

# Viagem ao Oriente através da Dogmática

## — Um passeio pela região da Omissão —

José Faria Costa

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

1. A simbologia com que o Oriente carregou o imaginário dos povos e civilizações Ocidentais foi sempre asa, foi sempre vento que se recebia com bênção dos deuses. E se nós, nas palavras de Álvaro de Campos, somos “Símbolos. Tudo símbolos / Se calhar, tudo é símbolos...” e se, para além disso temos ainda legitimidade para responder, tal como na altura fazíamos, pela voz de Camões, que “Portugueses somos do Ocidente / Imos buscando as terras do Oriente”, então, esta viagem ao Levante através da dogmática penal talvez tenha razão de ser.

Todavia, ela é a negação da evidência e, talvez por isso, se postule como o indefinível dos inversos que são imagem de espelho, de mil espelhos, de infindáveis sombras que se escondem por detrás de biombos. Mas uma coisa é imorredoiramente real: a viagem existiu e não foi, por certo, a caravela da dogmática penal que nos trouxe. Muito prosaicamente, quem nos fez chegar à foz do rio das Pérolas foi, primeiro, o avião e depois o jet-foil. De sorte que a viagem não é imaginária, mas não será simbólica? Então como podemos – pobres de nós – querer viajar ao Oriente pela mão da dogmática penal? Que sentido tem pensar que a teoria geral da infracção penal nos deve levar ao imaginário Oriente? E quando esse imaginário deixa de o ser e passa a real verdadeiro mais duro e premente que a beleza cintilante do Sol poente em areias do deserto, que podemos fazer? Quando já se está, precisamente, no lugar do sonho em vigília? O Oriente, então, é um ponto, um sítio, igual a tantos outros, onde tudo cabe, até a dogmática penal. O Oriente, transmuda-se em razão de conveniência para se falar de dogmática penal quando trilhamos os caminhos das pegadas de todos, tantos, que tiveram antes e que seguramente estarão depois de nós. Deste jeito, a axiomática da infracção penal já não serve para navegar: e antes causa de viagem. E todavia. Todavia, quer a vejamos como princípio de partida, quer a olhemos como meio de chegada a um cais

verdadeiro, vale a pena vir a Macau falar de dogmática penal porque o tempo é de presença/ausência, o tempo é de semeadura, o tempo é do novo Código Penal.

2. É ponto assente, por conseguinte, que em nome do entendimento das coisas comuns, das coisas que nos interessam, que interessam ao direito, e muito particularmente ao direito penal, não podemos viajar ao Oriente através da dogmática penal. Mas não é também ânimo menos seguro o facto de que podemos viajar – e é esse o nosso propósito – dentro do Título II do novo Código Penal de Macau. Daí que as palavras que enunciam a comunicação que vos trago seja só o topes da límpida manifestação de fazer convosco um passeio diferente. De irmos todos percorrer, com mais ou menos fadiga, mas, certamente, com gosto, os caminhos de uma pequeníssima parte da teoria geral da infracção desenhada no actual Código Penal de Macau. Para isso, e porque é bom sabermos, à partida, as fronteiras, dir-se-á, utilizando, aliás, uma sinalética muito cara aos juristas, que as nossas veredas se cruzam e revolteiam entre duas balizas: entre o artigo 9º e o artigo 38º do Código Penal. Todavia, mesmo assim, tais limites bordejam um campo normativo demasiado vasto para os nossos propósitos. Os carreiros que iremos percorrer ficam mais à soleira da porta. Ficamo-nos por um percurso que se limita ao facto e à sua exacta negação, ao *omittere*, se bem que ambos envolvidos, momentaneamente, pela problemática do dolo e da negligéncia.

É chegado o momento, então, de avançarmos. É chegado o momento de percorrermos, seguros já das referências, os caminhos daquela bem delimitada região normativa.

3. O legislador começa, coerentemente e segundo os actuais cânones da arte, por definir o facto em muitas das suas dimensões. Isto é: recortam-se, com rigor, as situações em que o facto, jurídico-penalmente relevante, pode ser considerado *ilícito e culposo*.

Está-se, pois, perante o jogo plural de um conjunto de definições que se introduzem, depois da salutar ruptura iluminista, no discurso jurídico-penal legislativo, de modo a consagrar a certeza e a segurança na aplicação do direito penal. Daí que, por exemplo, em consonância com uma linha dogmática há muito assumida e que julgamos ser frutuosa, o legislador defina dolo (artigo 13º) e negligéncia (artigo 14º) através de formulações rigorosas que nem por isso laqueiam o avanço e o estudo doutrinais.

É claro que toda e qualquer definição, tal como toda e qualquer proposição teleologicamente enfeudada representam opções político-legislativas, mesmo que se apresentem revestidas das formas mais anódicas.

No entanto, uma coisa é o reconhecimento daquela incontornável



realidade, espessa, dura – isto é, não há definições legais desinteressadas ou intencionalmente neutras –, outra, bem diversa, é usar a formulação definitória para impor caminhos que não competem ao legislador, antes à doutrina ou à jurisprudência. Contudo, ao definir, normativamente, as matérias do dolo e da negligéncia, bem andou o legislador já que se manteve, com escrúpulo, no seu estrito campo de actuação. De sorte que o intérprete, ao arrancar daquelas definições, as não deve ver – porque de certeza não é essa a intencionalidade legislativa – como cristalizações imutáveis de um real construído pelo legislador, antes tem por obrigação valorá-las como peças fundamentais para um exacto recorte dos conceitos operatórios mais aptos a aplicar o direito penal justo. Nada menos do que isso, mas também, por certo, nada mais do que isso.

O coerente desenvolvimento das ideias que se expressam quanto à bondade das definições leva-nos a que paremos, por momentos, de modo a olhar, precisamente, para o dolo e para a negligéncia.

Assim, ressalta como linha da arquitectura legal do dolo o traço de uma compreensão tripartida – dolo directo, artigo 13º, nº 1; dolo necessário, artigo 13º, nº 2; dolo eventual, artigo 13º, nº 3 –, enquanto a negligéncia se cinge a uma divisão minimalista – negligéncia consciente, artigo 14º, nº 1 e negligéncia inconsciente, artigo 14º, nº 2. Ora se o pano de fundo dogmático, no qual se apoia o legislador, foi, como pensamos, o de facilitar a inequivocidade da real intencionalidade de cada uma daquelas figuras, então, acrescentou-se, aqui, uma mais-valia de certeza e segurança. Porém, é preciso não só estar atento à tendencial inércia interpretativa e consequentemente contra ela lutar, mas, sobretudo, estar aberto e receptivo ao entendimento de que o âmbito definitório circunscrito pelo acto legiferante na Parte Geral não esgota o sentido classificatório marcado pelo próprio legislador. Queremos com isto significar que, se por exemplo, quanto à negligéncia somos surpreendidos, como se viu, na Parte Geral unicamente por duas categorias (negligéncia consciente e negligéncia inconsciente), isso não implica que não tenhamos de repensar, e de repensar em toda a linha, a estrutura material daquela(s) categoria(s) quando na Parte Especial nos deparamos com a figura da chamada *negligéncia grosseira* (artigos 134º e 315º, do Código Penal). O que demonstra, para lá daquilo que já deixámos referido, que a Parte Geral só ganha pleno sentido no momento em que é confrontada com a densidade problemática inerente à Parte Especial.

4. Mas se as formas primeiras de sustentar a censura subjectiva – referimo-nos, é evidente, ao dolo e à negligéncia – constituem um dos marcos incontornáveis para que se possa fazer a imputação, penal relevante, de um facto ao agente, não é menos verdade que a problemática em redor da própria noção de *facto* se apresenta complexa e sobre ela também o legislador tomou, através de formulações legislativamente arrojadas, posição, não só político-legislativa, como até comedida posição dogmática.

Se é certo que o direito penal deste fim de milénio é, felizmente, um direito penal do facto, urgia, por isso, que a aparente nudez desse mesmo facto fosse trabalhada pelo próprio legislador. E é justamente nesta linha de adensamento e de não menos exacta definição das condutas – dos factos – que nos deparamos no artigo 9º com a regulamentação das situações em que o *omittere* é equiparado ao *facere*. Através desta norma, que em si mesma, expande as margens da punibilidade, reconhecemos uma específica intencionalidade político-legislativa e no recorte do seu manuscrito regime podemos surpreender o enfoque dogmático sobre o qual gira a equiparação da omissão à acção no actual Código Penal, qual seja a existência de um dever jurídico de garantir pela não produção do resultado que recaia sobre o omitente. É, pois, nesta categoria dogmática – claramente assumida como o único elemento capaz de dar consistência à própria imputação do resultado sem resvalar em uma responsabilidade sem tipicidade ou em uma tipicidade diminuída o que, em bom rigor, é o mesmo – que encontramos uma razão de ser para que um *non facere* possa merecer o mesmo desvalor, quer de omissão, quer de resultado, que o próprio *facere*.

A irrepreensibilidade desta equiparação manifesta-se, já o vimos, na clareza com que se exige o elemento nuclear para que uma tal equiparação possa ter lugar, mas também não deixa, de certa maneira, de se manifestar na possibilidade que se abre, por mor do nº 3 do artigo 9º, de a pena poder ser especialmente atenuada. Esta solução legal arranca, quanto a nós, de dois pressupostos fundamentais que, apesar de tudo, destrinçam o *facere* do *omittere*. O primeiro reside na determinação do carácter onto-tropológico que o *facere* consigo carrega e que o *omittere*, obviamente, não pode para si reivindicar. O *omittere*, jurídico-penalmente relevante, é um real construído cuja relevância resulta da transferência da equiparação axiológica tendo em conta a proibição dos resultados. Ou seja, ao Direito penal tanto monta a conduta que produz o resultado proibido como a omissão que o deixa ter lugar. O que, tudo somado e se bem virmos, se afigura interessante, já que é um afloramento, para não sermos mais afirmativos, de que o desvalor de resultado, que não o de acção e muito menos o da intenção, é a pedra de toque, o ponto nevrálgico, do sentido último que procuramos para o juízo de ilicitude. O segundo afirma-se na diferente ressonância ética com que o *facere* e o *omittere* são envolvidos e valorados pela consciência colectiva. Ninguém duvida, ou melhor, para uma quase totalidade da comunidade afigura-se líquido que, por exemplo, o homicídio levado a cabo por acção, se comparado com o perpetrado por omissão, deve ser mais fortemente punido. Há no *facere* um transporte de energia e uma realização que se cristalizam em alterações do real verdadeiro e que determinam que o valor ou o desvalor que geram ganhem uma densidade que o *onitttere* não pode beneficiar.

É interessante verificar, a outra luz, que, dentro de uma compreensão global dos comportamentos e na medida em que todas as condutas – logo, também os comportamentos criminais – só podem ser valoradas se contextualizadas, se torna de meridiana clareza serem igual valência quer o



*omittere*, quer o *facere*. Ambos são, digamo-lo de forma sintética, expressões comportamentais ou, se quisermos, puras manifestações de relações comunicacionais.

No entanto, há, aqui, uma vez mais, que separar as águas. O fazer revela-se, sem dúvida, através de uma qualquer conduta, só que esta conduta arrasta, implacavelmente, uma mudança no mundo exterior do real verdadeiro. O *omittere* é de igual modo – desde que olhado pela óptica de uma apreensão global da vida enquanto *communicatio* – uma manifestação inequívoca do modo-de-ser humano, um comportamento que, como tal deve ser lido e valorado mas que não desencadeia, não causa, só por si, alterações ao mundo exterior, alterações ao real verdadeiro.

É ainda em homenagem a uma verdadeira discrepância ôntica que encontramos o legislador a dizer que uma tal equiparação se não faz se a intenção da lei for, precisamente, no sentido de não aceitar aquela precisa equiparação. Vale por dizer: através de um real construído a lei cria, simultaneamente, uma equiparação e uma escapatória à sua utilização. Simplifiquemos, porém, o discurso legal, desimplicando a sintaxe normativa expressa no artigo 9º. Assim, aquele comando legal pressupõe duas coisas, para mais de meridiana evidência: a primeira, que há crimes de resultado para os quais vale a regra da equiparação, a segunda, que há crimes de resultado para os quais não vale a regra da equiparação. E como poderemos saber se está perante uma ou outra daquelas categorias de infracções? A resposta, em uma aparente, mas só aparente, simplicidade é-nos dada quando se prescreve “salvo se outra for a intenção da lei”.

Sucede, porém, que a resposta à pergunta anterior gera, ela mesma, uma outra pergunta, qual seja: quando ou de que maneira estamos habilitados a saber se a chamada intenção da lei é ou não a de rejeitar a equiparação da omissão à acção nos crimes de resultado? A esta nova pergunta o legislador, obviamente, nada diz. O que implica, se bem vemos, a afirmação e a consagração da pura interpretação como elemento integrador da tipicidade. Situação normativa que, em boas contas, mais não é do que um afloramento daquilo a que já chamamos a tipicidade diminuída. Aprofundemos, todavia, esta questão, já que ela constitui, sem dúvida alguma, um ponto merecedor desse estudo.

4.1. Todos sabemos, pelo menos para uma larga parte do pensamento penal mais aberto às novas correntes metodológicas, que a qualificação de uma conduta como comportamento subsumível a um tipo legal de crime é, fundamentalmente, um acto de interpretação que se não confunde, sem contudo dela prescindir, com a mera subsunção. Porém, o acto de interpretação capaz de qualificar um comportamento como criminoso beneficia dessa notável conquista do pensamento das Luzes que se traduz na aceitação irrestrita do princípio da tipicidade. O que é o mesmo que dizer que todos os elementos que integram a conduta proibida têm de estar, inequivocamente, descritos na norma de proibição.

Ora, o problema que se coloca, quando nos defrontamos com a parte final do sentido normativo expresso no nº 1 do artigo 9º, é já o de uma interpretação de 2º grau. Ou seja, não se trata de saber se, na singeleza de uma primeira apreensão, o comportamento é ou não subsumível à factualidade típica, trata-se de indagar, o que é uma tarefa bem mais complexa e árdua, se a norma de proibição de resultado é ou não refractária à equiparação da omissão à acção.

Este é, pois, dentro do mundo do direito penal e na verdadeira acepção da palavra, um salto qualitativo no acto de interpretar. Sucedeu, porém, ser legítimo interrogarmo-nos se uma tal plasticidade interpretativa não fragiliza em demasia o princípio da tipicidade, fazendo com que, dessa maneira, se estilhaçe o próprio princípio que, como se não desconhece, é considerado como uma das traves-mestras estruturantes de todo o direito penal moderno.

É claro que a dúvida e as perplexidades interpretativas com que nos debatemos foram de há mito colocadas, pela voz de Figueiredo Dias, no seio do pensamento penal português. Todavia, se é certo que, em princípio, a problemática, se bem que se não suscite ou se não agudize quando estamos perante crimes de causação livre – v.g., homicídio, ofensas corporais – e se coloca, primacialmente, sempre que nos defrontamos com os chamados crimes de causação vinculada – v.g., crimes sexuais, burla – não é menos verdade que o problema da fragilidade do princípio da tipicidade, embora só circunscrito a este último caso, nos aparece em toda a sua amplitude. Para além de que, em nosso juízo, se podem talvez pôr problemas de interpretação de 2º grau, mesmo quando estamos perante uma infracção de causação livre.

Será que, por exemplo, os chamados crimes contra a honra pode ser praticados por omissão? Ou, ao invés, a estrutura normativa destas infracções impede, em absoluto, que se possa levar a cabo, através de um *non facere*, uma injúria (artigo 175º) ou uma difamação (artigo 174º).

4.1.1. É comum aceitar-se, nomeadamente quanto à injúria, que uma tal infracção pode ser praticada por meio de uma omissão. E o exemplo de escola salta imediatamente para o discurso argumentativo. Diz-se, então, que, se, em uma cerimónia pública protocolar onde é suposto uma determinada pessoa obter cumprimentos, essa precisa personagem não estender a mão a alguém que a vai cumprimentar está, em princípio, a cometer um crime de injúria por omissão.

Ora, independentemente de considerarmos que a solução encontrada é aquela que deve ser vista com a mais correcta de um ângulo político-criminal, julgamos que isso se deve, não à afirmação de que sempre nos crimes de causação livre é possível e desejável, por força da lei, uma equiparação da omissão à acção, mas antes à intromissão de uma outra norma, também ela, sintomaticamente, de equiparação que prescreve o seguinte “à difamação e injúria verbais são equiparadas as feitas por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão”.

Efectivamente, em nosso juízo, se não existisse uma norma com o conteúdo que é expresso pelo artigo 176º, muito dificilmente poderíamos dizer que o não cumprimento de mão representaria – como, sem margem para dúvidas, o exige o tipo – a imputação de um facto a outra pessoa. Parece, por conseguinte – e a prova disso mesmo poderá talvez perceber-se pela existência da norma do artigo 176º – que, nos crimes de difamação e injúria, não tem lugar a omissão, já que a intenção da lei, apreendida no seu sentido mais imediato, a isso levaria. Só que o legislador sentiu absoluta necessidade de equiparar à expressão verbal injuriosa ou difamatória toda e qualquer outra desde que perpetrada por um indeterminado e indiferenciado meio de expressão. Ou seja: a injúria é susceptível de punição por omissão, não porque o permita, imediatamente, o âmbito de protecção da norma, sustentada pelo artigo 9º, mas antes porque aquele âmbito é alargado através da norma que o artigo 176º consagra. E isso porque, voltando à nossa ilustração, o não cumprimento de mão – isto é, a precisa omissão contextualizada – pode ser visto e valorado, em termos de relação comunicacional, como um meio de expressão.

Uma tal interpretação – a interpretação que resulta de uma análise atenta e cuidadosa do artigo 176 – deve ser sempre restritiva, diríamos mesmo fortemente restritiva, e, nunca por nunca, deve esquecer a contextualização em que o *omittere* tem lugar. O jogo, talvez necessário, entre os actos merecedores de censura ético-jurídica e o abrandamento da rigidez da tipicidade diminuída não pode, em caso algum, abandonar uma regra, um limite, qual seja: o da precisão na definição legal dos elementos do tipo.

Julgamos, assim, ter ficado demonstrado que a questão da ressalva veiculada, *in fine*, pelo artigo 9º, pode abranger todos os crimes de resultado. No entanto, a verificação desta realidade normativa que consequências poderá trazer em ordem a conseguir-se uma melhor hermenêutica, se bem que jurídico-penalmente empenharia na justa aplicação do direito penal?

4.2. Cremos, dentro deste quadro de valoração e de análise, que o que importa sublinhar não é tanto a redundância de uma tal ressalva, mas antes a afirmação de que o que conta, na procura e descoberta das condutas penalmente puníveis, é uma correcta compreensão do âmbito de protecção da norma incriminadora, desde que esse âmbito se apresente limpidamente desenhado nos precisos elementos do tipo. Por outras palavras: o efeito útil, jurídico-penalmente útil, daquela ressalva reside, sobretudo, na chamada de atenção para o facto de se dever entender que o acto de interpretar, para mais quando estamos perante um claro alargamento das margens da punibilidade, se faça sempre tendo em conta a específica intencionalidade normativa revelada pelo texto-norma, isto é, tendo em consideração o âmbito de protecção da norma.

5. Os passos que demos anteriormente permitiram-nos dominar, em toda a sua amplitude, o sentido material da norma expressa no artigo 9º, nº 1. Todavia,

como vimos atrás, o ponto de charneira desta problemática encontra-se na correcta compreensão do que se deve entender quanto ao dever jurídico de garante que recai sobre o omitente. É, pois, para essas bandas que nos temos agora de dirigir.

É hoje tido, nomeadamente por parte substancial do pensamento penal alemão e ainda pela doutrina portuguesa, que a forma clássica de desimplicação normativa sobre a definição das situações relativamente às quais é possível afirmar a existência de um dever jurídico de garante se não pode ater à lei, ao contrário e à situação de ingerência.

Avança-se mesmo mais dizendo que, aqui, se trata, não de uma problemática que se deva exigir à tradicional doutrina das fontes do dever jurídico de garante, mas de uma questão que toca, irrecusavelmente, mais em *planos* em que aquele dever se reflecte.

Compreende-se este cuidado que foi, no espaço cultural do pensamento penal português, sublinhado por Figueiredo Dias. E comprehende-se porque, em termos de uma rigorosa dogmática, é com alguma dificuldade que se pode perceber que a lei, o contrato e a situação de ingerência sejam fontes de um elemento do tipo legal de crime de comissão por omissão.

Efectivamente, propugnar-se que qualquer uma daquelas realidades normativas, e muito particularmente as duas últimas, isto é, o contrato e a situação de ingerência, poderia, *ex abrupto*, criar o dever jurídico de garante, gerar um elemento do tipo – é o que acontece, bom é não esquecê-lo – isso determinaria, assim nos parece, uma clara violação do princípio da legalidade (tipicidade) e ainda do princípio da reserva da lei.

Daí que apelar a uma compreensão de planos onde aquelas realidades se possam reflectir se nos antolha como uma construção adequada a salvar a bondade e a congruência de toda a presente problemática. Só que será talvez necessário densificar um pouco mais a noção de plano ou passar exclusivamente para um aprofundamento do exacto recorte das situações – e, portanto, colocarmo-nos fora da noção do plano – que, em rigor, se podem dizer que são desenhadas pelo dever jurídico de garante e que, por isso mesmo, nele cabem.

5.1. A primeira ideia que julgamos poder defender-se é a de que o campo normativo definido pela noção de dever jurídico de garante pela não produção de resultado não é terra de ninguém.

Pelo contrário, há uma forte tradição jurídica a dar-lhe conteúdo útil, desde logo através da antiga, mas ainda hermeuticamente operatória, noção de garantia.

Na verdade, a garantia pressupõe, no seu sentido mais profundo e remoto, uma relação de responsabilização primitiva e tem por fundamento as relações locutivas que se expressam relativamente ao cumprimento de uma certa expectativa juridicamente vinculante. Por outras palavras e avançando-se um pouco mais no adensamento: a relação de garante é, sem dúvida alguma, uma

relação construída, uma “norma de norma”. Se se visa, por consequência, garantir o que quer que seja, *in casu*, a não produção do resultado proibido, temos de encontrar a base relacional que possa sustentar, justamente, a relação de garantia aqui traduzível em um dever. Este, pois, o problema.

A partir daqui o que urge encontrar é o sentido da relação comunicacional-base que seja capaz de ancorar, legitimamente, o chamado dever jurídico de garante. Dentro deste quadro de valorações e sendo ainda em consideração a importância da exactidão e rigor na matéria penal, julgamos que, se as relações comunicacionais ou, se quisermos, as relações locutivas de base, estiverem densificadas – ganhando, desse jeito, relevância jurídica – pela lei ou pelo contrato deve, então, considerar-se que a relação de garantia, expressa pelo dever jurídico de garante, deve ascender a elemento do tipo dos crimes comissivos por omissão. E para lá dessa margem? Que fazer com as chamadas situações de ingerência, de monopólio de facto, de comunidade de vida, de comunidade de “perigo”?

Ora, em todas as situações fácticas acabadas de enunciar – isto é, em todas as relações comunicacionais do quotidiano – poderá talvez vislumbrar-se um étimo comum: em todas se coloca um problema de perigo. Todavia, posto o problema deste jeito não o estamos, enquanto a nós, a avaliar devidamente. Dir-se-ia até que se fabrica, assim, uma desfocagem, já que o que se procura saber é, muito diferentemente, a razão pela qual a ordem jurídica há-de considerar que o agente, perante uma situação de produção de um resultado desvalioso, é, em certas circunstâncias responsável e noutras o não é. Logo, o perigo, apresenta-se como segmento comum mas, por si só, nada justifica. Daí que tenhamos de ir mais além e mais fundo.

Não temos a menor dúvida de que o direito vive um tempo onde as representações mais comezinhas da vida, há poucos anos tidas como, de todo em todo, estranhas ao direito, pretendem, hoje, beneficiar do beneplácito jurídico. Mas, ao lado deste fenómeno de pretensão de juridificação de meras relações fácticas, de fuga para o direito e não de fuga para um *espaço livre do direito* (*Rechtsfreiraum*), verifica-se um outro fenómeno interessantíssimo de desregulação, de deslegalização que atravessa também de alto a baixo o pensamento jurídico. Contrariamente ao que se poderia julgar e defender – o que seria o nosso caso – que o importante era alargar as margens do espaço livre do direito e neste sentido honrar, no que toca ao direito penal, o princípio do mínimo de intervenção, verifica-se uma intensificação do apelo à cobertura do direito para situações que, em princípio, estariam normalmente fora do mundo da juridicidade.

É claro, diga-se em abono da verdade, que uma tal ânsia de juridificação, mas só para alguns efeitos, assenta no princípio, se bem que nem sempre assumido, da defesa dos interesses daqueles que, por uma causa ou outra, se apresentam mais fragilizados, mais debilitados dentro da estrutura social. Mas não só isso. Pensamos que qualquer coisa de mais profundo se está a passar e que

uma certa inquietude ou mesmo angústia se pressente em todo o pensamento jurídico. Vale por dizer: o sentido de justiça inerente a qualquer ordenamento jurídico impele a que se tutelem situações que, à partida, lhes escapam se valoradas e analisadas pelos quadros jurídicos tradicionais.

Desse jeito, se essas precosas situações são merecedoras de tutela e de tutela jurídico-penal, porque isso é uma decorrência do juízo que a consciência colectiva sobre tal situação elabora, necessário é procurar e definir *novos quadros*.

Ora, como não podia deixar de ser, a força de tal movimento envolve também o direito penal e reflecte-se especificamente na questão de que se está, no momento, a cuidar.

Verifica-se, por conseguinte, na matéria que estamos a estudar o movimento centrípeto no sentido de fazer entrar situações, pedaços da vida, no mundo do direito penal. Todavia, como já acentuámos, nem toda as situações fácticas susceptíveis de desencadear um resultado desvalioso podem ser chamadas, sem mais, ao mundo do direito penal e assim fazer desencadear para o omitente circunstancial uma responsabilidade penal.

As relações comunicacionais fácticas têm contextos históricos e valorações muito diferenciadas no espaço. Não nos sofre o ânimo de afirmar que, por exemplo, a noção de comunidade de vida tem conteúdo e recorte differentíssimos se a vímos através da óptica da mundividência ocidental ou se a olharmos pelos parâmetros da cultura oriental, da cultura de Macau. E que sentido tem o apelo que perpassa por todas estas situações – sem dúvida um apelo de solidariedade, de dádiva e abertura ao outro – em uma época varrida pelos ventos do mais estreito individualismo? E mesmo que se aceite como vocação ou até como determinação ética o modo-de-ser do “bom samaritano” que legitimidade há em querer impor um tal modo de agir? E se, para além de tudo é o próprio legislador a colocar a infracção de omissão de auxílio (artigo 194º) sob o manto dos chamados outros bens jurídicos pessoais – logo, a acentuação de um eventual direito a ser socorrido em vez da concretização de um dever de socorrer –, como conjugar harmoniosamente uma tal flutuação legislativa?

Tudo contextos e horizontes comprehensivos que em nada facilitam o rigoroso desenho do que possa estender como uma situação na qual sobre a pessoa omitente recai um dever jurídico de garante de não produção do resultado e que dela faz um eventual agente de uma infracção comissiva por omissão. De facto, se o poder de uma cultura fortemente individualista for asfixiantemente dominante, poder-se-á dizer que, por via de regra, o agente, colocado em qualquer daquelas situações, actua sempre sem culpa (artigo 16º). Na verdade, omitindo o comportamento ele actua sem consciência da intencionalidade desvaliosa inerente ao ilícito, já que no seu horizonte ético-jurídico uma tal omissão nem sequer é passível de censura. Em síntese: actua em erro não censurável. Dir-se-á, no entanto, que este desvio argumentativo não resolve absolutamente nada, na medida em que o que procura é uma razão dogmática ou,

talvez melhor, uma razão de fundamentação, de legitimação para génesis do dever jurídico de garante e não perceber, desfocadamente, o problema através da problemática do erro sobre a proibição, *rectius*, do erro sobre a imposição.

Sem deixarmos de considerar que quem assim objectasse manifestava um juízo lúcido e pertinente, cremos, porém, que a intromissão desta problemática, quanto mais não seja, traz o benefício de realçar a contextualização – e suas variáveis – das chamadas relações comunicacionais de base. Isto é: julgamos que o ponto fulcral, para considerar que uma situação fáctica, uma relação comunicacional fáctica, é capaz de gerar um dever jurídico de garante, residirá, antes de tudo o resto, na esfera de domínio positivo do omitente. Este tem de poder intervir, em termos reais, no nexo, de causação/evitação do resultado desvalioso.

Um ponto essencial, neste contexto, vale por dizer, no quadro das situações de monopólio de facto; comunidade de vida e comunidade de “perigo”, reside, quanto a nós, na imprescindível presença física do omitente na situação desencadeadora do resultado desvalioso. Na verdade, se o dever jurídico de garante emergir da lei e do contrato podemos conceber que o omitente não esteja fisicamente presente no momento em que se desencadeia o resultado proibido e nem por isso ele deve ver excluída a sua responsabilidade. O pai que com manifesta negligência, deixa o filho, de 4 ou 5 anos, em casa onde há uma varanda sem gradeamento protector e sai, para ir ao cinema, é responsável, se bem que por negligência, pela morte de seu filho se este tiver caído da varanda abaixo.

Todavia, mesmo assim, o critério da presença física situacional do omitente – fora, repete-se, das situações que não tenham sido envolvidas pela força conformadora da lei e do contrato – não é ainda de todo em todo convincente. Daí que ele deva ser visto tão-só como um critério adjuvante e densificador. Mas com ele, verdadeiramente, ainda se não responde à questão essencial, qual seja: por que razão é que um anónimo cidadão que passeia ao pé de um pequeníssimo lago de um jardim público e vê nele uma criança a afogar-se e nada faz – quando é a única pessoa presente – pode e deve ser penalmente responsabilizado pela morte da criança? Por que motivo é que nasce esse anónimo cidadão um especial dever de garante pela não produção do resultado desvalioso?

Com todas as dúvidas e hesitações que a complexidade do problema justifica, pensamos que radical último de fundamentação – e de fundamentação jurídica – para as situações que temos vindo a descrever se possa talvez encontrar na norma que o artigo 402º do Código Civil [CC] contempla.

Como se sabe o legislador civil, utilizando uma terminologia de sabor jusnaturalista, todavia sedimentada pela doutrina e que em nada vincula o intérprete quanto compreensão do seu conteúdo, considera que a obrigação se diz natural “quando se funda em um mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas correspondente a um dever de

justiça”. Deste jeito, a dogmática penal, no seu esforço de concisão e de decisão para que o princípio da tipicidade seja salvaguardado, define, de maneira tipológica, as situações de monopólio de facto, comunidades de vida e de “perigo”, sem contudo esquecer que o transfundido axiológico-jurídico de fundamentação se poderá encontrar na ordem jurídico-positiva através do já referido artigo 402º do CC.

E um tal ponderado ajuizar não é posto em causa quando se sabe que a obrigação natural verdadeiramente só entra no mundo efectivo da juridicidade a partir do momento em que o potencial obrigado prestou a obrigação – a partir desse instante a obrigação solidificou-se juridicamente – e o que se passa, na construção do dever jurídico de garante é, justamente, uma situação inversa. Isto é: neste caso a ordem jurídica responsabiliza o agente não por ele agir mas, como vimos já até à exaustão, por ele não ter agido.

O étimo comum das situações que queremos aqui encontrar poder-se-á resumir na seguinte fórmula: em ambos os casos o agente deve, por um imperativo de justiça, actuar de modo juridicamente relevante. Sucede que, no campo do direito civil, a ordem jurídica só retira consequências a partir do momento em que se realizou o cumprimento da obrigação – a valência aqui exigida assenta no *facere* –, enquanto, se estivermos dentro do direito penal, a ordem jurídica faz produzir consequências a partir de um *omittere*, a partir da omissão da expectativa comunicacional que a comunidade quer ver cumprida.

6. Terminamos. O passeio que fizemos não nos levou longe, nem esse era o nosso fito. De qualquer maneira, ao tentarmos ver de jeito mais minucioso uma tão importante região normativa do Código Penal de Macau e ela ter sido a da omissão imprópria quis isso significar, seguramente, uma aposta nos valores positivos que emergem deste novo *corpus* normativo. A *lógica formal* da omissão é, de certo modo, um intelegrir que assenta no não, um raciocinar que se funda na negação. Mas, se bem compreendida, a *lógica material* da omissão é reforço do sim, da afirmação. Afirmação e realização que são metas a que todos os Códigos aspiram. Afirmação e realização que se podem cumprir, não como a profecia malsã ou de negação que se cumpre a si própria, mas porque a isso impele a bondade intrínseca do novo Código Penal de Macau.

