



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Marisa Sofia Marra Todo Bom

## CRIMES DE OMISSÃO: A SUA ADMISSIBILIDADE NA INSTIGAÇÃO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2ºCiclo de estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Orientador: Doutor Nuno Brandão

Coimbra, 2015

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha querida Mãe todo o apoio e confiança que em mim depositou, sei que fez grandes sacrifícios e que houve obstáculos que tiveram de ser ultrapassados, só com o teu amor e grande apoio foi possível. Assim como agradeço ao meu Tio/padrinho por toda a compreensão, carinho e apoio.

Ao Sérgio meu grande companheiro, que sempre esteve presente nos bons e maus momentos, teve sempre a palavra certa para me ajudar nos momentos de maior adversidade, obrigada por todo o apoio, compreensão, amor e confiança que sempre demonstraste.

Ao César um amigo de longa data, que apesar da ausência nunca foi esquecido e soube reencontrar o caminho para “casa”, obrigada pelo apoio e carinho.

Agradeço ao meu orientador, Doutor Nuno Brandão pela disponibilidade que sempre demonstrou e por me ter guiado nesta minha tarefa, um sincero obrigado.

A todos os Senhores Professores (são muitos os que cruzaram o meu caminho para poder nomeá-los a todos) que tive o prazer de encontrar nesta Casa, agradeço a sabedoria e conhecimento que transmitiram para que fosse possível concluir mais esta fase da minha vida.

Aos meus Amigos que tive a felicidade de conhecer e que fazem parte da minha vida, muitos cruzaram-se comigo nesta Faculdade, outros por algum motivo a vida os colocou no meu caminho, obrigada a todos pelo apoio e carinho.

Não posso deixar também de agradecer a todos os funcionários da sala de leitura, da sala de revistas, da sala do catálogo da Faculdade de Direito e aos funcionários da Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra a inestimável ajuda que me prestaram na busca das obras necessárias a este estudo, agradeço todo o empenho e cuidado que demonstraram.

Por último, mas não menos importante, quero dedicar este trabalho aos meus Avós, que foram e continuam a ser uma parte muito importante da minha vida, apesar de já não se encontrarem fisicamente entre nós (são estrelas que do alto do céu me guiam), um grande obrigada por tudo, foram uma fonte de motivação e grande inspiração.

## ÍNDICE

I. Introdução	4
II. Os crimes de omissão	6
1) Distinção entre crimes de omissão pura ou própria e crimes de omissão impura ou imprópria	7
A) Critérios doutrinários relevantes para a distinção entre Crimes de omissão pura ou própria e os crimes de Omissão impura ou imprópria	8
2) Interpretação do artigo 10.º do Código Penal	10
A) Teorias relevantes para a determinação das fontes do dever de garante	12
B) As fontes do dever de garante na doutrina portuguesa	14
III. Autoria	21
1. Modelos e concepções de autoria	21
2. Análise do artigo 26.º do Código Penal	24
3. Instigação como autoria	26
IV. Autoria nos crimes de omissão	31
I. O caso especial da Instigação: (in) admissibilidade da instigação por omissão	33
V. Notas conclusivas	37
Bibliografia	40

## I. INTRODUÇÃO

Omissão e acção são formas de realização típica, esta construção de facto punível assenta numa base quadripartida: os crimes dolosos de acção, os crimes dolosos de omissão, os crimes negligentes de acção e os crimes negligentes de omissão. Sendo a acção a forma mais usual de realização típica, a proibição de lesar ou colocar em perigo bens jurídicos protegidos, constituirá o mandamento primário das prescrições penais, já a obrigação de actuação em favor de bens jurídicos protegidos cuja violação se traduz no comportamento omissivo, assume um papel secundário<sup>1</sup>. Enquanto uns tipos de crime assentam num comportamento activo, exigem uma acção, outros assentam na inactividade do agente, na sua omissão, no entanto muitos eventos típicos podem ser realizados tanto por um comportamento activo como por um comportamento omissivo.

A distinção entre as omissões próprias ou puras e as omissões impróprias ou impuras tornou-se essencial desde a segunda metade do século XIX. As omissões serão próprias quando expressamente previstas na lei e impróprias quando tal não acontece e o seu reconhecimento resulta da interpretação dos tipos legais, por forma a averiguar a possibilidade de existir uma identificação entre o desvalor da acção e da omissão, sendo necessário cumular um dever jurídico que recaia sobre o omitente, impondo a obrigação de evitar a consumação do resultado.

Nos textos das Ordenações não foram encontradas referências a crimes comissivos por omissão, apenas foram encontradas omissões próprias. No entanto em alguns textos doutrinários, foi possível avistar alguns exemplos, nos crimes de homicídio, injúria e burla.<sup>2</sup>

Embora as referências sejam escassas não quer dizer que esta problemática não fosse reconhecida, pois o direito romano-canónico que dominou a época da Ordenações servia de fonte comum aos povos europeus. No direito alemão previa-se a punição dos crimes omissivos, no entanto não distinguiam as omissões próprias e impróprias, sendo estas últimas casos isolados que surgiam por intermédio da doutrina. A punição era excepcional e era a doutrina da época que delimitava as situações em que se imputaria o resultado à ausência de conduta do agente. Seria o caso daquele agente que podendo, não evitava a realização de um crime, esta situação configurava um caso especial de comparticipação. A omissão era vista como uma modalidade de comparticipação “ao lado

---

<sup>1</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal Sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2001, p.218 e ss.

<sup>2</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE dá um exemplo quanto ao homicídio, nas Ordenações Afonsinas Título XXXII e XXXIII, Ordenações Manuelinas Título X e Ordenações Filipinas Título XXXV, em como os autores da época admitiriam a sua comissão por omissão “ Do homicídio doloso não só he réo o que mata, mas o que dá causa à morte, fechando alguém em huma casa e negando-lhe o alimento”, *Notas sobre os crimes omissivos no contexto do direito penal das Ordenações* in: Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano III, 2006, p. 107.

do autor imediato (*auctor*), de ambos autores mediatos (*iubens* e do *mandans*), do instigador (*consulens*) e do cúmplice (*auxiliator*).<sup>3</sup>

No estudo dos crimes omissivos nas Ordenações, André Lamas Leite chegou à conclusão que existiam três categorias de crimes omissivos: “os delitos cometidos por funcionários régios ou indivíduos dotados de particulares características (crimes específicos); delitos que se baseavam no incumprimento de uma obrigação legal de agir e delitos baseados no incumprimento de um mandado legítimo de autoridade.”<sup>4</sup>

Neste estudo pretendemos abordar os crimes de omissão, distinguindo as omissões próprias ou puras das omissões impróprias ou impuras, referindo os critérios doutrinários mais relevantes para essa distinção. Tem especial destaque nesta temática a posição garante em que o agente do crime omissivo impróprio ou impuro se deve encontrar, para lhe podermos imputar o facto ilícito típico. Assim como determinar qual a fonte ou fontes desse dever referido no artigo 10.º do Código Penal, que a lei não determina.

Pretendemos ainda abordar a temática da autoria, que de acordo com o artigo 26.º do Código Penal pode adoptar quatro modalidades: autoria mediata, autoria imediata, co-autoria e instigação, sendo que o foco deste estudo irá residir nesta última, mobilizando os argumentos necessários para justificá-la como parte integrante da autoria e não da mera participação.

A questão relevante deste estudo centra-se em saber se poderá haver instigação a cometer crimes por omissão e se será admissível instigação por omissão, determinar outrem ao cometimento de um crime adoptando um comportamento inactivo. Esta será a questão que queremos ver resolvida no fim do nosso estudo.

---

<sup>3</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, *Notas sobre os crimes omissivos no contexto do direito penal das Ordenações* in: Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano III, 2006, p. 111.

<sup>4</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, *Notas sobre os crimes omissivos no contexto do direito penal das Ordenações* in: Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano III, 2006, p. 134 e 135.

## II. OS CRIMES DE OMISSÃO

A omissão traduz-se em deixar de levar a cabo uma certa actividade num determinado momento, sendo esta esperada. Omissão não significa um simples nada fazer mas um não fazer algo determinado.

O crime é sempre uma acção humana, um facto voluntário, dominado e dominável pela vontade, tal comportamento pode consistir tanto num comportamento positivo - uma acção, como num comportamento negativo – omissão, quando o agente não leva a cabo a acção esperada<sup>5</sup>.

A omissão será assim uma abstenção da actividade que o agente poderia e deveria ter levado a cabo por forma a evitar a ofensa do bem jurídico tutelado, é um *non facere* penalmente relevante. Essencial para haver omissão será o não ter agido da forma imposta pela lei e por essa falta de acção ofender-se ou colocar em perigo de lesão o bem jurídico.

Esta conduta humana, conduta negativa, surge porque o agente não realizou uma determinada acção que lhe era imposta e com tal abstenção coloca um bem jurídico tutelado em perigo, ou chega efectivamente a lesá-lo. A omissão refere-se sempre a um dever jurídico de agir. Através da acção faz-se o que a lei proíbe (viola-se uma proibição), através da omissão, não se faz o que a lei impõe que seja feito (viola-se uma norma perceptiva, que impõe um comportamento activo).

### ELEMENTOS DO FACTO OMISSIVO:

1. Corresponde sempre à não realização de um dever imposto por lei;
2. Pressupõe a identificação do dever que impõe a realização da acção;
3. Determinação do sujeito obrigado ao seu cumprimento;
4. Capacidade do sujeito obrigado para a realização da acção cumpridora do dever jurídico que sobre ele recai;
5. O sujeito deve conhecer a circunstância que lhe impõe o dever, assim como o seu conteúdo e voluntariamente não o cumprir, manifestando assim dolo na sua não

---

<sup>5</sup> "A acção, que constitui o suporte do tipo legal é sempre um comportamento humano, constituído por um agir ou por um omitir, dominado ou dominável pela vontade e dirigido para a lesão ou para a exposição a perigo de lesão a um bem jurídico", GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português: A Teoria do Crime*, Universidade Católica editora, Lisboa, 2012, p. 62.

actuação ou poder ter conhecimento desse dever e cumpri-lo, não actuando neste caso com o cuidado devido, manifestando negligência<sup>6</sup>.

1) *DISTINÇÃO ENTRE CRIMES DE OMISSÃO PURA OU PRÓPRIA E CRIMES DE OMISSÃO IMPURA OU IMPRÓPRIA*

A omissão jurídico-penalmente relevante divide-se em dois tipos de crime, os crimes de omissão pura ou própria e os crimes de omissão impura ou imprópria (também designados por crimes de comissão por omissão).

Os crimes omissivos puros ou próprios caracterizam-se pela simples abstenção de agir, são crimes de mera actividade<sup>7</sup>, sendo que a omissão da conduta devida lesa ou coloca em perigo o bem jurídico tutelado pela norma.

Os crimes omissivos puros ou próprios são compostos por quatro elementos essenciais<sup>8</sup>:

1. Situação típica geradora do dever de agir;
2. Imposição do dever de agir;
3. Não realização da acção imposta;
4. Capacidade para agir.

Nos crimes omissivos puros ou próprios, a situação típica geradora do dever de agir assim como o seu conteúdo, encontram-se normalmente expressos na letra da lei.

Os crimes omissivos impuros ou impróprios embora também se caracterizem pela falta de actuação, a lei considera tal omissão a causa de um resultado descrito no tipo de crime cometido, não porque seja o acto omissivo que provoca o evento, mas porque o agente não pratica o acto a que estava obrigado, por forma a evitar que tal resultado se produza.

Os crimes omissivos impuros ou impróprios são compostos por sete elementos essenciais:

1. Situação típica geradora do dever de agir;

---

<sup>6</sup> De acordo com GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português: A Teoria do Crime*, Universidade Católica editora, Lisboa, 2012, p. 65.

<sup>7</sup> São exemplos de crimes omissivos puros ou próprios, a omissão de auxílio - art.200º; a omissão de denúncia- art. 245º, ambos do Código Penal.

<sup>8</sup> De acordo com GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português: A Teoria do Crime*, Universidade Católica editora, Lisboa, 2012, p. 65.

2. Imposição legal de agir;
3. Posição de garante por parte do seu autor;
4. Capacidade de acção do autor;
5. Não realização da acção imposta pelo dever de garante;
6. Produção de um resultado equivalente ao que seria produzido pela acção;
7. Causalidade hipotética.

A) CRITÉRIOS DOUTRINAIS RELEVANTES PARA A DISTINÇÃO ENTRE CRIMES DE OMISSÃO PURA OU PRÓPRIA E OS CRIMES DE OMISSÃO IMPURA OU IMPRÓPRIA<sup>9</sup>

i. CRITÉRIO TRADICIONAL OU CRITÉRIO DO RESULTADO

O crime de omissão pura ou omissão própria, também designado por "crime de mera actividade" traduz-se na omissão de uma actividade exigida pela lei, este esgota-se na desobediência a uma norma imperativa. Para que este exista é indiferente que deste advenha resultado. Nas palavras de Maria Leonor Assunção "A infracção é o desvalor que se cumpre em si mesmo, independentemente da lesão de um interesse externo à norma e por esta protegida. Os crimes de omissão própria são verdadeiramente os únicos delitos formais ou delitos sem resultado."<sup>10</sup> .

Nos crimes de omissão impura ou imprópria, o agente com a sua inactividade causa um resultado, que poderia também produzir-se através de uma conduta activa, sendo que para estes exige-se um especial dever de garante da não produção de um resultado, não podendo portanto ser considerado autor de um crime de omissão imprópria um qualquer indivíduo, mas apenas aquele sobre o qual recaía tal dever jurídico.

---

<sup>9</sup> HANS-HENRICH JESCHECK; THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*; Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5 a ed. corregida y ampliada, Comares editorial, Granada, Diciembre, 2002, p.651, estes autores também denominam os crimes de omissão própria por *delicta omissiva* e os crimes de omissão imprópria por *delicta commissiva per omissionem*.

<sup>10</sup> MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Contributo para a interpretação do art. 219º CP(o crime de omissão de auxílio)* in Boletim da Faculdade de Direito, stvdia ivridica, Coimbra editora, 1994, p. 19.

No texto referimos o crime de omissão de auxílio no art. 200º, e na obra consultada o mesmo crime é referido no art.219º, tal discrepância deve-se a alterações efectuadas no Código Penal desde 1994, ano em que o texto de Maria Leonor Assunção foi publicado.



## ii. CRITÉRIO " NORMOLÓGICO "

Este critério vem fundamentar a classificação das condutas omissivas na natureza da norma violada. Os crimes de omissão pura ou própria violam um mandato de actuar, identificam-se com a norma perceptiva que violam, enquanto ao passo que os crimes omissivos impuros ou impróprios violam a proibição, estas omissões tal como as condutas activas produzem resultados que lesam bens jurídicos, violando as normas que proibiam a sua realização.

## iii. CRITÉRIO DE HERZBERG<sup>11</sup>

Segundo este critério a distinção reside no facto de os crimes de omissão pura ou própria se realizarem apenas na forma omissiva de acordo com o seu tipo legal, já os crimes omissivos impuros ou impróprios são aqueles cuja realização é admitida tanto na forma omissiva como na forma comissiva.

## iv. CRITÉRIO DO DEVER DE GARANTE

O elemento de distinção residiria na exigibilidade ou não exigibilidade do dever de garante, sendo que este estaria presente e seria elemento fundamental dos crimes de omissão impura ou imprópria, e estaria ausente nos crimes de omissão pura ou própria.

## v. CRITÉRIO LÓGICO- OBJECTIVO (de Schünemann)<sup>12</sup>

De acordo com este critério, omissões impróprias seriam aquelas que do ponto de vista do direito penal, poderiam ser tratadas como sendo equiparáveis à sua realização

---

<sup>11</sup> FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA, *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, stvdia ivridica LXXXV, Coimbra editora, 2005, p.218.

<sup>12</sup> FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA, *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, stvdia ivridica LXXXV, Coimbra editora, 2005, p.218.

através de uma actuação positiva. Por uma lógica de exclusão, omissões próprias seriam aquelas não equiparáveis a um agir positivo.

#### vi. CRITÉRIO " TIPOLÓGICO " OU CRITÉRIO FORMAL

Kaufmann em oposição ao critério tradicional vem propor um novo critério para distinção dos dois tipos de crimes omissivos. Para este autor o elemento essencial para caracterizar o delito como sendo um crime de omissão própria será a sua consagração expressa pela ordem jurídica, sendo que as restantes omissões, estas seriam "resultado da conjugação de uma cláusula geral com o tipo penal de um comissivo"<sup>13</sup>. Para Kaufmann o resultado não poderia ser o ponto de distinção entre os dois tipos de omissão.

Os critérios com maior receptividade foram o critério tradicional ou critério do resultado (critério maioritário na doutrina penal<sup>14</sup>) e o critério tipológico ou formal.

#### 2) INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 10.º DO CÓDIGO PENAL

*"Artigo 10.º - Comissão por acção e por omissão:*

*N.º1. Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei."*

O número 1 deste artigo vem alargar a incriminação dos crimes comissivos de resultado previstos nos tipos incriminadores aos comportamentos omissivos, há uma equiparação da omissão à acção. A razão desta equiparação prende-se com o facto de existirem "certos valores autónomos num plano jurídico, certos preceitos que impõem certas condutas com vista a evitar a produção de certos efeitos. Por força deles vem a produção do evento, quando se deixam de levar a cabo essas actividades, a ser imputada ao omitente, tal como se ele activamente o produzisse."<sup>15</sup> Ainda de acordo com Eduardo Correia, quando há uma negação de valores, esta supõe a produção de um resultado,

<sup>13</sup> EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, Almedina, 1999, p.232 e 286.

<sup>14</sup> FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA, *Ofensividade e crimes omissivos próprios (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, *Studia Iuridica* LXXXV, Coimbra Editora, 2005, p.221.

<sup>15</sup> De acordo com EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, Almedina, 2007, p. 269.

evidentemente que tanto interessam as acções que o produzem, como a inactividade (ou omissão) que permite tal resultado.

Recorrendo às palavras de Faria Costa<sup>16</sup>: "Através do art.10º CP que, em si mesmo, expande as margens da punibilidade, reconhecemos uma específica intencionalidade político-legislativa e no recorte do seu minucioso regime podemos surpreender o enfoque dogmático sobre o qual gira a equiparação da omissão à acção no actual Código Penal, qual seja: a existência de um dever jurídico de garante pela não produção do resultado que recaia sobre o omitente."

A norma ao proibir um resultado, faz emergir na esfera jurídica de todos o dever de abstenção de actividades que possam produzir o resultado, que esta pretende evitar, mas em simultâneo, faz também surgir o comando de levar a cabo actividades que venham a obstar à produção do resultado não querido. Pelo que resulta importante tanto a violação da norma através de um *facere*, como a violação da norma através de um *omittere*, pois ambas as formas transgridem a intenção da norma.

Para a equiparação da omissão à acção, Eduardo Correia avança que a doutrina tentou duas vias<sup>17</sup>. O primeiro caminho encetado procurou valores ou preceitos autónomos que impusessem a prática de actividades que evitassem determinados resultados. A sua violação seria por força desses valores ou preceitos equiparada à acção que produz os resultados que as normas proíbem que se levem a cabo. O segundo caminho considerava que quando um tipo legal descrevia a realização de um resultado, para que este pudesse ser imputado ao agente, interessavam não apenas as actividades que o produzissem mas também as omissões que o deixassem ter lugar.

Eduardo Correia considera que o primeiro caminho alargaria o âmbito do direito penal além do princípio "*nullum crimen sine lege*". O segundo caminho, em certos casos os tipos legais devido à sua natureza excluem a sua realização por omissão<sup>18</sup>, noutras hipóteses é a própria lei que equipara expressamente a acção à omissão (ex.: artigo 373.º Código Penal). As restantes hipóteses, só parte delas podem equiparar-se à actividade positiva, pois de outra forma seria ameaçada a paz das relações sociais, uma vez que com receio de se tornarem criminalmente responsáveis, imiscuir-se-iam em questões alheias, das quais pudesse resultar algum perigo de lesão previsto na lei penal.

A doutrina entende que só pode haver equiparação da omissão à acção quando ao agente cabe um especial dever jurídico, colocando-o numa posição de garante. Pelo que o simples dever moral não pode ser tido como fundamento da posição de garante.

---

<sup>16</sup> JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, *Omissão: Reflexões em redor da omissão imprópria*, separata do Boletim da Faculdade de Direito da universidade de Coimbra, vol.LXXII, 1996, p.391.

<sup>17</sup> EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, Almedina, 2007, p.301 e 302.

<sup>18</sup> EDUARDO CORREIA avança alguns exemplos: a bigamia, o adultério, entre outros *Direito Criminal*, vol. I, Almedina, 2007, p.302.

Figueiredo Dias entende que deve concluir-se que “o critério fundamental de distinção entre crimes de omissão puros e impuros passa pela circunstância decisiva de os impuros, diferentemente dos puros, se não encontrarem descritos em um tipo legal de crime, tornando-se indispensável o recurso à cláusula de equiparação contida no art.10º para resolver correctamente os problemas do círculo dos autores idóneos e da caracterização do seu dever de garantia.”<sup>19</sup>

A ressalva situada no final deste número 1, do artigo 10.º do Código Penal, tem como efeito útil sinalizar que a interpretação a ser feita deve ter sempre em conta a intencionalidade normativa, o âmbito de protecção da norma que se revela pelo texto-norma, afinal tanto interessam as actividades que o possam produzir como as omissões que possam deixar esse resultado ter lugar. Esta deverá também servir de ponte entre o disposto no nº1 e no nº2 deste preceito, pois só numa leitura conjunta poderemos encontrar a fundamento da equiparação.

*Artigo 10.º N.º 2: "A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado."*

A lei omite as fontes do dever jurídico de garante. Surgiram teorias, para ajudar a colmatar esta omissão da lei.

#### *A) TEORIAS RELEVANTES PARA A DETERMINAÇÃO DAS FONTES DO DEVER DE GARANTE*

##### a) TEORIAS FORMAIS<sup>20</sup>

De acordo com estas teorias, são fundamentos da posição de garante a lei, o contrato e a situação de ingerência. Esta teoria elimina referências a deveres morais, religiosos ou humanitários.

---

<sup>19</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2012, p.916.

<sup>20</sup> MARTA FELINO RODRIGUES, *Teoria Penal da Omissão e a Revisão Crítica de Jakobs*, Almedina, 2000, p.54 e ss. e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p.70 e ss.

Entende a doutrina que este é um critério ambíguo pois é muito restrito em alguns casos e muito amplo em outros, sendo a ingerência difícil de conciliar com o princípio da legalidade.

Esta teoria vem sofrer uma alteração, Mezger substitui a lei como fonte do dever de garante pela designação de preceito jurídico, o qual vem englobar os "deveres legais", as obrigações que decorram de sentença equiparada à lei, ordem de superior hierárquico e direito consuetudinário, considera não o contrato mas a "fundamentação do dever por especial aceitação", entendida como consequência de negócio jurídico, de contrato, de "conduta concludente" ou gestão de negócios, deixando no entanto inalterada a ingerência.

Também Maurach individualizou quatro fundamentos do dever de garante, sendo estes a lei, a livre aceitação, o actuar precedente e a comunidade de vida e de perigo.

Já Welzel embora também destaque quatro fundamentos, estes são diferentes do autor anterior, destaca o preceito jurídico, a assunção de facto da garantia, o actuar precedente perigoso e a especial relação de lealdade (na qual se inseriam a comunidade de perigo, a comunidade de vida e as relações comerciais estreitas).

#### b) TEORIAS FUNCIONAIS<sup>21</sup>

Kaufmann desenvolveu a teoria das funções, esta distingue os deveres de garante que consistem numa função protectora de um bem jurídico determinado, seja por vinculação familiar, comunidade de vida, comunidade de perigo ou assunção voluntária, daqueles que correspondem a uma função de vigilância de uma fonte de perigo, seja por criação de um perigo prévio, vigilância de fontes de perigo ou responsabilidade pela actuação de terceiros. Sendo que os deveres de protecção, estão condicionados pela existência de uma relação de dependência, tornando o agente responsável pela não produção de um evento.

Já Grasso aponta três grupos de posições de garante, o primeiro são aquelas que visam a protecção de determinados bens jurídicos (como a protecção que deriva do Direito da família); o segundo visa o controlo de certas fontes de perigo e o terceiro visa impedir ou neutralizar a prática de crimes por um terceiro.

---

<sup>21</sup> MARTA FELINO RODRIGUES, *Teoria Penal da Omissão e a Revisão Crítica de Jakobs*, Almedina, 2000, p.60 e ss.

c) TEORIA UNITÁRIA DE JAKOBS<sup>22</sup>

Este autor formulou uma teoria unitária da posição de garante, que tanto se aplicariam aos crimes por comissão como aos crimes por omissão. A responsabilidade por uma lesão é imputada em função de duas posições de competência, designadas por competência de organização e competência institucional.

Os crimes em virtude de organização corresponderiam à violação de regras do “*status geral*”, estas funcionam como limites gerais da liberdade de todo e qualquer cidadão, reflexo do respeito que cada um deve ter pelos direitos do outro. Sendo o incumprimento desta expectativa que irá conduzir à imputação do crime de comissão ou omissão.

Os crimes em virtude de uma instituição corresponderiam à violação do “*status especial*”, sendo este definido como um leque de direitos e deveres que derivam do ser humano enquanto ser social, enquanto filho, cônjuge, pai, mãe, sendo nestes casos relevante para a responsabilidade penal a frustração da expectativa de bom funcionamento das instituições constitutivas da sociedade.

Para Jakobs o limite entre comissão e omissão situa-se no plano naturalista, dado que à distinção entre comissão e omissão não corresponde uma relevância jurídica.

*B) AS FONTES DO DEVER DE GARANTE NA DOUTRINA PORTUGUESA*

As teorias formais tiveram acolhimento na doutrina portuguesa:

Eduardo Correia aponta como fontes do dever de garante a lei, o contrato e a actuação anterior da qual resulta o perigo de produção do resultado.

Figueiredo Dias também refere como fontes do dever de garante a lei, o contrato e a ingerência, acrescenta no entanto duas outras fontes deste dever, a "comunidade de vida" e as "posições de domínio", para assim poder englobar as "posições de monopólio" do controlo ou impedimento do perigo.

---

<sup>22</sup> MARTA FELINO RODRIGUES, *Teoria Penal da Omissão e a Revisão Crítica de Jakobs*, Almedina, 2000, p.75 a 78.

Faria Costa afasta a ideia tripartida (lei-contrato-ingerência) dos outros dois autores, pois entende que a relação de garantia é elemento do tipo legal de crime comissivo por omissão, se as relações de base estiverem conformadas por lei ou por contrato. Relativamente às situações de ingerência, comunidade de vida, comunidade de perigo e situação de monopólio o elo de ligação residirá na possibilidade de o omitente intervir, sendo que este critério da "presença física do omitente" deve ser visto como critério densificador. De qualquer forma o fundamento último desta posição de garante deve assentar no artigo 402.º Código Civil, como sendo uma obrigação natural ou decorrente de um imperativo de justiça.

Pelas palavras de Germano da Silva “O fundamento material da responsabilidade nos crimes comissivos por omissão, reside na necessidade de assegurar a determinados bens jurídicos uma tutela reforçada perante a incapacidade dos respectivos titulares de protegê-los adequadamente: daqui a atribuição só a algumas pessoas do especial dever de garantir a integridade desses bens. E sendo assim, o princípio da equivalência entre a omissão não impeditiva e a acção causal pressupõe não já um simples dever jurídico de agir, mas uma posição de garante do bem jurídico protegido.”<sup>23</sup>

Para este autor, a posição de garante poderá enquadrar-se em dois tipos. O primeiro designado por posição de protecção e o segundo designado por posição de controlo.

Na posição de protecção visa-se determinar e preservar bens jurídicos de todos os perigos que os possam colocar em causa, sendo o melhor exemplo destes casos o dever de protecção dos pais relativamente aos filhos menores, pois estes têm o dever de os proteger de todos os perigos que os possam ameaçar.

Na posição de controlo, também designada por posição de vigilância, visa-se neutralizar determinadas formas de perigo por forma a garantir a integridade de todos os bens jurídicos que possam estar sob ameaça, podemos dar como exemplo neste caso o proprietário de um edifício que ameaça ruir, tem o dever de impedir eventos danosos relativamente a qualquer pessoa que possa encontrar-se nas imediações do edifício.

As posições de garante podem ainda ser classificadas como originárias, quando recaem sobre pessoas determinadas, por força das relações especiais com a fonte de perigo ou devido às suas funções específicas; ou derivadas quando esta posição é transferida do titular originário para um terceiro, por acto de autonomia privada (por exemplo contrato).

O dever jurídico deverá resultar directa ou indirectamente da lei, não podendo este ter como fundamento um dever moral.

---

<sup>23</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p.71.

Acreditou-se que ao aceitar a teoria formal que esta asseguraria os valores de garantia dos cidadãos, de certeza e segurança jurídica. No entanto esta revelou-se insuficiente por ser incapaz de proporcionar um elemento material delimitador do dever de actuar, sendo ilusória a garantia de certeza e segurança jurídicas. A posição de garante assente na lei pode nem sempre vir a fundamentar uma posição de garantia da não verificação do resultado, o que ocorrerá nos casos em que o dever de actuar assenta numa lei extrapenal, que não possa sem mais ser tida como fonte de uma posição penal de garante. Relativamente ao contrato, nem sempre este tem a virtude de fundar uma posição de garantia, como demonstra o exemplo de Figueiredo Dias<sup>24</sup>, quando alguém é contratado para velar pela segurança de uma excursão e falta na hora combinada, não pode ser responsabilizado pelos ferimentos sofridos por um dos excursionistas, não obstante existir um contrato. Como também a invalidade do contrato não retira responsabilidade ao omitente, recorremos aqui também a um exemplo de Figueiredo Dias<sup>25</sup>, se uma baby-sitter se obrigou por meio de contrato a tomar conta de uma criança, na ausência de seus pais, e por estar distraída deixou que esta se ferisse com gravidade, ainda que o contrato seja inválido a baby-sitter será responsável.

A doutrina entende que a melhor forma de concretizar os deveres de garantia passa pela conjugação das teorias material e formal, pois a fonte destas posições de garantia reside na valoração autónoma da ilicitude material, que vem complementar o tipo formal, pela qual a comissão por omissão se equipara à acção. Está subjacente ao fundamento das posições de garante a solidariedade do homem para com o homem dentro da comunidade, a “caridade” e o “amor ao próximo”.

**“Toda a manifestação imposta de solidarismo tem de se apoiar em um claro vínculo jurídico.”<sup>26</sup>**

A classificação dos deveres jurídicos de garante deve partir de um sentido de ilicitude material, o que implica um método não casuístico mas tipológico.

De acordo com Figueiredo Dias<sup>27</sup> as posições de garante podem ter como fundamento:

1. Deveres de protecção e assistência a um bem jurídico carecido de amparo

Tais deveres podem ter várias proveniências, relações de protecção familiares ou análogos, estreitas relações de comunidade, assunção voluntária de uma função de protecção ou de guarda de certos bens jurídicos. Determinante para existir um dever de

---

<sup>24</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2012, p.936.

<sup>25</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2012, p.936.

<sup>26</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2012, p.938.

<sup>27</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2012, p.939 a 952.



garante é a existência de relações de facto entre aquele sobre quem recai tal dever e o bem jurídico lesado.

### 1.1. Relações de protecção familiar e análogas

Nas relações entre pais e filhos é o âmbito indiscutível em que são estabelecidas posições de garante por força de deveres de protecção e assistência (artigo 1874.º Código Civil), embora possa esta relação existir em termos limitados aquando da ausência física dos pais, esta só cessa quando o filho abandona o círculo de protecção dos pais. No entanto exigem-se alguns pressupostos materiais, tais como uma relação particularmente próxima e relação de dependência, podendo a posição de garante estender-se a outras relações familiares.

Evidente será de igual modo o dever de protecção e assistência entre os cônjuges ou entre quem viva em situação análoga, sendo alheio o facto de se considerar baseado por lei expressa (artigo 1672.º Código Civil), para tal são decisivas as relações de facto de solidariedade que resultam de uma comunidade de vida.

### 1.2. Assunção de funções de guarda e assistência

O que dá fundamento ao dever e à posição de garante é uma relação de confiança, cabendo neste círculo a autoridade e funcionários que tenham por função velar por um círculo de interesses. Na maioria dos casos é a lei que coloca a cargo das autoridades e funcionários o dever de velar oficialmente um círculo de interesses, não sendo no entanto esta fundamentação legal indispensável, podendo esta resultar do círculo funcional da actuação devida. A posição de garante de autoridade e funcionários só terá lugar quando o bem jurídico concreto que carece de protecção lhes está de forma imediata confiado.

### 1.3. Comunidade de vida e de perigos

A comunidade de vida e de perigos é aceite pela generalidade da doutrina e da jurisprudência como fundamento dos deveres de garante. Seria decisivo nestes casos que derivado de relações de confiança e de dependência mútuas que fossem estabelecidas, se corresse riscos acrescidos ou que fossem dispensadas outras medidas de protecção. Parte minoritária da doutrina considera que esta autonomização seria desnecessária, pois diriam que estas se poderiam integrar na assunção de funções de guarda e assistência, ou poderiam consoante os casos subsumir-se no das relações familiares ou até na ingerência.

Para Figueiredo Dias<sup>28</sup> é necessário a intervenção de três requisitos:

a) Que as ditas relações sejam estreitas e efectivas (e não apenas deduzidas de um pretenso código social ou moral);

b) Que a comunidade de perigos seja uma realidade e não seja deduzida de uma proximidade presumida;

c) Que esta fonte apenas seja tida em conta quando o perigo é já iminente sobre a vítima, actuando o agente por forma a diminuir ou evitar o perigo.

## 2. Deveres de vigilância e segurança face a uma fonte de perigos

Estes assentam na proximidade do garante com uma fonte de perigos, estando o garante vinculado ao controlo e vigilância dessa fonte, são por isso mais restritos do que os do grupo anterior.

### 2.1. O dever de obstar à verificação do resultado por força de uma actuação precedente perigosa (ingerência)

Quem cria um perigo susceptível de afectar terceiros deve vigia-lo para que este não se venha a concretizar num resultado típico.

Para que este possa desencadear a responsabilidade do agente, o facto prévio será uma acção, mas pode também ser uma omissão violadora do dever, cujo resultado deverá ser objectivamente imputável ao incumprimento do dever de garante por parte do agente<sup>29</sup>. A doutrina maioritária entende que a própria criação do perigo deve ser por si só objectivamente ilícita<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 944.

<sup>29</sup> Não assume posição de garante aquele que na sua actuação precedente actua dentro dos limites do risco permitido

<sup>30</sup> Não poderia aqui ser fundamento de uma posição de garante o comportamento prévio que se encontre justificado. Exceptuam-se neste caso os comportamentos justificados por estado de necessidade, com fundamento no Princípio da Auto-Responsabilidade. Pois o acontecimento não se encontra dentro do círculo de responsabilidade do lesado, pois o agente interveio no âmbito da liberdade de uma pessoa, à qual não cabe qualquer responsabilidade pelo estado de necessidade.

## 2.2. O dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio

Só deverá ser autonomizada caso não possa considerar-se ser integrada nas funções de protecção ou de actuação prévia perigosa. Tem o seu fundamento na confiança, pois quem possui um poder de disposição sobre um âmbito de domínio ou sobre um determinado lugar que seja acessível a outras pessoas, deve dominar os riscos que possam resultar de estados ou situações perigosas. O princípio que lhe está subjacente é o princípio da "responsabilidade pela situação", mas este pode ser demasiado restrito em alguns casos e demasiado amplo em outros. Por um lado, parece-nos demasiado amplo quando só por casualidade alguém penetra no âmbito de domínio do dono ou possuidor e sobre este impende o dever de vigilância e consequente actuação para eliminar ou minimizar o perigo, sendo neste caso mais adequado invocar o princípio da auto-responsabilidade. Por outro, este dever de fiscalização parece restringir-se a factos decorrentes de uma determinada actividade duradoura. Assume este dever particular importância no domínio da responsabilidade do produtor, pois este é responsável pelo produto e deve informar o consumidor dos riscos ou em casos mais extremos até retirar o produto do mercado sob pena de ser responsável pelos resultados típicos que daí possam advir.

### O dever de garante face à actuação de terceiros

A actuação de terceiros em princípio deve reger-se pelo princípio da auto-responsabilidade, mas face a situações especiais este princípio deve ceder, como no caso do terceiro não ser responsável, ter a sua responsabilidade limitada ou diminuída. Nestes casos a ordem jurídica aceita que se imponha um dever de vigilância sobre quem exerce sobre o irresponsável ou responsável limitado, um poder de domínio ou de controlo. Em casos muito determinados pode também existir um dever de garante por factos de terceiros nas relações de "supra-infra ordenação", sendo neste caso as pessoas plenamente responsáveis, actuam no seio de uma actividade organizada e sob os comandos de autoridade de outrem.<sup>31</sup>

## 2.3. As posições de monopólio

Desde 1975 que se sustenta esta hipótese que decorre das posições de domínio de uma fonte de perigo mas que vão além do âmbito da propriedade ou posse de empresas, de instalações de instrumentos, etc. Estas posições verificam-se em diversas situações fazendo assentar um dever de garante sobre quem se encontra no domínio fáctico da fonte de perigo. Para que tal dever de garante exista exige-se que o agente se encontre investido de um efectivo domínio fáctico absoluto, que exista um perigo eminente de ofensa de um bem

---

<sup>31</sup> A lei admite um tal dever de garante relativamente aos membros de órgãos directivos e de fiscalização das Sociedades Anónimas.

jurídico e que o agente possa actuar sem que dessa actuação resulte para si mesmo um perigo ou dano.

Com a designação posição de monopólio pretendeu-se apontar o fundamento que lhe subjaz "a posição de domínio fáctico pleno e absoluto, por parte de uma pessoa, da situação de perigo e da possibilidade de sem esforço lhe pôr fim ou para tanto contribuir adequadamente."<sup>32</sup> Não tem no entanto de ser uma única pessoa a deter esse domínio, podendo tratar-se de várias pessoas, desde que qualquer uma delas tenha o domínio absoluto da situação e que o custo da intervenção de salvamento seja o mesmo para qualquer uma delas.

*Artigo 10.º N.º3: “ No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.”*

Apesar de a omissão ser equiparada à acção, o produzir o resultado de forma activa merece uma censura jurídico-penal maior do que uma conduta inactiva, por regra a omissão surge como dotada de menor dignidade punitiva, pois resulta de um conteúdo de ilicitude menos grave, e sobretudo de culpa. Nos crimes de omissão própria a moldura aplicável é aquela que consta expressamente no tipo legal, para os crimes de omissão imprópria pode existir uma atenuação da pena, sendo esta atenuação especial da pena facultativa.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 952.

<sup>33</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2012, p.926.

### III. AUTORIA

#### 1. MODELOS E CONCEPÇÕES DE AUTORIA:

##### A) TEORIA FORMAL-OBJECTIVA

Para esta concepção “**autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito)**”.<sup>34</sup>

Esta concepção deve ser considerada como ponto de partida e limite da elaboração do conceito de autoria, pois revela a ligação indissociável entre o autor e a realização do ilícito típico. A autoria encontrava-se na criação da causa e a cumplicidade na criação de condições de favorecimento do facto, a delimitação era realizada no âmbito da tipicidade. Esta teoria teve durante largo tempo, acolhimento na doutrina alemã<sup>35</sup>.

A maior crítica que se lhe pode dirigir é o facto de não ser por si só suficiente, pois não explica quais os elementos do comportamento do agente que assumem relevo para a distinção das diferentes formas de autoria.

Para colmatar esta falha surgiram as teorias material-objectivas.

##### B) TEORIA MATERIAL-OBJECTIVA ASSENTE NA CAUSALIDADE

Modelo que alcançou grande aceitação foi denominada teoria unitária da autoria, que tinha por objectivo tratar de modo igual todos os participantes no mesmo facto ilícito típico.

Para esta teoria unitária, autor seria aquele que de qualquer forma executa o facto, ou seja, aquele que desse causa para a realização do facto, independentemente da sua

---

<sup>34</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 759.

<sup>35</sup> REINHART MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL, HEINZ ZIPF, *Derecho Penal: Parte General, vol. II, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Traducción de la 7. Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p.311, esta teoria teve como principais representantes Beling, Wegner.

importância. As diferenças dos diferentes contributos causais só seriam tomadas em linha de conta na medida concreta da pena a aplicar a cada um dos participantes, tínhamos um conceito extensivo de autor.<sup>36</sup>

Esta teoria tem a sua base na teoria da equivalência das condições, segundo esta todas as condições de um resultado são equivalentes e cada uma delas deve considerar-se causa desse mesmo resultado. Todos os que tenham intervenção no facto devem considerar-se causadores do mesmo e como tal autores.<sup>37</sup>

Este modelo teve acolhimento no Projecto da Parte Geral de Eduardo Correia, no seu artigo 27.<sup>o</sup><sup>38</sup>. Esta teoria foi mais tarde repudiada, pois a cumplicidade que aí era abarcada não é uma forma de autoria, como viria a ser mais tarde demonstrado com a autonomização desta no artigo 27.<sup>o</sup> do Código Penal. Alegou-se ainda que uma distinção entre autoria e participação operaria ainda dentro da causalidade, evidenciando a diferença entre o "*auxiliator causam dans*", sendo este verdadeiro autor (autor em sentido restrito), e o "*auxiliator causam non dans*"<sup>39</sup> seria mero participante (autor em sentido amplo). Tentou-se desta forma compatibilizar uma concepção unitária de autoria com um conceito restrito de autor.

Uma das críticas dirigidas por Figueiredo Dias a esta concepção é que a causalidade é uma condição de imputação objectiva, não tendo por si só capacidade para servir de fundamento às várias formas de autoria, nem tão pouco para as distinguir da participação. Para este autor a essência da autoria decorrerá da essência do ilícito e este surge como ilícito pessoal e não como ilícito causal.

---

<sup>36</sup> De acordo com Maurach o "princípio nulla poena sine lege perderia o sentido quando toda a causa do resultado proibido se rege como autoria punível e só posteriormente se empreendem certas delimitações", REINHART MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL, HEINZ ZIPF, *Derecho Penal: Parte General, vol. II, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Traducción de la 7. Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, editorial Astrea, 1995, p.298.

<sup>37</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, *La Autoria y la Participación Criminal*, Granada, 2008 (estudios de derecho penal y criminología dirigidos por Carlos María Romeo Casabona), p.15.

<sup>38</sup> Artigo 27.<sup>o</sup>: "É punível como autor ou agente de um crime quem tiver dado causa à realização sob as seguintes formas:

1.<sup>o</sup> Executando-o singular e imediatamente;

2.<sup>o</sup> Executando-o imediatamente, por acordo e conjuntamente com outro ou outros;

3.<sup>o</sup> Determinando—quer singular, quer por acordo e conjuntamente com outro ou outros—directa e dolosamente na sua execução, sempre que, tendo embora sem aquela determinação ou auxílio a execução sido levada a cabo, ela o fosse, todavia, por modo, tempo, lugar ou circunstâncias diferentes. Esta última forma de participação constitui a cumplicidade." Código Penal, Projecto da Parte Geral, 1963 in separata do Boletim do Ministério da Justiça n.<sup>o</sup>172, p.82.

<sup>39</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p.761.

### C) TEORIAS SUBJECTIVAS

Esta teoria entende que não é possível, no plano objectivo, distinguir os diferentes participantes, pelo que tal distinção deveria ser feita no plano subjectivo. A autoria encontraria o seu fundamento na vontade, na intenção, nos motivos ou atitudes internas do agente. Será autor aquele que actua com *animus auctoris* (com vontade de autor), e participante aquele que age com *animus socii* (participa no facto de outrem). O autor quer o facto como próprio, já o partícipe quer o facto como alheio.

As críticas que lhe são dirigidas prendem-se com o facto de não poder ser o sentimento do agente relativamente ao facto o critério da autoria, o que resultaria na violação do princípio da legalidade pois os tipos penais incriminadores descrevem objectivamente a actuação do autor, não podendo ser ultrapassados pelo *animus* do agente.<sup>40</sup>

Figueiredo Dias critica também o facto de o fundamento desta teoria radicar em elementos como a motivação, a vontade ou os motivos, sendo imputados exclusivamente à culpa, aproximando a ideia de que a distinção entre autoria e participação se faria consoante existisse maior ou menor censurabilidade do facto, podendo no limite conduzir a que fosse considerado autor aquele que embora apenas tivesse colaborado no facto mostrasse uma posição mais censurável do que a do verdadeiro autor.<sup>41</sup>

### D) TEORIA DO "DOMÍNIO DO FACTO"

Esta teoria é hoje dominante na doutrina alemã, na espanhola, na coreana, na japonesa, em vários países da América Latina e na portuguesa, foi desenvolvida por Claus Roxin.

Para esta doutrina autor é quem domina o facto, é a figura central do acontecimento. É o autor quem toma a execução de tal forma que dele depende o se e o como da realização típica.

---

<sup>40</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 360.

<sup>41</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p.765, vem dar como exemplo o "caso Stachynsky" decidido pela jurisprudência alemã: "um agente secreto da URSS matou em Munique, por ordem da polícia secreta soviética, dois refugiados opositores do regime comunista: o tribunal condenou-o como mero cúmplice do homicídio, porque a posição jurídica mais censurável pertencia a quem tinha dado a ordem, pois o executor não teria tido nenhuma vontade, nem interesse próprio na realização do facto."

Esta concepção faz a fusão do lado subjectivo e objectivo do facto, por um lado o facto aparece como uma manifestação de vontade do agente que irá dirigir o acontecimento, sendo este dotado de um significativo objectivo. O elemento objectivo de autoria traduz-se em ter nas suas mãos a direcção do acontecimento típico, o elemento subjectivo corresponde à vontade de domínio do facto.

O autor é "senhor" do facto, dele dependerá a iniciativa, a interrupção, a continuação e a consumação do ilícito típico, intervindo de forma decisiva a sua vontade.

No entanto esta teoria tem limites, este critério foi desenvolvido para ser aplicado aos crimes dolosos de acção, pois o domínio do facto é indissociável da vontade do agente, que controla o acontecimento, pelo que não será aplicável aos crimes negligentes. Também este critério não é aplicável nos crimes de omissão, pois este critério pretende determinar quem executou a acção e nos crimes omissivos o agente não executa nem dirige a execução da acção esperada.

## 2. ANÁLISE DO ARTIGO 26.º DO CÓDIGO PENAL

*"Artigo 26.º - Autoria*

*É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução."*

Foi a teoria do domínio do facto que esteve na base da mudança que se operou em termos de autoria entre o Projecto da Parte Geral de Eduardo Correia e o Código Penal vigente. Os actuais art.26º e 27º foram "produto de uma transacção entre a doutrina causalista de Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto."<sup>42</sup>

Este acordo teve como pontos fulcrais:

i) A aceitação de um conceito restritivo de autor, consequência da autonomização da cumplicidade e da redefinição das várias formas de autoria;

ii) Abandono da instigação como entidade a subsumir na cumplicidade e integração desta entre as formas de autoria;

---

<sup>42</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 773.



iii) Manutenção do artigo 28.º do Código Penal, no que diz respeito à doutrina da "comunicabilidade", embora com a ressalva de poder ser outra "a intenção da norma incriminadora", que consta da parte final do n.º1.

O artigo em análise distingue quatro modalidades de autoria.

Refere como primeira modalidade que é autor quem executa o facto, o agente nesta modalidade domina a acção, estamos neste caso perante a autoria imediata.

Autor na segunda modalidade será aquele que executa o facto por intermédio de outra pessoa, dominando o executante através de coacção, erro ou aparelho organizado de poder, aqui o domínio do facto manifesta-se sob a forma de domínio da vontade do executante, estamos perante autoria mediata. A autoria mediata pode afirmar-se tanto quando o homem-de-trás provoca o erro do executor, como quando apenas dele se serve para cometer o facto ilícito. O homem instrumentalizado não actua de forma plenamente responsável, actua sem culpa dolosa.

Temos também como forma de autoria a co-autoria, terceira modalidade, esta caracteriza-se pela actuação conjunta entre mais do que um agente, através da divisão de tarefas na concretização do facto ilícito típico, devendo possuir uma função relevante para a realização típica, o domínio do facto manifesta-se aqui como domínio funcional do facto.

A instigação integra a forma de autoria na quarta modalidade, considerando o art.26º como autor também aquele que "dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução", nesta modalidade o domínio do facto manifesta-se como domínio da decisão.<sup>43</sup>

Nas palavras de Edgardo Alberto Donna "determinar pressupõe exercer influência sobre a direcção do comportamento de outra pessoa. Esta última deve orientar a sua conduta à finalidade mencionada pelo indutor, consistente na lesão típica de um bem jurídico."<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> A doutrina alemã não reconhece a instigação como forma de autoria, sendo reconduzida a uma forma de participação. Maurach na sua classificação de formas de autoria refere (juntamente com a autoria imediata, mediata e co-autoria) uma outra categoria designada por autoria acessória dolosa ou co-autoria imprópria, que se aplicaria aos casos de colaboração acidental e inconsciente de vários sujeitos que actuam dolosamente e com vista a obter o mesmo resultado típico. Refere também este autor que o tratamento desta ficou a cargo do costume. REINHART MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL, HEINZ ZIPF, *Derecho Penal: Parte General, vol. II, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, editorial Astrea, 1995, p.320.

<sup>44</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, *La Autoria y la Participación Criminal*, Granada, 2008 (estudios de derecho penal y criminología dirigidos por Carlos María Romeo Casabona) p. 126.

### 3. INSTIGAÇÃO COMO AUTORIA

Esta é a doutrina maioritária no nosso ordenamento jurídico e a posição por nós aqui defendida. Contrariamente a doutrina alemã entende a instigação como participação, meros auxiliares na concretização do facto ilícito típico. Como afirma Jescheck "indução e cumplicidade são face à autoria causas de extensão da pena"<sup>45</sup>, o instigador não toma parte no domínio do facto, limita-se apenas a provocar no autor a resolução criminosa. No StGB<sup>46</sup>, recusou-se uma atenuação facultativa da pena prevista, atendem ao princípio da equiparação (artigo 28.º StGB), com base no argumento que é o instigador que impulsiona o facto, o que no caso concreto pode o instigador ter como punição uma pena mais grave do que aquela que cabe ao autor.<sup>47</sup>

Mas também no nosso ordenamento a posição aqui defendida encontra opositores<sup>48</sup>, sendo o argumento mais comum o facto de o artigo 26.º afirmar que o instigador será punido "como autor", mas tal argumento não tem acolhimento pois o mesmo resulta para a autoria imediata, mediata e co-autoria.

Instigador nos termos deste artigo será aquele que cria no executor a decisão de praticar um facto ilícito típico "se necessário inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor."<sup>49</sup>

Já não poderá ser considerado instigador aquele que sugere ou reforça o propósito de cometimento de um crime de outrem, nem aquele que aconselha, incentiva ou ajude a vencer barreiras físicas, intelectuais ou até morais. Neste caso estamos perante um participante, que não domina a decisão do agente apenas o auxilia material ou moralmente,

---

<sup>45</sup> HANS-HENRICH JESCHECK; THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*; Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5.ed, corregida y ampliada, Comares editorial, Granada, Diciembre, 2002, p.737.

<sup>46</sup> StGB- Strafgesetzbuch- Código Penal alemão.

<sup>47</sup> HANS-HENRICH JESCHECK; THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ªed.corregida y ampliada, Comares editorial, Granada, Diciembre, 2002, p.744.

<sup>48</sup> Como é o caso de MARIA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, in *Liber Disciplinorum* para Figueiredo Dias, *Autoria Mediata em virtude do Domínio da Organização ou Autoria Mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente Mediato*, p. 651 e ss.

<sup>49</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 799.

vem influenciar a motivação do agente mas não o determina à prática do facto, integra neste caso a cumplicidade (artigo 27.º Código Penal).<sup>50</sup>

Só a instigação-determinação é capaz de se reconduzir à categoria de autoria. No entanto é possível haver determinação mesmo que o agente (instigado) já se mostrasse predisposto para a prática de crimes de uma determinada espécie<sup>51</sup>. Só quem já se encontre determinado à prática de um facto ilícito típico concreto é insusceptível de ser instigado.

O conceito amplo de instigação divide-se em determinados tipos de actos que se reconduzem à autoria (artigo 26.º Código Penal), são os casos de "instigação-determinação", outros tipos de actos reconduzem-se à cumplicidade (artigo 27.º Código Penal), são os casos de "instigação-auxílio moral", para os quais também se poderá usar a designação indução.

A corrente minoritária que vê a instigação como participação argumenta também não ser possível sustentar que o instigador exerce domínio do facto (sob a forma de domínio da decisão). O instigador tem uma influência decisiva na vontade do autor, mas não domina essa vontade (nesse caso seria autor mediato), pois criar a vontade criminosa não equivale a dominar o facto.<sup>52</sup>

Este argumento não parece ser válido, o instigador ao criar no executor a decisão de atentar contra um determinado bem jurídico e acompanhando de perto a tomada de decisão do executor, possui o domínio do facto, surge como verdadeiro senhor da decisão do instigado de cometer o facto ilícito concreto. Sem esta determinação provavelmente o agente não teria cometido o facto ilícito, pelo que o instigador influenciou fortemente a decisão do instigado e como tal possui o domínio da decisão.

Outro dos argumentos contra a instigação ser verdadeira autoria radica na exigência legal de execução ou começo de execução, na qual sustentam que a instigação se encontra submetida a uma cláusula de acessoriedade, típica da participação e como tal reconduzida à categoria de cumplicidade.

Helena Morão afirma que tal expressão "comprova a dependência do acto instigador relativamente a um facto que é dominado por outrem e revela a natureza

---

<sup>50</sup> EDUARDO CORREIA define cumplicidade como sendo " a determinação ou auxílio a um crime que, todavia, sem aquela determinação ou auxílio teria sido também realizado- embora o fosse então por modo, em tempo, lugar ou circunstâncias diversas ", in: *Direito Criminal*, vol.II, Almedina, 2007, p. 251.

<sup>51</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p.800, avança como exemplo para este caso o homicida profissional.

<sup>52</sup> HELENA MORÃO, *Da instigação em Cadeia-Contributo para a Dogmática das Formas de Comparticipação na Instigação*, Coimbra editora, 2006, p. 35.

accessória do instituto e a sua aproximação clara ao princípio da acessoriedade da participação em face da autoria, previsto no modelo legal germânico."<sup>53</sup>

Também Conceição Valdágua vem defender o carácter acessório da instigação, que tal como a cumplicidade está dependente do facto do autor principal. Afirma "Não conseguimos convencer-nos a sufragar tal solução [de que o instigador é um autor], porquanto ela implicaria a existência de uma forma de autoria- a instigação- subordinada (tal como a cumplicidade) ao princípio da acessoriedade."<sup>54</sup>

"O que parece estar aqui em causa é apenas a exigência de uma certa acessoriedade "quantitativa" ou "externa", relativa ao estágio de realização que o facto deve atingir."<sup>55</sup>

Este argumento também nos parece não proceder, pois relativamente à cumplicidade não existe tal exigência legal, nem se pode dizer que não se possa colocar o mesmo problema relativamente à autoria mediata e à co-autoria, pois estes sendo indiscutivelmente autores, também quanto a estes a lei impõe, como forma de conexão da actuação ao facto ilícito típico, que existia início da execução, como decorre do artigo 22.º do Código Penal.

Seguindo a linha de pensamento de Figueiredo Dias, cremos que esta exigência legal é uma exigência politico-criminal, encontra a sua razão de ser no facto de que todo o processo de determinação ocorre internamente, no foro psicológico, pelo que para que haja alguma certeza quanto à sua ocorrência, é necessário existir uma manifestação exterior de todo esse processo, o que a lei veio expressamente impor.

Para a instigação a lei veio também expressamente exigir que a determinação seja dolosa<sup>56</sup>, o que nos vem indicar os limites restritos em que se deve aceitar o conceito de instigação.

A instigação apresenta um **duplo dolo**, pois por um lado o dolo do instigador deve referir-se à determinação do instigado e por outro ao facto ilícito típico concreto cometido

---

<sup>53</sup> HELENA MORÃO, *Da Instigação em Cadeia-Contributo para a Dogmática das Formas de Participação na Instigação*, Coimbra editora, 2006, p. 32.

<sup>54</sup> HELENA MORÃO, *Da instigação em Cadeia-Contributo para a Dogmática das Formas de Participação na Instigação*, Coimbra editora, 2006, p. 32, nota 37- Conceição Valdágua, *Início da Tentativa do Co- autor, Contributo para a Teoria da Imputação do Facto na Co-autoria*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993.

<sup>55</sup> Contra- argumentação de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p.808.

<sup>56</sup> Facto que também foi suscitado como argumento de similitude para com a cumplicidade, pois o mesmo se exige no artigo 27.º Código Penal, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 810, nota 80.

por este, o dolo do instigador tem de se dirigir aquele facto que o instigado praticar. Compete ao instigador a representação dos elementos concretos do ilícito típico.

Se o instigado exceder, na sua actuação, o dolo do instigador (circunstância conhecida na doutrina como *excessus mandati*), este responde apenas na medida do seu dolo<sup>57</sup>. Caso o instigado fique aquém do dolo do instigador, este irá responder pelo facto efectivamente cometido pelo instigado<sup>58</sup>.

Ainda relativamente ao dolo no caso de ataques a bens jurídicos pessoais, a vítima constitui elemento essencial do facto ilícito típico doloso do instigador, o erro do instigado sobre a pessoa da vítima, parece dever aproveitar ao instigador, podendo no entanto ser imputável a este uma tentativa falhada de instigação. No entanto, o erro sobre a pessoa da vítima já não aproveita ao instigado, pois o que para este constitui um *error in persona* irrelevante, vem conformar em relação ao instigador uma espécie de *aberratio ictus* relevante.

O dolo do instigador deve ser direccionado para a consumação do facto ou pode direccionar-se à mera tentativa?

Esta é uma questão particularmente relevante nos casos de "agent provocateur"<sup>59</sup>, este agente determina outrem à prática de um facto ilícito, com o propósito de que este alcance apenas o estágio da tentativa, para logo a seguir evitar a consumação do facto mediante a sua detenção ou denúncia. Esta figura é principalmente desenvolvida por agentes policiais, mas a sua utilização além de éticamente condenável é inadmissível no direito português<sup>60</sup>. A provocação não é admissível porque cria o próprio crime, sendo contrária à finalidade da investigação criminal, pois cria o seu próprio objecto. O agente responde penalmente caso a sua actuação seja idónea à prática do crime<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS dá como exemplo o caso em que A (instigado) comete um roubo ou um furto qualificado, quando a instigação se dirigiu apenas ao furto simples, in *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 811.

<sup>58</sup>JORGE DE FIGUEIREDO DIAS dá como exemplo o caso em que A (instigado) comete um furto simples, quando a instigação se dirigiu apenas ao furto qualificado, in *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 811.

<sup>59</sup> O agente provocador não se confunde com o agente que se encontra ao abrigo de acções encobertas, estas têm como finalidade a prevenção e investigação criminal, são desenvolvidas por funcionários de investigação criminal (podendo no entanto ser um terceiro que actue sob controlo da Polícia Judiciária) para prevenir e reprimir crimes que se encontram previstos no artigo 2.º da Lei n.º 101/2001, de 25/08 alterada pela Lei n.º 60/2013, de 23/08.

<sup>60</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p.370.

<sup>61</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA refere como exemplo da responsabilidade penal do agente provocador, o Acórdão do STJ de 15.1.1997, in: *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 371.

A generalidade da doutrina alemã entende que o dolo do instigador deve ter como objectivo a lesão efectiva dos bens jurídicos, tal pensamento não é seguido por nós pois a própria letra do artigo 26.º do Código Penal vem contrariar o exposto, pois apenas exige o começo desta execução.

A teoria do domínio do facto tem papel decisivo na instigação em cadeia, nesta temos vários agentes, que embora não tenham contacto com o executante do facto ilícito, são elos de uma cadeia que conduziu à sua determinação à prática do crime. Relevante para a sua punibilidade é que relativamente a cada um desses elos seja possível afirmar que ele o determinou, ainda que por intermédio de outrem, à prática do facto, e que tenha havido início da execução. O domínio do facto, aqui na vertente de domínio da decisão deve poder ser afirmado relativamente a cada um dos intervenientes na cadeia, tornando a instigação em cadeia num caso de "sucessividade do domínio do facto"<sup>62</sup>. Nos elos dessa cadeia em que não se possa afirmar o domínio da decisão não são autores, mas participantes e como tal serão punidos como cúmplices<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 814.

<sup>63</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS dá como exemplo de casos deste género, o caso Meia Culpa, in: *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 815.

#### IV. AUTORIA NOS CRIMES DE OMISSÃO

Se nos crimes de omissão própria ou pura, não há dúvidas quanto a quem é autor, pois tal é descrito expressamente no tipo legal, o mesmo já não se poderá dizer quanto aos crimes de omissão imprópria ou impura. Nos crimes de omissão imprópria não é autor todo aquele que omite, para que seja considerado autor, ao agente deve pertencer um dever de evitar o resultado descrito no tipo, deve ser titular de uma posição de garante, sendo esta o elemento fundamentador da autoria.

De acordo com Roxin afirma que o domínio do facto não se aplicará aos crimes de omissão, pois o agente será autor pela quebra do seu dever de evitar o resultado, e não devido a um eventual domínio do facto.<sup>64</sup> No entanto a doutrina e a jurisprudência alemã recorreram com frequência à teoria do domínio do facto nos crimes de omissão, Roxin partindo do exemplo de que alguém omite deliberadamente lançar um salva-vidas a quem se está a afogar, desde que o resultado fosse evitável, percebe que a doutrina e a jurisprudência venha nestes casos lançar mão do domínio do facto e venha afirmar que o omitente tenha o curso do acontecimento nas suas mãos, pois dele dependerá se o nadador se vai afogar ou não.

Como nem todo o omitente responde como autor, atende-se que para além do "domínio do facto" necessita-se de uma posição de garante, pelo que já não é a possibilidade de evitar o resultado que decide sobre a autoria, mas sim o dever jurídico que sobre o omitente recai.

Nos crimes de comissão por omissão ou crimes de omissão imprópria, se aquele que é titular do dever de garante lesa um bem jurídico, responde como autor, "independentemente de que o facto típico seja realizado por outro sujeito e recusa-se a possibilidade de uma participação omissiva."<sup>65</sup>

De acordo com Emílio Moreno y Bravo, para fundarem a responsabilidade do omitente como autor ou participante, alguns autores<sup>66</sup> distinguiram o fundamento do dever de garantia do omitente, consoante este tenha na sua base uma relação com o bem jurídico ameaçado ou uma relação com uma pessoa que ameaça o bem jurídico. No caso de o dever

---

<sup>64</sup> CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducción de la sexta edición por Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid, Barcelona, 1998, p. 499 e ss.

<sup>65</sup> EMÍLIO MORENO Y BRAVO, *Autoría en la Doctrina del Tribunal Supremo (coautoria, autoria mediata y delitos improprios de omisión)*, Dykinson, 1997, p. 140 e 141.

<sup>66</sup> O autor avança os nomes de Herzberg, Cramés e Stratenwerth, in: *Autoría en la Doctrina del Tribunal Supremo (coautoria, autoria mediata y delitos improprios de omisión)*, Dykinson, 1997, p. 142 e 143.

de garante derivar de uma relação com o bem jurídico ameaçado, o garante tem o dever de proteger o bem jurídico de possíveis lesões, sendo que o que releva é o resultado e não a forma de realização deste, nesta situação seria considerada autoria. Se o dever de garante emergir da relação com uma pessoa que ameaça o bem jurídico, o omitente titular desse dever deve defender qualquer bem jurídico, face ao perigo de lesão que possa advir de uma determinada fonte de perigo quando a ameaça é realizada por um terceiro, neste caso o omitente será apenas participante.

A exigência que se faz ao garante é que ele intervenha, impedindo que a direcção dos acontecimentos se consubstancie na lesão do bem jurídico protegido, independentemente da natureza da fonte de perigo. O que é relevante para responsabilização do garante, nos crimes comissivos por omissão, é o facto de este não exercer o poder impeditivo de que dispõe. Segundo Teresa Quintela de Brito "*o garante, ao recusar-se conscientemente a intervir num determinado curso causal, isto é, ao não exercer o seu impeditivo poder de conformação, está, simultaneamente, a configurar, de modo positivo, esse acontecimento, na medida em que voluntariamente assegura uma evolução da situação de perigo para o bem jurídico, até à respectiva lesão.*"<sup>67</sup>

Ainda de acordo com esta autora, não bastaria o não exercício de uma actuação impeditiva, devendo exigir-se que este não impedimento do resultado típico seja uma forma de agressão ao bem jurídico protegido pela norma, para que se possa fundar uma autoria comissiva por omissão.

Autoria de um crime de comissão por omissão caberá ao titular do dever de garante, que embora se encontre em condições de actuar, não realiza a acção que se prevê como adequada para impedir o resultado típico, adopta um comportamento omissivo que se mostra idóneo à produção do resultado proibido.

---

<sup>67</sup> TERESA QUINTELA DE BRITO, *A Tentativa nos Crimes Comissivos por Omissão: Um Problema de Delimitação da Conduta Típica*, Coimbra editora, 2000, p. 24.



## I. O CASO ESPECIAL DA INSTIGAÇÃO: (IN) ADMISSIBILIDADE DA INSTIGAÇÃO POR OMISSÃO

De acordo com o que aqui defendemos, seguindo a mesma direcção da doutrina maioritária e a letra da lei, instigação é uma forma de autoria. Pelo que é autor aquele que determina dolosamente outrem à prática de um facto ilícito típico, exigindo-se apenas que haja início de execução por parte do instigado (ou homem-da-frente), como forma de exteriorização da determinação.

A determinação é a influência psíquica decisiva que o instigador (ou homem-de-trás) exerce sobre o instigado, e que vai criar neste o propósito de levar a cabo uma conduta ilícita típica. Esta determinação pode ser levada a cabo por diversos meios, bastando que esses sejam idóneos ao exercício de uma influência crescente sobre a direcção da vontade do sujeito que é instigado. Esta determinação para ter relevância jurídico-penal "não pode ser tão lata que abranja, por exemplo, todo o modo-de-ser da pessoa, isto é, aquela que determina outrem a uma carreira criminosa."<sup>68</sup> A instigação não pode ser geral e abstracta, deve ser determinada em concreto àquele facto ilícito típico.

Surge agora como oportuna a questão de saber, se será possível a instigação a um crime por omissão?

Nos crimes de omissão própria ou pura, tomando como exemplo o crime de omissão de auxílio (artigo 200.º Código Penal), pode ser autor qualquer pessoa que numa relação espaço-temporal com a situação descrita no tipo, não realiza, estando em condições de fazê-lo, as diligências que se mostram necessárias para o afastamento do perigo de lesão dos bens jurídicos da vítima, podendo este afastamento surgir por meio de solicitação de intervenção de terceiros. Também será autor aquele que embora não esteja numa relação espaço-temporal com a situação, possua conhecimentos ou meios adequados a prestar auxílio, seja chamado a fazê-lo e se recuse (ex: artigo 284º do Código Penal).<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, *Formas do Crime*, separata de: O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar in: Jornadas de Direito Criminal- Centro de Estudos Judiciários, 1983, p.173.

<sup>69</sup> MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Contributo para a Interpretação do art. 219º CP (o crime de omissão de auxílio)*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Studia iuridica*, Coimbra editora, 1994, p.110 e ss.

No texto referimos o crime de omissão de auxílio no art. 200º, e na obra consultada o mesmo crime é referido no art.219º, tal discrepância deve-se a alterações efectuadas no Código Penal desde 1994, ano em que o texto de Maria Leonor Assunção foi publicado.

Instigar a um crime de omissão significa dissuadir do comportamento a que o instigado se encontra obrigado, criando ou produzindo neste, de forma intencional, a decisão de não prestar auxílio.

A verificação de autoria por instigação irá depender se a pessoa que dissuadiu outra de prestar auxílio, detém ela própria a possibilidade material de prestar esse mesmo auxílio. Se detiver a possibilidade material de prestar ela mesma esse auxílio decai a qualificação de instigador e considera-se autor imediato do crime de omissão de auxílio, se pelo contrário não existe essa possibilidade material de prestação de auxílio, mas dissuadiu quem possuía essa possibilidade, então será considerado instigador de um crime de omissão de auxílio.

Roxin afirma não ter aplicabilidade a teoria do domínio do facto, pois o omitente não chega a ser autor pelo eventual domínio do facto, mas pela quebra do seu dever de garante.<sup>70</sup> Se o domínio do facto fosse aplicável aos crimes de omissão imprópria transformaríamos qualquer sujeito em "guardião" de todos os bens jurídicos, o simples domínio fáctico, "não pode obrigar ninguém ao desenvolvimento de actividade actuante"<sup>71</sup>. Só uma relação adicional especial pode fundamentar que a lesão do bem jurídico, produzida pela inactividade do sujeito, lhe possa ser imputada como própria.

Nos crimes de omissão imprópria ou impura, também designados por crimes de comissão por omissão, equipara-se a omissão à acção, pois a lei considera que a omissão produziu um resultado, tal qual como se tivesse sido praticado através de uma acção. Nestes crimes não é qualquer sujeito que pode ser considerado autor, para que tal aconteça é necessário que o agente se encontre numa posição de garante, e que estando em condições de actuar não realize a acção necessária que lhe é imposta para impedir o resultado típico proibido pela norma.

A posição de garante pode ter vários fundamentos, que podem decorrer de deveres de protecção e assistência (relações familiares ou análogas, assunção de funções de guarda e assistência, comunidade de vida e perigos) ou de deveres de vigilância e segurança face a fontes de perigo (fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio, actuar precedente perigoso - ingerência, posição de monopólio).

Quanto ao tipo de culpa nos crimes de omissão, é definido nos mesmos moldes dos crimes por acção, "como atitude interna do omitente, documentada no facto, de

---

<sup>70</sup> CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 1998, p.499.

<sup>71</sup> REINHART MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL, HEINZ ZIPF, *Derecho Penal: Parte General, vol. II, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, editorial Astrea, 1995, p.246.

contrariedade ou indiferença pelo dever-ser jurídico-penal."<sup>72</sup> O dolo deve referir-se a todos os elementos do tipo objectivo, incluindo aqueles que caracterizam o tipo objectivo dos crimes de omissão imprópria, ou seja deve inclusivamente referir-se à possibilidade de poder desenvolver uma acção adequada a evitar a lesão do bem protegido. Mesmo quem embora representando todos os elementos imprescindíveis para orientar correctamente a consciência ética para o desvalor da ilicitude e todavia não alcança essa consciência (mesmo a falta de consciência do dever de garante), responde a título de dolo (em qualquer uma das suas formas).

Na instigação, como já foi dito, pretende-se determinar outrem à prática de um facto, pretende criar, produzir no instigado a decisão de cometer o ilícito típico concreto. Exige a lei expressamente que essa determinação seja dolosa, devendo ser este um duplo dolo, deve referir-se por um lado à determinação do instigado e por outro ao ilícito típico concreto por ele praticado.

Parece ser possível que o instigador possa incitar outrem à prática de um crime de omissão impura, criando ou produzindo no instigado a decisão, desde que sobre este se encontre numa posição de garante. A sua determinação seria dolosa assim como a representação dos elementos do tipo correspondente ao crime de acção, que advindo da inactividade se concretizaria num resultado proibido. Para ser autor de um crime de omissão impura ou imprópria, sobre o agente deve recair um dever jurídico de agir, pelo que se o homem-da-frente se encontra numa posição de garante, podendo e devendo agir para que não se produza um resultado descrito no ilícito típico, e este nada faz, porque o homem-de-trás exerceu sobre si uma forte influência psíquica, de tal forma que criou nele a decisão de nada fazer, podemos ver aqui uma instigação a um crime por omissão.

Outra questão se pode ainda colocar, será possível sustentar que pode haver instigação por omissão?

Para o homem-de-trás poder determinar alguém a fazer (nos crimes de acção) ou a não fazer algo (crimes de omissão), deve criar ou produzir no homem-da-frente a decisão de praticar um crime. Deve exercer uma forte influência psíquica sobre o instigado podendo para tal usar diversos meios idóneos à tomada de decisão, no entanto por mais subtil que seja a sua actuação com vista à determinação deste, não nos parece possível criar a decisão de praticar um crime sem nada fazer. Nas palavras de Teresa Quintela de Brito "quando muito, a omissão não evita o nascimento espontâneo dessa resolução, mas tal não

---

<sup>72</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra editora, 2012, p. 961.

se manifesta contudo suficiente para alcançar o desvalor da acção persuasiva característico do comportamento instigador."<sup>73</sup>

Parece-nos sensato afirmar que instigação a crimes omissivos é possível mas já não se afigura possível existir instigação por omissão, pois não nos parece de todo possível exercer influência psíquica decisiva para a resolução criminosa, sem que o instigador nada tenha feito para criar tal decisão.

Para Maurach afigura-se possível uma instigação por omissão, na forma da "não evitação da adopção da resolução pelo autor, por parte do garante"<sup>74</sup> contrariamente Jescheck afirma que uma instigação por omissão não é juridicamente possível, pois não há uma influência psíquica que faça surgir a resolução criminosa, através da inactividade apenas não evita o seu nascimento autónomo.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> TERESA QUINTELA DE BRITO, *A Tentativa nos Crimes Comissivos por Omissão: Um Problema de Delimitação da Conduta Típica*, Coimbra Editora, 2000, p.13 e 14, nota 1.

<sup>74</sup> REINHART MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL, HEINZ ZIPF, *Derecho Penal: Parte General, vol. II, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Traducción de la 7.edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, editorial Astrea, 1995, p.440 e 441.

<sup>75</sup> HANS-HENRICH, THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5 ed, corregida y ampliada, Comares editorial, Granada, Diciembre, 2002, p.744.

## V. NOTAS CONCLUSIVAS

Os crimes de omissão não se consubstanciam num simples não fazer, traduzem-se em não levar a cabo uma determinada actividade num certo momento, sendo que esta actividade seria a esperada. Esta conduta omissiva coloca um bem jurídico tutelado em perigo ou pode efectivamente chegar à sua lesão.

O facto omissivo corresponde sempre à não realização de um dever imposto por lei, pressupõe a identificação do dever que impõe a realização da acção assim como a determinação do sujeito obrigado ao seu cumprimento, devendo este ter capacidade para realizar a acção capaz de cumprir o dever jurídico.

Os crimes de omissão podem ser de dois tipos, crimes de omissão pura (ou própria) ou crimes de omissão impura (ou imprópria). Os crimes omissivos puros caracterizam-se pela abstenção de agir e a omissão da conduta devida lesa ou coloca em perigo o bem jurídico tutelado pela norma, estes encontram-se expressamente previstos na lei. Os crimes omissivos impuros também se caracterizam pela falta de actuação, mas a lei considera esta omissão a causa de um resultado descrito no tipo de crime cometido, porque o agente não pratica o acto a que estava obrigado para evitar que esse resultado se produza.

O artigo 10.º do Código Penal alarga a incriminação dos crimes comissivos de resultado previstos na norma incriminadora aos comportamentos omissivos, equipara a omissão à acção. A norma ao proibir um resultado faz emergir na esfera jurídica de todos o dever de se absterem de praticar actividades que possam produzir o resultado que a norma pretende evitar, simultaneamente faz surgir o comando de levar a cabo actividades que possam obstar à produção do resultado não querido.

Mas autor de um crime de omissão impura não é qualquer pessoa, de acordo com o artigo 10.º n.º2 sobre o omitente, para que seja autor de um crime de comissão por omissão, deve impender um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar o resultado. Sendo a lei omissa quanto à fonte desse dever de garante várias teorias se formularam com vista ao esclarecimento do fundamento desse dever.

De acordo com Figueiredo Dias<sup>76</sup> as posições de garante podem fundar-se em duas categorias: (1)deveres de protecção e assistência a um bem jurídico carecido de amparo, estes deveres integram as relações de protecção familiares ou análogas, a assunção de funções de guarda e assistência e a comunidade de vida e de perigos; (2)deveres de vigilância e segurança face a uma fonte de perigos, estes deveres podem decorrer de situações de ingerência, do dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio ou de posição de monopólio.

Relativamente à autoria, adoptamos a teoria do domínio do facto (de Roxin) segundo a qual autor é aquele que domina o facto sendo a figura central do acontecimento. O autor é “senhor” do facto, dele dependendo tanto a iniciativa como a interrupção, a continuação e a consumação do ilícito típico, intervindo de forma decisiva a sua vontade.

---

<sup>76</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2012, p.939 e ss.

O artigo 26.º do Código Penal refere quatro modalidades de autoria: autoria imediata, autoria mediata, co-autoria e instigação, incidindo sobre esta última o nosso estudo. No nosso ordenamento jurídico a instigação é tida como verdadeira autoria, contrariamente ao ordenamento jurídico alemão que integra a instigação na mera participação. Embora não seja unânime no nosso ordenamento tal entendimento, este decorre da letra da lei que autonomizou a instigação da cumplicidade (artigos 26.º e 27.º Código Penal respectivamente), colocando no entanto para este tipo de autoria uma exigência, haver início de execução. Na instigação o domínio do facto manifesta-se no domínio da decisão, o instigador deve criar no instigado a decisão de cometer um ilícito típico.

A autoria relativamente aos crimes de omissão pura não levanta dúvidas quanto a quem pode ser o seu autor, pois este é descrito no tipo legal, no entanto o mesmo não se pode afirmar nos crimes de omissão impura, pois nestes não é autor todo aquele que omite, para que seja considerado autor é necessário que sobre o agente impenda um dever jurídico que o obrigue a evitar o resultado descrito no tipo, deve ser titular de uma posição de garante. Segundo Roxin<sup>77</sup> o domínio do facto não é aplicável aos crimes de omissão, pois o agente só será autor pela quebra do seu dever de evitar o resultado. Não será a possibilidade de evitar o resultado que decide sobre a autoria, mas sim o dever jurídico que recai sobre o omitente.

Nos crimes de comissão por omissão se aquele que é titular do dever de garante lesa um bem jurídico, responde como autor independentemente do facto de ser realizado por um outro sujeito. Autoria de um crime de comissão por omissão caberá ao titular do dever de garante, que embora esteja em condições de actuar não realiza a acção que se prevê como adequada para impedir o resultado proibido.

Surge portanto a questão de saber se será possível a instigação a um crime de omissão?

Nos crimes de omissão pura (tomando como exemplo o crime de omissão de auxílio, artigo 200.º do Código Penal) pode ser autor qualquer pessoa que estando numa relação espaço-temporal com a situação e estando em condições de actuar, não realiza as diligências necessárias para afastar o perigo de lesão dos bens jurídicos em questão.

Instigar a um crime de omissão significa dissuadir do comportamento a que o instigado está obrigado, produzindo neste, de forma intencional, a decisão de não prestar auxílio. Para que haja instigação dependerá se a pessoa que dissuadiu outra de prestar auxílio detém ela própria a possibilidade de actuar e prestar esse auxílio. Se detiver a possibilidade material de prestar auxílio decai a qualificação como instigador, considerando-se autor imediato do crime de omissão de auxílio, se não existe essa possibilidade material, mas dissuadiu quem a possuía, será considerado instigador de um crime de omissão de auxílio.

---

<sup>77</sup> CLAUS ROXIN, *Autoría y Domínio del Hecho en Derecho Penal*, Traducción de la sexta edición por Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid, Barcelona, 1998, p. 499 e ss.

Nos crimes de comissão por omissão equipara-se a omissão à acção, pois produz um resultado tal como se tivesse sido praticada uma acção. Parece-nos ser possível que o instigador crie em outrem a decisão de praticar um crime de omissão impura, desde que o instigado seja titular de uma posição de garante. Pelo que se sobre o instigado recair um dever jurídico de agir para que não se produza o resultado e este nada faz porque foi determinado a tal, podemos ter uma instigação a um crime de omissão.

Colocámos também a questão de saber se pode haver instigação por omissão?

O que caracteriza a instigação é a forte influência psíquica que o instigador exerce sobre o instigado para produzir neste a decisão de cometer um crime, podendo esta influência ser exercida por diversos meios idóneos para a tomada de decisão. Mas por mais subtil que seja a sua actuação para determinar o instigado não se nos afigura possível conseguir produzir em alguém a decisão de cometer um crime simplesmente por nada fazer. Estamos de acordo com Teresa Quintela de Brito<sup>78</sup> quando afirma que nestes casos, quando muito, a omissão se traduz no não evitar o surgimento espontâneo dessa resolução criminosa, mas não se antevê que tal seja suficiente para alcançar o desvalor da acção persuasiva, que é característica do comportamento do instigador.

---

<sup>78</sup> TERESA QUINTELA DE BRITO, *A Tentativa nos Crimes Comissivos por Omissão: Um Problema de Delimitação da Conduta Típica*, Coimbra Editora, 2000, p.13 e 14, nota 1.

## BIBLIOGRAFIA

Assunção, Maria Leonor, *Contributo para a interpretação do art. 219º CP (o crime de omissão de auxílio)*, in Boletim da Faculdade de Direito, stvdia ivridica, Coimbra editora, 1994;

Bravo, Emílio Moreno y, *Autoría en la Doctrina del Tribunal Supremo (coautoria, autoria mediata y delitos improprios de omisión)*, Dykinson, 1997;

Brito, Teresa Quintela de, *A Tentativa nos Crimes Comissivos por Omissão: Um Problema de Delimitação da Conduta Típica*, Coimbra editora, 2000;

Correia, Eduardo, *Código Penal, Projecto da Parte Geral*, 1963 in separata do Boletim do Ministério da Justiça nº172;

\_\_\_\_\_, *Direito Criminal*, vol. I, Almedina, 1999;

\_\_\_\_\_, *Direito Criminal*, vol. I, Almedina, 2007;

Costa, José Francisco de Faria, *Formas do Crime*, separata de: O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar in: Jornadas de Direito Criminal- Centro de Estudos Judiciários, 1983;

\_\_\_\_\_, *Omissão: Reflexões em redor da omissão imprópria*, separata do Boletim da Faculdade de Direito da universidade de Coimbra, vol.LXXII, 1996;

D'Ávila, Fábio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, stvdia ivridica LXXXV, Coimbra editora, 2005;

Dias, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal Sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2001;

\_\_\_\_\_, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2012;

Donna, Edgardo Alberto, *La Autoria y la Participación Criminal*, Granada, 2008 (estudios de derecho penal y criminologia dirigidos por Carlos María Romeo Casabona);

Jescheck, Hans-Henrich/ Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*; Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5 a ed. corregida y ampliada, Comares editorial, Granada, Diciembre, 2002;

Leite, André Lamas, *Notas sobre os crimes omissivos no contexto do direito penal das Ordenações* in: Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano III, 2006;



Maurach, Reinhart/ Gössel, Karl Heinz/ Zipf, Heinz, *Derecho Penal: Parte General, vol. II, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995;

Morão, Helena, *Da instigação em Cadeia- Contributo para a Dogmática das Formas de Participação na Instigação*, Coimbra editora, 2006;

Rodrigues, Marta Felino, *Teoria Penal da Omissão e a Revisão Crítica de Jakobs*, Almedina, 2000;

Roxin, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducción de la sexta edición por Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid, Barcelona, 1998;

Silva, Germano Marques da, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica editora, Lisboa, 2012;

Valdágua, Maria da Conceição, in Liber Disciplinorum para Figueiredo Dias, *Autoria Mediata em virtude do Domínio da Organização ou Autoria Mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente Mediato*.