

Os limites da criminalização das normas morais — do ponto de vista do artigo 194.º do Código Penal

*Li Hanlin**

O artigo 194.º do Código Penal de Macau estabelece o crime de omissão de auxílio:

“1. Quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, deixar de lhe prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o socorro, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2. Se a situação referida no número anterior tiver sido criada por aquele que omite o auxílio devido, o omitente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

3. A omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida, integridade física ou liberdade do omitente ou quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível.”

Obviamente, este artigo contém grande quantidade de matéria moral. No entanto, uma regra importante da legislação do direito penal é evitar a demasiada e inadequada intervenção da legislação do direito penal na sociedade civil; por isso, é necessário fazer uma distinção clara entre os limites do crime e a pura imoralidade, excluindo as condutas imorais puras do âmbito criminal¹. Então, esta regra foi cumprida na legislação do artigo 194.º do Código Penal? Como se deve realizar a exclusão das condutas imorais puras na legislação do direito penal? O presente artigo vai estudar este problema através da análise das respectivas jurisprudência e doutrina.

* Assessor jurídico da Assembleia Legislativa.

¹ Este é um grande tema. Vale a pena ser discutido noutra lugar. O presente artigo não vai desenvolver demasiado este tema devido à dimensão do texto.

I. A interpretação das normas pela jurisprudência de Portugal

O artigo 200.º² do Código Penal vigente em Portugal³ e o artigo 194.º do Código Penal de Macau estabelecem igualmente o crime de omissão de auxílio, não existindo diferenças na redacção. Portanto, a aplicação daquele artigo por parte dos tribunais de Portugal e a respectiva jurisprudência devem ser úteis para a compreensão do crime de omissão de auxílio preceituado no artigo 194.º do Código Penal de Macau.

Nas práticas judiciais, as normas de omissão de auxílio aplicam-se frequentemente aos crimes em que o agente, por condução perigosa, leva à lesão da vida ou da integridade física de outrem e foge. O autor consultou os acórdãos dos anos recentes do Tribunal da Relação do Porto de Portugal, e descobriu que quase todos os casos julgados pertencem a este tipo. O texto abaixo foca um dos casos como objecto de análise.

No dia 25 de Fevereiro de 2004, o Tribunal da Relação do Porto proferiu um acórdão (Proc. 0344756), no recurso interposto de um acórdão proferido pelo Tribunal Judicial da Comarca de V. N. de Famalicão. Factos provados pelo acórdão do Tribunal da Relação: No dia 26 de Fevereiro de 2000, cerca das 19h 45, na Estrada Nacional n.º 206, Vila Nova de Famalicão, o ofendido conduzia o veículo automóvel no sentido de Gondifelos. Surgiu à sua frente, o tractor agrícola conduzido pelo arguido, o qual era constituído pelo tractor e um reboque, carregado de erva e cujas dimensões não permitiam avistar o próprio tractor. O reboque do tractor não trazia qualquer iluminação. Por isso, o ofendido apenas se apercebeu do veículo conduzido pelo arguido a pouco mais de oito metros, efectuou imediatamente uma travagem, vindo a embater no reboque do tractor conduzido pelo arguido, foi retirado do interior do veículo com o auxílio de terceiros, e foi transportado ao Hospital, onde permaneceu durante seis dias e foi sujeito, em consequência das lesões causadas, a

² No início, o crime de omissão de auxílio foi introduzido no Código Penal de Portugal em 1982, pelo artigo 219.º do Código. Após a alteração de 1995, este tornou-se no artigo 200.º. Depois, embora o Código tivesse sofrido várias alterações, a ordem do artigo da omissão de auxílio não foi mais alterada, até este momento, mantendo-se o artigo 200.º do Código.

³ Código Penal de Portugal alterado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

intervenção cirúrgica de urgência. O arguido apercebeu-se perfeitamente que provocara um acidente e, embora ciente que do mesmo podia advir, como efectivamente advieram, ferimentos para o outro interveniente, susceptíveis de colocar em perigo a integridade física do mesmo, abandonou o local de imediato, sem cuidar de saber do seu real estado, nem de providenciar pelo seu socorro. O Tribunal Judicial da Comarca de V. N. de Famalicão condenou o arguido autor de um crime de omissão de auxílio na pena de multa. O arguido interpôs recurso para o Tribunal da Relação do Porto, considerando que não se verificou ilegalidade neste caso, dado que não era necessário o auxílio do arguido para afastar o perigo de lesão da integridade física do ofendido, uma vez que este foi imediatamente socorrido pelas pessoas que chegaram ao local, e que também o acidente em causa não se deveu ao arguido.

O Tribunal da Relação considerou que não se tratou de saber quem foi o responsável pelo acidente, se o arguido ou a vítima, ou se o arguido tem uma quota de responsabilidade maior ou menor que a vítima nesse acidente. Acontece que o arguido foi apenas acusado e condenado, pela prática de um crime de omissão de auxílio.

Segundo o artigo 200.º do Código Penal de Portugal, há dois tipos de omissão de auxílio. Em primeiro lugar, quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, deixar de lhe prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o seu socorro. Em segundo lugar, se a situação anteriormente referida tiver sido criada por aquele que omite o auxílio devido.

O Tribunal da Relação considera que concretamente, e no que se refere à segunda situação, a situação de grave necessidade que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa foi criada por aquele que omite o auxílio devido, nomeadamente, o agente, por si só ou conjuntamente com o lesado, tenha tido intervenção no processo causal de tal situação (acidente, desastre, calamidade), que gerou a obrigação de prestar auxílio e isto, independentemente de haver, ou não, culpa da sua parte. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal considera que no caso de acidente de viação, pode verificar-se esse crime agravado de omissão de auxílio, ainda que o arguido tenha sido absolvido

da acusação por autoria de crime de ofensas corporais involuntárias e se tenha reconhecido que a culpa do acidente era da vítima⁴.

Assim, a conclusão do Tribunal da Relação é: Irreleva, pelo menos em sede de ajuizar quem violou a norma, quem praticou o crime, que o agente não seja o responsável pelo acidente. Ou, dito de outro modo, mesmo o interveniente em acidente, ou mesmo um terceiro, apesar de não responsável pelo acidente, podem ser autores de um crime de omissão de auxílio, desde que verificados os demais pressupostos, certo é que o ser responsável pelo acidente, não é elemento do tipo do artigo 200.º do Código Penal. O Tribunal da Relação ao mesmo tempo aponta que o dever de auxílio subsiste mesmo que o necessitado de auxílio tenha sido o único responsável pelo acidente.

Sintetizando o acima referido, na realidade, a jurisprudência dividiu a omissão de auxílio em dois níveis diferentes: o primeiro nível, quem responsável pelo acidente não presta auxílio, referindo-se necessariamente ao ofendido; o segundo nível, quem participa no processo causal do acidente, não é responsável pelo acidente, não presta auxílio que se revele necessário ao ofendido. Além disso, a jurisprudência afirma que independentemente de responsabilidade pelo acidente, subsiste sempre o dever de auxílio.

Então, existe um terceiro nível de omissão de auxílio?

A jurisprudência acima referida esclarece o problema de que embora não seja responsável pelo acidente, exista a obrigação de auxílio, contudo, o pressuposto da sua exposição parece restringir-se apenas à situação de “o agente, por si só ou conjuntamente com o lesado, tenha tido intervenção no processo causal de tal situação (acidente, desastre, calamidade)”. De qualquer maneira, o agente tem que ter relação com a causa do acidente de que deriva a obrigação de auxílio.

É certo que esta conclusão corresponde mais aos factos do caso relacionado, e tecnicamente também não há inadequação; mas, daí resulta outro tema de conversa: além destes dois níveis de deveres, será que existe outro tipo de omissão de auxílio, isto é, quem não é responsável pelo aci-

⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça CJSIII, tomo III, p. 263.

dente, e também não participa no processo causal do acidente, não presta auxílio que se revele necessário ao ofendido. De acordo com a classificação acima referida, este deve ser o terceiro nível de omissão de auxílio.

O presente artigo considera que o terceiro nível de omissão de auxílio é exactamente um tipo de crime concebido com grande empenho pelo legislador, e é este tipo de crime que constitui a forma básica do crime de omissão de auxílio estabelecido no artigo 200.º do Código Penal de Portugal, ou seja, o artigo 194.º do Código Penal de Macau.

II. Doutrina sobre dever jurídico

As teorias tradicionais do direito penal consideram que o direito penal, normalmente, pune os crimes de actividades positivas complementado pela punição do crime de omissão. É preciso estarem presentes os necessários pressupostos para a criação de crimes de omissão, isto é, são precisas determinadas razões para equiparar a omissão à acção. Num sentido geral, só podem fazer-se equiparar à actividade positiva, actividades que ameaçam a própria paz das relações sociais⁵. Contudo, ainda são necessárias condições especiais para apurar concretamente quais as omissões que poderiam equiparar-se às actividades positivas no direito penal. Eduardo Correia aponta que as omissões de actividades só devem limitar-se àquelas a que o agente é obrigado por um especial dever jurídico e, justamente, o que lhe cria uma posição de garante, de responsável pela não produção de um certo evento. Além disso, ele enfatizou que só nestes limites se não ultrapassam as medidas da incerteza e do arbítrio⁶.

Portanto, o dever jurídico torna-se condição necessária para a constituição da omissão, ou seja, o dever jurídico de acção é pressuposto da produção da responsabilidade da omissão. O artigo 9.º do Código Penal de Macau estabelece claramente esta exigência, pois o n.º 1 deste artigo prevê que quando a um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão adequada a evitá-lo; por conseguinte, incluí a omissão no âmbito

⁵ Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Volume I, Almedina, p. 302.

⁶ Eduardo Correia, *cit.*, p. 303.

das normas de direito penal. Contudo, o n.º 2 deste artigo logo a seguir limita o pressuposto da responsabilidade da omissão, isto é, a comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

A teoria tradicional considera que há três fontes de dever jurídico: a lei, o contrato e a ingerência ou acto anterior.

O exemplo usado mais frequente para o dever jurídico derivado da lei é: o dever de proteção assumido legalmente pelos pais em relação aos filhos, quando a vida dos filhos é ameaçada, como o assassinio, os pais têm o dever de transportá-los ao hospital, para evitar o resultado de morte. O dever jurídico é considerado derivado da lei além da penal⁷.

Quanto ao dever derivado do contrato, pode ser indicado como exemplo, alguém de acordo com o contrato, vigia as instalações de uma empresa, quando acontece o furto, se não é necessário correr grande risco para impedir o furto de ladrão, não o impede, para este furto, esta pessoa é responsável pela omissão. O dever derivado do contrato é considerado indirectamente derivado da lei⁸.

Relativamente à terceira fonte do dever, isto é, a ingerência, pode ser indicado como exemplo, A disparou acidentalmente e feriu B, assim, A era responsável por transportá-lo ao hospital, ou chamar a ambulância, se não, se se provar que A não tomou qualquer medida de socorro, e conduziu à morte de B, A é responsável pela morte de B. “Ingerência abrange qualquer situação em que uma pessoa criou uma situação de perigo e por isso mesmo tem depois a obrigação de evitar que esse perigo se transforme numa verdadeira lesão de direitos. Alíás, essa criação de perigo, tanto pode ser uma criação de perigo lícita, como uma criação de perigo ilícita”⁹. Embora a ingerência não esteja escrita na lei, esta intrinsecamente contém a lógica da lei, e por isso torna-se uma das fontes do dever de acção¹⁰.

⁷ Tereza Pizarro Beleza, *Direito Penal*, aafdl, Volume 2, p. 537.

⁸ Tereza Pizarro Beleza, *cit.*, p. 538.

⁹ Tereza Pizarro Beleza, *cit.*, p. 540.

¹⁰ Como uma das fontes de dever jurídico, o dever produzido por ingerência e o dever estabelecido no n.º 2 do artigo 194.º do Código Penal têm carácter comum, para arrumar bem as suas relações, o presente artigo vai referir-se em seguida a este problema.

Parece que além das três fontes acima referidas, não existe qualquer outro fundamento para criminalizar a omissão, e os deveres derivados destas três fontes são compreendidos num sentido geral como deveres jurídicos.

III. A criação do dever geral de auxílio

No entanto, a doutrina tradicional do dever jurídico como pressuposto único de responsabilidade penal de omissão enfrenta um desafio finalmente, há um erudito que questiona este velho enunciado – lei, contrato, ingerência – deve ou não ser alargado ou substituído. Um adulto que passe junto a um lago e veja uma criança cair à água e sendo a única pessoa que está presente, só terá de lançar a mão à criança e puxá-la da água; não o fez e a criança morre. Poderia dizer-se que não incorre em responsabilidade criminal, por não ter um título jurídico de dever de agir? Que diferença há rigorosamente entre esta pessoa e uma pessoa que se encarrrega de tomar conta de uma criança¹¹?

É com base nestas dúvidas que o artigo 219.º do Código Penal de Portugal de 1982 (o artigo 200.º do Código Penal vigente em Portugal) criou o crime de omissão de auxílio baseado no artigo 277.º da parte especial do projecto do Código Penal de 1966, que tomou como referência a alínea c) do artigo 250.º do Código Penal da Alemanha e o artigo 63.º do Código Penal da França. Este artigo reflecte um dever de solidariedade social que consiste na prestação de auxílios ao próximo em situações em que se encontrem em perigo bens fundamentais de outros¹². Poderia mesmo aceitar-se um dever de acção relativamente a certos bens jurídicos e em determinadas situações, ainda mesmo não existindo um dever legal que expressamente o impusesse, desde que ele resultasse evidente das exigências do próprio convívio social¹³.

No entanto, obviamente, este artigo 219.º (artigo 194.º do Código Penal de Macau) desvia-se do disposto no n.º 2 do artigo 10.º do mesmo Código (n.º 2 do artigo 9.º do Código Penal de Macau). O problema é,

¹¹ Tereza Pizarro Beleza, *cit.*, p. 547-548.

¹² Manuel Simas Santos, *Código Penal, notas de trabalho, Porto Editora*, p. 235.

¹³ Eduardo Correia, *cit.*, p. 305.

qual é a relação entre estes dois artigos? Será que o n.º 2 do artigo 9.º do Código Penal de Macau constitui um vínculo em relação ao disposto no artigo 194.º?

Existem algumas dúvidas sobre a interpretação destes dois artigos, especialmente sobre se o dever de auxílio criado no n.º 1 do artigo 194.º é o dever jurídico do próprio omitente previsto no n.º 2 do artigo 9.º. Este é um quebra-cabeça. De acordo com o ponto de vista do professor Figueiredo Dias, o estabelecido no artigo 194.º do Código Penal é um crime de mera omissão, onde não existe um resultado tipicamente relevante e onde, por isso, não se põe em causa o problema de adequação da conduta à produção daquele. Ele apresentou um exemplo para explicar as relações entre os artigos 9.º e 194.º: um ciclista atropela um peão, causando-lhe levíssimas escoriações, nesta situação, ele não se torna, por força da ingerência, garante da não-produção da morte que eventualmente sobrevenha por infecção das feridas ou por hemofilia. Ele não é, pois, punível pelo artigo 9.º relativamente à morte sobrevinda. Mas se o ciclista omite o auxílio ao sinistrado, necessário ao afastamento do perigo para a integridade física daquele e que podia prestar sem risco para si, o agente torna-se punível pelo artigo 194.º e, na verdade, pelo seu n.º 2¹⁴.

O presente artigo concorda que, efectivamente, o n.º 2 do artigo 9.º toma a verificação do “resultado” como requisito para constituir o crime de omissão estabelecido naquele número, ao passo que o artigo 194.º não exige a verificação de qualquer resultado, basta existir “caso de grave necessidade que ponha em perigo” para satisfazer o requisito objectivo. Por isso, o que o artigo 9.º preceitua é um crime de omissão impura, enquanto o que o artigo 194.º dispõe é um crime de omissão pura. Também pode dizer-se que eles tratam duas fases diferentes de crime, se os delimitar com a verificação do resultado, o primeiro trata a situação depois disso, e o segundo trata a situação antes disso. Por isso, entre estes dois

¹⁴ Vide, Anotações do professor Figueiredo Dias ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal de 1982.04.28, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 116, p.56. O que o professor fala é as relações entre o artigo 219.º e o artigo 10.º do Código Penal de Portugal de 1982, estes dois artigos correspondem aos artigos 194.º e 9.º do Código Penal de Macau, portanto, o presente artigo aproveita o debate do professor por se aplicar directamente ao estudo destes dois artigos do Código Penal de Macau.

artigos há uma relação de simultaneidade, eles têm os respectivos objectos de aplicação, e não devem ser confundidos¹⁵.

De facto, o objectivo do legislador das normas de omissão de auxílio é exactamente integrar a lacuna do n.º 2 do artigo 9.º, por isso, estabelece um mecanismo diferente. O que o artigo 194.º contempla é que a inexistência do dever jurídico conduziria a aberrantes e injustas absolvições – segundo o disposto no n.º 2 do artigo 9.º, a não existência do dever jurídico excluiria a punição da conduta do agente¹⁶. Portanto, o objectivo de criação do crime de omissão de auxílio é criar um dever geral para além do dever jurídico estabelecido no disposto no n.º 2 do artigo 9.º (incluindo o dever derivado da lei escrita, o dever derivado do contrato e o dever derivado da ingerência), para promover a assunção de responsabilidade de mútuo auxílio por todos os cidadãos na sociedade.

Então, será que existe omissão de auxílio de terceiro nível acima referido? O conteúdo do disposto no n.º 1 do artigo 194.º pode responder afirmativamente. De acordo com o ponto de vista do professor Figueiredo Dias, as causas das situações de perigo enumeradas pelo n.º 1 do

¹⁵ Este ponto tem especial significado para a situação do dever derivado de ingerência. De facto, a ingerência poderá, quer em relação ao n.º 2 do artigo 194.º, quer em relação ao n.º 2 do artigo 9.º, corresponder aos respectivos preceitos das normas, demonstrando que as normas destes dois números apresentam aparências extremamente similares. Na jurisprudência de Portugal, estes dois números podem ser aplicados simultaneamente a um facto. Por exemplo, um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal considerou que na circunstância de o agente praticar ofensas corporais dolosamente e daí derivar a morte de ofendido a título de negligência, o agente tornou-se não apenas autor do crime de ofensas corporais agravado pelo resultado, mas também do crime de omissão de auxílio, porque criou a situação de perigo contra a vida do ofendido. Nesta situação, o agente não matou o ofendido dolosamente, provocou a morte dele por negligência sua, mas, sobre o agente também recaía o dever de auxílio, removendo o perigo que criou através de uma conduta anterior perigosa. Com base nisto, o Supremo Tribunal de Justiça considera que é um concurso real (ac.STJ de 7 de Março de 1990, Proc. 040419). Daí se vê que entre omissão impura e omissão pura não há uma relação incompatível, mas coexistente, apenas os elementos a considerar respectivamente por estas são diferentes: o que a primeira considera é o resultado e o que a segunda considera é a situação de perigo.

¹⁶ Manuel Simas Santos, *cit.*, p. 235. Igualmente, o erudito referiu aqui o Código Penal de Portugal, para conveniência, o presente artigo refere directamente os artigos correspondentes do Código Penal de Macau.

artigo 194.º podem ser naturais ou humanas¹⁷. Obviamente, o desastre e a calamidade, entre outros derivados dos fenómenos naturais excluem elementos humanos voluntários, por isso, não têm nada a ver com os problemas causados pela intervenção do agente. Dito de outro modo, mesmo nesta situação, o legislador também considera que subsiste um dever geral de auxílio.

Na situação de fenómenos humanos, a jurisprudência também afirma que o dever de auxílio subsiste mesmo que o necessitado de auxílio voluntariamente se tenha acidentado, porque v.g., se queria suicidar¹⁸.

Portanto, correspondendo à lógica, poderá chegar-se à seguinte conclusão: existe certamente o terceiro nível de responsabilidade de omissão de auxílio, isto é, quem, para a verificação do acidente, não só não tem qualquer responsabilidade, como também não participa no processo causal do acidente, mas ainda é responsável pela prestação de auxílio que se revele necessário.

O que vale a pena enfatizar é que embora o n.º 2 do artigo 194.º preceitue a situação em que o perigo tiver sido criado por aquele que deve prestar o auxílio e que o omite, efectivamente, o que ocupa a posição central e fundamental é o preceito do n.º 1. Como acima referido, a ratio legis daquele número é criar um dever geral adequado para toda a gente, muito embora esta pessoa não só não seja responsável pelo acidente, como também não participe no processo causal daquele acidente. E na lógica do n.º 2 é, já que até aquele que não tem nenhuma relação com o acidente tem este tipo de dever de auxílio, mais evidente o dever daquele que participa no processo causal do acidente, ou que é responsável pelo acidente. Portanto, nesta situação, a consequência legal de omissão de auxílio é mais grave do que a do n.º 1.

No entanto, embora o n.º 1 do artigo 194.º do Código Penal enuncie como condições objectivas de omissão de auxílio, situações de grave necessidade, provocadas por desastre, acidente, calamidade pública ou

¹⁷ Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, Coimbra Editora, p. 849.

¹⁸ Acórdão cit., de 25 de Fevereiro de 2004, Proc. 0344756, e ac. RP de 25 de Fevereiro de 2004; CJ, XXIX, tomo 1, 219.

situação de perigo comum, não significa realmente que todas as pessoas, em todas as situações, possam ser sujeitos daquele crime. Eduardo Correia aponta que se alguém vê outrem a afogar-se, e, podendo salvá-lo, o não faz, nem por isso se lhe poderia imputar a morte. Igualmente, se alguém vê desenvolver-se um incêndio, e não dá o alarme nem o apaga, podendo fazê-lo, também não se lhe poderia imputar, pela sua omissão, as consequências de qualquer espécie que daí resultassem¹⁹. Taipa de Carvalho também considera que não existe da parte de uma qualquer pessoa o dever jurídico de garante relativamente à vida de uma pequena criança que se encontra em risco de morrer afogada no pequeno lago de um jardim²⁰. A jurisprudência confirma que apenas aquele que toma “conhecimento directo” da situação perigosa tem o dever de prestação de auxílio²¹.

Portanto, por um lado, o n.º 1 do artigo 194.º do Código Penal cria realmente um dever geral, mas por outro lado, nem toda a gente pode necessariamente ser sujeito concreto daquele dever, ou seja, nem todos os omitentes têm de assumir as respectivas responsabilidades penais. Para responsabilizar penalmente o omitente, ainda é necessário outros requisitos objectivos, como o agente tomar conhecimento directo em flagrante, ou estar mais próximo do lugar do acidente, assim, a aplicação daquele número é restringida num âmbito razoável, e não vai ser ampliada sem limites, até provocar distúrbios desnecessários.

IV. Os limites do dever de auxílio exigido pelo direito penal

Obviamente, a criação do crime de omissão de auxílio tem bastante significado moral, os problemas preexistentes são, quando outrem está em perigo, deve-se prestar auxílio que se revele necessário segundo as exigências do direito penal? E o problema crucial é qual o tipo de auxílio prestar que o direito penal pode exigir às pessoas a?

A partir do significado de moralidade pura, em primeiro lugar, é preciso afirmar a consciência de auto-protecção do homem, ou seja, a

¹⁹ Eduardo Correia, *cit.*, p. 303.

²⁰ Américo A. Taipa De Carvalho, *Direito Penal*, Volume II, Porto, p. 426.

²¹ Ac.RP de 18 de Outubro de 2000; CJ, XXV, tomo 4, 58

vida e a integridade física de cada indivíduo têm o mesmo valor, por isso, a protecção da vida e da integridade física próprias antes de mais nada é escolha por instinto do homem, mas também corresponde a uma regra básica de sobrevivência, portanto, também corresponde a normas morais básicas²². Nomeadamente, se comparar os interesses próprios de uma pessoa e os de outrem, não há diferença os estes interesses de ambas as partes. A conduta ideal é não só vantajosa para si próprio, como também vantajosa para outrem. A conduta que é desvantajosa para si próprio e também para outrem viola as regras fundamentais da vida, assim, poucas pessoas fazem esta escolha, mesmo que aconteça esta situação, na sua maioria, é de natureza humana originalmente escolher uma situação vantajosa para si próprio e desvantajosa para outrem. Nesta circunstância, devido ao prejuízo do interesse de outrem, o direito penal tem razão para poder intervir. Uma conduta extremamente imoral é desvantajosa para outrem e vantajosa para si próprio, nesta situação, vantajosa para si próprio é o preço do prejuízo do interesse de outrem, obviamente, viola a moralidade social, por isso, o direito penal também possui razão legítima para poder intervir. A última hipótese é prejudicar o seu próprio interesse e beneficiar outrem, ou seja, sacrificar-se a si próprio e salvar outrem, esta conduta conduz à perda da sua própria pessoa em substituição do ganho de outrem. O que o agente também faz é uma conduta que abandona voluntariamente o seu próprio interesse ou prejudica o seu próprio interesse, mas não é por causa de si próprio, é por causa de outrem. Por outras palavras, o agente, depois de comparar o seu próprio interesse e o interesse de outrem, escolheu o segundo. Este tipo de conduta parece contrariar a razão, na realidade concretiza o estado espiritual mais brilhante da humanidade.

Considerando a partir das várias situações acima enumeradas, desde que não se prejudique o interesse de outrem, a preservação do interesse próprio e o sacrifício de si próprio para a salvação de outrem correspondem igualmente aos critérios de moralidade. Por exemplo, A vê que B

²² Simplesmente, a partir do significado da moralidade, a preservação do interesse próprio não tem nenhum problema, e com o pressuposto do não prejuízo do interesse de outrem, o prejuízo voluntário do interesse próprio também não tem problema, com base nisso como fundamento moral na legislação, as condutas de suicidar-se, ferir-se, mutilar-se (completamente, não por intermédio de outra pessoa, caso contrário, o ajudante ainda deve assumir responsabilidade) não são valoradas negativamente no direito penal.

vai ser atingido por um carro que leva grande velocidade, A pode dirigir-se a B e empurrá-lo, mas por causa disso, ele próprio poderá ser atingido pelo carro; nesta circunstância, A não se dirige a B e não o empurra, por conseguinte, B é atingido pelo carro e morre, A preserva a sua vida. Neste caso, a “omissão” de A não é censurável, a conduta de A de proteger a própria vida não viola a consciência moral básica. Pelo contrário, se A se dirigir e socorrer B, será atingida pelo carro e morta, trocando a sobrevivência de B, a conduta de A também corresponde à moralidade e vale a pena elogiar. Porém, obviamente, nem toda a gente na sociedade consegue praticar uma conduta corajosa de sacrifício.

As duas afirmações acima referidas parecem contraditórias, porém, reflectem exactamente as exigências básicas de criminalizar uma conduta imoral pelo direito penal, isto é, é preciso distinguir a moralidade de nível básico e a moralidade de nível transcendente.

O chamado nível básico é o nível que promove e mantém a sociedade ordenada, a moralidade deste nível é imprescindível para a manutenção da normalidade da sociedade e da ordem básica, por palavras de Hart, é “moralidade de grau mínimo que se revele necessária à vida social”²³, por palavras de Bernd Rüthers, é “moralidade de grau mínimo eficaz para todos os cidadãos”²⁴, e Edgar Bodenheimer, por seu lado, define este nível de moralidade como “tipos de exigência básica da sociedade ordenada”, ele indica que “para cumprir eficazmente a tarefa assumida por uma sociedade organizada, estes são considerados indispensáveis, necessários ou extremamente desejados”²⁵. Neste nível, a vida, a integridade física, a dignidade humana, a liberdade individual e a liberdade patrimonial, etc., podem razoavelmente constituir elementos básicos da ordem social. O que estas concepções de valores indicam é exigências concretas de conduta, como “não matar”, “não ferir”, “não insultar”, “não aprisionar”, “não furtar”, sem os vínculos destas normas, a ordem social é

²³ Zhang Wenxian, *Estudos dos Pensamentos da Filosofia do Direito do Ocidente do Século XX*, Editora do Direito, 1997, p. 430.

²⁴ Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, traduzido por Ding Xiaochun e Wu Yue, Editora do Direito, 1 de Maio de 2005, p. 180.

²⁵ Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, traduzido por Deng Zhenglai, Editora da Universidade de Ciência Política e Direito da China, Ed. revista em Janeiro de 2004, p. 391.

inimaginável. Por isso, os elementos protegidos por estas normas também constituem necessaria e razoavelmente valores de nível mais básico que devem ser protegidos pela moralidade. Já não há espaço para recuar na protecção destes valores, as respectivas condutas de prejuízo, “se podem ser toleradas, o que mais não poderão ser?” O respeito natural por estes valores é uma concepção mais universal, em que não há diferença entre mulheres e crianças, nem diferença entre séniores e pequenos, nem diferença entre personalidades diferentes, nem diferença entre nível de educação, por conseguinte, também é uma concepção mínima da sociedade. É exactamente neste nível, que acontece a coincidência das normas penais e normas morais. Ou seja, ao que o direito penal presta atenção e o que este protege os são valores básicos da sociedade propagados e protegidos por este nível de moralidade. Jellinek tinha proposto uma fórmula famosa, isto é, a lei é “a exigência mínima de moralidade”, por isso, o que o direito penal deve proteger são “valores básicos das normas sociais”²⁶. Portanto, é necessário proteger as condições básicas da vida social pelo direito penal, se uma conduta moralmente censurável causar prejuízo social a estas condições básicas, é necessário criminalizá-la. No entanto, também é necessário enfatizar que antes de afirmar o é prejuízo social de certa conduta, é necessário confirmar se o que prejudicado por esta conduta é valor básico da sociedade, pelo que é necessário considerar quais são os valores básicos da sociedade, ponderar cautelosamente todos os interesses sociais e o respectivo valor para a sociedade, para ajuizar certamente se este é um valor do nível básico da sociedade. Estes valores já não pertencem apenas ao âmbito da moralidade. De facto, este tipo de conduta imoral já viola o bem jurídico, por isso, deve ser criminalizado.

Isto já não é uma ideia pura, na realidade, como o texto acima aponta, os valores básicos relativos à vida, à integridade física, à liberdade individual e à liberdade patrimonial, etc., acabaram na transformação do objecto das normas morais para o das normas penais. Além disso, há condutas imorais que também foram incluídas no âmbito do direito penal, como o insulto público de confissão religiosa de outrem, perturbação da paz de pessoa já falecida, incesto, exibição de partes íntimas, etc. Aparen-

²⁶ Günter Stratenwerth & Lothar Kuhlen, “*Strafrecht Allgemeiner Teil I – Die Straftat, traduzido*” por Yang Meng, Editora do Direito, 1.ª Ed., Fevereiro de 2006, p. 28.

temente estas condutas parecem não ter resultados sociais graves, mas elas realmente “perturbam a paz jurídica, sem a qual um sistema liberal-social não pode existir”²⁷.

O que corresponde à moralidade de nível básico é a moralidade de nível transcendente. O que é proposto por este nível de moralidade é a exigência espiritual de transcender a substância, com o objectivo de elevar a qualidade de sobrevivência do homem, dirigir e aconselhar o homem a procurar o verdadeiro, o bondoso, e o formoso na vida. Estas normas “incluem princípios que são extremamente úteis para elevar a qualidade de vida e promover os laços estreitos entre as pessoas, mas as exigências destes princípios ultrapassam muito as necessárias para manter as condições indispensáveis da vida social”²⁸.

A maior diferença entre o homem e o animal reside em que o homem é simultaneamente material e imaterial; o mundo imaterial é plural e não tem uma única concepção do mundo. Em relação à generosidade e bondade, há quem considere que dá esmola a mendigo é um acto bondoso, mas há quem considere que não dar esmola a um mendigo e obrigá-lo a sustentar-se a si próprio é um acto ainda mais bondoso. Certamente no mundo do espírito do homem também há diferença, há quem tenha carácter nobre e alma vasta e seja optimista; há quem tenha carácter vil e alma pequena, e seja pessimista. Por causa da diversidade do âmbito do espírito, a reacção da sociedade quanto a algumas condutas “desprezíveis” é normalmente a coexistência de críticas ou oposições e tolerância ou paciência. É exactamente a moralidade deste nível que distingue completamente a norma penal da norma moral.

O direito penal deve evitar a moralidade de nível transcendente, e ceder a moralidade deste nível a regular as respectivas condutas, exemplos relacionados são: a homossexualidade, o adultério, a bestialidade, etc. Se punisse estas condutas imorais, “o que é restringido é apenas a liberdade pessoal, mas para a capacidade do sistema social no seu aspecto funcional, isto não só é supérfluo, até é prejudicial. Nesta circunstância, a punição

²⁷ Roxin, citado por Maria Da Conceição Ferreira Da Cunha, *Constituição e Crime*, Porto, 1995, p. 150.

²⁸ Edgar Bodenheimer, *cit.*, p. 391.

penal assume a forma de afronta a uma pessoa socializada, causando conflitos sociais desnecessários²⁹. A cedência do direito penal em face de tais problemas morais aponta para que as condutas imorais relacionadas ainda não tenham atingido um grau que prejudique a manutenção das condições básicas da vida na sociedade, por isso, o direito penal dispensa-se de intervir, reservando-se para as normas morais relacionadas com a sua valorização, o que, é mais vantajoso para a harmonia da sociedade. Ao mesmo tempo, por um lado, é a continuação do espírito tolerante da sociedade na legislação do direito penal, por outro lado, também reflecte o respeito por outro valor do homem que é a liberdade.

Finalmente, o que é necessário apontar é que a concepção da moralidade de nível básico, serve apenas de base à legislação do direito penal, mas não pode substituir directamente as normas penais, isto assim é porque existe grande diferença entre as formas de expressão destes dois tipos de normas morais e legais³⁰.

No que diz respeito ao artigo 194.º do Código Penal, embora este reflecta realmente um certo grau de criminalização de normas morais, a sua lógica legislativa é apenas propor aos membros da sociedade uma exigência de “auxílio sem perigo”, isto é, a prestação de auxílio não deve causar grande perigo para a vida, a integridade física e a liberdade do ajudante, caso contrário, ele pode não prestar auxílio, a omissão nesta situação não necessita de assumir responsabilidade penal, daí se vê que esta escolha legislativa se mantém num grau de ultima ratio. Portanto, esta exigência da lei não é uma exigência transcendente, pelo contrário, é uma exigência básica, isto é, o agente presta auxílio a outrem em caso de não prejudicar o seu próprio interesse. O que é exigido pode ser feito com pouco esforço, pode imaginar-se que se os membros da sociedade não conseguem fazer nem sequer este ponto, tal seria fatal para a sociedade. Portanto, a criminalização daquela conduta tem significado social bastante universal, ao mesmo tempo, também defende rigorosamente a fronteira entre o direito penal e a moralidade. Pode dizer-se que a consagração do crime de omissão de auxílio não significa que o legislador escolheu o caminho da

²⁹ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, traduzido por Wang Shizhou, Editora do Direito, 1 de Maio de 2005, p. 15-16.

³⁰ Edgar Bodenheimer, *cit.*, p. 397.

criminalização de todas as normas morais. Embora a consagração deste crime contenha certamente base uma moral profunda, não é necessário transformar todas as normas morais em normas penais³¹.

³¹ Na redacção do presente artigo, o autor também prestou atenção ao problema da consagração do crime de não salvação proposta ao nível da Assembleia Nacional Popular da República Popular da China (vide «*Mais de cem representantes da Assembleia Nacional Popular propõem acrescentar o crime de não salvação*», in Diário de Procuradoria, 9 de Março de 2001). Nos anos recentes, estudiosos desenvolveram discussões intensas sobre se deve ou não ser consagrado o crime de não salvação, e publicaram grande quantidade de artigos, por exemplo, Zhang Jianjun, «*Na parte especial do Código Penal do nosso país deve ser acrescentado o crime de não salvação*», in *Boletim da Universidade de Comunicação de Lan Zhou*, Volume 25, n.º 5. Fang Yeyuan, «*Estudo e análise da criminalização de não salvação*», in *Boletim da Escola Superior de Finanças de Chang Chun*, 2007, n.º 2. Yang Juan, «*Alguns pontos disputados sobre o crime de omissão como fonte de dever*», in *Observação de Teorias*, 2005, n.º 5. Li Chunbin, etc., «*Reflexão sobre a criação do crime de não salvação*», in *Boletim do Instituto de Ciência Política e Direito para a Educação de Adultos de Gan Su*, 2005, n.º 2. Zhang Dongping, «*Dúvidas sobre a criminalização de não salvação*», in *Boletim do Instituto de Educação de Adultos da Universidade de Indústria de He Bei*, 2004, n.º 4. Wang Huaizhang, «*Ensaio sobre a criminalização de não salvação*», in *Ciências Sociais de Qing Hai*, 2003, n.º 5. Li Jian e Ren Chengxi, «*O dever moral não deve ser fonte de dever para o crime de omissão do nosso país*», in *Boletim do Instituto de Ciência Política e Direito para Dirigentes de He Nam*, 2001, n.º 6. Wang Li e Zou Bing, «*Reflexão sobre a não salvação na jurisprudência e no Direito Penal*», in *Boletim da Universidade Normal de Sudoeste*, 2001, n.º 6. Zhang Yonghong e Wu Fangqing, «*Opiniões modestas sobre criminalização de não salvação*», in *Boletim da Escola Superior de Oficiais de Polícia de Xing Jiang*, 2006, n.º 1, etc.. Entre eles, há quem suporte a consagração do crime de não salvação, mas também há quem seja contra. O presente artigo baseia-se na lógica acima referida, considera que no direito penal da República Popular da China deve ser consagrado o crime de não salvação, porém, ao mesmo tempo, deve fazer-se uma clara distinção entre os limites da moralidade de nível básico e da moralidade de nível transcendente, para evitar a moralização do direito penal.

