

UNIVERSIDADE DE LISBOA FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

O CRIME DE OMISSÃO DE AUXÍLIO

O artigo 200.º do Código Penal

Lais Juliane dos Reis Fonseca Lima

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade de Direito Penal

Sob a orientação do Exmo. Prof. Dr. Francisco Manuel Fonseca Aguilar

Lisboa, 2020

*A minha mãe por todo o carinho e apoio nesta caminhada.
Um especial agradecimento ao Prof. Doutor Francisco
Manuel Fonseca Aguiar pela orientação, paciência,
disponibilidade e conhecimentos transmitidos.*

Resumo

O objetivo central da presente dissertação pretende delimitar a legitimidade do crime de omissão de auxílio tipificado no artigo 200.º do código penal português. Por conseguinte e como complemento para o seu entendimento, também teve a necessidade de analisar o conteúdo e a extensão da referida norma.

Palavras-Chave

Crime de omissão de auxílio; Solidariedade social; Legitimidade; Obrigação de agir; Condutas omissivas.

Abstract:

The main objective of this dissertation corresponds to the legitimacy of the crime of omission of assistance typified in article 200 of the Portuguese penal code, as well as the legal asset - social solidarity - that serves as a basis. And as a complement to his understanding, he also had the need to analyze the content and the extension of the referred rule.

Keywords

Crime of omission of aid; Social solidarity; Legitimacy; Obligation to act; Omissive conduct.

Índice

INTRODUÇÃO	6
1. A LINHA QUE SEPARA A OMISSÃO DA AÇÃO	8
1.1. CRITÉRIO NORMATIVO	14
2. OS CRIMES PUROS DE OMISSÃO E OS CRIMES IMPUROS DE OMISSÃO	16
2.1.1. <i>Critério do resultado ou critério tradicional</i>	20
2.1.2. <i>Critério do tipo legal ou critério formal</i>	21
2.2. CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE OMISSÃO DE AUXÍLIO	21
2.3. LEGITIMIDADE	22
3. A SOLIDARIEDADE SOCIAL	28
3.1. A SOLIDARIEDADE SOCIAL COMO UM BEM JURÍDICO	28
3.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAMENTAM A SOLIDARIEDADE SOCIAL COMO UM BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE.....	37
4. O AGENTE OMISSO	43
4.1. O AUTOR DO CRIME.....	43
4.1.1. <i>Situação de proximidade Vs Posição de garante</i>	46
4.1.2. <i>Definição do conteúdo material da conduta devida</i>	49
4.1.3. <i>O momento adequado à realização da conduta devida</i>	51
4.1.4. <i>Formas alternativas de realização da conduta devida previstas no preceito</i>	52
5. O DEVER DE PRESTAR AUXÍLIO E A ESFERA PESSOAL DO AGENTE	53
5.1. <i>Responsabilidade penal para uma pluralidade de autores</i>	54
5.2. <i>A legitimidade da obrigação de prestar auxílio</i>	55
5.3. <i>Casos em que a realização da conduta devida implica a lesão de interesses juridicamente relevantes</i>	58
6. A VÍTIMA DO CRIME DE OMISSÃO DE AUXÍLIO	60
6.1. SITUAÇÃO TÍPICA	60
6.1.1. <i>A circunstância factual por de trás da grave necessidade</i>	61
6.2. A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA VÍTIMA EM NÃO SER AUXILIADA.....	63
6.2.1. <i>O consentimento</i>	66
6.2.2. <i>O suicídio e a obrigação de prestar o auxílio necessário</i>	67

7. EXTENSÃO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS PELO CRIME DE OMISSÃO DE AUXÍLIO?	70
8. O DOLO E A CULPA NO CRIME DE OMISSÃO DE AUXÍLIO	73
8.1. O DOLO NO CRIME DE OMISSÃO DE AUXÍLIO E OS CASOS DE SUA EXCLUSÃO	73
8.2. CAUSAS QUE JUSTIFICAM A CONDUTA OU QUE A DESCULPABILIZAM.....	75
8.2.1. <i>A causa específica de exclusão de ilicitude do nº3 do artigo 200.º CP</i>	75
8.2.2. <i>As causas gerais de exclusão de ilicitude</i>	78
8.3. CAUSAS QUE EXCLUEM A CULPA	79
9. CRIMES DE OMISSÃO DE AUXÍLIO POR COMISSÃO	81
10. A TENTATIVA	84
11. FORMAS DE COMPARTICIPAÇÃO	85
11.1. AUTORIA IMEDIATA	85
11.2. AUTORIA MEDIATA	85
11.3. CO-AUTORIA	86
11.4. AUTORIA POR INDUÇÃO OU INSTIGAÇÃO	87
11.5. CUMPLICIDADE.....	88
12. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA (CASOS)	88
12.1. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA DE 25-11-2014	88
12.2. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA DE 25-04-2017	92
CONCLUSÃO	95
BIBLIOGRAFIA	98
ACÓRDÃOS COMENTADOS	102

Introdução

O propósito deste trabalho consiste em analisar o crime de omissão de auxílio plasmado no artigo 200.º do Código Penal Português, na sua versão atual.

Basicamente, o crime de omissão de auxílio traduz-se no ato em que o agente omissor deixa de socorrer uma pessoa ou um grupo de pessoas que se encontram numa situação que represente um perigo para os seus bens jurídicos pessoais vida, integridade física e liberdade, seja mediante uma ação própria ou recorrendo a terceiros para promover o auxílio necessário.

Este crime se enquadra nos crimes contra outros bens jurídicos pessoais situado na parte especial do código penal referente aos crimes contra as pessoas. Configura um crime de omissão puro porque a conduta que lhe serve de base se encontra especificada numa norma autónoma, diferente da maioria das condutas omissivas que normalmente são abrangidas pela cláusula geral presente no artigo 10.º do código penal, que tende a equipará-las a uma ação.

Mesmo existindo esta cláusula geral de equiparação, se observa que o legislador tende a limitar as condutas punidas a título omissivo, sendo a maioria esmagadora punida por uma ação penalmente relevante. Daí que seja importante o estudo do crime de omissão de auxílio, pois já houve épocas que o mesmo era considerado como uma exceção, pois a regra era a de sancionar as condutas ativas. Mas hoje em dia já é unanimemente aceite como uma das formas específicas de realização da tipicidade.

O aspeto fulcral deste estudo se prende com a legitimidade do crime de omissão de auxílio como forma de justificar a origem do dever de agir que recai sobre o agente omissor, assim como a legitimidade de obrigar a vítima a aceitar o auxílio prestado pelo agente.

Com isso, começar-se-á por estabelecer uma linha que possibilite proceder a separação entre uma conduta omissiva e uma conduta ativa, focando no conteúdo constitutivo da conduta omissiva. Nesta sequência, tendo em conta que nem todas as condutas omissivas são iguais aos olhos do direito penal, importará fazer uma breve diferenciação entre os crimes de omissão pura e os crimes de omissão impura, para posteriormente proceder ao enquadramento do crime em causa.

Face ao exposto, cumpre analisar o cerne deste trabalho que se prende com a legitimidade do crime de omissão de auxílio, dando o devido destaque ao bem jurídico – solidariedade social – que lhe serve de base. Por fim, mas não menos importante, se

analisa o perfil exigido pela norma, tanto do agente omissivo como da vítima, assim como os aspetos subjetivos e objetivos referente a este crime.

E a título de curiosidade, levantar a questão quanto a possibilidade de aplicar o conteúdo da norma do artigo 200.º do código penal à proteção dos animais, ou mediante uma reforma legislativa aumentar a proteção dos direitos dos animais criminalizando as condutas omissivas de auxílio a favor dos mesmos.

Cumprir delimitar negativamente o trabalho as questões que estejam relacionadas com a legitimidade do crime de omissão de auxílio, assim como as suas projeções quanto ao sujeito, a vítima e aos elementos objetivos e subjetivos do tipo legal, isto é, não se pretende abordar com exatidão o crime de omissão de auxílio em si.

Se pretende através da legitimidade conseguir definir quais os limites do crime de omissão de auxílio, até onde e quando o sujeito está obrigado ou não a agir numa situação que esteja descrita no tipo legal.

1. A linha que separa a omissão da ação

Antes de avançar para o trabalho em si, é necessário que, num primeiro momento, se estabeleça uma linha de separação que possibilite saber quando é que se está perante um caso de omissão ou de ação. Um problema que a vista pode parecer de fácil resolução, na prática pode ser um caso complexo que muitas vezes induz a certos erros com a possibilidade de originar consequências irremediáveis no que toca a aplicação da lei e a apuração da responsabilidade penal do agente omissor.

O foco ou o objetivo dessa distinção não é tanto o conceito ação, mas sim o da omissão, de forma que se encontre o seu fundamento e os seus limites legais.

Quando se analisa os tipos de crimes presentes no código penal se pode afirmar que muitos deles podem ser realizados tanto através de um comportamento ativo como através de um comportamento omissivo (tendo como exemplo: o crime de homicídio).

De acordo com o professor Francisco Aguilar, é uma diferença de conceitos que tem por base “uma destrição de conteúdo material prescritivo”. Nesta senda, a omissão está ligado a um comando de carácter material que se traduz numa prestação positiva e que visa o melhoramento de uma posição jurídica de terceiros, “por contraposição ao conteúdo material da proibição que consiste na intromissão na esfera jurídica alheia”.¹

O autor Germano Marques da Silva² define a omissão como sendo um comportamento humano que reside na recusa de uma prestação positiva que corresponde a determinada conduta juridicamente exigida, ou melhor dizendo, a omissão se consubstancia numa situação em que o agente se encontra numa posição que o obrigue a agir, e o mesmo o podendo fazer, não o faz. Esse ato de *non facere* passa a ser relevante para o direito penal pelo facto de lesar bens jurídicos com dignidade penal.

A dignidade penal reflete a necessidade da intervenção do direito penal em certas situações que dada a sua gravidade/relevância exigem a tutela do direito penal, tendo sempre em vista o respeito pelo carácter subsidiário do direito penal.

Com isso, a essência da omissão não está propriamente na abstenção da conduta devida/exigida, mas sim no facto do agente não ter agido de acordo com a imposição da norma de forma a salvaguardar o bem jurídico que se encontra na base da incriminação, e conseqüentemente, dessa abstinência resultar a ofensa ou o perigo para o referido bem jurídico.³

¹ (Aguilar, 2014, p. 998)

² (Silva, 2018, p. 64)

³ (Santos & Leal-Henriques, 2020, p. 77)

A omissão está sempre ligada a uma obrigação jurídica de agir, obrigação essa que contém a imposição do exercício de uma conduta positiva e específica prestada pelo sujeito.

Quanto ao resultado, só é possível preencher o tipo legal através de um crime de omissão quando também for possível no mesmo caso haver uma aproximação normativa da omissão a ação. Quer com isso dizer, que a responsabilidade jurídico-penal do agente que com a sua conduta produziu um determinado resultado através de um comportamento omissivo, só é possível nas situações em que se está perante um tipo legal concreto e que cumulativamente exista uma obrigação jurídica específica de agir.⁴

E nos casos dos crimes omissivos próprios, há circunstâncias que o legislador penal deliberadamente reconhece que algumas violações de obrigações genéricas de agir praticadas pelo agente são penalmente relevantes a um certo nível que passa a ser dispensável a ocorrência de um resultado, nesses casos o agente omissivo pode ser responsabilizado penalmente sem que seja necessário provar a existência material de um resultado. Ou seja, o legislador penal reconhece o elevado grau de importância dos bens jurídicos que se visa proteger, e como forma de aumentar a proteção desses bens jurídicos, dispensa o resultado lesivo para que o tipo legal seja preenchido, sendo suficiente que os referidos bens jurídicos estejam em perigo ou perante uma ameaça de perigo concreto.

Mas a questão do perigo no crime de omissão de auxílio será abordado de uma forma mais aprofundada nos próximos capítulos, por agora a distinção entre a ação e a omissão se apresentam como prioridade.

Para Luden a omissão é comparada a uma ação positiva, de acordo com a sua teoria do *aliud agere*⁵, o agente estaria a agir mas de uma forma diferente (a omissão seria uma forma diferente de ação), mesmo que o agente omissivo nada fizesse, por exemplo, se limitasse apenas a observar ou a abandonar o local do crime, a sua conduta seria considerada sempre como uma conduta positiva. Esta teoria defende que a conduta do agente é sempre por ação, porém o tipo legal pode descrever uma ação ou uma omissão caso esteja em causa uma conduta de “não fazer”. É, por exemplo, o caso de um bombeiro que não apaga as chamas de um prédio para ler um livro, de acordo com esta teoria o bombeiro apenas prestou uma conduta diversa da qual ele está

⁴ (Faria, 2017, p. 148); (Palma, Direito penal Parte Geral — A teoria geral da infração como teoria da decisão penal, 2019, p. 72)

⁵ (D’Avila, 2005, p. 185)

determinado, quando ele deixa de agir na verdade é porque ele optou por prestar uma outra conduta que representa um desrespeito a norma que lhe impunha o dever de agir apagando o fogo.

Enquanto que Beling retrata a omissão como se fosse um processo físico interno do agente, nisso desenvolve uma linha de pensamento em que partindo da ideia base de ação como um comportamento humano voluntário (e focando no aspeto “voluntário” da ação) a omissão poderia ser considerado como qualquer “movimento ou não-movimento corporal”. Dando seguimento a essa ideia, Beling interpreta a omissão como exercer um controle sobre o próprio corpo, por outras palavras, o agente omissor estaria a controlar a sua vontade de não agir da mesma forma que controla a sua vontade de agir. Em termos psicológicos Beling não distingue aquele que por vontade não levantou o braço daquele que por si mesmo levantou o braço, porque o facto de alguém mover voluntariamente uma parte do seu corpo ou conter a mesma parte para não se mover, se trata da mesma manifestação da vontade e, dessa forma, a ação e a omissão consistiriam de igual modo em atos voluntários.⁶

Mas as conceções anteriormente referidas não podem ser atribuídas relevância jurídica, pois os mesmos permanecem no campo ontológico e atualmente se pode dizer que a omissão é comumente aceite como uma realidade normativa e que deve ser analisada mediante pressupostos lógicos de uma norma, tendo como base a norma jurídico-penal que lhe dá origem.

A omissão, tal como a ação, constitui uma das formas específicas de realização da tipicidade, e por isso o professor Figueiredo Dias considera que não é adequado, de todo, que a omissão seja tratada como uma “forma especial de aparecimento do facto punível”⁷.

Contudo, existe muito mais casos de ação do que omissão, e isso além de justificável é também compreensível, sendo que o dever de ação representa uma maior restrição na esfera privada dos particulares, e caso fosse alargada ou generalizada desencadearia com certeza uma insuportável e inadmissível violação aos direitos fundamentais dos cidadãos⁸, nomeadamente consubstanciaria numa restrição da liberdade individual não justificada. Sem esquecer que tem que se atentar a subsidiariedade do direito penal.

⁶ (D’Avila, 2005, p. 186)

⁷ (Dias J. F., Outubro 2012, p. 905)

⁸ (Novais, Princípios estruturantes de Estado de Direito, 2019, p. 100)

Por outro lado, mesmo com tudo isso, a omissão cada vez mais tem ganho o seu espaço como um comportamento humano relevante para o direito penal, assim sendo a criminalização dos comportamentos omissivos deixou de ser considerada uma exceção aos olhos da lei.

Em termos estruturais a ação e a omissão se apresentam como contrárias, e com isso, muitos conceitos referentes a doutrina do facto doloso não podem ser aplicados aos crimes omissivos, prevalecendo o princípio da inversão, que de acordo com Armin Kaufmann se poderia representar a ação como “A” e a omissão como “-A”.

Em contrapartida, analisando as considerações de Radbruch, mesmo que a omissão seja classificada como “-A ou não A”, não se deve aceitar que o conteúdo estrutural da omissão seja interpretada por inteiro como uma trivial relação de oposição a ação, em que se atribui a toda a concepção jurídico-dogmática do crime de omissão um efeito automático de inversão e estabelecendo assim uma correspondência entre os seus institutos, porque ao seguir este pensamento se corre o risco de transformar a omissão num mero reflexo da ação sem uma estrutura própria.

Neste contexto, a omissão não ficaria sujeita a inexistência da ação e conseqüentemente não se aplicaria à omissão as mesmas noções, por exemplo, de causalidade, decisão de realizar o comportamento típico, o dolo, entre outros. E com isso, até os princípios de imputação subjetiva e objetiva teriam contornos diferentes e específicos das que têm quando se trata de uma ação. Pelo facto da maior parte da doutrina se dedicar mais ao estudo da ação, faz com que esses tais contornos específicos e especiais se apresentem com determinadas dificuldades e dúvidas em termos práticos nos crimes omissivos.

Um exemplo de escola muito usado é o da mãe que deixa de alimentar o seu filho com a intenção do mesmo falecer de fome, aqui (sendo possível provar judicialmente) se está presente a criação de um risco proibido que posteriormente se manifesta no resultado morte. Tendo em conta a ideia político-criminal que busca conceber uma equiparação em determinadas matérias da omissão a ação, aqui a omissão em si não se refere a “inatividade” da mãe omissa, mas sim a ação jurídica penalmente relevante que é exigida e esperada, nomeadamente a ação que corresponde aos deveres parentais legalmente impostos a mãe.

Se até aqui a distinção tem sido de certa forma superficial e não levantou grandes dúvidas em relação aos comportamentos omissivos e ativos, agora se levantam dificuldades em relação aos crimes de resultado. Crimes esses que também são

comumente denominados por crimes ambivalentes, de dupla relevância ou duplo significado, e que podem se apresentar relevantes tanto para os crimes de ação como para os de omissão, por exemplo, quando se está presente a omissão de uma conduta exigida por lei que tinha como propósito promover o afastamento ou evitar a ocorrência de um resultado típico.

Outro exemplo que se utiliza muito nesse contexto é o do médico responsável pelos cuidados de um paciente que desliga a máquina de reanimação sendo que o paciente estava prestes a morrer e dessa forma apressa a sua morte. Neste caso, se poderia falar numa conduta ativa porque o médico desligou a máquina provocando a morte da vítima antecipadamente; ou, por outro lado, numa conduta omissiva porque o médico deixou de prestar os cuidados de saúde necessários e na qual estava obrigado. Ou ainda, seguindo a mesma linha de pensamento, caso a máquina não fosse desligada pelo médico, mas sim por um parente com intuito quer de livrar o paciente do sofrimento ou simplesmente com o objetivo de receber a herança mais rápido, esta situação deixaria sem margens de dúvidas de ser considerada uma conduta omissiva e passaria a ser considerada uma conduta ativa.⁹

Uma das soluções apresentadas pela doutrina germânica seria a do emprego positivo de energia no caso da ação ou não no caso de uma omissão por parte do agente que desencadearia o resultado típico. Porém este critério não pode ser plenamente aceite por causa das suas falhas e imprecisões que são alheios a qualquer valoração político-criminal e normativa. Por isso há autores influenciados pela doutrina alemã que defendem uma posição valorativa do “sentido social do comportamento”.

Conforme esse pensamento, a distinção seria baseada tendo em conta o momento em que se estabelece uma ligação de censurabilidade jurídico-penal que poderá ser verificado num comportamento ativo (ação) ou omissivo (omissão).

Esta última posição tem uma maior aceitação em relação a primeira, pois ela dá a devida relevância a natureza valorativa e normativa para a resposta chave que se pretende encontrar. Porém, não pode ser plenamente aceite como solução ao problema devido ao facto de além de não ser simples a tarefa de entender a que “censurabilidade” referem os defensores desta posição, ainda incorre num vício (que segundo Roxin) seria um “círculo vicioso” onde não seria possível definir o tal momento ou ponto de conexão

⁹ (Dias J. F., Outubro 2012, p. 909)

de censurabilidade sem que primeiramente já tivesse definido se o comportamento é ativo ou omissivo.

De acordo com o professor Figueiredo Dias, sendo este problema abordado no contexto do ilícito-típico, e remetendo para a imputação objetiva, o critério a ser seguido para proceder a esta distinção deveria assim ser o da ilicitude típica e o da imputação objetiva. De uma forma muito resumida, conduziria assim a forma da criação do perigo, por exemplo: se o agente com a sua conduta criou ou aumentou um risco proibido que posteriormente se manifesta num resultado, lhe seria imputado uma ação; e caso o agente perante um risco proibido (um perigo) ele não o tivesse diminuído, seria imputado uma omissão.¹⁰

Quando se fala em crimes omissivos se deve ter em conta que nem todas as omissões são penalmente relevantes, existem condutas omissivas que não representam nenhuma ameaça ou perigo para bens jurídicos penalmente tutelados, e existem aquelas que já constituem uma potencial ameaça aos referidos bens, são sobre esses últimos que versa este trabalho.

Os comportamentos omissivos ditos penalmente relevantes se dividem em duas espécies de crimes que são os considerados como crimes omissivos puros e os crimes comissivos por omissão (ou, crimes de omissão imprópria ou impura).

Mas de uma forma em geral se pode delinear alguns elementos essenciais do facto omissivo como sendo:

- O facto omissivo deve sempre coincidir a um não-exercício de uma obrigação imposta por lei, ou seja, quando o agente não cumpre com o que foi estabelecido pela norma;
- Consequentemente, a determinação da omissão exige que o dever imposto seja identificável, e que de uma forma explícita esteja na lei a correspondente ação exigida para o cumprimento do dever;
- É necessário que se possa identificar o sujeito a quem é dirigido o comando da norma, ou seja, o agente omissivo a quem incumbe o dever;
- É imprescindível que o sujeito disponha de capacidade física necessária para executar o comando da norma e dessa forma cumprir o dever, pois na falta de tal capacidade, não lhe poderá ser imputado de forma alguma o crime de omissão;

¹⁰ (Leite, 2007, p. 101)n

- Em relação ao elemento subjetivo do tipo , o dolo ou a negligência, se exige que o agente conheça a circunstância que ele e a suposta vítima se encontram, na qual está assente o dever de agir, assim como o seu conteúdo. Estando ciente de tudo isso, para haver imputação do facto ao agente, o mesmo tem de não cumprir o comando da norma de forma voluntária (dolo); ou no caso de podendo conhecer a obrigação e cumpri-la, não o fazer por não ter agido com o cuidado devido (negligência).

A omissão enquanto fenómeno jurídico penalmente relevante se deve ao incumprimento de um comando imperativo penal que impunha ao agente omissivo um dever de agir.

1.1. Critério normativo

Olhando para o critério normativo se pode dizer que não existe forma de diferenciar a omissão da ação, apenas através de uma análise axiológica é que se pode definir a forma. Como defende a autora Silva Sánchez, essa distinção ocorre na imputação. O omitente tem a possibilidade de realizar infinitas condutas com a possibilidade de serem ou não relevantes para o apuramento da imputação penal, porém, em nenhum dos casos é possível isolar o incumprimento da imposição da norma.¹¹

Neste sentido, se contesta os critérios naturais na diferenciação da ação e da omissão, dando destaque aos critérios de energia, de movimento corporal e da causalidade.¹²

O critério do movimento corporal voluntário, defendido por Von Liszt, representa a omissão como uma “não-execução de um movimento corporal voluntário”, focando no externo.

Já o critério da energia, defendido por Engisch, se baseia no gasto de energia que o agente tem ao praticar uma ação, com isso, a omissão representaria exatamente o não gasto de energia, sendo que a norma impõe um esforço ao agente para o seu cumprimento.

E finalmente, o critério a causalidade que se baseia na existência ou não de um nexos causal entre a conduta do sujeito e o resultado. De acordo com este entendimento, a ação estaria verificada caso o resultado fosse provocado dolosamente por alguém

¹¹ (D´Avila, 2005, p. 202 e 203)

¹² (D´Avila, 2005, p. 204 e 205)

através de um comportamento ativo, e a omissão representaria assim a conduta que o omitente deveria ter tido para evitar o resultado.

Em relação ao critério da causalidade, não se pode aceitar o impulso causal se se considerar que a omissão parte do “reflexo do real-construído”¹³, ou seja, se nada foi feito, nada pode ser gerado. Concluindo assim pela inexistência de uma causalidade natural na omissão.

Porém é de salientar que o facto da omissão não ter causalidade natural, não significa que a conduta do omitente não possa ser causal, por exemplo, a situação em que recai um dever de agir sobre o agente omitente e ele, por sua vez, tem a possibilidade de realizar diversas condutas causais em que nenhuma afasta a imputação da omissão. Dessa forma, tanto a conduta ativa como a omissiva podem ser consideradas causais. E isso é importante porque afirmar a existência de causalidade não exclui necessariamente a existência de uma omissão no caso concreto. Não se pretende substituir a causalidade em si pelo carácter causal de um facto ou de uma pessoa. Na causalidade existe uma relação entre dois elementos, e apenas o carácter causal não permite concluir sobre a existência de uma ação.

O autor Germano Marque da Silva defende que quando se está no âmbito da causalidade da omissão, o que se tem é um juízo hipotético que se traduz num juízo de probabilidade. Com isso, a omissão é a causa do resultado ou do evento sempre que de acordo com as regras da experiência comum (recorrendo a figura do homem médio enquadrado nas circunstâncias do caso concreto) se verifica que o resultado não se teria materializado caso o agente tivesse cumprido com o dever de agir atuando de acordo com as exigências da lei.¹⁴

Ainda no plano normativo, se pode falar no resultado como guia para distinguir a ação da omissão. De acordo com Samson, a ação causa ou piora o resultado (o bem jurídico), enquanto que na omissão se observa um não melhoramento do resultado. E, de acordo com Stratenwerth, há ação sempre que o agente com a sua conduta causa ou aumenta o perigo que se manifesta no resultado, e há omissão quando o agente não diminui o referido perigo.¹⁵

Embora as soluções acima apresentadas recorrem as características do ilícito-típico, as mesmas não resolvem de forma razoável o problema, pois pressupõe uma

¹³ (D’Avila, 2005, p. 206)

¹⁴ (Silva, 2018, p. 84)

¹⁵ (Garcia & Rio, 2018, p. 104)

obrigação de “melhorar” ou de “diminuir” o perigo sem que previamente seja questionado, procedendo assim a uma análise meramente consequencial. Pois o melhorar e o diminuir são critérios de imputação e não de distinção.

Se analisa agora o critério do ponto de gravidade (pode ser denominado por ponto de gravidade da censurabilidade ou ponto de gravidade da conduta penalmente relevante), de acordo com Wessels, é um critério que não se baseia apenas no âmbito normativo, mas também no âmbito do sentido social da ação. Embora seja um critério alvo de muitas críticas como, por exemplo, a ausência da indicação dos limites através do qual se deve compreender “o centro de gravidade da censurabilidade” o que o torna indeterminado e irracional, ao restringi-lo e vincula-lo exclusivamente a dimensão normativa se dá a resposta a muitas dessas críticas.¹⁶

O critério do ponto de gravidade passa a ser capaz de responder positivamente a natureza distintiva da ação e da omissão, partindo da sua identificação normativa e procedendo a uma análise valorativa, conseqüentemente se encontrará vinculada a natureza da norma violada. Com isso, não se poderá estar perante uma omissão caso não exista um dever jurídico de agir, pode-se até dizer que existe, neste critério, uma aproximação do facto com a norma e que só é possível mediante a análise do facto concreto.

2. Os crimes puros de omissão e os crimes impuros de omissão

A omissão tal como a ação é uma forma de comportamento humano penalmente relevante, que por sua vez é dotada de uma carga normativa social negativa. A relevância da referida carga social não se encontra na omissão em si, mas sim no “não agir” do agente que se configura como contrária a ação imposta ou esperada por lei. É a “negatividade ético-social da omissão”¹⁷ que justifica a sua censurabilidade, encontrando os seus alicerces no critério ético-social (que não se confunde com o critério sociológico) e é por este motivo que lhe é atribuído relevância jurídico-penal.

Dogmaticamente se distingue duas classes de crimes omissivos, por um lado, existe os crimes de omissão puros ou denominados crimes de omissão próprios e, por

¹⁶ (D’Avila, 2005, p. 211)

¹⁷ (Carvalho A. T., 2016, p. 550)

outro lado, existem os crimes de omissão impuros ou também denominados impróprios (ou “comissivos por omissão”).

Parte da doutrina os diferencia tendo em conta o seu enquadramento no código penal, nisso, os crimes puros de omissão se encontram tipificados na Parte Especial do Código Penal como uma conduta típica, em que são especificados os seus pressupostos factuais que originam o dever jurídico de agir; ou podem apenas se pronunciar sobre o referido dever e conseqüentemente o agente a quem se dirige o comando. O oposto seria então, os crimes impuros de omissão, estes não estão especificados na lei como tais, porém a sua tipicidade provém de uma cláusula geral de equiparação¹⁸ da omissão à ação, que no caso do Código Penal Português se encontra previsto no seu artigo 10.º n.ºs 1 e 2.¹⁹

Em termos de omissões juridicamente relevantes é possível identificar essencialmente dois pressupostos para criminalizar as condutas omissivas:

- Caso seja uma situação que coloque ou ameace colocar em perigo bens jurídicos muito importantes que outros ramos do direito não conseguem conferir uma proteção suficiente e satisfatória; e/ou
- O caso em que o agente omitente esteja numa situação que lhe imponha uma posição ou um dever especial em relação ao bem jurídico que se visa proteger, isto é, situações que geram uma obrigação do agente omissor evitar determinado resultado.

A doutrina tradicional distingue os crimes omissivos puros dos crimes omissivos impuros defendendo que: nos crimes puros de omissão a tipicidade se esgota no incumprimento da ação determinada pela lei, ou seja, se preenche o tipo legal na simples abstenção de agir e por isso muitos os consideram como crimes de mera conduta²⁰. Diferente são os crimes omissivos impuros ou impróprios, que embora também sejam caracterizados pela ausência de uma ação, têm a particularidade do agente omissor possuir uma posição de garante que lhe obriga a evitar determinado resultado típico. Mas a lei não reconhece essa omissão como sendo a causa da produção do evento material, o facto passa a ser imputado ao agente porque a lei pretende evitar um determinado resultado e o agente na condição de poder e o devendo fazer, não o impede. Lhe é imputado o resultado da conduta omissiva porque a lei faz uma espécie

¹⁸ (Santos & Leal-Henriques, 2020, p. 78)

¹⁹ (Carvalho A. T., 2016, p. 554)

²⁰ (Silva, 2018, p. 64)

de equiparação entre o “não ter impedido o resultado” com produção desse mesmo resultado.²¹

Dessa forma, se observa que existe uma relação de correspondência entre crimes de omissão própria aos crimes de mera atividade, e os crimes de omissão imprópria aos crimes de resultado. Essa tal correspondência é feita tendo em conta tanto a natureza da norma que foi violada, que é admitida nos crimes de omissão própria e proibida na imprópria, como a configuração formal do crime caso estejam tipificados na lei.²²

Neste sentido, o crime de omissão de auxílio se consubstancia num crime próprio de mera atividade, em que não é relevante para o tipo legal a verificação de um resultado lesivo²³, pois não se exige ao agente que o resultado seja efetivamente evitado, não podendo deste modo existir uma ligação direta entre a omissão pura e a ação.

É de se ter em conta que o facto do resultado não ser relevante para efeitos da consumação do tipo, não significa que seja irrelevante em outros aspetos, como por exemplo, para a existência da tipicidade e ilicitude, ou ainda para a determinação da pena concreta.

Para proceder a uma diferença mais criteriosa entre os crimes omissivos próprios e os crimes omissivos impróprios é necessário (de uma forma breve) apontar alguns critérios que se considera principais e fundamentais, de modo a que se possa analisar com mais propriedade os critérios que atualmente têm mais relevância (nomeadamente o critério do resultado e o critério do tipo penal) para esta distinção.

Isto posto, os critérios que mais se destacam neste contexto são: o critério normológico, o critério lógico-objetivo de Schunemann, critério do dever de garante e o critério Herzberg²⁴.

- Critério normológico – praticamente já é unânime a sua não aceitação. É fundamentada na natureza da norma violada, seja ela uma norma percetiva ou proibitiva, dependendo do caso se se está presente uma omissão própria ou imprópria. Assim sendo, a omissão própria corresponderia a violação de normas percetivas, ou seja, aquelas que têm um comando positivo para a realização de uma determinada conduta (uma imposição de agir). E o contrário seria então o crime omissivo impróprio que corresponderia a violação de uma norma

²¹ (Leite, 2007, p. 117)

²² (Assunção, 1994, p. 18)

²³ Assim (Carvalho A. T., 2016, p. 555); (Assunção, 1994); (Garcia & Rio, 2018, p. 923)

²⁴ (D’Avila, 2005, p. 217)

proibitiva, ou seja, que impunha a obrigação de evitar determinado resultado. Este critério, através da sua fundamentação, tenta trazer para os crimes de omissão o princípio da causalidade que passa a equiparar determinadas omissões às ações. Em confronto, se constata que as omissões impuras (do mesmo modo que as condutas ativas), também elas produzem resultados decorrentes da violação da proibição da conduta que acaba por resultar na lesão de bens jurídicos. Já as omissões puras se definem pela norma violada.²⁵

- Critério de Herzberg – de acordo com este critério, o crime omissivo próprio é aquele que está descrito no tipo legal e que apenas pode ser praticado na forma omissiva; e o contrário, o crime omissivo impróprio é aquele que o tipo legal prevê a sua realização tanto na forma omissiva, quanto por ação.
- Critério do dever de garante – neste critério o elemento que distingue a omissão pura da impura é a exigibilidade (ou não) do dever de garante, que não existe nas omissões puras, mas se consubstancia no elemento fulcral para as omissões impuras.
- Critério lógico-objetivo de Schunmann – alguns elementos deste critério tendem a aproximar-se do critério do tipo penal. Ele se baseia no elemento, acima de tudo, material, desta forma os crimes omissivos impróprios são equiparados no âmbito do direito penal a uma conduta positiva (a prestação de uma ação).

Mas nenhum desses critérios podem ser, de todo, aceites por falta de uma ressonância axiológica que confira legitimidade material em âmbito jurídico-penal, recorrendo assim aos dois critérios anteriormente referidos que é o do resultado e o do tipo penal, pois os mesmos focam no problema em análise.

No que toca aos crimes omissivos próprios, o autor Germano Marques da Silva²⁶ identifica quatro elementos essenciais, são eles:

- A existência de uma circunstância típica que produza um dever de agir;
- A existência da imposição legal de uma obrigação de agir;
- Que a abstinência da ação seja contrária a conduta imposta pelo respetivo dever ; e

²⁵ (D'Ávila, 2005, p. 217) (Assunção, 1994, p. 22)

²⁶ (Silva, 2018, p. 65)

- Que o sujeito tenha capacidade de ação.

É de salientar que nos crimes omissivos próprios o tal dever imposto é normalmente especificado na própria redação da lei.

2.1.1.1. Critério do resultado ou critério tradicional

Consoante a concepção tradicional de crimes de omissão, o crime de omissão pura ou também conhecido por crime de mera atividade se traduz num comportamento que seria o oposto ao exigido por lei, dessa forma, a sua formulação acaba por se limitar a própria desobediência de um comando normativo. Enquanto que no caso dos crimes de omissão impura, está em causa a violação de um direito subjetivo alheio, que devido a própria inatividade do agente passa a ser geradora de um resultado que usualmente seria produzido através de um comportamento ativo, através de uma ação.²⁷

O crime de omissão própria corresponde ao crime formal ou de mera atividade. Portanto, para que se possa afirmar que houve um crime de omissão própria não é necessário que se verifique a existência de um resultado lesivo na esfera jurídica pessoal alheia (da vítima), pois este depende de uma obrigação ou de um comando jurídico de agir, e é aí que se encontra o valor da conduta — na obrigação de agir — e a infração materializa o desvalor que se cumpre em si mesmo, que é autónomo de um resultado lesivo para algum bem jurídico, e que pode ser considerado como mero requisito objetivo de punibilidade.²⁸

Nas palavras da autora Maria Assunção “O crime de omissão própria permanece em definitivo, como a única classe de ilícito penal improdutiva de consequências naturalisticamente não observáveis no sistema global de delito”²⁹. Quer com isso dizer, que se pode considerar que os crimes de omissão própria são (em comparação aos restantes crimes formais), os que em exclusivo se pode denominar verdadeiramente como crimes sem resultado ou crimes formais.

Por outro lado, os crimes omissivos impróprios estão vinculados ao resultado típico que o sujeito (ao qual recai sobre si um dever de garante) tem o dever de evitar. Podendo fazer uma correspondência com os crimes comissivos de resultado. Nestes casos, a relevância do resultado típico é tanta que muitas vezes pode ser referenciada como fundamento desse tipo omissivo.

²⁷ (Assunção, 1994); (D’Avila, 2005, p. 219); (Sousa, 2012, p. 234)

²⁸ (Leite, 2007, p. 51)

²⁹ (Assunção, 1994, p. 19)

Em conclusão se destaca o aspeto linguístico que faz com que omissão pura se aproxime do conceito de mera desobediência do comando legal e a omissão impura se enquadre no âmbito da causalidade, se aproximando dessa forma de uma ação positiva.

2.1.2. Critério do tipo legal ou critério formal

Este critério tem por base o tipo penal como elemento diferenciador entre o crime de omissão pura e impura.

Nos crimes omissivos próprios se verifica a existência de uma previsão legal expressa, em que a omissão se encontra tipificada. Já nos crimes omissivos impróprios as condutas omissivas não se encontram descritos num tipo legal específico, mas sim são o fruto da combinação de uma cláusula geral com o tipo penal de crime comissivo.³⁰

2.2. Classificação do crime de omissão de auxílio

Antes de proceder com a investigação é de extrema importância focar e classificar o crime de omissão de auxílio em si, que se encontra plasmado no artigo 200.º do código penal. Desta forma, o crime de omissão de auxílio pode ser classificado:

- Quanto ao autor é um crime comum porque o tipo legal não exige nenhuma qualidade específica ao autor, podendo o tipo ser preenchido por qualquer pessoa;
- Quanto a conduta é um crime de mera atividade porque é um crime sem resultado, para o tipo incriminador estar preenchido basta que o agente não execute a conduta exigida pela norma, que se traduz no comportamento indispensável para o afastamento da situação de perigo em que a vítima se encontra;
- Quanto ao bem jurídico é um crime de perigo concreto porque o elemento “perigo” faz parte do tipo legal e o que se pretende é o devido afastamento do referido perigo, dessa forma é necessário comprovar no caso concreto que o bem jurídico esteve em perigo ou sobe uma ameaça de perigo iminente;
- Quanto ao modo de tutela do bem jurídico é um crime complexo pois a norma visa uma proteção unitária de vários bens jurídicos pessoais, nomeadamente a vida, a integridade física ou a liberdade;

³⁰ (Leite, 2007, p. 53)

- Quanto ao modo de execução é um crime instantâneo pois a tipicidade se preenche num único momento, o crime é consumado no instante que o autor deixa de prestar o auxílio devido e necessário.

Vale a pena frisar que embora o crime de omissão de auxílio seja um crime de mera atividade, ou seja, em que não se exige a efetivação de um resultado, não significa que o mesmo possa ser considerado como um crime de mera desobediência, mesmo que ambos não exijam que haja a consumação do resultado.

O crime de mera desobediência tem por base o incumprimento de uma ordem legal normalmente emitida por uma autoridade ou um funcionário com capacidade para tal, ou melhor dizendo, o simples descumprimento do comando legal já preenche o tipo legal, pois a própria desobediência acaba por ser o fundamento e a legitimação deste crime.

Diferente será então o crime de omissão de auxílio que tem por base bens jurídicos fundamentais, e que a sua legitimidade não se limita apenas ao comando imperativo de uma norma, este comando imperativo ou este dever de agir é consequência da proteção dos bens jurídicos pessoais da vítima necessitada que o direito penal visa tutelar.

Nesta linha de pensamento, o crime de omissão de auxílio nunca poderia ser considerado como um crime de mera desobediência porque perderia, desse modo, o que o legitima, e com isso este crime passaria a ser considerado inconstitucional. Como se verá nos próximos capítulos, a intromissão na vida dos particulares caso o crime de omissão de auxílio fosse considerado um crime de mera desobediência seria excessivo e violaria desde logo o princípio da proporcionalidade em todas as suas vertentes, daí que não teria outra solução a não ser declara-la inconstitucional.

O crime de omissão de auxílio não pode ser definido pela simples vontade do Estado, é um crime que dado as suas particulares características tem de coincidir necessariamente com as funções do direito penal, incidindo sobre a proteção de bens jurídicos fundamentais e dentro dos limites constitucionais, destacando antemão o princípio da proporcionalidade.

2.3. Legitimidade

Analisar a legitimidade do crime de omissão de auxílio é responder à questão ligada diretamente a sua origem, e justificar essa intromissão que é feita na vida dos

particulares, assim como os custos suportados por eles, nomeadamente a custa da sua autonomia individual e liberdade.

Os motivos pelo qual Luden defende o critério do resultado em sede de distinção entre omissão pura e impura não faz sentido atualmente, porém ajuda de certa forma a compreender a legitimidade do crime de omissão pura.

Na época em que se desenvolveu o critério do resultado³¹, o mesmo se encontrava vinculado a violação do valor que legitimava o ilícito, tendo correspondência direta com o direito subjetivo de terceiros. Pode-se dizer que era a lesão ao direito subjetivo de terceiros que legitimava a intervenção jurídico penal, pois numa sociedade dominada pelo sistema iluminista de igualdade e de individualidade, era de se esperar que o crime fosse considerado como a efetiva ofensa à esfera privada do outro. Portanto, o foco da tutela era voltado ao agir e a omissão configurava uma exceção.

Com a evolução da sociedade e do direito penal, através da teoria do crime, o fundamento do ilícito penal passou a ser a lesão de um bem jurídico ao invés do direito subjetivo de terceiros. Com isso tornou-se possível determinar as omissões que seriam efetivamente dignas de serem tuteladas pelo direito penal e não configuradas apenas como simples exceções penais.

Ainda de acordo com a distinção de Luden, os crimes de omissão ao produzirem um resultado material poderiam ser consideradas lesivas de um bem jurídico, ao passo que as meras omissões que simplesmente desobedeciam a um comando legal é que causavam uma dúvida sobre a legitimidade penal dos mesmos.³²

Atualmente o resultado natural perdeu a significância que detinha no passado na teoria do crime, dessa forma a sua relevância jurídica passou a constituir mais uma forma de exteriorização da ofensividade. E conseqüentemente o resultado perdeu a qualidade que o legitimava por excelência a ser considerado como o parâmetro principal para a classificação dogmática do ilícito típico no contexto omissivo.

De acordo com Kaufmann, o resultado nunca pode ser utilizado como elemento diferenciador entre a omissão própria e a omissão imprópria, pois os crimes omissivos próprios, não raras vezes também podem ser crimes com resultado. Seguindo esta linha de pensamento, caso o resultado fosse considerado como um critério diferenciador, ocorreria o erro de não poder existir omissão própria com resultado, porque a presença

³¹ (D'Avila, 2005, p. 225 e 226)

³² (D'Avila, 2005, p. 227)

do resultado indicaria de imediato que o mesmo seria imprópria³³, e o crime de omissão de auxílio deixaria de ser legítimo.

Os crimes omissivos impróprios pelo facto de não possuírem um tipo penal próprio, são mais exigentes quanto a uma construção doutrinária que legitime a sua imputação penal, e este é que é um dos maiores problemas que se levanta quanto a estes crimes, e não propriamente o resultado. O que está na base de toda essa problemática se relaciona diretamente com os princípios fundamentais de direito penal, especialmente princípios constitucionais de legalidade e taxatividade.

Isto posto, se poderia considerar que o crime de omissão pura tem mais legitimidade que o crime de omissão impura?

Quando se pensa no âmbito do poder do Estado em intervir na vida privada dos cidadãos, sempre surgem algumas dúvidas em relação a sua legitimidade para impor determinadas obrigações positivas. E essa intervenção estatal confere a omissão um certo grau de excecionalidade, pois se a regra é a da proibição de interferir na esfera pessoal de terceiro, a omissão acaba por se legitimar através de constatação da existência de direitos subjetivos excepcionais que se vinculam a determinadas obrigações positivas. Desta forma, o não agir passa a ser considerado como uma violação de um direito subjetivo e, por isso, fica sujeito a uma sanção estatal.³⁴

Tratando-se de um Estado de direito, pode-se justificar os crimes de omissão não como deveres especiais, mas sim como deveres de solidariedade social e, por isso, a violação dos deveres fundamentais de agir afetam diretamente bens jurídicos.

Em relação aos crimes omissivos impuros se verifica muitas vezes o instituto denominado de posição de garante – não seria este instituto uma forma de vincular as pessoas a um dever de assegurar a preservação de uma estrutura estatal? Em bom rigor há a possibilidade de existir uma coincidência entre a posição de garante e o dever de proteção de determinados bens jurídicos que fazem parte estruturalmente do poder do Estado.

Em função do que foi dito, Novoa Monreal, defende a existência da legitimidade dos crimes de omissão pura ou de simples desobediência, pois o mesmo alega que os crimes omissivos podem ser totalmente aceitáveis no Estado de direito sobe a condição dos mesmos serem fundados na solidariedade, no humanitarismo, no interesse comum

³³ (D'Avila, 2005, p. 228)

³⁴ (Costa J. d., Direito penal especial, Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial, 2004), p. 68

da comunidade e sobre tudo desde que tenham como limites os direitos fundamentais do homem.³⁵

É de salientar que nos dias de hoje os crimes de mera desobediência que se traduzem numa transgressão meramente formal não podem ter lugar no direito penal (ou pelo menos não com essa terminologia), pois é necessário que os crimes omissivos próprios tenham por base a ofensividade.³⁶

Para entender melhor a relação entre o crime omissivo próprio e ofensividade, ou melhor dizendo, entre a ofensa ao bem jurídico, é necessário recuar no tempo e analisar algumas construções doutrinárias formais do século XX.

Para Binding, toda proibição tem por objetivo evitar uma alteração no mundo jurídico que tenha como origem uma ação humana, mas para alcançar tal objetivo existem diversas formas de o fazer, e são essas diferenciadas formas que possibilitam proceder a uma classificação das proibições dividindo-as em 3 grupos: as proibições de lesão, as proibições de pôr-em-perigo e as simples proibições.

As relações que são estabelecidas entre estes grupos e o objeto da ofensa são diferentes, como por exemplo: enquanto que o primeiro grupo (proibições de lesão) visa a proibição de ocorrer um determinado resultado, já o segundo grupo (proibições de pôr-em-perigo) se apresenta como uma proteção prévia ao resultado ou ao perigo, é como se fosse uma proteção precedente ao resultado e, por fim, as simples ofensas representam a função de proibir uma ação humana, sem relação direta com a produção de um resultado, são as chamadas proibições de mera desobediência.³⁷

De acordo com pensamento de Binding, os crimes omissivos próprios se enquadrariam nos referidos crimes de mera desobediência, e por assim ser passariam a ser considerados ilícitos meramente formais.

Consoante Liszt, o ilícito surge de factos juridicamente relevantes com origem em todas as alterações que sejam perceptíveis pelos sentidos, e que provocam transformações no mundo exterior. Só a ação humana tem a capacidade de agregar os elementos que constituem o ilícito que são exteriorizados através de dois elementos

³⁵ (D'Avila, 2005, p. 243)

³⁶ (Costa J. d., Noções fundamentais de direito penal *Fragmenta iuris poenalis* : Introdução — A doutrina geral da infração [A ordenação fundamental da conduta (facto) punível; A conduta típica (o tipo); A conduta ilícita (o ilícito)], 2009, p. 172)

³⁷ (D'Avila, 2005, p. 252)

fundamentais – a ação voluntária e o resultado. Neste contexto, a ação traduziria tanto a produção como o não-impedimento de um resultado.³⁸

Beling por sua vez tenta apresentar um conceito de ação como um supra conceito, em que nele se podem enquadrar os fenómenos comissivos e omissivos, nisto, desconsidera qualquer elemento que remeta a imputação do facto, como por exemplo: a causalidade e o resultado do conceito da ação. Restringindo o conceito da ação a um conceito mecanicista e psicofísico, como foi anteriormente referido – a omissão para Beling está relacionado com o controle motor dos nervos, acaba por se traduzir num processo físico interno do omitente. De acordo com este ponto de vista, só podem existir dois tipos penais – os estritamente comissivos realizados através um movimento corporal (ação), os crimes omissivos em que se está presente uma inatividade ou uma não-ação; e o outro tipo penal seria então os tipos penais comissivos em sentido amplo – esses últimos tipos penais, tanto poderiam ser realizados mediante um movimento corporal ou uma inatividade. E são exatamente esses casos que na sua relação com o objeto da ofensa, possibilitariam o surgimento dos crimes omissivos materiais e formais.³⁹

E ainda existem os crimes omissivos materiais, que seriam aqueles que exigissem um determinado resultado cumulativamente com a ação esperada, e os crimes omissivos formais que seriam considerados como os de simples atividade ou inatividade, em que não houvesse a exigência de causalidade de um resultado. O crime de omissão de auxílio estaria enquadrado nesses crimes omissivos formais.

Embora as posições atrás mencionadas convergem em denominar o crime omissivo próprio como um ilícito típico meramente formal, o que já foi anteriormente recusado, não se pode descartar que essas concepções foram positivas para o desenvolvimento e evolução doutrinária da compreensão do fenómeno omissivo.

Gallas encontrou o objeto da lesão dos crimes omissivos no contexto da ordem social, pois a omissão, de acordo com o seu pensamento, provocaria perturbações para o bom funcionamento da sociedade, o que ele denominou como uma lesão a um interesse concreto. O conteúdo material nos crimes omissivos seria então o resultado perturbador à ordem social.⁴⁰

³⁸ (D'Avila, 2005, p. 254)

³⁹ (D'Avila, 2005, p. 259)

⁴⁰ (D'Avila, 2005, p. 266)

Ainda conforme Gallas, os crimes omissivos próprios não impõe ao omitente a obrigação de impedir o resultado, mas se apresentam como uma obrigação especial em que alguém se encontra na posição de garante em relação a determinado bem jurídico, e dessa situação surgem responsabilidades que não são observadas nos crimes omissivos impróprios.⁴¹

Focando no crime de omissão de auxílio, Gallas, defende que a obrigação de prestar auxílio se limita apenas ao auxílio necessário, sem que o resultado seja decisivo, pois o crime de omissão de auxílio é um crime omissivo próprio. Mas isso traz consigo as suas consequências, pelo facto do resultado não ser tão relevante neste tipo de crime faz com que seja suficiente o facto do agente não ter aproveitado a oportunidade de impedir o dano, para que se preencha o tipo legal, pois o crime de omissão de auxílio se traduz num crime de perigo e não de lesão. Neste ponto se pode estabelecer uma diferença entre o crime omissivo impróprio e o próprio, pois no impróprio seria necessário que tivesse praticamente a certeza de que seria impedido o resultado.

Algo interessante das concepções de Kaufmann, é facto de ele identificar no crime de omissão de auxílio um “tipo penal de tentativa”, seria então a “omissão da tentativa de impedir o dano” que por si só já seria um requisito suficiente para o tipo penal estar preenchido.⁴²

Schwarz se baseia no pensamento de Kaufmann e vai mais além, defende que os crimes omissivos são violações de normas preceptivas que se concretizam numa infração culminada ao dever de impedir o resultado.⁴³ Assim sendo, não faz parte só os crimes omissivos impróprios como também engloba os crimes de omissão própria, pode-se ter como exemplo: o crime de omissão de auxílio e o crime de omissão de denúncia de crime.

Mas por outro lado, Schwarz afirma ser dispensável que se demonstre um resultado concreto lesivo para que o tipo legal seja preenchido. Resumindo Schwarz reconhece que o facto de existir um dever de impedir o resultado, não quer dizer que tenha necessariamente uma relação direta com a exigência de um juízo de imputação do resultado, uma coisa não leva forçosamente a outra.

Aqui se pode concluir que o que legitima os crimes de omissão de auxílio não pode ser mais o direito subjetivo de terceiro, mas sim a lesão de um bem jurídico, por

⁴¹ (D’Avila, 2005, p. 267)

⁴² (D’Avila, 2005, p. 270)

⁴³ (D’Avila, 2005, p. 272)

outras palavras, é o bem jurídico que está na base da incriminação da omissão de auxílio e que o faz ser digno de tutela jurídico-penal. Essa legitimidade se fundamenta num dever de solidariedade social. Isto posto, o crime omissivo (no geral) pode ser visto como resultado de uma conduta humana social e ao mesmo tempo normativamente relevante.

É necessário salientar ainda que não existe a imposição sobre o agente do crime de omissão de auxílio uma obrigação especial de evitar o resultado. E nem se observa a descrição de nenhuma circunstância típica na norma, o que leva a conclusão de que este dever de agir é derivado da existência de uma relação factual de proximidade entre o agente e a vítima, não fazendo parte do tipo legal outros pressupostos que possibilitem graduar a ilicitude do comportamento omissivo com a finalidade de equiparação a um comportamento ativo. Dito isto, e como complemento, se enquadra o crime de omissão de auxílio na categoria de omissão pura ou própria.

3. A solidariedade social

3.1. A solidariedade social como um bem jurídico

Hoje em dia, se pode dizer que o entendimento de que o Direito Penal se fundamenta e tem como função proteger interesses fundamentais inerentes a vivência do homem na sociedade, se traduz num conceito aceite pela generalidade da doutrina.

De acordo com o autor José Faria Costa⁴⁴, o entendimento do bem jurídico possibilitou a perceção do que mudava ou poderia permanecer no direito penal no que diz respeito a sua evolução e adaptação as novas realidades que vão surgindo na sociedade, nisto, em relação aos tipos legais de crimes permitiu que não só fosse possível os perceber como também identificar o que pode ser considerado como elemento essencial dos mesmos.

O conceito de bem jurídico dá origem a uma dualidade de ideias que por vezes gera contradições entre o que é e o que deveria ser o direito penal, por exemplo, se afirma que as normas penais visam a proteção de bens jurídicos, e conseqüentemente seria a lesão desses tais bens jurídicos que representa o fundamento do crime, mas por outro lado, quando se afirma que as normas penais deveriam proteger os bens jurídicos,

⁴⁴ (Costa J. F., 2000, p. 184)

se assume a existência de um princípio político-criminal de “exclusiva proteção dos bens jurídicos”⁴⁵.

De acordo com o autor Juan Lascurián⁴⁶ a expressão “bem jurídico” apenas deveria ser usado quando inserido no contexto dogmático de proteção do objeto da norma penal, isso porque em termos político-criminais o bem jurídico assume um caráter bastante abstrato.

A exigência da ofensividade quando diz respeito à proteção exclusiva do bem jurídico, representa o início do juízo que se faz em relação a proporcionalidade⁴⁷, que dado a sua amplitude deixa de ser uma análise apenas do direito penal, e passa a ser, em bom rigor, constitucional, o que pode ser comumente denominado como princípio da proteção exclusiva dos bens jurídicos e, por outro lado, quanto a sua aplicação prática, denominado como um princípio mais complexo de legitimação.⁴⁸

O bem jurídico permite não só delimitar mas também compreender a legitimidade por detrás de cada norma, em outras palavras, é no bem jurídico que se encontra o fundamento da própria ofensividade do crime.

O princípio da proporcionalidade consubstancia uma teoria política na qual se define o que legitimamente pode ser protegido mediante uma pena e também qual a intensidade que a referida proteção pode expressar, ou seja, exige que a proteção seja legítima e que haja ofensividade da conduta.⁴⁹

“O direito penal tem a positiva função de tutela dos bens jurídicos fundamentais, isto é, nos valores individuais e comunitários essenciais à realização pessoal e à convivência pessoal”.⁵⁰

O facto do papel primordial exercido pelos direitos fundamentais no âmbito dos bens jurídicos penais, demonstrarem um reflexo natural da sua relevância enquanto representantes dos valores constitucionais, faz com que a proteção dos referidos bens caiba necessariamente ao direito penal, principalmente quando estejam em causa bens jurídicos de grande importância social. Pois se exige que a ordem jurídica empregue os instrumentos mais punitivos do ordenamento sancionatório, que é destinado para o direito penal, o contrário seria a conclusão de que a ação do direito penal deve se limitar

⁴⁵ (Lascurián, 2017, p. 718)

⁴⁶ (Lascurián, 2017, p. 719)

⁴⁷ (Miranda, Curso de direito constitucional — 1 Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais, 2018), p. 299

⁴⁸ (Lascurián, 2017, p. 719)

⁴⁹ (Lascurián, 2017, p. 248)

⁵⁰ (Carvalho A. T., 2016, p. 57)

a apenas às lesões que sejam revestidos de um caráter mais relevante no que toca aos interesses tanto individuais como coletivos, e que sejam reconhecidos a nível constitucional.⁵¹

Se encontra no fundamento do direito penal (nas palavras do autor José de Faria Costa) o “fundamento do processo de hominização”⁵², à vista disso, o direito penal acaba por possuir uma dimensão constitutiva do nosso ser enquanto membros de uma sociedade.

Deste modo, o direito penal reside na efetivação da defesa do bom convívio em sociedade, assim como promover o respeito pelos valores fundamentais mínimos estruturantes da mesma. E o direito penal executa esta tarefa mediante a tutela dos bens jurídicos, em que incriminando algumas condutas (seja através de proibições ou de imposições), acaba por articular comandos com força vinculativa.

O incumprimento de tais comandos representam uma violação ou ainda a criação de um perigo para os referidos bens jurídicos tutelados, refletindo tanto num desrespeito pela Lei fundamental como num desvalor da ação que o configura como um ilícito penal, e é isso que fundamenta a aplicação de uma sanção criminal ao respetivo agente.

De acordo com a professora Fernanda Palma, a legitimação se encontra veiculada pelo conceito do bem jurídico⁵³, e o bem jurídico, nas palavras do Professor Figueiredo Dias, é “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁵⁴.

Ainda de acordo com o Professor Figueiredo Dias, o bem jurídico tem um valor político criminal muito útil, pois o mesmo se ascende a um padrão crítico de todo o sistema jurídico penal, e é reconhecido que o âmbito dos bens jurídicos passíveis de tutela jurídico penal, consistem numa ordenação axiológica semelhante a que preside a constituição.⁵⁵ Se verifica entre essas duas ordens uma relação de “analogia material” que se baseia no seu cerne numa reciprocidade de sentido e de fim, que por outro lado, procede também a essa correspondência a obrigação da ordem jurídico constitucional de

⁵¹ (Brandão, 2017, p. 241)

⁵² (Costa J. d., Direito penal e liberdade, 2020, p. 146)

⁵³ (Palma, DIREITO PENAL Conceito material de crime, princípios e fundamentos, 2016, p. 75)

⁵⁴ (Dias J. F., Outubro 2012, p. 14)

⁵⁵ (Dias J. d., O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio constitucional, 2009, p. 34)

constituir simultaneamente um quadro de referência e um critério que regule a atividade punitiva do Estado.

O bem jurídico é assim orientado pelo objeto e o motivo pelo qual merece ser tutelado pelo direito penal, mas antes disso, tem que ser procedente uma interpretação teológico racional que permita formular uma base dogmática segura.

Sem querer aprofundar nas teorias do bem jurídico, é de se afirmar que as concepções positivistas-legalistas não podem ser aceites, pois nunca se poderia aceitar que o conceito do bem jurídico partisse da vontade do legislador ordinário.

Do mesmo modo, a concepção sociológica sistemático-funcionalista do bem jurídico-penal não poderá ser aceite, não cabe as normas penais a garantia de que é legítimo que cada cidadão confie e espere que o outro cumpra ou aja de acordo com as suas expectativas, porque não é a função primordial do direito segurar a funcionalidade do direito penal. Além do mais, esta teoria retira a autonomia de determinar os valores e os bens jurídicos passíveis de serem qualificados como bens jurídico-penais.⁵⁶

Assim sendo, para um bem jurídico ser considerado um bem jurídico digno de tutela penal é preciso que o mesmo na sua formulação tenha concretizado valores constitucionais que estejam expressamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.

O Estado de direito reconhece na tutela dos bens jurídicos um princípio constitucional imperativo que se consubstancia não só num princípio geral fundamental como também na própria estrutura do ordenamento jurídico-penal. Se pode dizer que este *princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos*⁵⁷ representa a obrigação do Estado de proteger os valores sociais que, devido as suas relevâncias, se elevam a bens jurídicos. Disso surgem dois princípios que se complementam: o princípio constitucional de garantia que diz respeito a referida ofensa e que serve como justificativa da necessidade de tutela jurídica, e o princípio constitucional impositivo referente a intervenção penal necessária.

Só é admitido como meio de tutela para a proteção de bens jurídicos, os meios que tenham capacidade de assegurar a integridade do bem contra o perigo de lesão, e que possa ser fundamentado e racional a constituição como um meio idóneo, de modo que o legislador ache necessário.⁵⁸ Não se observa nenhuma imposição absoluta na constituição da mesma obrigar a criminalização de determinadas condutas, pelo

⁵⁶ (Carvalho A. T., 2016, p. 62ss)

⁵⁷ (D'Avila, 2005, p. 65)

⁵⁸ (Brandão, 2017, p. 257)

contrário, o que é imposto é o cumprimento de uma finalidade que se traduz na garantia de uma tutela efetiva.⁵⁹

Ao prestar atenção no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, se conclui que o regime jurídico aí estabelecido se baseia no critério jurídico-constitucional para a determinação da definição material do bem jurídico-penal. A tarefa do legislador ordinário, por força deste critério, fica subordinada a determinação dos bens jurídicos-penais por meio da criminalização de comportamentos específicos.

O conceito material de crime pode ser definido como toda a conduta humana que provoque danos ou coloque em perigo bens jurídicos fundamentais.

Essa ideia de que o crime lesa bens fundamentais em vez de direitos vem desde a Birnbaum (séc. XIX), em que se afirma que a prática de crimes não tem por resultado a lesão de direitos, mas sim de bens, isto é, entidades que vão muito além da própria ordem jurídica.

Os bens jurídicos podem não ser realidades tangíveis, concretas, mas representam valores da existência social⁶⁰, o que quer dizer que são formados mediante processos sociais comunicativos, consequência de um consenso da sociedade onde se originou. E por isso legislador não cria efetivamente esses bens, pois os mesmos subsistem e preexistem, mas o legislador ao lhes conferir tutela jurídica os transforma em bens jurídicos. Esses bens configuram interesses provenientes da convivência social, daí serem considerados valores tidos como fundamentais à própria existência da sociedade que se organiza em termos de Estado.

As condutas que de certa forma ou em certo grau agridam, ofendem, ou representem um risco para esses interesses, devem ser objeto de uma resposta penal (quando tal função não couber a outra área de estudo de Direito).

Não cabe ao Direito Penal a tutela de todo e qualquer bem jurídico, a interferência do Direito Penal tem ser com o objetivo de tutelar as situações geradoras de lesões mais graves aos referidos bens jurídicos que, por outro lado, devem ser classificados como bens jurídicos fundamentais, à vista disso é que se considera que o Direito Penal tem um carácter subsidiário e fragmentário.

Portanto, o Direito Penal só pode intervir com o fim de proteger bens jurídicos fundamentais, que se consubstanciem em valores, interesses sociais e individuais juridicamente aceites tanto pelo próprio direito, como pela coletividade, em função da

⁵⁹ (Brandão, 2017, p. 259)

⁶⁰ (Neumann, 2012, p. 521)

relevância que são atribuídos pela sociedade, assim como pelo reconhecimento das suas valorações éticas, sociais e populares. O Direito Penal fundamenta, desta forma, a sua intervenção não apenas na natureza dos bens jurídicos em causa, que por sinal devem ser bens jurídicos fundamentais, mas também tem em consideração à intensidade da lesão para com esses bens jurídicos fundamentais.⁶¹

Dessa forma, o direito penal é pautado pelo princípio da proporcionalidade, princípio este que impõe limites e ao mesmo tempo fundamenta a sua atuação, mais precisamente a sua intervenção na esfera jurídica dos particulares. Tendo este princípio em mente e no contexto da omissão de auxílio é de se afirmar que nem sempre o fim justifica os meios. Daí a necessidade de estudar o bem jurídico tido como justificação base deste crime.

A norma que se encontra na base do dever de auxílio visa proteger um bem jurídico tido como indispensável à vida em sociedade que se traduz na solidariedade social, cuja a sua violação resulta na lesão de um interesse juridicamente relevante.

Quanto ao enquadramento do artigo 200.º do código penal, o mesmo se encontra na Parte especial, no título I referente aos crimes contra as pessoas, e mais precisamente no capítulo VIII Dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais.

Aqui é necessário fazer uma breve reflexão sobre a solidariedade social como um bem jurídico protegido pelo dever genérico de auxílio para que se encontre uma definição que seja coerente com a ordem axiológica constitucional.

De acordo com Roxin a única justificação para proteger normas éticas num Estado de Direito, é que as mesmas sirvam para evitar danos a boa convivência em sociedade.

Uma das problemáticas que se encontra neste contexto é o facto de a solidariedade social estar conexas à moral, o que suscita uma questão muito pertinente para quem defende que a solidariedade social não pode ser elevada à categoria de bem jurídico penal.

Se assim fosse, se a solidariedade social não fosse considerado um bem jurídico, seria possível ser o objeto da proteção da norma a segurança pública?

Solidariedade no sentido literal da palavra de acordo com o dicionário significa “um sentimento de identificação em relação ao sofrimento dos outros...tem origem no francês *solidarité* que também pode remeter para uma responsabilidade recíproca”. Daí

⁶¹ (Costa J. d., Noções fundamentais de direito penal *Fragmenta iuris poenalis* : Introdução — A doutrina geral da infração [A ordenação fundamental da conduta (facto) punível; A conduta típica (o tipo); A conduta ilícita (o ilícito)], 2009, p. 172)

se extrai imediatamente a relação humana que o conceito de solidariedade transmite, remetendo para a existência de um vínculo que se estabelece entre duas ou mais pessoas. Vínculo esse que leva o ser humano a considerar o outro como “o meu igual ou meu semelhante”.

Se pode até mesmo recorrer ao contributo cristã quando o mesmo aclama para o homem amar ao próximo como a ele mesmo, transmitindo a ideia de que todos os Homens têm a mesma dignidade (a dignidade humana). Em muitos casos, reconhecer a situação de perigo em que se encontra a vítima ou um grupo necessitado de ajuda e a prontamente se dispuser a ajudar se traduz na capacidade de empatia que se tem com o próximo.

Mas vale salientar que o universalismo transmitido pelo conceito de solidariedade entre os homens não é oriundo da doutrina cristã. A filosofia estoica, derivado do pensamento sofista através da conceção de uma visão antropológica do homem como ser social, já reconhecia o sentimento de fraternidade como uma ligação que de forma natural unia todos os homens como seres iguais e participantes do mesmo «logos». Só mais tarde que o humanismo cristão veio difundir esta ideia de fraternidade fundada no respeito e compaixão pelo semelhante.

Daqui resulta a natureza relacional do conceito de solidariedade que acaba por se manifestar, neste sentido, em todos os aspetos da vida do Homem e pressupõe uma interdependência mútua.

A partir do momento que o Homem tem a consciência da existência do outro, o obriga a refletir na essência da “Humanidade” do Homem como um todo, de onde surge o sentimento de que todos são responsáveis por todos.⁶²

Esta ideia de interdependência se manifesta em dois sentidos: por um lado, transmite a ideia de uma comunhão de planos que se estabelece entre pessoas diferentes e, por outro, origina uma valorização individual e ao mesmo tempo coletiva de cada um individualmente, em que todos se encontram amparados pela igualdade.

Ao observar o artigo 1.º da constituição: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, deparamos com a consagração axiológico-constitucional do valor da solidariedade, em que é reconhecido

⁶² (Assunção, 1994, p. nota 28)

constitucionalmente esta realidade axiológica remetendo diretamente para a dignidade da pessoa humana.⁶³

Dignidade essa que pode ser considerada como a base da República Portuguesa, sendo que a mesma não só aparece antes como fora do sistema dos direitos fundamentais.⁶⁴

Neste sentido, se conclui que o valor ético-social da solidariedade condiz por um lado com o superior interesse que legitima a sua tutela como um bem jurídico penalmente relevante, e por outro lado, com a consciência jurídica dominante.

Só estará em causa a intervenção do direito penal (enquanto direito subsidiário) quando houver a existência de uma solidariedade social capaz de ser objetivável, materializável e desde que se consiga determinar o seu conteúdo e limite, que cumulativamente se manifeste com um total desrespeito e desconsideração aos bens jurídicos pessoais do próximo.

Por isso não se pode justificar a solidariedade social penalmente relevante apenas em construções de ordem moral e nem no seu valor ético-social, caso contrário poderia conduzir a incontáveis e inaceitáveis intromissões do Estado na esfera jurídica privada dos cidadãos.

Em termos jurídico-penal, tem que se ter o rigor de aferir se a violação ou o perigo de lesão do bem ou interesse tido como essencial à vivência na comunidade, representa um desvalor socialmente intolerável, para que daí se legitime a sua proteção mediante o ordenamento jurídico-penal.

Nesta conjuntura, é preciso determinar a solidariedade social com o auxílio dos princípios de subsidiariedade e fragmentariedade basilares do direito penal, identificar os limites da sua tutela jurídica assim como a forma como os mesmos se devem manifestar, para que com isso, se possa determinar os comportamentos passíveis de representar uma violação inaceitável do princípio da solidariedade social, tornando-os merecedores de uma punição por parte do ordenamento jurídico-penal.

De acordo com a Professora Fernanda Palma⁶⁵ o caráter legitimador do bem jurídico no direito penal pode ser analisada mediante as seguintes reflexões:

- A relação que se estabelece entre o bem jurídico e o objeto da proteção da norma, independentemente de ser em funções de um interesse individual

⁶³ (Miranda, Curso de direito constitucional — 1 Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais, 2018), p. 310; (Gouveia, 2019, p. 795)

⁶⁴ (Amaral, 2009, p. 947)

⁶⁵ (Palma, DIREITO PENAL Conceito material de crime, princípios e fundamentos, 2016, p. 78)

ou coletivo, se traduz num requisito essencial para que haja incriminação no estado de direito;

- O conceito de bem jurídico gera uma carência intersubjetiva que tem a necessidade de ser protegida;
- A ideia de bem jurídico conduz a um conceito de ofensa e de dano objetivo, que não se contenta com uma aplicabilidade meramente simbólica de interesses tutelados pelas normas;
- O conceito de bem jurídico procura através da lógica ter uma eficácia direta no que toca a proteção e a prevenção, e não se limita apenas com efeito reflexo e antecipado das incriminações de possíveis lesões; e
- A ideia de bem jurídico levanta questões sobre a incriminação de normas que visam apenas violações de deveres de determinada conduta sem que haja um verdadeiro nexó empírico entre estes e os eventuais danos.

A omissão de auxílio pode ser vista como um melhoramento para as relações sociais⁶⁶, sendo que para punir a omissão o legislador cria uma obrigação de agir em favor do próximo.

Um sistema de direito penal que pune as omissões, sejam elas próprias ou impróprias, na verdade está a punir quem (os cidadãos) não representa as expectativas de solidariedade social existente entre os membros de uma sociedade.

A criminalização da omissão de auxílio deve ser vista como um incentivo a cada um, individualmente, se preocupar com os outros, mesmo sendo eles desconhecidos, quando se encontrarem numa situação de gravidade ou de um perigo eminente. O que está em causa é a solidariedade humana, independentemente da sua posição no sistema do código penal, pois a sua posição acaba por aproxima-la do preceito “das gravações e fotografias ilícitas” e da “subtração das garantias do estado de direito português”.⁶⁷

O legislador ao consagrar esta obrigação de solidariedade social, o faz no anseio e na expectativa que o destinatário da norma, enquanto membro da sociedade, seja responsável perante os seus semelhantes, e tenha uma certa disponibilidade para auxiliar caso o outro precise.

Levando em conta o que foi exposto, deduz-se que o ordenamento jurídico procura tutelar um bem considerado fundamental para a vida em sociedade, e que o

⁶⁶ (Garcia & Rio, 2018, p. 921)

⁶⁷ (Garcia M. M., 2015, p. 422)

incumprimento ou o desrespeito por essa obrigação representa uma ofensa ou uma lesão do bem ou interesse juridicamente relevante em questão.

O crime de omissão de auxílio, como já foi anteriormente referido, é um crime de omissão pura, pelo que não se verifica a exigência de um resultado. Assim sendo, no caso do agente executar o auxílio devido e mesmo assim persistir uma lesão aos bens jurídicos protegidos, o mesmo não poderá ser criminalmente responsabilizado.

3.2. Princípios constitucionais que fundamentam a solidariedade social como um bem jurídico penalmente relevante

A legitimação material do direito penal se encontra na constituição, por isso a constituição é considerada como o regulador do exercício punitivo do Estado, o que resulta na afirmação de que incumbe ao direito penal apenas a finalidade de tutelar (de forma subsidiária) bens jurídicos, e ao mesmo tempo, tais bens jurídicos-penais devem encontrar a sua base na ordem axiológico-constitucional.^{68 69}

O artigo 18º, nº 2 da CRP acresce a este pensamento a ideia de que não só o direito penal está vinculado à ordem axiológico-constitucional dos bens como também que as criminalizações devem sempre cingir ao estritamente necessário, de forma a que se possa preservar outros direitos constitucionalmente protegidos.⁷⁰

A solidariedade social se enquadra nos direitos fundamentais de primeira geração, onde é abrangido o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade física, entre outros interesses pessoais.

Mas não se pode falar em direitos fundamentais sem fazer referência ao dever de proteção que é imposto ao Estado, e que se traduz, nas palavras do professor Nuno Brandão, em “prestações estaduais de cariz normativo”⁷¹, quer isto dizer que existe a necessidade de proteger um indivíduo do outro, dessa forma dando origem a uma relação tripolar (e em alguns casos multipolar).

Nessas relações, o Estado intervém na situação em que se encontram dois (ou mais) indivíduos titulares de direitos fundamentais, mas que uma das partes se encontra

⁶⁸ (Brandão, 2017, p. 240)

⁶⁹ Em concordância com o professor Figueiredo Dias, de que o direito penal deve ser regido pelo *princípio jurídico-constitucional* de que o direito penal na sua universalidade se traduz num direito penal do bem jurídico. (Dias J. d., O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio constitucional, 2009)

⁷⁰ (Novais, Uma constituição, dois sistemas? — Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa, 2020), p. 174

⁷¹ (Brandão, 2017, p. 248)

em desvantagem pelo fato de estar em perigo algum bem jurídico pessoal de que é titular, nisso, cabe ao Estado prevenir a ofensa ao referido bem. E o Estado tem a capacidade para o prevenir de algumas formas, entre elas, isso é possível: quer através da imposição de deveres ao cidadão que lesa os bens jurídicos de outrem, quer através do reconhecimento de direitos à vítima que sofre a lesão, ou ainda infringindo sanções (entre outros) aos sujeitos que insistem em desrespeitar o que lhes são juridicamente impostos.⁷²

Na mesma medida que tal intromissão representa para a vítima uma proteção, pode representar para o agressor não só uma limitação dos seus direitos fundamentais mas também uma intromissão à sua esfera privada, e neste contexto, o agressor pode se sentir amparado pelos direitos de defesa que possui contra o Estado invocando o tal princípio da proibição do excesso.⁷³

Recorrendo ao princípio da proibição da insuficiência⁷⁴ e ao princípio da proibição do excesso, procede que o legislador se encontra restringido por dois limites, sendo um o mínimo e o outro o máximo, é dentro dessa fronteira que o legislador deve exercer o seu dever de tutelar os bens jus-fundamentais, limitado sempre pelas barreiras da dignidade da pessoa humana e no âmbito da dignidade penal.

A dignidade penal não deve ser analisada só numa vertente – o da dignidade da pessoa humana, quando a mesma se encontra na posição de arguido –, deve também ser analisada como sendo a dignidade da pessoa humana que sofreu uma lesão ao seu bem jurídico. Desta forma, a dignidade penal ampara os dois lados: o de punir o agente do crime, mantendo sempre o respeito pela dignidade humana, e ao mesmo tempo dar a devida importância/atenção à vítima lesada que se encontra no centro da reação penal e processual penal. O princípio da dignidade penal acaba também por se revelar como um mecanismo de defesa do cidadão contra o Estado, como por exemplo, o clássico direito fundamental à liberdade física, de acordo com o artigo 27º, nº 1 da CRP.

A teoria do bem jurídico implica a preferência normativa do Homem e ao mesmo tempo determina que a dignidade da pessoa humana seja o ápice da valoração

⁷² (Miranda, Curso de direito constitucional — Normas constitucionais. Direitos fundamentais. Atividade constitucional do estado. Fiscalização de constitucionalidade, 2020), pps. 147 e 149

⁷³ (Costa J. d., Direito penal especial, Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial, 2004), p. 68; (Novais, Princípios estruturantes de Estado de Direito, 2019, p. 96)

⁷⁴ O princípio da insuficiência se consubstancia num limite material negativo da intervenção penal, quer com isso dizer que tem capacidade para fundamentar um exclusão ou até mesmo afastar a tipicidade penal, nesses casos uma conduta pode deixar de ser considerada como crime. A sua origem se legitima no facto de que não cabe ao direito penal tutelar condutas que não representem uma lesão significativa a bens jurídicos penalmente relevantes.

constitucional.⁷⁵ Com isso, ela não visa a penalização de meras infrações e de meras obrigações, muito pelo contrário, tais obrigações acabam por representar um papel secundário nesse sistema, pois elas derivam da existência da necessidade dos cidadãos de se comportarem de determinada forma para que, desse modo, sejam protegidos determinados bens jurídicos.

Se pode assim dizer que esses deveres impostos aos cidadãos têm o fim de, por um lado, de manter o respeito por determinados bens jurídicos através dos delitos de ação e, por outro lado, proteger ativamente esses mesmos bens jurídicos através dos delitos omissivos⁷⁶, e é precisamente nesse segundo grupo que o crime de omissão de auxílio se enquadra. Ao fim ao cabo, visa a conservação de interesses jurídicos tidos como bens jurídicos dignos de proteção penal, e é por isso que é mais correto falar neste contexto numa colisão de interesses em vez de colisão de deveres.

A igreja católica⁷⁷ possui uma doutrina dos direitos do homem assente em algumas afirmações onde:

- Reconhece a coincidência de liberdade e a dignidade dos homens, dignidade essa que é igual para todas as pessoas independentemente da função que desempenham na sociedade;
- Defende a supremacia das pessoas sobre a estruturas;
- É muito importante, defende que deve existir uma relação entre os princípios da solidariedade, e que diz respeito a todas as pessoas por estar em causa um bem comum, assim como a subsidiariedade do Estado.

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada como uma espécie de “meta princípio”, que inicialmente era associada às concepções religiosas que ilustravam o homem como o reflexo da imagem de Deus, mas foi graças as primeiras constituições modernas que passou a estar explícito derivado as ideias de Kant.

De acordo com a professora Maria Amaral⁷⁸, a dignidade da pessoa humana (com enquadramento no artigo 1.º CRP) se consubstancia num princípio que além da “vontade popular”, legitima o poder do Estado, materializando assim a sua dimensão objetiva, visto que, no valor da dignidade da pessoa humana se pode afirmar mais do que um direito.

⁷⁵ (Canotilho, 2018, p. 404); (Gouveia, 2019, p. 788 e 789)

⁷⁶ (Neumann, 2012, p. 522 e 524)

⁷⁷ (Miranda, Direitos Fundamentais, 2016, p. 58)

⁷⁸ (Amaral, 2009, p. 948)

Quando se fala em direitos fundamentais se pode falar em duas categorias de direitos: uma relacionada com os direitos de agir e outra com os direitos de exigir. Na segunda categoria (direitos de exigir) encontramos um conjunto de direitos que podem ser designados por direitos de existência⁷⁹, e nesses direitos de existência está integrado o direito à vida (artigo 24.º da CRP), o direito à integridade pessoal (artigo 25.º CRP), entre outros. Eles são considerados como direitos de existência pelo facto da sua tutela estar ligada diretamente a existência da pessoa humana, por isso, o que é exigido é que os bens essenciais a sua existência sejam tutelados contra qualquer lesão.

A constituição configura a unicidade do valor e do exercício prático referente aos direitos fundamentais, nisso ela se baseia na dignidade da pessoa humana, em que a concebe como o fundamento e o fim tanto da sociedade como do Estado.

A dignidade da pessoa humana ocupa um lugar na ordem jurídica em que se manifesta como irredutível, insubstituível e irrepetível, dotado de proteção constitucional por meio dos direitos fundamentais. Tanto que o artigo 24.º da CRP, configura a vida humana como um valor igual para todos, remetendo ainda para o artigo 13.º da CRP de onde se tira a conclusão de que essa dignidade referente a pessoa humana não é limitada em função do gênero, da raça, da língua, da convicção política, da orientação sexual ou de qualquer outro motivo que não esteja assente e previsto na constituição. A dignidade da pessoa humana traz consigo a dignidade da vida.

É o respeito por essa dignidade constitucionalmente protegida é que fundamenta a criminalização da lesão de bens jurídicos que estejam implícitos nos direitos fundamentais, sempre de acordo com o princípio da proporcionalidade e da consciência jurídica geral.

Como já havia referido, o próprio artigo 1.º da Constituição valida de forma explícita, a exaltação axiológico-constitucional do valor da solidariedade social a remetendo para a dignidade da pessoa humana, de onde se observa implícito os princípios inerentes à dignidade do homem. O que viabiliza a conclusão de que o valor ético-social da solidariedade social se encontra em conformidade com a consciência jurídica dominante. E como princípio fundamental para a convivência e existência comunitária é exaltado como um valor axiológico-constitucional, passa a ser legitimada por conta da carência de proteção pelo ordenamento jurídico.⁸⁰

⁷⁹ (Miranda, Direitos Fundamentais, 2016, p. 115); (Canotilho, 2018, p. 407)

⁸⁰ (Leite, 2007, p. 112)

Uma das funções inegáveis da teoria do bem jurídico é o do controle que é exercido constitucionalmente sobre a proporcionalidade, que acaba por restringir a ação do legislador em identificar os bens jurídicos penalmente relevantes.⁸¹

De entre as limitações impostas ao direito penal referente a sua legitimação material, no que toca a dimensão negativa lhe é imposta, pelo artigo 18º nº 2 da CRP, uma limitação de onde decorre o *princípio da proibição do excesso*.⁸² Este princípio corresponde a um limite que não permite que o direito penal possa restringir quaisquer direitos fundamentais dos cidadãos com o objetivo de salvaguardar outros direitos que não estejam protegidos e explícitos na constituição.

Da conceção que se tem do princípio da proporcionalidade, se pode dizer que é instintivo das relações humanas e por isso “conatural”⁸³ ao direito e à justiça. E o foi edificado como princípio matriz pelo direito penal, tendo em conta o carácter subsidiário deste.

De acordo professor Jorge Miranda⁸⁴, se observa, logo a partida na constituição de 1822, a imposição de que nenhuma lei, nem se quer a penal, poderia ser definida sem a absoluta necessidade (artigo 10.º), e além do mais toda a pena teria que ser proporcional ao crime (artigo 11.º).

E já é do conhecimento geral que no princípio da proporcionalidade se encontram outros três subprincípios, nomeadamente: a idoneidade ou adequação, a necessidade ou exigibilidade, e ainda a racionalidade ou a proporcionalidade *stricto sensu*. Portanto, a legitimidade do fim abrangido na norma, tem de ter uma relação de correspondência entre a adequação que se consubstancia no meio adequado a sua execução.⁸⁵

A adequação requer a existência de uma conexão lógica que se estabelece entre o meio a se utilizar e o fim que se pretende alcançar. Ou seja, se deve verificar uma ligação entre o direito fundamental que se pretende limitar e o objetivo que a norma tenciona alcançar. A questão que se coloca no âmbito do crime de omissão de auxílio é se: o meio (a criminalização da conduta de omissão de auxílio), é adequado a finalidade de salvaguardar o bem jurídico (solidariedade social) quando esteja em causa um risco para a vida, a integridade física ou liberdade de outra pessoa?

⁸¹ (Neumann, 2012, p. 257)

⁸² (Brandão, 2017, p. 241) (Costa J. d., Direito penal e liberdade, 2020, p. 147)

⁸³ (Miranda, Direitos Fundamentais, 2016, p. 327)

⁸⁴ (Miranda, Direitos Fundamentais, 2016, p. 328)

⁸⁵ (Novais, Princípios estruturantes de Estado de Direito, 2019, p. 103)

A necessidade do meio traduz a possibilidade que melhor atende ao caso concreto, isso significa que é o meio com menos custos ou menor sacrifício possível para o direito fundamental que se visa limitar, desta forma, estando na presença de um conflito de interesses se deve optar pelo meio que alcance o objetivo almejado com menor custo possível ou de forma mais suave aos direitos dos cidadãos. A questão que se coloca quanto ao crime de omissão de auxílio é se: dentre todos os meios possíveis para salvaguardar o bem jurídico (solidariedade social), a criminalização da conduta omissiva foi a mais suave para os direitos dos cidadãos?

A racionalidade ou a proporcionalidade em sentido estrito não é mais nem menos que a justa medida. É a ponderação quantitativa e qualitativa do resultado a alcançar e do meio para o conseguir, está de uma forma direta vinculada aos conflitos de direitos fundamentais. Na proporcionalidade em sentido estrito, é objetivado a melhor solução pro caso em concreto, ou seja, aquela que seja capaz de conceber mais vantagens do que danos.

E respondendo as questões anteriormente colocadas, se concorda plenamente que a criminalização das condutas omissivas enquadradas no crime de omissão de auxílio respeita o princípio da proporcionalidade em todas as suas vertentes. Só poderá estar em causa a sua violação caso no momento da determinação da medida da pena apliquem uma pena que não seja proporcional a conduta praticada pelo agente omissor, mas isso seria uma análise feita no campo do princípio da proporcionalidade noutro contexto que não corresponde a proporcionalidade da incriminação em si e a sua legitimação.

É de se ter em mente que a violação deste princípio (assim como dos direitos, liberdades e garantias), pode ocorrer tanto por excesso como também mediante o incumprimento ou insuficiência por parte do Estado relativamente aos deveres de proteção.⁸⁶ No caso da violação ser por insuficiência, poderiam estar contidas condutas produtoras de danos a bens jurídicos constitucionalmente protegidos, mas que não foram criminalizadas ou tuteladas devidamente, de acordo com as necessidades impostas.

E é isso que justifica as restrições maiores ou menores do exercício de certos direitos, que de acordo com o artigo 18.º n.º 3 da CRP, se exige que essas leis que na sua génese restrinjam direitos, liberdade e garantias, têm de possuir um carácter geral e

⁸⁶ (Canotilho, 2018, p. 409)

abstrato, além de que não podem ser retroativas e nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial presente nos preceitos constitucionais.

O princípio da proporcionalidade emergiu com o desenvolvimento histórico-jurídico da passagem de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito, se manifestando como um princípio subentendido ao da Legalidade e do respetivo processo legal, assim como a representação do respeito pela dignidade da pessoa humana.

Concluindo assim, que o bem jurídico solidariedade social que dá origem ao crime de omissão de auxílio encontra o seu fundamento e a sua legitimidade na própria CRP pois o mesmo lhe confere um valor axiológico-constitucional, conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da proporcionalidade. E dado a sua relevância e a sua necessidade de proteção, se justifica que a conduta omissiva do crime de omissão de auxílio constitua pressuposto da constituição de um tipo legal, pois existe a necessidade de tutela penal.

4. O agente omissor

4.1. O autor do crime

Não se pode considerar desde logo a omissão como um não fazer nada ou como um -A, tem que estar em causa a “situação típica”, que nada mais é do que os pressupostos factuais que possibilitam definir o conteúdo explícito que se encontra na base do dever de agir, assim sendo, a omissão se torna penalmente relevante consoante a ação esperada ou devida.

No caso específico do crime de omissão de auxílio esta questão não se coloca, pois o mesmo (como já foi anteriormente referido) é um crime próprio, e como tal o próprio tipo legal descreve o que seria a tal “situação típica”, nesse caso se pode falar é na ausência da ação esperada ou devida.

Ao observar o código penal como um todo, se verifica que são pouquíssimos casos em que a lei especifica quais são os pressupostos factuais que dão origem a obrigação jurídica de agir, ao mesmo tempo que a maioria dos casos de onde decorre essa obrigação são provenientes da existência de uma cláusula geral como a presente no artigo 10.º n.º 2 do código penal.

A situação típica descrita no crime de omissão de auxílio dá origem ao dever de agir que recai sobre o agente, e por esse motivo é necessário identificar o sujeito ativo a

quem se dirige a norma, ou seja, saber quem em concreto pode ser considerado como o agente do crime (o agente omissivo).

Em termos gerais, analisando a terminologia adotada pelo legislador, numa primeira leitura se pode concluir que qualquer pessoa reúne os requisitos necessários para ser o sujeito ativo descrito na norma. Isso porque do artigo 200.º do código penal não resulta que o agente tenha de ter alguma qualidade específica⁸⁷ e nem que tenha de existir algum tipo de relação especial entre o agente e a vítima necessitada.

Mas não se pode aceitar a generalização do autor nestes termos, porque caso contrário, na ausência de limites e aplicando a norma a todos indiscriminadamente, incorreria a uma inconstitucionalidade pelo facto dos direitos fundamentais dos indivíduos serem limitados sem que haja uma justificação plausível para tal.

Daí a necessidade de verificar não só quem pode ser o autor do crime, assim como as circunstâncias factuais nas quais o agente está obrigado a agir e em que é necessária à sua atuação.

Como foi anteriormente referido, o bem jurídico em questão é a solidariedade social desde que esteja em causa bens jurídicos fundamentais como: saúde, vida, integridade física e liberdade, estabelecendo desta forma uma relação existencial entre os Homens.

Com isso, aceitando a existência dessa tal aproximação entre os Homens por conta dos referidos bens jurídicos fundamentais, se assume que no dever de auxílio o seu fundamento exige que de igual forma exista uma relação real de aproximação (uma aproximação física) entre o indivíduo e a vítima. Contudo, não basta essa tal aproximação ser real, é necessário que o autor tenha conhecimento da situação que se encontra a vítima, e cumulativamente é necessário que a atuação dele ocorra dentro dos limites humanamente possíveis, tendo sempre em conta a situação factual específica que dá origem ao dever de promover o socorro.⁸⁸

Um dos pressupostos do crime de omissão de auxílio é a vontade do omitente, assim sendo não se pode considerar como relevante as condutas que escapam totalmente a sua vontade, por outras palavras, comportamentos que sejam praticados num estado de inconsciência ou provenientes de forças humanamente irresistíveis deixam de ser

⁸⁷ O que diferencia o crime de omissão de auxílio de outros crimes omissivos é que não exige nenhuma qualidade específica ao agente, como por exemplo o do art. 150.º C.P. que impõe aos indivíduos que possuam a qualidade de exercerem a medicina para prestarem o devido auxílio que devido a sua profissão são capazes de prestar.

⁸⁸ (Leite, 2007, p. 86)

penalmente relevantes no âmbito da omissão de auxílio, aplicando diretamente o princípio *ad impossibilita nemo tenetur* ou *nemo obligatur*.

Dito isto, se entende que não será autor do crime de omissão de auxílio, o indivíduo que não prestou auxílio numa situação que lhe era exigível, porque estava imobilizado, ou incapaz em termos físicos de ajudar ou de pedir ajuda a terceiros. Não se pode exigir e nem está obrigado a agir de forma ativa para o afastamento do perigo quem não o pode fazer por razões alheias a sua vontade.

Mas esta análise deverá ser feita circunstancialmente e de forma individual, tendo em conta o agente em concreto que se encontrava no local e a sua capacidade de conhecer o perigo. Deve-se para o efeito, analisar tanto a capacidade física e intelectual, como a objetiva e subjetiva do sujeito ativo.⁸⁹

Como por exemplo: A situação que a vítima precisa urgentemente de ser levado para o hospital, e o agente tendo um carro para a transportar não consegue por não ter força física suficiente para levantar a vítima, não prestando assim o auxílio. Nesse caso não se pode exigir ao agente a prestação do auxílio por conta da sua incapacidade física, mas fica ressalvado a obrigação do agente em procurar ajuda de terceiros para auxiliar a vítima.

No crime de omissão de auxílio será considerado autor ou agente omissor aquele que tenha possibilidade de agir, sendo que essa possibilidade de ação engloba a capacidade concreta do agente em prestar determinada conduta tendo em vista o afastamento da situação de grave necessidade ou a ameaça de perigo para os bens pessoais da vítima.

Se verifica a presença da possibilidade física de ação por parte do autor, quando se confirma que a prestação da ação devida teria uma probabilidade alta de afastar o perigo. Nessa lógica, não haverá consumação do crime de omissão de auxílio caso se prove que o suposto autor realmente se esforçou para auxiliar a vítima, mas não foi possível evitar que a lesão materializasse, como por exemplo, o caso em que um nadador salva-vidas se apercebe que uma pessoa está afogando no mar e imediatamente começa a nadar em sua direção para promover o socorro, só que ao alcançar a vítima, a mesma já se encontra sem vida. Neste caso ele fez o que podia, mas mesmo assim não foi possível afastar o perigo, resultando na morte da vítima. Diante disso, o nadador

⁸⁹ Neste sentido (Assunção, 1994, p. 62) ; (Garcia & Rio, 2018, p. 923) (Leite, 2007, p. 89); (Rodrigues, 2000)

salva-vidas não poderá ser responsabilizado penalmente pelo crime de omissão de auxílio.

Por isso é que é preciso proceder a uma análise do caso concreto para verificar se existe a possibilidade real e física de agir, enquadrando sempre tal possibilidade nas circunstâncias em que o agente conseguia proceder de forma a afastar o perigo de lesão e conforme a figura do homem médio, porque no direito penal nunca poderá ser legítimo exigir comportamentos humanamente impossíveis ou heróicas.

4.1.1. Situação de proximidade Vs Posição de garante

Já foi mencionado a necessidade de uma relação real entre o autor do crime de omissão de auxílio e a vítima, essa tal relação se manifesta em termos concretos na proximidade existente entre aquele que carece de ajuda e aquele que se encontra na posição de o ajudar.

Nestas circunstâncias se poderia levantar a questão se a proximidade exigida para a prestação da conduta imposta pela norma, se poderia se consubstanciar de um forma analógica numa espécie de posição de garante específica do crime de omissão de auxílio?

De acordo com o professor José Faria Costa⁹⁰, no âmbito dos crimes omissivos se está presente a um desvalor do cuidado, um desvalor que acaba por se materializar num resultado. Contudo, o sentido que se dá ao valor ou ao desvalor do cuidado no direito penal se prende, com uma certa prioridade, aos tipos legais de crime que na sua cerne consistem na proteção de bens jurídicos pessoais com o objetivo de evitar determinado resultado.

O dever de garante presente no artigo 10.º do código penal, mais precisamente no seu n.º 2, transmite a ideia de que a criminalização do comportamento omissivo está diretamente ligada a um dever jurídico pessoal que recai sobre o omitente, o impondo dessa forma um dever de impedir que um determinado resultado venha a se concretizar. O que qualifica essa conduta como um crime de omissão é o incumprimento do dever jurídico de evitar o resultado ao qual o agente omissivo estava obrigado.⁹¹

⁹⁰ (Costa J. d., *A analítica, a dogmática penal e o injusto; Reflexões a partir da conduta omissiva imprópria e da desistência da conduta tentada*, 2017, p. 367)

⁹¹ (Garcia M. M., 2015, p. 70); (Palma, *Direito penal Parte Geral — A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, 2019, p. 82)

A posição de garante advém de um vínculo estreito que se estabelece entre o agente omissor e o bem jurídico tutelado. Porém, (tal como no crime de omissão de auxílio) não é suficiente que o agente se encontre na posição de garante, é necessário que cumulativamente o mesmo tenha a capacidade plena de ação para impedir o resultado.⁹²

Este dever de agir é atribuído a quem:

1. Seja imposta por lei o dever de cuidado, de proteção ou de vigilância (incluindo as relações familiares);
2. Sem ser imposta por lei, assentiu em se responsabilizar a evitar determinado resultado, o que pode ter sido originado através: de um consentimento voluntário, de um contrato ou um negócio de onde decorre um dever de agir, ou ainda mediante a sua atividade profissional;
3. Foi o responsável pela criação do risco de onde procede o resultado a ser evitado, ou seja, se responsabiliza o agente que com a sua conduta precedente ao resultado, gerou um perigo que mais tarde (sem a sua intervenção) apresentou fortes indícios de se concretizar num resultado típico.

Assim dizendo, no âmbito do artigo 10.º n.º 2 do código penal se está perante um crime de resultado em que o agente omissor é aquele a quem recai um dever jurídico especial que impõe ao seu destinatário a garantia da não concretização de um resultado típico.

Mas de certa forma, a relação de proximidade que é exigida no crime de omissão de auxílio poderia em termos semelhantes induzir a um dever de garante em que o agente é obrigado – não a evitar um resultado – mas sim a “pelo menos” a garantir o emprego do esforço necessário para diminuir ou eliminar o perigo concreto em que a vítima se encontra. Deste modo, não seria a figura da posição de garante na sua plenitude, mas sim uma posição de garante mitigada pelas especificações que o próprio crime de omissão de auxílio exige. Pois não se pode recusar que de igual modo que sobre o agente do crime de omissão de auxílio recaia um dever jurídico especial de promoção de socorro em função da sua proximidade e das circunstâncias factuais em que se encontra perante a vítima necessitada. Assim sendo, seria um dever jurídico

⁹² (Leite, 2007, p. 124)

especial pessoal instantâneo que surge como consequência das particularidades do caso concreto que desencadeia o dever de auxílio e assim a posição de garante mitigada.

Concluindo assim, caso se pudesse afirmar a figura de posição de garante no crime de omissão de auxílio nunca poderia ser nos mesmos termos que no crime de omissão impura (artigo 10.º CP), pois como se teve oportunidade de demonstrar⁹³ os dois crimes apresentam particularidades nas suas estruturas que impossibilita essa analogia direta. A solução poderia ser a de adotar uma figura de posição de garante mitigada que se adapta as especificidades do crime de omissão de auxílio.

Outra situação seria então o caso de o dever de auxílio coincidir com um dever pessoal de garantia, como por exemplo, com o dever que é imposto pelo artigo 10.º do código penal, neste caso este dever de garante iria sobrepor-se ao dever geral de auxílio⁹⁴ numa relação de subsidiariedade por estar em causa um concurso aparente de crime, desta forma, o agente omitente seria penalmente responsável não só pela omissão mas também pelas ofensas resultantes da sua omissão, estando em causa um caso de omissão impura ou imprópria.⁹⁵

Outra questão que se pode colocar em termos de proximidade, é quando a situação de proximidade entre o agente e a vítima se manifesta num contexto em que o agente não tem conhecimento da necessidade da vítima através dos seus órgãos sensoriais, por outras palavras, se coloca o problema de saber se o simples conhecimento da informação (a dita mera notícia) é pressuposto suficiente para justificar a sua atuação?

Recorrendo diretamente ao artigo 200.º do código penal se pode dizer que o texto da norma não faz nem uma referência nem uma exigência específica quanto a proximidade em si, mas se pode fazer uma interpretação na qual o legislador transmite a ideia de que:

- A proximidade que é então exigida para o cumprimento do comando legal está relacionada com o facto do agente estar numa posição na qual ele consiga ter uma razoável perceção da gravidade do estado em que a vítima se encontra, e ao mesmo tempo ele tenha os meios materiais

⁹³ Capítulo: Os crimes puros de omissão e os crimes impuros de omissão

⁹⁴ (Garcia & Rio, 2018, p. 922)

⁹⁵ (Dias J. F., Outubro 2012, p. 997)

necessários que o possibilite agir de acordo com o comando da norma, prestando dessa forma o auxílio necessário ao afastamento do perigo.

Mas de qualquer forma, se pode excluir (no contexto da omissão de auxílio) a sua aplicação nos casos em que o agente obteve a notícia através de um meio de comunicação, ou de qualquer outro meio que não seja pelos seus próprios sentidos.

Numa definição mais objetiva, se pode definir o autor do crime de omissão de auxílio como qualquer indivíduo que pessoalmente se encontra numa situação que preencha os requisitos do tipo legal, na qual exista uma ameaça real ou um perigo concreto iminente à determinado bem jurídico pessoal da vítima, ou na possibilidade do agente não se encontrar fisicamente no local o mesmo for solicitado por terceiro para prestar auxílio, desde que o socorro seja possível.

4.1.2. Definição do conteúdo material da conduta devida

Só é possível falar na existência da obrigação de prestar uma conduta positiva quando for exigível ao agente uma determinada ação. Para que se possa determinar a materialidade do comportamento que está sujeito a aplicação da pena estipulada pela norma do artigo 200.º do código penal, é essencial fazer antes uma caracterização da conduta esperada.

Como foi anteriormente referido, o agente ativo tem a obrigação de agir de determinada forma, mas não tem o dever específico de impedir que se concretize a lesão nos bens jurídicos tutelados pela norma.

Desta forma, o autor é punido não pelo resultado, mas sim pelas diligências adequadas e imprescindíveis que deveria ter realizado com o propósito de afastar o perigo. Não está em causa se o mesmo conseguiu evitar a concretização do perigo para a vítima, ou seja, se efetivamente ele evitou o resultado.

Apesar de não incidir sobre o autor do crime a obrigação de evitar a concretização do resultado, continua a recair sobre o mesmo o dever de agir na forma prevista pela norma e no sentido de afastar o perigo. Vale a pena frisar nesse sentido o quanto que o resultado não é relevante para este tipo incriminador, pois mesmo que um terceiro preste o auxílio necessário ou no caso em que deixa de existir o perigo por uma causa natural, o autor omissor continua a ser punido nos termos do artigo 200.º n.º 1 do código penal caso não tenha agido quando deveria.⁹⁶

⁹⁶ (Leite, 2007, p. 85)

Como por exemplo: A vê B se afogando e nada faz para o ajudar mesmo reunindo todas as condições necessárias para agir. Nisso chega C e ajuda B, evitando assim que o mesmo morresse por afogamento. Ou, na mesma situação A vê B se afogando, mas que por pura sorte uma onda acaba por lhe trazer de novo a terra. Nas duas situações A tinha a obrigação de promover o auxílio e não o fez, deixa de ser relevante se o auxílio foi feito por outrem ou não, a questão é que A deveria ter agido e não o fez, por isso continua a ser considerado como agente de um crime de omissão de auxílio. O comando legal é destinado a A, e o mesmo tem a obrigação que o cumprir, salvo as exceções previamente configuradas na lei.

O comportamento caracterizado como ilícito pela norma não é a prestação do auxílio (a omissão em si) para o afastamento do perigo, mas sim é o auxílio necessário tendo como critério o juízo da necessidade que o observador é capaz, como por exemplo: no caso em que a vítima está tendo uma hemorragia grave e antes de ser socorrida a mesma falece, cessando desta forma o dever de auxiliar, o agente tem de conseguir perceber até quando que a sua ajuda é útil.

Se pode entender que a lei faz a exigência de dois comportamentos ativos possíveis:

- ou o agente atua ativamente de forma adequada a afastar o perigo por meio de uma ação pessoal;
- ou o agente promove auxílio recorrendo a terceiros para que se possa afastar o perigo.

De qualquer forma o que está no cerne da questão é que o agente tem de agir da melhor forma possível, dentro do contexto da grave necessidade, e de modo que a sua conduta se revele adequada às exigências que aquela situação concreta exige.

Na sua atuação o agente deverá fazer um juízo de prognose com base na grave necessidade da vítima, tendo em conta os possíveis resultados e possíveis formas de contornar o problema. E a determinação da conduta será efetuada através da figura do homem médio, tendo em consideração as capacidades específicas do agente. Nisto, não se exige conhecimentos especiais (conhecimentos técnicos ou científicos) ao agente, mas se o mesmo as tiver, como por exemplo: se o autor for um médico a conduta esperada será a correspondente as capacidades do médico, o que não significa que sobre o agente que detenha estas qualidades ou esse conhecimento recairá um dever mais amplo de auxílio, no caso de estar em causa uma vítima que precise de ajuda médica. O dever de auxílio exigido é o mesmo para qualquer outra pessoa, o que pode ser diferente

é a forma de o executar, porque é a situação factual é que determina este dever de auxílio comum e não a profissão exercida ou habilidades do agente.

Portanto, colocando o caso de um forma diferente, caso a vítima necessitasse do auxílio de um médico e o suposto autor não tivesse essa qualidade e por isso não fosse dotado de tal conhecimento que o possibilitasse proceder o socorro, o mesmo não poderia ser punido em função da sua ignorância, mas nada lhe impedia de procurar quem estivesse a altura para ajudar.

O objeto da tutela do crime de omissão de auxílio é a proteção no caso de grave necessidade para a vida, a integridade física, a liberdade do outro e ainda todos os bens jurídicos pessoais alheios ao do agente, ou seja, tem de ser bens jurídicos pessoais da vítima. Com isso, não está incluído ou não faz parte do comando da norma do artigo 200.º do código penal, os bens patrimoniais alheios ao agente omissos que tenham um valor elevado.⁹⁷

O crime de omissão de auxílio se traduz num crime de omissão pura e de perigo concreto, por isso é necessário a comprovação da causalidade, pois o seu pressuposto típico é a materialização de um perigo, portanto não se pode ter por base um perigo abstrato.

Concluindo assim, que a maioria das omissões não são típicas, isto é, o simples “não agir” não se encontra inserido de forma expressa no tipo legal, apenas se considera com relevância penal as omissões onde era imposto ao agente um dever de praticar determinada conduta e, o mesmo sendo capaz, não o efetuou. Com isso definido, é de se afirmar que não é cabível a exigência de uma conduta positiva qualquer ao agente e nem a punição de uma conduta omissiva qualquer, tem de ser a conduta necessária para o afastamento do perigo.

4.1.3. O momento adequado à realização da conduta devida

Na análise do momento adequado à realização da conduta se pretende apurar a utilidade prática do auxílio em função do período de tempo que o mesmo foi prestado, e isto é fulcral quando o que se deseja é afastar o perigo, pois um pequeno atraso pode reduzir ou mesmo extinguir consideravelmente as chances de efetivamente o agente conseguir afastar o perigo, podendo equiparar o atraso na prestação do auxílio à sua omissão.

⁹⁷ (Garcia & Rio, 2018, p. 922)

Tendo em vista o referido atraso na execução da ação devida, se pode fazer uma equiparação objetiva de desvalor entre a conduta do autor que se limitou a não agir e aquele que agiu mas não no tempo certo ou apropriado e por isso, no final das contas, a sua conduta acabou por se manifestar como irrelevante para o afastamento do perigo.⁹⁸

Na equiparação desses dois comportamentos é fundamental se orientar por um critério teológico de modo a aferir a circunstância factual ao qual a atitude do agente se enquadra, os motivos que foram determinantes para que o atraso acontecesse e ainda se houve dolo na sua atuação.

Disto se fica com a ideia de que pode ser considerado como agente omissor não só aquele que não presta a conduta devida, como aquele que não prestou o auxílio atempadamente quando ele tinha todas as condições para o fazer, e com isso tenta prestar quando o resultado lesivo já se verificou, ou seja, quando o perigo dá lugar a lesão efetiva dos bens jurídicos que se visava proteger.

Como por exemplo: “A” encontra “B” com uma forte hemorragia. A tendo todas as condições de o ajudar decide abandonar B, mas pelo caminho se arrepende e volta para trás com o intuito de o levar para um hospital, porém, nesse meio tempo de ir e voltar B acaba por falecer. O arrependimento de A nesse caso não exclui a imputação do crime de omissão do auxílio que cometeu, o auxílio de A passa a ser irrelevante em termos práticos e é por isso que é considerado como agente do crime de omissão de auxílio, é por não ter agido no momento certo.

A importância do momento certo de ação traduz a eficácia da norma em tutelar os bens jurídicos pessoais da vítima, e por isso que o atraso é punível como omissão de auxílio, excetuando os casos que tal atraso escapa a vontade ou as condições do agente omissor.

4.1.4. Formas alternativas de realização da conduta devida previstas no preceito

É certo que a ação destinada ao afastamento do perigo deverá ser realizada com o máximo de brevidade possível, e após uma análise do artigo 200.º CP se verifica que existem duas formas possíveis de realização do comando imperativo imposto pela norma, salientando que embora não se reconheça nenhuma exigência de que o cumprimento dessas formas sejam cumulativas. O que possibilita ao agente, tendo em conta o caso concreto e a correspondente gravidade da situação em que se encontra a

⁹⁸ (Leite, 2007, p. 44)

vítima, agir das duas formas se o achar necessário ou apenas adequar a sua conduta ao que seria em termos práticos mais eficaz para a promoção do socorro.

A primeira forma possível de cumprir com o comando da norma seria mediante a promoção do auxílio necessário por meio de uma ação pessoal (uma ação executada pelo próprio agente), e no caso da ação pessoal não ser suficiente ou não ser possível (seja pelas circunstâncias do meio, seja pela capacidade física do agente ou mesmo motivos alheios ao mesmo), o agente pode recorrer ao auxílio de terceiros para a promoção do socorro devido.

Embora a ação pessoal foi referida como “a primeira forma” de auxílio, é necessário frisar que a ação pessoal não tem de ter obrigatoriamente um carácter principal e a promoção de socorro por meio de terceiros ter um carácter secundária. Não é essa a interpretação, nem a ponderação que se deve fazer (ou ter) quando o agente se encontra numa posição em que tem de escolher qual das formas alternativas de realização da conduta devida deve ser considerada como primordial. O certo é optar pelo meio capaz e eficaz para o afastamento do perigo com a maior brevidade possível.

Em todo e qualquer caso se deve fazer uma interpretação factual, quer com isso dizer que a conduta que deverá ser executada em primeiro lugar deve ser adequada à situação concreta, não sendo possível estabelecer nenhuma relação de subsidiariedade formal entre as referidas formas de execução, irá prevalecer sempre a que se manifestar mais apta as circunstâncias do caso em concreto.

5. O dever de prestar auxílio e a esfera pessoal do agente

Quanto ao dever de agir imposto pelo crime de omissão de auxílio, se verifica que no artigo 200.º CP o legislador elegeu o critério de enumeração taxativa, onde de forma explícita descreveu as circunstâncias que desencadeiam o dever de agir, nomeadamente quando está em causa as situações de grave necessidade que representam ou tem a potencialidade de representar uma lesão para os bens jurídicos vida, integridade física ou a liberdade de outra pessoa, à vítima.

Contudo, caso este dever de agir representar um perigo ou uma ameaça de perigo para a vida ou a integridade física do sujeito omitente, ou ainda, na presença de outros motivos dotados de igual importância, é disposto nos termos do n.º 3 do artigo 200.º CP que esse dever cessa e com isso a omissão do auxílio necessário deixa de ser punível nesses casos.

A intromissão na esfera privada do agente é justificada, como oportunamente já foi exposto, pela solidariedade social. É essa solidariedade social que dá razão ao agente ter a sua liberdade/autonomia de agir limitado pela necessidade de auxílio de outrem.

5.1. Responsabilidade penal para uma pluralidade de autores

Já ficou explícito quem pode ser o autor do crime de omissão de auxílio, contudo existem situações onde é possível que no local onde se encontra a vítima necessitada de ajuda esteja mais do que um indivíduo (ou seja, mais do que um potencial autor), nestes casos surgem algumas questões:

6. Sobre quem recai a obrigação de auxílio?
7. Se é possível haver um cumprimento solidário da prestação de auxílio?
8. Na situação da obrigação recair de preferência a apenas um deles, quando e em que circunstâncias os outros indivíduos poderão ser considerados desobrigados do dever de agir?

De acordo com o que vem sendo exposto em termos da análise do artigo 200.º CP, é aceitável a interpretação de que a norma se dirige a todos os que estejam presentes no momento em que é necessário o afastamento do perigo, impondo a todos, de forma individual, o dever de prestar uma conduta ativa de modo adequado a afastar o perigo naquelas circunstâncias em concreto.

Neste seguimento cada um será responsabilizado individualmente pela sua conduta omissiva, não podendo admitir a existência de uma responsabilidade criminal solidária.⁹⁹ O que não significa que não possa ser admitida uma solidariedade social coletiva de ação em função das exigências da própria situação de perigo.¹⁰⁰

Por exemplo: a pessoa X se encontra ferida e precisa ser transportada para um hospital urgentemente. No local do incidente se encontra A, B e C. “A” por ter um carro é preferencialmente quem deve prestar o socorro. O que não significa que B e C ficam automaticamente desobrigados do dever de auxílio caso A (mesmo tendo melhores condições de agir para afastar o perigo) não cumprisse com a obrigação de auxílio que lhe é imposto.

Ou a situação em que a vítima se encontra gravemente ferida e no local esteja A, B e C. Enquanto A ajuda a estancar o sangue, B usa o seu telemóvel para chamar uma

⁹⁹ (Costa J. F., 1981, p. 7 e 8); (Correia, 2016, p. 15)

¹⁰⁰ (Garcia M. M., 2015, p. 424)

ambulância e C prepara o seu carro para receber a vítima para no caso da ambulância demorar ele ter condições de a levar o mais rápido possível para o hospital.

O mesmo dever de auxílio é imposto a todos os agentes de igual forma:

- Até o perigo ser afastado;
- Ou até que tenha sido realizado todos procedimentos necessários de promoção de auxílio que a situação exige.

Pois só nesses momentos os intervenientes são capazes de ter a plena certeza se continua a ser ou não necessária a sua atuação, portanto, é neste momento que os restantes intervenientes ficam desobrigados do dever de auxílio.

Concluindo assim, nos casos em que no local onde a vítima se encontra necessitada de auxílio estiver mais do que um sujeito, o dever de agir recairá sobre todos de igual forma e ao mesmo tempo a norma permanecerá dirigido a cada um individualmente. Por isso, o cumprimento da obrigação de auxílio de um, não anula a obrigação do outro(os) de auxiliar a vítima. É como se cada um tivesse que fazer a sua parte, mesmo que “fazer a sua parte” signifique que o agente tenha de ficar sem fazer nada mas atento caso seja preciso a sua atuação. Nesses casos para cessar a obrigação de auxílio imposta pela norma sobre os agentes, é necessário que já não exista o perigo que deu origem a essa obrigação, ou que já se tenha efetuado todas as diligências que a situação da vítima exigia que fossem feitas.

5.2. A legitimidade da obrigação de prestar auxílio

Quando se fala constitucionalmente no direito à liberdade tem que se ter em mente que o mesmo tem um carácter duplo que se manifesta coincidentemente como regra e como princípio. Com isso, se pode deduzir que no domínio constitucional existem duas normas que devem ser ponderadas: uma é o princípio da liberdade e a outra é a regra da liberdade.¹⁰¹

Neste contexto, se pode afirmar que esse direito fundamental à liberdade só poderá ser restringida através de uma norma penal, desde que seja ponderada com o já referido princípio da intervenção penal e nos casos em que o mesmo tiver por base a necessidade de tutela de bens jurídicos atribuídos densidade axiológica. Por outras

¹⁰¹ (D’Avila, 2005, p. 70)

palavras, a necessária ofensa se manifesta como uma regra constitucional que legitima a intervenção penal e valida a sua obrigatória aplicação.¹⁰²

Aqui se pode levantar a questão se a liberdade do agente não é lesada pela imposição do dever de auxílio.

De acordo com o Professor Jorge Miranda, não se pode confundir o dever com a restrição, pois a restrição constitui uma absoluta falta de autonomia porque o mesmo ao estar contido no âmbito de determinado direito só tem fundamento ao fazer referência a ele. Enquanto que o dever já traduz uma situação jurídica diferente, em que o destinatário do dever se encontra no estado passivo que contém uma imposição de agir ou de não agir de determinada forma. O dever quando não for fundamental, diferente das restrições, tem a possibilidade de não se encontrar explícito na constituição, enquanto que as restrições têm necessariamente de constar nela, seja de forma imediata ou mediata.¹⁰³

A exigibilidade do dever de auxílio tem por base bens jurídicos constitucionalmente protegidos, como a vida, a saúde, a integridade física e a liberdade, bens esses que são postos em perigo por conta da gravidade da situação em que a vítima se encontra.

Por varias vezes nesse trabalho de investigação se fez referencia ao “afastamento do perigo”, “situação de perigo” e o “perigo para os bens jurídicos da vítima”, mas ainda não se teve a oportunidade de elaborar uma reflexão do sentido do que o elemento perigo acarreta em si para o crime de omissão de auxílio.

Pois o perigo descrito na norma tem uma relação direta com a legitimidade do agente ser obrigado a prestar o auxílio porque é o tal perigo que dá origem a essa obrigação.

5.2.1. O elemento “perigo” do crime de omissão de auxílio

O perigo convencional pode ser considerado como sendo um evento que baseado na experiência prática geral, tenha capacidade suficiente para produzir um resultado lesivo para determinado interesse ou bem. Melhor dizendo, o perigo exprime uma situação onde existe uma ameaça à interesses que são juridicamente protegidos, ameaça

¹⁰² (D’Avila, 2005, p. 72 e 73); (Costa J. d., Direito penal especial, Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial, 2004), p.67

¹⁰³ (Miranda, Direitos Fundamentais, 2016, p. 384)

essa que é representada por um facto causal de uma possível lesão dos bens jurídicos em causa.¹⁰⁴

Quando se antecipa a proteção de bens jurídicos penalmente relevantes mediante crimes de perigo, essa proteção não é feita no sentido de proteção criminal ou prevenção criminal, mas sim no sentido de ampliar a proteção dos referidos bens jurídicos.¹⁰⁵ Aqui não se está diretamente perante uma prevenção criminal ou a finalidade de diminuir a criminalidade em si, o que está em causa é a necessidade de uma maior proteção do bem jurídico e é isso que legitima os crimes de perigo.

No direito penal o perigo é sustentado por dois pilares basilares: a primeira, é a possibilidade ou probabilidade de acontecer o dano ao bem jurídico que se visa proteger e, o segundo, é o próprio carácter danoso do perigo ou situação perigosa.

O perigo que está na base do crime de omissão de auxílio é um perigo concreto porque o perigo é considerado como elemento do tipo legal, enquanto que o perigo abstrato não constitui elemento do tipo legal e acaba por representar uma manifestação da motivação¹⁰⁶ do legislador. A própria situação perigosa é que dá origem ou que é causadora do possível dano ao bem jurídico nos casos de crimes de perigo concreto.

O perigo, desta forma, pode ser considerado como algo real que objetivamente existe e que representa a possibilidade de um dano futuro, sendo suscetível de graduação.¹⁰⁷ Essa graduação do perigo é feita em função da classificação dos crimes de perigo e no contexto da análise individual de cada norma incriminadora.

Sendo assim, o perigo implica a existência de certas condições factuais concretas, que através da compreensão humana é possível fazer um juízo de previsibilidade direccionado ao futuro dano de um bem jurídico. Pode-se dizer que o conceito “perigo” integra dois elementos: um objetivo e outro subjetivo.

O elemento objetivo seria então um juízo cognitivo que se constrói a partir do conhecimento experimental da situação fáctica e das leis do devir.

O elemento subjetivo seria a manifestação do resultado proveniente da situação fáctica, que é antecipada por cálculos de probabilidade e possibilidade.

O artigo 200.º do código penal não impõe que o perigo seja grave, mas sim, como já foi anteriormente referido, que haja grave necessidade do qual decorre o dever imediato de auxílio à vítima. O facto de não haver a exigência de o perigo ser grave, não

¹⁰⁴ (Brito, Os crimes a integridade física, 2007, p. 490); (Patrício, 2011, p. 199)

¹⁰⁵ (Costa J. F., 2000, p. 375)

¹⁰⁶ (Costa J. F., 2000, p. 621); (Patrício, 2011, p. 201)

¹⁰⁷ (Pereira, 1995, p. 22)

anula a necessidade do mesmo ser perceptível pelo sujeito ativo (o agente omissivo), devendo ser para o efeito, um perigo atual e constante, em que não seja preciso nenhum conhecimento específico ou adicional para a sua percepção.

Essa tal percepção não pode ser feita de forma isolada ou autónoma, é necessário que seja feita no contexto da circunstância da grave necessidade que lhe serve de base.

Se considera que os bens jurídicos enunciados pela norma sejam taxativos, pois não parece que o legislador quisesse alargar o âmbito dos bens protegidos pela norma para além da vida, a saúde, a integridade física e a liberdade, mesmo que sejam bens jurídicos pessoais.

Concluindo assim que o perigo que desencadeia a obrigação de auxílio legitima a ação do agente pelo facto do mesmo colocar em causa bens jurídicos pessoais da vítima que são tutelados pela norma. O agente para agir tem necessariamente de estar em causa um perigo grave que por si só a vítima não é capaz de afastar, daí ser preciso a ajuda de terceiros e conseqüentemente emergir a solidariedade social.

5.3. Casos em que a realização da conduta devida implica a lesão de interesses juridicamente relevantes

Para concluir a análise da caracterização da conduta devida é necessário fazer uma alusão às situações em que o cumprimento da norma pode provocar a lesão de outros bens jurídicos, bens esses que podem pertencer tanto a própria vítima necessitada de auxílio como de terceiros.

Essa é uma questão que pode manifestar um elevado grau de complexidade, principalmente quando os bens lesados no decorrer da ação de auxílio são bens de carácter pessoal. E para resolver esta questão é necessário estabelecer limites quanto ao dever de auxílio assim como determinar que critérios que a regulam, para que se possa através dos seus princípios fundamentar e legitimar a estrutura hierárquica que se estabelece entre os bens jurídicos em conflito.

Este problema tem uma relevância prática visto que na realidade pode ser recorrente as situações em que o agente ao agir com intuito de afastar o perigo acaba por lesar outros bens jurídicos, tanto de forma intencional ou como de forma involuntária, sem querer.

Nos casos em que este conflito se estabelece entre bens patrimoniais e bens pessoais, não parece que seja muito grave a admissibilidade da sua licitude, pois a

conduta é praticada no exercício de um dever. Mas se exclui a ilicitude do ato com a condição de que tais danos patrimoniais terem sido realizados na medida do necessário para afastar o perigo, sem abusos nem excessos.

Tendo em conta o valor dos bens pessoais protegidos pela norma (a vida, a saúde, a integridade física e a liberdade), se aceita que seja legítimo que determinadas condutas positivas de socorro acabem por provocar danos patrimoniais no decorrer da ação devida. Nesses casos se pode justificar o dano em três situações distintas: com a necessidade urgente do socorro nomeadamente com o direito de necessidade – no caso de ser um dano para um terceiro; ou com o instituto do consentimento – caso esteja em causa algum interesse da própria vítima; ou ainda mediante o consentimento presumido.¹⁰⁸

O problema se coloca mais a nível dos casos em que se lesam bens pessoais da vítima ou de terceiro, em que há uma certa necessidade do agente fazer uso da violência física para alcançar os seus objetivos. Nestas situações há de se fazer uma criteriosa valoração em que se pondera os bens jurídicos em conflito e o sentido social da conduta do autor no ordenamento jurídico, de acordo com a sua adequação ou não, no âmbito dos valores ético-sociais da comunidade.

Com isso se entende que no cumprimento da obrigação de prestar o auxílio esperado o mesmo não deverá ser praticado apresentando como desvantagem um custo para a dignidade e a autonomia ética do homem.¹⁰⁹

O recurso ao exercício da força física só pode ser considerado lícito contra terceiro no decorrer de uma ação de salvamento ou de auxílio, quando a conduta se manifestar como indispensável para afastar o perigo de modo que seja admissível o sacrifício que é imposto ao lesado. Com isso, tem que se ter sempre em consideração o valor e a natureza do bem lesado.

Pelo que foi exposto, se pode deduzir que em muitos casos dependendo das circunstâncias factuais, a violência gerada contra um terceiro não pode ser visto como ilícita, com a condição, é claro, de estar a ser empregue tal violência prola necessidade para afastar determinado perigo que coloque em risco a vida, a integridade física, a saúde ou ainda a liberdade do sujeito passivo.

¹⁰⁸ (Costa J. d., Noções fundamentais de direito penal Fragmenta iuris poenalis : Introdução — A doutrina geral da infração [A ordenação fundamental da conduta (facto) punível; A conduta típica (o tipo); A conduta ilícita (o ilícito); A conduta culposa (a culpa)], 2015, p. 301)

¹⁰⁹ (Assunção, 1994, p. 81)

Neste contexto, em alguns casos se pode estar perante o instituto de legítima defesa nos termos do artigo 32.º do código penal, quando com a sua conduta, o agente omissivo tinha em vista impedir uma agressão atual e ilícita, agressão essa que colocava em perigo ou ameaçava colocar em perigo um bem jurídico pessoal da vítima.

Pode haver casos em que a hostilidade por parte do agente não seja com intenção de afastar uma agressão atual, mas sim com o propósito de fazer uso de um bem material com carácter indispensável para a promoção do socorro tendo em conta a situação em concreto, e que de certa forma, o agredido não tencionava de livre e espontânea vontade facultar ao agente o referido bem material.

Neste último caso também é necessário uma racionalização sobre: a agressão praticada, o bem jurídico lesado e a necessidade da agressão para o cumprimento do dever de auxílio.

Por último, a licitude de uma conduta que ofenda determinados bens jurídicos pessoais da vítima pode ser considerada lícita quando em consequência de um processo de salvamento seja crucial que o agente realize atos de “ressuscitação”, como por exemplo, uma reanimação cardíaca, uma intervenção cirúrgica ou qualquer outro tratamento mais invasivo que justifique recorrer ao consentimento presumido da vítima nos termos do artigo 39.º n.º 2 do código penal.

Contudo, caso a vítima renuncie através de uma declaração de vontade firme, séria e esclarecida a ajuda do agente, a obrigação de prestar o auxílio necessário cessa e dá lugar apenas ao emprego de violência. Se pode justificar este ponto de vista recorrendo ao artigo 156.º n.º 1 do código penal referente as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários de onde resulta que não pode ser realizado intervenções ou tratamentos sem o consentimento do paciente, que neste caso é a vítima.

6. A vítima do crime de omissão de auxílio

6.1. Situação típica

O sujeito passivo é o indivíduo que se encontra na situação desvantajosa onde os bens jurídicos de que é titular são ameaçados ou estão efetivamente em perigo, bens esses merecedores de proteção jurídica por conta do valor da solidariedade social. Logo é de se afirmar que o perigo é a fonte da caracterização do sujeito passivo com o estatuto de vítima.

Desta forma, um cadáver não pode ter a qualidade de sujeito passivo ou ser objeto de proteção da norma, pois não existe o perigo para os bens jurídicos pessoais exigidos pela norma, é necessário que (no mínimo) a vítima esteja ainda com vida no momento do salvamento. Não se pode afastar um perigo inexistente, daí que evidentemente se exclui ou faz cessar o dever de auxílio que recai sobre o agente.

Nisto, quando o agente atua ativamente pensando estar afastando um perigo que não existe como, por exemplo, pela circunstância dele estar perante um corpo inanimado sem vida, a doutrina designa de “tentativa impossível”.¹¹⁰

6.1.1. A circunstância factual por de trás da grave necessidade

Anteriormente ficou claro a que perigo se refere o artigo 200.º CP, agora é importante focar na expressão de “grave necessidade” enunciada pela norma, nisso, mediante um juízo valorativo autónomo se vai refletir sobre o sentido que o legislador quis atribuir a referida expressão.

No tipo legal é descrito “em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum” em que se encontra a vítima.

A necessidade expressa a ideia de uma carência indispensável que compreende um imperativo de agir como “princípio energético orgânico”¹¹¹ em função do bem de que carece de tutela, e que é pré-determinado pela situação de ameaça e fatalidade em que o necessitado está.

A necessidade referida no crime de omissão de auxílio, em específico, é o resultado de um certo processo factual na qual a partir de um determinado ponto deixa de estar dependente do controle da vítima, e passa a se observar nestas circunstâncias uma impossibilidade do sujeito passivo (a vítima) afastar o perigo por meio da sua defesa pessoal. Com isso, a vítima deixa de ter condições para que de forma autónoma consiga salvaguardar os seus bens jurídicos pessoais de que é titular, e fica dependente da ajuda de terceiros.

Porém, não só basta que a vítima não consiga de forma autónoma controlar a situação, como também é exigido que a necessidade de auxílio seja grave. Essa exigência de gravidade traduz um elemento quantitativo que pode ser observado

¹¹⁰ (Costa J. d., Direito penal especial, Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial, 2004), p.34

¹¹¹ (Assunção, 1994, p. 67)

exteriormente mediante uma manifestação de sinais com carácter de seriedade, o que consequentemente obriga o sujeito ativo (o agente omissor) a uma atuação com carácter urgente por conta da gravidade das consequências que podem decorrer desse estado para a vítima.

Na situação de “grave necessidade” descrita no tipo penal se enquadra, por exemplo, um desastre, um acidente, desde que se possa observar um risco iminente de lesão para a vida, integridade física ou liberdade do portador do bem jurídico. Com isso, deve existir por parte da suposta vítima a impossibilidade de afastar por si só o perigo, necessitando assim a ajuda de um terceiro. O facto de o perigo ter sido gerado pela vítima, não é justificação para o afastamento do dever de auxílio e consequentemente a responsabilidade penal do agente.

Portanto, a situação de grave necessidade no crime de omissão de auxílio deve exprimir uma emergência em que a vítima humana não consegue por si só afastar o perigo, e desta forma precisar da intervenção de terceiros para salvaguardar os bens jurídicos pessoais ameaçados. E para isso tem que se ter em conta as capacidades individuais físicas e psíquicas da própria vítima na circunstância em concreto.

O artigo 200.º do código penal elenca algumas situações que o legislador considerou que manifestavam a grave necessidade da situação, mas vale a pena salientar que o mesmo não é uma enumeração taxativa podendo preencher a tipicidade situações não estão descritas pela norma.

Um desastre pode ser entendido como um fenómeno natural, algo imprevisível; ou um acidente pode ser entendido como uma situação derivada de uma conduta não intencional humana. A calamidade pública pode ser entendida no sentido de uma situação que afete grande parte ou a totalidade de uma comunidade, que pode ter como origem um fenómeno natural ou uma conduta humana como, por exemplo: um período de fome generalizada.

Já quando é referido a expressão de “perigo comum” na norma, a situação prevista pode ser a possibilidade de uma ofensa ou ameaça real para um número incerto de pessoas indeterminadas como, por exemplo: é o caso de um incendio, ou de um descarrilamento de um comboio de passageiros, de uma inundação e de outras catástrofes naturais.

Há circunstâncias que merecem ser mencionadas devido ao modo como ocorrem, dando relevância a dois deles, seria então os casos em que: o primeiro, é relativo a

assistência ao suicídio; e o segundo, os casos em que o sujeito passivo de forma deliberada se envolve na prática de uma atividade perigosa por lei.

No primeiro caso referente ao suicídio se pode trazer a colação as causas de exclusão de ilicitude, mais precisamente o instituto do consentimento nos termos do artigo 38.º do código penal. Transpondo para o contexto do crime de omissão, é possível ter situações onde exista uma grave necessidade que se enquadra na tipicidade do artigo 200.º CP, é uma questão que demonstra um certo grau de complexidade de onde divergem as soluções apresentadas.

O facto do próprio sujeito passivo manifestar a vontade de destruir a própria vida traz consigo um problema no quesito de se se pode considerar que a vítima se encontra num estado de necessidade concreto (o ato do suicídio), ou se se pode considerar que o estado de necessidade em que o indivíduo se encontra se deve ao facto do mesmo precisar de auxílio a nível mental. Por agora essa questão será mantida em aberta para posteriormente ser analisada de forma mais pormenorizada.

Em relação aos casos em que se está perante a prática de uma atividade perigosa, mas que seja legalmente permitida, por exemplo, no exercício de uma profissão, nesta situação mesmo que a atividade tenha capacidade de provocar sérios riscos para a vida de quem a pratica, é aceitável se considerar (pelo menos inicialmente) que não existe uma situação de grave necessidade, pois normalmente são atividades submetidas ao controle de quem as pratica.

Contudo, caso aconteça um acidente que conseqüentemente resulte na ameaça real para os bens jurídicos pessoais da pessoa ao exercer determinada atividade e que a impossibilite de afastar o perigo por conta própria, estarão preenchidos os requisitos factuais para aplicação do artigo 200.º CP.

6.2. A manifestação de vontade da vítima em não ser auxiliada

O que está na base da questão é puramente o consentimento da vítima em ser auxiliada e qual o reflexo que o mesmo tem na obrigação de auxílio que recai sobre o agente.

O direito penal, como foi anteriormente referido, visa a proteção de bens jurídicos, e a figura do consentimento, no âmbito do direito penal, se destaca pela importância que a autonomia pessoal¹¹² possui, na medida em que a mesma serve como

¹¹² (Godinho, 2017, p. 630)

justificação para o titular do bem jurídico proceder a renúncia da proteção juridicamente conferida. Aqui se está perante ao que se denomina de direito de autonomia (autodeterminação) do titular do bem jurídico que pode estar em perigo.

A autonomia pessoal é fundamental para o entendimento da figura do consentimento em direito penal. A vontade individual acaba por representar uma sobrevalorização do princípio da liberdade, e neste contexto a autonomia pessoal se manifesta como uma representação da liberdade, assim sendo, ambos reconhecidos como valores essenciais para a ordem jurídica.

Pelo facto do direito penal fazer parte do direito público implica que haja uma subordinação dos cidadãos perante o poder público, porém nessa relação Estado e cidadão vale a pena salientar que é fundada num dualismo positivo/negativo¹¹³ no cumprimento da proteção dos direitos fundamentais que está prevista na CRP. Isto é, cabe ao Estado, por um lado, garantir a proteção dos direitos fundamentais e, por outro lado, protegê-los das limitações desnecessárias mediante a garantia aos cidadãos da liberdade. E isso explica a relevância do consentimento como reflexo da vontade no direito penal.

Um princípio com grande destaque no contexto do consentimento é o princípio *volenti non fit iniuria*¹¹⁴ (não se faz injúria àquele que consente), na qual se defende que não se deve levantar queixa por um prejuízo que derivou do consentimento do ofendido e tem uma ação direta na responsabilidade do autor, ou enquadrando-o no caso da omissão de auxílio, teria uma ação direta na obrigação de agir que recai sobre o agente omitente.¹¹⁵

A pessoa/vítima que através do seu consentimento rejeita ou prescinde a proteção que o direito penal tende a lhe conceder passa a legitimar a sua renúncia mediante o seu direito de autodeterminação. O consentimento acaba assim por assumir uma função social que atribui ao seu titular uma extensão da possibilidade de agir.

O consentimento quando considerado como uma autodeterminação da vítima, de acordo com a autora Inês Fernandes Godinho, exterioriza uma heterolesão¹¹⁶ que tende a coincidir com a ação que o agente deveria ou iria praticar naquele momento. Com isso se pode deduzir duas consequências:

¹¹³ (Godinho, 2017, p. 630)

¹¹⁴ (Godinho, 2017, p. 631); (Costa J. d., Noções fundamentais de direito penal *Fragmenta iuris poenalis* : Introdução — A doutrina geral da infração [A ordenação fundamental da conduta (facto) punível; A conduta típica (o tipo); A conduta ilícita (o ilícito); A conduta culposa (a culpa)], 2015, p. 303)

¹¹⁵ (Correia, 2016, p. 25)

¹¹⁶ (Godinho, 2017, p. 631)

- Caso o consentimento, enquanto manifestação da vontade do titular dos bens jurídicos necessitados de proteção, não corresponder a uma verdadeira autodeterminação não é possível se constituir como fundamento para o afastamento da ação devida do autor; e
- A autodeterminação só pode ser reconhecida quando seja racionalizável, ou seja, quando ainda é possível compreendê-la e explicá-la de forma que seja facilmente perceptível.

Mas em todo o caso, a vontade de quem emite o consentimento pode sofrer um certo condicionamento por fatores endógenos ou exógenos, estando em causa situações em que o consentimento deixa de manifestar uma vontade totalmente livre.

Nessas circunstâncias, em que a vontade exteriorizada não é uma vontade na sua essência livre, se está na presença da ausência da chamada liberdade interna negativa¹¹⁷, que incide diretamente na capacidade da vítima prestar o seu consentimento. A liberdade interna diz respeito aos fatores endógenos, que se traduz na inexistência, quer de impedimentos fisiológicos, quer de impedimentos psíquicos nos momento da formação da vontade da vítima.

No âmbito do crime de omissão de auxílio o consentimento pode surgir dotada de relevância jurídica em muitas situações, mas aqui as mesmas serão enquadradas em três grupos possíveis:

- A situação de se estar presente uma intervenção médica ou um tratamento invasivo;
- A situação de simplesmente a vítima recusar o auxílio do agente; e
- O suicídio como manifestação da vontade.

Quanto a situação da necessidade exigir, sem margens de dúvidas, uma intervenção médica foi anteriormente referido que caso a vítima renunciasse o auxílio o agente estaria no campo de uma lesão à integridade física nos termos do artigo 143.º e 156.º n.º 1 do código penal. Porém, é válido ainda neste contexto levantar a hipótese dos casos em que a prestação desse auxílio não é efetuado por um profissional de saúde, embora possa ter conhecimentos para tal.

Parte da doutrina entende que o agente não deveria ser responsabilizado criminalmente pelo facto de prestar o auxílio necessário em termos de intervenções medicas quando o mesmo não se encontra habilitado para tal, desde que o agente fosse

¹¹⁷ (Godinho, 2017, p. 634)

motivado pelo altruísmo e desejo de ajudar.¹¹⁸ Contudo, o artigo 150.º n.º 1 CP exige que este tipo de intervenção seja feita por um médico ou por outra pessoa que seja autorizada pela lei, para que dessa forma a respetiva conduta do agente não possa ser considerada como uma ofensa à integridade física do sujeito passivo.¹¹⁹

Para resolver este problema em específico, se entende que a resposta não pode ser sim ou não, terá de ser um depende. Pelo que foi exposto ao longo deste trabalho de investigação, se conclui que o agente tem de reunir as condições necessárias para proceder a ação de salvamento, e isso inclui saber o que se está a fazer, portanto, mesmo que o agente não seja legalmente habilitado ou um médico mas que saiba o que está fazendo, passa a estar ao abrigo da omissão de auxílio e não poderá (em princípio) ser responsabilizado criminalmente. O que se dever fazer nesses casos é uma análise criteriosa dos interesses em conflito.

De qualquer forma, mesmo que esteja em causa uma intervenção médica e existe a recusa do auxílio prestado por parte da vítima necessitada, ou mesmo estando perante um caso de suicídio, primeiramente é necessário proceder a uma averiguação da declaração da vontade da vítima.

6.2.1. O consentimento

No âmbito da liberdade individual importa tanto a liberdade da vontade analisada em termos da capacidade da vítima (titular do bem jurídico), bem como a autodeterminação que permite a exteriorização de uma vontade esclarecida, séria e livre¹²⁰, isso é exigido pelo próprio código penal no seu artigo 38.º para que possa servir de base para o consentimento.

Vale a pena frisar que o consentimento que se está a tratar não corresponde ao conceito de declaração de vontade que se tem no direito civil, mas sim se trata exclusivamente da exteriorização da vontade no âmbito da autodeterminação, como já foi anteriormente referido.

A declaração deve ser esclarecida no sentido da vítima ter a perfeita consciência da gravidade do seu estado e o perigo que isso pode representar para a sua vida, a sua integridade física e a sua liberdade. A vítima tem de ser capaz de perceber não só o seu estado, mas também ser capaz de perceber o auxílio que o agente quer lhe conceder.¹²¹

¹¹⁸ (Assunção, 1994, p. 82)

¹¹⁹ (Brito, Os crimes a integridade física, 2007, p. 542)

¹²⁰ (Godinho, 2017, p. 632)

¹²¹ (Correia, 2016, p. 27)

Por exemplo, no caso de um atropelamento, a vítima que foi atropelada se recusa a se manter imóvel no local do acidente, e o agente para auxiliá-la lhe pede que permaneça a todo custo imóvel, mas pelo facto da vítima se sentir bem ou de não ter fortes dores não consegue perceber a gravidade da situação insistindo em levantar, nesse caso a vítima não está apta a proferir uma declaração consciente porque ela se encontra em erro sobre o seu estado físico, com isso, a recusa do seu consentimento em ser auxiliada não pode afastar a obrigação de agir do agente omissor.

A declaração dever ser séria no sentido de ser necessário que a vítima a transmita com a responsabilidade e sobriedade que a situação exige, não pode expressar a sua vontade de uma forma que crie confusão ou dúvidas no agente. Por exemplo, uma vítima que se encontra alcoolizada não poderá proferir uma declaração de vontade séria, mesmo que a vítima realmente não queira ser ajudada.

A declaração deverá ser sólida no sentido de que a própria vítima não apresente dúvidas ou contradições no seu discurso. Deve ser uma manifestação de vontade sólida e clara.

Posto isso, quais serão então os casos que o consentimento ou o não consentimento da vítima tem a capacidade de afastar o dever de agir do agente?

De uma forma muito resumida, o consentimento da vítima do crime de omissão de auxílio, em princípio, só pode afastar o dever de agir do sujeito ativo caso a vítima esteja na posse de toda a informação factual em que se encontra, dos riscos e do perigo decorrente de tal situação, e do auxílio que o agente está prestes a executar. Porém, como a própria norma exige que a vítima esteja numa situação de grave necessidade, é de se esperar que o sujeito passivo não esteja psicologicamente apto a tomar decisões e consequentemente a formular um consentimento penalmente relevante.

6.2.2. O suicídio e a obrigação de prestar o auxílio necessário

Embora o suicídio tenha alguns contornos diferentes dos casos comuns que se enquadram no crime de omissão de auxílio, o consentimento continua aqui presente. O comportamento do suicida acaba por se traduzir numa situação que põe em perigo a vida e a integridade física do sujeito passivo, e a sensibilidade desse ato perante o crime de omissão de auxílio surge pelo facto de ser a própria vítima a se colocar nessa situação por desejar a lesão dos referidos bens jurídicos que o crime de omissão de auxílio visa proteger.

Apesar do suicídio em si ser um ato atípico, o código penal prevê no seu artigo 135.º o incitamento ou ajuda ao suicídio como um crime autônomo.¹²²

Sem estudar na sua exaustão o suicídio e o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio (pois o mesmo não configura o cerne deste trabalho de investigação), é necessário salientar alguns dos seus aspetos gerais essenciais para um melhor entendimento da questão em análise.

É de fácil solução os casos em que alguém possa prestar auxílio ao suicídio (no sentido de o ajudar no ato de suicidar) lhe facultando o meio para alcançar tal resultado, por exemplo, lhe entregando uma arma de fogo que posteriormente será usada, mas a questão que se coloca neste contexto é se existe um dever de auxílio (no sentido de evitar o ato de suicidar) perante uma pessoa que claramente e sem dúvidas nenhuma pretende ou está disposto a cometer o ato de suicídio. Melhor dizendo, qual seria o posicionamento legal da pessoa que através de um comportamento omissivo contribuísse para o suicídio da vítima?

O suicídio é um ato voluntário e intencional de cessar a própria vida.

O crime de incitamento ou ajuda ao suicídio, de acordo com o artigo 135.º n.º 1 do código penal, compreende a conduta na qual o agente incentiva outra pessoa (a vítima) a praticar o ato de suicídio, ou, quando o agente com a sua conduta ajuda a vítima a cometer o suicídio.

O bem jurídico que se encontra na base deste crime é a vida humana, mas diferente do homicídio (artigo 131.º CP) onde o autor ceifa a vida de outra pessoa, no suicídio é a própria vítima que lesa o bem jurídico vida do qual a mesma é titular.

Quanto ao autor este crime corresponde a um crime comum, sendo que qualquer pessoa o pode ser, contudo, não se considera como autor a própria vítima pois o ato de fazer cessar a própria vida não constitui um crime, portanto acaba por ser uma ação penalmente irrelevante.

Primeiramente se pode discutir se o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio poderá ser praticada por meio de uma omissão.

Nesta vertente, ao analisar a norma do artigo 135.º n.º 1 CP menciona “incitar outra pessoa ou lhe prestar ajuda”, o que remete para a ideia de que é um crime que para ser consumado o agente tem de prestar uma conduta ativa, ou seja, agir mediante uma ação. Nessa linha de pensamento, há quem defenda que mesmo que exista um dever

¹²² (Garcia M. M., 2015, p. 38)

jurídico de agir derivado de “n” motivos por parte do omitente, o mesmo não poderá ser considerado como autor deste crime, pois como foi referido anteriormente, o suicídio é um ato atípico. E por ser um ato atípico faz com que não exista nenhum resultado a ser evitado pelo omitente nos termos do artigo 10.º n.º 1 CP.

Os defensores desse ponto de vista concluem que o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio não poderá ser consumada mediante uma conduta puramente negativa, em outras palavras, não pode ser praticada através da modalidade omissiva. Porém, nada implica que não haja punição da referida omissão através do crime de omissão de auxílio nos termos do artigo 200.º CP. Ou seja, admitem a possibilidade de punição por um crime omissivo puro (nomeadamente o crime de omissão de auxílio), mas não por um crime omissivo impuro como o crime de comissão por omissão nos termos do artigo 10.º CP.

Por outro lado, há quem defenda que existe sim um dever jurídico de agir que obriga o autor a evitar o resultado morte do suicídio¹²³, pois se pode praticar o crime tanto mediante comissão por ação como por omissão. Como, por exemplo, nos casos em que: uma mãe que sabendo que o seu filho sofreu *bullying* na escola e que por conta disso quer se suicidar e não faz nada para o impedir; o enfermeiro que vê um paciente a fazer greve de fome e o deixa desfalecer; ou um médico de um hospital psiquiátrico que não impede um dos seus pacientes de consumir de forma excessiva um remédio mesmo sabendo que a vítima o tinha em sua posse.

Quem acolhe este pensamento defende que a omissão de uma conduta positiva para evitar o resultado quando o agente tinha o dever de o impedir, se consubstancia numa forma de prestar auxílio (colaborar) para que o suicídio ocorra.

Quanto a relação com o crime de omissão de auxílio em si a resposta para esse problema depende muito da forma como o interprete compreende a motivação do suicida.

Se se entender que o suicida se encontra num estado patológico que o impede ver com clareza a realidade, a sua vontade ou o seu consentimento deverá ser considerado inválido tendo em conta o facto da vida ser considerado um bem indisponível. Essa invalidade coloca em causa a liberdade da vítima suicida, mas a vida se traduz num bem de valor superior ao da liberdade, e com isso ficaria justificada a atuação do agente em auxiliar empregando o esforço possível para evitar a consumação do suicídio. E caso o

¹²³ (Mianes & da Silva, 3º Trimestre de 2012, p. 225)

agente tivesse necessidade de recorrer ao uso da força, o mesmo estaria ao abrigo do direito de necessidade que a situação impõe nos termos do artigo 34.º CP.

Mas dado a complexidade da questão e restringindo a apenas alguns casos, não se consegue afirmar com toda a certeza de que o suicídio seja gerador da obrigação de prestar auxílio por parte do agente, porque não se consegue comprovar que o suicida se encontra totalmente incapacitado de perceber a extensão do seu ato, assim como não se consegue comprovar a situação de grave necessidade que a norma exige, de onde resulta que o sujeito passivo por si só não consiga afastar o perigo, e daí necessitar do auxílio de terceiros.

A problemática da omissão de auxílio e o suicídio nunca poderá ter uma resposta fixa porque dependerá sempre do caso em concreto e todas as situações fáticas que a cercam.

7. Extensão à proteção dos direitos dos animais pelo crime de omissão de auxílio?

Que o crime de omissão de auxílio se dirige aos seres Humanos não se levanta quaisquer dúvidas, até já ficou definido anteriormente quem pode ser considerado como o agente omissor e a vítima deste crime. Porém, será que se poderia considerar os animais como possíveis vítimas do crime de omissão de auxílio e mediante uma reforma legislativa aumentar a proteção dos direitos dos animais já existentes? Ou ainda, é possível existir uma solidariedade social para com os animais?

Desde 2007, os animais deixaram de ser considerados juridicamente como “coisas” e passaram a ser abrangidos por um novo estatuto que os caracteriza como “seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica” de acordo com a Lei n.º 8/2017.

Essa nova lei veio provocar muitas alterações tanto a nível cível como a nível penal. No código penal (que é o que interessa nessa matéria), houve alterações dos respetivos artigos 203.º a 207.º, 209.º a 213.º, 227.º, 231.º a 233.º, 255.º, 355.º, 356.º, 374.º-B a 376.º, que correspondem ao Título II referente aos crimes contra propriedade, ao Título IV referente aos crimes contra a vida em sociedade, ao Título V referente aos

crimes contra o Estado. E como complemento é de se dar a devida relevância ao Título VI que diretamente abrange os crimes contra animais de companhia.¹²⁴

A posição que os animais ocupam no código penal diz muito sobre o valor que o legislador quis lhes atribuir, pois os mesmos não fazem parte da proteção que o legislador confere aos bens jurídicos relativos aos crimes contra as pessoas.¹²⁵

De salientar que apenas estão abrangidos os animais de companhia, em que o artigo 389.º do código penal define como sendo os animais que vivem com os seres humanos com a função de representarem um entretenimento e companhia para os donos, desta forma, ficam excluídos os animais que são usados para outros fins como exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial.

Quanto ao crime de omissão de auxílio, pela posição que ocupa no código penal e pelos bens jurídicos que visa tutelar, não se pode fazer uma equiparação dos Humanos aos animais, e nem uma interpretação extensiva da norma com a finalidade da mesma abranger os animais. Seria pois inconstitucional que se impusesse ao agente omissor a obrigação de auxiliar um animal quando este estivesse numa situação de grave necessidade.

O facto dos animais não serem considerados juridicamente como “coisas”, não significa que eles passaram ter um estatuto que confira uma relação de equivalência com os seres humanos, até porque o próprio legislador estabelece uma diferenciação entre os animais de companhia dos restantes animais.

A solidariedade social que serve de base para o crime de omissão de auxílio não poderia ser estendida aos animais, pois a solidariedade social, como oportunamente foi dito, está vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, descartando assim qualquer hipótese de aplicar o crime de omissão de auxílio às situações que envolvam animais como “possíveis vítimas”.

Mas, seria possível surgir uma reforma legislativa com o objetivo, não de estender o crime de omissão de auxílio do artigo 200.º do código penal aos animais, mas sim de criminalizar um comportamento omissor destinado exclusivamente a proteção dos animais?

A nova lei de proteção dos animais não só veio conferir novos direitos aos animais de companhia como impor deveres ao seus donos, dessa forma o artigo 388.º do

¹²⁴ Diário da República eletrónico, 10 de set. de 20: <https://dre.pt/home/-/dre/140431165/details/maximized>

¹²⁵ (Costa J. d., *Direito penal especial, Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial*, 2004), p.14; (Garcia M. M., 2015, p. 20)

código penal referente ao abandono de animais de companhia impõe uma espécie de dever de cuidado quando diz: “Quem, tendo o dever de guardar, vigiar ou assistir animal de companhia...”. Se pode questionar se esse “dever de guardar” pode ser considerado como uma forma embrionária do dever jurídico de cuidado como o estipulado no artigo 10.º do código penal.

Supondo que fosse possível a criação de um crime de omissão de auxílio específico dos animais, o que poderia ser o conteúdo material da norma? Quem encontrar um animal abandonado e não lhe prestar o devido socorro? O socorro devido compreenderia levar o animal a um canil? Se estiver ferido levá-lo a um veterinário, ou seria suficiente ligar a um serviço público de proteção aos animais para recolhê-lo? O agente seria obrigado a promover o socorro a todos os animais de companhia que se encontram sem a presença dos seus donos por essa ausência representar um perigo para os mesmos? Caso contrário poderia ser sancionado com uma pena de prisão ou de multa.

Particularmente, se pensa que é excessivo o legislador criminalizar qualquer conduta omissiva relacionado aos animais, sendo que os próprios comportamentos omissos referentes aos humanos são limitados ao estritamente necessário. Se aceita que moral/eticamente se possa exigir que a pessoa tenha um sentimento de solidariedade, compaixão e até respeito para com os animais, mas criminalizar uma conduta omissiva com base numa solidariedade social para com os animais seria violar o princípio da proporcionalidade, e por isso parece que atualmente esta situação seja uma realidade impossível de ser alcançada.

Mas, tendo em conta que a sociedade e os seus valores estão em constante evolução, e que o direito sempre procura se adaptar e acompanhar as novas realidades que vão surgindo, se houvesse a possibilidade (mesmo que mínima) de criminalizar um comportamento omissivo Humano para proteger a vida e a integridade física dos animais, esta criminalização tenderia a ser limitada a casos excepcionais e muito específicos, pois o bem jurídico que estaria em causa não teria o mesmo valor com o que serve de base do crime de omissão de auxílio, e por isso a reduzida necessidade de proteção penal.

8. O dolo e a culpa no crime de omissão de auxílio

8.1. O dolo no crime de omissão de auxílio e os casos de sua exclusão

Na definição tradicional dolo é o conhecer e o querer, conhecer a realidade e o (querer) a vontade de produzir determinado resultado. É a manifestação da consciência e do querer do agente dirigido para agir de forma que o tipo legal penal objetivo previu e descreveu a conduta.

A consciência reflete o elemento cognitivo ou intelectual que integra o dolo, é a previsão do agente face a conduta que está prestes a realizar e que se consubstancia num crime. É fundamental que faça parte do elemento cognitivo todos os elementos que preenchem o tipo penal objetivo, contudo, não se pode impor que o agente tenha consciência da ilicitude no momento da previsão do comportamento.

Em relação ao elemento volitivo, ele é manifestado através vontade do autor em realizar determinado comportamento, terá de englobar a omissão ou a ação, o resultado e onexo causal.

Para que haja dolo na conduta omissiva descrita no tipo legal do artigo 200.º CP, antes de tudo é necessário que o agente conheça a situação de grave necessidade que lhe impõe o dever de auxílio, assim como que tenha a consciência da possibilidade de agir de acordo com o comando da norma.

Neste sentido, o conhecer da situação acarreta a compreensão do mesmo, tanto a compreensão do perigo para os bens jurídicos, assim como o significado que elas têm para o ordenamento jurídico-penal. Isso não significa que o agente tem de possuir sólidos conhecimentos técnico-jurídicos, mas sim deve efetuar uma valoração tendo em conta os elementos socioculturais que fazem parte do seu meio em paridade com o sistema jurídico-penal.

Desse modo, não é importante se o agente tenha tido ou não consciência do possível resultado que a situação pode gerar, simplesmente porque isso não faz parte do dolo no âmbito da omissão de auxílio. O que está em causa é a consciência da impossibilidade da vítima de por si só conseguir afastar o perigo que ameaça os seus bens jurídicos pessoais. Claro que não se pode descartar o juízo de prognose em relação aos danos que podem ser ocasionados nos respetivos bens jurídicos, porém, esse juízo de prognose não se manifesta como um valor autónomo. Inclusive, caso o agente esteja em erro sobre o resultado da situação quando ele tem a plena consciência da gravidade em que a vítima se encontra, é em si mesmo inócuo. Como, por exemplo, o caso de o

agente pensar que é a integridade física da vítima é que está ameaçada, mas no fim das contas acaba por ser a vida, é insignificante para a análise do dolo, o que é relevante é o agente ter a capacidade de entender que a vítima se encontra numa situação de grave necessidade.

Além dos requisitos acima referidos, é necessário que o agente tenha consciência da possibilidade da sua atuação de acordo com o comando normativo. Tendo o agente a consciência e o conhecimento de tudo isso, lhe confere a possibilidade de racionalizar o desvalor que uma conduta omissiva representa. Indo de encontro com esta linha de pensamento, no caso de faltar ao agente algum desses requisitos poderia culminar na impossibilidade de valorar corretamente o facto tendo em conta a respetiva ordem jurídica, podendo, dessa forma, estar presente a uma exclusão do dolo.

Considerando que no âmbito do crime de omissão de auxílio o dolo represente a vontade do agente em omitir a assistência imposta pela norma, não se levanta nenhuma dúvida quanto ao preenchimento do tipo legal e da exigência do agente conhecer a situação típica, quando o mesmo tem a possibilidade de agir e por vontade própria atua de forma contrária ao dever imposto pela norma.

Mas, suscita alguma dificuldade quando a questão se manifesta em relação ao resultado da conduta omissiva do autor nos casos em que se exige uma vontade consciente¹²⁶, porque aqui se está perante o limite/limiar da possibilidade da conduta ser punido por dolo ou por negligência.

Neste crime em específico, definir o comportamento omissivo do agente como uma conduta negligente, quer dizer que a sua consequência será inevitavelmente a sua impunidade, porque conjugando o artigo 13.º do código penal que exige que a negligência esteja especialmente prevista na lei com o artigo 200.º do mesmo código, resulta que o crime de omissão de auxílio só é possível ser punido a título de dolo.

Isto acaba por ser uma solução adotada pelo legislador para limitar as criminalizações de condutas omissivas punidas a título negligente.¹²⁷

Há casos em que poderá estar em causa o dolo eventual como, por exemplo, casos em que o agente omitente embora conheça a situação típica e esteja apto a levar a cabo a ação necessária para o afastamento do perigo, o mesmo não o faz, conformando-se com a situação do perigo como consequência possível da sua omissão. É a situação em que o agente se apercebe da grave necessidade, mas que nada faz para assegurar a veracidade

¹²⁶ (Assunção, 1994, p. 89)

¹²⁷ (Assunção, 1994, p. 92)

da circunstância em que se encontra a vítima, permanecendo inativo/omisso e se conformando com a situação de grave necessidade que representa uma ameaça para os bens pessoais da vítima. Nesses casos o agente não pode invocar o desconhecimento como forma de se justificar, pois se está diante de um caso em que o agente não procurou ter a certeza dos factos (mesmo o podendo fazer), o que conseqüentemente resultou no incumprimento do dever de agir.

Para o crime de omissão de auxílio ser considerado doloso o agente omitente deve estar consciente da situação da grave necessidade onde se encontra a vítima, assim como conhecer os restantes fatores típicos, ou seja, ter consciência de que é necessária a prestação de auxílio e que de igual modo a respetiva conduta de salvamento que lhe é exigido.¹²⁸ O omitente que estiver em erro por considerar que a vítima se encontrava morta enquanto que na realidade estava viva, pode ter a possibilidade de não lhe ser imputado o crime de omissão de auxílio por estar ao abrigo do artigo 16.º n.ºs 1 e 3 do código penal, caso for posteriormente provado que pela experiência comum naquelas circunstâncias seria aceitável que o agente omissor tivesse errado.

Em suma, se está na presença do dolo no âmbito do crime de omissão de auxílio sempre que o agente omissor não cumpriu ou não agiu de acordo com o comando da norma por vontade própria, ficando provado que a sua escolha em praticar a conduta típica, ou seja, aquela que não visava o afastamento do perigo de que era capaz. Dessa forma, não se exige ao sujeito omitente que almeje a efetivação do perigo concreto numa lesão real, para haver o dolo é suficiente que o mesmo tenha a consciência do dever que lhe é imposto e não tenha a vontade ou não o queira cumprir. Se traduz na pura vontade de efetivar o tipo objetivo quando o agente omissor mesmo que esteja inteiramente na posse de todo o conhecimento factual da situação de grave necessidade, assim como de todos os elementos que fazem parte do tipo objetivo e no contexto do caso em concreto opte por não executar o socorro devido.

8.2. Causas que justificam a conduta ou que a desculpabilizam

8.2.1. A causa específica de exclusão de ilicitude do nº3 do artigo 200.º CP

O próprio artigo 200.º CP do crime de omissão de auxílio configura uma causa específica de exclusão de ilicitude, e é específica porque é referente apenas ao crime de omissão de auxílio.

¹²⁸ (Garcia & Rio, 2018, p. 925)

Nos termos do n.º 3 do artigo 200.º CP se verifica efetivamente essa causa específica de exclusão de ilicitude, de onde resulta que a existência de um perigo grave para a vida ou a integridade física do omitente é pressuposto suficiente para que a conduta omissiva não seja punida.¹²⁹

Poderia o n.º 3 constituir não uma causa de exclusão de ilicitude, mas sim uma causa de exclusão da culpa? A resposta é negativa, se concorda que se trata de uma situação que exclui a ilicitude e logo se verá o por que.

O ordenamento jurídico, tendo em conta todas as circunstâncias que envolvem o agente e a vítima, faz um juízo de valores em que o agente omissor é desculpa pela violação do dever imposto pela norma porque não é razoável o agente ser obrigado a agir de modo a que ele próprio se coloque numa situação de grave necessidade em função de ajudar a vítima necessitada.

Se interpreta o artigo 200.º CP no sentido em que não era esse a intenção do legislador ao criar a norma, o propósito do dever de auxílio não é a de valorar os bens jurídicos pessoais da vítima acima dos bens jurídicos pessoais do agente omitente e nem sequer de criar este tipo de conflito. O legislador autonomizou a situação descrita no n.º 3 em relação às restantes situações que poderiam constituir uma inexigibilidade da conduta, e com isso o evidenciou como uma causa específica de justificação de ilicitude.

Mas é de salientar que o risco para os bens pessoais do omitente devem ser graves, para que tenham a capacidade de determinar a impunidade da sua conduta omissiva. Tanto o risco como a gravidade desses bens jurídicos são submetidos a um juízo valorativo tendo em conta uma análise das circunstâncias que cercam o ato de omissão do agente.

É de reparar que o legislador usou termos diferentes em relação aos bens pessoais da vítima e do omitente. No caso da vítima o legislador fala em “perigo” e no caso do agente omitente o legislador fala em “risco”, quer isso dizer que é evidente que o legislador fez esta distinção de forma intencional para que não houvesse incertezas quanto ao sentido das terminologias.

O perigo corresponde assim a possibilidade da consumação de um dano para os bens jurídicos tutelados, tendo em vista o facto do perigo ter necessariamente de ser

¹²⁹ (Garcia & Rio, 2018, p. 925) quando o salvamento representa uma lesão ou um risco para o omitente, deixa de ser considerado agente. Não pode ser considerado agente do crime de omissão de auxílio quem de forma comprovada não poder ajudar. Isso extingue a obrigação de auxílio.

iminente, sério e atual. Já o risco, não tendo as mesmas características do perigo, nomeadamente ser iminente, atual e sério, este compreende a situação de um perigo que ainda não é atual, ou seja, o perigo fica sujeita/dependente da prestação do socorro prestado pelo agente, podendo o mesmo surgir em simultâneo e/ou ao longo da sua ação.

O risco está diretamente relacionada ao auxílio necessário para afastar o perigo, e é apercebido pelo agente omitente quando este analisa as circunstâncias em que se encontra a vítima e a sua correspondente ação indispensável para o auxílio.

Mas não pode ser um risco para qualquer bem jurídico do agente, tem que estar em causa os bens jurídicos vida e/ou integridade física, portanto é imediatamente rejeitado a ideia de que qualquer outro bem jurídico, seja ele de carácter pessoal ou patrimonial do agente, ou ainda qualquer risco para bens jurídicos patrimoniais de terceiros. Fora os casos descritos no tipo legal, quando não se esta perante a uma manifestação de um risco para a vida ou para a integridade física do omitente, não se aplica esta causa especial de exclusão de ilicitude.

Se pode ter como exemplo dessa causa especial de exclusão de ilicitude a situação em que a vítima se encontra afogando e o sujeito a quem recai o dever de agir embora saiba nadar não auxilia a vítima por conta do mar estar bastante agitado e representar um perigo para a sua própria vida; ou o caso que o sujeito se recusa a parar o carro para auxiliar alguém que foi baleado pelo facto do agressor continuar a disparar. É de relevar que embora o agente não possa prestar o auxílio físico, nada lhe impede de tentar recorrer a terceiros para que o auxílio necessário seja prestado.

Não obstante estar em causa a vida e a integridade física do agente, o n.º 3 também consubstancia uma causa especial de exclusão a culpa que faz com que o comportamento seja inexigível, seria então “outro motivo relevante” que fosse grave o suficiente para que não pudesse ser possível exigir ao agente que agisse de acordo com a norma.

Tendo em conta que a 1ª parte do n.º3 do artigo 200.º CP é referente a um risco grave que coloque em causa a vida ou a integridade física do agente omitente, se entende que o “outro motivo relevante” terá de revestir o mesmo nível de gravidade, poderá contemplar as situações que mesmo que o auxílio não represente um risco grave para os bens pessoais do agente omitente, represente um risco grave para bens jurídicos pessoais de natureza semelhante de terceiros.

8.2.2. As causas gerais de exclusão de ilicitude

Além do causa especial de exclusão de ilicitude do n° 3 do artigo 200.º CP, há que levar em consideração as causas gerais de exclusão de ilicitude presentes no código penal.

Assim sendo, pode haver situações em que a prestação de auxílio pelo agente omissivo se enquadre num processo de legítima defesa¹³⁰ nos termos do artigo 32.º CP, em que o agente para afastar o perigo tenha de recorrer ao uso da força como, por exemplo: a situação da vítima estar a ser golpeada e o único meio de imobilizar o agressor seja de lhe empurrar, mas nisso o agressor parte um braço com a queda. Essa agressão por parte do agente a quem se impõe o dever de auxílio passa a ser lícita por se tratar da legítima defesa em prol de terceiro.¹³¹

Mas, se o agente afastar o perigo recorrendo ao excesso de legítima defesa¹³² ao abrigo do artigo 33.º n.º 2 CP, se entende que o mesmo fica obrigado a prestar o auxílio necessário a vítima do excesso da legítima defesa, caso o mesmo seja possível e tendo em conta sempre as circunstâncias concretas de cada caso.

Também não se descarta a probabilidade do agente de se encontrar numa situação que remeta a um conflito de deveres nos termos do artigo 36.º CP. No caso do dever de auxílio colidir com outro dever de agir, o agente deverá proceder a realização de um dever de igual ou superior valor em relação ao que ele sacrifica, para que a sua conduta seja lícita. Como, por exemplo, o caso do agente estar perante uma situação em que as duas vítimas estão afogando e precisam ser socorridas imediatamente, mas o agente só consegue socorrer uma de cada vez. O tempo que ele leva a socorrer uma, a outra acaba por afogar e conseqüentemente falecer, nesta situação o seu comportamento omissivo é justificado pelo facto dele ter executado o socorro de um valor igual ao que foi sacrificado.

E ainda, analisando o n.º 2 do referido artigo 36.º CP se chega a conclusão que o dever de auxílio sobrepõe ao dever de obediência hierárquica.

Quanto ao consentimento presente no artigo 38º e 39º CP, não será feita uma análise detalhada porque já foi previamente discutida neste trabalho de investigação.

¹³⁰ (Costa J. d., Noções fundamentais de direito penal Fragmenta iuris poenalis : Introdução — A doutrina geral da infração [A ordenação fundamental da conduta (facto) punível; A conduta típica (o tipo); A conduta ilícita (o ilícito); A conduta culposa (a culpa)], 2015, p. 282)

¹³¹ (Carvalho A. A., 1995, p. 238)

¹³² (Santos & Leal-Henriques, 2020, p. 111); (Correia, 2016, p. 49)

Se pode é levantar a questão se a vítima do crime de omissão de auxílio numa situação de grave necessidade, se terá a capacidade e o discernimento necessário de modo que ela possa avaliar o sentido e o alcance do seu consentimento e, por outro lado, se este consentimento é passível de ser considerado como uma vontade séria, livre e consciente.

No caso da vítima ser um suicida, se pode olhar pela vertente da mesma sofrer algum tipo de patologia mental e dessa forma tentar fundamentar o dever de auxílio nesses casos, em que devido ao estado patológico da vítima ela própria se auto-colocar numa situação de grave perigo. E o facto da vítima originar a situação de grave necessidade que lhe impede por si só afastar o perigo, não afasta a obrigação de prestar o auxílio por parte do agente e conseqüentemente não serve como justificação. Como, por exemplo: a vítima tentou suicidar com comprimidos, nisso ela fica inconsciente e o agente omissor a encontra nesta situação. Mesmo tendo consciência que foi um ato de suicídio (que foi a vítima que originou o perigo para a vida dela) ele está obrigado a prestar o auxílio necessário caso a vítima ainda se encontre com vida.

Mas, por outro lado, se a decisão da vítima representar uma decisão consciente e ponderada, fruto da manifestação da sua própria liberdade, aí se pode considerar que a vítima não está numa situação de grave necessidade, ou que pelo menos o seu consentimento possa ser valorada com base na autonomia ética do homem e do respeito pela livre determinação (caso ainda não tenha iniciado o ato de suicídio).

O que está em causa nesses casos é a inatividade do agente perante alguém que manifeste intenções de pôr um termo a sua vida, o que em princípio não se consubstancia num crime de auxílio ao suicídio nos termos do artigo 135.º CP.

8.3. Causas que excluem a culpa

No âmbito do crime de omissão de auxílio, se verifica uma plena aplicação das situações de inimputabilidade que normalmente excluem a culpa, nomeadamente em razão da anomalia psíquica nos termos do artigo 20.º CP e/ou em razão da idade nos termos do artigo 19.º do CP. Mas tem de se ter em atenção aos casos de anomalia psíquica em que o agente de forma intencional se coloca neste estado com objetivo de cometer o facto.

Dos requisitos das causas que excluem a culpa, é necessário dar a devida relevância a figura de inexigibilidade. Nos termos do n.º 3 do artigo 200.º CP, na parte

final é concebido uma cláusula geral de inexigibilidade, sem que se verifique algo semelhante na Parte Geral do Código Penal.¹³³

O legislador de forma intencional configurou esta inexigibilidade do dever de agir de uma forma suficientemente ampla, de modo a que se enquadre todas as circunstâncias concretas que possam existir no âmbito do crime de omissão de auxílio. Nisto, as situações abrangidas por este preceito são as que o agente omitente não atua de acordo com o comando da norma de afastar o perigo, por dar prevalência a um outro valor juridicamente protegido, por esse motivo se pode considerar que não seja legítimo a exigência de que o mesmo atuasse de forma diferente.

Se pode concluir que a inexigibilidade em si configura um limite para este dever de prestar o auxílio. Obviamente, nesse contexto, é necessário, tal como anteriormente foi referido, um juízo de valores ponderando os bens jurídicos ou interesses em causa.

Em relação a este caso da parte final do n.º 3 vale pena salientar que embora a conduta omissiva do agente continua a preencher o tipo legal, não se verifica a personalidade desvaliosa no qual se centra o juízo ético de censura que se faz no âmbito da culpa e daí se excluir a culpa nessas circunstâncias.

Ainda no âmbito da culpa tem outra situação que merece ser analisada, é o caso do erro sobre ilicitude presente no artigo 17.º CP. O agente mesmo conhecendo todas as circunstâncias do facto que dá origem ao dever de agir, ele não valora a sua omissão corretamente, ele não o valora tendo em conta o valor que é atribuído pelo ordenamento jurídico-penal. Nisso, ele age sem ter a consciência da obrigação jurídica que lhe é imposta, ou seja, ele se encontra em erro sobre o dever legal de agir naquelas circunstâncias.

Transpondo esse problema diretamente para o contexto do crime de omissão de auxílio e tendo em conta tudo o que foi exposto nos capítulos anteriores, é de se afirmar que este erro não pode excluir a culpa no crime de omissão de auxílio, porque o agente estando em erro sobre a ilicitude neste crime demonstra com a sua omissão uma intolerável indiferença perante o próximo o que torna inconcebível considerar que este erro não seja censurável quando se sabe que o que está na base deste crime é a solidariedade social.

¹³³ (Assunção, 1994, p. 100)

Esta falta de consciência de ilicitude por parte do agente omissor pode ser derivado de duas situações: ou ele se encontra em erro sobre a existência desse dever, ou se encontra em erro sobre as circunstâncias factuais.¹³⁴

Em relação ao erro sobre a existência do dever de agir o agente não cumpre o comando da norma por pensar que naquela situação a sua omissão não pode ser punida por ser desculpabilizado como, por exemplo, o agente que ao ser perseguido por alguém fica assustado e o agride deixando-o inconsciente, e nisso o agente foge sem prestar o auxílio ou promover o socorro recorrendo a terceiros por pensar que o ato de se defender é abrangido pela omissão.

Em relação a falta de consciência da ilicitude o agente acredita que a sua omissão é legítima por estar em causa um valor jurídico relevante como, por exemplo, o agente que deixa de transportar a vítima no seu carro por pensar que não pode invadir a esfera jurídica da vítima e a sua autonomia, salvaguardando assim bens jurídicos da vítima.

E ainda é possível identificar a culpa em sentido restrito¹³⁵, nesses casos o omitente responde por crime culposo nas seguintes hipóteses:

- No caso de haver erro na apreciação da situação típica como, por exemplo, uma mãe que ouvindo os gritos de socorro do filho se afogando não o socorre por pensar que o filho está simplesmente brincando; ou
- No caso de erro na execução da ação como, por exemplo, o agente que perante um incêndio querendo ajudar acaba por jogar algum líquido inflamável em vez de água para pagar o incêndio; e
- No caso de erro sobre a possibilidade de agir como, por exemplo, o agente que vendo alguém se afogando não o ajuda por pensar que o local onde a vítima se encontra é muito mais profundo e por isso o salvamento seria impossível.

9. Crimes de omissão de auxílio por comissão

É necessário referir os casos em que o agente preenche o tipo legal não através da sua inatividade ou por não ter agido de acordo com a norma, mas sim quando o executa

¹³⁴ (Assunção, 1994, p. 103)

¹³⁵ (Mianes & da Silva, 3º Trimestre de 2012, p. 220)

através de um comportamento ativo, nessas situações se está perante os crimes de omissão por comissão.

Por ser um tema complexo não será abordado de forma exaustiva neste trabalho de investigação, mas sim, será feita uma análise dos seus critérios no contexto do crime de omissão de auxílio por comissão, de modo a delimitar as condutas ativas e omissivas, com o objetivo de recolher sinais que posteriormente ajudarão a determinar as condutas que se podem integrar no crime de omissão de auxílio.

Tendo em mente o conceito de omissão, que se traduz não só na inatividade do agente omissor, mas que também pode ser considerado como o impedimento a realização da ação esperada, se pode enquadrar no âmbito do crime de omissão de auxílio as condutas ativas que impossibilitem que o socorro seja possível como, por exemplo, o agente que impede que o omitente utilize o telefone para promover a ajuda necessária enquanto a vítima se esvazia em sangue; ou, de igual modo, o agente que conscientemente destrói o material necessário para a promoção do auxílio impedindo que o agente aja de acordo com a norma, é o caso em que o A e B encontram C que sofreu um acidente, e A vendo as intenções de B em ajudar a vítima C fura propositadamente os pneus do carro que seria usado para o transporte da vítima.

Aqui se levanta a questão de definir quais os comportamentos que podem ser considerados ou que se enquadram nas simples omissões de auxílio nos termos do artigo 200.º CP, para que seja legítimo imputar ao autor do evento lesivo dos bens jurídicos da vítima o crime de omissão de auxílio a título comissivo.

Claramente não se pode recorrer ao critério da causalidade pois o mesmo não é suficientemente preciso para que se possa responder de forma clara e padronizada as dúvidas que surgem neste contexto.¹³⁶

De acordo com a professora Maria Assunção, o critério a ser usado para responder se uma conduta se enquadra no crime de omissão de auxílio por comissão ou num crime comissivo, seria a definição do valor ético-social da referida conduta, tendo em conta sempre o valor jurídico-penal de modo a possibilitar a fixação do grau de desvalor que essa conduta corresponde.

Este valor ético-social estaria dependente da análise pormenorizada dos factos para que fosse possível chegar a conclusão se determinado comportamento que foi

¹³⁶ (Leite, 2007, p. 94)

praticado a título comissivo pode ser enquadrado ou não no crime de omissão de auxílio.

Nisto, no caso do agente A que impede B de promover o socorro furando os pneus do carro gera a seguinte situação:

- A obrigação de agir que recai sobre B pode cessar nos termos do n.º 3, do artigo 200.º do código penal porque essa situação pode ser enquadrada na parte final do artigo quando o mesmo se refere que por outro motivo relevante, que não seja a que coloque a sua vida ou a sua integridade física em risco, a omissão de auxílio deixa de ser punível.
- Mas por outro lado, o agente A ao impedir a promoção de socorro diretamente por meio de uma ação acaba por não auxiliar a vítima, e nem permite que ela seja socorrida por outrem. A sua ação de impedir acaba por corresponder a sua omissão de auxílio. Porque mesmo que o carro pertencesse a B, o A por estar no local onde se encontrava a vítima, tendo consciência da gravidade da situação e tendo condições de agir de acordo com a norma, recai sobre ele a mesma obrigação de promover o socorro que recai sobre B. Em vista disso, o agente A pode ser considerado como autor do crime de omissão de auxílio.

Outra questão que essa situação levanta é a de se o comportamento do agente A poderia ser enquadrado no n.º 2 do artigo 200.º do código penal. O n.º 2 é um agravante da simples omissão de auxílio que corresponde a situação em que o agente omissor é o causador da grave situação de perigo em que a vítima se encontra. Neste caso o agente omissor A não provoca a situação de perigo, mas faz de tudo para a manter.

Como o legislador foi bastante explícito a restringir o n.º 2 aos casos em que o agente cria o perigo, se entende que não é permitido fazer uma interpretação extensiva com o propósito de estender os efeitos desse agravante ao caso em questão, porque em bom rigor o agente A não provocou a situação, embora agiu de forma a situação persistir. Com isso, fica ressalvado a valoração do comportamento do agente A para o momento em que se determina a medida da pena concreta nos termos dos artigos 40.º, n.ºs 1 e 2, 70.º e 71.º, ambos do código penal.

10. A tentativa

O código penal português no seu artigo 22.º determina que se está perante uma tentativa quando o agente executa determinados atos que levam a prática de um crime, mas que de qualquer forma ele não chega a sua consumação.

Tendo em conta a configuração do crime de omissão de auxílio, a tendência é de considerar inadmissível a sua punição na forma tentada, questionando neste aspeto a sua relevância na prática. O artigo 22.º, n.º 2 do código penal elenca o que seriam os tais atos de execução que o agente pratica.

Nisto a alínea a) diz que os atos que preenchessem um elemento constitutivo do tipo legal seria suficiente para se estar perante a uma tentativa, que no caso do crime de omissão de auxílio é muito difícil determinar este ato, pois o agente a partir do momento que toma conhecimento da situação de grave necessidade da vítima tem um período de tempo na qual a sua ação é necessária, e findado este período de tempo designado como período útil de ação, o crime de omissão de auxílio se consuma. Não podendo, dessa forma, deduzir que o agente já havia violado a norma antes do final do período de tempo útil de ação.¹³⁷

A alínea b) faz referência aos atos que seriam idóneos a produzir o resultado típico. O crime de omissão de auxílio, como já foi oportunamente referido, é um crime de perigo concreto portanto o resultado não faz parte dos elementos deste tipo legal, com isso a alínea b) não responde de forma satisfatória ao problema. O agente age com o objetivo de afastar o perigo para os bens jurídicos tutelados pela norma e não com a finalidade de evitar determinado resultado, embora indiretamente o tente fazer.

Complementando o que já foi anteriormente dito, o artigo 23.º do código penal dispõe que só pode ser punível a título de tentativa os crimes que quando consumados sejam passíveis da aplicação de uma pena superior a 3 anos de prisão, o que não é o caso do crime de omissão de auxílio, pois só é possível puni-lo com uma pena de prisão de limite máximo até 2 anos, excluindo assim a punição deste crime sob a forma tentada.

¹³⁷ (Brito, A tentativa nos crimes comissivos por omissão: Um problema de delimitação da conduta típica, 2000), p. 36

11. Formas de participação

11.1. Autoria imediata

Já foi referido quais são os requisitos que configuram a categoria das pessoas suscetíveis de serem enquadradas na imposição do dever de auxílio¹³⁸, e nos termos do artigo 26.º do código penal, logo na 1ª alternativa se encontra quem pode ser considerado como autor imediato de um crime, que por sua vez é definido como quem por ação própria executa o facto.

Uma definição mais completa de autor imediato seria a então dada pelo professor Jorge de Figueiredo Dias¹³⁹ que diz que se considera como autor imediato aquele que realiza o facto com as suas próprias mãos e que cumulativamente preenche tanto os elementos objetivos como os subjetivos do tipo legal, com isso o autor é aquele que detém o domínio da ação penalmente relevante.

No contexto do crime de omissão de auxílio o autor imediato pode ser considerado como toda e qualquer pessoa que estando perante uma situação de grave necessidade que ameace bens pessoais de terceiro, e podendo prestar o devido e adequado auxílio como forma de afastar o perigo que ameaça os bens pessoais da vítima, o mesmo não o faz; ou/e ainda, pode ser considerado como autor imediato quem for solicitado a prestar o socorro necessário e que tendo conhecimento da situação de grave necessidade, recusa o pedido optando por não agir de acordo com a norma, mesmo que o agente tenha na sua posse os todos os meios ou as capacidades necessárias para o afastamento do perigo.

11.2. Autoria mediata

A admissibilidade da autoria mediata em sede de omissão, não é aceite de forma praticamente unânime pela doutrina, porque na autoria mediata o facto é executado por intermédio de outrem, de acordo com o artigo 26.º do código penal.

Existe nesse caso uma espécie de instrumentalização do agente que pratica o facto, pois o mesmo não detém o domínio da ação. E no caso do crime de omissão de auxílio a autoria mediata configuraria casos muito específicos, tendo em conta as características próprias do crime e dos requisitos necessários para que o agente possa ser considerado como autor mediato.

¹³⁸ Remete-se para o capítulo IV, Sujeito Ativo.

¹³⁹ (Dias J. F., Outubro 2012, p. 775)

Para o agente ser considerado como o autor mediato do crime de omissão de auxílio primeiramente ele não poderia ter a possibilidade ou as condições de agir de acordo com a norma, porque se no momento ele demonstrar que é capaz de agir e não age de acordo com a norma passa a ser automaticamente considerado como autor imediato do crime, ou em determinadas situações como co-autor assumindo que a sua omissão seja uma forma de participação.

Um exemplo do que poderia ser considerado como um caso de autoria mediata no âmbito do crime de omissão de auxílio seria assim: C estava prestes a afogar e o indivíduo A que por não saber nadar, induz o indivíduo B ao erro de que C na verdade estava só a brincar, quando na realidade C se encontrava numa situação de grave necessidade onde precisava da ajuda de C. Presumindo que A não tinha intenções de provocar a morte de C por afogamento e que no local se encontravam mais pessoas que poderiam proceder ao auxílio de C.¹⁴⁰

11.3. Co-autoria

O co-autor de um crime, nos termos do artigo 26.º do código penal é aquele que também executa diretamente o facto típico, mas que diferente da autoria mediata pode ser mediante um acordo ou ainda acompanhado por outro ou outras pessoas.

Dessa forma, o domínio da ação não recai exclusivamente sobre o co-autor, e nem sequer ele executa o facto como um instrumento de terceiro, mas sim cabe ao conjunto (a todos) que executa o facto o domínio da ação, o que pode ser denominado como um “condomínio do facto”¹⁴¹, existe uma espécie de divisão de tarefas.

A primeira questão que se coloca nessa senda, é se existe a possibilidade de existir co-autoria no crime de omissão de auxílio.

Pode haver co-autoria desde que no caso em concreto, recaia sobre os dois agentes (ou mais) o dever de auxílio, ou seja, a obrigação de agir de forma a afastar o perigo, e mediante um acordo prévio os dois decidirem não prestar o auxílio ou não promoverem o socorro necessário, optando, desta forma, por não agir de acordo com a norma mesmo tendo na sua posse todos os meios que possibilitassem o auxílio da vítima.

Conforme o ordenamento jurídico-penal português, a co-autoria depende de dois elementos: o primeiro que a relação de co-autoria tenha por base uma decisão conjunta que visa a realização de um facto punível pela lei penal, e o segundo que o referido

¹⁴⁰ (Assunção, 1994, p. 112)

¹⁴¹ (Dias J. F., Outubro 2012, p. 791)

facto seja executado por ambos, ou seja que o co-autor tenha executado o facto diretamente.¹⁴²

Embora no crime de omissão de auxílio se verifica uma inatividade, é possível punir os co-autores porque a norma do artigo 200.º do código penal não visa propriamente punir a simples inatividade do agente, mas sim o não cumprimento da norma, ou seja, a sanção recai sobre quem não prestou o auxílio devido a vítima. Além que não existe qualquer vinculação da conduta ao resultado, mas sim ao afastamento do perigo que ameaça os bens pessoais da vítima.

Desta forma, é indiferente se o agente (ou a pluralidade dos agentes), agiu contra a norma ou simplesmente não agiu de todo, o que se deduz é que o agente com o seu comportamento inativo quis que a situação de perigo perdurasse ou que pelo menos ele tenha se conformado com a mesma.

Se coloca o seguinte caso: um homem que mantém uma relação extra-conjugal presencia um acidente de carro com a amante, de onde as pessoas sobrevivem, mas precisam de ser transportadas urgentemente para um hospital. Com medo que a família descubra o caso, os dois decidem abandonar o local sem antes prestar a assistência devida que a norma impõe. Nesse caso são considerados como co-autores do crime de omissão de auxílio porque agiram (ou melhor não agiram) conjuntamente em colúio. E quanto a punição cada co-autor é punido como se tivesse praticado o facto sozinho.

11.4. Autoria por indução ou instigação

Nos termos do artigo 26.º do CP, instigador é todo aquele que determina de forma dolosa um terceiro a praticar um crime. Transpondo para a realidade do crime de omissão de auxílio, seria então a criação intencional num terceiro da decisão de não agir de acordo com a norma, dessa forma não cumprindo com a obrigação de agir e nem promovendo socorro, desde que ambos os intervenientes tenham consciência da situação de grave necessidade na qual se encontra a vítima e cumulativamente o instigado reúna as condições para promover o auxílio.

O instigador faz com que o instigado não aja no sentido de ajudar a vítima por influenciar a sua decisão de agir sem que a domine totalmente como, por exemplo é o caso de A que se encontra com um braço partido oferece uma quantia de dinheiro a B para que este o transporte para um hospital em vez de auxiliar C que se encontra

¹⁴² (Assunção, 1994, p. 111); (Dias J. F., Outubro 2012, p. 791)

gravemente ferido com lesões que colocam em risco a sua vida. Numa situação normal, tendo em conta a gravidade da situação, o B socorreria o C em detrimento do A.

Mas vale a pena salientar que caso o instigador reúna todas as condições necessárias para o afastamento do perigo e não o faz, o mesmo deixa de ser considerado instigador e passa a ser considerado autor imediato ou em último caso como o co-autor do crime de omissão de auxílio.

11.5. Cumplicidade

Assim como a instigação, a cumplicidade também tem sido aceite no âmbito do crime de omissão de auxílio pela doutrina penal. Com a ressalva de que sobre o cúmplice não pode recair a mesma obrigação de auxílio que recai sobre o autor imediato, caso contrário deixaria de ser considerado cúmplice e passaria a ser considerado autor (co-autor).

A cumplicidade no crime de omissão de auxílio compreenderia assim os comportamentos que tenderiam a consolidar a decisão e o comportamento do agente que previamente manifestou a vontade em não cumprir o comando imperativo da norma, nesse caso se está perante a uma cumplicidade moral, pois sobre o cúmplice (como já foi referido) não recai o dever de auxílio.

Ou ainda, outra situação é quando o cúmplice ajuda a destruir o meio necessário e adequado ao afastamento do perigo, ficando assim, o sujeito ativo impossibilitado de agir. Mas neste último caso se deve fazer uma análise criteriosa, pois o mesmo se pode facilmente consubstanciar um crime de omissão por comissão como já foi anteriormente abordado.

12. Análise de jurisprudência (casos)

12.1. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25-11-2014¹⁴³

Neste acórdão, estava em causa um recurso interposto pelo Ministério Público e pelo assistente da decisão que absolvía a arguida A do crime de omissão de auxílio previsto e punido pelo artigo 200.º, n.º 1 do Código Penal.

O assistente ao sofrer uma amputação distal da falange do terceiro dedo na mão esquerda, conservou o pedaço de dedo amputado e se deslocou para o Hospital de Faro.

¹⁴³ (Omissão de auxílio, Elementos da infração, 2014)

Após ser atendido por uma médica-cirurgiã e um médico interno, ambos da mesma especialidade, chegaram a conclusão de que o arguido deveria ser analisado pela especialidade de cirurgia plástica para que fosse possível definir qual o tratamento e procedimento que deveria ser realizado naquela situação.

Nisso, a arguida A, que era a única médica da especialidade de cirurgia plástica que estava de serviço, foi contactada pelos colegas para que a mesma comparecesse no hospital e auxiliasse o assistente, sendo que os outros médicos de serviço não tinham competência para tal. A arguida, por fazer escala e estar no regime de prevenção, naquele momento estava na sua casa. E estando em casa, ela não dirigiu ao hospital se justificando que não poderia sair de casa por causa do mau tempo que estava a fazer, mas orientou que fizessem um curativo e administrassem antibióticos ao assistente pois o mesmo seria atendido por ela no dia seguinte as 9h da manhã.

Nisso, na falta da arguida, o Hospital de Faro propôs ao assistente a sua transferência por meio de uma ambulância para o Hospital de São José, em Lisboa. Mas a proposta foi negada pelo assistente, dirigindo assim por meios próprios ao Hospital de Santa Maria, em Lisboa, onde foi atendido por um médico de especialidade de cirurgia plástica que estava de serviço.

O Ministério Público, na sua motivação de recurso, nos pontos 15, 16 e 19 conclui que o bem jurídico tutelado que é solidariedade social, foi violado pela arguida por esta ter recusado o auxílio que o assistente precisava. Além de que, o agente que adia o auxílio necessário para depois e não cumpre com o seu dever no momento que se verifica a grave necessidade, pratica o crime de omissão de auxílio. E complementa que o afastamento do perigo não pode ser de forma temporária, mas o dever de agir compreende a realização de todas as diligências necessárias para cessar o perigo.

O assistente, na sua motivação de recurso conclui nas alíneas hh), ddd) que a própria diretora clínica de cirurgia plástica afirmou que o médico no regime de prevenção é obrigado a ver o doente. E que a arguida não sabia a extensão do esmagamento ou se seria possível o reimplante porque não tinha essa informação, era necessário ter observado o paciente para tirar as suas conclusões e não ter o deixado para o dia seguinte.

Quanto ao enquadramento jurídico-penal se deduziu que não havia o dolo de perigo concreto porque a recusa da médica não representava um perigo para a vida ou um perigo grave para integridade física do assistente, além de que, a amputação parcial do dedo do assistente não foi resultado da conduta da arguida, mas sim do acidente

doméstico. Com isso, a lesão a integridade física do assistente já existia, logo não existia perigo para a arguida afastar nem remover, porque se for o perigo de infeção esse perigo poderia ser afastado por qualquer outro médico de plantão. E a arguida não tendo conhecimento da intenção de reimplantar o dedo, não é possível afirmar que a mesma tinha consciência do perigo. Portanto, não se pode afirmar, de igual forma, que ela ficou indiferente quanto a prestação de auxílio, porque se disponibilizou para ajudar no dia seguinte.

Os juízes na secção criminal do Tribunal da Relação de Évora não só negaram o provimento dos recursos que foram interpostos pelo ministério público e pelo assistente, como também confirmaram integralmente a sentença recorrida. Eles concluíram:

- Neste caso estava em causa a apenas integridade física (*simples*) do assistente;
- A arguida auxiliou por via do telefone a procederem a desinfeção e sutura da ferida, assim como a ministração de antibióticos, não sendo a sua presença necessária para tal;
- Poderia haver a violação do dever geral de solidariedade social caso não houvesse quem pudesse prestar os tratamentos indispensáveis, o que não aconteceu;
- O dever contratual da arguida com o hospital não é determinante no âmbito do crime de omissão de auxílio porque o que está na base é a solidariedade social;
- A recusa da arguida em se deslocar para o hospital teve como impedimento um temporal.

A primeira questão que se coloca no âmbito deste acórdão é se: o facto da arguida ser a única competente de serviço naquele momento, pode ser considerado como um requisito automático para a tipo legal estar preenchido.

Como um requisito automático claramente não pode ser considerado, porque cada caso é um caso, aceitar essa afirmação seria a mesma coisa que aceitar respostas pré-feitas ou pré-determinadas para casos totalmente diferentes. Porém, sendo que outros médicos de serviço não tinham competência para agir naquela situação e ligaram para quem tinha, em princípio a recusa da arguida pode sim se enquadrar no crime de

omissão de auxílio, desde que não esteja em causa nenhuma situação do n.º 3, do artigo 200.º CP.

O ministério público está totalmente certo ao defender que o auxílio necessário tem de ser prestado em tempo útil, de nada adianta prestar o auxílio quando o mesmo já não for capaz de afastar o perigo, portanto preenche o tipo legal o agente que não cumpriu a obrigação de agir que a norma lhe impõe no momento certo e empregando todos os esforços possíveis para que deixe de existir o perigo. Neste caso, a arguida limitou a orientar os outros médicos a realizarem diligências que não resolviam o problema, mas sim atrasavam os resultados da lesão, diligências essas que poderiam ser feitas por qualquer médico de serviço.

Outra questão pertinente, é que se a arguida não teve contacto direto com os ferimentos do assistente, como poderia ela assumir que ele poderia esperar até o dia seguinte para ser atendido. Sendo que os médicos de plantão depois de analisarem os ferimentos chegaram na unânime conclusão que o assistente teria necessariamente de ser visto pela arguida. Este comportamento da arguida em não ter deslocado ao hospital pode colocar em causa a solidariedade social por demonstrar uma certa indiferença perante a situação de gravidade do assistente.

O que suscita alguma dúvida é afirmarem no enquadramento jurídico que pelo facto da lesão a integridade física já existir significava que não havia mais perigo para ser afastado pela arguido, não enquadrando a conduta no crime de omissão de auxílio, pois o mesmo exige que haja perigo. Realmente o assistente já tinha o dedo parcialmente amputado quando deu entrada nas urgências, mas não significa que o mesmo não se encontrava numa situação de grave necessidade, tando que o hospital se disponibilizou para transporta-lo para outro hospital para que pudesse ser atendido por um especialista. Se entende que, caso a situação do assistente não fosse tão grave o hospital se limitaria a seguir as orientações da arguida.

Consideraram a parcial amputação como uma ofensa a integridade física simples, porém, depende se se pode considerar um dedo como uma parte importante do corpo humano. Se assim for, a amputação parcial poderia ser considerado como uma ofensa a integridade física grave nos termos do artigo 144.º, alínea a) CP porque o dedo do assistente ficou desfigurado de forma grave e permanentemente, mesmo que este resultado não tenha sido provocado pela arguida como se defendeu.

Além do mais, o artigo 200.º, n.º1 CP não faz a exigência do perigo representar uma lesão que enquadre na integridade física grave, apenas faz referência a integridade

física da vítima, interpretando dessa forma que se trata quer da integridade física simples ou da integridade física grave. O que é exigido pela norma é que exista uma situação de grave necessidade, na qual se entende grave necessidade a situação que por si só a vítima não consegue afastar o perigo.

O tribunal não considerou o “perigo” pro dedo parcialmente amputado pelo facto do dano já se ter verificado, mas, sendo que o assistente conservou o pedaço do dedo amputado para uma possível reimplantação, o perigo que se verifica nesta situação é o de não poder reimplantar mais tarde o pedaço do dedo e assim o dano (a amputação parcial) se tornar definitivo, o que mais tarde acabou por acontecer.

Realmente, como foi exposto pelo tribunal, o dever contratual da arguida com o hospital não é determinante para o crime de omissão de auxílio porque não é o dever contratual da arguida que gera a obrigação de agir, mas sim a solidariedade social. Porém, esse dever contratual lhe colocar na situação que estando ela em serviço deve deslocar ao hospital quando a sua presença seja necessária. E sendo a única da sua especialidade de serviço, cabia a ela proceder ao auxílio do assistente. Porque mesmo que o hospital tenha proposto a transferência para outro hospital, essa ação não anula o dever de agir que recai sobre a arguida.

Mas, a arguida só não agiu de acordo com o comando da norma por causa da impossibilidade de sair de casa por conta de um temporal que poderia colocar em risco a sua própria vida ou a sua integridade física, dessa forma a omissão de auxílio deixa de ser punível nos termos do artigo 200.º, n.º 3 CP.

Concluído assim pela absolvição da arguida, não por causa de alguns fundamentos apresentados pelo tribunal, mas sim pela força do n.º 3 do artigo 200.º CP, pois ao impossível ninguém está obrigado.

12.2. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25-04-2017¹⁴⁴

Neste acórdão está em causa um recurso interposto pelo Ministério Público e o assistente B da sentença que absolvía o arguido da prática de dois crimes de omissão de auxílio, mas que o condenava pela prática do crime de homicídio por negligência nos termos do artigo 137.º, n.º 1 e pelo crime de ofensa à a integridade física nos termos do artigo 148.º, n.º1, ambos do código penal. O pedido era a de manter as condenações imputadas ao arguido e de o condenar, em concurso efetivo, a prática de dois crime de

¹⁴⁴ (Omissão de auxílio, 2017)

omissão de auxílio de acordo com os artigos 14.º, 26.º, 30.º, n.º1, 2.ª parte, e 200.º, n.ºs 1 e 2, todos do Código Penal.

No dia 06 de Agosto de 2013, o arguido conduzia um veículo automóvel ligeiro em Coimbra, e no mesmo dia e hora E e F seguiam a pé em peregrinação em direção à Fátima, fazendo parte de um grupo de pessoas que seguiam o mesmo destino.

Nisto o arguido que, desde as 10 horas do dia anterior, não tinha dormido e nem descansado deixou-se dormir ao volante. O veículo acabou por sair da via de trânsito e momentos depois embateu contra E que por sua vez foi projetada contra F. O arguido acordou com o embate e ao se aperceber do que tinha acontecido e que as vítimas precisavam de auxílio médico, o mesmo retomou a via de trânsito afastando o mais rapidamente possível do local do acidente.

Com o acidente E sofreu muitas lesões que mais tarde lhe levaram a morte, e F sofreu com muitas dores e lesões.

Ficou em todo caso provado que o arguido se sentindo exausto continuou a conduzir mesmo conhecendo as características daquela via onde circula muito trânsito e na berma tem sempre muitas pessoas a caminharem a pé. Além disso, o arguido agiu com consciência e por vontade própria, não se certificando se alguém iria promover o socorro, nem sinalizou o local onde ocorreu o acidente e muito menos tentou de alguma forma promover o auxílio por conta própria.

O tribunal “*a quo*” defendeu que a conduta omissiva do arguido não poderia ser censurável a nível penal, embora pudesse ser censurado moralmente ou eticamente, pois estaria na base um dever genérico de solidariedade social, mas em todo caso, não impedia que a conduta fosse valorada quanto a determinação da medida da pena concreta. E não proferiu acusação contra o arguido pelo crime de omissão de auxílio porque a lesão ou o resultado de dano que o tipo legal que o crime de perigo visa evitar já teria ocorrido, e por outro lado, seria necessário que em termos de perigo concreto que se pudesse demonstrar que houve um agravamento das lesões pelo facto das vítimas não terem sido socorridas de imediato. Ou seja, o tribunal considerou que o tipo legal do crime de omissão de auxílio não se encontrava preenchido pelo facto de não se demonstrar a existência do perigo concreto exigido pela norma.

O Tribunal da Relação de Coimbra entendeu que o facto do arguido ter atropelado um peão e este por força do embate ser projetado contra outro peão fazendo com que necessitem de auxílio médico imediato foi suficiente para criar de forma iminente um perigo tanto para a saúde como para a integridade física das duas vítimas. Concluindo

pela acusação do arguido, em concurso efetivo, de dois crimes de omissão de auxílio nos termos do artigo 200.º, n.ºs 1 e 2 do Código Penal.

O problema base que se constata nesse acórdão quanto a sentença do tribunal “*a quo*” é relativo a interpretação que foi feita no que se refere ao perigo concreto exigido pela norma do artigo 200.º do código penal.

O facto das vítimas apresentarem os danos após o embate não significa que o perigo para os bens jurídicos que a norma visa proteger estivesse automaticamente cessado, pois os próprios danos é que deram origem a situação de perigo e consequentemente a obrigação do arguido ter agido mediante a promoção do socorro necessário ou pelo o auxílio por conta própria. No caso em concreto, o perigo demonstrava um grau de gravidade elevado, pois uma das vítimas acabou por falecer.

Embora a norma não contenha a exigência do perigo ser grave, é necessário que a situação de grave necessidade na qual as duas vítimas se encontravam fosse perceptível pelo arguido, e assim o foi.

Além do mais, se verifica que a situação de grave necessidade foi originada pelo arguido, e nos termos no n.º 2 do artigo 200.º do código penal (que é um qualificador do tipo legal do crime de omissão de auxílio) a pena pode ser agravada nos seguintes termos: com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Com isso, se concorda plenamente com a nova sentença proferida pelo Tribunal da Relação de Coimbra.

Conclusão

Ao longo desta dissertação tentou abordar-se a legitimidade do crime de omissão de auxílio como forma de justificar as consequências que se manifestam na esfera jurídica dos particulares destinatários da norma.

Em termos gerais, a conduta omissiva para ser considerada como uma conduta penalmente relevante, é preciso que recaia sobre o agente omissivo um dever de agir. Esse dever pode ter origem numa situação que coloque ou ameace colocar em perigo bens jurídicos pessoais da vítima, ou pelo facto do agente se encontrar na posição de garante que lhe imponha o dever de evitar determinado resultado típico.

No caso do crime de omissão de auxílio, o que legitima o dever de agir que recai sobre o agente e consequentemente a incriminação da sua conduta omissiva é a lesão aos bens jurídicos pessoais da vítima, que por sua vez se fundamenta num dever de solidariedade social. Dessa forma, não se pode considerar o crime de omissão de auxílio como um crime de mera desobediência porque não está em causa o simples incumprimento de uma ordem legal como fundamento, mas sim, a imposição do dever de agir é uma meio adotado pelo legislador para promover a proteção dos bens jurídicos vida, integridade física e liberdade da vítima.

O bem jurídico que origina o dever de auxílio é a solidariedade social que é considerado como um bem jurídico indispensável a vida em sociedade. Embora possa estar conexas a moral, a solidariedade social é elevada a categoria de bem jurídico dotada de dignidade penal porque a mesma é atribuída um valor axiológico-constitucional por se pautar pelo princípio da dignidade da pessoa humana e respeitar o princípio da proporcionalidade em todas as suas vertentes. Dessa forma, o valor ético-social da solidariedade social se encontra em concordância com os valores constitucionalmente protegidos, e dado a sua carência de proteção pelo ordenamento jurídico a torna legítima de se constituir como bem jurídico base do crime de omissão de auxílio.

Para que o sujeito, a quem a norma dirige o impositivo de agir, possa a ser considerado como o autor do crime de omissão de auxílio deve para o efeito ter a possibilidade de agir no momento que a sua atuação é necessária e mesmo assim não prestar o auxílio. Essa possibilidade compreende a capacidade de percepção da situação de grave necessidade em que a vítima se encontra e a capacidade de meios materiais e/ou físicos para proceder ao auxílio por ação própria ou recorrendo a terceiros para promoverem o auxílio necessário.

Na possibilidade do dever de agir recair sobre vários sujeitos ao mesmo tempo quando a situação de grave necessidade o exigir, cada um será responsabilizado individualmente pela sua conduta omissiva, caso não cumpram o comando da norma. Pode existir entre os sujeitos uma solidariedade social coletiva, mas não uma responsabilidade criminal solidária no que respeita ao auxílio a ser prestado à vítima. Este dever só cessa quando o perigo que lhe dá origem ser afastado ou até que os procedimentos humanamente possíveis terem sido realizados para o auxílio da vítima.

É imposto ao agente a obrigação de agir no momento em que a sua ação se demonstra útil e no momento certo, caso contrário o tipo legal fica preenchido pelo facto do agente ter agido quando o seu auxílio já não era mais necessário, pois pelo facto do crime de omissão de auxílio ser um crime de mera atividade o resultado não faz parte do tipo. A norma não impõe que o agente consiga evitar o resultado, mas sim que ele faça tudo o que pode tendo em conta todas as circunstâncias do caso em concreto para afastar o perigo, desde que isso não represente um grave risco para a sua vida ou integridade física.

A vítima do crime de omissão de auxílio só é reconhecida como tal quando ela estiver numa situação de grave necessidade que por si só não consiga afastar o perigo para os bens pessoais dela. O que se questiona é até que ponto a vítima estando na situação de grave necessidade o seu consentimento pode ser valorado, porque em termos teóricos até pode ser aceite caso se manifeste como um consentimento sério, esclarecido, e sólido, porém na prática, estando a vítima naquela situação se opta pela sua não valoração, e apenas em casos excepcionais considerar a sua aceitação e consequentemente cessar o dever de agir do agente.

Por fim, é de relevar o carácter subsidiário do crime de omissão de auxílio, pois caso o agente detenha uma posição de garante face a produção de determinado resultado, a conduta deixa de ser punida pelo crime de omissão de auxílio e passa a ser punida pela força do artigo 10.º do código penal.

E ainda, a título de curiosidade, se concluiu pela impossibilidade de estender a obrigação de prestar auxílio à proteção dos direitos dos animais, pois os mesmos não se encontram abrangidos pela esfera da proteção da norma. Não se pode, no âmbito do direito penal, nem sequer estabelecer um vínculo de solidariedade social nos mesmos termos, e caso no futuro surja a possibilidade de criminalizar uma conduta omissiva para com os animais, se acredita que será feita em moldes totalmente diferentes das que sustentam o crime de omissão de auxílio presente no artigo 200.º do código penal e de

uma forma muito mais restrita, atendendo a menor dignidade do bem jurídico em causa e a inerente menor necessidade de proteção penal.

Bibliografia

- Aguilar, F. M. (2014). *Tese Dos Comportamentos Ditos Neutros Na cumplicidade*. Lisboa: AAFDL.
- Amaral, M. L. (2009). O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Em A. S. Dias, J. A. Raposo, J. L. Alves, L. D. d'Almeida, & P. d. Mendes, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: estudos de direito e filosofia*. Almedina.
- Assunção, M. L. (1994). *Contributo para a interpretação do artigo 219.º do Código Penal (O Crime de omissão de auxílio)*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora.
- Brandão, N. (2017). Bem jurídico e direitos fundamentais: Entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso. Em J. d. Costa, A. M. Rodrigues, M. J. Antunes, H. Moniz, N. Brandão, & S. Fidalgo, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- Brito, T. Q. (2000). *A tentativa nos crimes comissivos por omissão: Um problema de delimitação da conduta típica*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Brito, T. Q. (2007). Os crimes a integridade física. Em T. Q. Brito, P. S. Mata, J. C. Neves, & H. Morão, *Direito penal — Parte Especial: lições, estudos e casos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Canotilho, J. J. (2018). *Direito constitucional e teoria de constituição*. Coimbra: Almedina.
- Carvalho, A. A. (1995). *A legítima defesa*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Carvalho, A. T. (2016). *Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*. Porto: Universidade Católica Editora.
- Correia, E. (2016). *Direito criminal (Vol. II)*. Coimbra: Almedina.

- Costa, J. d. (2004). *Direito penal especial, Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Costa, J. d. (2009). *Noções fundamentais de direito penal Fragmenta iuris poenalis : Introdução — A doutrina geral da infração [A ordenação fundamental da conduta (facto) punível; A conduta típica (o tipo); A conduta ilícita (o ilícito)]*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Costa, J. d. (2015). *Noções fundamentais de direito penal Fragmenta iuris poenalis : Introdução — A doutrina geral da infração [A ordenação fundamental da conduta (facto) punível; A conduta típica (o tipo); A conduta ilícita (o ilícito); A conduta culposa (a culpa)]*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Costa, J. d. (2017). A analítica, a dogmática penal e o injusto; Reflexões a partir da conduta omissiva imprópria e da desistência da conduta tentada. Em J. d. Costa, A. M. Rodrigues, M. J. Antunes, H. Moniz, N. Brandão, & S. Fidalgo, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel de Costa Andrade*. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- Costa, J. d. (2020). *Direito penal e liberdade*. Lisboa: Âncora editora.
- Costa, J. F. (1981). Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português. pp. 4-59.
- Costa, J. F. (2000). *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra editora.
- D'Avila, F. R. (2005). Ofensividade E Crimes Omissivos Próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). *STVDIA IVRIDICA* 85.
- Dias, J. d. (2009). O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio constitucional. *XXV Anos De Jurisprudência Constitucional Portuguesa* (pp. 31-46). Coimbra: Coimbra Editora.

- Dias, J. D. (2009). *O Problema Da Consciência Da Ilicitude Em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Dias, J. F. (Outubro 2012). *Direito Penal -Tomo I - Questões Fundamentais a Doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Faria, M. P. (2017). *Formas Especiais do Crime*. Porto: Universidade Católica Editora.
- Garcia, M. M. (2015). *O direito penal passo a passo — Elementos da Parte Especial com crimes contra as Pessoas e os crimes contra a Identidade Pessoal (Vol. I)*. Coimbra: Almedina.
- Garcia, M., & Rio, J. (2018). *Código Penal Parte Geral e Especial com notas e comentários*. Coimbra: Almedina.
- Godinho, I. F. (2017). A autonomia e a vontade em direito penal. O consentimento como manifestação positiva de liberdade. Em J. d. Costa, A. M. Rodrigues, M. J. Antunes, H. Moniz, N. Brandão, & S. Fidalgo, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (Vol. I). Coimbra: Universidade de Coimbra.
- Gouveia, J. B. (2019). *Direito constitucional português*. Coimbra: Almedina.
- Lascuraín, J. A. (2017). Bem jurídico e objecto protegível. Em J. d. Costa, A. M. Rodrigues, M. J. Antunes, H. Moniz, N. Brandão, & S. Fidalgo, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (Vol. I). Coimbra: Universidade de Coimbra.
- Leite, A. L. (2007). *As <<posições de garantia>> na omissão impura*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Mianes, A. R., & da Silva, P. M. (3º Trimestre de 2012). A (im)possibilidade de prestação de auxílio ao suicídio por omissão. *Revista Eletrônica de Iniciação Científica, III*, 215-228.

- Miranda, J. (2016). *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina.
- Miranda, J. (2018). *Curso de direito constitucional — 1 Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Miranda, J. (2020). *Curso de direito constitucional — Normas constitucionais. Direitos fundamentais. Atividade constitucional do estado. Fiscalização de constitucionalidade* (Vol. II). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Neumann, U. (2012). Bem Jurídico, Constituição e os Limites Do Direito Penal. *Direito Penal Como Crítica Da Pena* (pp. 519 - 532). Marcial Pons.
- Novais, J. R. (2019). *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina.
- Novais, J. R. (2020). *Uma constituição, dois sistemas? — Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina.
- Palma, M. F. (2016). *DIREITO PENAL Conceito material de crime, princípios e fundamentos*. Lisboa: AAFDL Editora.
- Palma, M. F. (2019). *Direito penal Parte Geral — A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL Editora.
- Patrício, R. (2011). *Perigo, erro e culpa*. Lisboa: AAFDL.
- Pereira, R. C. (1995). *O dolo de perigo*. Lisboa: Lex.
- Rodrigues, M. F. (2000). *A teoria penal da omissão*. Coimbra: Almedina.
- Santos, M. S., & Leal-Henriques, M. (2020). *Noções de direito penal*. Porto: Rei dos livros.

Silva, G. M. (2018). *Direito Penal Português. Teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Sousa, R. O. (Março de 2012). A omissão e o princípio da legalidade. *Revista do Ministério Público*, 231-273.

Acórdãos comentados

Omissão de auxílio, 75/13.2GTCBR.C1 (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra 5 de Abril de 2017).

Omissão de auxílio, Elementos da infração, 1084/10.9TAFAR.E1 (Tribunal da Relação de Évora 25 de Novembro de 2014).