricardo Oliveira Sousa, nota 29, p. 252.

<sup>66</sup> “ Fundando-se a posição de garante na necessidade que a comunidade tem de poder confiar em 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 situações perigosas.” Nesse sentido, Ricardo Oliveira Sousa, nota 29, p.254.

<sup>67</sup> Nesse sentido, Günther Stratenwerth, nota 10, p. 395, tradução nossa.

peças são especialmente incumbidas de vigiar a atuação de terceiros: ou (iii) no domínio de determinadas organizações quando determinadas pessoas estejam especialmente incumbidas de fiscalizar ou dirigir essa atividade.”

No primeiro caso, cabem as situações dos pais perante filhos menores, penalmente inimputáveis, procurando-se um constante equilíbrio entre o dever de vigiar e cuidar dessa “fonte de perigo” e o de a educar livremente para um futuro livre e responsável. Estarão também aqui incluídos os cônjuges, no caso de um destes ter a sua capacidade de representação diminuída ou afetada.

Neste ponto, deparamo-nos com uma situação que à primeira vista pareceria afrontar um dos princípios basilares do Direito Penal, o princípio da culpa. Julgamos, no entanto, que essa crítica não poderá proceder, uma vez que, p. ex., sendo o progenitor responsável pelo filho (entendido neste sentido como uma fonte de perigo) este tem o dever de evitar que o menor cometa crimes. Caso tal venha a acontecer e ainda que não tenha sido o pai a atuar, o mesmo será visto, quer de um ponto de vista social quer de um ponto de vista normativo, como autor do delito, existindo face a si “ um autónomo juízo de ilicitude e de culpa.”<sup>68</sup> Tal entendimento deve-se ao facto de o pai ter desrespeitado, dolosa ou negligentemente, o dever que lhe era incumbido de evitar que o seu filho causasse mal a terceiros.<sup>69</sup>

Na segunda hipótese, analisemos o dever de garante face à atuação de terceiros, que recai sobre as autoridades e/ou forças policiais. Assim, tal dever surgirá quando, perante as circunstâncias do caso, o sujeito se encontre obrigado a agir, estando desde logo consciente que com a sua atuação poderá colocar bens jurídicos em causa, sendo este um risco que assumiu ao ingressar em tal atividade profissional, apenas “ (...) exigível, como contrapartida do especial treino e capacidades de que os mesmos devem estar dotados, se comparados com um «vulgar» cidadão”.<sup>70</sup>

Mais, para estes indivíduos a obrigação de impedir o cometimento de crimes, não se esgota aquando o exercício das suas funções, permanecendo também fora delas.

---

<sup>68</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p.298.

<sup>69</sup> Exemplo sintomático do que expusemos será o caso das múltiplas condenações no Brasil, de pais por crimes rodoviários pelos seus filhos cometidos, que em muito extravasam a falta de habilitação legal para conduzir. Com efeito, aos mesmos têm sido imputados os crimes de “ homicídio e lesões corporais a título de comissão por omissão.” Nesse sentido Janáina Conceição Paschoal, nota 2, p. 58

<sup>70</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23,p. 300.

Diversa posição apresenta a doutrina italiana, ao sustentar que os sujeitos só estarão incumbidos de atuar quando o ofendido tenha a “sua capacidade de autodefesa limitada”<sup>71</sup>, o que significará, cremos, uma mudança de entendimento quanto ao papel das forças de segurança pública num Estado de Direito, e poderá impulsionar um infeliz retrocesso às mais diversas formas de justiça privada.

Por fim, a responsabilidade criminal omissiva dos titulares de órgãos de pessoas coletivas, questão que tem vindo a ganhar cada vez mais relevo na discussão jurídica. Tem o legislador português procurado tutelar os interesses económicos das sociedades privadas, com a exceção das que gozam de um estatuto de direito público, assim como das pessoas, sejam elas individuais ou coletivas, que com elas entrecruzam a sua atividade.

O essencial para que se possa afirmar a posição de garante de administradores e demais entidades gestoras das empresas consistirá “no quadro funcional desses mesmos indivíduos<sup>72</sup>” só podendo estes virem a ser responsabilizados por uma omissão caso estejam encarregues de funções de vigilância, supervisão e controlo face à atuação de terceiros.

A jurisprudência alemã tem vindo a discutir a responsabilidade das entidades patronais face a atos praticados pelos seus subordinados e lesivos de bens jurídicos de terceiros, uma vez que o órgão de direção da empresa poderá impedir o delito “mediante um ato de autoridade”.<sup>73</sup> Também no nosso ordenamento parece ser de admitir a existência de uma posição de garante e consequentemente de uma responsabilidade penal por omissão quanto aos órgãos dirigentes e fiscalizadores das sociedades privadas, em relação aos ilícitos cometidos pelos seus funcionários.<sup>74</sup> Já em 1970 tinha o Tribunal Federal da Suíça decidido neste sentido naquele, que foi conhecido por “ caso Bührle”.

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 303.

<sup>72</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p. 303.

<sup>73</sup> Nesse sentido, Günther Stratenwerth, nota 10, p 395, tradução nossa.

<sup>74</sup> “O pessoal dirigente deve cuidar que a ‘fonte de perigos’ ‘empresa’ permaneça sob controlo de segurança, partam os perigos do potencial material ou pessoal da empresa”. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias, nota 7, p.950.

- Dever de obstar à verificação de um resultado por força de ação anterior perigosa: a ingerência:

Avultam as dificuldades em estabelecer os seus limites, nomeadamente quanto às características do facto prévio perigoso: se se deverá admitir atuações perigosas lícitas ou apenas ilícitas; ou, por seu lado, se será necessário uma conduta negligente ou apenas se admitirá que a mesma seja dolosa.

Dada a complexidade do assunto, iremos mais a frente dedicar-lhe um desenvolvimento mais exaustivo, num capítulo exclusivo.

### c) Posição de Monopólio

Para além dos deveres de guarda ou proteção do bem jurídico e dos deveres de controlo de uma fonte de perigo, surge uma terceira categoria suscetível de fundamentar o dever de garante. Referimo-nos à posição de monopólio.

Poder-se-á defini-la como a “situação de perigo agudo e iminente para bens jurídicos de valor cimeiro na ordem axiológica constitucional e que possam ser salvos com um pequeno esforço do agente”.<sup>75</sup>

Esta figura foi autonomizada no ordenamento jurídico-penal português por Figueiredo Dias, muito embora envolta em larga controvérsia.<sup>76</sup> Essencial para que se afirme estarmos perante uma posição de monopólio será a existência de uma situação, derivada do acaso, em que não existe uma relação de proximidade com o bem jurídico, nem tão pouco contribuiu o indivíduo para a sua ocorrência, mas este vê-se perante a possibilidade de salvar os bens jurídicos alheios.

Para que se possa falar da mesma, procurando obviar a uma desmesurada aplicação desta figura, essencialmente face a casos que não encontrando expressão legal, aparecem

---

<sup>75</sup> Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias, nota 7, p. 952.

<sup>76</sup> Veja-se entre nós as posições de Beza dos Santos e Eduardo Correia. Também Maria Fernanda Palma defende 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.) Nesse sentido, Maria Fernanda Palma, “ *A teoria do crime como teoria da decisão penal. (Reflexão sobre o método e o ensino do Direito Penal)* ” in: RPCC, 9,4º, 1999, pp. 523- 594, p.560.

como de grande injustiça material, devem verificar se em concreto, rigorosos pressupostos.<sup>77</sup>

Discutível será, no entanto, a necessidade de o indivíduo ser o único que se encontre em posição de resgatar tais bens jurídicos ou se é de admitir uma pluralidade de agentes. De forma a defenderem esta última situação os A. sustentam que nesta o juízo de ilicitude e culpa que aos agentes se reporta será maior.

Ponto central do plano aqui em questão será, antes, a “abissal desproporção, na escala axiológica, que subjaz ao texto constitucional, entre o esforço pedido ao agente no concreto processo salvador e o interesse em risco.”<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> “ O agente (i) está efectivamente investido, mesmo que só por força de circunstâncias ocasionais, numa posição de domínio fáctico, absoluto, e próximo da situação; (ii) o perigo seja agudo e iminente; (ii) não exista qualquer perigo para o agente salvador”. Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23,p. 450. Como exemplo desta situação será o caso de uma pessoa que ao passar, veja uma criança a afogar-se e que para salvá-la não tenha que despender muito esforço nem incorrerá em perigo para a sua vida.

#### IV. Artigo 10º do Código Penal

Tomámos já em consideração aquelas que foram as principais teorias desenvolvidas em torno do dever de garante. De seguida ocupar-nos-emos da análise do artigo 10º, que sob a epígrafe “ Comissão por ação e por omissão”<sup>79</sup> prevê uma cláusula de extensão da punibilidade, procurando determinar se o artigo consagra, e em que termos, alguma das referidas teorias.

-Artigo 10º n.º1:

O legislador português, aquando da reforma de 1982 do Código Penal, introduziu, em consonância com o Direito Penal comparado, o artigo 10º onde, expressamente, se prevê uma cláusula de equiparação da omissão à ação.<sup>80</sup> Assim, nos crimes de resultado<sup>81</sup>, a sua punição ocorrerá quer perante uma ação que lhe deu lugar, quer face à inobservância de uma conduta capaz de evitá-lo, deste modo se consagrando, também neste âmbito, o recurso à teoria da causalidade adequada.<sup>82</sup>

Não obstante, tal equiparação não se deu em termos plenos, prevendo o CP, no seu art.10º nº 1, *in fine*, uma cláusula de salvaguarda: “salvo se for outra a intenção da lei”; tal implicará, no entender de Faria Costa, o recurso à interpretação de 2º grau, o que desde logo, questionamos poderá pôr em causa o princípio da tipicidade do Direito Penal.

---

<sup>79</sup> Dispõe assim o art.º10º: 1. Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão da ação adequada a evita-lo, salvo se outra for a intenção da lei. 2. A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. 3. No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.

<sup>80</sup> “Teresa Beleza, apesar de se referir ao regime do anterior Código Penal, insiste na ideia de que uma omissão nunca pode violar uma proibição de ação, contida numa norma da parte especial. Mas, precisamente, por hoje existir um preceito como o art.º10º- que, só perante a incompatibilidade da descrição típica como conduta omissiva, permite afirmar que a norma incriminadora apenas contém uma proibição de agir-, parece impor-se um entendimento diferente.” Nesse sentido, Teresa Beleza, *Direito Penal*, vol.2, pp.518 e ss. *apud* ,Teresa Quintela de Brito, *A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica*, Almedina Coimbra, Março, 2000.

<sup>81</sup> Devendo este ser visto, enquanto conceito mais amplo e que melhor se coaduna com a função do Direito Penal de proteção subsidiária de bens jurídicos, que abrangerá não só a concreta lesão de valores juridicamente tutelados mas também a sua colocação em perigo. Por seu lado, defende Damião da Cunha, que o sujeito não estaria vinculado à não ocorrência do resultado, mas sim a procurar evitá-lo ou pelo menos a minimizar as suas consequências.

<sup>82</sup> “Ou seja, o que promana do preceito citado é, por um lado, a equiparação da omissão à acção, e, por outro, que a ligação da conduta ao resultado tem que ser vista em termos de causalidade adequada, de harmonia com a qual a causa de determinado resultado é a que for adequada ou idónea para o produzir, segundo as máximas da experiência e a normalidade do acontecer.” In, Acórdão do STJ de 9/07/2003.

Contrariamente, o Código Penal Germânico, no artigo 13º do StGB, estabelece uma equiparação total.

Procurando concretizar tal salvaguarda, cremos que a mesma não se aplicará aos crimes de execução livre, v.g., homicídio, dano e ofensas corporais, nos quais o tipo legal se limita a descrever o resultado.

Relativamente aos crimes de difamação e injúria<sup>83</sup>, ainda que sejam crimes de execução livre, podem-se suscitar dúvidas quanto à possibilidade de serem cometidos por um *omittere*, dada a sua natureza de crimes contra a honra.

Atentando aos ensinamentos de Faria Costa<sup>84</sup>, apesar de tais crimes poderem ser realizados através de uma omissão, o que justificaria a sua punição, não seria a equiparação prevista nos termos do artigo 10º do CP (em conjugação com o artigo 180º ou 181º), mas sim a existência de uma norma como a do artigo 182º do CP<sup>85</sup>, que prevê expressamente a possibilidade destes crimes poderem ser cometidos “por escrito, gestos, imagens, ou qualquer outro meio de expressão.”

Num pólo oposto, não se apresentarão dificuldades em negar a possibilidade desta equiparação aos delitos de mão própria, que exigem uma determinada “execução corporal por parte do agente”<sup>86</sup>, assim como aos crimes que pela sua natureza parecerá impossível a sua realização por omissão: será este o caso do crime de bigamia, p. e p. pelo artigo 247º do CP.

Complexa é também, a admissão da possibilidade de equiparação no caso de crimes de execução vinculada, tais como a coação, crimes sexuais, entre outros. Autores há, que logo à partida, a rejeitam, para tal defendendo que “(...) se a própria modalidade activa não se preenche com uma qualquer conduta mas sim com um específico *modus operandi*, por maioria de razão será de rejeitar a sua comissão a título omissivo.”<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Previstos e punidos, respetivamente, pelos artigos 180º e 181º do CP.

<sup>84</sup> Vejamos o exemplo de escola avançado pelo Autor, “ se, em uma cerimónia pública protocolar onde é suposto uma determinada pessoa receber cumprimentos, essa precisa personagem não estender a mão a alguém que a vai cumprimentar está, em princípio, a cometer uma injúria por omissão.” Nesse sentido, José de Faria Costa, nota 13, p. 394.

<sup>85</sup> Ainda que defendendo o A. uma interpretação restritiva deste artigo.

<sup>86</sup> Nesse sentido Jorge de Figueiredo Dias, nota 7, p. 305.

<sup>87</sup> Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 720, *apud*, André Lamas Leite, nota 23, p.317. Entre os A. defensores desta posição encontram-se Maria do Céu Negrão, Cavaleiro Ferreira e Oliveira de Ascensão.

Pensamos que a equiparação da omissão à ação deverá ser aferida, *in casu*, tendo o juiz que proceder a uma avaliação relativa à ilicitude global da conduta. Caso o desvalor do *non facere* não equivalha ao desvalor da ação tal significará que terá sido outra a intenção da lei, não podendo ser feita essa equiparação.

Esta é também a posição sufragada por André Lamas Leite, para quem o problema se coloca no âmbito mais vasto da “possibilidade de verificação, nos crimes impuros de omissão, de elementos especiais do tipo- de- ilícito subjectivo, como acontece, p. ex., com especiais intenções (*Absichtdelikte*), a que se responderá que tal depende de, in concreto, ser possível em termos de ilicitude, equiparar o desvalor de acção ao de omissão, concluindo-se não ser o afastamento de tais elementos especiais do tipo- de- ilícito subjectivo a ratio da parte final, do art.10.º, n.º1”.<sup>88</sup>

Saliente-se que quanto ao crime de burla, relativamente ao qual também o tipo legal prevê uma forma especial de execução, a jurisprudência portuguesa tem admitido a possibilidade de que este possa ser cometido por omissão, no caso de o autor, com o seu silêncio, contribuir para que se mantenham os engenhos fraudulentos e enganadores da vítima<sup>89</sup>;

Por fim, situações haverá em que, à primeira vista, se pensará estar perante um crime cometido por omissão, não sendo esse o caso. Alguém que saiba, p. ex., que outrem irá praticar um crime e nada faz, não existindo no ordenamento penal português norma, idêntica à do ordenamento alemão, que preveja a obrigação de um qualquer cidadão denunciar a prática de um crime, não cometerá nenhuma espécie de delito por omissão, desde logo por não existir, em relação a si, um dever de garante. A resposta poderia ser diferente se estivéssemos perante um funcionário de uma entidade policial ou perante um funcionário público, na aceção do art.º 386 do CP, uma vez que para este a denúncia do crime é obrigatória, sendo que, relativamente aos primeiros há até deveres acrescidos de ação.

---

<sup>88</sup>Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p.317, nota 792

<sup>89</sup> “Por vezes basta o silêncio doloso, um *dolus malus*, que mantém a vítima em erro”; In, Acórdão do STJ de 19/12/1991.

- Artigo 10º n.º2:

O n.º 2 do art.º 10º consagra o critério do dever jurídico pessoal de garante, só sendo o sujeito obrigado a agir quando exista tal dever de evitar o resultado.<sup>90</sup>

Começaremos por observar que, *in casu*, para que possa ser feita uma equiparação da omissão à ação, devem os dois primeiros números do artigo serem tomados simultaneamente em consideração, só assim se atingindo o verdadeiro “conteúdo de antinormatividade”<sup>91</sup> do resultado que tenha lugar.

Ainda que a redação do n.º2 do art.º10º tenha tido como propósito pôr fim às interrogações que se faziam sentir no nosso ordenamento jurídico face à problemática do dever de garante, a mesma, parece-nos ainda demasiado vaga. Com efeito, contrariamente ao Projeto de Eduardo Correia de 1963<sup>92</sup>, esta nada diz quanto às fontes que fazem emergir tal dever. Por este motivo, vários são os A. que contestam a sua conformidade face à Constituição, apontando-lhe uma lacuna de determinabilidade e tipicidade, da maior importância no Direito Penal.<sup>93</sup>

Simultânea e paradoxalmente, ao prever expressamente o dever de garante, como um dever jurídico e pessoal, o legislador português introduziu um mecanismo de limite à punição por omissão imprópria, de forma a não subverter os seus propósitos de justiça.

Começando pelo adjetivo jurídico, o mesmo terá sido utilizado para que não restassem dúvidas quanto à impossibilidade de uma obrigação moral, ética ou religiosa poder sustentar um dever de garante.<sup>94</sup> Só uma obrigação jurídica pode fazer nascer esse dever.

Como já se referiu o dever de garante, previsto neste preceito, deve ter um caráter pessoal. Trata-se de uma clara inovação do Direito Penal Português, cuja relevância não

---

<sup>90</sup> Elucidativo nesta matéria revela-se o Preâmbulo do Código Penal de 1982 (nº 16) ao estabelecer que “ ligada a uma ideia pedagógica, norteadada pelo fermento da participação de todos os cidadãos na vida comum, consagra-se, em termos limitados, a equiparação da omissão à ação. Desta forma, «a omissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recaia um dever jurídico que pessoalmente obrigue a evitar esse resultado».” Nesse sentido, Manuel Leal- Henriques/ Manuel de Simas Santos, *Código Penal. Referências Doutrinárias. Indicações Legislativas, Resenha Jurisprudencial*, 2º ed., I, Lisboa: Editora Rei dos Livros, 1995 p. 162.

<sup>91</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p. 313.

<sup>92</sup> Neste Projeto o A. previa taxativamente três fontes que poderiam estabelecer a equiparação da omissão à ação. Eram estas, a lei, o contrato e a ingerência.

<sup>93</sup> Neste sentido fala Taipa de Carvalho num “défice de previsão”,

<sup>94</sup> “Do princípio da liberdade e da tolerância (...) decorre a exclusão da legitimidade do Direito Penal para tutelar valores puramente morais, religiosos ou ideológicos.” Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23,p. 320.

deverá ser ignorada. A mesma não se revelará apenas importante para a distinção entre omissão pura, que vinculará uma generalidade indeterminada de destinatários, e omissão impura, vinculativa somente para quem preencha a posição de garante.

Com efeito, ao usar tal adjetivo, o legislador procurou destacar a importância de um sentido material, de uma “relação fáctica de proximidade”<sup>95</sup> entre os sujeitos<sup>96</sup>, como fundamento do dever de garante. Este estaria intrinsecamente ligado à relação de confiança, dependência e proteção do sujeito perante um bem jurídico ou uma fonte de perigo. Não se desconhecendo o importante papel reservado à doutrina e jurisprudência quanto à definição das condições concretas em que tal dever emergirá.

Numa outra perspetiva, Damiano da Cunha<sup>97</sup> defende que o adjetivo pessoal servirá para restringir os crimes omissivos aos casos em que será lesado um bem jurídico pessoal, o que irá contra o já por nós defendido, relativamente à possibilidade de um crime de burla ser cometida por omissão.

Também Faria Costa desenvolve uma diferente abordagem. Para o A. é precisamente este dever de garantia que justificará a equiparação da omissão à ação, baseando-se o mesmo num imperativo de justiça, em termos análogos ao dever que surge das obrigações naturais, previstas no artigo 402º do Código Civil.<sup>98</sup>

Da nossa parte, pensamos poder concluir que, ainda que não expressamente assumida, a intenção do legislador, ao redigir este artigo, terá sido a de consagrar a teoria material-formal no ordenamento jurídico-penal português. Assim, abandonar-se-á definitivamente uma conceção meramente formal e rígida do dever de garante e das fontes

---

<sup>95</sup> Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *Pressupostos da Punição e Causas que excluem a Ilicitude e a Culpa*, in, *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: CEJ, 1983, p. 56.

<sup>96</sup> Foi precisamente nesta relação de proximidade, que o STJ se baseou para afirmar, no Acórdão supra mencionado de 9/07/2003, o dever de garante que o filho teria para com a vida da mãe; “ A relação de proximidade existencial em que se encontrava com a vítima – de que nos fala Figueiredo Dias- colocando-a na sua própria e exclusiva dependência, criou no arguido o dever jurídico de protegê-la e assisti-la (...) tornando-se, assim, responsável pela sua vida, sabendo como sabia, das suas carências e que mais ninguém tinha com ela uma relação de proximidade susceptível de gerar esse mesmo dever de protecção e assistência”.

<sup>97</sup> Sustenta o A. que a base do dever jurídico será uma “ confiança institucionalizada”. Nesse sentido, J. M. Damiano da Cunha, nota 60, p. 500.

<sup>98</sup> “ (...) o agente deve, por um imperativo de justiça, atuar de modo juridicamente relevante. Sucede que, no campo do direito civil, a ordem jurídica só retira consequências a partir do momento em quem se realizou o cumprimento da obrigação- a valência normativa aqui exigida assenta no facere- enquanto, se estivermos dentro do direito penal, a ordem jurídica faz produzir consequências a partir de um omittere, a partir da omissão da expectativa comunicacional que a comunidade quer ver cumprida.” Nesse sentido, José de Faria Costa, nota 11, pp. 401-402.

que lhe dão origem. Estas mais não serão que “ (...) meros planos nos quais pode reflectir-se a proximidade sócio existencial do agente com bens jurídicos protegidos em homenagem às exigências de segurança, garantia e paz jurídica dos cidadãos, exprimidos no princípio nullum crimen sine lege.”<sup>99</sup>

- Artigo 10º n.º3:

Numa breve referência ao número terceiro do artigo pretendemos salientar que a atenuação em causa, além de não se poder aplicar à omissão própria, é meramente facultativa, devendo tal possibilidade ser avaliada em concreto pelo julgador e de acordo com as características do caso. Se o mesmo entender que o desvalor da omissão (“e o alarme social que esta provoca”<sup>100</sup>) é menor ao que se teria verificado caso o resultado tivesse lugar por uma conduta ativa, então procederá à redução da pena aplicável.<sup>101</sup>

Aqui chegados, pensamos que poderão surgir dúvidas quanto a uma possível contradição com o que expusemos relativo ao n.º 1 do art.º 10, nomeadamente quanto à sua cláusula de salvaguarda. No entanto, essa contradição será meramente aparente, uma vez que o que referimos no ponto 1º relaciona-se com a ilicitude do facto, sendo que a avaliação a que n.º3 do art.º se refere é relativa à culpa do omitente, “ (...) e também esta pode em muitos casos ser menor do que na acção correspondente.”<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Nesse sentido, Maria do Céu Negrão, nota 47, p. 46.

<sup>100</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p. 323

<sup>101</sup> Nesse sentido, Eduardo Correia: “ *matar e deixar morrer* não é a mesma coisa, sendo a intensidade de violação do bem jurídico maior no primeiro caso do que no segundo. A diferença não é, pois, nem tanto (...) uma diferença subjectiva, de censura, mas objectiva, de ilicitude. Com isto, porém não se exclui que em certos casos extremos aquela diferença de gravidade possa desaparecer; por isso se consagrou no §2, uma atenuação especial, sim, mas, *facultativa*.” In, ACTAS CP/ EDUARDO CORREIA 1965, p. 108, itálico do texto, *apud*, Paulo Pinto de Albuquerque, *Código Penal anotado à luz da Constituição República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, edição Dezembro 2008, p. 75.

<sup>102</sup> Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias, nota 95 p. 56.

## V. A Ingerência

- Exposição do tema. As questões mais problemáticas e as diversas correntes doutrinárias:

Nas palavras de Welzel a ingerência será a questão mais problemática da dogmática do dever de garante, cujos contornos precisos dificilmente serão definidos, mas que, no entanto, embora conscientes da sua dificuldade, procuraremos aprofundar.

A mesma será sempre uma *vexata quaestio*<sup>103</sup>, existindo até mesmo autores, ainda que constituam uma doutrina minoritária, que defendem a sua eliminação. Schünemann<sup>104</sup>, o maior representante desta corrente defende o seu raciocínio explicando que após a conduta anterior, a ação devida não mais estará no domínio de quem causou o perigo, não sendo de afirmar, quanto a este, a existência de um dever de garante, tornando-se responsável como qualquer outro cidadão. A sua responsabilização criminal incorreria de dois modos, consoante a conduta precedente tivesse sido negligente ou dolosa; no primeiro caso ao sujeito seria imputado um crime de omissão geral de auxílio; relativamente ao segundo, propõe o A. a elaboração, de *iure constituendo*, de uma categoria intermédia entre a omissão de auxílio e o dever de garante.

A ingerência começou por aparecer, no século XIX, no âmbito das teorias formais, o que se traduziu num irremediável alargamento. Ao contrário das restantes fontes tipificadas na lei, a mesma não encontra previsão legal expressa, aparecendo, sim, como concretização do princípio romano *alterum non laedere*<sup>105</sup>, sendo conseqüentemente criticada por aparecer como uma ofensa ao princípio da legalidade no Direito Penal.<sup>106</sup>

O seu propósito inicial era o de preencher as lacunas de punição tidas como de uma maior injustiça material, tomando como ponto de partida o princípio geral que cada um

---

<sup>103</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p. 161.

<sup>104</sup> Chama o Autor a “atenção para os perigos da dogmática sem consequências, que confere ao Poder Judiciário a facilidade de, arbitrariamente, justificar qualquer decisão. (...) o verdadeiro fundamento da equiparação entre um comportamento ativo e a omissão somente pode ser a efetiva assunção da função de proteção sobre um bem jurídico desprotegido, ou a vigilância de um determinado foco de perigo”. Nesse sentido, Janaína Conceição Paschoal, nota 2, pp. 55-56.

<sup>105</sup> Enquanto princípio que dispõe que “todo o ser humano deve organizar a sua própria esfera jurídica a não causar com ela lesão ou ameaça de lesão a bens jurídico-penais dos demais em intervenção”. Nesse sentido, Júlio César Faria Zini, *Os crimes omissivos na sociedade contemporânea*, Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2014, p. 184.

<sup>106</sup> Sousa Brito conclui ser, portanto, a “norma costumeira” e não já a ingerência em si mesma, a verdadeira fonte do dever de garante, nesse sentido, André Teixeira dos Santos, nota 35, p. 1293.

deveria agir de modo tal que com a sua conduta não causasse danos a terceiros.<sup>107</sup>

Paralelamente, também no *common law*, que em tantas áreas se apresenta distante dos ordenamentos jurídicos latino germânicos, aparece sob a designação de *continuing act principle* uma figura com contornos bastante semelhantes aos da ingerência. A relevância da mesma discutiu-se em 1983, no que ficaria a ser conhecido como *Miller Case*. A situação seria a seguinte: um sem-abrigo adormeceu num prédio abandonado e ao acordar percebeu que o seu cigarro tinha causado um incêndio. Este, ao invés de procurar apagá-lo, limitou-se a mudar de divisão e continuar a dormir. Desta forma, o arguido foi condenado por fogo posto não por tê-lo ateado, mas por, ao aperceber-se da situação, nada ter feito quanto a isso.<sup>108</sup>

Começemos por definir, em breves palavras, a ingerência como a conduta precedente que ponha em causa bens jurídicos de terceiro, quer crie um perigo original para os mesmos quer exponencie um perigo já existente. Partindo deste ponto, iniciam-se as interrogações quanto aos demais aspetos da mesma.

Analisando as características do facto prévio perigoso saliente-se que o mesmo não se restringe a condutas ativas, admitindo-se a possibilidade deste consistir numa “omissão violadora do dever”.<sup>109</sup> Independentemente da modalidade que assuma, cedo nos apercebemos que o entendimento geral tem sido de que o mesmo deverá ser contrário ao Direito para que fundamente a emergência de um dever de garante.

A jurisprudência portuguesa tem-se pronunciado neste sentido, sublinhando que os restantes casos deverão ser enquadrados no crime de omissão de auxílio, p. e p. no artigo 200º do CP<sup>110</sup> e que mais tarde abordaremos em pormenor.

---

<sup>107</sup> Nagler, um dos Autores que mais pretendeu alargar o seu âmbito, por sua vez, considerava que “todo aquele que, em virtude de um ação anterior colocara em marcha um processo causal, devia obviar à produção de resultados lesivos de bens jurídicos, independentemente do carácter lícito ou ilícito de tal conduta e mesmo que, condutas *a priori* inócuas para bens jurídicos acabassem por lesá-los, devido a circunstâncias fortuitas ou anormais.” Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p. 276.

<sup>108</sup> Nas palavras de Lord Diplock: “(...) não vejo nenhuma base racional para excluir como conduta capaz de originar responsabilidade criminal a conduta que consiste numa omissão de tomar medidas que se encontram dentro das possibilidades de alguém para contrariar um perigo que o próprio criou, se no momento da omissão o seu estado mental é tal que constitui um ingrediente necessário da ofensa. Arrisco-me a pensar que a capacidade dos advogados para falar do “actus reus” sugestivo de um ação em vez de inação é responsável por qualquer errónea noção de que uma omissão não poderá gerar responsabilidade criminal no direito inglês.” In Miller, Rv [1983] HL, tradução nossa.

<sup>109</sup> Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias, nota 7, p. 945.

<sup>110</sup> Sob a epígrafe omissão de auxílio, dispõe o artigo: 1. Quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a

Num entendimento mais amplo, defende Taipa de Carvalho a possibilidade de também os casos em que o perigo tenha sido objetivamente causado possam conduzir a essa responsabilidade por omissão, baseada numa ingerência. Sustenta o A. que nestas situações a ingerência não pode ser considerada como lícita nem como ilícita, fazendo, de qualquer modo, emergir um dever de garante. Para tal defende que “ se, no plano jurídico- civil, determinadas situações causadoras de prejuízos (casos da responsabilidade objectiva ou pelo risco) «fundamentam o dever jurídico de os reparar, também, no plano jurídico-penal, estas situações quando ponham em perigo determinado bem jurídico-penal fazem recair sobre o causador da situação de perigo o dever jurídico-penal de praticar a acção que evite [procure evitar] a concretização do perigo, que evite o resultado.”<sup>111</sup>

Distinto entendimento tem André Lamas Leite para quem tais casos, em consonância com o supra exposto, cairiam no âmbito do dever geral de auxílio, mais especificamente no n.º 2 do art.º 200º do CP.

Complexa revela-se também a questão de saber se é de admitir uma conduta precedente negligente ou se esta apenas poderá ser dolosa. Do nosso ponto de vista cremos que, ainda que seja de um relativo menor desvalor, também a atuação anterior reveladora de uma falta de cuidado será relevante para que se possa afirmar a comissão por omissão; importante será que a mesma comprometa um bem jurídico, devendo as eventuais diferenças ser tomadas em consideração aquando da determinação concreta da pena e da aplicação ou não da atenuação especial prevista no n.º 3 do art.º 10º do CP, para além das que existam, naturalmente, das diferentes molduras penais previstas na parte especial do CP.

Não pretendendo relegar a importância da conduta anterior deve, dar-se o devido destaque à ação a que o sujeito estava obrigado, tendo o” omitente que dominar o âmbito dentro do qual se reproduz o resultado a evitar”<sup>112</sup>, quer a sua atuação tenha criado um novo risco quer se tenha limitado a potencializar um já existente.

---

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; 2. Se a situação referida no número anterior tiver sido criada por aquele que omite o auxílio devido, o omitente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias; 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.

<sup>111</sup> Nesse sentido, Américo Taipa de Carvalho, *Comentário Conimbricense Parte especial*, Tomo I, Dir.: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 1240-1241.

<sup>112</sup>Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p. 273.

A isto acrescenta-se, e partindo da perspectiva de Roxin, por nós partilhada, que essencial para a afirmação da posição de garante, gerada pela ingerência, será a imputação objetiva, ou seja, o estabelecimento de um nexo de causalidade adequada, entre a conduta anterior e o resultado produzido<sup>113</sup>, ficando, assim, excluídas as hipóteses em que o comportamento anterior se mantenha dentro do risco permitido, aquelas em que o resultado ocorra mas por força de materialização de um outro risco e por fim os casos em que a atuação prévia não caiba no âmbito de proteção da norma.<sup>114</sup> É precisamente neste último argumento que a doutrina espanhola<sup>115</sup> se apoia, num entendimento contrário ao do BGH, para defender a impossibilidade de se invocar no caso *Lederspray*<sup>116</sup> a ingerência enquanto plano fundamentador da posição de garante.

A importância da imputação objetiva revelar-se-á, para além do mais, aquando da presença de uma situação de concurso de causas, em que dúvidas existem quanto a uma partilha de responsabilidades face à ocorrência de um resultado desvalioso.<sup>117</sup> No caso de omitente e vítima terem contribuído para a sua causação há que estabelecer o nexo de causalidade entre determinada conduta e os danos que esta possa ter causado para a integridade física e/ ou vida da vítima de modo a que se possa afirmar a existência ou não de um dever de garante e proceder à respetiva criminalização. Caso o estabelecimento do nexo de causalidade não proceda terá de se afirmar a existência de um dever geral de auxílio

---

<sup>113</sup> “ Somente a quem se pode imputar o perigo criado conforme critérios jurídicos tem responsabilidade e terá que evitar o perigo de uma lesão- consoante o caso, mais ampla ou mais grave.” Nesse sentido, Claus Roxin, *Ingerencia e imputación objetiva*, Revista Penal, Trad. por Raúl Pariona Arana, LL.M. (Universidad de Munich) p. 155, tradução nossa. Não é este, no entanto, um pressuposto particular do plano da ingerência sendo comum aos restantes planos de dever de garante. (veja-se a referência à exigência da adequação no n.º1 do art.º10º do C.P.).

<sup>114</sup> Exemplificando este último aspeto, se um condutor atropela um ciclista que cai na lombada da estrada aproximando-se um indivíduo que lhe furta a carteira poderá o condutor ser responsabilizado enquanto cúmplice pelo crime de furto? A resposta será claramente negativa, prestando atenção à natureza das normas de tráfego rodoviário não são os bens jurídicos patrimoniais que as mesmas ambicionam proteger. Esta foi, a posição sustentada pelo próprio BGH que “assumiu a regra de imputação quando exige para uma posição de garante que a infração consista justamente numa violação de um semelhante preceito que sirva para proteção do bem jurídico posto em perigo.” Nesse sentido Claus Roxin, nota 113, p. 158, tradução nossa. Também Faria Costa, destaca a importância que o âmbito de proteção da norma deve assumir, chamando atenção para “o facto de se dever entender que o acto de interpretar (...) se faça sempre tendo em conta a específica intencionalidade normativa revelada pelo texto- norma”. Nesse sentido, José de Faria Costa, nota 11, p. 396.

<sup>115</sup> Nesse sentido, M<sup>a</sup> José Rodríguez Mesa, nota 51, pp. 103-104.

<sup>116</sup> Vide infra.

<sup>117</sup> Tomando em consideração o exemplo de Taipa de Carvalho, será este “o caso do condutor que circula com excesso de velocidade e do atropelado que atravessa repentinamente a rua.” Nesse sentido Américo Taipa de Carvalho, nota 111, p. 1241.

e não já de um dever de garante.

Creemos, pois, poder afirmar que a imputação objetiva aparece como critério fundamental para delimitar a ingerência enquanto plano de posição de garante, não se ficando, naturalmente obrigado a remover todo e qualquer perigo para o bem jurídico ameaçado, só podendo ser imputadas ao sujeito as lesões que surjam da concretização de um risco por este criado.

- A Teoria Crítica de Jakobs:

Sob um paradigma distinto do acima exposto, abordaremos de seguida a teoria crítica de Jakobs que muito embora sujeita às mais diversas críticas não deixou de ser frutífera, servindo de inspiração para diversos Autores.

Não partindo da tradicional distinção entre ação e omissão, Jakobs propõe uma teoria unitária que se adequa aos dois tipos de delitos, “sendo estes conceitos fungíveis”<sup>118</sup> sublinhando que mesmo nas condutas ativas existirá uma posição de garantia.

Assumindo uma concepção de Direito Penal que remonta aos ensinamentos de Luhmann<sup>119</sup>, não parte do Homem em si mesmo mas do papel que este deve desempenhar em sociedade, i. é., do seu *role*, sendo que conseqüentemente o desrespeito de tal *role* originará responsabilidade penal. Para o Autor, essencial será, assim, a estabilidade do sistema social, sendo tudo o resto funcionalizado a este propósito.

É no seio das instituições entendidas como «contextos normativos consolidados» que surge “o duplo núcleo essencial à afirmação de toda a imputação jurídico criminal: o direito geral a que uma dada organização não lese bens jurídicos alheios- «deveres negativos» - e o «*status* especial e deveres (e direitos especiais)» - «deveres positivos».”<sup>120</sup>

Relativamente aos deveres negativos, nestes encontrar-se-ão inseridos o dever geral de controlo do tráfego jurídico, em que o responsável por uma organização deve garantir que esta não causa danos a terceiros, mantendo-se dentro do risco permitido, assim como serão

---

<sup>118</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 33, p. 178. Exemplificando o A. com o célebre caso- escola, “ de saber se a morte do peão por atropelamento se fica a dever à ausência de travagem (infracção de um mandato) ou à acção de acelerar (infracção de uma proibição)”.

<sup>119</sup>É notável a sua influência em Jakobs. Este ” perspectiva o Direito em geral como uma parte do sistema social em que o essencial consiste em responder às solicitações do mundo exterior que mediante *inputs*, aguarda, *in casu*, do Direito Penal, uma resposta adequada à sua função de garantir a estabilização do próprio sistema social.” *Ibidem*, p. 177.

<sup>120</sup> Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23,p. 179.

de incluir-se os deveres de salvamento e de assistência.

Por sua vez, os deveres positivos, baseados numa concepção de solidariedade, do Homem solidário um-com-o-outro, derivam de um *status* especial, cabendo na definição de instituição avançada pelo autor. Considerando Jakobs que tais deveres não se revelam demasiado intrusivos no que respeita aos direitos fundamentais uma vez que os mesmos “ (...) emanam apenas de instituições face às quais seja defensável que o seu relevo social não é inferior à relação que intercede entre «liberdade de actuação e responsabilidade pelas consequências.»<sup>121</sup>

- A ingerência para Günther Jakobs:

No quadro dos “**deveres por força de competências de uma organização**”<sup>122</sup> desenrolam-se as situações de ingerência; Prescinde o Autor da ilicitude da conduta anterior, expandindo a ingerência até mesmo aos crimes comissivos, advogando que o próprio Tribunal Federal Alemão, apesar de se vincular pela antijuricidade do comportamento anterior, já admitiu decisões no sentido de alargar o campo da ingerência muito para além disso. “ Para ilustrar, cita decisão de 1985, segundo a qual um rapaz respondeu pela morte de outro, haja vista o fato de, antes de um terceiro praticar o ato homicida, o condenado, juntamente com outros rapazes, terem agredido a vítima.”<sup>123</sup>

Entre os casos em que se prescindirá da ilicitude do atuar precedente encontram-se os do tráfego rodoviário, bastando para que se possa afirmar a posição de garante uma responsabilidade pelo risco. Também na responsabilidade pelo produto, o Autor considera responsáveis os fabricantes que colocam no mercado produtos lesivos, apesar de só mais tarde tomarem consciência da sua perigosidade. Para Jakobs, a partir desse momento os mesmos ficariam na obrigação de os retirar, podendo ser, caso não o façam, penalmente responsabilizados.

Como se poderá compreender, esta teoria não foi pacificamente aceite, tendo sido suscitadas amplas críticas. Começou-se por se lhe apontar uma descaracterização do Direito Penal, que se quer de intervenção mínima, não significando que não possa haver responsabilização, muito embora esta deva ser feita por outros ramos do Direito. Com efeito,

---

<sup>121</sup>*Ibidem*, p. 188.

<sup>122</sup> Nesse sentido Jorge de Figueiredo Dias, nota 7, p. 937, sublinhados do autor.

<sup>123</sup> Nesse sentido, Janaína Conceição Paschoal, nota 2, p. 109

a mesma acaba por misturar a culpa do Direito Civil com a culpa do Direito Penal, ao permitir a responsabilidade objetiva também neste campo, passando a ser tomado como o Direito Penal do autor.

Marta Felino Rodrigues destaca que “ (...) este raciocínio de clarificação das intervenções na esfera jurídica alheia ou dos limites da liberdade de configuração do próprio círculo organizativo pelo facto de haver outra esfera alheia é desastroso nas sociedades modernas. Se, na realidade, vivemos numa sociedade hiperurbana em que as esferas jurídicas se interpenetram, cria-se uma envolvente propícia à multiplicação da «lotaria penal» e à coletivização da responsabilidade penal (muito democrática!) que potenciam uma irresponsabilidade penal.”<sup>124</sup>

Também Castanheira Neves<sup>125</sup> tem um entendimento crítico face à teoria de Jakobs, alegando que a sua conceção funcionalista instrumentaliza o Direito Penal e o papel que este deve assumir, subvertendo-o num instrumento de intervenção estatal, ignorando por completo o papel que a dignidade da pessoa humana deve assumir num Estado de Direito Democrático.

No mesmo sentido, acentua Luigi Ferrajoli que esta teoria conduzirá a uma funcionalização do papel do indivíduo na sociedade, esquecendo-se o lugar central que o Homem deve assumir no Direito, tornando-se este um (mero) subserviente das exigências do sistema. Mais ainda, “ao analisar a finalidade preventiva geral positiva na perspectiva de Günther Jakobs, aponta que ela leva a um direito penal máximo.”<sup>126</sup>

-Autores cuja influência remonta a Jakobs:

Como já foi referido, muito embora sejam várias as vozes que se levantaram contra esta teoria, a mesma não deixou de influenciar diversos juristas, pelo que iremos de seguida referenciar alguns dos seus estudos.

---

<sup>124</sup> Nesse sentido, Marta Felino Rodrigues, *A Teoria Penal da Omissão e a Revisão Crítica de Jakobs*, Coimbra: Livraria Almedina, Março, 2000, p. 93.

<sup>125</sup> Para o A. o “ homem não deve se compreender apenas como destinatário de direito e titular de direitos, «mas autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas comprometido com ele- o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e então não como uma externalidade apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido.»” Nesse A. Castanheira Neves, *Direito hoje e com que sentido? Problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 75.

<sup>126</sup> Nesse sentido, Janáína Conceição Paschoal, nota 2, p. 146.

Enrique Bacigalupo ao elaborar a sua teoria parte, notavelmente influenciado por Jakobs, do conceito de “organização”, subdividindo-a em duas categorias: “delitos de domínio” e “delitos de infração de dever”. O A. defendia também um conceito mais amplo de ingerência que consistiria na atuação precedente que ponha em causa o bem jurídico, ficando assim o sujeito que a provocou obrigado a evitar a produção de um resultado danoso.

Atentemos também, no seio do nosso ordenamento, a uma nova perspectiva trazida por Damião da Cunha<sup>127</sup>. Numa breve reflexão acerca da sociedade moderna e do papel do Direito Penal na mesma, o Autor começa por referir a importância de determinadas instituições com competências próprias para lidarem especialmente com o risco. Tal tarefa, no seu entender, deveria muitas vezes deixar de pertencer ao mero cidadão, como acontecia nos quadros tradicionais, e passar para as mãos de entidades competentes. O indivíduo, ainda que estivesse onerado com o dever de garante, deveria transferir esse dever para a instituição adequada.<sup>128</sup>

No entanto, esta institucionalização não deixa de suscitar dúvidas e complexidades, no âmbito do Direito Penal: “torna-se difícil sindicar a violação (dolosa ou negligente) do dever e mais ainda imputar exclusivamente o resultado à violação de um dever. A própria dinâmica das instituições assenta numa lógica de «diminuição» de probabilidade do dano (sem todavia excluir que ela se verifique).”<sup>129</sup>

De forma a melhor exemplificar as suas ideias, Damião da Cunha acaba por trazer para a discussão o exemplo dos crimes de perigo; começando por traçar a distinção entre crimes de perigo comum (que interferem com uma universalidade indeterminada de sujeitos) e crimes de perigo concreto (cujas vítimas são concretas e determinadas). Traço comum a ambos será a possibilidade de dominar o perigo, sendo excluídas as situações em que a

---

<sup>127</sup> O Autor “defende que não basta «um reflexo na ordem jurídica para, afirmar um dever de garante», o qual «só se funda na medida em que se insira numa instituição», entendendo-a como «um espaço localizado e delimitado para que se possa falar de espaço de segurança ou de protecção». Embora não defina «instituição» da mesma forma que JAKOBS, DAMIÃO DA CUNHA, aproxima-se dele (...) “Nesse sentido André Lamas Leite, nota 23, p. 179.

<sup>128</sup> Vejamos o entendimento do A. face ao tradicional caso de um pai dever salvar o seu filho de morrer afogado. Para Damião da Cunha o que estaria aqui em causa, seria um dever de prevenção. No caso de o filho ser maior de idade, este considerar-se-ia responsável pelas suas atitudes, estando ao pai incumbido de um dever pessoal de auxílio, dada a sua relação de proximidade. Caso se trate de um filho menor, então o pai terá falhado a partir do momento em que não limita a liberdade da criança, permitindo que esta se coloque na situação de perigo, uma vez que neste caso o progenitor terá sim, o “poder-dever de prevenir perigos para a vida do menor.” Nesse sentido J.M. Damião da Cunha, nota 60, p. 491.

<sup>129</sup> Nesse sentido, José M. Damião da Cunha, nota 60, p. 491.

pessoa se encontra legalmente habilitada para lidar com atividades perigosas. Estas últimas só poderão ser penalmente responsabilizadas caso tenham violado “ (dolosa ou negligentemente) deveres que se impunham no caso, deveres que visam manter uma actividade perigosa dentro de um risco socialmente aceite (sem que, repita-se, se trate de reduzir o risco a zero).”<sup>130</sup>

Pertinente será também realçar a distinção entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo presumido (usualmente denominados por crimes de perigo abstrato). Nos primeiros os mesmos traduzem uma alta probabilidade de ocorrência de um dano com prejuízo para bens jurídicos fundamentais. Relativamente aos segundos, consistirão numa “presunção fundada nas regras de experiência comum de um perigo imediato concreto.”<sup>131</sup>

Esta distinção revela-se, importante nomeadamente no campo das atividades proibidas (com elevada probabilidade de dano), uma vez que quem esteja de forma legal habilitado a ingressar nas mesmas não poderá, “por via de princípio”, ser punido por crime presumido.

Em sentido oposto, se alguém participa em atividades perigosas sem para as mesmas ter as devidas habilitações poderá ser criminalmente responsabilizado por crime de perigo presumido.<sup>132</sup> Mais ainda, não será responsabilizado de acordo com “ as regras de razoável probabilidade, se demonstrar que, ainda assim, tinha capacidade de lidar com os perigos (se justificar a conduta perigosa) e que o presumido perigo não existe ou então é devido a um acidente.”<sup>133</sup>

Como se compreenderá desta sociedade fortemente institucionalizada derivarão inovadoras consequências, nomeadamente no âmbito da omissão.

O A. questiona-se quanto à relevância da ingerência enquanto fundamento autónomo do dever de garante. Começa por sublinhar que tanto uma ação como uma omissão podem originar tal dever. No entanto, a sua obrigação não seria a de eliminar o perigo na sua totalidade mas sim de o manter dentro do risco permitido. Assim, se os sujeitos cumprissem com as suas obrigações evitando que o risco extravasasse o limite que lhes era permitido, não poderiam ser responsabilizados, não admitindo o Autor a possibilidade de uma

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 492.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> A falta de habilitações legais para uma conduta assumirá, também, extrema relevância no Direito Penal ambiental.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 494.

ingerência lícita fundamentar a emergência de um dever de evitar o resultado.

Por seu lado, caso tais deveres não fossem cumpridos, os sujeitos que os desrespeitassem poderiam ser, a seu ver, penalmente responsabilizados.

Concluindo assim o Autor, que perante o aumento dos crimes de perigo num contexto de imensurável crescimento do risco, a categoria da ingerência deixará de fazer sentido, tornando-se como tal dispensável: “Do que se trata é de não permitir uma ingerência para além do que é permitido.”<sup>134</sup>

- Casos abordados pela jurisprudência alemã; em relevo o caso *Lederspray*:

Temos vindo até ao momento a desenvolver uma abordagem predominantemente teórica. Pretendemos, de seguida, tratar de casos já solucionados pela jurisprudência germânica que demonstram a complexidade do tema, assim como a sua atualidade.

A primeira categoria que nos ocupará será aquela em que um indivíduo, num primeiro momento, atua lícitamente, ocorrendo, no entanto, uma alteração superveniente das circunstâncias que torna a sua atuação antijurídica. Passando a exemplificar duas distintas situações: na primeira teremos o caso de um sujeito que tranca todas as portas de sua casa sem saber, nem poder sabê-lo, que outrem se encontrava fechado no seu interior. Mais tarde, ao aperceber-se, disso nada faz para reverter a situação. A jurisprudência alemã dominante tem entendido estarmos perante um caso de sequestro doloso em comissão por omissão, ainda que a atuação fosse lícita. Contra esta fundamentação argumenta-se que será dispensável o recurso à equiparação da omissão à ação uma vez que esta questão encontra resposta prevista expressamente na lei.<sup>135</sup>

Já na segunda hipótese estaremos perante o caso em que alguém, no momento em que atua, fá-lo justificadamente, “suprimindo-se posteriormente o pressuposto da justificação”<sup>136</sup>. Tal ocorrerá, por exemplo, quando um sujeito fecha outrem para evitar que este, devido ao seu elevado estado de embriaguez, coloque em perigo terceiros, não se podendo afirmar que o mesmo cometeu um sequestro. Não obstante, se mantém o indivíduo privado da sua liberdade mesmo após este regressar à “normalidade” a situação revelar-se-á

---

<sup>134</sup> Nesse sentido, José M. Damião da Cunha, nota 60, p. 495.

<sup>135</sup> Em Portugal, artigo 158º do Código Penal.

<sup>136</sup> Nesse sentido, Claus Roxin, nota 113, p. 161, tradução nossa.

diferente, cometendo o ingerente o crime de sequestro por omissão.<sup>137</sup>

Da nossa parte concordamos que em ambos os casos seja de afirmar uma posição de garante, pois ainda que numa primeira fase o comportamento de ambos os sujeitos seja perfeitamente conforme ao Direito, não se poderá ignorar as alterações que num curto lapso temporal tiveram lugar e que, dada a sua relevância para o acontecimento não poderão deixar de fundamentar tal responsabilidade, por se verificarem situações de ingerência ilícita.

O segundo grupo de casos que trataremos será o do fornecimento ilícito de estupefacientes ou de medicamentos, assim como o do fornecimento, ainda que lícito, de bebidas alcoólicas. Duas são as questões merecedoras de destaque; a primeira relaciona-se com os perigos que o consumo de tais substâncias pode trazer para quem as ingere; a segunda tem que ver com o problema das lesões que, devido aos comportamentos destes, sobrevenham para terceiros.

Em relação à primeira, considerou o BGH existirem fundamentos para que se afirmasse uma posição de garante, fundada na ingerência, tendo sancionado “em semelhantes casos por homicídio por omissão negligente (ou consoante os casos até mesmo dolosa) o fornecedor de estupefacientes.”<sup>138</sup>

Esta solução não deixa de ser por nós questionada. Atendendo ao princípio da auto responsabilidade e estando o sujeito consumidor consciente dos perigos em que incorreria, pensamos que talvez seja ir longe demais afirmar a existência de um dever de garante<sup>139</sup>. Assim, a punição a que haja lugar deverá desenvolver-se nos quadros do dever geral de auxílio, porventura omitido, para além, da punição por ação que ocorrerá pelo crime de tráfico de estupefacientes. Só assim não será caso exista previamente entre os sujeitos uma relação de proximidade especial, mas será essa que legitimará o emergir de uma posição de garante e não a consideração da sua eventual ingerência.

Quanto à segunda questão, exemplificaremos com um caso em que se discutia a possibilidade de se imputar a um proprietário de um bar, que tinha servido bebidas alcoólicas

---

<sup>137</sup>“(…) com a supressão dos pressupostos do estado de necessidade, a reclusão posterior é imputável como antijurídica ao causante, de modo que quem prendeu o sujeito embriagado é responsável pela eliminação deste perigo não permitido.” *Ibidem*.

<sup>138</sup>*Ibidem*, p. 158, in BGH, NtZ4 (1984).

<sup>139</sup> Excecionando-se logicamente os casos em que “o consumidor for incapaz e essa incapacidade for notória ou conhecida do agente ou ainda quando existir um nítido aproveitamento de uma situação de inexperiência do consumidor. “ Nesse sentido, André Lamas Leite, nota 23, p. 284.

a um dos seus clientes que o deixaram num elevado estado de embriaguez, as lesões a um peão provocadas por esse cliente, ao conduzir o seu veículo, após ter deixado o estabelecimento. Decidiu primeiramente o BGH que este (proprietário) responderia por homicídio, por omissão, do peão.<sup>140</sup>

No entanto, com a evolução do tempo o Tribunal acabaria por adotar uma perspetiva mais moderada nesta matéria, uma vez que o seu anterior entendimento faria “do proprietário do restaurante uma espécie de polícia e tornou em grande medida, impossível a venda de álcool, pois para o dono do local era impossível saber se o cliente tinha ou não estacionado a sua viatura num lugar próximo.”<sup>141</sup> Não apenas isso, também o nexo de causalidade seria aqui difícil de se provar. Tendemos a concordar com esta mudança de paradigma, defendendo que a punição do proprietário apenas poderá ocorrer na hipótese em que, através de artifícios fraudulentos engane o cliente, fazendo-o crer que não está a ingerir álcool, ou, se por outro lado servisse bebidas alcoólicas a quem manifestamente se encontrasse em estado de embriaguez.<sup>142</sup>

De seguida focar-nos-emos na problemática do tráfego rodoviário e das questões que a mesma suscita no âmbito da ingerência. Caso desta atividade derivem lesões (físicas e/ou psíquicas) para terceiros, duas são as hipóteses que deveremos tomar em consideração: a primeira será aquela em que o condutor respeitou as regras de diligência e cuidado que lhe eram impostos; a segunda será, obviamente, quando as não tiver respeitado.

Relativamente à primeira, dir-se-á que o ato de conduzir implica intrinsecamente um risco, o que não lhe retira a sua indispensabilidade na atualidade. Tal não pode ser usado, no entanto, para que se afirme a existência de uma posição de garante do condutor, face à ocorrência de um acidente, podendo-se apenas falar da existência de um dever geral de auxílio para com a vítima e ainda de uma responsabilidade no campo jurídico-civil.

Também neste sentido decidiu o BGH, na situação em que um condutor não havia procedido ao salvamento de um peão, que de forma inesperada, caiu debaixo da sua viatura. Com efeito, sustenta o Tribunal que “um condutor que se comportou em todas as formas conforme ao dever e às regras de trânsito não tem uma posição de garante face à vítima do

---

<sup>140</sup> Nesse sentido, Claus Roxin, nota 113, p. 157, In: BGHSt 4, 20.

<sup>141</sup> *Ibidem*, tradução nossa.

<sup>142</sup> Situação que, como se sabe, é proibida em grande número de legislações ocidentais.

acidente única culpável.”<sup>143</sup>

Não obstante, tal posição não deixa de ser controversa. Parte da doutrina germânica defende que ainda que o sujeito condutor não viole nenhuma das normas estradais a que está obrigado, no momento em que se veja envolvido num desastre automóvel com lesões para terceiro torna-se seu garante, devendo tudo fazer para lhe salvar a vida. Este argumento apoia-se na ideia de “que o Direito não pode simplesmente dar-se por vencido frente à crescente brutalidade e responsabilidade do trânsito público.”<sup>144</sup>

Muito embora o flagelo dos acidentes de viação possa pôr em causa bens jurídicos fundamentais, como sejam a vida e a integridade física, sempre merecedores de uma especial proteção do Direito Penal, pela nossa parte questionamos se esta concreta preocupação deve ser resolvida, ou não, no plano do Direito Penal que, como é sabido, tem um caráter fragmentário, ou se, pelo contrário, deve encontrar solução noutros ramos do direito, *maxime*, o Direito Civil, sendo certo que no plano penal sempre restará a eventual responsabilidade pela omissão de auxílio.

Na segunda hipótese, em que o condutor não tenha observado as regras que lhe eram impostas, dúvidas não se levantam quanto ao facto de o mesmo se encontrar numa situação de ingerência, ainda que para o acidente tenha a vítima contribuído (de acordo com o artigo 570 do C.C.), devendo ser responsabilizado pela violação do seu dever de garante.

O último caso que traremos à discussão é o caso *Lederspray*, por muitos considerado um verdadeiro *leading case* na temática da responsabilidade criminal por produtos defeituosos.

O caso desenrolou-se na Alemanha onde uma sociedade comercializava um *spray* aerossol para utilizar em produtos de couro, tais como calçado e peles. A sua utilização revelou-se inócua até à década de 1980, altura em que surgiram os primeiros casos de lesões à integridade física nos seus consumidores, nomeadamente a nível respiratório, tendo alguns destes corrido risco de vida. Após uma reunião extraordinária da administração da empresa, no ano de 1981, os seus responsáveis decidiram-se pela manutenção do produto em

---

<sup>143</sup> Nesse sentido, Claus Roxin, nota 113, p. 157, tradução nossa. In, BGHSt 25, 218.

<sup>144</sup> Nesse sentido, Maurach/ Zipf/ Gössel, nota 8, p. 263, tradução nossa.

circulação, tendo sido introduzido um rótulo que continha uma advertência para os consumidores.

O BGH, na sentença de 6 de Julho de 1990, começou por traçar uma distinção entre quatro períodos temporais distintos; o primeiro remontava ao tempo em que não existia ainda qualquer relato de possíveis danos, sendo este irrelevante de um ponto de vista jurídico; o segundo começava aquando do aparecimento das notícias das primeiras lesões, ainda que não se tenha conseguido estabelecer uma relação direta<sup>145</sup> com o produto, sendo que neste caso o Tribunal considerou a não retirada dos produtos do mercado como uma omissão negligente; já num terceiro momento, que remontava à altura da reunião e à decisão desta sobrevinda de não retirar produto de circulação, o Tribunal considerou que as lesões à integridade física seriam de imputar a uma omissão, desta vez, a título de dolo eventual; finalmente e após essa reunião a decisão de colocar em circulação novos produtos com a mesma composição foi entendida como um crime de ofensas à integridade física, mas aí por ação.

De forma a sustentar os crimes de ofensa à integridade física por omissão (segundo e terceiro momentos), afirmou o BGH a existência de um dever de garante (de retirar os produtos do mercado) fundamentado na posição de ingerência. A particularidade da questão reside no facto deste Tribunal se ter sustentado numa ingerência que, à partida, seria lícita, uma vez que aquando da colocação dos produtos no mercado a sua perigosidade era desconhecida pelos responsáveis, subvertendo, assim, as tradicionais conceções sobre a ingerência. Nos seus quadros, a ingerência, enquanto plano fundamentador de um dever de garante, só seria invocável face a uma conduta precedente contrária ao Direito.

Esta decisão revelou-se importante e abriu espaço a uma acesa discussão no âmbito doutrinal, não tanto quanto ao seu sentido mas sim de forma particular quanto aos seus fundamentos, tendo diversos Autores emitido diferentes opiniões relativas ao cerne da questão.

---

<sup>145</sup> Não foi possível apurar qual a substância concreta, ou a conjugação de substâncias presentes no produto, capaz de causar as lesões na saúde dos seus utilizadores. No entanto, o BGH considerou estabelecida a relação de causalidade “entre o uso do produto e as lesões à integridade física, baseando-se quer na existência de uma estreita relação temporal entre o uso do produto e a ocorrência de lesões, quer na inexistência de uma outra explicação causal”. Nesse sentido, Susana Aires de Sousa, Responsabilidade criminal por produtos defeituosos, in, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, nº76, Jan- Fev, 2009, p. 112.

Ainda que não discordando, no essencial, da decisão a que chegou o Tribunal, alguns A., refira-se a título exemplificativo Kuhlen, Rudolphi e Meier<sup>146</sup>, entre outros, discordaram da sua fundamentação, alegando que se a aferição da eventual licitude/ ilicitude deve reportar-se ao momento do atuar precedente, de acordo com um juízo *ex ante*, e não *a posteriori*, como foi feito no caso pelo BGH<sup>147</sup>, então, por a introdução no mercado do produto, por não serem conhecidos os seus defeitos, não infringir qualquer dever de cuidado, a única possibilidade de imputar uma omissão imprópria por ingerência seria alterar o quadro até então dominante e admitir que o facto precedente, gerador de um dever de garante também podia ser lícito.

Segundo Kuhlen<sup>148</sup> a responsabilidade por ingerência poderia ser invocada, *in casu*, não por haver um facto precedente contra o Direito, mas por estarem em causa empresas com uma estrutura, organização e conhecimentos especializados, que lhe conferem uma maior possibilidade de atuação, sendo lhe exigível um dever acrescido de garantir a proteção efetiva dos bens jurídicos<sup>149</sup>.

A decisão do BGH no caso *Lederspray*, entre outras<sup>150</sup>, em que é visível um imiscuir do Direito Penal em áreas tradicionalmente tratadas por outros ramos do Direito e em que se assiste a uma “flexibilização de algumas estruturas clássicas do Direito Penal”<sup>151</sup>, tem suscitado algumas reticências nomeadamente quanto aos limites que o mesmo não deverá ultrapassar, até pelo seu carácter fragmentário, também eles alvo de reflexão no nosso trabalho.

Creemos, contudo, que, face aos bens jurídicos que em tais casos foram postos em causa, como a vida e a integridade física, onde urge uma tutela mais imediata, que tal resposta por parte do Direito Penal não extravasa a sua essência, quando muito é reveladora

---

<sup>146</sup> Nesse sentido, Enrique Gimbernat Ordeig, *La Omisión Impropria en la Dogmática Penal Alemana. Una Exposición*, in: APPCP,L, 1997, pp. 56-57.

<sup>147</sup> Tratando-se, segundo a doutrina, do recurso a um “artifício” por ela rejeitado unanimemente.

<sup>148</sup> Nesse sentido, Enrique Gimbernat Ordeig, nota 146, pp56-57.

<sup>149</sup>Contrariamente, Schünemann defende que não é possível conferir uma posição de garante aos responsáveis pela empresa, podendo estes apenas responder pela omissão de auxílio, afastando a existência de uma omissão imprópria.

<sup>150</sup> Atente-se à análise de diversas sentenças em casos similares desenvolvida por Susana Aires de Sousa, em “*A Responsabilidade Criminal pelo produto e o topus causal em Direito Penal, Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor*”, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, Junho 2014.

<sup>151</sup> Nesse sentido, Susana Aires de Sousa, nota 145,p. 115.

da necessidade da sua permanente metamorfose e adequação ao tempo e às problemáticas que com o seu passar emergem.

Voltando ao caso concreto: pensamos que, a partir do momento em que são conhecidas as primeiras notícias relativas a eventuais lesões causadas pela utilização do produto<sup>152</sup>, os responsáveis pelo mesmo já podiam prever os possíveis riscos que da sua utilização adviriam para a saúde dos consumidores, tendo, a partir desse momento o especial dever de se certificar (quanto à sua perigosidade) e em caso de dúvida de retirar o produto lançado abstendo-se ainda de novas vendas. Não o fazendo<sup>153</sup>, a sua conduta poder-se-á remeter para uma ingerência ilícita, por si só fundadora do dever de garante, no quadro da dogmática tradicional sobre esta matéria.

---

<sup>152</sup> Essas notícias surgiram em finais do Outono de 1980.

<sup>153</sup> Logo que surgiram as primeiras notícias a empresa levou a cabo averiguações internas que não foram conclusivas. No início, de 1981 a empresa introduziu algumas alterações na composição do produto, mantendo a sua comercialização, sendo certo que, não obstante, continuaram a surgir notícias de problemas de saúde para os seus utilizadores. A “reunião de crise” da administração só teve lugar o dia 12 de maio de 1981.

-A relação da ingerência com o art.º 200º do CP, em especial com o seu número 2:

O último aspeto de que nesta dissertação nos ocuparemos será o da relação da ingerência com o art.º 200º do CP, ainda que já o tenhamos aflorado, e em especial com o seu n.º 2: em que medida se relacionam e se se mostra pertinente a existência deste artigo é o que procuraremos de seguida aprofundar.

Numa primeira análise começar-se-á por se afirmar que o mesmo se baseia numa conceção de solidariedade, intrínseca ao Homem em sociedade; a solução encontrada reflete, assim, uma justa ponderação das obrigações que derivam do dever de solidariedade social como assinala o número 30º do preâmbulo do CP de 1982.

Assim, deve o indivíduo, que se depare com uma situação de grave necessidade, auxiliar ou promover por interposta pessoa o socorro de quem se encontra em perigo, incorrendo o sujeito, caso não o faça, “ (...) na possibilidade de um juízo de censura não apenas ético, mas ético jurídico.”<sup>154</sup>

No entanto, já neste texto mencionámos que o crime de omissão de auxílio, como crime de omissão própria, dispensará a ocorrência do resultado; como tal, caso o sujeito proceda ao auxílio e ainda assim haja lesão dos bens jurídicos protegidos, o mesmo não poderá ser criminalmente responsabilizado.<sup>155</sup>

Para que se possa falar de omissão de auxílio devem estar em causa somente bens jurídicos iminentemente pessoais (a vida, a integridade física e a liberdade<sup>156</sup>), muito embora possam ser múltiplas as causas que os ameacem, entre as quais se contam os desastres naturais, bem como atuações humanas próprias ou de terceiros, lícitas ou ilícitas.

A situação adquire contornos mais complexos ao tomarmos em consideração o n.º 2 do artigo 200º, também denominado por omissão de auxílio qualificada; a particularidade deste caso é que é o próprio omitente (de auxílio) que com a sua atuação provoca a situação de calamidade. Consequentemente o facto de o sujeito nada fazer para auxiliar terceiro é mais grave e censurável traduzindo-se num aumento da penal aplicável.

---

<sup>154</sup> Acórdão do STJ de 12/02/2004, p. 2.

<sup>155</sup> “O crime de omissão de auxílio, do art.º 200º do C. Penal, como crime de omissão próprio ou puro, não cria um dever jurídico que obriga a evitar um qualquer resultado. Implica o dever de prestar auxílio necessário a afastar o perigo resultante duma concreta situação, o que não é a mesma coisa que necessário a afastar um certo resultado. Daí que o resultado lhe seja, em princípio, alheio.” In, Acórdão do TRC, de 20/09/2000.

<sup>156</sup> Ainda que defendamos, em consonância com diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, que também os bens jurídicos patrimoniais de elevado valor deveriam merecer proteção da norma.

Entendemos que o mesmo se aplicará ainda que a atuação precedente seja negligente uma vez que o fundamento de uma maior censura reside precisamente no *non facere* e não na conduta anterior.

Também nas situações em que o sujeito atua ao abrigo de uma causa de justificação a discussão revela-se fértil.

Atente-se ao seguinte exemplo de escola, “ **A**, em legítima defesa, agride **B** (fazer precedente), não o socorrendo, depois de já desaparecida a agressão, acabando **B** por morrer em consequência das feridas infligidas. A conduta de **A** é uma acção típica, dolosa, mas justificada, portanto lícita e em que não há um excesso.”<sup>157</sup>

Em tal caso e salvo se houver uma legítima defesa excessiva<sup>158</sup> (e por isso ilícita) será materialmente injusto afirmar a existência de uma posição de garantia. De facto, visto que o sujeito omitente atuou em plena conformidade com o Direito, tal entendimento seria até contraditório. Ainda que afirmando um Direito Penal de proteção e promoção de bens jurídicos, como temos vindo a defender, ao admitir -se essa solução estar-se-ia a conceder uma maior proteção ao agressor inicial que ao agredido, o que é de todo inadmissível.

Da nossa parte, apoiados naquele que é o entendimento geral do BGH e de Autores como Jescheck e Figueiredo Dias<sup>159</sup>, pensamos que a responsabilização do omitente deverá ocorrer no âmbito do n.º2 do art.º 200º do CP.

Dentro ainda das situações de legítima defesa surgem dois casos com contornos distintos: serão as hipóteses em que haja previamente entre os sujeitos uma relação de garante e as ações de defesa praticadas pelas forças policiais no âmbito da sua atividade profissional.

Relativamente ao primeiro caso poderemos exemplificar as agressões que aconteçam entre cônjuges ou entre pais e filhos. Aqui já tenderíamos a concordar que existe

---

<sup>157</sup> Nesse sentido André Teixeira dos Santos, nota 35, p. 1296.

<sup>158</sup> Relativamente ao excesso de legítima defesa, “ nestes casos já entramos numa ilícita acção causadora da situação de perigo, afirmando-se, conseqüentemente o dever de garante.” Nesse sentido Américo Taipa de Carvalho, nota 111. Ainda relativo aos limites da legítima defesa, Jescheck “entende que o direito à defesa deve terminar ali onde através do seu exercício se lesiona gravemente o sentido jurídico”. Acrescentando mesmo que “ também está justificada a exigência de que se deve evitar responder ao ataque de crianças.” Nesse sentido, Claus Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Trad. por Francisco Muñoz Conde, José Luis Depalma Editor, 2ª edición, 2ª reimpresión, p. 46, nota 20, tradução nossa.

<sup>159</sup> Para quem “a posição de garante por força da ingerência não existirá quando ao agente cabia um direito de intervenção na esfera pessoal da vítima.” Nesse sentido André Teixeira dos Santos, nota 35, p. 1297.

um especial dever de agir caso tenha ocorrido “ uma situação de perigo para a vida ou de lesão grave da integridade física do agressor”<sup>160</sup>, mas o mesmo fundamentar-se-ia, precisamente, nessa relação pré-existente e não já na atuação em legítima defesa.

Quanto à segunda situação exposta, e uma vez que tais autoridades, em princípio, disporão de meios mais perigosos que aqueles normalmente usados pelos civis, também será de afirmar um dever de garante, por um lado pelas suas especiais aptidões para lidar com situações de risco e por outro lado pelas funções que lhes estão cometidas quanto à manutenção da segurança dos cidadãos e da paz social<sup>161</sup>.

Num pólo oposto, estarão os casos em que, p. ex., alguém entra na moradia de outrem com o intuito de a furtar, acabando por se magoar. Não se poderá defender, cremos, estar o proprietário do imóvel onerado com um dever de garante fundado no plano da ingerência, nem tão pouco se verificarão os pressupostos dos restantes planos de garante capazes de suscitar tal responsabilidade. O que estará em causa será sim um dever geral de prestar auxílio nos termos do n.º1 do art.º200º do CP.

Complexa será também a questão de uma atuação ao abrigo de um estado de necessidade justificante. Vejamos a seguinte situação: “A ciclista, cumprindo todas as regras de trânsito, para não colidir com um camião que não respeita essas mesmas regras, circulando fora de mão, desvia-se para a berma atropelando C, um peão que ali passava, não fazendo nada para evitar que C morra em consequência da lesão.”<sup>162</sup>

Aqui o sujeito omitente, de forma a salvaguardar a sua vida e integridade física, acaba por pôr em risco as de um terceiro, de todo alheio à situação. Como tal, a solução que melhor se coadunará com os imperativos de justiça e solidariedade, será, a nosso ver, a afirmação de uma posição de garante.<sup>163</sup> Não obstante, a doutrina revela-se dividida, existindo A. para quem a punição deveria ser tratada de forma idêntica à legítima defesa (de

---

<sup>160</sup>Nesse sentido Américo Taipa de Carvalho, nota 111, pp. 1242-1243.

<sup>161</sup> “ O disposto no DI 457/99, de 5-11, art.º 6º (« O agente que tenha recorrido a arma de fogo é obrigado a socorrer ou tomar medidas de socorro dos feridos logo que lhe seja possível»), deve considerar-se como expressão do **dever de garante**, dever este que é extensível a todas as forças de segurança públicas.” *Ibidem*, sublinhados do autor.

<sup>162</sup> Nesse sentido André Teixeira dos Santos, nota 35, p. 1297, sublinhados do autor.

<sup>163</sup> Também Taipa de Carvalho contrariamente ao que defendera no passado, entende que a situação de estado de necessidade fará emergir um dever jurídico de garante. Diferentemente, serão para o A. os casos, em que o omitente atuou numa situação de legítima defesa. Aí emergirá um dever geral de auxílio, e não já um dever jurídico de garante.

acordo com o n.º 2 do art.º 200º), e outros, como Paulo Pinto de Albuquerque, que defendem que “quem age justificadamente está sujeito ao dever geral de auxílio da pessoa agredida, nos termos do artigo 200º, n.º 1”<sup>164</sup>.

Face ao exposto, interrogamo-nos em que situações será de invocar a utilização deste artigo. O raciocínio de alguns A. será o de considerar a omissão de auxílio como fundamento do dever de garante. Julgamos, no entanto, que este não possa proceder, precisamente por na omissão de auxílio não existir a relação de proximidade existencial que é intrínseca ao dever de garante.

Pelo contrário, aparecerá como mais lógico o argumento, largamente defendido pela doutrina e jurisprudência, de que o que estará em causa é um concurso aparente, também designado por concurso legal. No que a este respeita e face à situação em análise, alguns A. entendem que as normas em questão estariam numa relação de consunção, enquanto outros a assumem como uma relação de subsidiariedade.<sup>165</sup> Consensual será que, em caso de conflito, prevalecerá o art.º 10º n.º 2 em conjugação com um outro artigo da parte especial, defendendo-se assim, que o art.º 200º deverá ceder perante um dever de garante, “como *minus* que é, na terminologia de SCNONKE-SCHRODER, relativamente ao *maius*”<sup>166</sup>, que o artigo 10º constitui.

No nosso entendimento cremos ser este o pensamento correto, devendo-se dar prevalência ao n.º 2 do art.º 10º do CP, sendo o art.º 200º de aplicar quando não haja entre os sujeitos um relação de proximidade tal que faça emergir um dever jurídico de garante e a lacuna de punição seja tomada como injusta.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> Nesse sentido Américo Taipa de Carvalho, nota 111, p. 1241.

<sup>165</sup> Figueiredo Dias defendeu, nas Jornadas de Direito Criminal organizadas pelo CEJ, que a omissão imprópria consome a omissão própria, tendo Eduardo Correia se pronunciado em sentido oposto. Também para André Lamas Leite do que se poderia, *in casu*, falar é de uma relação de consunção. Por sua vez, Taipa de Carvalho opta por defender uma relação de subsidiariedade.

<sup>166</sup> Nesse sentido, Maria do Céu Negrão, nota 47, p. 46.

<sup>167</sup> Assim, tal como estatui o ponto 30º do preâmbulo do CP o art.º 200º “contemplará os casos ou as situações em que a inexistência do dever jurídico conduziria a aberrantes e injustas absolvições.” Nesse sentido, Manuel Leal- Henriques / Manuel de Simas Santos, *O Código Penal de 1982*, vol.1, reimp, Lisboa: Editora Rei dos Livros, Abril de 1989, p. 38.

## VI. Conclusão

Iniciámos a nossa reflexão, conscientes da complexidade do tema que pretendíamos abordar, tendo sido precisamente essa complexidade que nos cativou e motivou para a procura de mais descobertas. Ainda que, muitas das vezes, às respostas se sucedessem novas interrogações, procurámos, de alguma forma, trazer um contributo para a dogmática omissiva, em especial sobre o papel que a figura da ingerência deve nesta assumir.

Da análise que fizemos vimos como a temática da omissão é ainda um terreno fértil em dificuldades. Se dúvidas não existirão quanto à possibilidade de valores, merecedores de tutela penal, serem negados por um *omittere*, fazendo ativar uma responsabilidade jurídico-penal, já não será muito claro em que medida essa responsabilização deva ser feita.

A consideração do Homem enquanto ser solidário e ser com e para o outro acentuou o fenómeno da criminalização das condutas omissivas. Apesar disso, a legislação existente um pouco por todo o ordenamento jurídico latino germânico, no qual nos encontramos e demos preferência na nossa investigação, pauta-se por uma indeterminabilidade e indefinição que tornarão o trabalho do aplicador do Direito, sempre por referência ao caso concreto, ainda mais exigente.

Ainda que, por um lado, tal se revele positivo, saliente-se, no sentido de não impor, uma abordagem marcadamente formal, desprovida de sentido axiológico, não deixa de trazer infundáveis questões, com prejuízo claro para a certeza e determinabilidade jurídicas, entre nós consagradas no art.º 29º, n.º 3 da CRP.

Indiscutível será, em congruência com o por nós anteriormente avançado, a importância que o dever de garante assume na comissão por omissão, sendo precisamente a sua existência que justifica, e por sua vez, delimita a punição por um *non facere*. Vimos como o CP português, no seu art.º 10º, não consagra expressamente nenhuma das teorias desenvolvidas em torno do dever de garante. Não deixando, no entanto, esta estatuição de revelar-se útil. Assim, o art.º 10º, além de prever uma equiparação, ainda que não em termos totais, da omissão à ação, acaba por definir o dever de garante enquanto dever jurídico e pessoal. O que além de constituir uma clara limitação à sua possível invocação, demonstra, ao entendermos o adjetivo “pessoal” como uma referência à relação de proximidade, confiança e dependência do sujeito face ao bem jurídico ou fonte de perigo, uma preferência

pela teoria material-formal, enquanto ponto de partida do dever de garante. Só assim será possível uma conciliação dos princípios por que se pauta o Direito Penal.

De facto, ao analisarmos as suas categorias, vemos como a mesma teoria põe em evidência situações cada vez mais pertinentes na sociedade atual, onde, por muito que se apregoe a solidariedade interpessoal, se assiste, simultaneamente, a um maior isolamento, individualismo e indiferença no que a terceiros e ao meio que nos envolve diz respeito. Exemplificadoras destas serão as situações de comunidade de vida e de perigo ou a controversa posição de monopólio.

Também as categorias que visam controlar e manter em segurança determinada fonte de perigo adquirem a maior relevância, sendo esta uma área em que cada vez mais se revela importante a tutela do Direito Penal. Se é certo que o indivíduo tem vindo a assumir mais e maiores riscos, procurando maximizar os lucros que da sua utilização e exploração possam advir, os prejuízos que destas venham a emergir também por este deverão ser suportados, sendo certo que, em muitos casos se justificará uma responsabilidade criminal. Atente-se também no papel que a responsabilidade penal das empresas tem vindo a assumir nas últimas décadas. Ainda que, dada a sua estrutura, se possa argumentar estar-se perante uma responsabilidade diluída, nada permitirá manter impunes sujeitos que, com a sua atuação e observando os especiais deveres de vigilância e fiscalização que quanto a si se verificam, poderiam ter evitado a causação de danos a terceiros, muitas vezes de elevado valor.

Quanto ao ponto que assumimos como central no nosso trabalho, a ingerência, enquanto atuar precedente que coloca o indivíduo numa posição de garante, as dificuldades apresentam-se ainda maiores.

Ainda que haja Autores, naquela que se apresenta como uma posição minoritária, que propõem a eliminação desta figura, afirmando mesmo que esta consistiria um verdadeiro *versare in re illicita*, o entendimento geral, e também por nós sufragado, é que uma conduta anterior ilícita onerará o sujeito com o dever jurídico de impedir o resultado desvalioso.

Admitir, por sua vez, que uma conduta lícita possa fazer emergir esse dever parece já mais duvidoso. O mesmo se diga em relação aos casos em que a atuação do sujeito comporta consigo um risco, mas este mantém-se dentro do limite que lhe é permitido. Exemplos do mesmo serão os casos de tráfego rodoviário e de responsabilidade pelo produto. Pela nossa parte entendemos, que relativamente a estes, não poderá deixar de haver

uma tutela, nomeadamente do Direito Penal. Se tal proteção deverá advir de uma posição de ingerência, cremos ser mais discutível.

Com efeito, não se poderá ignorar as consequências que a adoção demasiado ampla desta figuraria traria consigo. O Homem, diga-se cumpridor do Direito, viveria num constante sobressalto e asfixia quando confrontado com as possíveis sanções que da sua conduta poderiam advir, o que poria irremediavelmente em causa a sua liberdade e autodeterminação, situação de todo antagónica com os propósitos que reconhecemos ao Direito.

No entanto, negarmos à partida, e em absoluto esta possibilidade não será de todo correto. A nosso ver só se poderá permitir que uma conduta conforme ao Direito possa ser chamada enquanto plano de dever de garante mediante a verificação de pressupostos muito apertados, sob pena de transformar o Direito Penal num “ Direito de intervenção” impregnado de objetivos estaduais, distante daquele que deve ser o seu centro, o Homem.

Por último, confrontámos a figura da ingerência com a omissão de auxílio. Ainda que esta última mereça destaque pela procura de promoção do valor da solidariedade, em caso de conflito deverá prevalecer, em seu detrimento, a figura da ingerência, enquanto fundamento de dever de garante.

Aqui chegados, várias são as considerações que se impõem. Já mencionámos o papel que o Direito Penal deveria assumir face a situações concretas, nomeadamente no âmbito da ingerência, as quais careciam de uma tutela mais urgente e imediata, que só este ramo do Direito poderia oferecer.

Este não é no entanto, um entendimento unanimemente aceite. Para os defensores de um Direito Penal de intervenção mínima algumas das soluções que apresentámos (ainda que em consonância com grandes nomes da doutrina) seriam prontamente rejeitadas. Pois que o alargamento das estruturas clássicas do Direito Penal traria necessariamente consigo uma imprecisão que poria em causa a certeza e segurança jurídicas, traves mestras do Direito Penal.

Não obstante, a nosso ver, o mesmo revelar-se-á compatível com a tutela a que se propõe o Direito Penal moderno. De facto, o Direito Penal não pode permanecer imutável, sob pena de perder os seus propósitos de justiça material. Este tem que acompanhar os riscos que com a evolução da sociedade advêm, apresentando-se mais flexível e alargando o seu âmbito a situações anteriormente restritas a outras áreas do Direito.

Mais ainda, a sua função de proteção adquire maior relevância se atendermos ao facto que os bens jurídicos postos em causa pelas atividades ligadas ao risco são muitas das vezes bens que ocupam os lugares cimeiros na escala axiológica, nomeadamente a vida e a integridade física.

Não queremos com isto dizer que o Direito Penal tenha que subverter a sua função de tutela subsidiária e fragmentária de bens jurídicos, nem que deva abrir mão das suas garantias, mas sim que se abra a uma evolução, que vá de encontro às novas expectativas da consciência coletiva. Disso é exemplo paradigmático o caso *Lederspray*.

É com este objetivo em mente que defendemos uma visão mais ampla que a tradicional dos crimes omissivos e em especial da ingerência enquanto plano de posição de garante, muito embora com limites bem definidos, uma vez que certeza e determinabilidade são princípios cuja importância não se pode ignorar, num Estado de Direito Democrático, em que vivemos.

O que se trata é, pois, de chegar a um ponto justo de equilíbrio e de conciliação dos princípios conformadores do Direito Penal com as novas exigências com que este se depara.

Ainda que se assuma como uma difícil tarefa nunca o deveremos deixar de procurar.

## **Bibliografia**

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Código Penal anotado à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, edição Dezembro 2008.

Assunção, Maria Leonor, *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Contributo para a interpretação do artigo 219º do Código Penal. (O Crime de Omissão de Auxílio)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

Brito, Teresa Quintela de, *A Tentativa nos Crimes Comissivos por Omissão: um Problema de Delimitação da Conduta Típica*, Coimbra: Coimbra Editora, Março, 2000

Carvalho, Américo A. Taipa de, *A Legítima Defesa, Da Fundamentação Teorético-Normativa e Preventivo- Geral e Especial à Redefinição Dogmática*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Carvalho, Américo A. Taipa de, *Comentário Conimbricense Parte especial*, Tomo I, Dir.: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 1233-1255.

Carvalho, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria Geral do crime*», 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008,

Correia, Eduardo, com a colaboração de Figueiredo Dias, *Direito Criminal*, vol. 1, Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1971.

Costa, José de Faria, *Omissão (reflexões em Redor da Omissão Imprópria)*, in: BFDUC, LXXII, 1996, pp. 391- 402.

Costa, José de Faria, *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

Cunha, José M. Damião da, «*Algumas reflexões sobre a omissão imprópria no sistema penal português*», In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias/ org. Manuel da Costa Andrade [et al], Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 481- 539.

D'Avila, Fabio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)*, Coimbra: Universidade de Coimbra e Coimbra Editora, 2005.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro 2011.

Dias, Jorge de Figueiredo, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Pressupostos da Punição e Causas que excluem a Ilícitude e a Culpa*, in: *Jornadas de Direito Criminal, Lisboa: CEJ*, 1983, pp. 52-56.

Fletcher, George P., *Basic Concepts of Criminal Law*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1998.

Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law*, New York- Oxford: Oxford University Press, 2000.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *La Omisión Impropria en la Dogmática Penal Alemana. Una Exposición*, in: *APPCP,L*, 1997, pp. 5-112.

Lacruz López, Juan Manuel, *Comportamiento omissivo y Derecho penal*, Editorial Dykinson, 2004.

Leal – Henriques (Manuel) / Santos (Manuel de Simas), *Código Penal. Referências Doutrinárias. Indicações Legislativas, Resenha Jurisprudencial*, 2ª. Edição, Lisboa: Editora Rei dos Livros, 1995.

Leal – Henriques (Manuel) / Santos (Manuel de Simas), *O Código Penal de 1982*, vol.1, Reimp., Lisboa: Editora Rei dos Livros, Abril de 1989.

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

Mantovani, Ferrando, *Principi di Diritto Penale*, seconda edizione, Milano: CEDAM, 2007.

Maurach (Reinhart), Zipf (Heinz), Gössel, *Derecho Penal, Parte General 2, Formas de aparición del delitos y las consecuencias jurídicas del Hecho*, Trad. de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995.

Negrão, Maria do Céu Rueff de Saro, *Sobre a omissão impura no actual código penal português e em especial sobre a fonte do dever que o obriga a evitar o resultado*, In: RMP, Lisboa, A. 7, (25), Janeiro-Março 1986, pp. 33- 57.

Negrão, Maria do Céu Rueff de Saro, *Sobre a omissão impura no actual código penal português e em especial sobre a fonte do dever que o obriga a evitar o resultado*, In: RMP, Lisboa, A. 7, (25), Abril- Junho 1986, pp. 39-76.

Neves, A. Castanheira, *Direito hoje e com que sentido? Problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

Palma, Maria Fernanda, “ *A teoria do crime como teoria da decisão penal. (Reflexão sobre o método e o ensino do Direito Penal)* ” in: RPCC, 9,4º, 1999,pp.523- 594.

Paschoal, Janaína Conceição, *INGERENCIA INDEVIDA, Os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

Risicato, Lucia, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, Milano, A. 38, (4), Ottobre- Dicembre 1995, pp. 1267- 1302.

Rodrigues, Marta Felino, *A Teoria Penal da Omissão e a Revisão Crítica de Jakobs*, Coimbra: Livraria Almedina, Março 2000.

Rodriguez Mesa, Mª José, *La Atribución de Responsabilidade en Comisión por Omisión*, Editorial Aranzadi, 2005.

Romano, Mario, *Commentario Sistemático del Codice Penale I*, 1ªedizionale., Milano: Giuffrè Editore, 1987.

Roxin, Claus, *Autoria y dominio del Hecho em Derecho Penal*, Trad. da 7ª edição Alemã, por Joaquin Cuello Contreras/ José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000.

Roxin, Claus, *Ingerencia e imputación objetiva*, Revista Penal, Trad. por Raúl Pariona Arana, LL.M., Universidad de Munich, 2002, pp. 152- 161.

Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Trad. por Francisco Muñoz Conde, José Luis Depalma Editor, 2ª edición, 2ª reimpressão.

Santos, André Teixeira dos, *O dever de agir nos crimes omissivos impróprios: breve análise crítica de alguns casos*, In: RFDL, Lisboa, V. 42, Nº 2, 2001, pp. 1261-1328.

Sgubbi, Filippo *Responsabilità penale per omesso impedimento dell' evento*, Padova: CEDAM, 1975. – VII.

Sousa, Ricardo Oliveira, *A omissão e o princípio da legalidade*, In: RMP, Lisboa: S.M.M.P., 1980-. - A. 33, n.º 129 (Jan. Mar. 2012), pp. 231- 273.

Sousa, Susana Aires de, *A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos causal em Direito Penal, Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor*”, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, Junho 2014.

Sousa, Susana Aires de, *Responsabilidade criminal por produtos defeituosos*» In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, nº76, Janeiro- Fevereiro, 2009, pp. 106-121.

Spirito, Daniela, *Datore di lavoro-imprenditore e tipicità dei soggetti nelle fattispecie omissive improprie colpose*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, A. 29, (4), Ottobre-Dicembre 1986, pp. 1165-1170.

Stratenwerth, Günther, *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho punible.*, Trad. por Manuel Cancio Meloá, Marcelo A. Sancinetti, Madrid: Civitas, 2005.

Zini, Júlio César Faria, *Os crimes omissivos na sociedade contemporânea*, Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2014.

### **Jurisprudência Consultada**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 1991, processo n.º 26998/91.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Março de 2003, processo n.º 03P151.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2003, processo n.º 03P1677.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2004, processo n.º 03P3202.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20 de Setembro de 2000, processo n.º 1517/00.

Todos disponíveis In: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>

Decisão do BGH [Tribunal Federal Alemão], de 6 de Julho de 1990, BGHSt 37 (1992).

Disponível In:

<http://translate.google.pt/translate?hl=ptPT&sl=de&u=http://opinioius.de/gerichtsentscheidungen/bghst&prev=search>

Universidade de Coimbra

**Os crimes por omissão: em especial a ingerência enquanto plano do dever de garante**

Joana Ramos de Almeida