



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Mónica Raquel de Sousa Domingues

RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA POR OMISSÃO

A ANÁLISE DA RECUSA DO MÉDICO DO INEM,
EM AMBIENTE PRÉ-HOSPITALAR

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Senhora Professora Doutora Sónia Fidalgo e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Outubro de 2020



Mónica Raquel de Sousa Domingues

**RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA POR OMISSÃO:
A ANÁLISE DA RECUSA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA
EM AMBIENTE PRÉ-HOSPITALAR**

*MEDICAL CRIMINAL LIABILITY FOR OMISSION: THE REFUSAL OF MEDICAL
ASSISTANCE IN PRE-HOSPITAL CONTEXT*

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente
ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Criminais.*

Orientadora: Senhora Professora Doutora Sónia Mariza Florêncio
Fidalgo.

COIMBRA

2020

Resumo: Com o objetivo de analisar em que termos será responsável o médico do INEM, I.P. que recuse a assistência médica pré-hospitalar, a presente dissertação divide-se em três diversas abordagens, que permitem a construção da conclusão alcançada: o médico do INEM, I.P. poderá ser responsabilizado pela prática de um crime de homicídio (art. 131º do CP) ou de ofensa à integridade física grave (art. 144º do CP) por omissão (art. 10º do CP); pela prática de um crime de Recusa de Médico (art. 284º do CP) eventualmente agravado pelo resultado (art. 285º do CP); ou ainda pela prática de um crime de Abandono (alínea b) do art. 138º do CP), consoante as circunstância do caso concreto.

Nos primeiros capítulos é estudada a dogmática penal dos crimes de omissão, onde se estabelecem os critérios de diferenciação entre omissões puras e omissões impuras, se determina o fundamento da equiparação da omissão à ação e se analisam os elementos constituintes dos tipos-de-ilícitos dos crimes omissivos. Numa segunda abordagem, são expostos dois casos jurisprudenciais cuja análise permite delimitar o âmbito de aplicação dos tipos legais de crime que visam a punição das omissões médicas: o Crime de Abandono (alínea b) do art. 138º do CP), o Crime de Recusa de Médico (art. 284º do CP) eventualmente agravado pelo resultado (art. 285º do CP) e o Crime de Omissão de Auxílio (art. 200º do CP).

Por fim, é contextualizada a prestação de assistência médica pré-hospitalar de um médico do INEM, no âmbito do funcionamento e organização do SIEM, e salientada a ideia de que, em ambiente pré-hospitalar recai sobre o médico do INEM um dever jurídico de garante que obstar à produção de um qualquer resultado lesivo para as vítimas.

Palavras-Chave: Omissão; Omissão Própria; Omissão Imprópria; Dever de Garante; Responsabilidade Penal Médica; Omissão Médica; Omissão de Auxílio; Recusa de Médico; Abandono; Homicídio por omissão; Ofensa à integridade física por omissão; Assistência Médica Pré-Hospitalar.

Abstract: In order to analyze under what terms will the INEM's doctor, who refuses pre-hospital medical assistance, be held criminally responsible, the present dissertation is divided into three different approaches, which allow the construction of the conclusion reached: the INEM's doctor may be held responsible for the practice of a crime of homicide (art. 131 of the CP) or offense to serious physical integrity (art. 144 of the CP) by omission (art. 10 of the CP); for the practice of a Crime of medical refusal (art. 284° of the CP) possibly aggravated by the result (art. 285° of the CP); or even for the practice of a crime of Abandonment (paragraph b) of art. 138 of the CP), depending on the circumstances of the specific case.

In the first chapters, it's studied the criminal dogmatics of crimes of omission, where the criteria for differentiating between pure omissions and impure omissions are established, the basis for equating omission to action is determined, and the constituent elements of the illicit types of omissive crimes are analyzed.

In a second approach, two jurisprudential cases are exposed, which analysis of delimits the scope of application of the legal types of crime that aim to punish medical omissions: the Crime of Abandonment (paragraph b) of art. 138° of the CP), the Crime of Medical Refusal (art. 284 of the CP) possibly aggravated by the result (art. 285° of the CP) and the Crime of Omission of Aid (art. 200 of the CP).

Finally, the provision of pre-hospital medical assistance from an INEM's doctor is contextualized, within the scope of the functioning and organization of SIEM, and the idea that, in a pre-hospital environment, the INEM's doctor has a legal duty to prevent the production of any harmful result for the victims, is reinforced.

Key-words: Omission; Pure Omission; Impure Omission; Duty of Guarantor; Medical Criminal Liability; Medical Omission; Omission of Aid; Medical Refusal; Abandonment; Homicide by omission; Offense to physical integrity by omission; Pre-Hospital Medical Assistance.

Siglas e Abreviaturas

A. – Autor

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

i.e. – Isto é

INEM - Instituto Nacional de Emergência Médica

pág. – Página

págs. – Páginas

p. ex. – Por exemplo

Reimp. – Reimpressão

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

ss. – Seguintes

SAV – Suporte Avançado de Vida

SBV – Suporte Básico de Vida

SIEM – Sistema Integrado de Emergência Médica

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Trad. – Tradução

TRE – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

Índice

Considerações iniciais.....	7
I. OMISSÃO JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE	
1. Omissão como forma de realização típica	9
2. Um conceito geral de ação?	9
3. Ação, omissão e “crimes ambivalentes”	15
4. Omissão própria e omissão imprópria: Critérios de distinção	17
5. Análise do artigo 10º do CP	
i. O fundamento da equiparação	21
ii. A ressalva “ <i>salvo se outra for a intenção da lei</i> ”	25
iii. A questão da (in)constitucionalidade	28
iv. A atenuação especial da pena	30
II. O TIPO-DE-ILÍCITO DOS CRIMES POR OMISSÃO	
1. O tipo-de-ilícito objetivo	
i. A situação típica e a ausência da ação esperada	32
ii. A capacidade de agir.....	33
iii. A imputação objetiva na omissão imprópria	35
iv. A posição de garante.....	38
2. O tipo-de-ilícito subjetivo	55
III. A RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA POR OMISSÃO: ANÁLISE DE CASOS JURISPRUDENCIAIS	58
1. Crime de Recusa de Médico (art. 284º do CP)	59
2. Agravação pelo resultado (art. 285º do CP).....	63
3. Crime de Abandono (art. 138º, alínea b) do CP)	65
4. Crime de Omissão de Auxílio (art. 200º do CP).....	71

IV. RESOLUÇÃO DO CASO-DE-ESTUDO

1. Contextualização.....	74
2. A existência de um dever jurídico de garante.....	76
3.A responsabilidade em caso de recusa do médico do INEM em ambiente pré-hospitalar	78
Conclusão.....	82
Referências Bibliográficas	84
Jurisprudência	86

Considerações iniciais

O Instituto Nacional de Emergência Médica, I. P. (INEM, I. P.) assume, nos termos do art. 3º, n.º 1 da respetiva Lei Orgânica (Decreto-Lei n.º34/2012, de 14 de Fevereiro) a missão de *definir, organizar, coordenar, participar e avaliar as atividades e o funcionamento de um Sistema Integrado de Emergência Médica (SIEM) de forma a garantir aos sinistrados ou vítimas de doença súbita a pronta e correta prestação de cuidados de saúde*. No leque das suas atribuições, incumbe-lhe proceder à articulação entre as atividades e o funcionamento do SIEM e os serviços de urgência e/ou emergência dos estabelecimentos de saúde nacionais em relação à prestação de cuidados de emergência médica em ambiente pré-hospitalar (cfr. art. 3º, n.º 2, alínea a), assim como proceder à promoção adequada dos transportes inter-hospitalares de doentes urgentes/emergentes (cfr. art. 3º, n. 3º, alínea f)¹, entre outras.

Para esse efeito, o INEM, I. P. dispõe de diversos meios de emergência médica pré-hospitalar², entre os quais destacamos – por se apresentarem como relevantes para objetivo de estudo do presente trabalho – as Viaturas Médicas de Emergência e Reanimação (VMER) e o Serviço de Helitransporte de Emergência Médica (SHEM), que visam o “*transporte rápido de uma equipa médica diretamente ao local onde se encontra o doente/sinistrado*” (local da ocorrência), com um objetivo de “*estabilização pré-hospitalar*” e de “*acompanhamento médico durante o transporte*”, e que, em ambos os casos, integram uma equipa constituída por um médico e um enfermeiro.³

Neste âmbito, pretende a presente dissertação a análise do seguinte caso-de-estudo (construído de modo hipotético): a situação em que um médico que constitua uma equipa de emergência médica pré-hospitalar, se recuse a assistir ou transportar o doente/sinistrado. Afastando qualquer referência a eventuais responsabilidades civil e disciplinar, centramo-

¹ Atribuições essas que são da competência do Departamento de Emergência Médica, enquanto unidade operacional dos serviços centrais, nos termos do art. 4º, alínea b) e p) dos Estatutos do INEM, I.P. (aprovados em anexo à Portaria nr.º 158/2012, de 22 de maio).

² Definidos pelos Despacho n.º 13794/2012, de 24 de outubro; Despacho n.º 14898/2011, de 3 de novembro, alterado pelo Despacho n.º 5561/2014, de 23 de abril; Despacho n.º 1393/2013, de 23 de janeiro, alterado pelo Despacho n.º 3251/2014, de 27 de fevereiro; e Despacho n.º 10109/2014, de 28 de julho.

³ À luz da alínea a) do ponto de determinação 1.1 do Despacho n.º 5561/2014, de 23 de Abril, e também nos termos da alínea f), do ponto de determinação 1 do Despacho n.º 10109/2014, de 28 de julho, respetivamente.

nos na responsabilidade do médico perante o Direito Penal, analisando em que medida tal comportamento se poderá afirmar como uma conduta de realização típica, perante um determinado tipo-legal de crime previsto no Código Penal. Por outras palavras: impõe-se analisar de que modo se poderá atribuir a tal recusa relevância penal.

Ciente da complexidade da temática da responsabilidade penal médica em geral, que se acentua a título de crimes por omissão, acrescida de dificuldade dada a escassa jurisprudência nesta matéria, o compromisso assumido no presente trabalho determina o estudo dos delitos praticados por omissão, com abordagem específica na diferenciação doutrinal entre omissões próprias ou puras e omissões impróprias ou impuras; na concretização dos deveres de garantia que justificam a responsabilidade penal de comissão por omissão; e a apreciação crítica do âmbito de aplicação dos diversos tipos de crime legalmente previstos que, *prima facie*, poderiam abranger o nosso caso-de-estudo.

Pretendemos, desse modo, dar resposta à interrogação: Se um médico do INEM, que integre uma equipa médica pré-hospitalar, se recusar a prestar assistência médica e/ou a proceder ao transporte da vítima, cometerá um crime de Omissão ao Auxílio, nos termos do art. 200º do CP; um crime de Recusa de Médico, eventualmente agravado pelo resultado, à luz do estabelecido nos arts. 284º e 285º; um crime de Abandono, previsto no art. 138º, n.º1, alínea b); ou, deverá ser penalmente responsabilizado, pelos crimes de Homicídio (art. 131º) ou Ofensa à Integridade Física (art. 143º) por comissão por omissão (art. 10º) ?

I. OMISSÃO JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE

1. Omissão como forma de realização típica

A omissão penal é definida como o incumprimento de uma ação esperada ou devida, através de um *non facere*, quando ao agente em concreto incumbe um determinado dever, estabelecido por lei. Destarte, nos casos em que alguém é punido por um crime omissivo, a relevância de tal responsabilidade penal não reside diretamente na inatividade do agente, enquanto tal, mas reporta-se principalmente à inobservância da ação juridicamente esperada e devida.

Por essa razão, a omissão assume-se no ordenamento jurídico-penal como um conceito jurídico sem existência prévia à respetiva normatividade. Não se quer com isto dizer que não haja um correspondente, no plano ontológico, para a omissão: de facto, não poderíamos chegar a nenhum delito omissivo, se não se verificasse, em sede do real-verdadeiro, uma inatividade por parte do agente; contudo, essa mesma inatividade não equivale à omissão *per si*, na medida em que se traduz num mero comportamento ou forma de agir, alheio à tipicidade da conduta.

Dessa forma, para que estejamos perante uma omissão para o Direito Penal é necessário que haja um comportamento omissivo por parte do agente alvo de um juízo axiológico de desvalor justificado por uma norma incriminadora, enquanto instância comparativa que dita o que deve ser feito (ou o que é esperado que seja). Não sendo um simples “nada fazer”, a omissão penal traduz-se antes num “não fazer o esperado ou determinado” pela norma penal, pois “*é esta referência normativa que constitui a omissão em entidade jurídico-penalmente relevante*”.⁴

2. Um conceito geral de ação?

No que toca às formas de realização típica do facto punível, ensina-nos FIGUEIREDO DIAS que “*o tipo tanto pode ser realizado através da prática de uma ação*

⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I*, pág. 906. No mesmo sentido: “*A relevância normativa ou 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.*” in Carvalho, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008, pág. 549.

proibida, como através da omissão de um comportamento juridicamente exigido”. Surgem, dessa forma, a ação e a omissão como formas específicas de realização típica, embora se apresentem, nas palavras do autor, *estruturalmente diversas*⁵.

A existência de um conceito amplo de ação, que integre em si estas duas formas de conduta típica (a ação em sentido estrito, correspondente a um comportamento positivo, um *facere*; e a omissão, que se traduz num comportamento negativo, num *non facere*) não é consensual na doutrina. Na verdade, o conceito de facto punível que hoje conhecemos é fruto de uma evolução dogmática, caracterizada pelas *“mundividências culturais e filosóficas que estiveram na base das conceções principais e decisivamente as influenciaram”*.⁶

Influenciada pela *Escola moderna*, e pelo monismo científico característico do pensamento da segunda metade do séc. XIX, a conceção clássica, elaborada por FRANK VON LISZT e BELING, assumia um carácter naturalista e juspositivista, e baseando-se nas ciências naturais, formulou aquele que viria a ser conhecido como o conceito causal de ação⁷: ação seria *o movimento corporal determinante de uma modificação do mundo exterior, ligada causalmente à vontade do agente*,⁸ isto é, um *“processo mecânico regido pelas leis da causalidade”*⁹.

A maior das críticas apontadas a esta conceção reside na correspondência feita, de um modo analítico e objetivo, entre o conceito de ação e um determinado movimento corporal, tornando esse mesmo conceito demasiado amplo: por um lado, porque englobava todo e qualquer movimento corpóreo, ligado à vontade do agente, que tivesse como consequência uma modificação do mundo exterior, incluindo *“comportamentos que, atualmente, se reconhece não serem ações para efeitos de Direito Penal”*¹⁰ – pode integrar-se nesta categoria o exemplo de escola em que A atira um lápis a B, e este último,

⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 905

⁶ *Idem*, pág. 278

⁷ dos Santos, André Teixeira, in *“O dever de agir nos crimes omissivos impróprios (Breve análise crítica de alguns casos)”*, pág. 1266

⁸ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 280. Como nos explica o autor, o conceito de ação era aqui entendido como uma *“bipartição do conceito de crime que agrupasse os seus elementos constitutivos na vertente objetiva (a ação típica e ilícita) e na vertente subjetiva (a ação culposa)”*. No que toca a esta última, a doutrina ficou conhecida como a *conceção psicológica da culpa*, na medida em que a ação se tornaria numa ação culposa, sempre que, entre o agente e o facto objetivo, fosse possível estabelecer uma ligação psicológica suscetível de legitimar a imputação do facto ao agente.

⁹ dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1266

¹⁰ dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1267

automaticamente, o apanha; por outro lado, porque, nos obrigava a estabelecer ligações estranhas à realidade, como no crime de injúria, em que a ação não seria mais do que “*uma série de movimentos de laringe e uma série de ondas sonoras que atingem o ouvido do indivíduo que é injuriado*”¹¹, tendo esta equiparação como consequência “*a perda do objeto do Direito Penal*”¹².

No que toca à abrangência, ou não, dos casos de omissão pelo conceito de ação em causa, a doutrina diverge entre a absoluta certeza de que os comportamentos omissivos não se integravam na definição de ação na perspetiva clássica: para ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “*esta conceção não engloba a omissão, pois um movimento corporal não se pode identificar com a atitude do omitente que, simplesmente, deixa de agir devendo fazê-lo.*”¹³; e a possibilidade de, nos casos em que o agente não faz o esperado, dar relevância ao movimento corporal anterior ou alternativo: como explica FIGUEIREDO DIAS, “*na omissão, o que relevaria como ação seria a ação precedente (a mãe seria punida não por ter deixado morrer o seu bebé à fome, mas por, em vez de o amamentar, ter ido passar um fim de semana ao campo)*”¹⁴.

Com o objetivo de superar a objetividade e o carácter naturalista da conceção clássica, surgiu, nos anos 20, a conceção neoclássica de influência neokantiana. Caracterizada pela introdução de conceitos normativos na definição de ação de direito penal e marcada por um forte *idealismo*, esta conceção partia do pressuposto de que o Direito se traduzia num «*mundo de valores*”¹⁵, num “*mundo das referências da realidade aos valores, do ser ao dever-ser, e logo por aí, no mundo da axiologia e dos sentidos*”¹⁶, e considerava o ilícito como uma “*danosidade social*”. A ação, nesta perspetiva, correspondia, igualmente, a um qualquer comportamento humano, ligado à vontade do agente, que causalmente modificasse o mundo exterior, porém passava agora a ser entendida, não como uma mera descrição objetiva, formal e externa desses comportamentos, mas antes como uma “*unidade de sentido socialmente danoso, como*

¹¹ Hans Welzel, Derecho penal. Parte General (trad. De Juan B. Ramírez e sergio Y. Perez), 11º ed., Jurídica do Chile, 1970, pág. 52, *Apud*: dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1267, nota 10.

¹² dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1266

¹³ *Idem*, pág. 1267

¹⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 281

¹⁵ dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1268

¹⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 282

comportamento lesivo de bens juridicamente protegidos”¹⁷. Deste modo, a conceção neoclássica conseguiu superar uma das falhas outrora apontada à perspetiva clássica: estando o ênfase da ação penal voltado para a negação de um determinado valor metafísico, postulada através de um comportamento humano, esse mesmo comportamento poderia admitir-se tanto positivo, como omissivo, passando o simples nada fazer (nas situações em que seja esperado do agente um *facere*) a integrar o conceito de ação para direito penal.

Mais tarde, a substituição do Estado de Direito formal pelo Estado de Direito material, fundamentada, em certa medida, pela falta de garantia “*de justiça dos conteúdos das normas validamente editadas, mesmo que estas obedecessem ao formalismo democraticamente imposto*”¹⁸ das normas de raiz neokantianas, levou à limitação da normatividade a regras de cariz fenomenológico e ontológico, baseadas na “*natureza das coisas*”, tornando a ação penal num conceito pré-jurídico, que, uma vez formulado pelo legislador, teria de ser aceite quer no seu conteúdo, quer nas suas implicações. Neste âmbito, foi HANS WELZEL quem avançou com o conceito de ação como uma “*supradeterminação final de um processo causal*”¹⁹, ao constatar que o homem agia através de processos causais finalisticamente dirigidos para fins antecipadamente mentalizados, escolhendo os meios adequados e correspondentes ao alcance do fim pretendido. Como explica ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, para a Escola Ôntico-Fenomenológica²⁰, “*o agente servir-se-ia do conhecimento do mundo objetivo e causal para, mediante o seu comportamento, atingir um determinado objetivo*”²¹.

Centrados na vontade final do agente, os finalistas (re)construíram a teoria da infração, colocando o dolo como um elemento do tipo de ilícito, e não como elemento da culpa. Dessa modificação resulta o facto de ficarem de fora das infrações, as condutas que

¹⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 282

¹⁸ *Idem*, pág. 285

¹⁹ *Idem*, pág. 286

²⁰ Explica também o autor, que para os finalistas o mundo dos valores era influenciado pelo mundo do “ser”, na medida em que o legislador escolhia elementos do mundo real para serem valorizados através das normas, sem que estas os alterassem. Desse modo, o desvalor penal assumiria duas vertentes: uma objetiva, enquanto contrariedade com o Direito, e uma subjetiva, consubstanciada na vontade do agente orientada para um determinado fim, que fosse contrário também às normas estipuladas.

²¹ dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1268

fossem praticadas a título de negligência²², ou através de comportamentos omissivos, na medida em que neste último caso, o agente não teria “*nem desencadeado nem controlado o processo causal que conduziu ao resultado, não podendo atuar nem final nem dolosamente*”²³. Destarte, os crimes de omissão passariam a constituir uma categoria autónoma – de estruturação própria – de facto punível, a par dos crimes comissivos dolosos ou negligentes, não sendo, por isso, integrados no conceito final de ação, no seu sentido amplo.

Para além das três conceções acabadas de enunciar, aponte-se ainda para a existência de duas outras perspetivas, mais recentes, que surgiram numa tentativa de elaboração de um conceito geral de ação. Por um lado, o «conceito negativo de ação» avançado por HERZBERG, segundo o qual “*a ação do direito penal é o evitar não evitável de um resultado*”²⁴, que abrange quer os crimes comissivos, quer os omissivos, desde que sejam “crimes de resultado”, deixando de lado os crimes de “mera atividade” ou “mera omissão”. E por outro lado, o «conceito pessoal de ação» apresentado por ROXIN à luz do qual a ação seria “*tudo aquilo que pode ser imputado a um homem como centro da ação anímico-espiritual*”²⁵, que acabou por ser, igualmente, alvo de críticas, nomeadamente pelo facto de não estabelecer com precisão aqueles que, de entre todos os comportamentos humanos, assumiriam relevo para o direito penal.

O alcance de um tal conceito geral de ação penal foi sistematizado por JESCHECK, e ficou desse modo dependente de uma «pluralidade de funções»: uma função de classificação, uma função de definição e ligação e uma função de delimitação. Nas palavras de RICARDO OLIVEIRA SOUSA, a definição de um conceito geral de ação prévio a todo o sistema, teria de “*abranger todas as formas de comportamento punível, ativa e omissiva, dolosa e negligente (função de classificação), possuir a capacidade de abarcar os elementos caracterizadores posteriores (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e*

²² A Escola Finalista acabou, mais tarde, por integrar na teoria da infração os casos de negligência, como explica André Teixeira dos Santos: “(…) *argumentando que haveria uma finalidade potencial, a possibilidade de uma ação final de evitar o resultado. Aqui também haveria tanto desvalor de resultado como de ação, na medida em que para o comportamento ser ilícito teria de violar um dever e a ação possível teria a mesma dignidade ontológica da ação real, dado haver a possibilidade de, num crime comissivo negligente, desencadear uma ação final que evitaria a produção do resultado. Seria esta possibilidade que permitiria falar, nesta sede, em ação.*”, in dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1269, nota 24.

²³ dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1269

²⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 299

²⁵ dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1270

punibilidade) sem os determinar previamente (função de definição e ligação) e, por último, teria que ser capaz de excluir todos aqueles comportamentos que não fossem penalmente relevantes, como os acontecimentos naturais ou os comportamentos animais, por exemplo (função de delimitação). »²⁶

Contudo, evidenciadas as dificuldades enfrentadas pela doutrina na construção de um conceito dessa amplitude²⁷, que atendesse a todos as funções enunciadas, autores como FIGUEIREDO DIAS²⁸ vieram defender a renúncia a um conceito geral de ação penal. Ao invés, entende o autor que «*a doutrina da ação deve, na construção do conceito de facto punível, ceder a primazia à doutrina da ação típica ou da realização do tipo de ilícito, passando a caber ao conceito de ação apenas “a função de integrar, no âmbito da teoria do tipo, o meio adequado de prospeção da espécie de atuação”; ou, dentro das expressões funcionais de Jescheck que vêm sendo utilizadas, passando a caber-lhe apenas uma certa (e restrita) função de delimitação»²⁹. Não significa isto que, ao prescindir da sua função sistemática, o conceito de ação deixe de assumir um papel determinante na construção da teoria do crime. De facto, continua a pertencer ao conceito a tarefa de delimitar os comportamentos humanos com relevância penal, de modo a que sejam *a priori* excluídos todos as condutas que não se apresentem como comportamentos puníveis. Como consequência desta mudança de perspectiva assiste-se à perda de autonomia do conceito de ação como base de todo o sistema do facto punível, passando a ser considerado como “*apenas um elemento, a par de outros, integrantes do cerne dos tipos de ilícito*”; à substituição do conceito geral de ação por “*vários conceitos de ação tipicamente conformados*”³⁰; e à atribuição de primazia ao conceito de realização típica do ilícito.*

²⁶ Sousa, Ricardo Oliveira, “A omissão e o princípio da legalidade”, in *RMP*, nº129, Jan-Mar 2012, pág. 232, nota [2].

²⁷ Para melhor entendimento sobre as razões pelas quais nenhum dos conceitos de ação explanados alcança o nível de «conceito geral de ação», Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*

²⁸ Assim como RADBRUSH e MARINUCCI, na doutrina alemã e italiana, respetivamente.

²⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 302

³⁰ *Idem*, pág. 303

3. Ação, omissão e “crimes ambivalentes”

Sendo certo que a prática de um crime corresponde, sempre, a um comportamento humano, voluntário e dominável pela sua vontade³¹, a divergência estrutural que é apontada às diferentes formas de preenchimento da conduta típica consubstancia-se na dicotomia do *facere / non facere* – a ação corresponde, deste modo, a um comportamento positivo, e a omissão, à abstenção de um determinado comportamento. Porventura, se na maioria dos casos, a “*compreensão natural das coisas*”³² nos permite diferenciar ações e omissões sem grandes dificuldades, tal já não ocorre nos doutrinariamente denominados «crimes ambivalentes» “*em que, à partida, é relevante tanto uma ação, como uma omissão (nomeadamente, a omissão de um comportamento imposto para afastar um resultado típico)*.”³³ Nesse sentido, e na tentativa de estabelecer um critério diferenciador entre estes dois conceitos, que, do ponto de vista jurídico-penal, encerrasse com os casos de determinação imprecisa, foram várias as correntes que foram surgindo.

Na perspetiva germânica, defende ENGLISH que a distinção entre as ações ou omissões se fundamenta no emprego ou não emprego de energia por parte do agente, do qual derive causalmente a produção do resultado típico. Neste ponto de vista, estamos perante uma ação nos casos em que consiga comprovar-se uma introdução positiva de energia pelo agente, e perante uma omissão, nas situações em que tal comprovação não se verifique: “*Numa omissão não se despenderia energia, não haveria influência material na produção de um resultado, inexistiria um desencadear dum processo causal que produzisse uma transformação do mundo exterior, não se verificando, por conseguinte, produção energética dum resultado.*”³⁴ A lógica da responsabilização por omissão corresponde, à luz desta teoria, ao facto de que nos casos em que alguém simplesmente não faça nada, isto é, não aplique nenhuma da sua energia, não se podendo afirmar que com a sua inatividade o agente teria produzido algo, pode, ao invés, concluir-se que, perante o seu comportamento omissivo – a não aplicação de energia – o agente não obsteu à realização do resultado, podendo tê-lo impedido. No seio deste critério, explica FÁBIO ROBERTO

³¹ Nesse sentido: “*A ação que constitui o suporte do tipo legal é sempre um comportamento humano, constituído por um agir ou por um omitir, dominado ou dominável pela vontade e dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de lesão a um bem jurídico.*”, Silva, Germano Marques da, *Direito Penal Português: A Teoria do Crime*, Universidade Católica editora, Lisboa, 2012, p. 62.

³² Expressão de JESCHECK/ WEIGEND, Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 908, nota 11.

³³ Também conhecidos por “crimes de dupla relevância”, ou “crimes de duplo significado”.

³⁴ dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1275

D'ÁVILA que lhe está subjacente a diferenciação jurídico-penal entre proibição e mandamento, no sentido em que *«haverá ação quando o agente “gastar energia em determinada direção” (...), uma vez que a proibição exige apenas a renúncia à ação determinada na norma, e omissão, quando o omitente “não gastar energia em uma determinada direção” (...), visto que o mandamento exige um especial esforço no sentido de cumprir a determinação normativa»*.³⁵ Caracterizada pelo seu aspeto estritamente causal³⁶, e influenciada pelo positivismo, esta corrente acaba por ser criticada pelo seu aspeto *“pré-jurídico, e estranho a qualquer valoração político-criminal e normativa”*³⁷, na medida em que o parâmetro de destrição de que faz uso apenas radica num plano ontológico e natural.

Similarmente fora do perfil típico-normativo do critério de diferenciação entre as duas formas de realização típica do facto punível, ARTHUR KAUFMANN veio assinalar que a destrição em apreço se poderia alcançar através de um critério de subsidiariedade, à luz do qual *“uma omissão só deve ter-se por relevante quando de todo em todo o comportamento não puder ser perspectivado como uma ação”*³⁸. Quanto a este critério, é do entendimento de FIGUEIREDO DIAS que este princípio pode *“porventura ser exato e aplicável a certos títulos nesta matéria”*, todavia *“não parece suscetível de ser erigido em princípio geral de distinção – uma vez mais o acentuamos: típico-normativa – entre ação e omissão”*.³⁹

Visando um critério de resolução axiológico-normativo para a questão, EDMUND MEZGER considera antes que *“a questão de delimitação entre o fazer e o omitir não se pode basear na configuração externa do caso concreto, mas apenas segundo a perspectiva a que se dirige a censura jurídica em cada caso”*⁴⁰. Surge, desta forma, o ponto de conexão da censurabilidade jurídico-penal como parâmetro diferenciador entre ações/omissões,

³⁵ D'Ávila, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*, Studia Iurídica, Coimbra, pág.205.

³⁶ Também JESCHECK defende um critério de causalidade: *“se alguém causou o resultado mediante um fazer positivo objetivamente típico, este constitui o ponto de referência importante para o Direito Penal. (...) Só quando conste que o atuar ativo do autor, embora doloso ou negligente, era adequado socialmente, lícito ou desculpável, é que se deverá perguntar se o autor omitiu um fazer positivo esperado que poderia ter evitado o resultado”* in dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1275

³⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 909

³⁸ *Idem*, pág. 910

³⁹ *Idem*, pág. 910

⁴⁰ Roxin, Claus, *Problemas Fundamentais do Direito Penal*, pág. 238. Também nesse sentido: dos Santos, André Teixeira, *ob. cit.*, pág. 1276

conforme tal censurabilidade se centrasse num comportamento ativo ou omissivo, respetivamente. Todavia, esta perspetiva não ficou também imune a apreciações negativas: FIGUEIREDO DIAS entende que “*não é fácil nem seguro perceber que «censurabilidade» é aquela que está na mente dos propugnadores desta solução, versando ela, em definitivo no vício do quod erat demonstrandum*”; e também CLAUS ROXIN se pronuncia num sentido denegatório, afirmando que esta corrente suscita um «círculo vicioso», na medida em que não é possível estabelecer o ponto de conexão da censurabilidade, sem que de modo prévio se tenha precisado se, no caso em concreto, nos defrontamos com uma ação ou uma omissão.⁴¹

A nosso ver, o critério que melhor opera a distinção entre ação e omissão é o apresentado por STRATENWERTH e sustentado, em sede da doutrina portuguesa, por FIGUEIREDO DIAS: *o da forma de criação do perigo para bens jurídicos tutelados pela norma*.⁴² Neste ponto de vista, nos casos em que o agente cria ou aumenta o perigo para o bem jurídico ameaçado, confrontamo-nos com uma conduta ativa; ao invés, se o agente não diminuir ou não eliminar o perigo já existente, como deveria fazer, estamos perante uma conduta omissiva.

4. Omissão própria e omissão imprópria: Critérios de distinção

Dentro da categoria dos crimes omissivos é comumente estabelecida, pela doutrina, a diferenciação entre as omissões próprias ou puras e as omissões impróprias ou impuras. A origem desta bipartição deve-se, em certa medida, a HEINRICH LUDEN por ter – mesmo que não de forma primária⁴³ –, dado relevância à distinção entre *echte Unterlassungsdelikte* (crimes de omissão pura, própria ou de simples omissão) e *unechte Unterlassungsdelikte* (crimes de omissão impura, imprópria ou de comissão por omissão), através de argumentos que, mais tarde, acabaram por se autonomizar em critérios doutrinários de diferenciação entre as duas modalidades de crimes por omissão. Para o autor, a primeira categoria de crimes omissivos traduzia-se nos casos em que o agente não

⁴¹ Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 910, nota (16).

⁴² *Idem*, pág. 910.

⁴³ Existe a dúvida de que terá sido Luden o primeiro a utilizar as expressões em causa, ou se as terá, simplesmente, evidenciado na sua obra *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte*, em 1840. Cfr. Leite, André Lamas, *As «Posições de Garantia» na Omissão Impura: em Especial, a Questão da Determinabilidade Penal*, Coimbra Editora, 2007, pág. 47.

cumpria o mandamento de ação estabelecido na lei, sendo esse incumprimento suficiente para a punição, independentemente da verificação de um qualquer resultado ilícito. Desta forma, associavam-se os crimes de pura omissão à desobediência de comandos jurídicos imperativos, na medida em que a existência do delito se baseava somente no desrespeito da ordem normativa penal, razão pela qual eram os delitos considerados como “crimes de mera inatividade”. Por outro lado, para os crimes de omissão imprópria, o cerne da punição radicava já na violação de um direito subjetivo alheio⁴⁴, resultante do desrespeito por uma norma proibitiva, que “*conferiria à omissão as características de uma conduta comissiva*”⁴⁵.

Atualmente, são três os critérios doutrinários utilizados para estabelecer a diferença entre as modalidades de crimes omissivos. Para a doutrina germânica tal divisão faz-se com recurso ao denominado “critério normológico”, segundo o qual a base para a distinção entre as duas formas de crimes omissivos reside na natureza da norma desrespeitada: se, por um lado, as omissões propriamente tais violam uma norma penal preceptiva, as omissões impuras violam uma norma incriminadora de caráter proibitivo. Contudo, como explica MARTA FELINO RODRIGUES, “*este critério negligencia o postulado segundo o qual estas duas infrações penais são espécies distintas de um género comum – o crime de omissão lato sensu. De facto, todos os crimes de omissão constituem a inobservância de normas preceptivas, não havendo razão do ponto de vista estrutural para excepcionar as omissões impuras que per se infringem também um mandato de atuar e não uma proibição de causar o resultado.*”⁴⁶

Por sua vez, o denominado “critério tradicional” baseia-se na verificação ou não de um resultado para diferenciar as duas modalidades de crimes omissivos, estabelecendo, através de uma «lógica de espelho», uma linha de comparação entre os crimes de omissão própria e os crimes formais ou de mera atividade, e entre os crimes de omissão imprópria e os crimes materiais ou de resultado. Nas palavras de ANDRÉ LAMAS LEITE “*ao passo*

⁴⁴ Explica André Lamas Leite que “*em meados do séc. XIX, o conceito de bem jurídico, pela primeira vez definido por BIRNBAUM, não contava ainda com o apuramento dogmático que viria a merecer, sendo, numa congruente visão do Direito Penal no seio de um Estado de Direito demo-liberal, o crime encarado numa perspetiva que apelidamos de «formal», mais arreigada a posições jurídicas determinadas do que a expressões de interesses ou valores.*”, in Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 47

⁴⁵ D’Ávila, Fábio Roberto, *ob. cit.*, pág. 216

⁴⁶ Rodrigues, Marta Felino, *A Teoria Penal da Omissão e a Revisão Crítica de Jakobs*, Almedina, Coimbra, 2000, pág.16

que nos primeiros o legislador descreve um determinado comportamento que, não sendo observado pelo agente, implica a consumação do crime, independentemente de desse *non facere* derivar ou não algum resultado ilícito (exs., arts. 200.º, 254.º, 250.º, 309.º n.º2), nos delitos omissivos impróprios o crime só estará perfeito quando a não observância da conduta esperada conduzir à efetiva produção do resultado que se pretende afastar. É neste sentido que se afirma que o «não fazer» provocou aquele concreto evento.”⁴⁷ Pode, por isso, afirmar-se que, para este critério, estamos perante um crime omissivo próprio sempre que o agente não realizar a ação que lhe é exigida pela lei – mesmo que desse comportamento não resulte nenhuma lesão ou perigo de lesão para o bem jurídico tutelado –, e perante crimes omissivos impróprios, ou crimes de comissão por omissão, nas situações em que o agente, colocado numa posição de garante, não evitar a produção de um resultado lesivo ao bem jurídico tutelado, através da omissão da ação devida.

Por fim, do ponto de vista do “critério tipológico”⁴⁸, a distinção em análise é feita através da existência ou inexistência de uma previsão legal expressa. Nesse sentido, os crimes de omissão puros encontram-se descritos num tipo legal de crime, enquanto os crimes de comissão por omissão, por não estarem expressamente previstos na legislação penal, resultam do recurso a uma cláusula de equiparação (compreendida entre nós no artigo 10º do Código Penal), “o que sempre implicaria uma adequada interpretação da norma, no sentido de que a doutrina e a jurisprudência concluíssem pela possibilidade ou não de equiparar, no delito in concreto, o desvalor da ação ao da omissão”⁴⁹.

Não tomando partido de nenhum dos critérios enunciados, ROXIN veio propor um critério diferenciador que a muito se assemelhava ao, já conhecido na altura, pensamento de HERZBERG segundo o qual os crimes de pura omissão seriam aqueles cujo tipo legal apenas admitiria a sua realização através de um *non facere*, em contraste com os crimes de omissão imprópria em relação aos quais a realização típica tanto se admitia através de

⁴⁷ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 51

⁴⁸ Também conhecido como “critério do tipo legal” ou “critério formal”, elaborado por ARMIN KAUFMANN, este critério acabou por simbolizar um ponto de viragem na doutrina penal alemã, no sentido em que o ênfase da distinção entre crimes omissivos próprios e crimes de omissão imprópria passou a residir, não na sua estrutura dogmática, mas antes na sua feição axiológica, traduzindo-se, no fundo, os crimes de comissão por omissão nas hipóteses em que a conduta inativa do agente, e consequentemente o *desvalor da omissão* poderia, em sede de interpretação doutrinal e jurisprudencial, ser equiparada aos comportamentos ativos previstos por diversos tipos legais de crime, e por consequência ao inerente *desvalor da ação*. Para melhor esclarecimento: D’Ávila, Fábio Roberto, *ob. cit.*, pág. 221 e ss.

⁴⁹ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 54

comportamentos ativos, como comportamentos omissivos. Desta forma, defendeu ROXIN que *“nos crimes de omissão pura, existe uma simples descrição de non facere, a que corresponde um moldura penal própria, sendo ainda caracterizados pelo facto de não encontrarem um delito de ação que lhes corresponda. Ao invés, na omissão imprópria, a punição decorre de um Tatbestand de ação e da aplicação da respetiva moldura penal, existindo, por isso, um tipo legal equivalente na modalidade de atuação positiva.”*⁵⁰ No seio deste raciocínio, o legislador poderia efetuar a ligação entre omissão e ação, quer através de uma cláusula geral de equiparação, quer através do próprio tipo legal de crime comissivo expresso na PE, desde que fosse indicada na norma a possibilidade do delito ser cometido por comportamentos ativos ou omissivos. Ainda que, à primeira vista possamos avistar alguma estranheza no critério, a verdade é que o nosso CP apresenta algumas hipóteses em que é estabelecido no tipo legal do crime a possibilidade de realização típica nestes dois tipos de comportamentos: é o caso do artigo 224º, nº 1, onde se prevê que a infidelidade patrimonial depende não só de um prejuízo patrimonial intencionalmente causado, mas também de prejuízos patrimoniais derivados da violação dos deveres incumbidos, por lei ou ato jurídico, ao agente; ou, mais notoriamente, do artigo 369º, nº1, em que nos deparamos com a equiparação legal direta e expressa entre “promover” e “não promover”, “decidir” ou “não decidir”, como condutas típicas para a realização de um crime de denegação de justiça e prevaricação.

Entre nós, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, não refutando a validade do critério tradicional, e a inerente perspectiva de que os crimes de omissão pura se traduzem em verdadeiros “crimes de mera inatividade”, enquanto os crimes de comissão por omissão se consubstanciam em crimes de resultado, opta por defender o “critério tipológico”, afirmando que *“crimes puros ou próprios de omissão seriam aqueles em que a PE referencia (expressamente) a omissão como forma de integração típica, descrevendo os pressupostos fáticos donde deriva o dever jurídico de atuar 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 ação, como tal legalmente prevista e punível na PG (artigo 10.º-1 e 2).”*⁵¹ Como salienta

⁵⁰ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág.55

⁵¹ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 913.

o autor, a escolha deste critério, em detrimento do “critério tradicional”, é uma escolha político-criminal do legislador, dependente do interesse prático-normativo que este pretende atribuir à distinção em estudo, que determina os termos em que se definem tanto o dever de garantia, como as posições de garante, características dos crimes omissivos, como analisaremos *supra*.

5. Análise do artigo 10º do CP

i. O fundamento da equiparação

Desde a reforma de 1982 do CP, o número 1 do artigo 10º do CP estabelece que “quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão da ação adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei”, acrescentando o preceito seguinte a informação de que tal equiparação apenas tem lugar “quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado” (art.10º, nº2). É desta forma que o ordenamento jurídico-penal português define que existem situações em que a conduta omissiva do agente se equipara aos comportamentos ativos que levariam à prática dos crimes materiais previstos na PE do CP, podendo afirmar-se que esta norma, mais do que uma cláusula geral de equiparação, surge como uma cláusula de extensão da tipicidade. Contudo, a natureza e o fundamento de tal equiparação são alvo de alguma discórdia doutrinal.

Para EDUARDO CORREIA, que elaborou o artigo 7º do Projeto da PG do CP, em 1963⁵², os tipos legais que proíbem a realização de um resultado têm neles intrínsecos, para além das atividades positivas que levam a tal produção, os comportamentos omissivos que não a impeçam. Por outras palavras: “Da norma que quer evitar um resultado nasce para todos não só a proibição das atividades que o produzem, como também o comando de

⁵² O atual artigo 10º, número 1 do CP corresponde, exceto *in fine*, ao artigo 7º do Projeto de 1963 do autor. A ressalva final (“salvo se outra for a intenção da lei”) foi introduzida, mais tarde, em 1976, fruto de proposta de Figueiredo Dias.

levar a cabo todas as atividades que obstem à sua produção”⁵³ – salvo contadas exceções⁵⁴.

De forma similar, defende TERESA QUINTELA DE BRITO que o artigo 10º do CP consagra a caracterização das normas incriminadoras da PE como «tipos comuns» à ação e à omissão⁵⁵. Na perspectiva da autora, o preceito em causa remete-nos para a distinção entre um “tipo comum ou de codificação”, que é um tipo de crime material comum à ação e à omissão, resultante da conjugação da primeira parte do nº1 do artigo 10º com os tipos legais previstos na PE, e que abrange tanto os comportamentos ativos, como os omissivos; e um “tipo de interpretação”, que se consubstancia no específico tipo comissivo ou omissivo impróprio e se refere às específicas características de cada forma de delito, sendo, por isso, a posição de garante – a que faz menção o nº2 do preceito – um elemento fundamental do tipo comissivo por omissão. Com recurso ao estudo de artigos de ordenamentos jurídicos europeus equivalentes ao 10º do nosso Código Penal – nomeadamente: o §13 do StGB, o §2 do CP austríaco e o art. 40 do CP italiano –, a autora conclui que apenas a norma penal portuguesa estabelece, de modo expresse e inequívoco, a equiparação entre *facere* e *non facere* nos crimes de resultado, sem que seja feita uma menção imediata ao dever de garante.

Como explica TERESA QUINTELA DE BRITO, “*qualquer das cláusulas de equiparação anteriormente analisadas começa por aludir, precisamente, ao especial dever de agir, sugerindo que o inteiro procedimento de equivalência da ação à omissão terá de partir deste dever, e não da própria norma da parte especial. Assim afigura-se que o objetivo do artigo 10.º, n.º 1, primeira parte, seria, precisamente, o de elucidar que qualquer norma incriminadora da parte especial, onde se descreve um resultado, em*

⁵³ Correia, Eduardo, *Direito Criminal*, com a colab. de Figueiredo Dias, Vol. I, Almedina, 1968, pág. 300.

⁵⁴ Como explica TERESA QUINTELA DE BRITO: “ (...) *nem em todos os tipos legais seria possível imputar o resultado neles descrito, indiferentemente, à ação ou à omissão. Por um lado, existiriam tipos legais insuscetíveis de uma realização por omissão. Por outro, apenas seria equiparável à comissão ativa a omissão de uma atividade que o agente está obrigado a desempenhar, em virtude de um especial dever jurídico de garante da não produção desse resultado.*” Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica*, Coimbra Editora, Março, 2000, pág. 97.

⁵⁵ Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *ob. cit.*, pág. 110 e ss.

princípio, tanto pretende motivar à não realização de condutas que produzam esse resultado, como determinar à realização de condutas que obstem à sua verificação."⁵⁶

Por outras palavras, e sem que nos afastemos, no essencial, da linha de pensamento da autora, podemos afirmar que, no seu ponto de vista, é a construção do artigo 10º tal como se apresenta atualmente no nosso CP que justifica a classificação das normas da PE como “tipos comuns”. Ou seja, se logo no primeiro preceito do artigo o legislador estabelece que, nos crimes materiais, o facto abrange tanto os comportamentos ativos como os omissivos, e apenas posteriormente (no nº2) estabelece que a punição da comissão por omissão só tem lugar quando, no caso, o agente esteja numa posição de garante, isso só poderá significar que, mesmo que não recaia um dever de garantia sobre o agente, e que, por consequência, não haja lugar a responsabilidade penal por omissão imprópria, não se poderá dizer que a norma incriminadora da PE em causa não abrangeria a sua conduta.

Ou, de modo ainda mais esclarecedor: sempre que em causa esteja um crime de resultado, o tipo legal de crime tanto abrange as condutas ativas que levem à produção do resultado, como os comportamentos omissivos que não impeçam a produção desse mesmo resultado, independentemente de, no caso concreto, recair sobre o agente um dever de garantia da não produção do resultado lesivo. No fundo, a autora defende uma equiparação total entre as formas de realização da conduta típica, quer exista, quer não, punição da comissão por omissão. Contudo, não nos parece que seja a melhor leitura a fazer-se do artigo 10º do CP.

Ainda no ponto de vista de TERESA QUINTELA DE BRITO, a equiparação entre as ações que produzem o resultado lesivo e as omissões que não obstem à sua produção, realizada ao nível das normas da PE concebidas enquanto «tipo comum» permite superar as críticas de ARMIN KAUFMANN em relação a este tipo de construção. Para o jurista alemão, os crimes de comissão por omissão apresentam um tipo legal autónomo e distinto da norma incriminadora do crime por ação: por um lado, porque para que fosse possível que uma norma penal abrangesse tanto os comportamentos ativos como os comportamentos passivos que se traduzissem na realização de um resultado proibido, essa mesma norma teria de cair na antinomia de traduzir, em simultâneo, um mandato e uma proibição; por outro lado, mesmo que se admitisse a conduta e o resultado como elementos

⁵⁶ *Idem*, pág. 99-100.

comuns ao tipo comissivo e ao tipo omissivo impróprio, e – ainda mais forçosamente – se adaptasse o conceito de causalidade de modo a que este incluísse a causalidade real da ação e a causalidade meramente hipotética da omissão, manter-se-ia sempre de fora dos elementos do tipo de ilícito a posição de garante, característica apenas dos crimes de omissão impura.⁵⁷

Entre nós, a crítica avançada por FIGUEIREDO DIAS ao entendimento das normas da PE como “tipos comuns” parece-nos a mais ponderada. Segundo o autor, o fundamento que suporta o processo de equiparação entre ação e omissão não deve ser alvo de uma apreciação normológica e normativa como a de ARMIN KAUFMANN, nem ser levado ao absolutismo das perspectivas de EDUARDO CORREIA ou TERESA QUINTELA DE BRITO, devendo, ao invés, existir mas apresentando-se com limites. Destarte, “(...) *se é verdade que uma ordem jurídico-penal não pode passar, em certos casos, sem aquela equiparação, não o é menos – e desde há muito que a doutrina se apercebeu consensualmente disso, mesmo em sociedades muito menos complexas que as atuais – que uma equiparação total, ou mesmo só de princípio e à partida, da comissão por omissão à ação, por fora das constantes intromissões, que conduziria, de cada um na esfera jurídica dos outros, elevaria a complexidade social e a mancha da criminalização a quotas político-criminalmente insuportáveis*”.⁵⁸

Assim, de modo a rejeitar uma ideia de cláusula de equiparação total, o penalista português defende que o fundamento para a existência do artigo 10º do CP se traduz na análise, feita em cada caso concreto “*através de uma autónoma valoração da ilicitude*”⁵⁹, da correspondência no essencial entre o desvalor da omissão e o desvalor da ação prevista no tipo legal de crime. E tal correspondência apenas pode ter lugar nas situações em que sobre o agente recai um dever de evitar a produção do resultado lesivo ao bem jurídico, isto é, de evitar a realização típica da norma incriminadora da PE. Pode, por isso, afirmar-se que nos confrontamos não com uma equiparação total, mas antes com uma equiparação *lata*⁶⁰. Os deveres de garantia, ganham, nesta perspetiva, um papel fulcral ao nível da

⁵⁷ Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *ob. cit.*, pág. 97 e ss.

⁵⁸ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 919-920.

⁵⁹ *Idem*, pág. 920

⁶⁰ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 129, nota (304). Como explica o autor, a diferença entre a ideia de equiparação total e o conceito de equiparação lata não reside apenas na sua diferenciação nominal: “*Uma coisa é afirmar, como sucede com o §13 do StGB, que o aplicador está autorizado a equiparar o desvalor do*

equiparação entre ação e omissão, na medida em que, ao invés de serem entendidos como meros elementos do tipo-de-ilícito, cuja existência somente determinaria, ou não, a punibilidade da comissão por omissão, passam a assumir-se também como elementos-chave do processo de equiparação. Nesse sentido, afirma SOUSA E BRITO: “*a existência de uma posição de garantia é elemento estruturante da própria equiparação*”.⁶¹

ii. A ressalva “*salvo se outra for a intenção da lei*”.

Não só a doutrina não é unânime em relação ao fundamento de equiparação entre ação e omissão, como também não é consensual o que se deverá entender por “*salvo se outra for a intenção da lei*” (artigo 10º, nº1, *in fine* do CP).

No seguimento da perspectiva de FIGUEIREDO DIAS, a ressalva final da cláusula geral de equiparação traduz-se no elo de ligação entre o que é estabelecido no primeiro preceito do artigo, com o que está previsto no seu nº2. Por outras palavras, o propósito da reserva é o de conferir às duas alíneas em causa um *sentido único de ilicitude*⁶² que alicerce o fundamento da equiparação: “*salvo se outra for a intenção da lei*” significa que nos casos em que não existir um dever jurídico sobre o agente que pessoalmente o obrigue a evitar a produção do resultado, não há lugar à equiparação entre a sua omissão, e a ação adequada a produzi-lo, prevista na norma incriminadora da PE. Neste sentido, afirma ANDRÉ LAMAS LEITE, “*o fundamento da equivalência corresponde ao ilícito da comissão por omissão e esse fundamento resulta da tomada em conta, lado a lado, dos n.ºs 1 e 2 do art. 10.º*”.⁶³

Contudo, existem autores que atribuem ao segmento normativo em causa uma outra interpretação. Os defensores do conceito de «tipo comum», vêm na ressalva final do artigo 10º/1 do CP a representação dos casos em que esse «tipo comum» inexistente, não podendo, por essa razão, afirmar-se a possibilidade de responsabilidade por um crime comissivo por

facere e do non facere quanto a todos os tipos legais da PE⁽³⁰⁵⁾ e outra, bem diversa, consiste em reconhecer que, em geral, a equivalência existe, no entanto, ela está sujeita a um juízo valorativo, a elaborar caso a caso, sobre se a conduta descrita se equipara, do prisma da ilicitude, à correspondente realização omissiva.”, *ob. cit.*, pág. 130.

⁶¹ Brito, José de Sousa e, «*Sentido e Valor da Análise do Crime*», in *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Ciências Humanas*, Lisboa, 1990, pág. 123

⁶² Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 920.

⁶³ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 136-137.

omissão. “Quando não tiver sido essa a intenção da lei, o facto descrito numa norma que prevê um certo resultado não abrangerá também a omissão da ação adequada a evitá-lo (art. 10.º, n.º 1). Ou seja, não existirá um tipo comum à ação e à omissão, porque o legislador o não quis consagrar.”⁶⁴ Inexistindo esse «tipo comum», não poderá a parte final do preceito encaminhar o intérprete à formulação de um juízo valorativo autónomo que vise a possibilidade de equiparação da conduta omissiva do agente à ação prevista no tipo-de-ilícito em causa, mesmo que o agente se encontre numa posição de garante. Realçando o facto de que o dever de garantia, neste ponto de vista, se traduz num mero elemento do tipo dos crimes de comissão por omissão, que em nada influencia a equivalência dos modos de comissão, TERESA QUINTELA DE BRITO entende que é imperativo, num primeiro momento, analisar se a norma incriminadora em causa é, ou não, um «tipo comum», isto é, se existe, ou não, compatibilidade entre a descrição da norma e os comportamentos, quer ativos, quer omissivos, do agente; e só posteriormente, quando já é certo que nos deparamos com um tipo de comissão por omissão, averiguar a existência ou não da posição de garante: “Se não se verificar essa compatibilidade, então, isso significa que a omissão nunca poderá exprimir a forma de domínio de facto, exigida pela autoria, por essa norma incriminadora. Consequentemente, será, pelo menos inútil, construir um específico tipo de comissão por omissão, do qual jamais poderá ser autor um garante inerte”.⁶⁵

A par desta perspetiva, a mais relevante discórdia reside no facto de parte da doutrina⁶⁶ defender que o artigo 10º, nº1, *in fine*, pretende afastar a punição da comissão por omissão nos denominados crimes de execução vinculada⁶⁷. Na verdade, estando o modo de execução descrita no tipo, nem todos os comportamentos ativos que levem à produção do resultado lesivo são considerados condutas típicas subsumíveis à norma incriminadora. Por essa razão, argumentam os defensores de tal perspetiva que “se a

⁶⁴ Brito, Teresa Quintela de, *ob. cit.*, pág. 112-113. A autora explica ainda que “a imposição legal de derivar o específico tipo comissivo por omissão, de um prévia tipo comum à ação e à omissão, visa satisfazer as exigências decorrentes do princípio da legalidade e da determinação das incriminações. Com efeito, se o legislador, ao descrever de certo modo a conduta típica, quis associá-la, tão somente, a um comportamento ativo, não poderá depois o intérprete ou o aplicado do direito construir um tipo comissivo por omissão, moldado por aquela norma.”, *ob. cit.*, pág. 114.

⁶⁵ *Idem*, pág. 114.

⁶⁶ Entre os autores defensores desta posição encontra-se Manuel Cavaleiro de Ferreira, José de Oliveira Ascensão, Germano Marques da Silva e Maria do Céu Negrão.

⁶⁷ Como é o exemplo do crime de burla (artigo 217º do CP), do crime de coação (artigo 154º do CP), entre outros.

própria modalidade ativa 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".⁶⁸ Contudo, não nos parece que possa esta conclusão ser tomada de modo tão geral.

No que toca ao âmbito de aplicação da cláusula em causa, é-nos fácil de perceber, num primeiro contacto com o n.º 1 do art. 10º do CP, que ficam de fora da aplicação do preceito, desde logo, os denominados crimes formais ou de mera atividade, uma vez que a letra da lei é explícita ao determinar que a equiparação tem lugar "*quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado (...)*". Com efeito, urge neste campo o princípio da determinabilidade dos tipos legais de crime – e a respetiva função de garantia da lei penal – a estabelecer que, "*se nos crimes de mera atividade os respetivos tipos não exigem um evento material, então a realização da conduta típica não se encontra descrita por referência àquele resultado*".⁶⁹

Todavia, em relação aos crimes de execução vinculada, a resposta não surge de forma tão direta. Admitindo-se o conceito de *equiparação lata*, como foi já referido, concluímos que para que haja lugar à correspondência entre ação e omissão enquanto formas de realização típica, o desvalor do comportamento omissivo tem de atingir uma gravidade comparável ao desvalor da ação tipificada na norma incriminadora.

Nesse sentido, também nos crimes de execução vinculada se pode concluir que, sempre que a omissão preencha, quanto ao modo de execução, o mesmo conteúdo de significação da ação respetiva, pode ser aplicado o artigo 10º/1 do CP. Como explica FIGUEIREDO DIAS, "*o princípio da correspondência nestes casos só pode ser afirmado se e quando o resultado tiver sido produzido, por omissão, sob a forma tipicamente exigida pelo delito de ação*"⁷⁰. Impõe-se, por isso, que seja feito um juízo autónomo de valoração da ilicitude, de cariz ético social, de modo a que se apure se a conduta omissiva do agente "*corresponde ou é equiparável ao desvalor da ação*"⁷¹.

⁶⁸ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 317.

⁶⁹ Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág. 34

⁷⁰ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 922.

⁷¹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilcitude e a Culpa*", in AA.VV. Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal Português e Legislação complementar, Fase I, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, pág. 55

Note-se que a interpretação teleológica das normas incriminadoras da PE não se limita a esta categoria de crimes. Com efeito, FARIA COSTA defende que a ressalva final do artigo 10º, n. 1 do CP determina “*uma correta compreensão do âmbito de proteção da norma incriminadora*”⁷², quer estejamos perante crimes de execução vinculada, quer nos confrontemos com crimes de causação livre (embora seja naqueles primeiros, realça, que seja mais notória a fragilidade do princípio da tipicidade). Tal compreensão reside, aos olhos do autor, numa «interpretação de 2º grau», na medida em que, se o simples ato de qualificar o comportamento do agente como subsumível à factualidade típica de um tipo legal de crime é já um ato de interpretação; quando em causa está a aplicação do n.º 1, do artigo 10º do CP “*trata-se de indagar, que é uma tarefa bem mais complexa e árdua, se a norma de proibição de resultado é ou não refratária à equiparação da omissão à ação*”.⁷³

iii. A questão da (in)constitucionalidade

Apesar de o n.º 2 do atual artigo 10º do CP estabelecer que “*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*”, a lei não remete, porém, para a identificação, nem mesmo de modo exemplificativo, das situações em que o agente está, ou não, numa posição de garantia.⁷⁴

Por essa razão, levantou-se na doutrina a dúvida de que tal preceito padeceria, ou não, de inconstitucionalidade material por violação das exigências de determinabilidade da lei penal. As normas constitucionais prevêm que quer as condutas ativas, quer as condutas omissivas, quando puníveis, estejam legalmente previstas aquando da prática do ato⁷⁵, consagrando essa exigência o princípio constitucional *nullum crimen sine lege*. Cumpre, destarte, averiguar se o artigo 10º do CP determina, ou não, de modo suficiente a incriminação por crimes de comissão por omissão.

⁷² José de Faria Costa, *ob. cit.*, pág. 396

⁷³ José de Faria Costa, *ob. cit.*, pág. 394

⁷⁴ Contudo, no âmbito do Projeto de Eduardo Correia, de 1963, o artigo 7º previa, no seu n.º 2, que “*A comissão de um resultado por omissão só é, todavia, punível quando o dever de agir for confirmado por um preceito legal, um contrato ou uma situação criada pelo omitente, que o constituam, pessoalmente, garante da não produção do resultado.*”, numa clara adesão às teorias formais do dever de garante. Cfr. Sousa, Ricardo Oliveira de, *ob. cit.*, pág. 265.

⁷⁵ Nos termos do artigo 29º, n.º 1 da CRP.

Note-se, porém, que a dúvida não surge no que contende à natureza de «cláusula geral de equiparação» do artigo 10º do CP^{76,77}, mas apenas em relação à concretização do *dever jurídico que pessoalmente obriga o destinatário da norma a atuar*⁷⁸, enquanto conceito normativo indeterminado.

Apesar de a lei penal apenas mencionar tal *dever jurídico* de modo genérico, a doutrina tem vindo a defender que o preceito 10º do CP é suficiente na incriminação por omissão impura. Na verdade, conjugada com a norma material do tipo legal de crime em causa, a cláusula de equiparação faz surgir um “tipo composto” em que residem os pressupostos da punibilidade de comissão por omissão. Por certo, pode retirar-se da análise do artigo 10º que a punição da omissão imprópria – para além dos demais pressupostos da responsabilidade penal, mormente os respeitantes ao tipo-de-culpa – exige:

a) que seja preenchido, através de uma conduta omissiva, um tipo legal de crime expressamente previsto na PE;

b) que se trate de um crime de resultado;

c) que seja possível, no nosso entender, afirmar, com recurso a um *autónomo juízo valorativo de ilicitude material*, que o desvalor do *non facere* é equiparável ao desvalor da ação descrita na norma;

d) que recaia, sobre o agente, um *dever jurídico* que vise a não produção do resultado lesivo; e, por fim,

e) que o agente tenha uma relação de *proximidade existencial* com o objeto do dever de proteção, para que seja possível concluir que o mencionado dever jurídico *pessoalmente* obrigasse aquele agente em concreto.⁷⁹

⁷⁶ A doutrina tem vindo a aceitar esta técnica legislativa de modo incontornável. Neste sentido, André Lamas Leite: “*Reconhecemos os inconvenientes da utilização das cláusulas gerais no nosso ramo de Direito, contudo não podemos ignorar a realidade à qual as normas jurídico-penais têm de aplicar-se, nem, tão-pouco, a existência de vários graus de determinabilidade desses conceitos.*”, *ob. cit.*, pág. 394-395.

⁷⁷ Em sentido diverso pronuncia-se Teresa Quintela de Brito, *ob. cit.*, pág. 110 e ss e 127 e ss. Defendo um conceito de «tipo comum», a autora argumenta que o artigo 10º não consiste numa cláusula de extensão de tipicidade, no sentido em que a norma incriminadora da PE inclui, só por si, a tipicidade da omissão. Por seu turno, Figueiredo Dias afirma, em relação à perspetiva da autora, que «*o problema da “equiparação” acabaria por ser resolvido por eliminação: na realidade não haveria aqui qualquer “equiparação”, por isso que já os tipos da parte especial, aparentemente apenas de ação, seriam afinal tipos dirigidos tanto à ação (neles descrita), como à omissão da ação devida (implicitamente neles compreendida).*”, *Direito Penal: parte geral, tomo I*, pág. 918.

⁷⁸ Cfr. Sousa, Ricardo Oliveira de, *ob. cit.*, pág. 267

⁷⁹ Cfr. Leite, André Lamas, *ob. cit.*, págs. 396-397; e Sousa, Ricardo Oliveira, *ob. cit.*, págs. 267-268.

Face ao exposto, seguimos o entendimento de ANDRÉ LAMAS LEITE⁸⁰ quando conclui que o artigo 10º do CP se apresenta como suficiente na identificação do âmbito de proteção do tipo-de-ilícito dos crimes de comissão por omissão (o mencionado «tipo composto»), na medida em que determina os critérios através dos quais é possível a apuração, em cada caso concreto, do bem jurídico que se visa proteger – indicado pela norma incriminador da PE – e as circunstâncias em que se torna relevante a ausência dessa proteção – previstas na cláusula geral de equiparação.

Quanto à indeterminação do dever jurídico de garante, afirma o autor que “*é certo que um elemento do tipo-de-ilícito (...) não consta, expressis verbis, da lei*”⁽⁹⁹⁾. Porém, é ela própria que fornece ainda critérios de orientação e princípios heurísticos para o seu preenchimento.”⁸¹ Por certo, é o legislador que remete para o aplicador de direito o apuramento de tal dever, através de um caminho lógico-interpretativo legalmente estabelecido: tem de estar em causa um dever de natureza jurídica – e não de ordem moral, ética, entre outros – e esse dever tem de obrigar *pessoalmente* o agente a evitar a produção do resultado. Neste âmbito, e no seguimento de FIGUEIREDO DIAS, cremos que apenas a adoção de uma teoria «material-formal», como analisaremos *infra*, se demonstra suficiente para o cumprimento e respeito pelas exigências constitucionais de determinabilidade da lei penal.⁸²

iv. A atenuação especial da pena

Nos termos do terceiro e último número do artigo 10º do CP, nos caso em que seja punível a comissão de um resultado por omissão *pode* a pena ser especialmente atenuada. A consagração desta atenuação especial facultativa justifica-se, no entendimento geral da doutrina, pelo facto de o comportamento omissivo do agente que não obsta à produção do resultado não atingir a mesma gravidade do *facere* que o produz. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS “*segundo as representações sociais prevalentes, sempre que se trata*

⁸⁰ Leite, André Lamas, in *ob. cit.*, pág. 397.

⁸¹ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 397.

⁸² Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, cit.*, pág. 925

de obstar à verificação de um resultado típico a violação de deveres de ação não se apresenta, em regra, tão grave como a violação das proibições correspondentes”⁸³.

O carácter facultativo que é estabelecido na norma evidencia que nem todos os casos de comissão por omissão são dotados de uma menor dignidade punitiva que se traduziria num menos grave conteúdo de ilicitude e de culpa, como acontece na categoria dos casos em que “*a ação imposta se inscreve no decurso normal da vida*”⁸⁴.

Urge, por fim, esclarecer, neste âmbito, que este regime apenas se aplica aos crimes de omissão imprópria, e não os crimes puros de omissão. Não só pela sua inserção sistemática no artigo 10º do CP, mas também – e principalmente por essa razão – pelo facto dos crimes de omissão própria estarem tipificados em normas penais autónomas, onde está expressamente prevista a moldura penal a aplicar. Não quer isto dizer que não haja lugar a uma atenuação especial da pena quando em causa esteja um crime de omissão pura; todavia, em tais casos, estar-se-á a aplicar o disposto no artigo 72º do CP, e não o n.º 3 do artigo 10º.

⁸³ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 925. Em sentido idêntico pronuncia-se José de Faria Costa: “*Há no facere um potencial, um transporte de energia e uma realização que se cristalizam em alterações do real verdadeiro e que determinam que o valor ou o desvalor que geram ganhem uma densidade que o omittere não pode beneficiar ou sequer reivindicar.*”, *ob. cit.*, pág. 392. Todavia, tal ponto de vista de fundamentação, vai, a nosso ver, demasiado longe. Sustentar a atenuação especial da pena na ausência de “*determinação onto-antropológica que o facere consigo carrega*”, levar-nos-ia a admitir que tal atenuação deveria ser obrigatória, e aplicável a todos os delitos de omissão em geral. Contudo, não cremos que essa seja a melhor opção.

⁸⁴ Segundo ROXIN, *apud*, Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 926, nota 74.

II. O TIPO-DE-ILÍCITO DOS CRIMES POR OMISSÃO

1. O tipo-de-ilícito objetivo

i. A situação típica e a ausência da ação esperada.

Como tem vindo a ser referido, a omissão apenas assume relevância jurídico-penal em função da ação esperada e devida⁸⁵. E, neste âmbito, é a “situação típica” que estabelece os pressupostos de facto que nos remetem para a determinação do concreto conteúdo do dever de atuar. No que toca aos crimes de omissão própria, a determinação da ação que deveria de ser levada a cabo não suscita grandes problemas, na medida em que o próprio tipo legal do crime descreve, de forma mais ou menos exata, a conduta que o agente deveria prosseguir. Contudo, em relação aos crimes impuros de omissão, o «tipo composto» pelo qual são definidos, e que se traduz na conjugação da norma incriminadora material da PE com a cláusula de equiparação do artigo 10º do CP, não define, de forma direta e explícita, em que circunstâncias se encontrará o agente numa “situação típica”.

Na esteira de FIGUEIRO DIAS, seguimos a «teoria da conexão do risco»⁸⁶, à luz qual tal sucede, nos casos em que é criado ou potencializado o risco de verificação do resultado típico. Sempre que se encontre numa situação de perigo para o bem jurídico, quer tenha sido por ele criado, quer somente intensificado, deverá o agente empreender todos os recursos e esforços necessários à salvaguarda da integridade do bem jurídico tutelado. A mencionada “ação esperada” é, desta forma, aquela que se apresente, numa perspetiva *ex ante*⁸⁷, como apta a evitar a produção do resultado lesivo⁸⁸.

⁸⁵ Apesar de usualmente se verificar o recurso aos conceitos de ação «*devida*» e «*esperada*» de forma indiscriminada, a verdade é que nem sempre eles coincidem. De modo a esclarecer a distinção, MEZGER avançou com o seguinte exemplo: “*se sobre alguém impende o dever jurídico de denunciar a prática de um crime (no ordenamento jurídico alemão, o atual §138 do StGB – omissão própria), pode dizer-se que o seu inadimplemento conduz, em tese, a uma responsabilidade por uma ação «esperada». Contudo, basta imaginar que esse agente atuou a coberto de uma causa de justificação da ilicitude (ou mesmo de exclusão da tipicidade), como v.g., a existência de um dever de observar sigilo profissional no que concerne àqueles concretos factos, para concluirmos que o seu non facere, se poderia constituir numa «ação esperada», não era «exigível» e, por consequência não assumia foros de relevância jurídico-penal.*” In Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 83-84.

⁸⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: Parte geral (...), cit.*, pág. 930.

⁸⁷ Como salienta Marta Felino Rodrigues: “*Só poderão ser exigidas condutas adequadas ex ante, não se podendo prescrever a ação que ex post se revelará adequada por ser desconhecida e, logicamente, inexequível. Se perante um juízo ex ante da possibilidade de evitar o resultado, não se realiza a ação devida,*

Importa, neste âmbito, realçar que a situação típica se torna relevante a partir do momento em que seja previsível que a intervenção adequada do agente afastaria a produção do resultado lesivo, “*sendo que a fixação temporal de tal momento contende com a relevância do início da tentativa na omissão imprópria*”⁸⁹.

ii. A capacidade de agir.

Colocado numa situação de perigo para o bem jurídico, o agente que não leve a cabo a ação esperada pelo ordenamento jurídico, apta a evitar o resultado lesivo, apenas cometerá um crime de omissão se, no caso concreto, apresentar uma possibilidade fática de intervir. Por outras palavras: para que haja lugar a uma omissão penal, não basta apenas que se verifique a omissão da ação devida e esperada, mas também que essa mesma ação seja *possível* ao agente.

Tal exigência é refletida, a nosso ver, pelo recurso ao advérbio *pessoalmente* no texto do artigo 10º, n.º2 do CP. Por essa razão, sustentamos o ponto de vista de que a capacidade de agir do agente omitente se apresenta como um verdadeiro elemento de preenchimento da tipicidade, e não como uma qualquer causa de exclusão de ilicitude. Só deste modo vemos reforçada a ideia de que a omissão penal não se traduz num mero *non facere*, mas antes num *não fazer o que era esperado*; e, perdoe-se a redundância, só deste modo vemos cumprido o princípio *ad impossibilia nem tenetur*⁹⁰. Como explica ANDRÉ LAMAS LEITE, “*a descrição da conduta humana que pretende ser tutelada criminalmente não está completa sem a real possibilidade de intervenção do potencial agente*”⁹¹.

Porém, as circunstância em que não é possível afirmar esta possibilidade fática de intervenção do agente não se traduzem apenas nos casos em que ao agente falta a

e por isso esperada pelo ordenamento jurídico-penal, verificar-se-á um crime comissivo por omissão.” In Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág. 39.

⁸⁸ Com base nesta ideia de que a “ação devida” é todo e qualquer comportamento que seja adequado para obstar à lesão do bem jurídico salvaguardado, a doutrina tem vindo a defender que “*o preenchimento de uma omissão imprópria pode passar por um puro e simples omittere (uma abstenção total de qualquer movimento físico) ou por um facere que não corresponda àquilo que o mandato ordenava*”. In Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 85. No mesmo sentido: Sousa, Ricardo Oliveira, *ob. cit.*, pág. 238.

⁸⁹ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 85.

⁹⁰ Cujo latim significa: “*Ninguém é obrigado a fazer o impossível*”.

⁹¹ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 88

capacidade corpórea ou física de ação⁹². A essa hipótese, devem ser equiparadas as situações em que o agente não dispõe dos conhecimentos ou dos meios de auxílio adequados ao cumprimento da ação apta a evitar a lesão do bem jurídico. Neste prima, da mesma forma que não podemos afirmar como típica a omissão do pai paraplégico que, sentado uma cadeira, e sem ninguém ao seu redor, não socorre o filho que cai à água, e começa a afogar-se; também não vislumbramos como preenchido o pressuposto em causa, no caso de um mecânico que, no meio de uma floresta, e sem telemóvel, não estanca a hemorragia – por não saber como fazê-lo – do atleta que encontra caído no chão.

É de salientar, neste âmbito, que nem sempre o procedimento salvador do bem jurídico em perigo terá de ser levado a cabo pelo agente sobre quem recai o dever de garante. Como foi já enunciado, a ação esperada pelo ordenamento jurídico traduz-se em todo e qualquer comportamento do agente que seja apto a diminuir ou extinguir o risco de perigo para o bem jurídico. Deste modo, situações existem em que do agente em causa nada mais é *esperado* (e exigido) se não a permissão e/ou a promoção da intervenção de terceiros mais qualificados para evitar o resultado lesivo⁹³. De facto, “o cumprimento do dever de garante de *moto proprio* gera, *in casu*, um aumento do risco pré-existente”⁹⁴.

À determinação da possibilidade fática de intervir do agente está, também, associado um juízo de apuramento *ex ante facto*: terá de poder afirmar-se que, no momento em que é espectável que o agente desencadeie o processo de salvaguarda do bem jurídico, este tinha capacidade para agir.

⁹² É usualmente mencionado pela doutrina o facto de, apesar de ser invocada uma capacidade corpórea ou física de intervenção, nem sempre a existência de uma «distância espacial» entre a situação de perigo e a localização geográfica do agente justifica a ausência de uma possibilidade fática de intervir. Nesse sentido: “O pai que se encontra em Estocolmo em viagem de negócios não é garante do filho menor que, de modo descuidado, atravessa uma rua no Porto e que, por via disso, vem a falecer⁽¹⁸¹⁾, bem podendo afirmar-se que, em princípio, o afastamento espacial retira ao agente a possibilidade fática de intervir. Dissemos em princípio porquanto situações existem em que, mau grado tal afastamento, aquele sobre quem poderia conjeturar-se uma posição de garantia está em efetivas condições de evitar que o resultado advenha. Pense-se, (...), que o pai telefona de Estocolmo para o seu domicílio no Porto e é informado, pela empregada doméstica, de que o filho do executivo se encontra bastante doente. Para além de o pai do menos poder indicar à funcionária que acione os serviços de emergência, poderá ainda, p. ex., liar, do local em que se encontra, para um médico seu amigo que vive nas redondezas.” in Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 87.

⁹³ Note-se que, nos dois exemplos de escola enunciados, são apresentadas circunstâncias específicas de forma a exemplificar situações muito remotas. Não poderemos deixar de evidenciar que, tanto no caso do pai paraplégico como no caso do mecânico que se passeia pela floresta, tal possibilidade de intervenção seria de afirmar, se por perto existisse alguém a quem pudessem apelar por socorro; ou se tivessem na sua posse um telemóvel com o qual conseguissem acionar o 112, p. ex..

⁹⁴ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 91

Questão pertinente é a de saber se tal capacidade de intervenção se deverá preencher através de critérios objetivos – como o conhecimento da factualidade típica – ou se, ao invés, deverá exigir-se que o omitente represente a finalidade da ação devida e a existência do dever de garante que sobre ele recai. Autores como WELZEL e KAUFMANN defendem que “*atenta a natureza pessoal e de estreita ligação com o «plano» donde promana o dever de garante*”⁹⁵, só se poderia concluir pela sua possibilidade fática de agir nos casos em que o agente tivesse conhecimento do seu dever de garantia, e representasse que a ação esperada diminuiria ou afastaria o perigo para o bem jurídico que ele *pessoalmente* deveria proteger. Todavia, não nos parece ser esta a mais adequada posição. Na esteira de ANDRÉ LAMAS LEITE, inclinamo-nos para um critério mitigado: em primeiro lugar, é fundamental que o agente tenha ao seu alcance os recursos necessários para executar a ação salvadora, face a uma situação de perigo objetivamente perceptível; só nos casos em que tal se verifique é que se poderá exigir que o agente represente a ação devida como forma de evitar o resultado lesivo ao bem jurídico, mesmo que apenas se denote a sua representação mediante parâmetros idênticos aos do «dever objetivo de cuidado»: “*um «indivíduo médio» colocado naquela concreta situação avaliaria, ex ante facto, aquele factualidade como de perigo para bens jurídicos, em consequência configurando a ação a empreender e os meios a colocar ao dispor desse desiderato*”.⁹⁶

iii. A imputação objetiva na omissão imprópria

Atenta a diferenciação elaborada *supra* entre as modalidades dos delitos omissivos, não encontramos grandes dificuldades em concluir que o problema da imputação objetiva apenas se coloca no âmbito dos crimes de comissão por omissão, na medida em que os crimes de omissão própria se traduzem em situações em que a *mera inatividade* do agente se apresenta como suficiente para se verificar a consumação do crime, independente da existência ou não de um resultado lesivo para um determinado bem jurídico⁹⁷.

⁹⁵ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 90

⁹⁶ *Idem*, pág. 91

⁹⁷ Defendemos *supra* que, apesar de seguirmos o entendimento de FIGUEIREDO DIAS pela preferência do «critério tipológico» como critério diferenciador entre omissão própria e omissão imprópria, não refutamos a validade do «critério tradicional».

Deste modo, urge apontar que o problema que surge em sede de imputação objetiva nos casos em que o agente, confrontado com uma situação de perigo para o bem jurídico, não leva a cabo a ação esperada pelo ordenamento jurídico (sendo-lhe esta *possível*), se traduz na impossibilidade de, numa perspetiva ôntica-fenomenológica, se poder falar de causalidade “- *de uma causalidade que só pode ser real*”.⁹⁸

Tendo certo que *ex nihilo, nihil fit*⁹⁹, várias foram as teorias que surgiram no seio da dogmática penal com o objetivo de perspetivar a omissão penal como fenómeno causal¹⁰⁰. Todavia, é já de entendimento doutrinal unânime que não é exequível a construção de um conceito de causalidade que abranja, do ponto de vista pré-jurídico, ambas as formas de realização típica do ilícito: não existe, de facto, uma equivalência ontológico-naturalista entre o desvalor da ação e o da omissão, mas antes uma equivalência jurídica e normativa. Na esteira de ENGLISH e de ROXIN, trata-se “*de uma causalidade da omissão como condição conforme à lei*”¹⁰¹.

Grande parte da doutrina aceita o acolhimento da teoria da adequação pelo legislador através do recurso à expressão normativa “*adequada*” no texto do artigo 10º, n. 1º do CP, podemos afirmar que, no âmbito dos crimes de comissão por omissão, o nexo causal (que se assumirá de cariz típico-normativo) terá de se estabelecer entre a ação omitida – a ação devida e esperada pelo ordenamento jurídico – e o não impedimento do resultado lesivo para o bem jurídico em causa. E nesse âmbito, explica FIGUEIREDO DIAS que “*o degrau da adequação (...) só poderá ser cumprido com apelo à idoneidade não do comportamento eventualmente levado a cabo, mas do comportamento esperado e devida para obstar à verificação do resultado*”.¹⁰² Por certo, tal como sustentado aquando da análise da determinação da ação esperada e devida, defendemos a aplicação da denominada «teoria da conexão do risco»¹⁰³, nos termos da qual a ação esperada e devida é a ação que teria diminuído o risco de verificação do resultado lesivo.¹⁰⁴

⁹⁸ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 930

⁹⁹ Cujo latim significa: “*Nada surge do nada*”.

¹⁰⁰ Referimo-nos, entre outras, às teorias elaboradas por BHÖMER, LUDEN, MERKEL, e LANDSBERG E BINDING. Para maior esclarecimento: Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 95.

¹⁰¹ *Apud*, Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 930

¹⁰² *Idem*, pág. 930

¹⁰³ Seguimos o entendimento de ANDRÉ LAMAS LEITE e de FIGUEIREDO DIAS na constatação de que não se apresentam como inconciliáveis as teorias acima enunciadas. “*(...) a palavra «adequada», maioritariamente vista como a consagração, em letra de lei, da Adäquanztheorie, em nada obsta à defesa de*

Tópico que tem vindo a dividir a doutrina, é o relativo ao «grau» de certeza com que deverá a ação esperada diminuir do risco de perigo eminente ao bem jurídico. Autores como JESCHECK e WEIGEND, ou, entre nós, MARTA FELINO RODRIGUES e JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, assim como a jurisprudência dominante, sustentam que apenas se poderá concluir pela imputação objetiva do resultado lesivo à ausência da ação devida, nos casos em que seja comprovado que, a ter lugar a ação esperada pelo ordenamento jurídico, esta teria evitado a lesão do bem jurídico ameaçado com uma *«forte probabilidade, próxima de certeza»*.¹⁰⁵ Com efeito, *“como todos os juízos hipotéticos têm uma margem de erro, a doutrina dominante não exige a certeza absoluta de que a realização do comportamento omitido teria evitado o resultado. Pelo contrário, conforma-se com uma probabilidade raiando a certeza, na justa medida em que não é faticamente possível reproduzir a situação típica que fundamenta a realização da ação devida”*.¹⁰⁶

Não retiramos o mérito desta posição ter a seu favor argumentos como um maior paralelismo com a imputação objetiva nos crimes de ação; ou o facto de não proceder a lacunas de punibilidade nos crimes de ação por omissão, na medida em que, atentas as situações em que não se concluiria por uma probabilidade roçando a certeza do impedimento do resultado lesivo, estaria sempre ressalvada a possibilidade de punição por tentativa. Todavia, não podemos deixar de apontar como inaceitável, do ponto de vista político-criminal preventivo, o facto de, nos casos em que não se verificasse essa certeza ou uma forte probabilidade que roçasse a certeza, o ordenamento jurídico acabaria por não impor ao agente as condutas que visassem obstar à produção do resultado lesivo, desincentivando, de modo geral, todos os comportamentos destinados à salvaguarda dos bens jurídicos. Além disso, afirmámos já que, a nosso ver, a adequação da ação esperada e devida se traduz na sua idoneidade: exige-se que o agente empregue uma *«ação idónea a*

uma teoria da «conexão do risco», uma vez que esta última não elimina, mas antes acolhe e restringe, onde tal é politico-criminalmente necessário, a citada «teoria da adequação» in Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 101, nota 226.

¹⁰⁴ É de entendimento da jurisprudência, neste seio, que *a acção omitida encontra-se em conexão legal com o resultado produzido, ou seja, a afirmação de causalidade com a omissão do fazer positivo existe sempre que este acto hipotético tivesse impedido o resultado. Há que afirmar a causalidade quando não é possível imaginar a acção esperada sem que desapareça o resultado*. Cfr. Ac. do STJ de 27/11/2013

¹⁰⁵ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 102.

¹⁰⁶ Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág. 41.

*(tentar) obstar à verificação do resultado típico e não uma ação que “que quase com certeza a impeça”».*¹⁰⁷

Por essa razão, julgamos mais correta, no seguimento de STRATENWERTH e FIGUEIRO DIAS, a solução que não carece de tal grau de certeza. A imputação objetiva do resultado lesivo ao comportamento omissivo do agente deverá verificar-se sempre que se faça prova de que a ação esperada teria diminuído o perigo: «*é esta diminuição do perigo que tem de ser comprovada, não qualquer “probabilidade roçando a certeza”».*¹⁰⁸ E nos casos em que não seja possível comprovar a diminuição do perigo vale o princípio do *in dubio pro reo*, negando-se a imputação do resultado ao *non facere* do agente.

ROXIN, por sua vez, avançou com uma diversa posição, segundo a qual a imputação objetiva ficaria dependente da consideração *ex post* de que a ação que o agente deveria levar a cabo diminuiria o perigo de lesão do bem jurídico, e não só de uma análise *ex ante facto*. Por outras palavras: “*quando a diminuição do risco só pareça possível, pelo facere incumprido do omitente, mediante um juízo ex ante, é de negar a imputação objetiva; ao invés, se o resultado surgir como possível não apenas mediante um juízo ex ante, mas também ex post, afirmar-se-á a imputação*”.¹⁰⁹ Todavia, não cremos que este critério tenha vindo enunciar nada de novo, nem relação às já mencionadas «teorias da conexão do risco» – pelo facto de, em sede da teoria da adequação, ser também invocado um *juízo de prognose póstuma*, em que o aplicador, já num momento posterior à verificação do resultado (*ex post*), se coloca na posição do agente aquando da omissão da ação esperada (*ex ante*) –; nem no que concerne com os denominados «comportamentos lícitos alternativos» - caso em que, a ser comprovada a verificação do resultado lesivo ao bem jurídico mesmo que o agente tivesse levado a cabo a ação esperada e devida, seria de negar a imputação desse resultado à sua omissão.

iv. A posição de garante

Nos crimes de omissão própria, o dever de agir cabe de forma geral a todos, ou encontra-se, nos restantes casos, expressamente previsto no tipo legal de crime.

¹⁰⁷ Cfr., Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 931.

¹⁰⁸ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 931

¹⁰⁹ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 105

Contrariamente, a existência de um *personal* dever de garantia sobre a não produção do resultado é característica dos delitos de comissão por omissão, sendo a «posição de garantia», que este último fundamenta, um elemento do tipo-de-ilícito objetivo específico destes crimes.

Antes de nos debruçarmos sobre a análise das circunstâncias em que poderemos afirmar a existência de um dever jurídico de agir, impõe-se a distinção entre esse mesmo «dever de garantia» e a já mencionada «posição de garantia», ainda que, de modo geral, se recorra ao uso indistinto dos dois conceitos. Nas palavras de ANDRÉ LAMAS LEITE, a posição de garantia “*consiste na situação fática em que alguém, em virtude de dadas características que em si se concentram, tem a obrigação jurídica de evitar a lesão de bens alheios ou de controlar fontes de perigo.*”¹¹⁰ Por seu turno, o correspondente dever de garantia, traduz-se na representação da consciência da ilicitude, por parte de quem se encontra numa posição de garantia, de que, o facto de não atuar em conformidade com essa obrigação gera responsabilidade penal. Deste modo, pode concluir-se que o dever de garantia é “*um elemento ou momento do próprio juízo de ilicitude, não um elemento normativo do tipo*”¹¹¹.

A matéria em que tal diferenciação mais se acentua é a relativa ao erro: no caso em que o agente representa erroneamente a sua posição de garante, estamos perante um erro de natureza intelectual ou de conhecimento, integrando-se na categoria do «erro sobre as circunstâncias de facto», a ser resolvido nos termos do artigo 16º do CP; ao invés, o erro sobre o dever de garante, é já de natureza valorativa, traduzindo-se num «erro sobre a ilicitude», ao qual é aplicável o disposto no artigo 17º do CP. Contudo, e sem que tal desvalorize as implicações dogmáticas que acabámos de enunciar acerca da diferenciação dos dois conceitos, a sua utilização de forma indistinta não levanta, a nossa ver, problemas de maior.¹¹²

Perante o silêncio da lei acerca das circunstâncias em que existe e os limites que apresenta o “*dever jurídico que pessoalmente o [ao omitente] obrigue a evitar o resultado*”

¹¹⁰ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 107

¹¹¹ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 954

¹¹² Inaceitável seria já a defesa, na esteira da doutrina tradicional, da ideia de que também o dever de garante que recai sobre o omitente, e não só a posição de garantia, constitua um elemento do tipo de ilícito dos crimes omissivos. Cfr. *Idem*, pág. 954 Também neste sentido: Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág. 44; e Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 956.

(artigo 10º, n.º 2 do CP), foram várias as correntes doutrinárias que surgiram com a intenção de estabelecer as situações em que o agente se encontra numa posição de garantia, das quais se destacaram duas grandes posições: as teorias clássicas ou formais – “*centradas no estabelecimento das fontes jurídicas da posição de garante*”; e as teorias modernas ou funcionais – que “*procuram estabelecer a posição de garante recorrendo a critérios materiais*”.¹¹³

a) As teorias formais

Influenciadas por um pensamento jurídico naturalista e positivista, as também conhecidas por «teorias clássicas do dever jurídico e da posição de garante», dominaram a dogmática penal europeia até ao início do séc. XX. Neste âmbito, deve-se a FEUERBACH o ponto de partida da determinação das *fontes jurídicas*¹¹⁴ do dever de garantia: “*um crime de omissão pressupõe um especial fundamento jurídico (a lei e o contrato) através do qual se dá base à obrigatoriedade da comissão. Sem aquele ninguém é criminoso.*”¹¹⁵ E, mais tarde, acrescentou STÜBEL os casos em que o agente se encontrava numa situação de perigo previamente por si criada, passando as «situações de ingerência» a pertencer ao catálogo das fontes jurídicas do dever de garante¹¹⁶, e constituindo-se, desse modo, o tríptico característico desta conceção: a lei, o contrato, e a ingerência.

Apesar de ter alcançado o mérito de afastar do âmbito da omissão penal qualquer referência a deveres morais, religiosos ou de qualquer outra índole cujo fundamento fosse diverso do jurídico, e de ter cumprido o objetivo de garantir a certeza e segurança jurídicas, num claro respeito pelo princípio da legalidade, através da adoção de um catálogo tão restrito e rigoroso de fontes do dever de garante, a teoria formal é alvo de diversas críticas.

¹¹³ Santos, André Teixeira dos, *ob. cit.*, pág. 1285

¹¹⁴ Como explica ANDRÉ LAMAS LEITE, nesta perspetiva “*o relevante é a determinação do dever de garante da forma o mais linear possível, utilizando para tal o conceito fonte, entendida esta em sentido técnico-jurídico que, neste contexto, significa todo o modo de produção e revelação de posições de garantia, independentemente do seu conteúdo.*” In, Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 146

¹¹⁵ Feurbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1847, pág. 24 (*Apud*, Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 934

¹¹⁶ Ao que consta, as situações de ingerência eram já pressuposto de fundamentação do dever jurídico de garante, num costume jurisprudencial alemão. Cfr: Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 934 e Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág.55

Em primeiro lugar, é apontado o facto do seu carácter estritamente formal não demonstrar o fundamento característico dos crimes de omissão impura e do inerente dever de garantia: *“a relação de proximidade não principalmente física mas jurídica em relação ao indivíduo ou indivíduos carecidos da intervenção do omitente e a função deste último ao nível da proteção de bens jurídicos alheios e de vigilância quanto às fontes pelas quais o garante é responsável”*.¹¹⁷ Além disso, sendo que, nesta perspetiva, seria suficiente a existência de uma das três fontes do dever de garante para que o omitente tivesse obrigado a evitar a produção do resultado, e conseqüentemente, pudesse ser afirmada a sua responsabilidade penal, não se encontram devidamente estabelecidos alguns dos critérios limitadores do tipo-de-ilícito objetivo dos delitos de omissão imprópria, como o da capacidade de agir, p. ex.. Por fim, é partilhada pela doutrina crítica desta conceção a ideia de que a teoria formal, assim contemplada, se apresenta demasiado estrita nuns casos, e excessivamente ampla noutros: *“Dir-se-á que adotando esta orientação não haverá o dever de agir nalgumas situações de impreterível incriminação e, simultaneamente, acentuar-se-á noutras circunstâncias a potencial capacidade do instituto das omissões impróprias para alargar a já aludida tutela penal.”*¹¹⁸

De modo a superar as críticas enunciadas, a doutrina – em especial a alemã – procurou realçar materialmente os aspetos positivos da teoria formal de modo a que, ainda que se mantivesse a tríade tradicional, fossem consagrados outros núcleos de fontes, com o objetivo de a alargar a circunstâncias carecidas de tutela penal ou, somente, de lhe dar um significado diferente do original. Nesse âmbito, autores como MEZGER, WELZEL e STRATENWERTH defenderam algumas alterações substanciais nas tradicionais fontes do dever de garantia, essencialmente direcionadas às fontes jurídicas de maior cariz formal: a lei e o contrato.¹¹⁹

O conceito de «lei», até então entendido no seu sentido amplo, havia consagrado a fonte de dever jurídico que menos dúvidas levantara no seio desta perspetiva, *“dado o facto de ser emanação direta da vontade do legislador, o que, quer num Estado-de-Direito*

¹¹⁷ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 165

¹¹⁸ Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág. 55

¹¹⁹ Explica-nos MARTA FELINO RODRIGUES que, no âmbito das alterações apresentadas por MEZGER: *“Dos tópicos tradicionais, lei, contrato e ingerência, só este último se mantém inalterado, talvez por ser o não primária e primacialmente formal, já que não se refere a um dever jurídico-formal nascido de uma disposição de origem legal ou contratual, mas a um dever de evitar o resultado que recai sobre quem tenha criado ativamente o perigo da produção do mesmo.”* Cfr: *Idem*, pág. 57.

liberal, quer de índole social é garantia da sua conformidade com pressupostos de legalidade estrita”.¹²⁰ Contudo, MEZGER¹²¹ invocou antes o recurso ao termo «preceito jurídico», pretendendo, com tal alteração, abranger não só os deveres legais, como também as ordens de superior hierárquico, as provenientes do Direito Consuetudinário ou, ainda, as obrigações resultantes de sentenças judiciais. WELZEL¹²² defendeu a ideia de que os deveres previstos de modo expreso na lei representavam apenas uma parcela de uma categoria geral mais ampla, identificável com a noção de «estreita comunidade de vida». E, por seu turno, STRATENWERTH¹²³ reconheceu a insuficiência da previsão legal de um dever de intervir, acentuando como essencial a existência, em simultâneo, de uma relação especial entre o omitente e o bem jurídico lesado. Para o autor, “*é esta «relação objetiva» que constitui «a fonte própria do dever de garante» e não as «prescrições legais concretas».*”¹²⁴

Em relação à obrigação de evitar a produção de um resultado lesivo decorrente de negócios jurídicos bilaterais, a necessidade de reformular o conceito de «contrato» como inicialmente entendido surgiu justificada pela ausência de autonomia que esta fonte apresentava perante as valorações jurídico-civis. Destarte, a invalidade ou a ineficácia do contrato eram entendidas, pela teoria formal, como *causas de exclusão* do dever jurídico de atuar. Incluindo no âmbito desta fonte também os casos de «condutas congruentes» ou de «gestão de negócios», MEZGER estabeleceu que a existência de um dever de garante dependia, nestas situações, de uma “*efetiva assunção fática da posição debitoris*” e da “*criação de uma situação de perigo ou [do] aumento do perigo preexistente, como corolário daquele assumir efetivo-real*”¹²⁵, enfatizando, deste modo, um maior relevo, não para o negócio jurídico *de per se*, mas antes para a relação de confiança que se firmava entre o omitente e o lesado. Na mesma linha de pensamento, acrescentou WELZEL que o omitente apenas se encontrava numa posição de garante, a partir do momento em que se iniciava o processo salvador do bem jurídico, e não daqueloutro em que se desencadeava a

¹²⁰ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 152

¹²¹ In: Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, trad: José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955

¹²² In: Welzel, Hans, *Derecho Penal: Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra, colab. Eduardo Friker, Buenos Aires: Depalma, 1956

¹²³ In: Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte General I: El Hecho Punible*, trad. Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982.

¹²⁴ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 156

¹²⁵ Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág. 57

obrigação contratual. STRATENWERTH, optou pela *materialização* do conceito de contrato num prisma diverso: para o autor, o omitente apenas se encontrava numa posição de garantia nos casos em que a não produção do resultado se traduzia na «prestação principal» do contrato “*não sendo suficiente que o dever de vigilância, de cuidado ou proteção derivasse de uma mera obrigação acessória*”.¹²⁶

A par destas modificações, foram concretizadas outras fontes do dever jurídico de atuar: as situações de «especial relação de lealdade», autonomizadas por WELZEL, onde se incluíam a «comunidade de vida», a «comunidade de perigo» e os «deveres de esclarecimento».¹²⁷; a denominada categoria das «outras situações concretas da vida», avançadas por MEZGER; ou, ainda, as hipóteses de «estrito parentesco», ou as de «senhorio ou domínio», de STRATENWETH.¹²⁸ Todavia, as transformações substanciais de que foi alvo a tríade tradicional característica destas teorias, não foram suficientes para o seu aceite de modo inquestionável, tendo continuado a surgir na doutrina diversas perspetivas como intuito da sua superação.

No ordenamento jurídico português, as teorias formais do dever de garantia ganham acolhimento no âmbito da passagem de um Estado-de-Direito liberal para um Estado-de-Direito social, no início do século XX. E, por influência da doutrina francesa, propugnava-se que tal dever jurídico de atuar apenas deveria ser invocado para crimes de maior gravidade, como o de homicídio ou de ofensa à integridade física.¹²⁹ Neste seio, foi BELEZA DOS SANTOS quem se destacou de modo pioneiro na adoção destes teorias, estabelecendo, contudo, que as «origens»¹³⁰ do dever de garantia se traduziam na *lei*, numa *ordem de autoridade*, num *ato jurídico*, ou num *dever de ordem geral sancionado pela lei*. Também autores como EDUARDO CORREIA e CAVALEIRO FERREIRA se pronunciariam de acordo com a conceção formalista, ainda que em direções diversas: para o primeiro, é de admitir a materialização das fontes do dever jurídico, sempre que estas

¹²⁶ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 160

¹²⁷ Cfr., *idem*, pág. 164

¹²⁸ Cfr., Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág. 60

¹²⁹ Cfr., Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 150

¹³⁰ Santos, José Beleza dos, *Direito Criminal* (de harmonia com as preleções do Exmo. Senhor Doutor José Beleza dos Santos, aos cursos do 4.º e 5.º ano jurídico de 1935-1936), coligadas por Hernani Marques, Coimbra Editora, 1936, pág. 291 *Apud.*, Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 150

encontrem um seu reflexo numa disposição legal¹³¹; já para o segundo autor, não obstante as fontes do dever jurídico se traduzirem, na sua essência, em preceitos legais, preceitos judiciais ou em negócios jurídicos, o dever de agir baseava-se numa “*mais extensa e intensa solidariedade social*”.¹³²

a) **As teorias modernas**

Cientes da insuficiência das perspectivas de cariz formal na determinação do dever jurídico de atuar, tanto a doutrina como a jurisprudência direcionaram a resolução da problemática para uma conceção material “*que permita ligar a infração daquele dever a um sentido de ilicitude material*”.¹³³

No âmbito das teorias «modernas», destaca-se ARMIN KAUFMANN com a elaboração da conhecida “teoria das funções”, nos termos da qual são duas as grandes categorias em que se podem agrupar os deveres de garante: por um lado, os que se fundam numa função de *guarda de um bem jurídico concreto*; e, por outro, os que derivam de uma função de *vigilância de uma fonte de perigo*. Esta construção dogmática radica na ideia de que as posições de garantia têm como fundamento máximo a função de proteção de bens jurídicos confiada ao Direito Penal, razão pela qual apenas o incumprimento de um dever jurídico de atuar “*marcadamente pessoal e de modo íntimo relacionado com o bem jurídico a proteger e com a medida dessa proteção, motivava a responsabilidade criminal omissiva impura*”.¹³⁴

Os deveres de garante que se fundam na *guarda de um bem jurídico concreto*, criam para o agente deveres de proteção e de assistência em relação ao bem jurídico e desdobram-se em três núcleos: os *deveres de solidariedade natural com o titular do bem jurídico* – que representam as situações em que, por força da lei, o omitente assume a obrigação de evitar a produção do resultado –; as *estreitas relações de comunidade* – englobando, neste âmbito, a comunidade de riscos, as relações análogas aos cônjuges e as

¹³¹ Correia, Eduardo, *Direito Criminal: Vol I*, Coimbra: Almedina, reimp., 1996, pág. 305 (*Apud*: Sousa, Ricardo Oliveira, *ob. cit.*, pág. 243)

¹³² Ferreira, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal. Parte Geral. A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 4ª Ed., Lisboa: Editorial Verbo, 1997, pág. 97 (*Apud*, Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 151)

¹³³ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 937

¹³⁴ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 169

relações de assistência –; e a *assunção de custódia* – conseguindo, com esta categoria, incluir a formulação tradicional de «contrato» já enunciada, sem que aqui se tenham em conta os efeitos jurídico-civis dos mesmos. Já a segunda categoria – a dos deveres que provêm de uma função de *vigilância de uma fonte de perigo* – propicia a determinação de deveres de segurança e de controlo e traduz situações em que o garante tem apenas de fiscalizar fontes de perigo determinadas. São aqui incluídas as «situações de ingerência», enquanto *deveres de garante por ação perigosa prévia*; assim como os *deveres de vigilância de fontes de perigo*, e os *deveres fundados na responsabilidade face a terceiros*.

Não obstante o mérito de ter dado enfoque ao sentido social da função do omitente, realçando a densidade axiológica necessária para que se possa concluir pela existência de uma especial relação entre o agente e o bem jurídico em perigo, que justifica a posição de garantia e faz recair sobre este o ónus de obstar à verificação do resultado lesivo – em contraste com as ligações meramente formais das teorias clássicas –, esta posição não ficou isenta de críticas, em especial no que concerne à bipartição classificatória dos deveres de garante. Com efeito, casos existem que a distinção entre os dois grandes grupos dos deveres jurídicos de atuar se esvanece, “*desde logo porque a vigilância de uma fonte de perigo também é uma forma de proteger bem jurídicos e a proteção destes também é uma maneira de vigiar fontes de perigo*”.¹³⁵

Todavia, procedentes desta teoria geral de ARMIN KAUFMANN, foram surgindo diversas conceções que, embora não a modificassem no essencial, lhe introduziram variadas alterações. No seio da doutrina italiana, GRASSO¹³⁶ acrescentou à sistematização funcional das posições de garantia que têm por objeto a proteção de bens jurídicos concretos, e das que visam controlar fontes de perigo determinadas, uma terceira categoria: *as posições de garantia que têm por fim impedir ou neutralizar a prática de crimes por terceiros* nela incluindo os deveres jurídicos de agir respeitantes ao controlo de pessoas incapazes, aos administradores e fiscais da sociedade e aos derivados de um contrato¹³⁷.

Já na doutrina alemã, salientam-se os autores SCHÜNEMANN e JAKOBS. Para o primeiro, que desenvolveu a denominada «*teoria do domínio*» a problemática da

¹³⁵ Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág. 63

¹³⁶ In Grasso, Giovanni, *Il Reato Omissivo Improprio. La Struttura obiettiva dela Fattispecie*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983

¹³⁷ Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, págs. 64-65

determinação dos deveres jurídicos de atuar encontra solução em sede de imputação objetiva: partindo do ideal de que, no âmbito dos crimes por ação, o resultado lesivo ao bem jurídico é imputado à conduta ativa do agente sempre que este apresentar domínio e controlo sobre o movimento que causa esse resultado, também nos crimes omissivos poderá, por força do princípio da equiparação, ser imputado ao *non facere* do omitente a verificação do resultado, nos casos em que este tenha o *domínio sobre a causa do resultado*. Neste prisma, as posições de garantia traduzem-se nas situações em que esse domínio se apresenta como “*real, efetivo e atual*”¹³⁸. Na esteira da «teoria das funções», também aqui o critério central do *domínio sobre o motivo do resultado* se encontra subdividido em “*relações de guarda pelo desamparo do bem jurídico*” e casos de “*domínio material sobre o foco dos perigos*”.¹³⁹

Por seu turno, JAKOBS apresenta a «teoria unitária da posição de garante» ou, como também conhecida, «teoria sistémico-funcionalista»¹⁴⁰. Para que se compreenda o seu objetivo primordial, impõe-se a análise de alguns dos conceitos básicos do Direito Penal, na perspetiva de que parte esta conceção. Assumindo um cariz puramente normativista, JAKOBS defende o conceito de ação despido de toda e qualquer delimitação descritiva: ação é “*o assumir culposamente a posição de competência relevante para a imputação da responsabilidade por uma lesão da vigência da norma*”¹⁴¹, e abrange tanto a ação em sentido estrito, como a omissão. Com efeito, para o autor, a distinção entre as formas de realização da conduta típica apresenta um significado meramente «técnico-organizativo», razão pela qual parte para elaboração de uma teoria unitária das posições de garantia, a aplicar-se tanto nos crimes omissivos, como nos crimes de ação – realçando, deste modo, que também nos delitos praticados através de condutas ativas há o incumprimento de um dever de garante.

Através do conceito de «instituições» entendidas como «contextos normativos consolidados», JAKOBS chega ao “*duplo núcleo essencial à afirmação de toda a*

¹³⁸ Cfr. Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 175

¹³⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 937

¹⁴⁰ Importa contextualizar que o A. “*afirma-se como um dos mais destacados defensores da aplicação de uma teoria de matiz sistémico-funcionalista do Direito Penal que, remontando a LUHMANN, perspetiva 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.*” Cfr. Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 177.

¹⁴¹ Jakobs, Günther, *El Concepto Jurídico-Penal de Acción*, trad. Manuel Cancio Meliá in *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: editorial Civitas, 1997, pág. 124 (*Apud*, Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág. 74)

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».”¹⁴² Os primeiros, de competência organizacional, traduzem a ideia de que cada indivíduo é livre de organizar e configurar a sua vivência no seio da sociedade, sendo que o limite de tal liberdade é imposto pelo respeito das liberdades de organização alheias, explicando ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS que, no decurso de uma vida de convívio social limitada pelo risco permitido, “*se o estado da organização fosse inócuo, o sujeito teria de não o modificar num sentido nocivo, ou seja, omitir condutas arriscadas. Se, pelo contrário, este estado fosse perigoso, ele teria de proceder a uma reorganização ativa, ou seja, uma ação*”.¹⁴³ Por outro lado, os «deveres positivos» decorrentes dos *status* especiais, são de competência institucional, e encontram o seu fundamento “*no facto de a norma penal não se limitar a exigir de cada um de nós que controlemos a nossa «esfera de organização», mas também que sejamos solidários*”¹⁴⁴. Deste modo, da competência de organização decorrem *deveres de controlo, deveres de assunção e deveres de salvamento*; enquanto que ao nível da posição de competência de instituição, devido ao facto dos «deveres positivos» não poderem ser estabelecidos de modo excessivo – o que levaria à restrição ou até à eliminação dos direitos fundamentais de outrem –, a necessidade de ser justificada a importância social da instituição, “*de modo a que seja apta a gerar deveres de intervenção em «organizações» alheias*”, leva à identificação de três instituições fundamentadoras de *status* especiais: as relações parentais, relações de «confiança especial», e o Estado “*em algumas das relações com os cidadãos*”.¹⁴⁵

b) A adoção de uma teoria «material-formal»

Na esteira de Figueiredo Dias, cremos que a solução da problemática determinação e concretização dos deveres de garantia reside na “*conjugação, em uma certa direção e*

¹⁴² Jakobs, Günther, «Actuar y omitir», in *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, págs. 101-102 (*Apud*, Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 179)

¹⁴³ Santos, André Teixeira dos, *ob. cit.*, pág. 1307

¹⁴⁴ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 187

¹⁴⁵ *Idem*, pág. 188. Para um estudo mais aprofundado sobre a teoria unitária de JAKOBS, veja-se: Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, págs. 74 e ss; e Leite, André Lamas, *ob. cit.*, págs. 177-191.

com um determinado sentido, das teorias material e formal".¹⁴⁶ Com o objetivo de harmonizar as vantagens das duas teorias explanadas *supra*, seguimos o ponto de vista que reconhece a *valoração autónoma de ilicitude material* como o verdadeiro fundamento das posições de garante, por intermédio da qual se equipara, numa situação concreta, a comissão por omissão à ação, "*por força das exigências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade*".¹⁴⁷

Todavia, sob pena de se alargarem de modo excessivo as situações em que a uma especial relação fática de confiança gere, na esfera jurídica do agente, a obrigação de obstar à verificação do resultado lesivo, impõe-se que a referida valoração material tenha como base um qualquer nexos legal. Além disso, apenas a existência de um claro vínculo jurídico se demonstra capaz de afastar do tipo-de-ilícito objetivo dos crimes de omissão qualquer referência a deveres de teor moral ou social, e se apresenta como suficiente para o cumprimento das exigências constitucionais de determinabilidade da lei penal. Dessa forma, oriundos das teorias formais, surgem a lei, o contrato e a ingerência como "*alguns dos instrumentos em que se concretizam conceitos mais amplos e conformes às exigências de solidarismo humano que concluímos serem o fundamento dos deveres de garante*".¹⁴⁸

Neste prisma, o ponto de partida coincide com a bipartição preconizada por ARMIN KAUFMANN: por um lado, os deveres de proteção e assistência a um bem jurídico *carecido de amparo*, onde incluímos as «relações de proteção familiar e análogas», a «assunção de funções de guarda e assistência» e a «comunidade de vida e de perigos»; por outro lado, os deveres de vigilância e segurança face a uma fonte de perigo, categoria em que inserimos as situações de «ingerência», o «dever de fiscalização no âmbito de domínio próprio» e o «dever de garante face à atuação de terceiros».

c.1.) Deveres de proteção e assistência a um bem jurídico *carecido de amparo*

As relações de proteção familiar e análogas consagram o núcleo de deveres jurídicos de agir que menos discussão gera na doutrina, sendo exemplo paradigmático desta categoria as relações paterno-filiais, por força dos deveres de proteção e assistência

¹⁴⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, pág. 938

¹⁴⁷ *Idem*, pág. 938

¹⁴⁸ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 198

estabelecidos, em certa medida, no art. 1874º do Código Civil. Não obstante a sua base legal, o que fundamenta o dever de garante são os laços de confiança, solidariedade e de dependência evidentes no seio destas relações, razão pela qual não encontramos impedimento a que a posição de garante se estenda a outras relações familiares (avós/netos, tios/sobrinhos, entre irmãos, ou entre cônjuges e pessoas que vivam em situação análoga), desde que, em concreto, a relação se apresente como “*particularmente próxima (exigindo a coabitação, e não só)*”¹⁴⁹ e se possa concluir pela existência de uma ligação de dependência. Como explica RICARDO SOUSA OLIVEIRA “*essa independência da norma jurídica habilitante torna-se por demais evidente se atendermos às situações em que a posição de garante cessará, ainda que se mantenha a relação jurídica subjacente (como, por exemplo, se durante o matrimónio os cônjuges se separarem de facto) ou às situações em que a posição de garante se manterá, embora tenha cessado a relação jurídica entre ambos, se a relação fáctica se mantiver*”.^{150,151}

Por seu turno, as situações de assunção de deveres de guarda e assistência – tal como foi mencionado *supra* aquando da referência à *assunção de custódia* no âmbito da «teoria das funções» de ARMIN KAUFMANN - traduzem os casos em que, na perspetiva formal, se afirmava a existência de um dever de garante baseado numa relação contratual. Todavia, no ponto de vista «material-formal», este plano das posições de garantia surge isento dos requisitos de validade jurídico-civil, fundamentando-se, ao invés, na existência de uma relação de confiança gerada na esfera jurídica do titular do bem jurídico que carece de proteção. Com efeito, é da legítima esperança do carente que surge o dever jurídico de atuar para o agente: “*releva, ainda aqui, de forma particular a circunstância de o carente de proteção confiar na disponibilidade interventora do garante, assim se sujeitando a riscos acrescidos ou dispensando outra proteção*”.¹⁵² Deste modo, compreende esta

¹⁴⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 940

¹⁵⁰ Oliveira, Ricardo Sousa, *ob. cit.*, pág. 246

¹⁵¹ Acerca das relações familiares geradoras de um dever jurídico de atuar, atente-se ao Ac. do STJ de 09/07/2003, que condenou um filho pela prática de um homicídio qualificado, por comissão por omissão. Em causa está, nesse caso, a ausência de prestação de cuidados e de alimentação num período de 12 dias em que o arguido se ausentou de casa – onde vivia com a mãe de 80 anos, acamada – sabendo da impossibilidade da sua progenitora de se auto-prover, resultando tal conduta na morte da mesma. A preeminência da relação de proximidade e dependência, em prol dos preceitos legais, enquanto fundamento do dever jurídico de atuar ficou, neste caso, provada pelo facto de existirem dois outros filhos da vítima (irmãos do arguido) a quem não foram imputadas quaisquer responsabilidades (ainda que a norma jurídica invocada também os abrangesse).

¹⁵² Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 942

subcategoria as autoridades e funcionários que assumam como principal missão o cuidado e a guarda de um determinado núcleo de interesses, afastando, por isso, perigos para os bens jurídicos de terceiros que lhes digam respeito, ou até da coletividade em geral. Mas também nesses casos, o facto de a lei encarregar tais autoridades e funcionários de velar oficialmente por um círculo de interesse, não nos parece indispensável, na medida em que tal dever poderá claramente resultar do âmbito funcional da atuação devida. Por certo, a posição de garante das autoridades e funcionários só deverá ser afirmada nos casos em que o concreto bem jurídico carente de guarda e/ou de assistência lhes tiver, de forma imediata, confiado.

Questão que levanta alguma divergência na doutrina reside na autonomização das situações de «comunidade de vida e de perigos» enquanto plano fundamentante de posições de garantia. Para uns autores, tais situações seriam facilmente subsumíveis nas categorias acima enunciadas¹⁵³, ou ainda nas situações de ingerência. Todavia, parecem-nos distinguíveis as diversas situações¹⁵⁴, na medida em que nos casos de comunidade de vida e de perigos “*é o character arriscado do empreendimento, conjuntamente reconhecido e aceite (...), que cria em cada um dos participantes um dever de garantia face a todos os restantes*”.¹⁵⁵ Nestas situações, o dever jurídico de atuar não surge da mera existência de uma vida em comunidade, estando condicionado a 3 requisitos: que as relações em causa sejam estreitas e efetivas, afastando-se qualquer ligação meramente dedutível de ordem moral ou social; que realmente exista essa comunidade de perigos; e, por último, que só se conclua pela existência da posição de garante quando já existir o perigo sobre a potencial vítima, sob pena de que se “*estenda esta fonte até ao limite da prevenção geral de perigos*”.¹⁵⁶

c.2.) Deveres de vigilância e segurança face a uma fonte de perigo

¹⁵³ Como é o caso de André Lamas Leite, que coloca as situações de «comunidade de vida» no mesmo plano das «relações familiares e análogas».

¹⁵⁴ Não ignoramos, contudo, as dificuldades que se estabelecem as mais das vezes na distinção destas situações e outras circunstâncias fundamentadoras de posições de garantia, ou ainda, de casos em que rege o dever geral de auxílio previsto no art. 200º do CP.

¹⁵⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 944

¹⁵⁶ *Idem*, pág. 944.

De modo geral, esta categoria apresenta-se de cariz muito mais reduzido, que as situações até então analisadas, uma vez que, neste prisma, o garante apenas se encontra vinculado ao controlo e vigilância de uma concreta fonte de perigos, e já não à proteção de um bem jurídico desamparado que poderia ser afetado por um leque inimaginável de situações.

A primeira das suas subcategorias traduz as situações em que sobre o agente recai o dever de obstar à verificação do resultado, por força de uma sua ação anterior perigosa, as denominadas «situações de ingerência». Como explica FIGUEIREDO DIAS, a existência de um dever jurídico de atuar deriva da consciencialização de que “*quem cria o perigo que pode afetar terceiros (“ingerência”) deve cuidar de que ele não venha a atualizar-se num resultado típico.*”¹⁵⁷ Contudo, impõem-se aqui algumas considerações. Em primeiro lugar, para que de uma situação de ingerência se possa gerar um dever jurídico de agir, a doutrina maioritária exige que a conduta anterior perigosa se apresente como ilícita, na medida em que atribuir responsabilidade a alguém por um resultado que surge como consequência de um ato lícito (incluindo-se aqui as condutas praticadas sob uma causa de exclusão de ilicitude, como a legítima defesa¹⁵⁸) – ou seja, que o próprio Direito admite – equivaleria a uma “*desproporcionalidade intolerável*”¹⁵⁹. Além disso, nos casos em que o perigo para o bem jurídico é criado através de uma conduta anterior isenta de ilicitude, o agente poderá sempre ser responsabilizado nos termos do art. 200º, n.º2 do CP, que prevê as hipóteses de *grave necessidade* provocadas por *situações de perigo comum*, criadas pelo próprio agente.

Em segundo lugar, o resultado típico que vier a verificar-se terá de ser objetivamente imputável ao incumprimento do dever de garante¹⁶⁰, razão pela qual não poderá assumir uma posição de garante quem atue precedentemente no âmbito do *risco permitido*. Da mesma forma que não é abrangido pelo dever de garantia o agente cujo comportamento prévio não é abrangido pelo fim de proteção da norma incriminadora.

¹⁵⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 945

¹⁵⁸ O mesmo já não acontece quando nos casos em que o agente aja em estado de necessidade, por força do princípio da autorresponsabilidade do colocado em perigo, uma vez que nessas situações “*o acontecimento não reside, ao contrário do que sucede, p. ex., na legítima defesa, no âmbito da responsabilidade do lesado, que não participou de nenhum modo na criação do perigo; pelo contrário, o agente em estado de necessidade interveio no âmbito da liberdade de uma pessoa a quem não cabe qualquer responsabilidade pelo estado de necessidade.*” Cfr., Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 946

¹⁵⁹ Oliveira, Ricardo Sousa, *ob. cit.*, pág. 253, nota 72

¹⁶⁰ Negando o nexa de imputação objetiva como critério autónomo deste plano de dever de garante, veja-se: Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 273

Por fim, é também colocada pela doutrina a dúvida relativa à culpa do agente aquando da ação precedente. Apesar de existir quem defenda que o dever de garante apenas se afirma nos casos em que a situação de perigo para o bem jurídico é criada de forma dolosa, entendemos, na esteira de ANDRÉ LAMAS LEITE, que a ação precedente admite ambas as formas de imputação subjetiva: tanto o dolo, como a negligência.¹⁶¹

Também relacionados com as situações de «ingerência» estão os casos em que sobre o agente recaem deveres de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio, na medida em que tal categoria só deverá ser autonomizada se se apresentar, em concreto, como independente face aos planos de deveres de proteção ou de comportamento perigoso prévio. O seu fundamento material reside na confiança comunitária gerada pela ideia de que “*quem exerce um poder de disposição sobre um âmbito ou sobre um lugar determinado, que se encontram acessíveis a outras pessoas, deve também dominar os riscos que para estas podem resultar de estados ou de situações perigosas*”.¹⁶² Importa, neste âmbito, assinalar que não é exigida uma relação de propriedade para que se atribua ao agente a posição de garantia, podendo mesmo o dever jurídico de atuar recair sobre o mero detentor da fonte de perigos.

Geralmente fundamentados pelo princípio da «responsabilidade pela situação», cremos que tal fundamento se torna demasiado amplo nuns casos, e demasiado restritivo noutros. Com efeito, ao se afirmar que o proprietário ou possuidor da fonte de perigos se encontra obrigado a controlar os perigos que delas possam provir, impedindo que se produzam, desse modo, ofensas ou lesões em bem jurídicos alheios, parece estar a concluir-se que o dever jurídico de agir tem lugar ainda que o terceiro penetre o âmbito de domínio do agente de forma inesperada, ilícita ou ainda por ordem do acaso. Não julgamos, contudo, que nesses casos seja de afirmar um tal dever de fiscalização da fonte de perigo que obrigue o agente a atuar de forma a eliminar ou minimizar o perigo de risco.

Note-se, numa última nota, que dada a importância social deste plano de dever de garantia, muitas das situações que aqui se integram alcançaram já previsão legal expressa, como é exemplo a detenção de animais, a atividade de construção civil e obras públicas ou a proteção dos trabalhadores por parte da entidade patronal.

¹⁶¹ Cfr. Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 275

¹⁶² Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 947

O terceiro e último plano desta categoria traduz os casos em que ao agente é atribuído um dever de garantia face à atuação de terceiros. Não obstante o princípio geral da autorresponsabilidade, situações há em que o *terceiro* não é responsável ou vê a sua responsabilidade limitada ou diminuída, impondo a ordem jurídica um dever de vigilância sobre o irresponsável ou responsável limitado, sobre quem detém sobre este um poder de domínio e de controlo. Incluem-se, neste âmbito, não só os pais em relação aos filhos dependentes – a par da já mencionada posição de garantia de proteção e assistência –, como também os professores em relação a alunos menores, os diretores e o pessoal funcionário de estabelecimentos de internamento em relação a doentes mentais, ou a instrutores de modo geral “*desde que se possa concluir que, in casu, o exercício dos seus poderes teria evitado a produção do resultado*”¹⁶³, e os delitos praticados pelo irresponsável ou responsável limitado ocorra durante o período temporal de vigilância e no âmbito espacial exigível à atuação do agente.

Para além desses casos, a existência de um dever de garantia face à atuação de terceiro no seio de atividades organizadas em que se encontrem relações de autoridade e subordinação, tem vindo a ser discutida pela doutrina. No seguimento do defendido por FIGUEIREDO DIAS, entendemos poder afirmar-se, em casos muito determinados, a responsabilidade penal de comissão por omissão “*das pessoas que dirigem e fiscalizam a atividade empresarial privada, face a factos ilícitos cometidos pelos seus subordinados.*”¹⁶⁴ Com efeito, a lei admite já a existência de um dever de garantia em relação aos membros dos órgãos de fiscalização e direção das sociedades anónimas, razão pela qual entendemos poder estender-se tais deveres a gerentes, diretores ou administradores a toda a atividade empresarial privada, contanto que, no seio dos respetivos quadros funcionais, existissem deveres de vigilância ou supervisão pelos atos praticados pelos seus subordinados.

c.3.) As denominadas “posições de monopólio”

A par das situações que fundamentam deveres de guarda e proteção de um bem jurídico, e das circunstâncias que nos permitem concluir pela existência de deveres de

¹⁶³ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 296

¹⁶⁴ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 950

controlo de uma fonte de perigo, surgem as *situações de monopólio* – autonomizadas no ordenamento jurídico-penal português, ainda que de forma não consensual, por FIGUEIREDO DIAS – como terceira categoria de planos das posições de garante, traduzindo as “*situações de perigo agudo e iminente para bens jurídicos de valor cimeiro na ordem axiológica constitucional e que possam ser salvos com pequeno esforço do agente*”.¹⁶⁵

Ao contrário das hipóteses até aqui mencionadas, nas «situações de monopólio» o agente não assume qualquer relação estabelecida com o determinado bem jurídico, nem se encontra numa situação de perigo para cuja ocorrência tenha contribuído. Ao invés, é apenas necessário que, ocasionalmente, o agente se confronte com uma situação de perigo iminente, com possibilidade de salvar os bens jurídicos alheios. Contudo, sob pena de se verificar numa desmesurada aplicação desta figura, devem ver-se preenchidos três pressupostos: o primeiro referente à existência de um domínio fático absoluto e próximo da situação, por parte do agente, ainda que, como já referido, por força de circunstâncias ocasionais; o segundo relativo ao perigo que ameaça o bem jurídico, determinando que este tem de se apresentar como agudo e iminente; e, por último, a possibilidade de o agente levar a cabo a ação de salvamento esperada, sem que sujeite a uma situação perigosa ou danosa para si mesmo.

Mais recentemente, ANDRÉ LAMAS LEITE veio sustentar que o que verdadeiramente fundamenta o dever jurídico de atuar que recai sobre o agente nestas situações-limites é “*a existência de uma abissal desproporção entre o bem jurídico em perigo e a atuação positiva que o agente poderia empreender para a respetiva salvaguarda*”¹⁶⁶, assumindo esta última uma pequena taxa de esforço para o obrigado.

Questão diversa é a que reside em torno da necessidade de o agente se encontrar sozinho, sendo por isso o único que, confrontado com uma situação de perigo iminente, poderia obstar à verificação do resultado lesivo ao bem jurídico; ou, se, ao invés, poderá o dever jurídico de agir ser gerado numa situação de pluralidade de agentes.

Na esteira dos A. enunciados, defendemos que nas «situações de monopólio», o agente não terá de ser o único a deter o domínio fático e absoluto da situação de perigo,

¹⁶⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 952

¹⁶⁶ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 256

podendo mesmo o dever de garante, neste plano, ser gerado em relação a uma pluralidade de pessoas. Com efeito, desde que tal pluralidade se encontre “*restrita e rigorosamente definida*”, e os indivíduos em posição de garantia assumam “*a mesma possibilidade (e o mesmo custo) de intervenção*”¹⁶⁷, o desvalor das suas omissões é precisamente o mesmo, quer os agentes se encontrem sozinhos, quer não. Por outras palavras: a ilicitude da conduta daquele que, a passear sozinho pelo parque, vê uma criança a afogar-se num lago de pouca profundidade, e nada faz para a salvar – acabando a criança por falecer –, permaneceria inalterável se, em vez de ir sozinho, o agente fosse acompanhado da sua namorada, e ambos tivessem o mesmo comportamento. A razão pela qual consideramos de afastar da noção de «monopólio» a imperativa solidão do agente face à situação de perigo, consiste nos termos em que é apurada a responsabilidade da mencionada pluralidade dos agentes. Negando-se o «monopólio», o comportamento dos namorados acima exemplificado seria eventualmente punido à luz do estabelecido no art. 200º do CP, cuja moldura penal é de dois a oito anos.

Contrariamente, no nosso ponto de vista, a responsabilidade omissiva do casal dar-se-ia no âmbito da comissão por omissão, numa moldura penal superior (ainda que se tenha em conta a possibilidade de atenuação especial da pena, nos termos do art. 10º, n.º3 do CP, uma vez que o art. 131º do CP prevê a pena de prisão de oito a dezasseis anos). Destarte, estaríamos perante uma punição menos severa para os casos de pluralidade de agentes, ainda que, como explica ANDRÉ LAMAS LEITE, “*do prisma da ilicitude e da culpa, o facto de haver mais do que um sujeito em condições de intervir reclama uma punição mais severa, maxime se partirmos de uma teoria da prevenção geral positiva quanto aos fins das penas – a «reafirmção contrafática da norma» é mais exigível, porque mais fácil, em hipóteses em que vários cidadãos estão em condições de, evitando a lesão de bens jurídicos, demonstrar a sua fidelidade ao Direito.*”¹⁶⁸

2. O tipo-de-ilícito subjetivo

É de entendimento unânime da doutrina que também no âmbito dos crimes de omissão se deve proceder à distinção do dolo e da negligência enquanto formas do tipo-de-

¹⁶⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral.*, cit., pág. 952

¹⁶⁸ Leite, André Lamas, *ob. cit.*, pág. 257-258

ilícito subjetivo dos tipos-legais de crime. Não obstante, a respetiva determinação e estrutura são já alvo de alguma discordância doutrinal, mormente quanto às condutas praticadas de forma dolosa.

Com base num conceito ontológico, ARMIN KAUFMANN entende que o dolo supõe uma “*vontade de realização de um tipo legal de crime (finalidade atual)*”¹⁶⁹, que não existe nos comportamentos omissivos. Por essa razão, recorre à substituição desse elemento pela “*falta de resolução de levar a cabo a ação exigida*”¹⁷⁰, constituindo o designado «quase-dolo»: o agente atua de forma dolosa sempre que, confrontado com um situação de perigo, se decide pela não atuação em defesa do bem jurídico, mesmo conhecendo a factualidade típica que impõe a sua intervenção.

Contudo, a doutrina atualmente dominante sustenta que, no âmbito dos crimes por omissão, deverá vigorar, tanto quanto possível, o conceito e a estrutura do dolo do tipo válidos para os delitos de ação: para que atue de forma dolosa, o agente terá de conhecer “*através da sua consciência intencional, a situação típica e omita a ação imposta com vontade de que se preencha o tipo objetivo*”¹⁷¹. De facto, a inexistência de um verdadeiro nexo causal de cariz científico-natural no seio destes delitos, assume como consequência, ao nível da estrutura do dolo, não se poder falar de um verdadeiro elemento volitivo: não há, nestes casos, a previsão, o controlo e direção do processo causal, alienadas à vontade de realização do tipo de ilícito objetivo. Por essa razão, entende-se por comportamento doloso aquele que assume a consciencialização do agente da sua possibilidade de atuar. Nas palavras de MARTA FELINO RODRIGUES, “*perante a representação da situação típica e consciente da sua própria possibilidade de atuar, o agente por omissão toma a decisão de permanecer inativo*”.¹⁷²

Ao contrário do que tem sido apontado a esta conceção, não entendemos que, deste modo, fiquem fora do âmbito da punibilidade os casos em que o agente não toma a decisão de intervir da forma esperada pelo ordenamento jurídico, pela sua insensibilidade ou indiferença em relação à realização típica, ainda que conheça integralmente a situação

¹⁶⁹ Assunção, Maria Leonor, *Contributo para a interpretação do artigo 219º do código penal : o crime de omissão de auxílio*, Studia Iuridica, 6, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pág. 84, nota 277

¹⁷⁰ *Idem*, pág. 84

¹⁷¹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 955

¹⁷² Rodrigues, Marta Felino, *ob. cit.*, pág. 43

típica em que se encontra. Como explica MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “*o dolo na omissão, tal como na conduta ativa, é expressão de uma tomada de decisão em face do circunstancialismo fáctico que configura o tipo legal de crime.*”¹⁷³ Pelo que, o agente que representa a situação típica, a sua posição de garantia, e a verificação do resultado lesivo ao bem jurídico que decorrerá da sua inação, mas ainda assim – mesmo que a título de indiferença – omite a ação imposta, conformando-se com a possibilidade de realização típica, age com dolo.¹⁷⁴

Por outro lado, no que à negligência diz respeito, as omissões materiais apenas poderão admitir esta forma de culpabilidade, nos casos em que a correspondente norma incriminadora da PE também o permita, à luz do disposto no art. 13º do CP. Quanto à sua estrutura, não se vislumbram grandes alterações relativamente à que assume nos delitos de ação, podendo dar-se a violação do cuidado objetivamente necessário quer pelo agente não se ter apercebido da situação típica (e, por isso, não ter representado o perigo que ameaçava o bem jurídico, e que impunha a sua intervenção); quer por este ter errado sobre a sua capacidade individual de agir; quer ainda por não ter representado a sua posição de garante¹⁷⁵; ou, até mesmo, por ter levado a cabo a ação devida, mas de modo insuficiente ou defeituoso.

¹⁷³ Assunção, Maria Leonor, *ob. cit.*, pág. 86

¹⁷⁴ Impõe-se, neste âmbito, fazer uma breve referência às dificuldades que, ao nível da culpa, se estabelecem na distinção entre dolo eventual e negligência consciente: “*o dolo (eventual) subsiste, sempre que o agente, conhecendo a factualidade típica, bem como a possibilidade de atuar no sentido de evitar o perigo que ameaça um bem jurídico, omite o comportamento requerido, conformando-se com a possível lesão desse bem jurídico. Ao invés, se o agente permaneceu inativo, sem confiar no entanto na verificação da lesão do interesse juridicamente tutelado, entende-se que agiu negligentemente.*” Cfr. *Idem*, pág. 85-86

¹⁷⁵ Note-se, porém, que em relação à representação da posição de garantia, apenas se exige, por parte do omitente, a sua cognoscibilidade, e não um conhecimento atual. Nesse sentido: Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral., cit.*, pág. 960

III. A RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA POR OMISSÃO: ANÁLISE DE CASOS JURISPRUDENCIAIS

Realizado o estudo da dogmática penal dos crimes omissivos, impõe-se a análise das normas incriminadoras da PE que consagram a punição, em diferentes e diversas circunstâncias, das omissões médicas. De forma a delimitar os respetivos âmbitos de aplicação, recorreremos à exposição de casos jurisprudenciais que nos proporcionam uma abordagem de teor mais prático, em vez de meramente descritivo, dos tipos legais de crime em apreço. Restringir-nos-emos essencialmente, dado o nosso caso-de-estudo, aos crimes potencialmente aplicáveis nessa situação: o Crime de Abandono, previsto na alínea b) do art. 138º do CP; o Crime de Omissão de Auxílio, consagrado no art. 200º do CP; e o Crime de Recusa de Médico (art. 284º CP), *eventualmente* agravado pelo resultado, nos termos do art. 285º do CP.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22/02/2012¹⁷⁶

Na 1ª instância deste processo, a arguida – médica obstetra – foi condenada pelo crime de recusa de médico agravado pelo resultado, à luz do previsto nos art. 284º e 285º do CP, tendo, posteriormente, o Tribunal da Relação do Porto negado o provimento do recurso. Em causa está o comportamento da arguida que, depois de ter decidido provocar o parto da gestante (G) de 39 semanas, se ausentou do Hospital e se dirigiu a sua casa, deixando os trabalhos de preparação e condução do parto ao encargo de uma enfermeira (E). A referida médica fazia o seguimento clínico da gestação de G desde as seis primeiras semanas, e era, naquele dia em concreto, a única médica obstetra de serviço na unidade hospitalar, estando em regime de presença física.

Quase a chegar o momento do parto, a arguida foi contactada pela enfermeira E, que lhe solicitou que se dirigisse de volta ao Hospital, uma vez que G “*estava muito*

¹⁷⁶ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/70d1902860b382cf802579c6003cbbf0?OpenDocument>, acessado a 02 de Outubro de 2020

nervosa por não ter voltado a ver a médica”, ao que a arguida respondeu que, uma vez que se encontravam no Hospital mais duas parteiras de serviço, “era para trabalhar, porque também o ganhavam”, razão pela qual, chegado o período expulsivo, E, juntamente com uma segunda enfermeira, transferiram a parturiente para o bloco de partos. Todavia, G encontrava-se demasiado exausta para colaborar no nascimento do filho, acabando o feto por ficar encravado. Contactada, pela segunda vez, por chamada telefónica, a arguida decidiu voltar ao hospital, numa viagem com duração de 4 minutos até se encontrar novamente ao serviço e terminar o trabalho de parto.

Contudo, foi dado como provado que a permanência do feto no canal do parto *provocou-lhe dificuldades respiratórias, cada vez mais graves, e conseqüente falta de oxigenação do sangue, com inerente perigo grave para a sua integridade física e até para a sua vida; que desde o início do período de parto até ao momento em que a médica o conseguiu fazer nascer, o feto manteve-se em sofrimento fetal agudo, que revelava asfixia perinatal, surgida durante o parto; e, ainda, que tal situação de perigo apenas poderia ter sido removido pela intervenção médica da arguida, logo nos momentos iniciais. Como consequência direta e necessária da asfixia perinatal a que foi sujeito, o bebé sofreu um edema cerebral, acabando por nascer com uma paralisia cerebral e epilepsia, atrasos no desenvolvimento psico-motor e microcefalia, sendo avaliado com uma incapacidade permanente de 95%. Em suma: se não fosse a conduta da médica obstetra - de se ter ausentado do hospital, não tendo acompanhado o parto, e de se ter recusado a prestar o auxílio médico necessário e solicitado aquando da primeira chamada telefónica, em tempo útil – o bebé não nasceria com as sequelas com que nasceu.*

Conhecidas as circunstâncias específicas do caso em apreço, impõe-se analisar de que modo o comportamento da médica obstetra constitui uma conduta de realização típica do crime de recusa de médico agravado pelo resultado (art. 284º e 285º do CP) – nos termos do qual a médica em questão foi condenada.

1. Crime de Recusa de Médico (art. 284º do CP)

Com o objetivo de proteger a vida humana e a integridade física, enquanto bens jurídicos, o CP pune os médico que recusem “*o auxílio da sua profissão em caso de perigo para a vida ou de perigo grave para a integridade física de outra pessoa, que não possa ser removido de outra maneira*”.¹⁷⁷ Trata-se, como tem vindo a ser reconhecido pela doutrina e jurisprudência, de um «crime específico num duplo sentido»: tem, necessariamente, de ser cometido por um médico; e a conduta tem de consistir na omissão dos devidos cuidados médicos imprescindíveis para a remoção de situações de perigo para a vida, ou de perigo de lesão grave da integridade física da vítima.^{178,179}

Ora, no caso em apreço, não existem dúvidas quanto ao preenchimento do primeiro requisito: a arguida é médica obstetra. Contudo, ao determinar como elemento fundamental do tipo de ilícito a “*não prestação dos cuidados médicos devidos para o tratamento da situação de perigo para a vida ou para a saúde*”¹⁸⁰, o crime de recusa de médico pressupõe a verificação de uma situação de perigo preexistente. Como ficou comprovado, foi a ausência da arguida que, no momento do parto, teve como consequência o encravamento do feto no canal de parto, gerando um perigo iminente para a sua integridade física, e até para a sua vida. Razão pela qual se torna pertinente fazer a separação dos diversos momentos temporais relevantes para o caso: um primeiro, em que a médica tinha já ordenado que fosse provocado o parto, e se ausenta do hospital para sua casa; um segundo momento, em que a enfermeira telefonema pela primeira vez à arguida, solicitando a sua presença, uma vez que a parturiente se encontrava muito ansiosa nos instantes prévios aos parto; e um terceiro momento, em que é novamente solicitada a presença da obstetra por o parto estar a decorrer com dificuldades, voltando esta para o hospital.

Na verdade, não poderá dizer-se, em relação ao primeiro momento, que a médica recusou o auxílio da sua profissão perante uma situação de perigo para a vida ou

¹⁷⁷ Nos termos do art. 284º do CP.

¹⁷⁸ Cunha, Maria Conceição Ferreira da, «Algumas considerações sobre a Responsabilidade Penal Médica por Omissão», in *Liber Discipulorum Para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, pág. 844

¹⁷⁹ No crime de recusa de médico, estamos perante um conceito de integridade física em sentido amplo, que abrange também a saúde física e mental. Todavia, o preceito refere-se apenas à tutela da integridade física substancial (como entendida no art. 144º do CP). Cfr. Carvalho, Américo Taipa de, «Recusa de Médico – comentário atualizado ao artigo 284º do Código Penal», in *Revista do Ministério Público*, A. 39, n.º 153 (jan.-mar. 2018), pág. 30

¹⁸⁰ Carvalho, Américo Taipa de, «Artigo 284.º: Recusa de Médico», in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, *bla bla bla*

integridade física de outra pessoa, na medida em que não existia ainda um perigo concreto, como exigido pelo tipo legal de crime¹⁸¹. Já em relação ao segundo momento, conclui o Ac. em apreço que a solicitação de intervenção da médica por parte da enfermeira, devido ao estado de ansiedade de G, é suficiente para que tomasse conhecimento da situação de perigo. Com efeito, *“uma mãe em primeira gravidez, que na fase final de um parto prolongado entra em ansiedade, como muito bem sabe a arguida, é uma mãe que dificilmente vai colaborar adequadamente na expulsão do feto. E sem colaboração da mãe o feto só pode ser tirado com intervenção do obstetra, que em tempo oportuno terá que decidir qual a melhor via (...)”*¹⁸²

Deste modo, pode também dar-se como preenchido o segundo requisito: o facto de a médica não se dirigir de imediato ao hospital no momento em que toma conhecimento da situação de perigo consubstancia-se numa «recusa», uma vez que o termo recusar não deve ser entendido no seu sentido estrito de negação de um pedido, mas sim num sentido amplo, compreendendo tanto a não aceitação, como o protelar e a indiferença.¹⁸³ Nesse sentido afirmou o Ac. que *a não prestação de cuidados consiste numa omissão, numa recusa de prestar os cuidados médicos indicados, em tempo útil, uma vez conhecida, directa ou indirectamente, a situação de perigo para a vida ou saúde.*¹⁸⁴ Por último, acresce a comprovada imprescindibilidade da intervenção da obstetra na remoção do perigo de lesão grave da integridade física do bebé: apesar de também se encontrarem no bloco de partos a enfermeira, a anestesista e as parteiras de serviço, apenas a arguida, na qualidade de médica obstetra, poderia ter levado a cabo o parto sem complicações; i.e., o perigo não poderia ser removido de outra forma.

Esgotados os elementos objetivos do tipo-de-ilícito, resta-nos analisar a tipicidade subjetiva do crime de recusa de médico: trata-se de um tipo legal doloso, sendo exigido um

¹⁸¹ Nesse sentido: Maria da Conceição Cunha, *ob. cit.*, pág. 846 e Américo Taipa de Carvalho, «Artigo 138º...», *cit.*, pág. 1019 Contra: Teresa Quintela de Brito, «Recusa de médico «agravada pelo resultado», omissão de auxílio e abandono por médico: delimitação e (alguns) problemas», in *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, A. 3, n. 5, Jan.-Jun. (2006), pág. 136 e ss. A autora defende a caracterização do crime de recusa de médico como um crime de perigo comum, dada a perigosidade que representa para a sociedade num todo. *“em causa está a inatividade de quem deveria fazer do socorro a outrem, não apenas uma profissão ou um modo de vida, mas uma verdadeira forma de ser e de estar em sociedade. (...) o indivíduo, afetado pela denegação de ajuda médica, é «uma espécie de representante, escolhido pelo acaso, da comunidade» e da perigosidade a que esta foi exposta”*.

¹⁸² Cfr. Ac. TRP de 22-02-2012

¹⁸³ Carvalho, Américo Taipa de, «Artigo 138º...», *cit.*, pág. 1019

¹⁸⁴ Ac. TRP de 22-02-2012

dolo de perigo concreto.¹⁸⁵ Ou seja: o agente tem de representar o perigo para a vida ou o perigo de lesão grave da integridade física da outra pessoa, estar consciente da “*indispensabilidade e adequação*”¹⁸⁶ do auxílio médico que poderia prestar, e conformar-se com tal situação. Neste âmbito, a doutrina tem vindo a defender que a passividade e as atitudes de indiferença por parte do médico são suficientes para a afirmação de um dolo eventual, por demonstrarem que “*apesar de ter consciência do perigo e da imprescindibilidade (para remoção do perigo) de auxílio médico, que poderia prestar, se poderá concluir que, no mínimo, se conformou com esse perigo*”.¹⁸⁷

No caso *sub judice*, a consciência da situação de perigo concreto por parte da médica obstetra é afirmada “*em virtude da sua experiência e conhecimentos*”¹⁸⁸, juntamente com a chamada da enfermeira em que solicitou, pela primeira vez, a sua intervenção. Com efeito, a arguida, sabendo que era a única médica obstetra de serviço no hospital, e que todo o parto apresenta, de modo geral, um perigo abstrato para a vida ou integridade física, tanto da mãe, como do feto – pelo que qualquer complicação no decorrer no parto, se não solucionada em tempo útil, consubstancia um perigo concreto para tais bens jurídicos –, ao tomar conhecimento da ansiedade da parturiente, toma consciência da existência de um perigo concreto, cuja remoção só poderia ser, por ela, operada. Ao ser manter ausente do hospital, a arguida demonstrou a sua conformação com aquela situação de perigo concreto.

Note-se, no entanto que, no terceiro momento temporal enunciado, após uma segunda solicitação de ajuda, a arguida dirige-se de volta ao hospital e presta a assistência médica necessária à remoção do perigo concreto. Contudo, tal como conclui o Ac. em apreço, nesse momento a médica obstetra já não compareceu em tempo útil, na medida em que se tinha já produzido uma lesão grave para a integridade física do feto. Tal como explica AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, a consumação do crime «*ocorre no momento em que o médico, depois de “constatar” a situação de perigo, não presta (omite) a assistência médica considerada suscetível de remover ou de reduzir o perigo para a vida*

¹⁸⁵ Cfr. Maria da Conceição Cunha, *ob.cit.*, pág. 846

¹⁸⁶ Carvalho, Américo Taipa de, «Artigo 138º...», *cit.*, pág. 1020

¹⁸⁷ Maria da Conceição Cunha, *ob. cit.*, pág. 846

¹⁸⁸ Ac. TRP de 22/02/2012

ou saúde».¹⁸⁹ Razão pela qual se pode concluir que, nesse terceiro momento, a médica obstetra tinha já praticado o crime de recusa de médico, nos termos do art. 284º do CP.

O comportamento da arguida, ao se dirigir para hospital depois da segunda chamada telefónica da enfermeira, apenas assume relevância em relação ao bem jurídico vida, na medida em que, dadas as circunstâncias do caso, e a comprovada lesão grave da integridade física do feto consequente da omissão atempada de assistência médica por parte da obstetra – o perigo concreto que se verificou naquele momento era já um perigo para a vida do bebé. Todavia, como analisaremos *infra*, tal conduta não comporta nenhuma alteração relativamente à agravação pelo resultado.

2. Agravação pelo resultado (art. 285º do CP)

A agravação pelo resultado prevista no art. 285º do CP aplica-se aos casos em que, da recusa do médico¹⁹⁰, resulta a morte de outra pessoa, ou uma ofensa grave à sua integridade física. Deste modo, e tendo em conta as sequelas permanentes da integridade física do bebé, decorrentes das dificuldades ocorridas no parto, a médica obstetra que não prestou a assistência médica devida neste caso, foi condenada pelo crime de recusa de médico agravado pelo resultado.

Neste âmbito, o artigo 18º do CP estabelece que, sempre que seja aplicável uma agravação da pena devido à produção de um resultado, “a agravação é sempre condicionada pela possibilidade de imputação desse resultado ao agente pelo menos a título de negligência”. Por outras palavras, para que se possa punir o agente pelo resultado produzido em razão da omissão de auxílio médico, terá de se afirmar um nexo de imputação objetiva desse resultado à conduta do agente, bastando, neste seio, que o agente tenha agido negligentemente em relação à produção do resultado lesivo.

Ora, no caso em apreço, a verificação destes pressupostos não levantou grandes problemas: por um lado, por ter sido dado como provado que a incapacidade permanente

¹⁸⁹ Carvalho, Américo Taipa de, «Recusa de Médico – Comentário atualizado...», *cit.*, pág. 49

¹⁹⁰ Entre outros crimes previstos no 285º do CP, como o crime de incêndio florestal (art. 274º do CP), e o crime de infração de regras de construção, dano em instalações e perturbação de serviços (art. 277º do CP), por exemplo.

de 95% e as restantes condições de saúde do feto decorrentes da sua permanência no canal de parto que provocou uma asfixia perinatal foram causados pela ausência e intervenção atempada da médica obstetra no parto; por outro lado porque, neste seio, a negligência basta-se com a *previsibilidade desse resultado*¹⁹¹, operada à luz, não do «homem médio», mas do «médico obstetra médio», e a arguida, enquanto médica obstetra, contava com vinte anos de experiência profissional. Por essa razão, o mencionado Ac. afirmou que a produção de uma lesão grave na integridade física do feto “*era objectivamente previsível para a arguida, dados os seus conhecimentos científicos e aptidões profissionais*”.

Desliguemo-nos momentaneamente da análise deste caso jurisprudencial, para abordarmos uma questão diversa – embora pertinente – que diz respeito à distinção entre «dolo de perigo» e «dolo de resultado» nos casos em que da recusa típica do médico resulta a morte ou ofensa grave da integridade física de outrem. Como referido, parte da doutrina tem vindo a defender que, em relação ao perigo concreto, se o agente representa a situação de perigo, e está consciente de que o auxílio médico que deveria prestar é imprescindível para a remoção desse mesmo perigo, mas ainda assim omite a assistência e os cuidados médicos devidos, está a conformar-se com tal situação de perigo, podendo, conseqüentemente, concluir-se pela existência, no mínimo, de um dolo eventual em relação ao perigo concreto.

Contudo, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO entende que, nesses casos, poderá mesmo concluir-se pela existência de um verdadeiro dolo de resultado, na medida em que “*ter consciência da existência de uma relação de perigo para a vida ou para a saúde é ter consciência da eventualidade da ocorrência do resultado morte ou lesão grave da saúde, se não for prestado o auxílio médico*”¹⁹² Nesse ponto de vista, a qualidade de médico do agente impõe que a representação da situação de perigo concreto esteja relacionada à conformação com a ocorrência do resultado lesivo, nos casos em que o agente não intervenha: se o médico toma conhecimento de uma dada situação de perigo para a vida, necessariamente representa a eventualidade desse perigo se efetivar num resultado lesivo.¹⁹³ Por essa razão, a conformação

¹⁹¹ Cfr. Ac. TRP de 22/02/2012

¹⁹² Carvalho, Américo Taipa de, «Recusa de Médico – Comentário atualizado...», *cit.*, pág. 35

¹⁹³ Deste modo, o autor chega à conclusão que estamos perante um «triplo» dolo: 1 - em relação à situação de perigo para a vida ou para a integridade física substancial; 2- em relação à eventualidade de ocorrer o

Não obstante o facto de assim ser na maior parte das vezes, entendemos, na esteira de MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, que a ligação que se estabelece entre a representação da situação de perigo concreto e a consciência da imprescindibilidade do auxílio médico, por um lado, e a conformação com a situação de perigo, por outro, dada a omissão desse mesmo auxílio, não se poderá igualmente afirmar “*necessária e imediatamente, em relação ao resultado danoso*”.¹⁹⁴ Na verdade, mesmo que se conforme com a situação de perigo concreto, o médico poderá sempre acreditar que desse perigo não resultará nenhum dano.

3. Crime de Abandono (art. 138º, alínea b) do CP)

Voltando ao Ac. em apreço, atentemos no primeiro momento temporal da conduta da médica obstetra: após decisão de internamento e provocação do parto de G, a arguida (única médica da área de obstetrícia de serviço no hospital) decide ausentar-se do hospital para sua casa. Imaginemos que, no decorrer do parto, as complicações ocorridas punham também em perigo a vida da parturiente: poderia a médica ser punida pelo crime de abandono?

Com efeito, desde a Revisão Penal de 1998¹⁹⁵ que o CP estabelece que comete um crime de abandono *quem colocar em perigo a vida de outra pessoa abandonando-a sem defesa, sempre que ao agente coubesse o dever de a guardar, vigiar ou assistir* (nos termos da alínea b) do art. 138º), visando, deste modo, proteger a vida humana, enquanto bem jurídico.

Ao prever como elemento do seu tipo de ilícito a colocação em perigo da vida de uma pessoa, o crime de abandono consagra-se como um crime de perigo concreto, para o

resultado morte ou lesão grave da integridade física; e 3- em relação à adequação da assistência médica remover a situação de perigo, evitando a ocorrência do resultado. Cfr. *Idem*, pág. 56

¹⁹⁴ Cunha, Maria Conceição da, *ob. cit.*, pág. 846

¹⁹⁵ A versão de 1995 apenas punia o abandono que fosse praticado *em razão de idade, deficiência física ou doença*. Com a Revisão de 1998 foram suprimidas as referências típicas às características da vítima, alargando-se, desse modo, o âmbito de aplicação do art. 138º do CP, cujo tipo legal passou a ser preenchido com a mera violação dos deveres de vigilância, guarda ou assistência da qual resultasse a criação de um perigo de vida. A intenção do legislador foi *obviamente* a de “*localizar o desvalor da ação, neste tipo de crime, na violação de deveres e não tanto nas qualidades da vítima*”. Cunha, José Damião da, «Artigo 138º: Exposição ou abandono», in DIAS, Jorge Figueiredo (dir.) - *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I – (Parte Especial - Artigos 131º a 201º). Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Ed., 2012. Pág. 191

qual não é necessária uma efetiva lesão do bem jurídico, mas tão-só a averiguação de uma verdadeira situação de perigo. O agente tem de criar ou potencializar um perigo para a vida da vítima, o que nos permite retirar duas conclusões: por um lado, ficam afastados do âmbito de aplicação do preceito os casos de perigo preexistente, sempre que “*não se encontre mais à disposição do agente qualquer meio de diminuí-lo ou atenuá-lo*”¹⁹⁶; por outro lado, existem situações em que a vida da vítima não se encontra ainda em perigo e é a conduta do agente que incrementa o perigo para o bem jurídico protegido, pois, como explica MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, «*parece que poderá (pré)existir um perigo para a saúde da vítima, considerando-se que o “abandono” do agente veio potenciar os riscos, criando, assim, um perigo para a vida*».¹⁹⁷

Além disso, tratando-se de um crime de perigo concreto, cremos que para o preenchimento da tipicidade da conduta do agente não se apresenta como suficiente a mera possibilidade de um desfecho fatal. Neste âmbito, para que se possa afirmar a existência de um perigo para a vida, que releve ao nível da tipicidade, a vítima terá de apresentar sintomas que sejam “*segundo a experiência médica de casos familiares, (...) suscetíveis de determinar com elevado grau de probabilidade e iminência a sua morte*”.¹⁹⁸

Ora, no exemplo apresentado, a ausência da médica no momento do parto – em que as dificuldades ocorridas colocariam em perigo a vida da parturiente – seria suscetível de preencher a forma de realização típica deste tipo legal de crime: a arguida havia abandonado a vítima, criando com tal conduta um perigo concreto para a vida de G.

Acresce que a alínea b) do art. 138º do CP determina, ainda, que só abandona quem tiver *o dever de guardar, vigiar ou assistir* a vítima, razão pela qual este crime se caracteriza como um crime específico próprio: é a existência deste dever – que deverá preexistir à situação de abandono – que fundamenta a responsabilidade do agente. Também este elemento típico se encontra preenchido no exemplo dado, uma vez que enquanto médica na especialidade de ginecologia e obstetrícia, que acompanhava a gestação desde as primeiras seis semanas, mas, essencialmente, como única médica obstetra de serviço

¹⁹⁶ Cunha, José Damião da, «Artigo 138º: Exposição ou abandono.», *Comentário Conimbricense... cit.*, pág. 191

¹⁹⁷ Cunha, Maria Conceição Ferreira da, «Algumas considerações sobre a Responsabilidade Penal Médica por Omissão», in *Liber Discipulorum Para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, pág. 838

¹⁹⁸ Faria, Paula Ribeiro de, «Artigo 144º: Ofensa à Integridade física grave» in *Comentário Conimbricense do Código Penal, cit.*, pág. 353

naquele hospital, em regime de presença física, a arguida tinha o “*dever de acompanhar o parto*”.¹⁹⁹

Por último, para que se preencha o tipo-de-ilícito do crime de abandono, o agente tem de colocar em perigo a vida de outra pessoa *abandonando-a sem defesa*, o que significa que de tal conduta terá de resultar uma situação de agravamento do risco de perigo para a vida, perante a qual a vítima não possua capacidade de, por si só, se defender, isto é, de evitar a agravação da sua situação.²⁰⁰ O que é notório verificar-se na hipótese apresentada: no momento em que está a dar à luz, nenhuma mulher possui capacidade de, sozinha, se defender dos riscos que possam pôr em perigo a sua vida.

Há, no entanto, um elemento objetivo deste tipo legal de crime merecedor de uma mais profunda análise: o conceito de abandono. No caso em apreço, há uma verdadeira deslocação espacial do agente, uma vez que a médica se ausenta do hospital para sua casa. Todavia, pressuponhamos que, ao invés, a médica obstetra se encontra no seu consultório aquando da chegada de G à unidade hospitalar, aí permanecendo durante todo o decorrer do parto. Poderemos, de igual modo afirmar que a sua ausência e intervenção no processo de nascimento do bebé, criou ou potenciou o perigo para a vida daquela mãe?

Não restam dúvidas de que o ato de «abandonar» implica que a vítima permaneça no local em que se encontrava. No entanto, do ponto de vista do comportamento do agente, o conceito de abandono não é unânime na doutrina, sendo discutida a necessidade de deslocação espacial do agente ou se, pelo contrário, se apresenta como suficiente a omissão dos devidos cuidados perante uma situação de risco, que venha efetivamente a colocar em perigo a vida da vítima. Para alguns A.²⁰¹, baseados na raiz etimológica do termo, o abandono pressupõe que o agente se afaste espacialmente do local em que a vítima permanece, desprovida de proteção. Para outra parte da doutrina, o conceito de abandonar abrange “*na sua interpretação, em termos semânticos, não só o afastamento espacial, mas*

¹⁹⁹ Cfr. Ac. do TRP de 22/02/2012

²⁰⁰ Pelo contrário, não deverá concluir-se pela tipicidade da conduta de o agente, se for a vítima, com o seu comportamento, que potencie ou agrave o risco de perigo para a sua própria vida. De facto, “*no caso de um acidente em que o agente abandone a vítima, sem que seja previsível um perigo para a sua vida, e a vítima, pelo seu comportamento, cause um perigo para a sua vida, não subsistirá o presente tipo legal.*” Cunha, José Damião da, Artigo 138º: Exposição ou abandono., *cit.*, pág. 191

²⁰¹ Nesse sentido: Maria Fernanda Palma, *Direito Penal – Parte Especial. Crimes contra as Pessoas*, Lisboa, 1983, nota 1, pág. 122-123 e, José Damião da Cunha, Artigo 138º: Exposição ou abandono., *cit.*, pág. 194

*também condutas/omissões que, não impondo um afastamento espacial, constituem, numa valoração global, uma forma idêntica ao afastamento”.*²⁰²

Contudo, a discussão entre estas duas posições não se cinge à concretização do conceito de abandono, estando também, ainda que de modo indireto, relacionada com a tipicidade subjetiva deste tipo legal de crime. Com efeito, o crime de abandono preenche-se com dolo, sendo suficiente um dolo eventual: basta, por isso, que o agente represente a criação de perigo para a vida da vítima e a sua incapacidade de se defender em tal situação, conformando-se com a sua ocorrência.

Perante isto, defende a primeira corrente que, nos casos em que apenas se verifica a omissão dos devidos cuidados por parte do agente, a ausência de uma deslocação espacial não permite afirmar o dolo de perigo em relação à vida da vítima, na medida em que falta *“o necessário suporte externo-objetivo, já que, quem permanece junto do doente, em regra, auxiliará”.*²⁰³ Para esta conceção, é o afastamento do agente do local onde se encontra a vítima que releva a intenção, por parte do agente, de não a assistir.

Todavia, parece-nos mais correto o entendimento que inclui no conceito de abandono as condutas ou omissões que, não se configurando numa deslocação espacial do agente, se poderão valorar de forma similar. De facto, na esteira de MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, entendemos como essencial a análise da conduta do agente, desligada de critérios puramente objetivos, como a deslocação espacial. Impõe-se, pelo contrário, *“verificar se houve uma prolongada e consciente atitude de indiferença, criando efetivamente um perigo para a vida da vítima”.*²⁰⁴ É evidente que, ao permanecer junto da vítima, o agente poderá a qualquer momento intervir, de forma a evitar ou atenuar a situação de perigo para a vida da vítima.²⁰⁵ Todavia, parece-nos claro que a omissiva

²⁰² Cunha, José Damião da, Artigo 138º: Exposição ou abandono., *cit.*, pág. 193. Como defensores desta posição: Augusto Dias Silva, *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2.ª edição, AAFDL, 2007, pág. 82 e Maria Conceição Ferreira da Cunha, *ob. cit.*, pág. 839

²⁰³ Maria Fernanda Palma, *ob. cit.*, pág. 122 *Apud* Teresa Quintela de Brito, Recusa de Médico «Agravada pelo Resultado», Omissão de Auxílio e Abandono por Médico: Delimitação e (Alguns) Problemas, *in Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, A. 3, n. 5, Jan.-Jun. (2006), pág. 133

²⁰⁴ Maria Conceição Ferreira da Cunha, *ob. cit.*, pág. 839

²⁰⁵ Maria da Conceição Cunha alerta, neste âmbito, para a problemática da prova, chegando à conclusão de que, quer o agente permaneça junto da vítima, quer se afaste do local onde ela se encontra, não existem diferenças substanciais ao nível de prova: *«pois, assim como quem permanece junto da vítima e não interveio na altura devida (...), criando um perigo, pode tentar defender-se dizendo que “ia” mudar imediatamente de atitude (...), também quem se ausenta pode dizer que “ia” voltar (a menos que se tenha ausentado para lugar muito longínquo...)»* *Idem*, pág. 840

permanência junto da vítima, de forma consciente e prolongada, do agente que representa a criação de perigo para a vida, e a incapacidade da vítima de se defender por si só, consagra a sua conformação com tal situação.

Desde modo, basta-nos presumir que a enfermeira tenha informado a médica obstetra das complicações que estavam a ocorrer no parto, para que se possa afirmar a existência de um dolo eventual: ao ter conhecimento das dificuldades verificadas no parto, a arguida representa a criação de perigo para a vida da parturiente, e a incapacidade desta evitar, só por si, a agravação da sua situação (elemento intelectual do dolo). Daí que, ao permanecer no seu consultório, deixando G “ao abandono”²⁰⁶, a médica esteja, no mínimo, a conformar-se com a colocação em perigo da vida da sua doente (elemento volitivo).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 25 de novembro de 2014²⁰⁷

No caso em apreço, o MP acusa uma médica de crime de omissão de auxílio, nos termos do art. 200º, n.º 1 do CP, mas o Tribunal de 1ª instância decide absolver a arguida, confirmando essa decisão o TRE, em sede de recurso. Quanto aos factos apurados, concluiu-se que M (utente), ao entalar as duas mãos na mola da cadeira onde estava sentado, sofreu uma amputação parcial do dedo médio da mão esquerda, tendo ficado com a extremidade do osso exposto, razão pela qual foi transportado ao Serviço de Urgência do hospital, fazendo-se acompanhar pela parte amputada do dedo.

Feita a triagem, M foi atendido e observado por uma médica de Cirurgia Geral e por um médico de Medicina Interna de Cirurgia, que concluíram que o utente teria de ser analisado na especialidade de Cirurgia Plástica. Por essa razão, telefonaram para a arguida - cirurgiã plástica de serviço nessa noite, na escala de prevenção às urgências da sua especialidade - informando que tinha dado entrada nos serviços de urgência um utente, *com uma amputação parcial da falange distal do terceiro dedo da mão esquerda causada por esmagamento devido a entalamento numa cadeira, com a extremidade distal do osso*

²⁰⁶ Note-se que o entendimento segundo o qual “só existe abandono se uma e outra pessoa estão frente a frente” foi já desprovido de sentido pelo STJ, que afirmou que “abandonar também significa desprezar, renunciar a, desamparar, deixar ao abandono, não fazer caso, repudiar.” Cfr. Acórdão do STJ de 29/06/1995 *Apud* Cunha, Maria da Conceição, *ob. cit.*, pág. 818

²⁰⁷ Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/71d83b2712ba052780257de10056ff44?OpenDocument>, acedido a 05 de outubro de 2020

exposto, mas não lhe dando conhecimento de que M se fazia acompanhar da parte amputada do dedo.

Num primeiro momento, a arguida (que se encontrava em casa) respondeu que se deslocaria ao hospital para observar o utente e proceder ao tratamento. Contudo, cerca de 15 minutos depois, voltou a contactar a médica-cirurgiã que tinha atendido o utente, comunicando que, *devido a um temporal (...) não conseguiria, por razões de segurança própria, deslocar-se ao Hospital*, e solicitando que procedesse ao tratamento do utente através da desinfeção da ferida, da realização de penso, e da administração de antibiótico, uma vez que a arguida apenas se iria apresentar ao serviço no dia seguinte de manhã.

Inconformado com a situação, uma vez que, *no seu entender, o tempo era decisivo para a possibilidade de reconstrução, com sucesso, do seu dedo*, M requereu alta médica do hospital onde se encontrava, e dirigiu-se a um segundo hospital, onde lhe foi comunicada a impossibilidade de reimplantação da parte amputada. Deste modo, e em virtude do acidente doméstico que sofreu, M acabou por ficar com o dedo amputado ao nível da falange distal (comummente designada por “cabeça do dedo”).

No Ac. em apreço é posto em causa o comportamento da médica cirurgiã que, face à solicitação de prestação de assistência médica na sua especialidade, não se desloca ao hospital, alegando falta de condições de segurança devido à tempestade que se fazia sentir. Facto curioso é o do MP, no final da fase de inquérito, ter proferido despacho de arquivamento relativamente à prática do crime de recusa de médico (previsto no art. 284º do CP), *com fundamento na inexistência de perigo para a vida ou de perigo grave para a integridade física do assistente*²⁰⁸, mas ainda assim ter deduzido acusação contra a arguida pela prática do crime de omissão de auxílio, punido nos termos do art. 200º, n.º 1 do CP. Por essa razão, impõe-se a análise e delimitação dos respetivos âmbitos de aplicação dos tipos legais de crime mencionados: perante a omissão do auxílio necessário por parte de um médico, em que casos será de aplicar o disposto no art. 200º do CP, face ao previsto no art. 284º ?

²⁰⁸ Ac. do TRE de 25/11/2014

4. Crime de Omissão de Auxílio (art. 200º do CP)

Com fundamento numa ideia de solidariedade humana, o artigo 200º do CP prevê um dever geral de auxílio que vincula todo e qualquer membro da sociedade²⁰⁹, com o intuito de tutelar a vida humana, a integridade física e a liberdade dos cidadãos nas situações em que estes bens jurídicos sejam postos em perigo. Contudo, tal dever apenas se afirma *em caso de grave necessidade*, o que significa que terá de se verificar “*um risco ou perigo iminente de lesão substancial (grave) dos referidos bens jurídicos*”²¹⁰ de modo efetivo, na medida em que se trata de um crime de perigo concreto.

A ilicitude da conduta de quem não cumpre o dever geral de auxílio reside na não prestação do auxílio necessário ao afastamento desse perigo, sendo esse «auxílio necessário» aquele que se apresente, na situação concreta, como indispensável e adequado a afastar o perigo, num *juízo objetivo ex ante*, segundo o critério do homem comum²¹¹. E a prestação desse auxílio tanto poderá efetuar-se por ação pessoal, ou através da promoção do socorro, dependendo da eficácia de cada modalidade na situação concreta.

Ora, aplicando o exposto ao caso em apreço, facilmente entendemos a razão pela qual a arguida foi absolvida: no momento em que a médica cirurgiã é chamada a intervir, tinha já sido produzida a lesão da integridade física de M: como consequência do acidente doméstico que sofreu, M ficou com o dedo amputado de modo imediato. O que foi, aliás, fundamento do despacho de arquivamento em relação à prática de um crime de recusa de médico, como mencionado. Poderia, contudo, estar M sujeito ao risco de uma infeção grave que desencadeasse a necessidade de amputação da parte restante do dedo, ou correr o risco de, com o passar do tempo em que não recebeu o auxílio médico adequado, ver inviabilizada a possibilidade de reimplante da parte amputada. Só nesses casos estaríamos perante um efetivo perigo iminente de lesão grave da integridade física de M. Todavia, o Ac. concluiu que tal não se verificava: por um lado, porque, mesmo que existisse risco de infeção grave, “*a arguida promoveu o socorro por outrem quando deu orientações no sentido de desinfectar a ferida, fazer o penso e ministrar antibiótico, o que efectivamente*

²⁰⁹ Trata-se, por isso, de um crime comum.

²¹⁰ Carvalho, Américo Taipa de, «Artigo 200º: Omissão de Auxílio», in *Comentário Conimbricense*, cit., pág. 1236

²¹¹ *Idem*, pág. 1239

foi feito”²¹²; por outro lado, por não ter sido dado como provado que uma atuação médica adequada e em tempo útil assegurasse a possibilidade viável de reimplante.

Não obstante, note-se que, mesmo que tivesse sido possível, e de modo viável, reimplantar as falanges amputadas no dedo de M, a conduta da médica arguida não consubstanciava, do ponto de vista do ilícito subjetivo, uma forma de realização típica de omissão de auxílio. Com efeito, o art. 200º do CP exige, no mínimo, uma atuação a título de dolo eventual: é necessário que o agente represente que a pessoa que necessita de auxílio corre risco de vida ou de lesão grave da integridade física ou liberdade, conformando-se ou ficando indiferente com essa situação²¹³. No caso em apreço, não se poderia concluir pela consciência, por parte da médica, do risco de inviabilidade do reimplante com o passar do tempo, uma vez que esta não tinha conhecimento de que M se fazia acompanhar pela parte amputada do dedo.

Na verdade, não se percebem as razões pela qual o MP optou por deduzir acusação contra a arguida pela prática de um crime de omissão de auxílio, se havia proferido despacho de arquivamento em relação a prática de um crime de recusa de médico, na medida em que, tal como analisámos *supra*, ambos os crimes se caracterizam como crimes de perigo concreto, para os quais é necessária uma conduta dolosa. Por outras palavras: se ambos os crimes requerem os mesmos pressupostos, não se assume como coerente “arquivar” os indícios da prática de um crime, mas acusar pelos indícios da prática de outro – indícios esses coincidentes, à exceção de um: a agente do delito é médica e podia, no caso em concreto, prestar o auxílio necessário e adequado com base nos seus conhecimentos especializados.

Destarte, apesar de serem notórias as semelhanças entre um e outro tipo legal de crime, é de entendimento maioritário da doutrina que o crime de recusa de médico se traduz numa “*agravação especial da violação do dever geral de auxílio*”²¹⁴. A aplicação do artigo 284º do CP requer, por isso, que o auxílio que o médico esteja a omitir, confrontado com uma situação de perigo para a vida ou para a integridade física

²¹² Ac. do TRE de 25/11/2014

²¹³ Cfr. Carvalho, Américo Taipa de, «Artigo 200º: Omissão de Auxílio», in *Comentário Conimbricense*, cit., pág. 1244

²¹⁴ Cfr. Eduardo Correia, *Actas das sessões da comissão revisora. Parte Especial*, AAFD, 1979, pág. 309 *Apud* Cunha, Maria Conceição da, *ob. cit.*, pág. 132

substancial da vítima, se traduza numa imediata assistência e prestação de cuidados médicos *in loco*, quando não exista maneira alternativa de remover esse perigo. I.e., o médico terá de, em virtude da sua qualidade de profissional de saúde, ser capaz de remover de imediato tal perigo.

Se não tiver essa capacidade – por falta de conhecimentos especializados para o adequado tratamento do necessitado – ou se, pelo contrário, o auxílio necessário consistir numa qualquer ação de salvamento exigível até ao cidadão comum, a não prestação desse auxílio, por parte do médico, apenas preencherá o tipo de ilícito do crime de omissão de auxílio, nos termos do art. 200º do CP, visto que, nessas circunstâncias, apenas recaia sobre o médico o dever geral de auxílio: não sendo necessária uma intervenção médica imediata, ou, sendo-a, o médico não tem os conhecimentos específicos adequados para a prestar, este apenas é obrigado a fazer o mesmo que é imposto a qualquer outra pessoa (promover o socorro necessário). Como explica MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, «*de acordo com esta ideia de solidariedade (que está na base de ambos os tipos legais), cada pessoa deverá fazer o que estiver ao seu alcance (...) para remover uma situação de perigo (grave); o médico relativamente ao “não-médico” terá de fazer “mais”, se tal for indispensável à remoção do perigo*”.²¹⁵

Ora, no caso em apreço, se efetivamente existisse um perigo de lesão grave da integridade física de M, a remoção desse perigo apenas poderia operar-se através da intervenção da médica cirurgiã, enquanto especialista em cirurgia plástica. Afirmar-se-ia, desse modo, a necessidade de uma assistência médica imediata, e a capacidade da arguida de afastar o perigo que ameaçava o bem jurídico. Não estaria em causa um dever geral de auxílio, porque não se poderia exigir que todos os cidadãos pudessem, soubessem ou conseguissem atuar da mesma forma que pode, sabe e consegue atuar a médica, naquela situação. Não entendemos, novamente e face ao exposto, porque motivo não optou o MP por deduzir acusação pela prática de um crime de recusa de médico, previsto e punido nos termos do 284º do CP.

²¹⁵ Cunha, Maria da Conceição da, *ob. cit.*, pág. 849

IV. RESOLUÇÃO DO CASO-DE-ESTUDO

Realizado o estudo generalizado da omissão jurídico-penalmente relevante enquanto forma de realização da conduta típica dos delitos, com especial ênfase na omissão imprópria, e expostos os pressupostos de punição das omissões médicas, nos termos dos diversos tipos legais de crime expressamente previstos no CP, estamos já em condições de analisar o caso-de-estudo cuja resolução é propósito do presente trabalho.

Afinal, em que termos deverá ser penalmente responsabilizado o médico do INEM que, integrando uma equipa de emergência médica pré-hospitalar, se recusa a prestar assistência ou a proceder ao transporte do doente/sinistrado?

1. Contextualização

Neste âmbito, para uma melhor análise do comportamento desse médico, impõe-se uma prévia e breve descrição do funcionamento e organização do SIEM.

Enquanto “conjunto de ações coordenadas, de âmbito extra-hospitalar, hospitalar e inter-hospitalar, que resultam da intervenção ativa e dinâmica dos vários componentes do sistema de saúde nacional, de modo a possibilitar uma atuação rápida, eficaz e com economia de meios em situações de emergência médica”²¹⁶, o SIEM apresenta várias fases: a de «deteção» da existência de, pelo menos, uma vítima; a de «alerta», através do Número Europeu de Emergência – 112; a de «pré-socorro», que se traduz na prática de gestos simples de acompanhamento à vítima até à chegada dos meios; a de «socorro», que corresponde à prestação dos cuidados médicos iniciais na abordagem à vítima; a de «transporte» da vítima do local onde se encontra à unidade hospitalar adequada, numa ambulância; e, por fim, a fase de «tratamento na unidade de saúde».

Quando alguém liga para o 112, a chamada é atendida nas centrais de emergência da Polícia de Segurança Pública (PSP), sendo reencaminhadas para o Centro de Orientação de Doentes Urgentes (CODU) do INEM sempre que forem respeitantes a situações de

²¹⁶ *Sistema Integrado de Emergência Médica*, Manual de Formação, INEM, 1º Edição, 2013, pág. 3. Disponível em : <https://www.inem.pt/wp-content/uploads/2017/06/Sistema-Integrado-de-Emerg%C3%Aancia-M%C3%A9dica.pdf> , acedido a 17 de outubro de 2020

emergência médica. O CODU, cujo funcionamento permanente é assegurado por médicos e técnicos com formação específica, avalia o pedido de socorro “*com o objetivo de determinar os recursos necessários e adequados a cada caso*”²¹⁷, procedendo ao respetivo acionamento.

Deste modo, com exceção dos casos que não consubstanciam verdadeiras emergências, é sempre acionada para se deslocar ao local uma ambulância de socorro, que se destina “*à estabilização e transporte de doentes que necessitem de assistência durante o transporte e cuja tripulação e equipamento permitem a aplicação de medidas de suporte básico de vida (SBV) e desfibrilhação automática externa (DAE)*”²¹⁸ Contudo, se na avaliação do pedido de socorro, o CODU conclui que a vítima se encontra numa situação de emergência com necessidade de assistência médica, recorre, em complemento, ao acionamento de uma VMER ou de um helicóptero de emergência médica: meios de emergência médica integrados por um médico e um enfermeiro, que apresentam equipamento de Suporte Avançado de Vida (SAV).

É de realçar, neste âmbito, que as VMER apenas se destinam ao transporte da equipa médica para o local onde se encontra a vítima, com o objetivo de “*estabilização pré-hospitalar e o acompanhamento médico durante o transporte de vítimas de acidente ou doença súbita em situações de emergência*”²¹⁹, pelo que se poderá concluir que, caso o médico se recuse a transportar a vítima, tal não significa que ela fica no local onde se encontra. Existirá sempre o transporte da vítima a uma unidade hospitalar numa ambulância de socorro, todavia, se o médico assim o recusar, a vítima será acompanhada apenas pela tripulação da ambulância que, como vimos, apenas presta SBV. Por outro lado, no caso dos helicóptero de emergência médica, a recusa do médico não coloca em causa apenas a qualidade e diferenciação especializada da assistência médica a prestar, mas também a rapidez com que é efetuado o transporte até à unidade hospitalar adequada ao tratamento da vítima.²²⁰

²¹⁷ *Sistema Integrado de Emergência Médica*, Manual de Formação, INEM, 1º Edição, 2013, pág. 5

²¹⁸ *Idem*, pág. 6

²¹⁹ *Idem*, pág. 7

²²⁰ Note-se que os helicópteros de emergência médica apenas são acionados em caso de emergência grave, para transportes inter-hospitalares ou do local onde se encontra a vítima para uma unidade hospitalar, situação em que é imprescindível uma intervenção médica rápida.

Ora, tendo em conta o funcionamento e organização do SIEM, a recusa do médico pode ocorrer em três momentos distintos: (i) logo aquando do acionamento do meio de emergência médica, por parte do CODU – caso em que o médico não chega sequer a ter contacto com a vítima; (ii) num momento posterior, em que chegado ao local, o médico simplesmente ordena o transporte da vítima para a unidade hospitalar, não prestando qualquer assistência nem acompanhando na ambulância de socorro; ou (iii) num terceiro momento em que o médico, após prestar assistência médica necessária à estabilização da vítima, não a acompanha no transporte até à unidade de saúde.

Na primeira e segunda hipóteses mencionadas, a recusa traduz-se na não prestação de assistência médica pré-hospitalar em sentido amplo: o médico não aplica quaisquer medidas de SAV na vítima, de modo a alcançar a sua estabilização, nem procede ao seu acompanhamento médico durante o transporte. Já na terceira hipótese, a recusa apenas incide sobre esta última vertente da assistência médica pré-hospitalar. Contudo, quer num, quer noutro caso, há omissão da prestação da devida assistência médica pelo que, independentemente de apenas recusar o acompanhamento médico durante o transporte, ou se não prestar de todo qualquer tipo de assistência, a responsabilidade do médico dependerá, no caso concreto, da imputação da produção de um qualquer resultado danoso, à omissão da assistência devida.

2. A existência de um dever jurídico de garante

No seio da análise dos casos jurisprudenciais apresentados no capítulo anterior, limitámo-nos a seguir o entendimento da jurisprudência (no Ac. do TRP de 22/02/2012) em relação à aplicação do crime de recusa de médico ao caso em apreço. Contudo, e na esteira de AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, entendemos que “*os nossos tribunais têm cometido o erro de transformarem o artigo 284º (...) num injustificado benefício dos médicos, pois que (...) têm, injustificada e contraditoriamente, assumido e aplicado (...) este artigo 284º como um substitutivo da responsabilidade penal dos médicos pelo crime de homicídio ou de ofensas corporais graves por omissão*”²²¹.

²²¹ Carvalho, Américo Taipa de, «Recusa de Médico – Comentário atualizado...», *cit.*, pág. 43

Com efeito, o tipo-de-ilícito do crime de recusa de médico refere-se apenas aos casos em que, não existindo um dever de garantia que obrigue o médico a impedir a produção de um resultado lesivo para o seu utente, a sua atuação presume uma maior consciencialização, preparação “*e um mais elevado sentido de solidariedade*”²²² para auxiliar o outro, em comparação com o auxílio imposto pelo dever geral consagrado no crime de omissão de auxílio(art. 200º do CP). Ao invés, nas situações em que o médico se encontre numa posição de garante, a não prestação da devida assistência médica, cumpridos todos os outros pressupostos, traduz-se na prática de um crime de homicídio ou de ofensa à integridade física por omissão.

Ora, é de entendimento unânime na doutrina que um médico de serviço numa unidade hospitalar tem, por força do contrato que o vincula ao hospital, um dever jurídico de garante em relação aos utentes que aí derem entrada²²³. No mesmo sentido se poderá afirmar a existência de um dever de garantia, no âmbito da atuação dos médicos do INEM: quando acionado para se dirigirem ao local onde se encontra a vítima - numa verdadeira assunção de deveres de assistência - recai sobre o médico da equipa de emergência pré-hospitalar o dever jurídico de obstar à produção de um qualquer resultado danoso.

Não obstante, não poderemos deixar de salientar que, nem sempre a existência de um dever jurídico de garante afasta a aplicabilidade do art. 284º do CP, uma vez que “*o facto de o tipo não exigir determinado elemento, não significará que a presença de tal elemento impeça a sua aplicabilidade*”.²²⁴ Na verdade, o crime de recusa de médico apresenta-se como subsidiário em relação a tipos legais de crimes que apresentem maior exigência no preenchimento do tipo-de-ilícito e maior severidade na punibilidade das condutas que os realizam, como é o caso do Homicídio doloso (art. 131º do CP), da Ofensa grave da integridade física dolosa (art. 144º do CP) ou até do crime de Abandono (art. 138º, alínea b) do CP).

Por essa razão, a crítica que apontamos à posição jurisprudencial mencionada é apenas no sentido de, no caso em apreço, não ser sequer ponderada a prática de um crime

²²² Cfr. Cunha, Maria Conceição da, *ob. cit.*, pág. 850

²²³ Nesse sentido: Cunha, Maria Conceição da, *ob. cit.*, pág. 823; Carvalho, Américo Taipa de, «Recusa de Médico – comentário atualizado...», *cit.*, pág. 34; e Brito, Teresa Quintela de, «Responsabilidade Penal dos Médicos: análise dos principais tipos incriminadores» in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 12, nº 13 (Jul-Set. 2002), pág. 392

²²⁴ Cunha, Maria Conceição da, *ob. cit.*, pág. 845

de Ofensa à integridade física grave por omissão, nos termos dos art. 10º e 144º do CP: a nosso ver, a existência de um dever jurídico de garantia, impõe que se analise, num primeiro momento, a possibilidade de responsabilidade penal por comissão por omissão. O que não significa que, se no caso concreto tivermos perante uma omissão de prestação de assistência médica por parte de um médico que se encontre numa posição de garante, não haja possibilidade de aplicação dos art. 284º e 285º do CP. Com efeito, nos casos em que não se possa concluir pela responsabilidade do agente pela prática de homicídio ou ofensa à integridade física por omissão, ou, afirmando-se tal responsabilidade, esta não assume uma moldura penal tão gravosa como a prevista para o crime de recusa de médico, deverá aplicar-se este último preceito.

3. A responsabilidade em caso de recusa do médico do INEM em ambiente pré-hospitalar

Imaginemos que um médico se encontra de serviço na VMER, e é acionado para prestar assistência médica pré-hospitalar a uma vítima de queda. O médico desloca-se ao local, avalia a vítima mas apenas ordena a sua imobilização e respetivo transporte para a unidade hospitalar – não procedendo ao acompanhando médico durante o transporte –, e a vítima acaba por falecer instantes antes de chegar ao hospital.

Recaindo sobre o médico um dever jurídico de garante, impõe-se a análise dos pressupostos da responsabilidade penal por comissão por omissão: é notória a omissão da ação devida (a não prestação de assistência médica pré-hospitalar, que se traduz, neste âmbito, na omissão de técnicas de SAV); e a capacidade de agir do médico (não podendo, neste âmbito, ser invocada uma qualquer impossibilidade técnica de meios ou de conhecimentos, na medida em que, para além da sua qualidade de médico, possui formação específica em emergência pré-hospitalar²²⁵ e tem à sua disposição todo o equipamento adequado à prestação da assistência devida). Por essa razão, a responsabilidade do médico dependerá da imputação, quer a nível objetivo, quer subjetivo, do resultado morte à sua conduta omissiva. Do ponto de vista objetivo, poderá imputar-se a morte da vítima ao

²²⁵ Nos termos do ponto de determinação 4 do Despacho n.º 5561/2014, de 23 de Abril.

comportamento do agente sempre que seja dado como provado que a administração de técnicas de SAV teria evitado a produção desse resultado lesivo.

Já em relação à imputação subjetiva, poder-se-á falar de dolo sempre que o médico que omite a assistência médica represente a situação de perigo em que se encontra a vítima, o dever de agir que sobre ele recai, e a verificação do resultado lesivo ao bem jurídico como consequência da sua não intervenção, conformando-se, no mínimo, com tal situação. Trata-se, neste âmbito, de um dolo de resultado.

Ora, no caso específico do médico do INEM, parece-nos que dificilmente se concluirá pela não representação da situação de perigo e da necessidade da sua intervenção de modo a impedir a produção de um resultado lesivo: tendo em conta que, se o CODU apenas aciona o meio de emergência médica onde ele se insere, nos casos em que tal assistência médica é necessária, o médico tem – quase que automaticamente – consciência dessa situação assim que é acionado. E isto porque, as situações de urgência e emergência médica são definidas como “*a situação clínica de instalação súbita na qual, respectivamente, se verifica ou há risco de compromisso ou falência de uma ou mais funções vitais*”²²⁶. Ou seja, perante uma situação de emergência médica, há sempre um perigo para a vida ou para a integridade física substancial da vítima.

O que equivale a dizer que, em caso de recusa da prestação da assistência médica pré-hospitalar, não há como não se afirmar, quase sempre, um dolo de perigo. Pelo que, apenas em relação à previsibilidade e conformação com a verificação do resultado, nos poderemos confrontar com diversas situações: o médico poderá prever que, dada a avaliação da vítima, se poderá verificar a sua morte ou ofensa grave à sua integridade física, e mesmo assim omitir as técnicas de SAV, conformando-se, por isso, com a produção de tal resultado e assumindo uma conduta dolosa em relação ao resultado morte ou ofensa da saúde da vítima; mas poderá, pelo contrário, apesar de prever a possibilidade do resultado danoso, acreditar que a ausência da sua intervenção não se traduzirá na efetiva produção desses danos, situação em que não se poderá afirmar um dolo eventual, atuando, por isso, o médico com negligência em relação ao resultado.

²²⁶ Nos termos na alínea a) do ponto 2 do Despacho nº 18459/2006 do Ministério da Saúde.

Deste modo, podemos concluir que, se da recusa do médico em ambiente pré-hospitalar resultar a morte ou uma ofensa à integridade física, e a conduta for cometida a título de dolo em relação ao resultado, o médico poderá ser responsabilizado por Homicídio (131º do CP) ou Ofensa à Integridade Física simples (143º do CP) ou grave (144º do CP), por comissão por omissão (10º do CP).

Numa segunda hipótese, se houver como resultado a morte ou ofensa à integridade física, mas o médico agir de forma negligente relativamente a esse resultado, são preenchido os tipos-de-ilícito dos crimes de Homicídio por negligência (137º do CP) e Ofensa à Integridade Física por negligência (148º do CP), a título de comissão por omissão (10º do CP).

Todavia, poderá também acontecer que não se verifique, nem a morte da vítima, nem uma lesão substancial da sua integridade física. Nesses casos, o médico do INEM apenas poderá ser responsabilizado, a título de comissão por omissão, pela tentativa dos mencionados crimes. Neste âmbito, estabelece o artigo 23º do CP que *“a tentativa só é punível se ao crime consumado respetivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”*, o que restringe a possibilidade do agente ser responsabilizado pela tentativa de Homicídio doloso (131º do CP) ou de Ofensa à Integridade Física Grave dolosa (144º do CP) por comissão por omissão (10º do CP).

Até aqui, todas as hipóteses apresentadas partem do pressuposto de que o resultado lesivo para a vítima pôde ser objetivamente imputado à omissão da assistência médica pré-hospitalar devida. Contudo, casos haverá em que se conclui que não foi a ausência das técnicas de SAV que provocou o dano morte, ou ofensa da integridade física da vítima. Ou ainda que, mesmo que tivessem sido prestadas essas técnicas, não teriam sido adequadas e eficazes no impedimento da produção desses danos. Nesses casos, e não se podendo afirmar a responsabilidade do médico do INEM por comissão por omissão, deverá analisar-se a possibilidade de este ser responsabilizado nos termos do artigo 284º do CP – o que não será difícil, na medida em que como mencionámos, no âmbito da prestação de assistência médica pré-hospitalar, só em casos muito raros, não será possível afirmar a existência de um dolo (eventual) de perigo.

Contudo, esse não é o único cenário em que o médico do INEM será responsável por Recusa de médico (art. 284º do CP). Como referimos, tal preceito deverá aplicar-se sempre que apresentar uma moldura penal mais gravosa que a responsabilidade penal de comissão por omissão²²⁷. O que acontece, nestes casos, quando o agente atua com negligência em relação ao resultado morte ou ofensa à integridade física, pelo que deverá prevalecer a aplicação dos artigos 284º e 285º do CP, em prol dos art. 137º ou art. 148º conjugados com o art. 10º.

Por último, a noção de emergência médica pré-hospitalar, parece afastar qualquer possibilidade do médico do INEM, ao recusar a assistência médica devida, incorrer num crime de abandono, nos termos da alínea b) do art. 138º do CP. Com efeito, os casos em que o médico do INEM é acionado a intervir, são situações de perigo preexistente: em regra, não é a recusa do médico que coloca em perigo a vida da vítima. Dissemos «em regra», uma vez que, tal como referimos aquando da análise desse tipo legal de crime, é também considerado abandono o comportamento através do qual, face a uma situação de perigo preexistente para a saúde da vítima, se potenciam os riscos, criando, desse modo, um perigo para a vida. Neste âmbito, tal ficará dependente de se conseguir provar que, aquando da chegada do médico do INEM a vítima apenas tinha em perigo a sua saúde, sendo a omissão da assistência médica pré-hospitalar devida que colocaria em perigo a sua vida. Contudo, será também necessário concluir pela representação, por parte do médico do INEM, dessa colocação em perigo, o que não tão facilmente comprovado como a existência do dolo de perigo, nos termos acima mencionados.

²²⁷ Sob pena de se tratar «*de modo mais benévolo o médico numa situação de garante em relação a uma situação de “mero dever de assistência”*» previsto no art. 284º do CP. Cfr. Cunha, Maria Conceição da, *ob. cit.*, pág. 852

Conclusão

A omissão jurídico-penalmente relevante traduz-se na ausência da ação esperada pelo ordenamento jurídico, sempre que ao gente pudesse ser exigida essa ação. No âmbito dos crimes omissivos, pode operar-se a distinção entre as omissões próprias (que se encontram expressamente previstas no CP e se configuram como verdadeiros crimes de mera inatividade) e as omissões impuras, resultantes da aplicação de uma cláusula geral de equiparação entre omissão e ação, prevista no art. 10º do CP.

O fundamento de tal equiparação reside numa análise feita, caso a caso, da correspondência entre o desvalor da omissão e o desvalor da ação prevista no tipo legal de crime através de uma *autónoma valoração da ilicitude*. Correspondência essa que apenas se afirma se sobre o agente recair um dever jurídico de garante, que pessoalmente o obrigue a evitar a produção do resultado lesivo ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora da PE.

Quando analisada a questão da constitucionalidade ao art. 10º do CP, na medida em que, não identifica, nem mesmo de modo meramente exemplificativo, as situações em que o agente se encontra, ou não, numa posição de garantia, colocando, por isso, em causa o respeito pelas exigências constitucionais de determinabilidade da lei penal (art. 29º da CRP), chegamos à conclusão de que apenas adotando uma posição «material-formal» de concretização e determinação dos diversos planos das posições de garantia, se poderiam afirmar como cumpridas tais exigências constitucionais.

Contextualizada a atuação do médico do INEM, chegamos à conclusão de que aquando da prestação da assistência médica em contexto pré-hospitalar, recai sobre o médico do INEM o dever jurídico de garante em relação à vida ou à integridade física da vítima que assiste. Por essa razão, a recusa da assistência médica pré-hospitalar (entendida no seu sentido amplo, em que abrange não só a assistência médica propriamente dita, como também o acompanhamento médico no decorrer do transporte da vítima até à unidade hospitalar) traduz-se, de modo geral, e nos casos em que forem preenchidos todos os pressupostos, na prática de um Crime de Homicídio ou de Ofensa à Integridade Física Grave, por omissão.

Todavia, não se podendo imputar a morte da vítima, ou a lesão substancial da sua integridade física à conduta omissiva do médico do INEM, terá lugar a aplicação do crime de Recusa de Médico, nos termos do art. 284º do CP. Tal como acontecerá nas situações em que, mesmo que se possa afirmar a existência de uma responsabilidade penal de comissão por omissão, a aplicação do art. 284º do CP se traduza na aplicação de um moldura penal mais gravosa.

Por fim, poderá ser dado como provado que foi a recusa da assistência médica pré-hospitalar devida que colocou em perigo a vida da vítima, razão pela qual deverá, nessas situações, o médico do INEM ser responsabilizado por um Crime de Abandono, nos termos da alínea b), do art. 138º do CP.

Referências Bibliográficas

- ASSUNÇÃO, Maria Leonor:** *Contributo para a interpretação do artigo 219º do Código Penal*, Coimbra : Studia Ivridica, 6, Coimbra Editora
- BRITO, José de Sousa e,** «Sentido e Valor da Análise do Crime», in *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Ciências Humanas*, Lisboa, 1990
- BRITO, Teresa Quintela de:** *Recusa de médico «agravada pelo resultado», omissão de auxílio e abandono por médico: delimitação e (alguns) problemas*, in "Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde", Coimbra, A. 3, n. 5, Jan.-Jun. (2006), p. 131-144.
- BRITO, Teresa Quintela de:** *Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores*, in "Revista portuguesa de ciência criminal", Coimbra, A.12, n.3 (Jul.-Set. 2002), p. 371-409
- 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 Taipa de:** *Recusa do Médico – comentário atualizado ao artigo 284º do Código Penal*, in “Revista do Ministério Público”, Lisboa, Ano 39, nº 153 (Janeiro-Março 2018), p. 29-59
- 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 “Boletim da Faculdade de Direito”, Coimbra, vol. 72 (1996, publ. 1998), p. 411 e s.
- CUNHA, José Damião da:** Artigo 138º: Exposição ou abandono. In DIAS, Jorge Figueiredo (dir.) - *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I – (Parte Especial - Artigos 131º a 201º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Ed., 2012. p. 189-199
- 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.
- CUNHA, Maria Conceição Ferreira da:** «Algumas considerações sobre a Responsabilidade Penal Médica por Omissão», in *Liber Discipulorum Para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, p. 809 a 854

D'AVILA, Fábio Roberto: *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*, Coimbra, Studia Iuridica, 85, Coimbra Editora

DIAS, Jorge de Figueiredo: *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2012

Dias, Jorge de Figueiredo, «Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa», in AA.VV. *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal Português e Legislação complementar*, Fase I, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983

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

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.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes: *O crime de recusa de médico numa visão panorâmica entre o pretérito e o presente no direito penal*, in "Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde", Coimbra, A. 4, n. 8 (2007), p. 85-96

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

ROXIN, Claus: *Problemas fundamentais de direito penal / Claus Roxin ; trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz ; trad. Maria Fernanda Palma ; trad. Ana Isabel de Figueiredo.- 3.ª ed.- Lisboa : Vega, 1998*

SANTOS, André Teixeira dos: *O dever de agir nos crimes omissivos impróprios (Breve análise crítica de alguns casos)*, in "Revista da Faculdade de Direito de Lisboa", Lisboa, V. 42, Nº 2, 2001, p. 1261-1328

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português: A Teoria do Crime*, Universidade Católica editora, Lisboa, 2012, p. 62.

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.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09 de Julho de 2003, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Novembro de 2013, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Junho de 1995, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Évora, de 25 de Novembro de 2014, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22 de Fevereiro de 2012, disponível em www.dgsi.pt