

A omissão e o princípio da legalidade

Ricardo Oliveira Sousa
Jurista no Banco de Portugal

SUMÁRIO: 1. Enquadramento; 2. O tipo objectivo do crime omissivo; 2.1. A ausência de acção esperada; 2.2. A possibilidade fáctica de agir; 2.3. A imputação objectiva; 2.4. A posição de garante; a) a teoria formal do dever jurídico; b) a teoria das funções; c) a teoria “material-formal”; d) a teoria normativista de Jakobs; e) as posições de garante no código penal português; 3. Conformidade do art. 10.º ao princípio da tipicidade; Bibliografia.

SIGLAS UTILIZADAS

AA.VV.	Autores Vários	pp.	Páginas
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa	reimp	Reimpressão
Ac.	Acórdão	RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
art.	Artigo	RMP	Revista do Ministério Público
arts.	Artigos	RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra	ss.	Seguintes
CEJ	Centro de Estudos Judiciários	STJ	Supremo Tribunal de Justiça
CJ	Colectânea de Jurisprudência	TC	Tribunal Constitucional
CP	Código Penal	trad.	Tradução
Dir.	Direcção	trad. cast.	Tradução para castelhano
ed.	Edição	TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
ob. cit.	Obra citada	TRE	Tribunal da Relação de Évora
p.	Página	TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
		TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
		TRP	Tribunal da Relação do Porto
		Vol.	Volume

[1] Na sistematização proposta por Jescheck (HANS-HEINRICH JESCHECK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff im dogmengeschichtlicher Entwicklung*, Eb. Schmidt-FS, 1961, p. 140 *apud* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 251).

[2] Teria, assim, que ser capaz de abranger todas as formas de comportamento punível, activa e omissiva, dolosa e negligente (função de classificação), que possuir a capacidade de abarcar os elementos caracterizadores posteriores (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade) sem os determinar previamente (função de definição e ligação) e, por último, teria que ser capaz de excluir todos aqueles comportamentos que não fossem penalmente relevantes, como os acontecimentos naturais ou os comportamentos de animais, por exemplo (função de delimitação).

[3] Como Radbruch, ou, entre nós, Figueiredo Dias (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral* (...) ob. cit. pp. 235-260).

[4] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral* (...) ob. cit. p. 260.

I. ENQUADRAMENTO

É possível conceber a construção da estrutura do crime de duas formas distintas: (i) encontrar uma definição geral de *acção* prévia a todo o sistema, na qual entronquem e se ancorem os demais conceitos e elementos necessários àquela construção (ilicitude, tipicidade, etc.); ou (ii) prescindir desse conceito, substituindo-se o papel central da *acção* por um conceito de tipicidade que englobe aquela função de sistematização.

Para se seguir o primeiro caminho, o conceito de *acção* teria que ser um tal que, fosse capaz de exercer (i) uma função de classificação, (ii) uma função de definição e ligação e (iii) uma função de delimitação^{[1][2]}. Contudo, atentas as dificuldades evidenciadas pela construção de um conceito de *acção* que satisfizesse todas as funções atrás mencionadas, diversos autores^[3] propõem a substituição do conceito de *acção* neste papel sistematizador pelo conceito de realização do tipo de ilícito, “*passando a caber ao conceito de acção apenas “a função de integrar, no âmbito da teoria do tipo, o meio adequado de prospecção da espécie de actuação”* (56); ou, dentro das expressões funcionais de Jescheck que vêm sendo utilizadas, passando a caber-lhes apenas uma certa (e restrita) função de delimitação,”^[4]. Porém, ao refutar esta função sistemática do conceito de *acção*, estes autores não pretendem torná-lo irrelevante à construção da teoria do crime, deixando intacta a função de delimitação da *acção* pela qual se averigua se um qualquer comportamento transpõe o limiar da relevância como comportamento punível em situações de comportamentos reflexos, inconscientes e automáticos. Isto porque, um “*juízo de imputação penal que prescinda, em qualquer uma das suas fases, da possibilidade*

de relacionar o seu conteúdo com os sentidos conferidos pela linguagem e pelo uso social às diversas formas comportamentais, dificilmente atingirá a funcionalidade pretendida — a sua compreensão e aceitabilidade — e, sobretudo, dificilmente alcançará plena validade numa perspectiva de justiça.”^[5].

Reconhecida a centralidade do conceito de acção na delimitação das condutas penalmente relevantes, a primeira questão que se coloca será a de saber se no conceito de acção caberão também as condutas omissivas uma vez que, numa análise puramente física, o comportamento omissivo caracterizar-se-á justamente pela inexistência de comportamento. Contudo, à semelhança do que sucede com a acção, a omissão não deverá aqui ser entendida em termos puramente naturalísticos, mas ganhando uma natureza normativa ou imbuída de valores jurídico-penalmente relevantes. De tal forma que, se recorrermos à formulação teleológica e funcional-racional de Figueiredo Dias, a construção da omissão não se reportará, do ponto de vista jurídico-penal, à inactividade do agente, mas antes à acção juridicamente esperada e devida^[6].

Poderíamos assim sintetizar o que se deixou dito até aqui com a formulação de que, para o direito penal, a par das acções tipificadas na lei penal, serão juridicamente relevantes todas as omissões que correspondam a acções juridicamente esperadas e devidas pelo ordenamento penal.

Distinguir umas e outras não se afigurará, por via de regra, uma tarefa difícil porquanto, independentemente de a sua relevância para efeitos penais ser determinada pelo sentido que carregam, a sua base naturalística permitirá identificar com facilidade se as mesmas correspondem a um agir físico e causalmente determinado do agente (caso em que estaremos perante uma acção) ou se, ao invés, estaremos perante uma inacção, um não fazer, desse mesmo agente (caso em que estaremos perante uma omissão).

[5] MARIA FERNANDA PALMA, “A teoria do crime como teoria da decisão penal: reflexão sobre o método e o ensino do Direito Penal”, *RPCC*, Ano 9, 4.º (1999), (523-603), p. 540.

[6] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral* (...) ob. cit. p. 251. A solução não será substancialmente diversa se o conceito de acção for construído em torno de um conceito *final* de acção ou um conceito *social* de acção, como se deixará evidenciado *infra*.