



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Mónica Alexandra Lopes Rodrigues

**A CUMPLICIDADE POR OMISSÃO (NO CRIME
DE VIOLAÇÃO): REFLEXÃO A PARTIR DE UM
ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do 2ºCiclo de Estudos em Ciências Jurídico-
Forenses (conducente ao grau de Mestre) orientada pela
Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Janeiro de 2022



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Mónica Alexandra Lopes Rodrigues

**A CUMPLICIDADE POR OMISSÃO (NO CRIME DE VIOLAÇÃO): REFLEXÃO
A PARTIR DE UM ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

COMPLICITY BY OMISSION (IN THE CRIME OF RAPE): REFLECTION BASED
ON A JUDGEMENT OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente
ao grau de Mestre) orientada pela Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra,
Janeiro de 2022

«So the problem is not so much to see what nobody has yet seen, as to think what nobody has yet thought concerning that which everybody sees.»

«Importante não é ver o que ninguém nunca viu, mas sim, pensar o que ninguém nunca pensou sobre algo que todo mundo vê.»

ARTHUR SCHOPENHAUER

Agradecimentos

Aos **meus pais**, que durante toda a minha vida se esforçaram em prol de me proporcionar o privilégio que é poder estudar e de prosseguir sempre com os meus objetivos sem deixar, por um momento, de ambicionar novas metas. Que, por acreditarem em mim de forma tão intensa, me fazem desejar ir sempre mais além e ser melhor do que fui ontem e do que sou hoje.

À **minha irmã**, o meu maior exemplo de trabalho, esforço, dedicação e persistência. Que me demonstra todos os dias o significado mais real e verdadeiro da amizade e do companheirismo. Que me oferece o que há de mais precioso na vida - o tempo -, não desperdiçando uma oportunidade de me ouvir e de auxiliar.

Ao **Eduardo**, por me encorajar a ser sempre a melhor versão de mim e a ser resiliente perante as adversidades. Pela sua presença e apoio constantes, lembrando-me em todo e em cada momento do quão capaz sou de cumprir os meus propósitos. E, principalmente, por comprovar que tudo se torna mais fácil de concretizar quando o amor e a amizade estão envolvidos.

À **Carina**, prima que é irmã de coração. À qual nunca lhe faltam palavras de conforto para com os outros. Que faz das minhas preocupações as suas e que sempre me apoia em qualquer momento que presencie.

À **Daniela**, parceira e amiga incansável durante tantos anos, por me fazer crer que há sempre um lado positivo e por sempre ceder o seu auxílio e companhia.

À **Rute** e à **Rita**, que apesar de, tal como eu, enfrentarem este desafio que é elaborar uma dissertação, nunca deixaram de se disponibilizar para me ajudar ou dizer uma palavra amiga. Que, partilhando esta ambição e este gosto pelo Direito, partilharam também comigo anos de estudo, de convivência e de amizade.

Às amigas que tive o privilégio de conhecer ao longo destes anos em que frequentei a Universidade de Coimbra, que enriqueceram o meu percurso e me fizeram viver alguns dos momentos mais felizes que já vivenciei: **Rita, Erica, Filipa, Juliana, Beatriz**.

À minha orientadora, **Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa**, por suscitar em mim a curiosidade de investigar e desenvolver o tema da presente dissertação e, além disso, pela sua disponibilidade e sempre pronta resposta para as inquietações e dúvidas que naturalmente surgem aquando da redação de uma dissertação.

Resumo

A presente dissertação visa refletir sobre a possibilidade de, em determinados casos, se verificar a existência de cumplicidade por omissão, nomeadamente no crime previsto no artigo 164.º do Código Penal – o crime de violação.

Hodiernamente, há uma crescente ocorrência deste crime sexual¹. A par deste crescimento, verifica-se simultaneamente que é comum neste tipo de crimes, a presença de alguém que, apesar de não executar a conduta exigida pelo tipo legal de crime, assiste ao acontecimento e não se comporta de modo a evitar a lesão do bem jurídico em perigo que, como veremos, corresponde à liberdade sexual do ofendido. Há, nesta perspetiva, uma necessidade de refletir e ponderar se a pessoa que se limita a presenciar e assistir ao crime – de forma meramente passiva e inativa - sem pôr fim àquela conduta típica e ilícita, pode ser considerada cúmplice por omissão na prática do crime.

Para tal, é importante identificar os possíveis autores e cúmplices do crime de violação e averiguar a possibilidade de a simples presença poder consubstanciar um auxílio conducente à cumplicidade, com rumo ao escopo deste estudo: no caso de a mera presença não consubstanciar um ato de cumplicidade, pode o “não fazer” e o “não evitar a consumação do crime” ser considerado um ato revelador de cumplicidade por omissão?

Segundo a lei, a doutrina e a jurisprudência portuguesa, quando esteja em causa a ausência de uma ação esperada e devida, conjugada com o dever jurídico de obstar ao resultado típico e cumulativamente com a capacidade de praticar uma ação apta a evitar a consumação do mesmo, o agente em causa será punido como autor e não como cúmplice por omissão. Mas não existirão fundamentos suscetíveis de originar a punição da omissão esperada e devida como um ato de cumplicidade e não de autoria?

Palavras-Chave:

Participação; Cumplicidade; Cumplicidade por omissão; Crime de violação; Código Penal; Omissão.

¹ https://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2020.pdf.

Abstract

This thesis aims to reflect on the possibility of, in certain cases, verifying the existence of complicity by omission, namely in the crime provided for in article 164.º of the Penal Code – the crime of rape.

Nowadays, there is an increasing occurrence of this sexual crime. Alongside this growth, it is simultaneously verified that it is common in this type of crimes, the presence of someone who, despite not carrying out the conduct required by the legal type of crime, attends the event and does not behave in a way to avoid injury to the endangered legal asset which as we shall see, corresponds to the sexual freedom of the victim. In this perspective, there is a need to reflect and consider whether the person who merely witnesses and watches the crime - in a merely passive and inactive way - without putting an end to that typical and illicit conduct, can be considered an accomplice by omission in the crime.

To this end, it is important to identify the possible perpetrators and accomplices of the crime of rape and investigate the possibility that the mere presence can consubstantiate an aid conducive to complicity, towards the scope of this study: in the case that the mere presence does not consubstantiate an act of complicity, it can the “not to do” and “not to avoid the consummation of the crime” be considered an act revealing complicity by omission?

According to the law, doctrine and Portuguese jurisprudence, when the absence of an expected and due action is at stake, combined with the legal duty to prevent the typical result and cumulatively with the ability to take an action capable of preventing the consummation of the crime, the agent in question will be punished as the perpetrator and not as an accomplice by omission. But aren't there any grounds that could lead to the punishment of the expected and due omission as an act of complicity and not of authorship?

Keywords:

Participation; Complicity; Complicity by omission; Crime of rape; Criminal Code; Omission.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

Apud – Citado por

Art. – Artigo

BGH – Superior Tribunal de Justiça da Alemanha

Cf. – Confrontar

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

Etc. – *Et cetera* (entre outros / e os restantes)

Fasc. – Fascículo

Ibidem – Na mesma obra

MP – Ministério Público

Nº - Número

Op. Cit. – *Opus citatum* (obra citada)

P. – Página

Proc. – Processo

Reimp. – Reimpressão

SS. – Seguintes

StGB – Código Penal alemão

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STS – Sentença do Tribunal Supremo

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TS – Tribunal Supremo

Vol. – Volume

Índice

Introdução	10
Capítulo I: Análise do Ac. do STJ de 15 de Abril de 2010: pressupostos problemáticos	15
1. O crime de violação	15
2. A possibilidade de a atuação do arguido configurar um ato de cumplicidade no crime de violação	20
2.1. A distinção entre autoria e participação no crime	20
2.2. A cumplicidade	23
2.2.1. O auxílio material e o auxílio moral	24
2.2.2. Punição da cumplicidade	28
2.2.3. O duplo dolo	29
2.2.4. Reflexão sobre a possibilidade da conduta do arguido constituir cumplicidade	30
3. A omissão	30
3.1. Os crimes omissivos puros e os crimes omissivos impuros	31
3.2. O tipo de ilícito objetivo dos crimes omissivos	33
3.3. Posição de garante	34
3.4. O tipo de ilícito subjetivo	38
3.5. O tipo de culpa	38
3.6. Reflexão sobre a possibilidade da conduta do arguido constituir uma omissão	40
Capítulo II: A cumplicidade por omissão	42
1. No ordenamento jurídico português	43
1.1. O Código Penal de 1852	43
1.2. Atualmente: como se posicionam os autores portugueses?	45
2. No ordenamento jurídico alemão	49
2.1. Jurisprudência do BGH	50
2.2. A teoria dos delitos de dever	51
2.3. Comissão por omissão como forma autónoma de intervenção	53
2.4. A teoria da cumplicidade unitária	54
2.5. Ponderação do domínio potencial do facto	55
2.6. Distinção segundo a classe de posição de garante: teoria formal do garante	56

a) Distinção entre posições de garante de proteção e de garante de vigilância	56
b) Distinção entre deveres de garante por competência organizacional e por competência institucional	57
2.7. A teoria material do garante	58
2.8. Ponto de partida para a delimitação	58
3. No ordenamento jurídico espanhol	60
4. No ordenamento jurídico brasileiro	62
Conclusão: Um regresso ao acórdão do STJ de 15 de Abril de 2010	65
Bibliografia	68
Jurisprudência	74

Introdução

O princípio de uma reflexão sobre a cumplicidade por omissão, designadamente no crime de violação – art. 164.º do CP –, será concretizado através da análise de um acórdão do STJ.

O acórdão em causa foi proferido pelo STJ em sede de recurso penal. Tem data de 15 de Abril de 2010 e o respetivo juiz relator foi Maia Costa. A análise deste acórdão, assim como a restante jurisprudência invocada no mesmo relevam para a reflexão sobre a possível existência de cumplicidade por omissão, mais concretamente no crime de violação. A cumplicidade por omissão remete-nos para a possibilidade de um sujeito poder ser punido como cúmplice da prática de um crime pelo facto de não agir para evitar o resultado do mesmo, aquando da prática daquele pelo autor do crime. Neste âmbito, pune-se não porque o agente executou a conduta proibida pelo tipo legal de crime, mas sim porque nada fez para evitar que essa fosse concretizada pelo autor do crime.

É no âmbito do Direito Penal que inserimos esta temática, uma vez que é o ramo do Direito que « *visa ... a definição dos pressupostos do crime e das suas concretas formas de aparecimento; e a determinação tanto em geral, como em espécie das consequências ou efeitos que à verificação de tais pressupostos se ligam (penas e medidas de segurança), bem como das formas de conexão entre aqueles pressupostos e estas consequências*»². Dentro do Direito Penal, este acórdão versa particularmente sobre as formas do crime.

Este acórdão retrata a atuação de três jovens – um com 16 anos de idade e os restantes com 15 anos de idade -, que em coautoria praticam um crime de roubo num estabelecimento comercial, nomeadamente, numa papelaria. Certo é que tomam em conjunto a decisão de o fazer e dividem as tarefas necessárias à prática do crime entre si. No dia 1 de Outubro de 2008 invadem o estabelecimento e ameaçam a ofendida pelo crime, filha da proprietária do estabelecimento, exercendo violência sobre a mesma e fazendo uso de uma arma de fogo. Desta forma, conseguem que a ofendida abra a caixa registadora e assim prosseguem a realização criminosa, apropriando-se das quantias monetárias disponíveis, assim como de outros objetos presentes no local. Em seguida, os sujeitos menores de 16 anos empurram a ofendida na direção da casa de banho enquanto formulam o propósito de manterem com esta

² DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal: parte geral, Tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime, Gestlegal, 2019, p.7.

relações sexuais. Enquanto os menores concretizam o propósito que haviam formulado, mantendo ambas relações sexuais com a vítima contra a sua vontade, ignorando o seu choro e oposição, e fazendo sempre uso da superioridade física e da arma, o arguido continua a apropriar-se dos objetos e move-se até à porta de entrada do estabelecimento. Após o ato, os menores trancam a arguida na casa de banho e abandonam o local, levando consigo os objetos e quantia monetária que haviam subtraído, sendo o arguido a encabeçar a fuga, visto tê-lo feito em primeiro lugar.

Considerou-se provado que o arguido “*agiu em comunhão de esforços e de intentos*”³, tendo todos consciência de que estavam a subtrair coisas alheias, contra a vontade dos seus proprietários. Além disso, fê-lo de forma livre e deliberada. Importante é também referir que o TRL considerou provado, ao contrário do que se encontrava fixado pelo tribunal de 1ª instância, que o arguido se apercebeu de que diante si estava a ocorrer uma violação e que apesar disso, «*deliberadamente nada fez para impedir que os menores concretizassem esses atos*»⁴.

Relativamente ao caso concreto, seguiram-se três acórdãos. O primeiro data de 15 de Julho de 2009: absolveu-se o arguido da prática, como cúmplice, do crime de violação, condenando-o apenas como coautor do crime de roubo agravado e do crime de sequestro. Foi condenado na pena única de 3 anos e 3 meses de prisão pelo cúmulo das penas mencionadas. Do mesmo acórdão recorreram para o TRL tanto o MP como o arguido, sendo que o primeiro pretendia a alteração da matéria de facto no sentido de se provar que o arguido se tinha apercebido que os menores mantinham relações sexuais com a ofendida contra a sua vontade e que, mesmo assim, não tinha agido de modo a impedir a prática de tais atos, devendo então ser condenado como cúmplice de um crime de violação. Além disso, o MP pretendia o agravamento das penas parcelares e o aumento da pena de prisão. Por outro lado, o arguido pretendia a sua absolvição do crime de sequestro e ainda a suspensão da execução da pena.

O TRL deu provimento ao recurso do MP, alterando a matéria de facto, mas decisão diferente ocorreu relativamente ao recurso interposto pelo arguido, já que o TRL o julgou improcedente. Por conseguinte, condenou o arguido pelo crime de roubo agravado, aumentando esta pena de 3 para 5 anos de prisão; condenou-o pelo crime de sequestro

³ Ac. do STJ de 15 de Abril de 2010, proc. n.º 1423/08.2JDLSB.L1.S1, p.12, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/703F17A02FAA93E88025771C0032A690>.

⁴ *Ibidem*, p.14.

agravado, aumentando também a pena de 10 meses para 18 meses de prisão; e, por último, este tribunal condenou o arguido como cúmplice de um crime de violação. Com base na matéria de facto agora provada neste tribunal, considera-se que o arguido assistiu aos factos que concernem ao crime de violação e que não se comportou de modo a evitar o desenvolvimento daqueles. O TRL fundamentou a sua decisão – relativamente à punição do arguido como cúmplice do crime de violação – com base no facto de que a sua permanência à entrada do estabelecimento manifesta um auxílio material e moral ao facto dos autores do crime de violação, já que isso terá permitido que o sujeito vigiasse e controlasse a entrada de terceiros.

Desta decisão do TRL, recorre novamente o arguido. Dá-se prosseguimento ao mesmo, uma vez que a pena única se revela superior a 5 anos e ainda porque o recorrente foi condenado por autoria de um crime novo – o crime de violação. Apenas destas questões se poderá recorrer, mantendo-se intocáveis as penas aplicadas pelos crimes de roubo e de sequestro. O STJ, na sua decisão, considera que o arguido não pode ser condenado como cúmplice do crime de violação ocorrido no estabelecimento comercial, uma vez que o sujeito não prestou qualquer auxílio ao facto doloso dos menores, limitando-se a não fazer nada. O art.27.º do CP exige, para que haja cumplicidade, que se verifique um auxílio material – *«que implica uma entrega ou disponibilização pelo cúmplice ao autor de meios ou instrumentos que facilitem a prática do facto»*⁵ – ou um auxílio moral – *«quando o cúmplice aconselha ou influencia o autor, embora sem o determinar, no sentido da prática do crime»*⁶. Refere-se ainda nesta decisão do STJ que não é admissível a cumplicidade por omissão num crime por ação e que a omissão apenas seria punível caso o arguido tivesse algum dever jurídico de evitar o resultado, o que afirmam não acontecer. Posto isto, consideram que esta sua conduta não é punível, revogando o acórdão recorrido na parte em que o recorrente é condenado pela prática, como cúmplice, de um crime de violação.

É possível concluir que tanto o tribunal de 1ª instância como o STJ decidiram a favor da absolvição da prática do crime de violação, constituindo esta a posição maioritária, adotada tanto pela jurisprudência como pela doutrina portuguesa. Já o TRL decide não a favor da absolvição mas sim a favor da condenação do arguido como cúmplice na prática de

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

um crime de violação, posição minoritária mas adotada e defendida no decorrer desta dissertação.

Os argumentos utilizados pela posição majoritária, a qual vai de encontro à impossibilidade da punição da cumplicidade por omissão, materializam-se no facto de que, apesar de ser imprescindível a existência de determinado auxílio por parte do cúmplice ao facto doloso de outrem, quando alguém não faz nada e não age de modo a impossibilitar a prática do crime, o requisito do auxílio não se verifica. No mesmo sentido, importa referir também o ac. do STJ de 31 de Março de 2004 – o qual se dedica a uma situação semelhante, que aborda a cumplicidade por omissão no crime de violação -, que refere que «a mera *cogitatio* ou a aceitação passiva não pode constituir cumplicidade» e «a pura passividade não é auxílio material, e também, por si só, não revela auxílio ou influxo psíquico em relação ao facto do agente». Exige-se que o cúmplice favoreça a prática criminosa, auxilie na prática do crime, embora não seja determinante na sua realização (pois, desse modo, seria autor e não apenas cúmplice): «o *cúmplice desenvolve uma atividade que não é essencial ou decisiva para a prática do crime, mas prescindível no sentido do crime teria sido realizado na mesma, só que por modo, em tempo ou circunstâncias diversas*»⁷. É nesta perspectiva que FARIA COSTA alude a uma ideia de “subalternização da cumplicidade” e de “causalidade não essencial”⁸.

Contrária a esta posição, é aquela que assume o TRL, caminhando no sentido da punição da cumplicidade no crime de violação. Isto acontece não apenas no acórdão do qual me sirvo para iniciar a minha investigação, mas também noutro acórdão proferido pelo mesmo tribunal, com a data de 31 de Março de 2004. Este tribunal considera que é possível denotar auxílio material e mesmo auxílio moral pelo facto de, no caso concreto, o arguido permanecer à porta de entrada do estabelecimento e isso representar um auxílio e um favorecimento na prática do crime na medida em que permite que haja uma vigilância e controlo sobre a eventual entrada de terceiros que comprometam a continuação da prática criminosa. Também aqui será válido um argumento utilizado pelo TRL na fundamentação da sua decisão relativa ao acórdão de 31 de Março: o facto de permanecer no local, estar consciente de que alguém está a ser forçado a manter relações sexuais contra a sua vontade, e saber que isso constitui um facto ilícito, punível por lei, e mesmo assim nada fazer para

⁷ Ac. do STJ de 14 de Março de 2006, proc. n.º 4413/05, 5ª secção.

⁸ COSTA, José Francisco de Faria, “Formas do crime”, in Jornadas de direito criminal – O novo Código Penal Português e legislação complementar, fase I, Lisboa, 1983, p.174.

impedir a sua consumação, revela um certo apoio moral, este que é «traduzido no estímulo que a sua presença proporcionava ao arguido..., no prosseguimento das suas práticas lascivas».

Com base nesta breve exposição jurisprudencial, cumpre iniciar este estudo fazendo menção aos problemas que o acórdão suscita e que se revelam fundamentais para que, posteriormente, se efetive uma reflexão sobre a possível existência de cumplicidade por omissão, reflexão esta que terá sempre por referência o crime de violação.

A presente dissertação e a investigação que lhe é inerente fundamentam-se em diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais, envolvendo o confronto com distintos ordenamentos jurídicos.

Capítulo I: Análise do Ac. do STJ de 15 de Abril de 2010: pressupostos problemáticos

Tal como foi referido anteriormente, este acórdão debruça-se sobre a atuação de três jovens que, em coautoria, praticam um crime de roubo – art. 210.º CP – e um crime de sequestro – art. 158.º CP – sendo que dois deles, considerados inimputáveis devido ao facto de terem 15 anos à data da prática do crime, praticam ainda um crime de violação – art. 164.º CP – enquanto o arguido, apesar de não praticar atos de relevo sexual com a ofendida, nada faz para impedir a consumação do crime.

A análise do referido acórdão centrar-se-á na questão da cumplicidade no crime de violação – poderá a atuação do arguido configurar um ato de cumplicidade? -, e este assume especial importância porque daqui partiremos para uma ponderação da eventual existência de cumplicidade por omissão, nomeadamente no crime de violação – na hipótese de não se considerar provado nenhum auxílio ao facto principal, poderá o “nada fazer para impedir a consumação do crime” constituir cumplicidade por omissão?

Para que se possa efetivamente estudar a existência desta figura, terão de ser apontados alguns tópicos relevantes.

1. O crime de violação

Importa fazer uma breve referência a este crime sexual uma vez que é sobre este que versa o presente acórdão no que diz respeito à questão da cumplicidade.

O crime de violação constitui o «crime típico do conjunto dos crimes sexuais, não só por ser o mais comum, como também por ser aquele que, ainda hoje, assume maior repercussão social»⁹. Encontra-se no capítulo referente aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, capítulo V do CP, uma vez que o bem jurídico protegido pelo crime de violação é a liberdade sexual. Apesar de hoje ser esta a conceção do bem jurídico protegido neste âmbito, nem sempre foi assim. Os crimes sexuais eram considerados como «crimes atentatórios dos “fundamentos ético-sociais da vida social”, ligados aos

⁹ LOPES, José Mouraz, Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal, 3ª ed., Coimbra Editora, 2002, p.36.

O mesmo se confirma pelos relatórios anuais da APAV, sendo que da análise do relatório anual de 2020 se constata que o crime sexual praticado em maior número foi o crime de violação, logo após o abuso sexual de crianças. - Estatísticas APAV, Relatório anual de 2020, disponível online em https://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2020.pdf.

“sentimentos gerais de moralidade sexual”¹⁰, o que significa que eram vistos como ataques à moral e aos bons costumes. Como refere MARIA JOÃO ANTUNES, houve uma evolução nesse sentido: «o direito penal sexual evoluiu no sentido de deixar de ser um “direito tutelar da ‘honestidade’, dos ‘costumes’ ou dos ‘bons costumes’ (...) para se tornar num direito tutelar de um bem jurídico perfeitamente definido e que reentra, de pleno direito, no capítulo contra as pessoas, o bem jurídico da liberdade e autodeterminação da pessoa na esfera sexual»¹¹. Nas palavras de NATSCHERADETZ, o direito penal sexual pretende garantir a maior liberdade possível nos comportamentos sexuais, criminalizando ao mesmo tempo aquelas condutas do domínio sexual que ofendam gravemente a liberdade pessoal do ofendido, isto é, a sua liberdade sexual ou a sua livre autodeterminação¹².

Deste modo, afirma INÊS LEITE que «o conceito de autodeterminação não poderá ser separado da noção de liberdade», uma vez que sem a existência da autodeterminação não podemos falar de verdadeira liberdade, pois esta última só pode ser conseguida através da existência da autodeterminação. A autodeterminação «corresponde então ao processo de formação de uma vontade que deverá ser livre, esclarecida e autêntica, sendo uma componente indispensável e parte integrante da própria ideia de liberdade»¹³.

A proteção dos direitos fundamentais à liberdade e autodeterminação sexual é assegurada pela CRP, nos seus artigos 25.º (direito à integridade pessoal) e 26.º (outros direitos pessoais), uma vez que corresponde a um dos vários domínios em que se manifesta a liberdade individual – direito fundamental da pessoa humana¹⁴. A liberdade sexual, na visão de NATSCHERADETZ, pode ser vista através de dois sentidos: num sentido positivo ou

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Nótula antes do Artigo 163.º”, In Comentário Conimbricense do Código Penal, vol. I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.441.

¹¹ ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, In Revista Julgar, n.º 12 (especial), 2010, p.153.

Neste sentido, «no sentido de desligar os crimes sexuais dos sentimentos gerais da moralidade sexual e da sua consequente conceção enquanto crimes contra bens jurídicos supra-individuais, da comunidade ou do Estado, concebendo-os como crimes que atentam contra o bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual» – ANTUNES, Maria João/ FIDALGO, Sónia, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, In Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: tendências de reforma – Colóquio em homenagem ao instituto brasileiro de ciências criminais, IBCCRIM, São Paulo, 2008, p.121.

¹² NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, O direito penal sexual: conteúdo e limites, Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p.141.

¹³ LEITE, Inês Ferreira, A tutela penal da liberdade sexual, disponível online em https://www.researchgate.net/publication/263276823_A_Tutela_Penal_da_Liberdade_Sexual, p.8.

¹⁴ No mesmo sentido, cf. NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, *op. cit.* (nota 12), p.141; SOTTOMAYOR, Maria Clara, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista: a propósito do acórdão do tribunal da relação do Porto, de 13 de Abril de 2011”, In Revista do Ministério Público, Ano 32, n.º 128, 2011, p.298.

dinâmico ou num sentido estático ou passivo. No sentido positivo, a liberdade sexual corresponde à liberdade que a pessoa humana tem para dispor do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, isto é, corresponde à liberdade que cada um de nós tem para escolher o que fazer no domínio sexual, tendo em conta as vontades e os desejos pertencentes a cada um. No sentido estático ou passivo, a liberdade sexual expressa-se num «*direito de não sofrer qualquer espécie de intromissão física ou moral dirigida para a realização de atos sexuais*»¹⁵.

Em suma, a liberdade sexual¹⁶ consiste no facto de cada indivíduo ter liberdade de opção e de atuação quanto à sua sexualidade e também na proteção que lhe é assegurada através do direito de não consentir nem suportar que outro indivíduo pratique consigo atos de natureza sexual, sem o seu consentimento. Estes direitos – da liberdade e autodeterminação sexual – são violados quando ocorre um crime de violação, em consequência de estar em causa a imposição de um ato sexual a uma pessoa contra a sua vontade. Há um desrespeito pela vontade da pessoa, pela tal liberdade de opção e de atuação de que cada um de nós dispõe no âmbito sexual.

A atuação dos menores, no caso retratado pelo acórdão, concretiza um crime de violação na medida em que este tipo legal de crime exige que o agente constranja outra pessoa a (1) sofrer ou a praticar, consigo ou com outra pessoa, atos sexuais, ou então a (2) sofrer ou a praticar introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos e sucede que após empurrarem a ofendida na direção da casa de banho enquanto formulavam o propósito de manterem consigo relações sexuais, a obrigaram, através do uso da superioridade física e da arma que tinham em sua posse, a deitar-se no chão e manter com ambos os sujeitos relações de cópula completa vaginal.

O n.º 2 do art.164.º menciona os meios típicos de constrangimento «*violência, a ameaça grave, a inconsciencialização da vítima e a sua colocação na impossibilidade de*

¹⁵ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *op. cit.* (nota 12), p.142.

No mesmo sentido, «livre disposição do sexo e do próprio corpo para propósitos sexuais, mas também enquanto direito a não sofrer contactos, ou mesmo alusões, de cariz sexual contra vontade» - RAMOS, Fernando João Ferreira, “Notas sobre os crimes sexuais no projeto de revisão do código penal de 1982”, In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 3, Fasc. 1, 1993, p.54.

¹⁶ «Faculdade de escolher praticar ou não praticar, de forma livre, determinado ato sexual e de escolher o/a parceiro/a para tal fim, bem como, de forma mais geral, o direito de ordenar com autonomia e sem ilegítima intervenção de terceiros a própria vida sexual» - CAEIRO, Pedro/ FIGUEIREDO, José Miguel, “Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau”, In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 26.º, n.º1 a 4, 2016, p.170, disponível online em https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2016_Ainda_dizem_que_as_leis_nao_andam.pdf.

resistir»¹⁷, atribuindo-lhe uma pena maior, enquanto o n.º1 nos remete para a punição das condutas sexuais indicadas, quando sejam executadas através de um meio de constrangimento que se revele distinto dos tipificados no número 2. Deste modo, é possível verificar que o comportamento dos menores consubstancia um crime de violação em virtude de existir um constrangimento à vítima que é levado a cabo através do uso de violência, da ameaça e da colocação na impossibilidade de resistir, uma vez que a empurram para o local e a imobilizam tanto através da sua superioridade física como através da posse de arma.

O crime de violação consiste numa imposição de um ato de cariz sexual a outra pessoa, contra a sua vontade. Portanto, para que esteja em causa um crime de violação é necessário que haja falta de consentimento na prática do ato sexual por parte do ofendido pelo crime, o que significa que não pode haver «*cooperação no contacto sexual*»¹⁸. Não haverá preenchimento do tipo legal de crime quando haja essa cooperação no ato sexual, isto é, não estará em causa um crime de violação quando haja consentimento na prática do mesmo e este seja concretizado em privado e entre adultos. Não havendo consentimento por parte do ofendido pelo crime, não ocorre a formação da tal vontade “livre, esclarecida e autêntica”.

Alguns autores¹⁹, no seguimento do Modelo do dissentimento, creem que não basta o “não consentir”, exigindo um dissentimento relativamente à prática do ato sexual que se revelaria através da exteriorização da sua não concordância quanto ao mesmo. PEDRO CAEIRO refere que quando existir apenas uma ausência de consentimento, não haverá crime de violação, pois «*a danosidade social da conduta reside na contrariedade à vontade da vítima, e não na inexistência de uma decisão positiva pela prática sexual*»²⁰. Só quando o dissentimento da vítima é passível de ser conhecido pelo agente é que este pode tomar uma decisão no sentido de atuar em conformidade com a vontade da pessoa ou não, sendo que

¹⁷ SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, Código Penal Anotado, vol. 3, 4ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p.479.

¹⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.* (nota 14), p.307.

¹⁹ CAEIRO, Pedro, Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho - Alterações Legislativas - Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias), Junho de 2019, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765231524254454e51566b51765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334e686279396c4f5451794d5449784e43316d4d54526d4c5451304e6a51744f4449334f5330314e475a6c5a544a6c5a6d4d304e6a6b756347526d&fich=e9421214-f14f-4464-8279-54fee2efc469.pdf&Inline=true>.

²⁰ *Ibidem*, p.12.

neste último caso, preenche o tipo legal de crime mencionado, uma vez que estará a atuar contra a vontade que a vítima exteriorizou, violando a sua liberdade sexual. Para este grupo de autores, a noção de dissentimento associa-se, então, ao constrangimento e só estas podem gerar uma ofensa e uma violação à liberdade sexual que é posta em causa aquando da prática de um crime de violação. O mesmo não acontece quando não há a exteriorização de qualquer vontade (positiva ou não).

Por outro lado, diferentes autores²¹, baseando-se no Modelo do consentimento, expõem que a conduta só não consubstanciará um crime de violação quando haja uma comunicação ou a referida exteriorização desse consentimento, sendo que, se não demonstrassem qualquer posição relativamente àquela prática e ainda assim alguém o praticasse, já estaria a incorrer no crime. Contrariamente a esta posição, PEDRO CAEIRO demonstra através de um exemplo²² que o seguimento deste modelo levar-nos-ia a considerar este tipo legal de crime como um crime de perigo abstrato, *«onde, por força dos atos sexuais não serem procedidos de uma comunicação do consentimento, presume-se uma lesão do bem jurídico, passando o risco a correr por conta do agente»*²³. Haveria uma punição excessiva e injusta de condutas que poderiam ser insuscetíveis de lesar o bem jurídico.

Por conseguinte, de acordo com o Modelo do dissentimento, haverá perigo para o bem jurídico e conseqüentemente um crime de violação quando estiver em causa uma atitude do agente do crime que se manifeste numa oposição à vontade da vítima, constrangendo-a à prática de atos de cariz sexual. Exige-se que a vítima manifeste o seu dissentimento relativamente à conduta, podendo fazê-lo a qualquer momento. Relativamente ao caso concreto, mencionamos já os atos capazes de configurar um constrangimento da vítima no que concerne ao ato sexual, e é ainda possível comprovar a sua oposição com base no facto dado como provado de que a ofendida chorava enquanto mantinham com ela relações de cópula completa vaginal.

Não obstante, como refere MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *«exige-se que o agente represente mentalmente a oposição da vítima ou a hipótese de falta de consentimento»*²⁴, e

²¹ PALMA, Maria Fernanda, “Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre a violência doméstica e crimes sexuais – O Direito Penal da intimidade sexual e familiar”, In Revista Anatomia do Crime, nº 9, Janeiro-Junho, 2019, p.15 e 16.

²² CAEIRO, Pedro, *op. cit.* (nota 19), p.16 e 17.

²³ GOMES, Daniela Madeira Balsinhas de Ávila, O crime de violação, À luz da lei n.º101/2019 de 6 de setembro, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

²⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.* (nota 14), p.307.

uma vez que o dolo exigido pelo tipo legal de crime admite as diversas modalidades de dolo, basta que o agente não esteja seguro sobre a existência de consentimento, continuando a atuar e conformando-se com a possibilidade de o mesmo não existir, para a sua atuação configurar um crime de violação. O acórdão refere que «*os menores quiseram manter relações sexuais de coito vaginal com a ofendida, contra a vontade da mesma, de que os mesmos estavam cientes, atuando com o propósito de satisfazerem a sua lascívia*»²⁵ e, sendo assim, não restam dúvidas que está em causa um crime de violação: os menores impuseram a prática de relações sexuais à ofendida através da utilização de vários meios típicos de constrangimento, a ofendida opôs-se e, conscientes da sua oposição, ainda assim concretizaram o crime em causa.

2. A possibilidade de a atuação do arguido configurar um ato de cumplicidade no crime de violação

O acórdão em causa demonstra que o crime de violação foi concretizado pelos menores – autores do crime -, enquanto o arguido não tomou parte nessa execução nem se opôs à prática do mesmo, apesar de se ter apercebido da sua ocorrência. O que se questiona, em primeiro lugar, é se o arguido, apesar de não ter agido em comunhão de esforços e intentos com os menores na prática do crime de violação, não terá tido uma participação no mesmo a título de cumplicidade, que se manifeste na cedência de um qualquer auxílio ao facto principal cometido pelos autores do crime.

Frequentemente, a conduta criminosa é levada a cabo por mais do que uma pessoa, existindo uma pluralidade de agentes que participam no facto ilícito. Quando é esse o caso, torna-se necessário saber qual o papel que cada um dos participantes desempenhou no facto, de forma a poder determinar a sua punição. Nesta perspetiva, dentro da comparticipação – condutas criminosas onde intervêm vários agentes – estão incluídas a categoria da autoria e a categoria da participação.

2.1. A distinção entre autoria e participação no crime

²⁵ Ac. do STJ de 15 de Abril de 2010, *op. cit.* (nota 3) p.11 e 12.

No caso em apreço, os menores são considerados autores do crime de violação. O art. 26.º do CP determina que «é punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte direta 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».

Segundo a teoria do domínio do facto, será autor aquele que tiver o domínio do facto, «*quem dele é “senhor”, quem toma a execução “nas suas próprias mãos”, de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica*»²⁶. Exige-se uma vontade de dominar o facto criminoso (vontade de autor), assim como um efetivo domínio do facto que se traduz numa «*contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objetivo*»²⁷.

Este domínio do facto pode surgir através de diversas formas de dominar um acontecimento criminoso. Se o agente domina o facto na medida em que é o próprio a executar o comportamento proibido pelo tipo legal de crime, ele domina a ação e consequentemente é punido como autor imediato. Se, por outro lado, ele domina o facto mas não participa no acontecimento criminoso, limita-se a dominar o executante do crime através de coação, erro ou de um aparelho organizado de poder, diz-se que possui o domínio da vontade do executante e que, por isso, é autor mediato do crime. Mas pode haver ainda um domínio do facto quando haja uma divisão de tarefas entre vários agentes, tendo cada um uma função relevante para a prática do crime – é o chamado domínio funcional. Alguns autores incluem ainda no conceito de autoria, e consequentemente sujeito ao critério do domínio do facto, o conceito de instigação, sustentando que o instigador fabrica a decisão de cometer o crime no executante (este que aqui atua dolosamente e não é induzido em erro ou coação como na autoria mediata), tendo também domínio do facto.

Tendo em conta o exposto, é possível afirmar que os menores tinham o domínio do facto e atuaram em coautoria relativamente ao crime de violação, visto que houve uma decisão conjunta de cometer o crime e ambos tomaram parte na sua execução. Há um domínio funcional que se manifesta no facto de darem concordância para um facto próprio, para o qual ambos contribuem, tendo cada um a sua tarefa na consumação do mesmo. Para que sejam considerados coautores, o facto tem de ser visto como pertença de cada um. Posto

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.894.

²⁷ *Ibidem*, p.894 e 895.

isto, o arguido não pode ser considerado coautor em razão de não ter decidido praticar o crime conjuntamente com os menores nem ter tomado parte na execução do crime de violação. Ele não domina o facto sobre qualquer uma das vertentes indicadas.

Não obstante, pune-se não apenas os autores do crime mas também aqueles que intervêm no facto mas que não são considerados autores porque não têm o domínio do facto – são considerados participantes na execução criminosa.²⁸

Alguns autores²⁹ sugerem que a categoria da participação é integralmente preenchida pela categoria da cumplicidade enquanto outros³⁰ incluem também na categoria da participação, a instigação. No entanto, entre nós, consideramos a instigação como autoria, tendo em conta a existência de domínio do facto, o que significa que a única forma de participação é a cumplicidade³¹. A ideia central que preside à participação é a de que «*esta constitui colaboração no facto do autor e, por conseguinte, a sua punibilidade supõe a existência de um facto principal (doloso) cometido pelo autor (o “facto do autor”)*»³².

Em síntese, tanto o autor como o cúmplice respondem pelo mesmo facto típico, o que difere é o modo de atuação de cada um. O autor tem o domínio do facto através de quaisquer uma das vertentes referidas, mas o cúmplice não domina o acontecimento criminoso, ele presta uma contribuição que não é essencial nem indispensável à consumação do crime³³. O cúmplice não pratica a ação que o tipo legal de crime tem em vista punir³⁴. O comportamento do cúmplice esgota-se na prestação de auxílio doloso ao facto de outrem - facto do autor - e é esse mesmo facto que é punido pelo tipo legal de crime, isto é, o tipo legal de crime - que na presente dissertação consistirá no crime de violação – é preenchido

²⁸ «O que caracteriza a participação é que o partícipe não seja o senhor dos acontecimentos, isto é, não domine o facto» - GALVÃO, Fernando, Direito Penal: parte geral, 8ª ed., D'Plácido, 2017, p.606.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.960.

³⁰ COSTA, António Manuel de Almeida, Ilícito pessoal, imputação objetiva e comparticipação em Direito Penal, Almedina, 2014, p.738; GALVÃO, Fernando, *op. cit.* (nota 28), p.607 e ss; NUNES, Duarte Rodrigues, Curso de Direito Penal: parte geral: Tomo I, Questões fundamentais, Teoria geral do crime, 1ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2021, p.617 e ss; CORREIA, Eduardo, Problemas fundamentais da comparticipação criminosa, In Revista de direito e de estudos sociais, Coimbra: Atlântida, 1948-1949, p.45 e ss.

³¹No mesmo sentido, SANTOS, Manuel Simas, Direito Penal de Angola, Lobito: Escolar editora, 2021, p.119 e ss. Em sentido contrário, a Alemanha e a Argentina incluem na categoria da participação tanto a cumplicidade como a instigação.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.960.

³³ Neste sentido, «Dizem-se auctores os que são a causa primaria, geradora ou eficiente do delicto; cúmplices propriamente taes os que prestam qualquer auxilio, não indispensavel à perpetração do delicto». - “Theoria da cumplicidade”, in Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, 1876, p.577.

³⁴ Nesta perspetiva, «A conduta do cúmplice não se identifica com a do autor, já que este está comprometido, em maior ou menor medida, com a realização típica, sendo punível como autor quem executar o facto» - GARCIA, M. Míguez/ RIO, J.M. Castela, Código Penal: parte geral e especial – com notas e comentários, 2ª ed., Almedina, 2015, p.213.

através da atuação do autor do crime e não da atuação do cúmplice. Quem comete o delito e se comporta de uma forma que o tipo legal censura é o autor, os cúmplices limitam-se a contribuir para esse delito. Daí que o art.27.º do CP seja considerado uma extensão ou um alargamento de punibilidade, já que permite punir condutas que sem este preceito não seriam puníveis.

Relativamente ao caso concreto, o arguido não poderá ser constituído autor porque não domina o acontecimento criminoso, na melhor das hipóteses ele presta um auxílio, o qual não é essencial para que o crime se consuma. Deste modo, resta-nos ponderar se poderá ser considerado cúmplice no crime.

2.2. A cumplicidade

A cumplicidade é considerada sinónimo de participação. Encontra-se regulada no art. 27.º do CP, preceito que expõe que «é punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso».

Alguns autores³⁵ consideram que a cumplicidade se trata de uma forma de participação secundária na comparticipação criminosa, posto que, além de estar dependente da execução ou início da execução do crime por parte do autor, é também dotada de uma menor gravidade objetiva em virtude do facto de o seu auxílio não ser determinante da concretização do crime. No mesmo sentido, aborda-se a ideia de “subalternização” da cumplicidade relativamente à autoria. A cumplicidade basta-se com o mero auxílio, auxílio esse que não terá sido essencial na consumação do crime, visto que «a infração sempre seria praticada, só que o seria em outro tempo, lugar ou circunstância»³⁶. A prática do crime não fica na dependência do contributo que o cúmplice dá, uma vez que esse contributo não pode ser indispensável à realização do crime para que possa haver cumplicidade. O crime dar-se-ia independentemente do contributo feito pelo cúmplice. O mesmo é sustentado por FARIA COSTA quando refere que há na cumplicidade uma causalidade não essencial³⁷. Com a sua atuação pode aumentar as possibilidades de sucesso do autor na prática do crime, na medida

³⁵ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, Direito penal português – parte geral, II, teoria do crime, Editorial Verbo, 1998, p.291; MACHADO, Miguel Pedrosa, Formas do crime – textos diversos, Cascais: Principia, 1998, p.48 e p.57.

³⁶ COSTA, José Francisco de Faria, *op. cit.* (nota 8).

³⁷ No mesmo sentido, «Cúmplice é apenas aquele que presta um *auxilium causam non dans*, isto é, aquele cuja intervenção no crime não é essencial» - Ac. do STJ de 15 de Outubro de 1998, proc. n.º 764/98.

em que o auxílio que presta ao facto pode «possibilitar ou intensificar a lesão do bem jurídico ou facilitar ou assegurar a prática do crime»³⁸. Se, com o seu comportamento, aumenta o risco para a vítima na lesão do bem jurídico, então será punido como cúmplice.

2.2.1. O auxílio material e o auxílio moral

O auxílio que integra a cumplicidade pode ser material ou moral. Este constitui um contributo para o facto principal, um favorecimento à prática do crime. Esta prestação de auxílio, à luz do art. 27.º do CP, pode ser realizada “por qualquer forma”. Há aqui uma cláusula geral que permite abranger as mais diversas situações, admite que «o seu conteúdo seja o mais compreensivo possível»³⁹. O Código Penal não especifica os meios que podem concretizar um auxílio material ou moral, no entanto, a jurisprudência e a doutrina têm vindo a considerar atos como arranjar uma ferramenta, fornecer transporte para o local do crime, vigiar ou controlar o local do crime, como auxílio material⁴⁰, e atos como aconselhar alguém sobre a forma de atuar no local, prometer um alibi ou garantir ajuda no momento da fuga, como auxílio moral.

A cumplicidade material consistirá na prestação de um auxílio ao facto que se manifesta na exterioridade de uma ação que é visível e que tem em vista o favorecimento do autor na prossecução do crime, enquanto a cumplicidade moral supõe algum meio, palavra, gesto, que expresse a vontade de fortalecer a ação do autor⁴¹. Incluem-se aqui os conselhos, a transmissão de informações sobre a vítima, sobre instrumentos, entre outros. São atos que aumentam o risco e favorecem a prática do crime. O mesmo não acontece quando se limita a compreender ou até aceitar aquilo que o autor do crime revela fazer⁴². Nas palavras de

³⁸ GARCIA, M. Miguez/ RIO, J.M. Castela, *op. cit.* (nota 34), p.214. No mesmo sentido, SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, Código Penal anotado, Vol.1, Rei dos livros, 2014, p.412.

³⁹ Com o mesmo entendimento, SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *op. cit.* (nota 38) p.411: «as modalidades de cumplicidade são ilimitadas, de maneira que qualquer favorecimento doloso de um facto doloso alheio constitui cumplicidade».

⁴⁰ Estes atos podem constituir auxílio material, na medida em que essa atuação não consubstancie uma parcela da execução do crime, pois nesse caso seria autor e não cúmplice.

⁴¹ Ac. do STJ de 31 de Março de 2004, proc. n.º 04P136, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4b0852b0f6ec2a5d802571b8004f378f>.

⁴² «Não constitui cumplicidade a mera cogitatio, o simples conhecimento, ou mesmo a aceitação passiva do facto ilícito típico do autor» - Ac. do TRP de 8 de Novembro de 2017, proc. n.º 238/16.9PDPRT.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9be58c0600b02193802581e8003dbec9?Op=enDocument>.

CAVALEIRO DE FERREIRA «o evento próprio da cumplicidade intelectual é o fortalecimento da determinação do executor, que já estava formada, ou o incentivo ao empreendimento resolvido dando ao autor material conselhos úteis para levar a cabo a execução»⁴³.

De acordo com a matéria de facto provada no acórdão, constatamos que o arguido se manteve à porta do estabelecimento enquanto os menores consumavam o crime de violação. O TRL considera ainda provado que o sujeito se apercebeu do que estava a ocorrer e deliberadamente nada fez para o evitar. A questão que agora se coloca é se o comportamento do arguido é suscetível de revelar algum auxílio relevante para a cumplicidade. Neste seguimento, se perspetivarmos a presença do arguido à porta do local como um ato de vigia e de controlo sobre a entrada de terceiros que pudessem denunciar a prática do crime ou até mesmo de órgãos de polícia criminal, então poderia estar em causa um auxílio material ao facto principal⁴⁴. Por outro lado, podemos também perspetivar a sua atuação de outro modo: será que a mera presença e conhecimento da prática do crime poderiam corresponder a um auxílio moral ao facto do autor?

Alguma jurisprudência portuguesa dispõe no sentido de que a simples presença física não pode constituir um auxílio e conseqüentemente um ato de cumplicidade: «a simples presença física, sem a prova de qualquer conformação dirigida ao facto (a oferta de auxílio, o conforto por palavras, a garantia e a intenção de contribuição para o resguardo) não é mais do que um não ato, mesmo em deliberada omissão»⁴⁵. Por outro lado, o mesmo acórdão menciona algo importante neste âmbito «a cumplicidade do arguido BB traduz-se, assim, não na colaboração efetiva na execução do crime (cumplicidade material), mas no apoio moral prestado com a sua presença (cumplicidade psíquica), revelado na conformação desta sua atitude com os atos praticados pelo AA na pessoa da assistente, não

⁴³ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Lições de Direito Penal: parte geral, Lisboa: Edições Almedina, Reimp., 2010.

⁴⁴ Neste sentido, GARCIA, M. Miguez/ RIO, J.M. Castela, *op. cit.* (nota 34), p.213.

Neste âmbito, importa mencionar que, maioritariamente, a jurisprudência portuguesa tem vindo a considerar o ato de “vigia” como coautoria e não cumplicidade, na medida em que esse ato de vigilância ou de controlo se manifeste como indispensável à realização da prática criminosa. – BELEZA, Teresa Pizarro/ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, Participação, pessoas coletivas e responsabilidade: 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social, Coimbra: Almedina, 2015, p.293 e ss.

Não obstante, importa conferir o ac. do TRL de 28 de Novembro de 2000, proc. n.º 0059249, disponível online em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/154b6f05a4388a0980256b17004bc326?OpenDocument>, o qual se ocupa de um caso em que se considerou a atuação do agente como ato de cumplicidade porquanto este se manteve à porta do local, impedindo o acesso de terceiros, favorecendo a prática dos atos sexuais que o autor do crime entretanto desenvolvia dentro do referido local.

⁴⁵ Ac. do STJ de 31 de Março de 2004, *op. cit.* (nota 41).

obstante estar ciente de que as práticas sexuais anais, a que o arguido AA submetia a ofendida, eram contra a vontade desta e, deliberadamente, nada fez para o impedir que as consumasse»⁴⁶, acrescentando a isto que esta atitude revela um apoio moral que se traduz no estímulo que a sua presença proporciona ao autor do crime no sentido de prosseguir a prática da conduta criminosa.

Também a jurisprudência e a doutrina de ordenamentos jurídicos estrangeiros têm vindo a estudar esta questão. O ordenamento jurídico espanhol considera que são cúmplices aqueles que, «*não estando compreendidos no artigo anterior*⁴⁷»⁴⁸ - o qual pune a autoria, cooperam na execução do facto. Na eventualidade de tal colaboração se manifestar numa condição, sendo decisiva para a realização do crime, então já não falamos em cumplicidade mas sim em cooperação necessária. SANTIAGO MIR PUIG⁴⁹ revela que enquanto a atividade do cúmplice é secundária, acessória ou auxiliar, a atuação do cooperador necessário envolve uma condição decisiva para o delito se verificar, que constitui um bem escasso e que implica domínio do facto. Relativamente aos auxílios que mencionámos acima, é relevante indicar a menção que GIMBERNAT ORDEIG⁵⁰ faz a alguma jurisprudência, referindo que o ato do arguido servir de vigilante pode ser visto como um ato de cooperação necessária – se a vigilância que este efetuou foi uma circunstância decisiva para a prática do crime – ou como um ato de cumplicidade – no caso de a vigilância prestada não ter sido condição essencial da consumação da prática criminosa, servindo apenas como um reforço da segurança dos autores do crime na prática daquele, autores esses que já se encontravam decididos a delinquir. Refere também que o acompanhamento do autor ao local do crime e a presença durante a concretização deste, poderão constituir cumplicidade.

Também no Reino Unido se distingue entre aquele considerado “the principal” – o autor do crime – e aquele que é apenas considerado “the accomplice” – o cúmplice do crime, sendo que o primeiro é aquele que causa diretamente o perigo para a vítima enquanto o segundo apenas assiste o principal na concretização do crime. Como refere JONATHAN

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Art. 28.º CP Espanhol: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado».

⁴⁸ Art. 29.º CP Espanhol: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

⁴⁹ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal: parte general, 10ª ed., Barcelona: Editorial Reppertor, 2016, p.422 e ss.

⁵⁰ ORDEIG, Enrique Gimbernat, Autor y complice en derecho penal, Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966, p.205 e ss.

HERRING⁵¹, «the principal is the person whose acts or omission amount to the *actus reus* of the offence»⁵² e «the accomplice is a person who aids, abets, counsels, or procures the principal in the commission of the offence»⁵³. Pune-se não apenas aqueles que causam diretamente o perigo e a lesão do bem jurídico mas também aqueles que os assistem e encorajam nessa concretização. A jurisprudência tem vindo a considerar que a simples presença não pode, em regra, fundamentar a punição de alguém como cúmplice⁵⁴, sendo necessário provar que houve um encorajamento cedido pelo cúmplice ao autor do crime. Há, porém algumas exceções ao facto de a mera presença, em regra, não ser suficiente para fundar a responsabilidade criminal do cúmplice, que o autor menciona: (1) quando um polícia solicita a ajuda dos cidadãos na repressão de uma “violação da paz” e estes se recusam; (2) quando sobre a pessoa recai um dever de proteger aquela que está em perigo e não age de acordo com esse dever; (3) quando a pessoa tem um dever legal de intervir no sentido de prevenir o crime; (4) quando a presença da pessoa efetivamente encoraja o principal na consumação do delito, sabendo que a sua presença é suscetível de criar aquele encorajamento e dar uma maior segurança ao autor do crime na prática daquele. Estas exceções ao facto de a “mera presença” não ser, por norma, punível, aparentam estar já no âmbito de uma possível omissão de uma conduta, conduzindo assim à ponderação de uma cumplicidade por omissão.

Em todo o caso, o exposto permite-nos concluir que a mera presença no local do crime, em qualquer um dos ordenamentos jurídicos mencionados, não basta para que se possa responsabilizar criminalmente alguém como cúmplice. É crucial que essa presença represente um encorajamento, um estímulo capaz de reforçar a decisão do autor para cometer o crime.

⁵¹ HERRING, Jonathan, *Criminal law: text, cases and materials*, 5ª ed., Oxford University Press USA, 2012, p. 852.

⁵² Tradução livre: O autor do crime é aquele cujas ações ou omissões equivalem ao *actus reus* da ofensa criminal.

⁵³ Tradução livre: O cúmplice é a pessoa que assiste, ajuda, aconselha ou “procura” no autor a execução do crime, isto é, faz com que o principal cometa o crime.

⁵⁴ Neste sentido, *cf. Case R v Clarkson e Case Willett and Anor v The crown*. Relativamente ao primeiro caso identificado – que versa concretamente sobre o crime de violação - Christopher Cowler critica a atuação dos tribunais, sublinhando que a atuação daquele que, no caso dos crimes sexuais, se limita a estar presente e a observar, deve sim constituir cumplicidade, devido à especial natureza deste crime e à subsequente humilhação que a mera presença gera na vítima e ofendida pelo crime de violação. – COWLER, Christopher, *Complicity and rape*, In *The journal of criminal law*, disponível online em <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0022018318819149>.

2.2.2. Punição da cumplicidade

O verdadeiro fundamento da punição da cumplicidade consiste apenas no contributo que a sua atuação concede ao autor na realização de um facto ilícito-típico. O cúmplice presta auxílio ao comportamento proibido que outrem leva a cabo. Por isso é que a cumplicidade se designa de categoria acessória e dependente do facto do autor. A esta exigência de existir previamente um facto principal cometido pelo autor, ao qual o cúmplice prestará auxílio, a doutrina denomina de acessoriedade da participação. A acessoriedade da participação do cúmplice representa uma dependência técnica ou funcional e não uma dependência de concretização ou determinação, uma vez que se trata de uma relação entre penalidades (a do cúmplice e a do autor) e não de uma relação entre penas concretas ou determinadas.

A acessoriedade que aqui se invoca desdobra-se em acessoriedade qualitativa e em acessoriedade quantitativa. Relativamente à primeira, refere-se à exigência de uma medida mínima de elementos constitutivos do facto, isto é, exige-se, de acordo com a tese da acessoriedade limitada, que o facto do autor seja típico e ilícito para que se possa punir a cumplicidade. Em vista disso, rejeitam-se outras teorias propostas: da acessoriedade mínima, da acessoriedade extrema e da acessoriedade rigorosa. Referimo-nos a uma acessoriedade limitada modificada porque se exige que o facto do autor seja típico e ilícito para que se puna o cúmplice mas exige-se também que quando haja ausência de punibilidade do facto principal devido a condições objetivas de punibilidade ou a causas materiais de exclusão de pena, esta ausência de punibilidade se estenda ao cúmplice. Acontece que, neste contexto, o facto do autor é típico e ilícito – ocorre um crime de violação punível nos termos do art. 164.º do CP.

Quanto à acessoriedade quantitativa exige-se que o facto do autor atinja um determinado estágio de realização, tendo então de existir execução criminosa ou início da mesma pelo autor para que o cúmplice possa ser punido. No entanto, também haverá punição da cumplicidade relativamente à tentativa do facto do autor⁵⁵ e, exceccionalmente, quanto aos atos preparatórios quando estes sejam puníveis. Mais uma vez, cumpre-se este requisito já que os menores praticaram atos de execução, consumando o crime de violação. Além disso,

⁵⁵ Contrariamente à doutrina alemã, cremos que o dolo do cúmplice não tem de se dirigir à consumação do facto pelo autor, podendo bastar-se com a tentativa, já que esta engloba um ilícito-típico que configura uma ofensa ao bem jurídico.

só pode existir cumplicidade no facto do autor enquanto este ainda não tiver sido completamente realizado, pois não existe cumplicidade após a consumação do crime. Nesta perspectiva, GERMANO MARQUES DA SILVA refere que «a cumplicidade é anterior ou contemporânea da execução do crime. Só assim pode consistir no auxílio à sua prática. Por isso, o aplauso ou a apologia do crime, depois de cometido, não constitui cumplicidade»⁵⁶.

2.2.3. O duplo dolo

Exige-se também que o auxílio que o cúmplice tenha prestado, tenha sido feito a um facto doloso. Neste sentido, alguns autores afirmam que se exclui quer a possibilidade de uma cumplicidade negligente, quer a cumplicidade relativamente a factos negligentes⁵⁷. Admitir a existência de cumplicidade por negligência seria levar as coisas longe de mais, pois como discorre GERMANO MARQUES DA SILVA «a cumplicidade é uma forma de alargamento da responsabilidade, devendo, por isso, ser limitada»⁵⁸. Em vista disso, exige-se um duplo dolo na atuação do cúmplice: é necessário que a sua prestação de auxílio seja dolosa mas também que a própria ação à qual pretende dar o seu contributo seja dolosa.

Tal como indica FIGUEIREDO DIAS, «não pode deixar de exigir-se que o cúmplice conheça a dimensão essencial do ilícito-típico a praticar pelo autor»⁵⁹. Isto significa que o auxílio a um facto criminoso também será tido como cumplicidade quando o cúmplice desconheça ou não conheça exatamente as circunstâncias exatas em que se vai concretizar o crime, pois o importante é que o sujeito conheça a “dimensão essencial” do mesmo.

O crime de violação é concretizado de forma dolosa pelos menores visto que estavam cientes de que atuavam de forma contrária à vontade da ofendida – que chorava -, e mesmo assim não interromperam aquela prática. Relativamente ao arguido, na eventualidade de se provarem os auxílios explanados, então a sua atuação também será dolosa desde que haja o prévio conhecimento da designada “dimensão essencial” da atuação

⁵⁶ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.* (nota 35), p.293.

⁵⁷ No mesmo sentido, MACHADO, Miguel Pedrosa, *op. cit.* (nota 35), p.58; COSTA, José Francisco de Faria, *op. cit.* (nota 8), p.175.

⁵⁸ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.* (nota 35), p.294.

⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.972. No mesmo sentido, «o cúmplice terá de conhecer a dimensão essencial do ilícito típico a praticar pelo autor, mas não as circunstâncias concretas em que o autor agirá» - NUNES, Duarte Rodrigues, *op. cit.* (nota 30), p.625.

criminosa, o que estará cumprido a partir do momento em que o arguido se apercebe da prática do crime de violação.

2.2.4. Reflexão sobre a possibilidade da conduta do arguido constituir cumplicidade

A cumplicidade é consumada se o ato aumenta as hipóteses da realização do crime por parte do autor. Se isso não acontece, estamos apenas perante uma tentativa de cumplicidade, a qual não é punível. A atuação do arguido é passível de favorecer o crime e aumentar as suas hipóteses de concretização, na medida em que, estando a vigiar, está sempre a tempo de informar os autores sobre a aproximação de pessoas e da autoridade, de modo a impedi-los de prosseguir e de, conseqüentemente, serem apanhados em flagrante. A sua presença também é suscetível de favorecer o crime contanto que esta traduza um estímulo, um encorajamento, uma maior segurança para o autor no prosseguimento da conduta típica e ilícita.

Todavia, apesar de o TRL ter considerado provado que o arguido se apercebeu da prática das relações sexuais com a ofendida contra a vontade desta e que, apesar disso, deliberadamente nada fez para impedir a concretização, não ficou provado na matéria de facto que o arguido se mantinha à porta com o fim de vigiar ou controlar a entrada de estranhos, nem se provou a existência concreta de um encorajamento ou estímulo à conduta do autor, representado pela presença no local, o que significa que não ficou provado um efetivo auxílio conducente à cumplicidade.

Como tal, caminharemos nesta dissertação no sentido de indagar se o arguido deverá ou não ficar impune, refletindo se esta conduta que abrange o não impedir a prática criminosa apesar de se aperceber da sua ocorrência, pode, ainda assim, levar a uma punição como cúmplice por omissão.

3. A omissão

Para que possamos refletir sobre a cumplicidade por omissão, é fundamental abordar, antes de mais, a omissão.

Tal como expressa FIGUEIREDO DIAS, o tipo de ilícito pode ser concretizado «através da prática de uma ação proibida mas também através da omissão de um comportamento juridicamente exigido»⁶⁰. Nas palavras de PINTO DE ALBUQUERQUE, a ação distingue-se da omissão na medida em que «na ação, o agente desencadeia um processo causal que cria ou aumenta o perigo de verificação de uma lesão do bem jurídico» enquanto na omissão «o agente não desencadeia ou interrompe um processo causal que evite a concretização de um perigo preexistente de lesão do bem jurídico»⁶¹. GERMANO MARQUES DA SILVA revela que «com a ação viola-se uma proibição (faz-se o que a lei proíbe); com a omissão viola-se uma norma preceptiva, uma norma que impõe um comportamento ativo (não se faz o que a lei impõe que seja feito)»⁶².

Estamos perante uma omissão quando o agente não executa a ação que era esperada ou que lhe era imposta. Há uma abstenção de uma atividade que é devida - o agente devia e podia realizá-la.

A temática da omissão é introduzida no art. 10.º do CP – “Comissão por ação e por omissão”- tendo como significado que «por um lado, o legislador equipara, em princípio, a omissão à ação desde que uma ou outra se adequem ao resultado que delas possa advir; por outro, que se tomou opção pela teoria da causalidade adequada ou da adequação, segundo a qual a causa de um determinado evento é a que for mais adequada ou idónea para o produzir; e finalmente que aquela equiparação só não se verificará quando for outro o sentido da lei»⁶³.

No âmbito da omissão referimo-nos a dois tipos de crimes: os crimes omissivos puros ou próprios e os crimes omissivos impuros ou impróprios. Para que esteja em causa um crime de omissão, é imperativo que haja a violação de uma imposição legal de atuar, o que requer que tal crime tenha sido cometido por uma pessoa que tenha um dever jurídico de realizar a ação que lhe era imposta e que era de si esperada.

3.1. Os crimes omissivos puros e os crimes omissivos impuros

⁶⁰ DIAS, Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.1055.

⁶¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed. Atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p.119.

⁶² SILVA, Germano Marques da, *op. cit.* (nota 35), p.42.

⁶³ SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, *op. cit.* (nota 38), p.179.

Os crimes omissivos puros definem-se como aqueles cujo tipo objetivo de ilícito se esgota na não realização da ação imposta pela lei enquanto os crimes omissivos impuros correspondem àqueles em que o agente do crime assume a posição de garante da não produção de um resultado típico. FIGUEIREDO DIAS conclui que o critério decisivo para distinguir estes dois tipos de crimes reside no facto de os crimes omissivos impuros não se encontrarem descritos num tipo legal de crime, sendo indispensável recorrer à cláusula de equiparação evidenciada no art. 10.º do CP para que se possa determinar efetivamente quem é o autor do crime e o correspondente dever de garante.

Os crimes omissivos puros equivalem a crimes de mera inatividade – a mera inatividade do agente fundamenta a ilicitude - sendo o mais conhecido exemplo deste tipo de crime o crime de omissão de auxílio previsto no art. 200.º do CP - «deixar de lhe prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo». Não há nestes casos uma correspondência entre a omissão e a ação e também não se exige aqui que o resultado se verifique, uma vez que o crime considera-se concretizado a partir do momento em que o agente omite a ação que o tipo legal de crime exige e descreve.

Os crimes omissivos impuros estão associados a crimes de resultado. Como dispõe FIGUEIREDO DIAS, exemplos deste tipo de crime poderão ser, em princípio, «*todo e qualquer outro tipo legal de crime, descrito na lei somente como crime de ação, se ele “compreender um certo resultado”*»⁶⁴. Aqui teria sempre de se recorrer à cláusula de equiparação da omissão à ação para que se pudesse punir o agente como autor. Para tal, é imprescindível encontrar o fundamento dessa possível equiparação e definir os limites subjacentes à mesma, de modo a não tornar a punição desadequada em determinados casos, pois, como revela TAIPA DE CARVALHO, «*a excessiva criminalização da omissão poderá trazer mais desvantagens do que benefícios, dada a generalizada intromissão na vida alheia a que tal generalizada criminalização da omissão poderia conduzir*»⁶⁵. Consequentemente, o fundamento desta equiparação deverá ser «*o de se lograr seguramente a conclusão, através de uma autónoma valoração da ilicitude, que, relativamente a um certo tipo de ilícito, o desvalor da omissão corresponde no essencial ao desvalor da ação*», caso em que «*quando, e apenas quando, sobre o agente recaia um dever de evitar ativa ou positivamente a*

⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.1068.

⁶⁵ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal: Parte Geral – Questões fundamentais, Teoria Geral do crime*, 3ª ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p.551.

realização típica, rector, de obstar à verificação de um resultado típico»⁶⁶, dever esse que equivale ao denominado dever de garante. E para esta equiparação, é fundamental conciliar «em um sentido único de ilicitude» o disposto no n.º1 do artigo em causa com o disposto no n.º2, pois só a conjugação dos dois será apta para fundamentar a cláusula de equiparação em questão.

3.2. O tipo de ilícito objetivo dos crimes omissivos

Incumbe-nos agora apontar os pressupostos que integram o tipo incriminador objetivo do crime omissivo.

Em primeiro lugar, em relação à “situação típica e a ausência da ação esperada”, nos crimes omissivos esta é constituída pelos *«pressupostos fáticos que permitem determinar o conteúdo concreto do dever de atuar»⁶⁷*. A omissão torna-se relevante pelo facto de não se executar uma ação que é esperada e é devida, e não pelo facto de “não fazer nada”. Quanto aos crimes puros de omissão, o próprio tipo legal de crime descreve a ação que é devida, por exemplo, no crime de omissão de auxílio, espera-se que o agente preste o auxílio necessário àquele cujo bem jurídico se encontra em perigo. Relativamente aos crimes omissivos impuros, a situação típica corresponde à criação de um risco de verificação de um resultado típico, e os restantes elementos serão determinados em função da equiparação da omissão à ação. Exige-se ainda a ausência da ação que é do agente esperada ou devida.

Mas não basta que se verifique a situação típica e que o agente não leve a cabo uma ação esperada e devida, é ainda preciso que o agente tenha a possibilidade fática de agir. *«O agente tem de ter materialmente uma tal possibilidade determinada pelo conhecimento da situação típica, pela proximidade espacial, pelos necessários conhecimentos técnicos e faculdades intelectuais, pelos meios e instrumentos indispensáveis ao impedimento da produção do resultado desvalioso e pela capacidade física ou destreza manual»⁶⁸*. A falta dessa capacidade de ação constituirá causa de atipicidade do seu comportamento - *«se o omitente não podia praticar a ação, a omissão não só não é ilícita como nem sequer é*

⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.1071.

No mesmo sentido, NUNES, Duarte Rodrigues, *op. cit.* (nota 30), p.679.

⁶⁷ *Ibidem*, p.1080.

⁶⁸ RODRIGUES, Marta Felino, A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs, Coimbra: Almedina, 2000, p.40.

típica»⁶⁹. Haverá falta da possibilidade fática de agir quando o omitente não tenha capacidade corpórea ou física de ação, ou quando lhe faltem conhecimentos ou meios de auxílio. Alguns autores⁷⁰ referem que também faltará esta capacidade quando o auxílio implicar um grave risco para a vida ou integridade física do omitente.

Estes são os dois pressupostos do tipo objetivo de ilícito que se aplicam a ambos os crimes omissivos. Resta-nos abordar dois elementos que têm apenas aplicação em relação aos crimes omissivos impróprios, o que FIGUEIREDO DIAS refere como o “problema da imputação objetiva”⁷¹ e a posição de garante.

Quanto à imputação objetiva, neste tipo de crimes, é necessário que aquela conduta que é esperada ou devida seja idónea a impedir a verificação do resultado. Não é necessário provar que se o agente praticasse a ação esperada ou devida, teria realmente evitado aquele resultado, mas sim que se a concretizasse, teria diminuído o risco da sua verificação. Se a dúvida se mantiver – em relação à diminuição deste risco - então ela tem que ser valorada a favor do omitente, de modo a respeitar o princípio *in dubio pro reo*. Não se trata de impedir efetivamente o resultado mas sim de diminuir a probabilidade dessa ocorrência.

Quanto à posição de garante, este é um elemento que merece especial atenção devido à dificuldade em densificar o que consubstancia um dever de garante que fundamente tal posição.

3.3. Posição de garante

Nos crimes omissivos impróprios, a imputação objetiva do resultado só pode ser feita ao agente que possua um dever jurídico de evitar esse resultado. É esse dever jurídico que corresponde ao dever de garante.

Alguns autores⁷² creem que aquilo que alicerça o dever de garante são as relações fáticas de proximidade existencial entre o omitente e determinadas pessoas ou a relação de domínio fático do omitente sobre certas fontes de perigo, o que FIGUEIREDO DIAS descreve como «*proximidade existencial do ‘eu’ e do ‘outro’*”, o princípio dialógico do “*ser-com-*

⁶⁹ CARVALHO, Américo Taipa de, *op. cit.* (nota 65), p.551.

⁷⁰ Com este entendimento, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.* (nota 61), p.121; CARVALHO, Américo Taipa de, *op. cit.* (nota 65), p.552.

⁷¹ Este problema só se coloca relativamente aos crimes omissivos impuros, uma vez que os crimes omissivos puros são crimes de mera inatividade.

⁷² Com esta perspetiva, Jorge de Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva.

os-outros” e “ser-para-os-outros”, o exercício da virtude cristã da “caridade” e do “amor do próximo”»⁷³, tendo sempre tais relações e manifestações de solidarismo de se apoiar num vínculo jurídico. Outros autores, como FARIA COSTA, apontam para a existência de um imperativo de justiça análogo àquele que também fundamenta as obrigações naturais, para fundamentar o dever de garante⁷⁴.

FIGUEIREDO DIAS começa por enunciar, no âmbito dos deveres de garante, os deveres de proteção e assistência a um bem jurídico carecido de amparo, revelando que estes surgem de «relações fáticas ... entre aquele sobre quem a lei faz recair um certo dever e o bem jurídico lesado pelo resultado, nomeadamente, a existência de uma situação real de dependência deste em relação àquele»⁷⁵. Neste caso, o dever de garante emerge não de qualquer prescrição legal mas sim das denominadas relações fáticas, relações de proximidade. O autor inclui nesta categoria (1) as relações de proteção familiar e análogas, (2) a assunção de funções de guarda e assistência, e ainda (3) a comunidade de vida e de perigos. Relativamente às relações de proteção familiar e análogas, o maior exemplo de um dever de garante fundado nestas, consiste naquele que os pais têm para com os filhos e vice-versa de os proteger, devido à relação particularmente próxima e de dependência que existe entre ambos. O mesmo acontece com relações análogas. Quanto ao segundo tipo de relações mencionadas, estas têm por base «a assunção fática de uma função de proteção materialmente baseada numa relação de confiança»⁷⁶. Neste caso, o omitente é possuidor de um dever de garante que o responsabilizará na medida em que tem funções de guarda ou de assistência que o obriga a atuar, evitando a verificação do resultado que coloca em perigo o bem jurídico. É o caso, por exemplo, do professor de natação relativamente aos seus instruendos ou do nadador-salvador em relação aos banhistas. Por último, quanto à «comunidade de vida e de perigos», resultam daqui deveres de proteção e auxílio porquanto que os agentes decidem envolver-se numa atividade perigosa, derivando da intervenção na mesma e das relações de confiança e de dependência mútuas que lhe são inerentes, um dever de garante de cada um dos participantes com os demais de modo a evitar um resultado típico. Todavia, não basta a natureza perigosa da atividade, é necessário que se verifiquem

⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.1092.

⁷⁴ COSTA, José Francisco de Faria, *Omissão: Reflexões em redor da omissão imprópria*, Coimbra, 1996, p.401 e 402.

⁷⁵ *Ibidem*, p.1093.

⁷⁶ *Ibidem*, p.1096.

três condições cumulativas: «(a) que as relações intercedentes aludidas sejam estreitas e efetivas e não meramente dedutíveis de um qualquer “segundo código” moral ou social; (b) que, de certo modo conseqüentemente, a comunidade de perigos exista realmente e não seja meramente deduzida de uma “proximidade” suposta ou presumida; (c) e que se não estenda esta fonte até ao limite da prevenção geral de perigos, mas entre em questão apenas quando o perigo já pesa sobre a vítima potencial, devendo o agente atuar no sentido de o evitar ou diminuir».⁷⁷ PINTO DE ALBUQUERQUE discorda, afirmando que não há dever de garante nos casos de “comunidade de perigo” pois considera que os agentes somente se colocaram simultaneamente naquela situação de perigo, não existindo qualquer relação entre os intervenientes.

Os deveres de garante podem também emergir dos deveres de vigilância e segurança face a uma fonte de perigos, bastando que haja uma relação de proximidade entre o omitente (garante) e uma fonte de perigos. Refere DUARTE RODRIGUES NUNES que, neste quadro, «os deveres de garante existentes são muito mais limitados do que os deveres de garante resultantes de posições de proteção e de assistência, dado que aqui o dever de garante está limitado aos perigos provenientes, apenas e só, da concreta fonte de perigos que compete ao titular controlar e vigiar, ao passo que os deveres de garante resultantes de posições de proteção e de assistência abrangem todos os perigos que possam ameaçar a pessoa carente de proteção, independentemente da respetiva fonte»⁷⁸. Incluem-se aqui também três tipos de situações: (1) o dever de obstar à verificação do resultado por força de uma ação anterior perigosa (“ingerência), (2) o dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio, (3) o dever de garante face à atuação de terceiros. No que diz respeito ao primeiro tipo de situações, está em causa o facto de que quem previamente cria o perigo que pode afetar terceiros – ingerência –, deve responsabilizar-se no sentido de evitar que esse perigo se venha a concretizar num resultado típico. Para que essa pessoa seja efetivamente responsabilizada, tem de se considerar o resultado típico objetivamente imputável ao incumprimento do dever de garante, e exige-se que a criação do perigo tenha sido ilícita. No âmbito do segundo tipo de situações, entende-se que têm um dever de fiscalização de fontes de perigo aqueles que exercem um poder de disposição sobre um âmbito de domínio ou sobre um lugar determinado, que se encontram acessíveis a outras

⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.1098.

⁷⁸ NUNES, Duarte Rodrigues, *op. cit.* (nota 30), p.689.

pessoas, isto porque se confia que estes poderes de disposição lhes conferem poderes de dominar os riscos inerentes àquela fonte de riscos, afastando-os ou minimizando-os. É o caso da responsabilidade do produtor. Quanto ao terceiro tipo de situações, é importante frisar que em princípio, a atuação de terceiros é sujeita à sua autorresponsabilidade, sendo apenas alguém responsável pela atuação de terceiros no caso em que estes não são responsáveis ou a sua responsabilidade é diminuída ou limitada – casos em que se atribui ao omitente um dever de garante que lhe incumbe de cumprir deveres de vigilância face ao terceiro. Isto acontece não apenas com os pais – que assim têm um dever de garante fundamentado não apenas nas funções de proteção e assistência mencionadas acima, como também um dever de garante baseado neste dever de vigilância – mas também com professores de crianças ou adolescentes menores, instrutores, etc.

Por último, importa referir as designadas situações de monopólio. Situações estas que pretendem estender o dever de garante àqueles casos em que as posições de domínio sobre uma fonte de perigo surgem de forma instantânea e não necessariamente duradoura como acontece na «propriedade ou posse de empresas, de instalações de instrumentos, etc.». Mas, neste âmbito, para ter um dever de garante perante determinada situação, é imprescindível, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, que «(a) o agente esteja efetivamente investido, mesmo que só por força de circunstâncias ocasionais, numa posição de domínio fático absoluto e próximo da situação; (b) que o perigo em que incorre o bem jurídico seja agudo e iminente; e que (c) o senhor da situação possa levar a cabo a ação esperada – em regra, uma ação de salvamento - sem ter de incorrer numa situação perigosa ou danosa para si mesmo»⁷⁹. Na opinião de PINTO DE ALBUQUERQUE, «não há dever de garante nos casos de “posição de monopólio” do omitente (que é estranho à pessoa em perigo) sobre os meios de salvamento e nem mesmo nos casos de “abissal desproporção” entre o bem jurídico (muito valioso) em perigo e o esforço (mínimo) exigido ao omitente (que é estranho à pessoa em perigo) no decurso do processo salvador»⁸⁰. Com o mesmo ponto de vista, FERNANDA PALMA revela que «afigura-se insuscetível de ser fonte do referido dever jurídico uma posição de monopólio acidental em que o agente não poderá contar com o ser investido

⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.1107.

⁸⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.* (nota 61), p.123. Com o mesmo entendimento, Américo Taipa de Carvalho.

Com entendimento diverso, Figueiredo Dias, Faria Costa, Míguez Garcia e Castela Rio.

numa obrigação de evitar os resultados nem poderia ter evitado tal situação»⁸¹, uma vez que nesses casos «não existe uma delimitação estável e previsível do âmbito da responsabilidade do agente em relação aos bens jurídicos alheios»⁸². O autor expressa que nos casos em que o omitente seja estranho à pessoa em perigo e tenha a posição de monopólio sobre os meios de salvamento ou de “abissal desproporção”, a disposição aplicável ao caso será a do art. 200.º do CP e não a do art. 10.º.

3.4. O tipo de ilícito subjetivo

Nos crimes de omissão, impõe-se que, ao nível do dolo, o agente represente a ação exigida ou imposta. Pode acontecer que o agente omita a ação imposta com intenção de que se concretize o resultado típico; omita a ação esperada e devida mesmo sabendo que como consequência dessa omissão, irá verificar-se o resultado típico; ou ainda, pode acontecer que ele omita a ação, apesar de contar com a possibilidade de a realização típica vir a acontecer e se conformar com isso. Refere FIGUEIREDO DIAS que é necessário que *«o omitente conheça, através da sua consciência intencional, a situação típica e omita a ação imposta com vontade de que se preencha o tipo objetivo»⁸³.*

No que concerne aos crimes omissivos impuros, o omitente tem de conhecer os pressupostos materiais que constituem a posição de garante, sendo que o erro sobre estes pressupostos exclui o dolo.

Tal como nos crimes de ação, os crimes omissivos podem ser cometidos a título de negligência. Serão crimes de omissão imprópria cometidos a título de negligência desde que a sua punição esteja prevista na lei e desde que seja possível equiparar a omissão à ação.

3.5. O tipo de culpa

⁸¹ PALMA, Maria Fernanda, Direito penal: Parte geral – A teoria geral da infração como teoria da decisão penal, 5ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2020, p.85.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.1111.

O tipo de culpa doloso deve ser definido da mesma forma que o é nos crimes de ação, ou seja, como a «*atitude interna de contrariedade e indiferença pelo dever-ser jurídico-penal*»⁸⁴.

Frequentemente ocorre, na esfera deste tipo de crimes, a falta de consciência do ilícito omissivo derivado da falta de conhecimento e de interiorização por parte do omitente da sua posição de garante. Estas faltas de consciência da ilicitude serão mais facilmente consideradas não censuráveis nos crimes de omissão do que acontece nos crimes de ação, isto porque, além de no que respeita aos crimes omissivos impróprios ter de existir um dever de garante que, como vimos, não tem muitas vezes reflexo claro e perceptível na lei, muitos destes podem também não corresponder à “consciência ética geral”. Posto isto, acontece que, variadas vezes, apesar de ao omitente faltar a consciência do ilícito, ele mantém uma atitude geral de fidelidade ao direito, que não corresponde à tal atitude de contrariedade ou indiferença pelo dever-ser jurídico-penal, o que desculpará o erro.

Ainda no campo relativo à culpa, importa mencionar os casos de inexigibilidade: em determinados crimes próprios de omissão, é o próprio tipo legal que insere uma cláusula de inexigibilidade, como acontece no crime de omissão de auxílio – art. 200.º/3 do CP. Em princípio, trata-se de uma inexigibilidade vinculada ao tipo de ilícito. Quanto aos crimes impróprios de omissão, uma parte da doutrina dispõe no sentido de que apesar de nestes crimes se fazer uma equiparação da omissão à ação, de todo o modo, a gravidade da omissão será, em regra, menor do que a gravidade do conteúdo de ilícito da ação, e que, por isso, essa inferior gravidade da omissão deveria refletir-se ao nível da censura da culpa, concretamente, através de «uma utilização mais liberal do pensamento da inexigibilidade». Não é o que parece mais correto para FIGUEIREDO DIAS, que afirma que a menor gravidade (diminuição do conteúdo de ilícito e de culpa) da omissão – nos crimes omissivos impróprios – já é tida em conta na atenuação especial facultativa da pena, não devendo servir simultaneamente para decidir se o facto será punido a título de dolo ou, por outro lado, ficar impune.

Por conseguinte, conclui-se que a inexigibilidade terá lugar apenas quando estiver expressamente prevista na lei, de forma semelhante ao que ocorre nos crimes de ação.

Não obstante, o tipo de culpa presente nos crimes omissivos pode também ser negligente, o qual se define como «*atitude interna do omitente, documentada no facto, de*

⁸⁴ *Ibidem*, p.1119.

descuido ou leviandade perante o dever-ser jurídico-penal»⁸⁵. Impõe-se, neste contexto, que o omitente viole o cuidado objetivamente imposto e que não evite o resultado apesar do mesmo se apresentar como pessoalmente cognoscível e pessoalmente evitável.

3.6. Reflexão sobre a possibilidade da conduta do arguido constituir uma omissão

Compete-nos agora questionar: poderá a atuação do arguido consubstanciar a omissão de uma conduta esperada e devida?

É importante enfatizar que não é o simples “não fazer” que importa para a punição da omissão, mas sim o “não fazer” quando o “fazer” é de si esperado e lhe é imposto. Há um dever jurídico que incumbe o agente de agir de determinada forma e esse dever está presente em qualquer tipo de crime omissivo. Portanto, torna-se necessário, em qualquer dos casos, verificar se sobre o agente impende algum dever jurídico.

O que foi até agora evidenciado permite-nos concluir que, relativamente ao caso em questão, na hipótese de se ponderar a ocorrência de um crime omissivo próprio, só poderia estar em causa o crime de omissão de auxílio, com base no facto de o agente não prestar o auxílio e o socorro necessários à ofendida pelo crime, crime este que lesa não só a sua integridade física, visto que a vítima é empurrada, submetida ao uso de força pelos sujeitos menores, e a atos sexuais contra a sua vontade, como lesa também a sua liberdade sexual. Além de não praticar a ação esperada – prestar auxílio a um bem jurídico em perigo -, o arguido tinha de possuir capacidade de ação, tinha de lhe ser possível prestar auxílio. Parece-nos que o arguido tinha plenas capacidades para agir e auxiliar a ofendida, já que bastava intervir na conduta levada a cabo pelos menores com o intuito de os impedir do prosseguimento dos atos de cariz sexual, contactar as autoridades ou solicitar auxílio a alguém que estivesse nas proximidades.

De outra perspetiva, se ponderarmos a hipótese de o arguido cometer um crime omissivo impróprio, necessário será, além de não realizar a ação esperada, que tenha capacidade de ação, que possua um dever de garante e, conseqüentemente, que seja feita a imputação objetiva do resultado típico à sua conduta (falta de ação). No âmbito das omissões impróprias, exige-se sempre, de acordo com o art. 10.º do CP, a equiparação da omissão à

⁸⁵ *Ibidem*, p.1123.

ação. Todavia, da análise desta situação concreta, não sobressai qualquer dever de garante que responsabilize o arguido neste sentido, uma vez que este não tem qualquer relação de proximidade com a ofendida nem tem um dever de vigilância face a uma fonte de perigos.

Além disso, mesmo que a atuação do arguido seja valorada no sentido de qualquer uma destas omissões, será punido como autor do crime, mesmo não tendo sido o agente a proceder ao crime de violação. Deste ponto partimos para a reflexão sobre a possibilidade de existência de cumplicidade por omissão do arguido no facto principal cometido pelos menores, no sentido de ponderar se esta não deveria ter por base requisitos menos exigentes e uma punição também mais leve.

Capítulo II: A cumplicidade por omissão

Revelados os problemas suscitados pelo acórdão, remetemo-nos agora ao que concerne o núcleo desta dissertação.

A cumplicidade por omissão visa estender a punição da omissão de uma conduta aos participantes no crime, nomeadamente, aos cúmplices. Isto porque, regra geral, aqueles que omitem uma ação que é esperada e devida, não evitando a concretização de um resultado típico, são punidos como autores do crime. Mas será que deveria ser sempre assim? Ou, por outro lado, deveria existir espaço para responsabilizar alguém apenas como cúmplice por omissão na prática de um crime que está a ser cometido por outrem?

Constatamos anteriormente que a cumplicidade consiste no auxílio doloso que alguém presta a outrem na realização dolosa de um facto típico e ilícito. Invoca-se, nesta perspectiva, um *facere* que favoreça a concretização do crime. Por isso é que muitos autores consideram que a simples presença não pode ser valorada como cumplicidade – pois creem que nesses casos não existe qualquer tipo de auxílio concedido ao facto. Na mesma perspectiva, a jurisprudência tem vindo a invocar que *«a simples presença física, sem a prova de qualquer conformação dirigida ao facto (a oferta de auxílio, o conforto por palavras, a garantia e a intenção de contribuição para o resguardo) não é mais que um não ato, mesmo em deliberada omissão; o facto de permanecer não constitui elemento nem revelador do dolo de auxílio, nem causal do apoio ao facto do coarguido», ««nada fazer para impedir» situa-se já fora do plano lógico da cumplicidade; o auxílio não pode consistir no não cumprimento ou na frustração do facto, ou em não retirar o objeto do crime da disponibilidade, ou da continuação da disponibilidade do agente»; «a mera cogitatio ou a aceitação passiva não pode constituir cumplicidade»⁸⁶.*

O que se antecede faz-nos crer que o *non facere* não pode constituir cumplicidade e que este *non facere* quando respeita a uma ação que é esperada, devida, e que também é possível de realizar de modo a evitar a verificação de um resultado típico, responsabilizará o seu agente como autor e não como cúmplice.

A questão que mais rapidamente emerge daqui é se não existe a necessidade de, em determinados casos, um sujeito ser punido de forma mais atenuada⁸⁷, tendo em conta que

⁸⁶ Ac. do STJ de 31 de Março de 2004, *op. cit.* (nota 41).

⁸⁷ Ponderando-se a punição como cúmplice por omissão e não como autor por omissão.

não produz o facto principal, não sendo ele a concretizar o comportamento proibido que a norma da parte especial tipifica, tendo apenas prestado um auxílio ao facto doloso cometido por outrem, auxílio este que apenas favorece essa prática mas que não determina a sua execução e que não é essencial para a sua consumação. Acontece que aqui, ao invés do que ocorre na cumplicidade por ação, o auxílio e o respetivo favorecimento surgiriam através do referido *non facere*.

A especial necessidade de refletir e ponderar este tipo de cumplicidade, particularmente, neste acórdão do STJ que versa sobre o crime de violação prende-se com o facto de que este é um dos casos em que, na hipótese de o arguido não ser considerado nem cúmplice por ação do crime de violação, nem cúmplice por omissão, ninguém será responsabilizado pelo crime de violação de que a filha dos proprietários do estabelecimento foi vítima. Isto porque os menores, autores do crime de violação em causa, são considerados inimputáveis em razão da idade à data da ocorrência do acontecimento criminoso, o que significa que os sujeitos são incapazes de culpa. Deste modo, se os sujeitos não são punidos como autores, e se à conduta do arguido não se pode atribuir uma punição a título de cumplicidade, há consequentemente uma lacuna de punibilidade no que se refere ao crime de violação.

Nesta perspetiva, partiremos para a ponderação da possibilidade da existência desta figura, fazendo referência ao disposto em diversos ordenamentos jurídicos.

1. No ordenamento jurídico português

1.1. O Código Penal de 1852

O Código Penal de 1852⁸⁸ incluía no seu art. 26.º aqueles que poderiam ser considerados cúmplices da prática criminosa, fazendo desse modo distinção daqueles que poderiam ser considerados autores (art. 25.º).

A questão da cumplicidade por omissão parece estar incluída no número 5 do art. 26.º que dispõe que «são considerados cúmplices os que, deixando maliciosamente de impedir o crime, sendo-lhes possível concorrem para o facilitar, com intenção de que se execute». Não basta que se verifique uma inação perante a execução do crime por outrem, é

⁸⁸ Disponível online em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

ainda preciso que se prove a «1.º malícia do presenciante nessa inação, 2.º a possibilidade de evitar a desordem, 3.º a intenção maléfica de que o crime se cometesse»⁸⁹. Faz-se referência à inação, à omissão em que incorrem aqueles que não impedem a execução criminosa embora tenham a possibilidade fática de o fazer. Neste seguimento, referia ANTÓNIO SECCO que «será bem difícil destruir a presunção legal, derivada da presença ou assistência, se o réo não poder provar: 1.º que fez um qualquer esforço no intuito de obviar ao crime, ou que corria perigo em o fazer; 2.º que ao menos chamou o auxílio alheio; 3.º e que em seguida fora noticiar o crime à auctoridade»⁹⁰. O autor refere ainda que «é perigoso» admitir que a assistência com inação é completamente impune e que, caso assim fosse, ter-se-iam salvado (ficado impunes) «os comparsas que concorrem ao delicto para fazer número e amedrontar as vítimas».

Conclui que aqueles que estão “no meio” dos criminosos, aquando da prática do crime por estes, são também criminosos, a menos que se faça prova em contrário.

No sentido daquilo que dispunha o Código Penal de 1852 e que brevemente referimos, o artigo “Theoria da cumplicidade” refere várias formas em que se considerava dividida a cumplicidade⁹¹. Quando o autor distingue entre cumplicidade positiva e negativa, revela que a primeira consiste numa ação, num facto, e a segunda consiste em omissões, a qual é mais rara. Admitia-se então, neste âmbito, a cumplicidade por omissão: «havendo dolo, mas sem intenção criminosa pode affectar particularmente os que têm auctoridade para impedir o delicto, e qualidade para dissuadir dele, ou obrigação legal para o denunciar, e não o impedem, nem dissuadem, nem denunciam»⁹². Aparenta aqui fazer-se referência a um dever de garante, na medida em que identifica a conduta daqueles que ou têm autoridade para o fazer, ou uma qualidade, ou obrigação legal de o fazer, e mesmo assim não atuam nesse sentido.

Além disso, refere o autor que existem três espécies de cumplicidade, sendo uma delas a cumplicidade por adherencia, constituída por «diversos actos de omissão no flagrante delicto, de omissão e commissão, perpetrado por este, por meio dos quaes o delinquente pode ocasionar ou concorrer mais ou menos directamente para que, ou o delicto

⁸⁹ Ac. do STJ de 9 de Janeiro de 1880 *apud* SECCO, António Luiz de Sousa Henriques, Código Penal Português: precedido pelo decreto com força de lei de 10 de Dezembro de 1852 seguido de um appendice e annotado, 6ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 1881.

⁹⁰ SECCO, António Luiz de Sousa Henriques, *op. cit.* (nota 89), p.16.

⁹¹ “Theoria da cumplicidade”, *op. cit.* (nota 33), p.562.

⁹² *Ibidem.*

se consumme, ou depois não seja punido»⁹³. Inclui entre os muitos considerados adherentes, «os que, podendo sem perigo auxiliar e defender o ofendido, no momento da infração, ou chamar em seu auxilio a auctoridade ou os cidadãos, deixam de o fazer»⁹⁴.

Concluimos que, nesta altura, várias eram as disposições, realizadas tanto pela própria lei como pela doutrina, a apontar no sentido da existência de uma cumplicidade por omissão.

No entanto, no que diz respeito ao âmbito do art. 26.º, n.º5 e destas formas de cumplicidade aqui enunciadas, argumenta EDUARDO CORREIA que *«o legislador, seguindo tal caminho casuístico, perdeu, num certo momento, qualquer critério orientador na distinção dos casos que enumera, vindo a incorporar na cumplicidade hipóteses que nunca deviam pertencer ao seu domínio – quer porque inteiramente fora do conceito de comparticipação, quer porque, nos seus quadros, deveriam pertencer ao âmbito da autoria»⁹⁵*, acrescentando que este número em concreto remete para a teoria da omissão.

Neste propósito, os artigos relativos à autoria e comparticipação foram alterados na reforma de 1884 e este código excluiu a alínea que parecia integrar a teoria da omissão na cumplicidade.

1.2. Atualmente: como se posicionam os autores portugueses?

Primeiramente, é relevante salientar que a jurisprudência portuguesa tem vindo a posicionar-se contra a admissão da cumplicidade por omissão, o que se pode comprovar através de algumas afirmações contidas em acórdãos proferidos pelo STJ: *«a pura passividade não é auxilio material, e também, por si só, não revela auxilio ou influxo psíquico em relação ao facto do agente»*; *«nada fazer para impedir situa-se já fora do plano lógico da cumplicidade; o auxilio não pode consistir no não cumprimento ou na frustração do facto, ou em não retirar o objeto do crime da disponibilidade, ou da continuação da disponibilidade do agente»⁹⁶*; *«não é admissível cumplicidade por omissão em crime por ação»*; *«a omissão só é punível quando sobre o omitente recai um dever (jurídico) de*

⁹³ *Ibidem*, p.594.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ CORREIA, Eduardo, Problemas fundamentais da comparticipação criminosa, In Revista de direito e de estudos sociais, Atlântida – Livraria Editora, Coimbra, 1948-1949, p.26.

⁹⁶ Ac. do STJ de 31 de Março de 2004, *op. cit.* (nota 41).

garantia de evitar o resultado (art. 10.º, n.º 2 do CP). Se existir possibilidade de intervenção do garante, a omissão constitui-o como autor, não como mero cúmplice»⁹⁷.

No que diz respeito à doutrina portuguesa, destacar-se-ão algumas posições:

FIGUEIREDO DIAS expressa a sua dúvida relativamente à possibilidade de se configurar uma cumplicidade por omissão num crime (de ação ou omissão), visto que a possibilidade de intervenção do garante para evitar a concretização do resultado típico, caracteriza a autoria da sua conduta, o que significa que não parece restar espaço para ponderar a participação omissiva no crime. Não obstante, expõe que serão exceções apenas aqueles casos em que a autoria supõe a existência de pressupostos adicionais: uma qualidade, uma intenção ou um dever especiais⁹⁸. Revela que, nesses casos, o omitente só poderá ser punido a título de cumplicidade pois não preenche os requisitos necessários para ser punido como autor.⁹⁹

PINTO DE ALBUQUERQUE revê-se na posição de FIGUEIREDO DIAS, referindo que não se admite a cumplicidade por omissão em crime por ação ou por omissão, visto que *«a mera possibilidade fática de ação consubstancia já a autoria (da omissão impura), salvo se o tipo contiver pressupostos adicionais, como uma qualidade ou uma intenção, caso em que o omitente é punível como cúmplice»¹⁰⁰*. De acordo com esta posição encontram-se também JOSÉ VILALONGA e HELENA MORÃO.

A autora, que se debruça um pouco mais sobre esta questão no contexto empresarial, declara que não se revela pertinente qualificar o dirigente da empresa como cúmplice por omissão como defendem diversos autores¹⁰¹, os quais entendem que *«nas situações em que um dos intervenientes realiza o crime através de um fazer positivo e outro, infringindo um dever de atuar, se abstém de o impedir, o contributo do omitente se encontra numa posição subordinada em face daquele que age, pelo que deveria ser classificado como*

⁹⁷ Ac. do STJ de 15 de Abril de 2010, *op. cit.* (nota 3).

⁹⁸ Como acontece, por exemplo: relativamente ao crime de furto (art. 203.º CP), em que se exige a ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa; ao crime de burla (art. 217.º CP), em que se exige a intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo; e ao crime de falsificação ou contrafação de documento (art. 256.º CP), o qual exige «intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo, ou de preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime».

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* (nota 2), p.1134.

¹⁰⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.* (nota 61), p.208 e 209.

¹⁰¹ Com este entendimento, Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Wilhem Gallas, Andreas Mosenheuer e Costa Pinto.

mero ato de cumplicidade, no âmbito do melhor entendimento da teoria do domínio do facto»¹⁰².

HELENA MORÃO explica que esta teoria não é aceitável porque procura distinguir a relevância da autoria e participação omissivas com base na importância dos contributos que a conduta dá para a realização típica, tal como sucede nos crimes ativos. Revela que tal diferenciação não é possível, pois, quando alguém pode e deve dificultar a verificação de um resultado típico mas não intervém, é constituído autor por omissão e não participante por omissão. Além disso, explica que esta separação entre autoria e participação por omissão se mostra incoerente com o que dispõe a cláusula de equiparação de omissão à ação - que identifica a omissão da conduta com a própria ação adequada a concretizá-la quando o desvalor das condutas seja semelhante e sejam ambas aptas a produzir aquele resultado típico. Afirma que na omissão não parece admissível outra modalidade que não seja a autoria direta, mesmo nas situações em que haja colaboração por omissão de vários agentes na prática do crime.

Critica as soluções que procuram recorrer a critérios de valoração comparativa com a cumplicidade por ação, «nomeadamente em função da figura participativa no acontecimento criminoso, do carácter determinante ou essencial do seu contributo ou da configuração relevante do facto», do mesmo modo que o faz com a proposta que procura distinguir autores e cúmplices por omissão com base na natureza do dever violado. Esta solução aponta no sentido de que aquele que tiver um dever de garante de proteção será autor e aquele que tiver um dever de garante que se baseie no dever de vigilância relativamente a um comportamento ativo de terceiro, não se opondo a tal, será cúmplice. Expõe que tal solução parece atribuir maior importância à ação da pessoa que se deve vigiar do que ao dever e capacidade de agir do garante e aparenta também não reconhecer o facto de que qualquer que seja a fonte do perigo para o bem jurídico, o desvalor da omissão é o mesmo.

Além disso, não apoia a posição que afirma que a cumplicidade omissiva terá lugar naqueles casos em que apesar de existir posição de garante, não é possível a equiparação da omissão à ação, em virtude de se tratar de um ilícito de mão própria ou de forma vinculada, apontando-lhe três críticas: (1) é duvidoso que hoje ainda estejam previstos na ordem jurídica portuguesa tipos incriminadores de mão própria; (2) é discutível que não possa haver equiparação da omissão à ação nos crimes de forma vinculada; (3) «*se, de acordo com o*

¹⁰² MORÃO, Helena, *Autoria e execução participadas*, Coimbra Editora, 2014, p.316.

artigo 10.º, “outra for a intenção da lei” e o ilícito de resultado não abranger, assim, igualmente a omissão adequada a evitá-lo, não se vê como pode o artigo 27.º, enquanto norma de extensão da tipicidade, compreender também a cumplicidade omissiva de um garante»¹⁰³.

Já DUARTE RODRIGUES NUNES explica que os crimes comissivos por omissão são crimes de infração de dever – o dever de evitar o resultado típico – e que aquilo que fundamenta a autoria não é ter o domínio do facto mas sim ter o dever de evitar o resultado, pelo que, em princípio, o titular do dever de garante, quando omita a ação salvadora do bem jurídico em perigo, será punido como autor. Menciona a posição de ROXIN, o qual admite que em casos excepcionais se puna a título de cumplicidade, nos crimes de infração de dever omissivos, como sejam os casos de crimes de mão própria, dos crimes que requeiram que o autor possua uma especial qualidade ou relação que o garante não possui¹⁰⁴ ou que requeiram que o autor atue com uma dada intenção que não se verifica no garante e quando a omissão do garante corresponde à cumplicidade e não à autoria. O autor identifica-se com a posição de FIGUEIREDO DIAS: *«não será de excluir a cumplicidade (dolosa) por omissão nos casos em que a autoria requeira a verificação de pressupostos adicionais, nomeadamente uma qualidade, uma intenção ou um dever especiais, em que, na impossibilidade da aludida comunicabilidade, o omitente apenas poderá ser punido como cúmplice»¹⁰⁵.*

Com uma diferente perspetiva surge COSTA PINTO, que menciona que parte da doutrina alemã federal – JESCHECK, LACKNER, OTTO – defende que a passividade do garante perante a agressão ao bem jurídico concretizada por outrem apenas conduz à cumplicidade por omissão, porque, nas palavras de JESCHECK, o domínio do facto só se transferirá para o omitente quando o agressor (por ação) deixe de dominar o curso dos acontecimentos¹⁰⁶. O omitente facilita a agressão e viola o seu dever de atuar mas não tem um domínio que seja equiparável ao que tem o autor da ação, uma vez que nessas situações é o autor que exerce o domínio positivo da lesão do bem jurídico. Por isso, rejeita a tese de que nos crimes de violação de dever, o conceito de autoria se afere tendo em conta a titularidade do dever em

¹⁰³ *Ibidem*, p.324.

¹⁰⁴ De acordo com o art. 29.º CP, apenas quando a intenção da norma seja a não comunicabilidade da qualidade ou relação especial do agente que a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto exija.

¹⁰⁵ NUNES, Duarte Rodrigues Nunes, *op. cit.* (nota 30), p.718.

¹⁰⁶ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, A relevância da desistência em situações de comparticipação: um estudo sobre a validade e limites da solução consagrada no artigo 25.º do Código Penal de 1982, Coimbra: Almedina, 1992, p.291.

causa. Realça que a solução consiste em não se aplicar o art. 10.º e invocar-se analogicamente o regime do art. 27.º, sendo que *«o garante que não impede um agressor de lesar o bem jurídico em causa deve ser responsabilizado pela “facilitação” da lesão e não pela autoria da mesma. À sua omissão contrapõe-se o exercício positivo de um domínio do facto por ação, do qual está excluído o omitente»*¹⁰⁷.

Só se deverá invocar a autoria nos casos em que o garante tenha recuperado o exclusivo domínio sobre a situação de perigo e mesmo assim não se comporte de modo a evitar a lesão. Conclui o autor que, o garante de um bem jurídico pode ser responsabilizado por cumplicidade por omissão, aplicando-se analogicamente o art. 27.º, n.º1, *«sempre que não impeça a agressão levada a cabo por outrem, que exerça um domínio positivo e exclusivo sobre a consumação»*.

Retoma-se, de acordo com esta posição, o conceito do domínio do facto, o qual à partida não se colocaria no âmbito dos crimes omissivos. COSTA PINTO afirma que é contestável a ideia de absoluta incompatibilidade entre o domínio do facto e os crimes por omissão, pois, *«existindo o dever de garante face a um bem jurídico em perigo e uma concreta possibilidade de atuação, parecem condições suficientes para se fundar um domínio do facto»*. Também FIGUEIREDO DIAS invoca um “domínio social do facto” e TERESA BELEZA refere que se poderá falar de domínio do facto neste âmbito *«resultando isso da própria exigência de capacidade de ação que só faz sentido existindo um momento de domínio»*. COSTA PINTO expõe que se admite o domínio do facto neste contexto, o qual corresponde ao *«manter, conscientemente, uma situação evolutiva de perigo para um bem jurídico, não intervindo para diminuir as probabilidades da lesão»*.

2. No ordenamento jurídico alemão

No âmbito do ordenamento jurídico alemão, a dissertação sobre o tema será feita seguindo e reproduzindo as obras de ROXIN - *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* - e de OTTO – *Complicidad por omisión*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.293.

2.1. Jurisprudência do BGH

Nas palavras do jurista alemão OTTO¹⁰⁸, a jurisprudência do BGH procede à delimitação entre autoria e participação por omissão com base na “teoria normativa combinada”, realizando a delimitação destas formas na omissão do mesmo modo que o faz na comissão. Parte da teoria subjetiva de que, podem várias pessoas causar ao mesmo tempo um resultado jurídico-penal de diferentes formas, quer seja através de uma ação proibida como de uma omissão contrária ao seu dever, fazendo-o segundo uma atitude interna relativamente ao facto e ao resultado, que os constituirá coautor, instigador ou cúmplice. E a jurisprudência parte desta teoria subjetiva, complementando-a com a teoria do domínio do facto, revelando que são ambas as teorias determinantes para a distinção em causa. Mas a posição que segue o BGH tem sofrido diversas críticas: vários autores apontam que não é possível deduzir de uma omissão uma vontade de autor e que, além disso, a possibilidade de exercer domínio sobre a situação fática não é idêntica ao exercer um domínio real e efetivo. Também criticam o facto de que a mera possibilidade de impedir o resultado, o qual é pressuposto da omissão, não permite distinguir a autoria e a participação.

O BGH considera que tem de existir sempre um dever de garante, contrariamente ao que defende ROXIN. Algumas críticas surgem no sentido de que parece duvidoso o facto de a jurisprudência exigir a verificação de um dever de garante mas posteriormente permitir subtrair-se a este dever pelo facto de se estar submetido à vontade de outro ou do facto de não querer o facto como próprio: naqueles casos em que apesar da existência do dever de garante, os elementos subjetivos apontem no sentido referido, será punido como cúmplice por omissão. O que parece estranho, pois o dever de garante estabelece que tem que salvar o bem jurídico e protegê-lo, mesmo contra a vontade de outrem. O tribunal defende que sobre a punibilidade de uma conduta decide a vontade de domínio, desligada de dados externos. ROXIN crê que a única forma de superar este problema seria excluir a posição de garante.

¹⁰⁸ OTTO, Harro, Complicidad por omisión, originalmente publicado na revista JuS (Juristische Schulung), fascículo 4/2017, p.289-295, com o título “Beihilfe durch Unterlassen”. Tradução de José R. Béguelin (Universidade de Buenos Aires), p.191 e ss.

2.2. A teoria dos delitos de dever

A teoria dos delitos de dever, fundada por ROXIN¹⁰⁹, é uma teoria que dispõe no sentido de que os delitos impróprios de omissão são delitos de dever. Revela que será autor destes crimes quem lesa um dever especial que lhe compete, o que significa que nos crimes omissivos impróprios, autor será aquele que viola o dever de impedir o resultado que constitui um ilícito-típico e que cumpre com os demais pressupostos que o tipo legal de crime exige. O autor afasta como critério de delimitação da autoria nos crimes de omissão o domínio do facto, uma vez que neste caso será considerado autor não quem possui esse domínio mas sim quem possui o dever de evitar o resultado e não o faz. Atesta que é difícil aplicar neste contexto a teoria do domínio do facto na medida em que não se pode considerar que alguém dirige o curso da ação pelo facto de não fazer nada. Mas refere também que o pensamento da doutrina e jurisprudência alemã dominante consideram o contrário, como já referimos, e recorrem frequentemente a esta teoria, com tendência a considerar cúmplice o omitente quando são vários a cooperar na prática do crime.

Então, considera-se a participação por omissão, essencialmente, naqueles casos em que o garante não faça nada relativamente ao autor de um delito de mão própria ou nos casos em que a execução do crime requeira elementos subjetivos que o garante não cumpra, como é o caso de um dever ou uma intenção específica.

Alguns autores alemães referem que, aplicar a teoria defendida por ROXIN aos crimes omissivos impróprios com a consequência de que o garante que omite deve ser, em regra, considerado autor, contradiz a regra do disposto nos artigos 25.º a 27.º do StGB, anulando-se a diferenciação entre autoria e cumplicidade, o que é inconciliável com a lei já que dela não se retira nenhum indício de que na omissão, o legislador não tenha desejado aplicar os mesmos conceitos¹¹⁰. Porém, ROXIN intervém referindo que não pode haver cumplicidade por omissão porque esta foi pensada para os crimes por ação¹¹¹: é uma agressão acessória ao bem jurídico, isto é, um aspirar ativamente à realização do tipo penal que o autor concretiza. E o garante que omite, não possui essa aspiração e desejo da concretização do crime pelo autor porque a sua punibilidade baseia-se na sua inatividade.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Tradução da 6ª ed. alemã por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidade de Extremadura).

¹¹⁰ OTTO, Harro, *op. cit.* (nota 108), p.193.

¹¹¹ *Ibidem.*

Com isto concorda OTTO, do ponto de vista de que a acessoriedade que a cumplicidade exige não pode ser idêntica nos crimes omissivos e nos crimes comissivos, pois sempre irá assumir relevância a diferença entre o fazer positivo e a omissão.

ROXIN refere que é concebível a participação por omissão, recorrendo-se à natureza secundária do conceito de participação, ou seja, haverá participação por omissão naquelas situações onde a inatividade do agente apareça como uma cooperação com o crime, sem que estejam reunidos os requisitos que caracterizam a autoria¹¹². Para que haja autoria por omissão, tem que existir cumulativamente a possibilidade de cometer o crime através da omissão daquela ação e tem de existir ainda o dever de evitar o resultado. Quando falte um destes dois requisitos, então exclui-se a autoria por omissão e concebe-se a possibilidade de punição de participação por omissão: (1) ou o agente tem um dever de evitar o resultado mas não há um tipo autónomo omissivo de onde deriva a punição por autoria; (2) ou ocorre o tipo omissivo, mas aquele sujeito cuja omissão favorece o facto não tem uma posição de garante. Esta segunda opção permite a punição de um omitente sem que tenha o dever de evitar o resultado.

Começa por referir que os tipos omissivos, quando não estão mencionados *expressis verbis* na lei, só podem ser extraídos a partir dos preceitos da parte especial. Com base nisso, a posição de garante cumpre duas funções: fundamenta a punibilidade e ao mesmo tempo a autoria. Mas estas apresentam requisitos distintos e por isso é possível que num caso concreto se verifiquem os requisitos da punibilidade mas não os da autoria. A punibilidade exige a lesão imputável do bem jurídico protegido num tipo legal de crime, basta que se deduza que aquele que permanece inativo seja responsável pelo bem jurídico protegido. É neste sentido que o dever de garante tem uma função de punibilidade. Já a autoria requer que a omissão equivalha da mesma forma ao desvalor ético-social que a ação assume. Ou seja, em termos do desvalor da conduta, a omissão tem de se equiparar à ação.

Daqui concluímos que o dever de evitar o resultado não converte todo e qualquer omitente em autor, uma vez que se exige a equiparação das condutas e nesse sentido, a inatividade contrária ao dever pode fundamentar também a punição por participação.

O autor parte do exposto para densificar a questão sobre as duas opções mencionadas que excluem a punição como autor. Indica que são exemplos de falta de tipos de omissão os delitos de mão própria, os delitos de infração de dever pessoais e os delitos

¹¹² ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 109), p.514.

de apropriação. Com isto revela-se a exclusão da autoria nestes casos, mas não se demonstra porque se pune por participação, visto que apesar de esta ser de natureza secundária, não pode ser adotada em todos os casos em que se exclui a punição por autoria. Nas suas palavras, a punição por participação pressupõe uma cooperação que não satisfaz o critério da autoria determinante para o tipo que esteja em causa. A cumplicidade por omissão terá lugar quando não exista um tipo prescritivo de garante, ou seja, nos exemplos de crime especificados. Caso exista o tipo de omissão autónomo, então só haverá lugar, em regra, para a autoria por omissão.

Porém, excepcionalmente, admite-se a participação quando falte o dever de evitar o resultado apesar de existir a possibilidade de cometer o crime por omissão: nestes casos, como não está em causa autoria já que falta este dever, a inatividade só pode referir-se ao facto do sujeito que atua como cooperação sem o domínio ou sem o dever e, por isso, como cumplicidade. Porém, a doutrina dominante entende que a omissão sem o dever de evitar o resultado é impune.

2.3. Comissão por omissão como forma autónoma de intervenção

Como assumem GRUNWALD, KAUFMANN e WELZEL¹¹³, a comissão por omissão tem que ser considerada como forma autónoma de intervenção, uma vez que, em primeiro lugar, ainda não existem critérios que possibilitem a delimitação entre autoria e participação, em segundo lugar, o omitente tem um domínio do facto que é ainda inferior àquele que detém o cúmplice que atua ativamente, e em terceiro lugar, não há dolo de omissão porque este só se pode aferir como uma “condução final de um curso causal”. Recorrem à teoria do domínio do facto, o qual é rejeitado por diversos autores que consideram este critério inadequado à resolução do problema. Além disso, a decisão do garante de omitir a ação conforme ao dever já consubstancia o dolo: o omitente decide não intervir no sentido de evitar o resultado que lesa o bem jurídico. Deste modo, estes argumentos que os três autores referem não são suficientes para afastar a reflexão sobre a participação por omissão.

KAUFMANN rejeita de forma geral a figura da cumplicidade por omissão. O autor crê que o omitente é sempre autor, e na posição de ROXIN isso acontece sim sempre que exista um tipo prescritivo de garante que permita a punição como autor por omissão. Mas

¹¹³ OTTO, Harro, *op. cit.* (nota 108), p.194.

surgem dificuldades quando estão em causa aqueles três tipos de crimes que excluem a autoria por omissão. Tal significaria que o não impedir o resultado apesar de existir posição de garante ficaria impune.

2.4. A teoria da cumplicidade unitária

De modo diverso, outra parte da doutrina – GALLAS, JESCHECK, RANFT - assinala que o domínio potencial do facto do garante que omite, não pode fundar a sua autoria quando é outra pessoa a deter o domínio fático do facto¹¹⁴. O garante que está ao lado do autor por ação, só pode assumir uma “figura secundária” pois a sua atuação resume-se a favorecer o facto do autor por ação. Isto é, junto a um autor que atua por ação, o garante só poderá ser considerado cúmplice, porque o autor que atua ativamente é que detém o domínio fático e por isso, afasta e bloqueia o acesso e o domínio do garante inativo sobre o resultado. A sua responsabilização por participação surge do princípio da acessoriedade. Os autores afirmam ainda que salvar o bem jurídico é menos exigente para o garante do que superar a vontade de atuar oposta, do autor do crime.

Com base nesta teoria, a autoria daquele que omite apenas poderia basear-se no facto de aquele que atua ativamente ter finalizado a sua atividade e não possa mais ter influência no facto, isto é, pune-se o omitente como autor na medida em que aquele que atue ativamente deixe de dispor do domínio fático¹¹⁵: *«a produção do resultado, nesta situação, já não seria acessória, dependente da ação do autor por ação, mas sim dependeria apenas do garante que omite, que apenas tem que interromper, conforme ao seu dever, o curso causal que foi posto em marcha»*¹¹⁶.

GALLAS assinala que quando há um terceiro a intervir dolosamente, modifica-se o significado da inatividade do garante. Pois o terceiro que intervém ativamente domina o curso do facto, impede que o garante tenha acesso ao resultado punível. O não intervir só pode significar não evitar a conduta do sujeito agente e portanto só pode significar favorecimento negativo da atividade que aquele desempenha. ROXIN concede razão a GALLAS na perspetiva de a situação se alterar quando há intervenção de um terceiro, mas

¹¹⁴ Neste sentido, OTTO, Harro, *op. cit.* (nota 108), p.194 e ss; ROXIN, Claus, *op. cit.* (nota 109), p.534 e ss.

¹¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal: parte general, tradução de Miguel Olmedo Cardenete (Universidade de Granada), p.749.

¹¹⁶ OTTO, Harro, *op. cit.* (nota 108), p.195.

não concorda quando GALLAS afirma que o omitir só se pode ter em conta como um favorecimento negativo ao agente: se antes era possível conceder ao garante a posição de autor apesar de lhe faltar domínio do facto, não se entende então porque é que agora vai ser diferente, ainda que subsistindo o dever e a possibilidade de evitar o resultado. O carácter do delito de infração do dever subsiste, assim como a responsabilidade do omitente continua com os mesmos pressupostos.

Contra esta teoria, surgem algumas críticas: não se distingue aquele garante que não impede que o autor por ação afogue uma criança e aquele que não o salve quando caiu de forma não propositada por si ao rio. Ou seja, é imperativo que o garante não salve a criança mas não o facto de como esse perigo surgiu. A ação de socorro não seria mais difícil do que o impedimento da criança ter caído de forma natural ou até empurrada por outra pessoa, e o facto de o garante omitente ser, relativamente ao autor que comete a ação, uma figura secundária, só será acertado segundo o ponto de vista do domínio do facto. No entanto, quando se faz referência a este domínio para caracterizar o garante omitente como figura secundária, desconhece-se o sentido desta. Não é o senhor do facto mas a figura central do acontecimento que caracteriza a posição de autoria no âmbito dos crimes por comissão ou omissão. Não se trata do grau de dificuldade mas as diversas formas de evitar o resultado, isto é, se para o fazer, o garante tem que incidir diretamente na vontade do autor por comissão, se tem de alterar a vontade de quem atua como senhor do facto, então esse incidir será algo que afetará também a responsabilidade de outra pessoa. Mas isso é diferente de interromper autonomamente um curso causal perigoso, e conseqüentemente, requerem imputações de responsabilidade jurídico-penais também distintas.

Em suma, a averiguação terá que ser realizada em cada caso concreto para poder averiguar se o garante que omite junto a um autor que atua ativamente pode ser realmente considerado cúmplice. Pois, como é sabido, é possível que a figura central do facto se altere, por exemplo como acontece quando o autor abandona o domínio do facto após terminar a tentativa do crime.

2.5. Ponderação do domínio potencial do facto

Reconhecendo que o garante que omite, violando um dever, não pode ser senhor do facto da mesma maneira que sucede nos crimes por ação, o critério do domínio do facto

assume um significado distinto no âmbito dos crimes omissivos: o domínio potencial do facto por parte do garante omitente surge como ponto de partida para a delimitação entre autoria e participação. O designado domínio potencial do facto depende, neste contexto, de quão fácil ou difícil seria assumir o domínio do facto, ou seja, qual o grau de dificuldade que o evitar o resultado típico teria exigido¹¹⁷. De acordo com a posição aqui exposta, seria autor o garante que pudesse ter evitado o resultado típico sem realizar esforços, que poderia ter impedido a concretização do crime com menos dificuldades, e seria considerado cúmplice aquele cuja atuação exigisse mais esforços, nomeadamente, ao impedir a vontade do autor por ação.

Porém, distintos autores realçam que proceder a uma delimitação entre autoria e participação com base num grau de possibilidades ou de dificuldade, não tem acolhimento na lei. Os artigos do StGB referentes à participação exigem a intervenção no facto e só através deste requisito é que se pode apurar se o omitente é uma figura central ou acessória no facto, não recorrendo ao dever de salvar o bem jurídico. Mas tal posição não parece correta a OTTO pois é imperativo que, no contexto da omissão, haja um dever de proteger e salvar o bem jurídico e a possibilidade de o efetuar.

Aponta ROXIN que não nos podemos basear em critérios de mais fácil ou mais difícil para distinguir autoria por omissão e participação por omissão porque essas graduações também são possíveis de elaborar no que toca à autoria por omissão sem que isso tenha efeitos jurídico-penais: por exemplo, será mais fácil evitar que uma criança caia à água do que salvá-la de uma casa em chamas, mas de qualquer modo, o garante, concorrendo os requisitos da punibilidade, é em qualquer desses casos autor. Esta teoria conduz a resultados aleatórios, visto que esta diferenciação gera dificuldades na medida em que a avaliação de tais dificuldades pode assumir diversas posições e em muitos casos, tal seria impossível de avaliar concretamente.

2.6. Distinção segundo a classe de posição de garante: teoria formal do garante

a) Distinção entre posições de garante de proteção e de garante de vigilância

¹¹⁷ OTTO, Harro, *op. cit.* (nota 108), p.196 e ss.

Alguma doutrina alemã considera que a distinção entre autoria e participação será efetuada com base na posição de garante, defendendo a existência de duas classes: os garantes de proteção – que têm que defender um determinado bem jurídico contra qualquer forma de agressão, por exemplo, o dever que os pais têm relativamente aos filhos – e os garantes de vigilância – que dizem respeito não a qualquer perigo, mas apenas a determinadas fontes de perigo. Nesta perspectiva, os garantes de proteção seriam considerados autores do crime por omissão enquanto os garantes de vigilância seriam responsabilizados como cúmplices¹¹⁸.

Defendem os subscritores de tal teoria que os garantes de proteção estão diretamente obrigados para com o bem jurídico e têm uma relação mais próxima, enquanto os garantes de vigilância só estão indiretamente obrigados pois a sua vinculação com o bem jurídico estabelece-se mediante aquela determinada fonte de perigo, sendo esses garantes de vigilância considerados cúmplices quando não impeçam que aquela fonte de perigo que estão incumbidos de vigiar, lese de forma típica e ilícita um terceiro.

Todavia, o garante encontra-se obrigado por lei a evitar o resultado e a lei não faz distinção entre quaisquer posições de garante que fundem a autoria ou a cumplicidade. Além disso, frequentemente acontece que ambas as classes coincidem: o omitente detém uma posição de garante de proteção e de vigilância, o que invalida tal distinção.

b) Distinção entre deveres de garante por competência organizacional e por competência institucional

JAKOBS intervém nesta delimitação e refere que a distinção entre garantes de proteção e de vigilância carece de uma precisão. Segundo o autor, os deveres por competência institucional fundam-se em relações duradouras e juridicamente reconhecidas, que são essenciais à existência da sociedade como é o caso da relação entre os pais e os filhos. Neste caso, o garante está obrigado a proteger de maneira ampla a subsistência dos bens jurídicos, deve protegê-los de todos os perigos. A lesão desse dever de proteção atenta contra a instituição e por isso o garante omitente é autor. Por outro lado, existem deveres de competência organizacional que se dirigem a todas as pessoas relativamente ao seu âmbito de organização. Quando está em causa a lesão de um dever deste tipo, a distinção entre

¹¹⁸ OTTO, Harro, *op. cit.* (nota 108), p.198 e ss. No mesmo sentido, Morão, Helena, *op. cit.* (nota 102), p.323.

autoria e participação seria alcançada da mesma maneira em que o é nos crimes por ação, ou seja de acordo com a contribuição cedida para a consumação do facto: caso fosse uma configuração da realização do ilícito semelhante à exercida pelo autor principal, haveria lugar a coautoria, caso fosse uma configuração mais débil, haveria lugar a cumplicidade. Apesar de aqui se proceder a uma melhor delimitação entre tais posições de garante, subsiste a crítica da arbitrariedade.

2.7. A teoria material do garante

Encabeçando a defesa desta teoria, SCHUNEMANN pretende invalidar a crítica às teorias formais do garante: a lei não aponta para uma distinção entre posições de garante que fundam a autoria e outras que fundam a cumplicidade. O seu ponto de partida consiste no facto de que nos crimes omissivos impróprios, o domínio do garante sobre a causa do resultado equivale ao atuar ativo nos crimes por ação, o que significa que, na etapa da execução, o garante tem a mesma responsabilidade pelo facto que o autor que concretiza o crime por ação, e conseqüentemente, é considerado autor, e que na etapa da preparação, uma colaboração ativa só pode fundar cumplicidade no facto.

Deixam de existir diferentes posições de garante que consubstanciam ora autoria ora cumplicidade e toma-se em consideração a posição de garante no facto global para efetuar a delimitação. Mas isto também parece incoerente, isto é, o facto de considerar que uma colaboração ativa na etapa de preparação constitui cumplicidade, ignora a hipótese de, por vezes, essa colaboração ser tão significativa como a inatividade relativamente ao facto, já que frequentemente em determinados tipos legais de crime sucede que aqueles que têm a decisão na sua mão, se encontram longe da execução direta do facto.

2.8. Ponto de partida para a delimitação

O ponto de partida para a delimitação consiste na consideração do autor como figura central da realização do ilícito-típico e a consideração de participante como uma figura secundária no crime. Mas, nas palavras de OTTO, estes conceitos de figura central e figura secundária só podem ser averiguados mediante a descrição do facto relevante e da sua posterior compreensão conceitual. A lei dispõe que o autor comete o facto por si mesmo ou

através de outra pessoa enquanto o participante presta um auxílio no facto do autor. Por isso, a agressão que o cúmplice executa é acessória do facto do autor e é esta acessoriedade que possibilita refletir sobre o contributo cedido. Nos crimes por ação, a agressão acessória do bem jurídico concretizada pelo cúmplice é realizada mediante um favorecimento do facto do autor. Porém, é difícil equivaler o mesmo em caso de omissão pois não incide sobre o autor ou o seu facto, caso contrário seria cumplicidade ativa.

É necessário estabelecer a acessoriedade relativamente à omissão. O contributo que o garante omitente oferece para o resultado que o autor por omissão dolosamente leva a cabo, só pode ser considerado participação e ser uma figura secundária na medida em que esse apoio seja indireto. Subsiste uma dependência da punibilidade do omitente relativamente à do autor que atua por ação. Esta dependência não pode ser apenas fática, tem de ser concebida normativamente. No âmbito da participação por omissão, não importa a influência na vontade do autor ou o esforço necessário para alterar essa vontade, nem constatar o grau de dificuldade em fazê-lo, porque isso são circunstâncias fáticas que não permitem determinar e delimitar os conceitos, importa sim averiguar qual a forma que tomou o contributo para o facto.

Quando um terceiro atua ativamente pondo em causa o bem jurídico que é objeto de proteção pelo garante omitente, é necessário distinguir quem assume a posição central e secundária de responsabilidade. OTTO refere que parece adequado conceber o autor por comissão, que atua ativamente, como figura central do facto e aquele que omite intervir na vontade do que atua, como figura secundária. Figura secundária que se submete à vontade da figura central e que, por isso, fica na sua dependência. Mas isto sucede apenas nestes casos em que o garante omitente não tenha acesso imediato ao impedimento da concretização do resultado. Se para o garante for possível impedir o resultado sem ter de desenvolver uma influência imediata sobre a vontade do autor por ação e ele não age dessa maneira, então será responsabilizado como autor, a par do que comete o crime por ação.

Ao proceder à delimitação entre autoria e participação nos crimes por ação, desvela-se que se exige que o cúmplice tenha dado um contributo para a concretização do resultado, possibilitando-o, facilitando-o ou intensificando-o. Se estes critérios forem transferidos para o quadro da omissão, exigir-se-á que o garante que não possa impedir o resultado, possa dificultá-lo, com base na exigência da co-causação hipotética por ter omitido diminuir aquele risco. Mas o dever de dificultar o resultado não consiste em desenvolver uma atividade sem

sentido, uma atividade que aparentemente pode dificultar o facto mas que é irrelevante para o resultado. Este “dificultar o resultado” tem que ser perspectivado em prol do resultado: a intervenção do garante diminuirá o risco concreto de o resultado típico se produzir.

Conclui o autor que, a cumplicidade por omissão pressupõe que o cúmplice possa dificultar a concretização do resultado por parte do autor e que não o faça, não impedindo a lesão do bem jurídico. Ao não dificultar o facto do autor, aumenta as possibilidades do autor de concretizar o crime. A exigência de dificultar o facto na cumplicidade por omissão contrapõe-se à exigência de favorecer ou facilitar o facto no âmbito da cumplicidade por ação.

3. No ordenamento jurídico espanhol

Através do estudo realizado pelo juiz ESTÉBANEZ IZQUIERDO¹¹⁹ é possível constatar que o Supremo Tribunal Espanhol se posiciona no sentido de que o mero conhecimento da atuação criminosa de outrem, quando não se ocupe uma posição de garante que o obrigue a atuar, não converte o sujeito em coautor ou cooperador do autor material, a menos que leve a cabo alguma espécie de colaboração relevante para o facto¹²⁰. Não obstante, este tribunal refere que *«la participación omisiva en un delito de resultado ha sido generalmente admitida por la doctrina, incluso con anterioridad a la promulgación del Código de 1995»*¹²¹.

O TS condiciona a existência desta figura à verificação de uma verdadeira contribuição para o facto. Exigem-se alguns requisitos cumulativos: favorecimento da execução; vontade de facilitar a execução; infração de um dever jurídico de evitar o resultado¹²². Em determinadas situações, apesar de estar em causa um comportamento passivo, que é prescindível para a consumação do crime, denota-se um favorecimento do mesmo através dessa conduta de mera passividade. São casos em que o sujeito omitente

¹¹⁹ IZQUIERDO, José Manuel Estébanez, Unas notas jurisprudenciales sobre la complicidad omisiva como forma de participación delictiva, disponível online em <https://josemanuelestebanez.blogspot.com/2018/10/unas-notas-jurisprudenciales-sobre-la.html>.

¹²⁰ STS 14 de Abril de 2010.

¹²¹ STS 13 de Outubro de 1999.

¹²² *Ibidem*.

Relativamente ao dever de garante, cf. STS 11 de Maio de 1999.

parece conformar-se com o facto de o seu comportamento poder originar um risco ou perigo para terceiros, estando obrigado a impedir a produção da lesão do bem jurídico¹²³.

Importa destacar a posição do TS relativamente a um processo que envolveu o crime de violação, o qual condenou por cumplicidade por omissão um dos acusados no processo pelo facto de permanecer como espectador, presenciando a agressão que o seu companheiro exercia na vítima, num lugar onde ninguém, exceto ele, poderia ter intervindo de modo a auxiliá-la.¹²⁴

No que concerne à doutrina espanhola, destacar-se-ão algumas posições.

SANTIAGO MIR PUIG vai de encontro à posição que ROXIN defende, negando a possibilidade de participação através de uma conduta omissiva por entender que o sujeito que deixa de praticar uma ação não desencadeia com a sua inatividade nenhuma lesão ao bem jurídico¹²⁵.

SILVA SÁNCHEZ retira da reflexão sobre a participação por omissão conclusões semelhantes às de ROXIN, mas apresenta-as segundo motivos distintos dos que fundamentam as conclusões deste. SÁNCHEZ não considera que exista um dever de evitar o resultado, ele analisa as omissões através da perspetiva da estrutura dos próprios crimes por omissão. Crê que existe uma identidade normativa entre as condutas por ação e por omissão¹²⁶, que possibilita a comparação entre estas formas a partir da realização do núcleo do tipo. Aquele que tem a obrigação de zelar e proteger um determinado bem jurídico responderá por autoria, mesmo que a sua omissão seja relativa a um terceiro que pratica o crime. Significa que existirá autoria quando se verificar a mencionada identidade estrutural entre ação e omissão e, por outro lado, haverá lugar a participação por omissão quando o tipo exigir certos elementos especiais, que por não estarem cumpridos na pessoa do omitente, fazem excluir a sua punição como autor e abrem caminho à punição como participante.

ROBLES PLANAS refere que a delimitação entre autoria e participação será feita com base no significado da contribuição omissiva no facto cometido, o que significa que tudo irá depender do valor da omissão para o conjunto global do facto: *«si lo que convierte en típicamente prohibida a la conducta del omitente tiene una limitada capacidad de*

¹²³ STS 7 de Abril de 2010.

¹²⁴ STS 4 de Outubro de 2005.

¹²⁵ RASSI, João Daniel, A imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro, In Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p.189.

¹²⁶ SANCHEZ, Jesús Maria Silva, El delito de omisión: concepto y sistema, 2ª ed. Atualizada, 2ª Reimp., Editorial BdeF Buenos Aires, 2010, p.462 e ss.

configuración del hecho, estaremos ante un supuesto de participación por omisión. Si, en cambio, la razón por la cual la conducta del omitente está típicamente prohibida configura relevantemente el hecho, se tratará de una aportación de autoría»¹²⁷.

GIMBERNAT ORDEIG alerta para o facto de cada um ser responsável pelas suas ações, sendo que a autorresponsabilidade do terceiro impede que qualquer inatividade ou passividade do garante se converta em responsabilidade por omissão¹²⁸. Segundo este autor, quando um terceiro intervém ativamente, surge uma dificuldade maior em atribuir à omissão a causa da lesão do bem jurídico para caracterizar a autoria, restando apenas a participação. Nesse caso, a omissão deve facilitar a comissão do delito por parte do terceiro. Não basta a mera passividade do omitente porque se requer um elemento normativo capaz de qualificar essa passividade, numa colaboração ou contribuição para o delito.

Já para GUILLERMO CONTRERAS, quando a omissão tiver contribuído decisivamente para o resultado, existe autoria omissiva. Mas se essa omissão somente poderia ter dificultado a ação mas nunca impedi-la, então estamos perante participação por omissão¹²⁹. O autor refere que *«en la participación por omisión, hablamos de falta de control de un peligro ya iniciado para el bien jurídico. Esa ausencia de control es la que facilita el resultado (...) De ahí que, si asimilamos la estructura de la participación omisiva y activa, existe una equivalencia absoluta entre el hecho de no dificultar de forma omisiva la acción y la correspondiente participación comisiva que facilita la producción del resultado»¹³⁰.*

Tal como enuncia ROBLES PLANAS *«por regla general habrá participación por omisión en un delito comisivo cuando se trate de evitar que de un ámbito de organización surjan peligros que faciliten o favorezcan la conducta delictiva de terceros»¹³¹.*

4. No ordenamento jurídico brasileiro

¹²⁷ PLANAS, Ricardo Robles, Garantes y cómplices: La intervención por omisión y en los delitos especiales *apud* PORTILLA, Guillermo Contreras, “Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos”, In Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, vol.2, 2008.

¹²⁸ MESA, María José Rodríguez, Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho: Repercusiones en materia de autoría y participación, REDUR, 2013, p.121.

No mesmo sentido, PORTILLA, Guillermo Contreras, *op. cit.* (nota 127).

¹²⁹ PORTILLA, Guillermo Contreras, La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad, In El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, *apud* PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez, “Intervención y omisión”, In Derecho Penal y criminología, 2004, p.170.

¹³⁰ PORTILLA, Guillermo Contreras, *op. cit.* (nota 127).

¹³¹ RASSI, João Daniel, *op. cit.* (nota 125), p.198.

Segundo o autor NILO BATISTA¹³², a participação por omissão é tida em conta pela doutrina brasileira com subordinação aos esquemas da omissão imprópria, remetendo para a existência de um dever de garante por parte do omitente e ainda para a equiparação da omissão à ação. Posto isto, refere DAMÁSIO E. DE JESUS que é necessário que o comportamento negativo, a inatividade do omitente constitua uma infração de um dever jurídico, e completa HELENO FRAGOSO que «*pode haver participação por omissão, se o partícipe tinha o dever jurídico de impedir o resultado*»¹³³. Será com base nesse dever jurídico que o omitente possui que se distingue entre participação e a impunível “conivência”.

Não obstante, NELSON HUNGRIA revela que o critério do dever jurídico, embora seja essencial, não basta para proceder à delimitação em causa, afirmando que se exige ainda a “vontade de aderir à prática do crime”¹³⁴. ANÍBAL BRUNO atesta que na conivência não se constata nenhum dever jurídico mas somente uma atitude negativa, no sentido de não se fazer nada. Este autor admite dois grupos de casos que envolverão a punição da participação por omissão: no primeiro, está a conduta de «assistir ao facto delituoso para intimidar a vítima ou prestar auxílio eventual ao agente», e no segundo intervém o dever jurídico de atuar e evitar o resultado típico¹³⁵.

O garante que omite a ação que impediria o resultado é constituído autor e essa punição resulta da violação desse dever jurídico de evitar o resultado a que se encontrava adstrito. Mas se esse resultado foi produzido pela conduta dolosa de outrem, que atua como autor, exercendo domínio sobre o facto, então existem dois autores.

De modo contrário ao que pressupõe a doutrina brasileira predominante, NILO BATISTA expressa que «*onde exista o dever jurídico de impedir o resultado não haverá cumplicidade por omissão, mas poderá haver autoria pelo crime omissivo (autoria esta colateral à autoria daquele que por ação produz o resultado)*»¹³⁶. Tal assemelha-se a uma espécie de coautoria daquele que omite a ação que evitaria o resultado e daquele que pratica

¹³² BATISTA, Nilo, Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro, 3ª ed., Lumen Juris Editora, 2005, p.171 e ss.

¹³³HUNGRIA, Nelson/FRAGOSO, Heleno Cláudio, Comentários ao Código Penal, vol.1, Tomo II, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1978, p.636.

¹³⁴ HUNGRIA, Nelson/ DOTTI, Rene Ariel, Comentário ao Código Penal, vol. 1, Tomo II, 7ª ed., Rio de Janeiro: GZ, 2016 *apud* ROTH, Ronaldo João, “Participação por omissão e a responsabilidade penal nos crimes militares”, In Revista de Direito militar, AMAJME, 2019.

¹³⁵ BRUNO, Anibal, Direito Penal - I Parte Geral, Tomo II *apud* ROTH, Ronaldo João, *op. cit.* (nota 134).

¹³⁶ BATISTA, Nilo, *op. cit.* (nota 132), p.173.

a ação. Ambos seriam coautores: um por ação e outro por omissão. Mas se partirmos desta ideia, então deixa de fazer sentido o argumento de que o dever jurídico seria o elemento fundamental para a distinção entre participação por omissão e a mera conivência pois, passa a estar estabelecido que se há dever jurídico de evitar o resultado, a punição é a título de autoria. Se aceitássemos esta premissa, então não haveria espaço para a punição de participação por omissão, já que ou estaríamos perante um caso de autoria ou de conivência.

Por conseguinte, o que a conivência e a cumplicidade por omissão partilham é a inexistência do dever jurídico de evitar o resultado. Portanto, estabelecido está que não será esse elemento a proceder à distinção dos conceitos. No entendimento do autor, o elemento diferenciador consistirá no que designa de favorecimento objetivo e subjetivo: na conivência, *«a inércia do sujeito não representa objetiva cooperação para o delito, nem ele deseja cooperar, ainda quando, intimamente, espere que o delito se execute»*, na cumplicidade omissiva *«a inércia deve significar alguma cooperação, em congruência com um dolo que pode ser eventual»*¹³⁷. Para a verificação de cumplicidade omissiva, exige-se cooperação objetiva e o dolo do cúmplice, facilitando a execução do delito.

¹³⁷ *Ibidem*, p.174.

Conclusão: Um regresso ao acórdão do STJ de 15 de Abril de 2010

A presente investigação permite-nos concluir que a maioria da doutrina portuguesa que se debruça sobre a possibilidade de existência ou não de cumplicidade por omissão, o faz de forma breve e tende para a sua não punibilidade, a menos que o crime exija uma qualidade, dever ou intenção especial para que se possa considerar o agente como autor, devendo na falta de uma destas, o agente ser considerado apenas cúmplice. Afirmam estes autores que, em regra, a omissão levará à punição como autor e não como participante, assumindo a participação por omissão um carácter excecional que só terá aplicação na medida em que falte algum requisito necessário para fundamentar a autoria.

Outra parte da doutrina portuguesa, a que se manifesta minoritária, inspirada pela doutrina e jurisprudência alemã, crê que o que fundamenta a cumplicidade por omissão não é o facto de àquele agente faltar alguma qualidade, dever ou intenção especial que o constituiria autor, mas sim o facto de, apesar de possuir um dever de garante, manter-se inativo ou passivo relativamente à agressão ao bem jurídico que outrem exerce. O omitente favorece a conduta de outrem através da sua passividade, mas uma vez que não possui um domínio exclusivo do facto, deverá ser responsabilizado – à luz desta posição – como cúmplice e não como autor, pois autor será aquele que nesse momento concretiza a agressão e possui o domínio positivo sobre esta.

O exposto denota que, em qualquer caso, a doutrina portuguesa exige a verificação de um dever de garante para fundamentar quer a autoria quer a participação por omissão. Portanto, contrariamente ao que dispõem alguns autores estrangeiros, a delimitação entre autoria e participação por omissão, não passará aqui pelo requisito do dever de garante. Consequentemente, isto permite-nos deduzir que, de acordo com qualquer uma das posições defendidas pelo nosso ordenamento jurídico, não seria possível a punição do arguido no caso concreto por cumplicidade por omissão no crime de violação devido ao facto de que este não possui qualquer dever de garante que o obrigue a evitar o resultado.

Da mesma forma que a doutrina portuguesa impõe o requisito do dever de garante, também a maioria da doutrina e jurisprudência estrangeira o faz, independentemente das restantes distinções. Diferentemente, aponta-se a teoria de ROXIN, que crê na admissibilidade de cumplicidade por omissão mesmo sem a existência de dever de garante: se falta este dever de evitar o resultado e consequentemente não é possível a punição por autoria, então punir-

se-á por cumplicidade por omissão de modo a não deixar impune um comportamento reprovável. Se seguíssemos este entendimento, seria possível a punição do arguido como cúmplice por omissão tendo em conta a falta do dever de garante relativamente ao bem jurídico – a liberdade sexual da ofendida – e partindo também do pressuposto que a omissão do agente pretendia favorecer o facto alheio. Também NILO BATISTA aponta no mesmo sentido, revelando que na cumplicidade por omissão não existe nenhum dever jurídico de evitar o resultado, uma vez que se tal dever existir, a conduta é punida como autoria. Quando há uma passividade do agente, terá então de se avaliar se existe ou não um dever de garante sobre o bem jurídico: na hipótese de se verificar a existência deste, estaremos perante autoria por omissão; na hipótese de não se verificar, então só poderemos estar perante a cumplicidade por omissão ou a conivência. O que distingue estes dois conceitos é a atitude do agente. A sua conduta constitui cumplicidade na medida em que além da passividade, coopere dolosamente no facto de outrem. Mais uma vez, esta seria uma perspetiva aplicável ao caso concreto: o arguido não possui um dever de garante mas a sua atuação, que se manifesta na mera passividade ou inatividade em relação à ofensa que outrem comete, pode ser vista como uma cooperação dolosa com o crime, um favorecimento do mesmo, na medida em que 1) mantém-se inativo à porta do estabelecimento, mas tem conhecimento da prática do crime de violação, tendo até a ofendida alegado que lhe era possível observar esta ocorrência pelo facto de o local ser amplo e manter as portas abertas, e 2) a sua passividade pode ser ponderada como uma cooperação dolosa com o crime, um favorecimento do facto do autor, do ponto de vista de que esta inércia situada exatamente à porta do estabelecimento pode significar um ato de vigia e de controlo sobre a entrada de agentes da autoridade ou até de terceiros que possam denunciar a prática do crime. Esta atitude é passível de conceder mais segurança aos autores do crime, visto que os mesmos entendem que serão alertados para a interrupção do crime e para a fuga no caso da aproximação de estranhos ao local. Além disso, é muito provável que a presença do arguido signifique um estímulo para os autores no prosseguimento da conduta criminosa.

É notável o contributo que a jurisprudência e a doutrina alemã cederam, o que se denota na constatação de que é este ordenamento que inspira parte da doutrina portuguesa e a maioria da doutrina espanhola e brasileira. Os autores alemães debruçaram-se sobre esta questão de forma mais intensa, tendo procedido à elaboração de diversas teorias, superando críticas e oposições de forma a obter um melhor entendimento do tema. Apesar da

diversidade de teorias que os vários autores apresentam, há um ponto de partida em comum que faz com que não se possa no caso em apreço aplicar a cumplicidade por omissão e que é o mesmo que se exige de acordo com as posições portuguesas: o dever de garante.

Especialmente, quanto ao ordenamento jurídico português, surge a necessidade de densificar a questão da cumplicidade por omissão e superar as falhas existentes nas teorias indicadas, tanto pelo nosso ordenamento como pelos restantes. Isto porque a sua impunidade significará a total impunidade da conduta, quando não se possa punir alguém como autor, o que será passível de constituir uma lacuna. Neste sentido, poderá pôr-se em causa as exigências de prevenção geral positiva que cabe ao Direito Penal cumprir, uma vez que a impunidade de uma conduta típica e ilícita, reprovável e que tem ocorrido diversas vezes como ocorre com os crimes sexuais, fará com que se deixe cair no vazio a importância do bem jurídico tutelado e ainda com que a comunidade deixe de confiar na efetiva tutela destes bens. A reflexão mais extensiva sobre esta questão passaria por ponderar se a cumplicidade por omissão não deveria solicitar requisitos menos exigentes do que a autoria por omissão, por virtude de se tratar de uma conduta com menor gravidade e, tal como na cumplicidade ativa, constituir apenas um favorecimento ao facto de outrem, merecendo também uma pena distinta e mais atenuada.

«A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo».

Albert Einstein

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3ª ed., atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

APAV, Estatísticas APAV, Relatório anual de 2020, disponível online em https://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2020.pdf.

ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, In Revista Julgar, n.º 12 (especial), 2010.

ANTUNES, Maria João/ FIDALGO, Sónia, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, In Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: tendências de reforma – Colóquio em homenagem ao instituto brasileiro de ciências criminais, IBCCRIM, São Paulo, 2008.

BATISTA, Nilo, Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro, 3ª ed., Lumen Juris Editora, 2005.

BELEZA, Teresa Pizarro/ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, Comparticipação, pessoas coletivas e responsabilidade: 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social, Coimbra: Almedina, 2015.

CAEIRO, Pedro/ FIGUEIREDO, José Miguel, Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau, In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 26.º, n.º1 a 4, 2016, disponível online em https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2016_Ainda_dizem_que_as_leis_nao_andam.pdf.

CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho - Alterações Legislativas - Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, Junho de 2019, disponível em

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765231524254454e51566b51765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334e686279396c4f5451794d5449784e43316d4d54526d4c5451304e6a51744f4449334f5330314e475a6c5a544a6c5a6d4d304e6a6b756347526d&fich=e9421214-f14f-4464-8279-54fee2efc469.pdf&Inline=true>.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito penal: parte geral – questões fundamentais, teoria geral do crime*, 3ª ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2016.

Código Penal de 1852, disponível online em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

CORREIA, Eduardo, “Problemas fundamentais da comparticipação criminosa”, In *Revista de direito e de estudos sociais*, Coimbra: Atlântida, 1948-1949.

COSTA, António Manuel de Almeida, “Ilícito pessoal, imputação objetiva e comparticipação em Direito Penal”, Almedina, 2014.

COWLER, Christopher, “Complicity and rape”, In *The journal of criminal law*, disponível online em <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0022018318819149>.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal: parte geral, tomo I, questões fundamentais, A doutrina geral do crime”, Gestlegal, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Nótula antes do artigo 163.º”, In *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Vol. I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COSTA, José Francisco de Faria, “Formas do crime”, in *Jornadas de direito criminal – O novo Código Penal Português e legislação complementar, fase I*, Lisboa, 1983.

COSTA, José Francisco de Faria, Omissão: reflexões em redor da omissão imprópria, Coimbra, 1996.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Lições de Direito Penal: parte geral, Lisboa: Edições Almedina, Reimp., 2010.

GALVÃO, Fernando, Direito Penal: parte geral, 8ª ed., D'Plácido, 2017.

GARCIA, M. Miguez/ RIO, J.M. Castela, Código Penal: parte geral e especial – com notas e comentários, 2ª ed., Almedina, 2015.

GOMES, Daniela Madeira Balsinhas de Ávila, O crime de violação, À luz da lei n.º101/2019 de 6 de setembro, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

HERRING, Jonathan, Criminal law: text, cases and materials, 5ª ed., Oxford University Press USA, 2012.

HUNGRIA, Nelson/ FRAGOSO, Heleno Cláudio, Comentários ao Código Penal, vol.1, Tomo II, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1978.

IZQUIERDO, José Manuel Estébanez, Unas notas jurisprudenciales sobre la complicidad omisiva como forma de participación delictiva, disponível online em <https://josemanuelstebanez.blogspot.com/2018/10/unas-notas-jurisprudenciales-sobre-la.html>.

JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal: parte general, tradução de Miguel Olmedo Cardenete (Universidade de Granada).

LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da liberdade sexual”, disponível online em https://www.researchgate.net/publication/263276823_A_Tutela_Penal_da_Liberdade_Sexual.

LOPES, José Mouraz, Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal, 3ª edição, Coimbra Editora, 2002.

MACHADO, Miguel Pedrosa, Formas do crime – textos diversos, Cascais: Principia, 1998.

MESA, María José Rodríguez, Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho: Repercusiones en matéria de autoría y participación, REDUR, 2013.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal: Parte general, Barcelona: Editorial Reppertor, 2016, 10ª ed.

MORÃO, Helena, Autoria e execução comparticipadas, Coimbra Editora, 2014.

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, O direito penal sexual: conteúdo e limites, Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

NUNES, Duarte Rodrigues, Curso de Direito Penal: parte geral: tomo I, questões fundamentais, Teoria Geral do Crime, 1ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2021.

ORDEIG, Enrique Gimbernat, Autor y complice en derecho penal, Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966.

OTTO, Harro, Complicidad por omisión, originalmente publicado na revista JuS (Juristische Schulung), fascículo 4/2017, com o título “Beihilfe durch Unterlassen”. Tradução de José R. Béguelin (Universidade de Buenos Aires).

PALMA, Maria Fernanda, “Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre a violência doméstica e crimes sexuais – O Direito Penal da intimidade sexual e familiar”, in Revista Anatomia do Crime, nº 9, Janeiro-Junho, 2019.

PALMA, Maria Fernanda, Direito penal: parte geral – a teoria geral da infração como teoria da decisão penal, 5ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez, “Intervención y omisión”, In Derecho Penal y criminología, 2004.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, A relevância da desistência em situações de comparticipação: um estudo sobre a validade e limites da solução consagrada no artigo 25.º do Código Penal de 1982, Coimbra: Almedina, 1992.

PORTILLA, Guillermo Contreras, “Complicidad omisiva de garantes en delitos comissivos”, In Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, vol.2, 2008.

RAMOS, Fernando João Ferreira, “Notas sobre os crimes sexuais no projeto de revisão do código penal de 1982”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 3, Fasc. 1, 1993.

RASSI, João Daniel, A imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro, In Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

RODRIGUES, Marta Felino, A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs, Coimbra: Almedina, 2000.

ROTH, Ronaldo João, “Participação por omissão e a responsabilidade penal nos crimes militares”, In Revista de Direito militar, AMAJME, 2019.

ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidade de Estremadura).

SANCHEZ, Jesús Maria Silva, El delito de omisión: concepto y sistema, 2ª ed. Atualizada, 2ª Reimp., Editorial BdeF Buenos Aires, 2010

SANTOS, Manuel Simas, Direito Penal de Angola, Lobito: Escolar editora, 2021.

SANTOS, Manuel Simas/ LEAL-HENRIQUES, Manuel, Código Penal anotado, Vol.1, Rei dos livros, 2014.

SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “Código Penal Anotado”, vol. 3, 4ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

SECCO, António Luiz de Sousa Henriques, Código Penal Português: precedido pelo decreto com força de lei de 10 de dezembro de 1852 seguido de um appendice e anotado, 6ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 1881.

SILVA, Germano Marques da, Direito penal português – parte geral, II, teoria do crime, Editorial Verbo, 1998.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista: a propósito do acórdão do tribunal da relação do Porto, de 13 de Abril de 2011”, In Revista do Ministério Público, Ano 32, n.º 128, 2011.

“Theoria da cumplicidade”, in Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, 1876.

Jurisprudência

- Em Portugal

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Abril de 2010, processo n.º 1423/08.2JDLSB.L1.S1, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/703F17A02FAA93E88025771C0032A690>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Março de 2004, processo n.º 04P136, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4b0852b0f6ec2a5d802571b8004f378f>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Março de 2006, processo n.º 4413/05.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Novembro de 2017, processo n.º 238/16.9PDPRT.P1, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9be58c0600b02193802581e8003dbec9?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Novembro de 2000, processo n.º 0059249, disponível online em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/154b6f05a4388a0980256b17004bc326?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2009, processo n.º 1423/08.2JDLSB.

- Em Espanha

Sentença do Tribunal Supremo de 14 de Abril de 2010.

Sentença do Tribunal Supremo de 13 de Outubro de 1999.

Sentença do Tribunal Supremo de 11 de Maio de 1999.

Sentença do Tribunal Supremo de 7 de Abril de 2010.

Sentença do Tribunal Supremo de 4 de Outubro de 2005.