

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM



DA FACULDADE DE DIREITO

法 律 學 院 學 報

**DÉCIMA SEGUNDA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«AS REFORMAS JURÍDICAS DE MACAU NO CONTEXTO GLOBAL —
NOVOS DESAFIOS E DESENVOLVIMENTOS NA CRIMINOLOGIA
CONTEMPORÂNEA E O SEU IMPACTO NO DIREITO CRIMINAL»**



PERIODICIDADE

Semestral

NÚMERO 47, ANO XXIV, 2020

DIRECTOR

Tong Io Cheng

SUBDIRECTOR

Augusto Teixeira Garcia e

Wei Dan

DIRECTOR EXECUTIVO

Manuel M. E. Trigo

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Membros do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

COORDENADOR EXECUTIVO

Jiang Yiwa (Língua Chinesa)

Miguel Quental (Língua Portuguesa)

CONSELHO EDITORIAL

Liu Gaolong, Zhao Guoqiang, Lok Wai Kin, Fan Jianhong, Tong Io Cheng,
Manuel Trigo, Augusto Teixeira Garcia, Paulo Canelas de Castro, Cândida Antunes Pires,
Paula Nunes Correia, José António Pinheiro Torres, Paula Ling, Jiang Yiwa e Miguel Quental,
da Faculdade de Direito, e Tou Wai Fong, em representação da
Associação de Estudos de Direito, Administração e Tradução

COLABORADORES PERMANENTES

Docentes dos Cursos de Mestrado e Doutoramento da FDUM

Docentes do Curso de Direito da FDUM em língua portuguesa

Docentes do Curso de Direito da FDUM em língua chinesa

Outros colaboradores convidados

COLABORADORES NO PRESENTE NÚMERO

Cândido da Angra, Carla Sofia, Dennis Wong, Guoling Zhao, Josefina Castro, Lan Jian,
Li Zhe, Liu Jianhong, Liu Renwen, Marc Groenhuijsen, Marcus Alan de Melo Gomes, Maria Leonor Esteves,
Miguel Lemos, Spencer De Li e Teresa Lancry Robalo

PROPRIEDADE

Universidade de Macau

CAPA, DESIGN, EDIÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E SECRETARIADO

Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

PAGINAÇÃO E IMPRESSÃO

Jimmy Label Co.

TIRAGEM

500 exemplares

ISSN n.º 0873-9854

Condições de colaboração: O Boletim da Faculdade de Direito está aberto à colaboração dos interessados sem prejuízo da apreciação dos trabalhos a publicar por parte do Conselho Editorial. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos seus autores. O Boletim da Faculdade de Direito reserva-se ao direito de editar os textos recebidos para, sem lhes alterar o conteúdo, os fazer corresponder aos critérios gráficos adoptados.

ÍNDICE

Nota de abertura	13
Estatuto Editorial	15
Programa	17

SESSÃO DE ABERTURA

Discurso de boas vindas <i>Tong Io Cheng</i>	25
Discurso de boas vindas <i>Rui Cunha</i>	27
Discurso de abertura <i>Teresa Lancry Robalo</i>	29

1.ª SESSÃO NOVOS DESAFIOS E DESENVOLVIMENTOS NA CRIMINOLOGIA CONTEMPORÂNEA E O SEU IMPACTO NO DIREITO CRIMINAL: COMUNICAÇÕES QUAIS

Direito Penal e criminologia na pós-modernidade <i>Marcus Alan de Melo Gomes</i>	37
Influence of Criminology on Criminal Law in Modern China <i>Liu Jianhong e Shuai Honglan</i>	49

2.ª SESSÃO SEGURANÇA E POLÍTICAS CRIMINAIS

O governo da delinquência juvenil em Portugal: continuidades, descontinuidades e ambivalências <i>Josefina Castro</i>	65
---	----



Governança da segurança urbana: o contexto português	
<i>Carla Sofia Cardoso</i>	85

3ª SESSÃO
DELINQUÊNCIA JUVENIL, JUSTIÇA DE MENORES E POLÍTICAS CRIMINAIS

Chinese problem-solving courts and juvenile justice reform	
<i>Spencer De Li</i>	97
Capacitação das vítimas de bullying escolar com a justiça restaurativa	
<i>Dennis Wong</i>	111

4ª SESSÃO
NOVOS DESAFIOS E DESENVOLVIMENTOS NA CRIMINOLOGIA CONTEMPORÂNEA
E O SEU IMPACTO NO DIREITO CRIMINAL
— APRESENTAÇÕES E DEBATE (MESA REDONDA)

5ª SESSÃO
VITIMOLOGIA E DIREITOS DAS VÍTIMAS DE CRIMES

Current status of victimology and some future developments	
<i>Marc Groenhuijsen</i>	127
Development of crime victim protection in Mainland China and its impact in Criminal Law	
<i>Guoling Zhao</i>	149
Vítimas de terrorismo e justiça restaurativa – análise da questão tendo a Lei n.º 3/2006 sobre a prevenção do terrorismo (Macau) em consideração	
<i>Teresa Lancry Robalo</i>	161

6ª SESSÃO
NOVOS DESAFIOS NO DIREITO CRIMINAL CONTEMPORÂNEO

Investigação sobre a legislação penal na perspectiva da sociedade de risco
Lan Jian..... 185

A reforma da suspensão provisória do processo em Portugal e a sua inspiração para o Direito Processual Penal de Macau
Li Zhe e Wong Heng Ut 207

7ª SESSÃO
GLOBALIZAÇÃO CRIMINAL E CRIME TRANSNACIONAL

O emergente modelo político-criminal face ao terrorismo ou o Direito Penal do Inimigo em acção
Maria Leonor Esteves 223

Estudos sobre o combate contra a criminalidade transfronteiriça e a colaboração judicial em matéria penal inter-regional – numa perspectiva da área da Grande Baía de Guandong – Hong Kong – Macau
Liu Renwen e Zou Feifei 239

‘Beyond Reasonable doubt’ and ‘Specific Direction’ through the interstices of the Katanga case at the International Criminal Court
Miguel Lemos 265

Criminologia, Direito Criminal e Política criminal: Ciências criminais ou Ciência criminal?
Cândido da Agra 277

SESSÃO DE ENCERRAMENTO

Notas conclusivas
Dennis Wong 291



NOTA DE ABERTURA



Este número é especial, primeiramente pelo seu conteúdo, uma vez que integra os textos das comunicações apresentadas na *Décima Segunda Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global - Novos desafios e desenvolvimentos na Criminologia contemporânea e o seu impacto no Direito Criminal*, tendo como organizador o Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, e como patrocinadores a Direcção dos Serviços dos Assuntos de Justiça (DSAJ), a Fundação Rui Cunha, a Galaxy Entertainment Group e a Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa (AICLP). A todos os nossos agradecimentos.

Intervieram na Conferência e apresentaram as suas comunicações académicos e peritos internacionais e locais, em sessões sucessivas, iniciando com a sessão *Novos desafios e desenvolvimentos na Criminologia contemporânea e o seu impacto no Direito Criminal: Comunicações gerais*, com os temas *Direito Penal e criminologia na pós-modernidade e Influência da criminologia no Direito Penal na China moderna*, e prosseguindo com as sessões sobre *Segurança e Políticas Criminais, Delinquência Juvenil, Justiça de Menores e Políticas Criminais, Criminalidade na RAE de Macau, Vitimologia e direitos das vítimas de crimes*, terminando com *Novos desafios no Direito Criminal contemporâneo, Globalização Criminal e Crime Transnacional*, em que se encerrou com o tema *Criminologia, Direito Criminal e Política criminal: Ciências criminais ou ciência criminal?* Os textos das comunicações em Língua Portuguesa são publicados de acordo com a norma utilizada pelos Autores.

Dando expressão à diversidade temática do Boletim da Faculdade, desta vez incluíram-se temas desta especialidade, no âmbito da *Criminologia* e do *Direito Penal*, interno e internacional, num momento em que se revestem de especial interesse para a região e para o mundo em que vivemos.

Este é também um número especial porque constitui o último de uma série sob o Estatuto Editorial e a orientação editorial e científica que lhe têm presidido, com ligeiras alterações que o tempo e as mudanças institucionais ditaram, desde o início da sua publicação, em 1997, designadamente como publicação jurídica bilingue, em Língua Portuguesa e em Língua Chinesa ou em Língua Chinesa e em Língua Portuguesa, com os desafios e as dificuldades naturais que constituía e constitui o uso das duas línguas oficiais, ainda mais no seu início, em face da



disponibilidade de Autores e Tradutores autorizados nas duas línguas oficiais da Região Administrativa Especial de Macau.

Ao longo do período em que se manteve esta orientação editorial, testemunhámos o empenho dos responsáveis pelas diferentes funções nos órgãos do Boletim, o apoio dos responsáveis da Faculdade de Direito, da Universidade de Macau e dos nossos Patrocinadores, a generosidade dos Autores e o esforço e dedicação dos Tradutores e dos Revisores, bem assim dos colaboradores directos, como directores do Centro de Estudos Jurídicos, como directores e coordenadores executivos do Boletim, que a ficha técnica deste número inclui como parte integrante, cuja leitura desta vez recomendo, bem assim o sempre e discretamente presente Estatuto Editorial, além dos nossos Colaboradores, Funcionários e Estudantes neste Centro de Estudos Jurídicos.

Com as limitações referidas e as demais que se foram encontrando ao longo do tempo, lapsos, falhas de revisão, necessidades de ajustamentos entre as versões nas duas línguas, eventualmente em outras línguas, pelo mérito dos seus conteúdos, que se deve primeiramente aos seus Autores, avaliado pelos nossos fiéis e exigentes Leitores, este Boletim tornou-se uma publicação de referência, das mais citadas na Doutrina e na Jurisprudência de Macau, a que se aspirava, e que permanecerá presente, e naturalmente merece ter continuidade, com o merecimento que se lhe reconhecer.

Sob os bons auspícios da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, nova orientação editorial se revelará dando continuidade a esta publicação, pelo que devemos aguardar com esperança o próximo número do Boletim da Faculdade da Universidade de Macau.

Macau, 30 de Junho de 2020,

Manuel M. E. Trigo

Director do Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito
da Universidade de Macau



ESTATUTO EDITORIAL

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU



O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, em Língua Chinesa 澳門大學法律學院學報, e em Língua Inglesa Bulletin of the Faculty of Law, é uma revista jurídica académica de periodicidade semestral, em Língua Portuguesa e em Língua Chinesa.

O Boletim pode ser publicado noutras línguas, designadamente em Língua Inglesa, ou incluir textos na língua em que tenham sido apresentados ao público, em encontros académicos e científicos. A publicação em Língua Portuguesa e em Língua Chinesa será feita em volumes separados e em simultâneo ou com a maior proximidade possível.

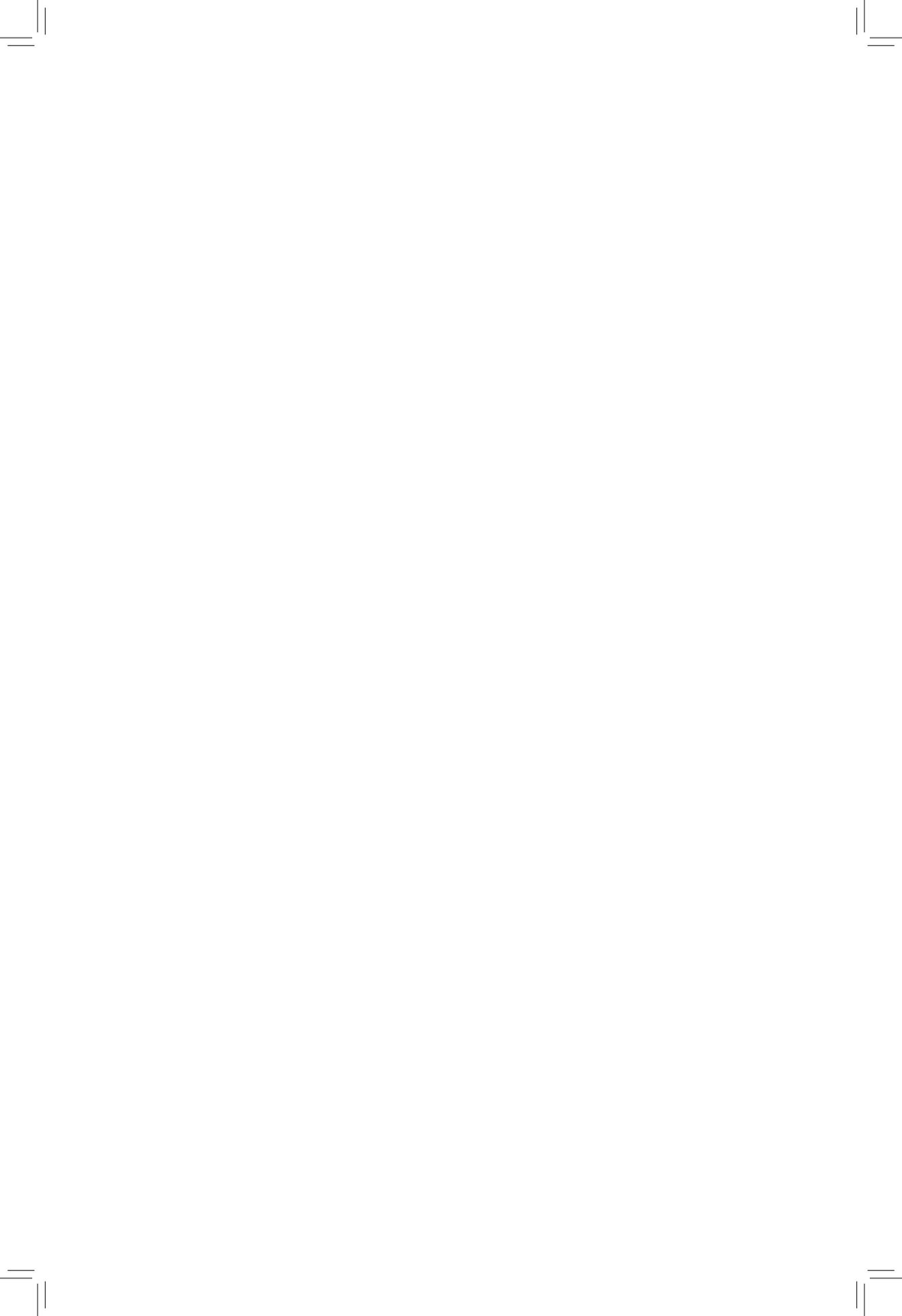
Adopta-se uma estrutura flexível, que poderá incluir doutrina, lições, estudos jurídicos, assuntos vários e a vida da Faculdade, admitindo-se, em continuidade, a publicação de números temáticos ou de estudos.

Pelo Boletim da Faculdade de Direito visa-se privilegiadamente dar expressão aos estudos académicos, fruto da actividade docente e de investigação bem assim como à divulgação das comunicações apresentadas em encontros, seminários ou conferências com a participação da Faculdade de Direito. O Boletim está aberto à participação exterior e poderá inserir outros estudos, convidando à participação a comunidade jurídica.

O Boletim da Faculdade de Direito rege-se pela autonomia académica e editorial e pela regra da retribuição da publicação dos artigos nele incluídos, sem prejuízo de, na impossibilidade de retribuição, poder prosseguir com a gratuidade das participações, devendo respeitar o princípio da igualdade de tratamento, decidindo os órgãos do Boletim sobre a estrutura e elementos de publicação.

O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau pretende contribuir para dar continuidade ao Direito de Macau, ser expressão da dinâmica da sua comunidade jurídica em geral e, em particular, da comunidade académica, e propõe-se ser um instrumento de afirmação e consolidação dos estudos e investigação jurídica em Macau.





12.^a CONFERÊNCIA INTERNACIONAL sobre

«As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global»

- Novos desafios e desenvolvimentos na Criminologia contemporânea e o seu impacto no Direito Criminal -

ORGANIZAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS, FACULDADE DE DIREITO

PATROCINADORES

DIRECÇÃO DOS SERVIÇOS DOS ASSUNTOS DE JUSTIÇA (DSAJ), FUNDAÇÃO RUI CUNHA,
GALAXY ENTERTAINMENT GROUP E ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA DE
LÍNGUA PORTUGUESA (AICLP)

Programa

24 e 25 de Outubro de 2019

BIBLIOTECA WU YEE SUN, AUDITÓRIO,
UNIVERSIDADE DE MACAU

12.^a CONFERÊNCIA INTERNACIONAL sobre



«As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global»

- Novos desafios e desenvolvimentos na Criminologia contemporânea
e o seu impacto no Direito Criminal -

Programa

24 DE OUTUBRO DE 2019 (QUINTA-FEIRA)

SESSÃO DE ABERTURA

09:15-09:30 CHEGADA DOS CONVIDADOS

09:30-09:50 Presidente da Mesa e **Discurso de boas vindas:** *Prof. Tong Io Cheng, Director da Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*

Discurso de boas vindas: *Dr. Rui Cunha, Presidente da Fundação Rui Cunha, Macau*

Discurso de abertura: *Prof. Teresa Lancry Robalo, Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*

Outros convidados:

- Dr. Leong Pou Ieng, Vice-Directora do Gabinete dos Assuntos Jurídicos, Macau
- Dr. Frederico Rato, Presidente do Conselho Superior de Advocacia de Macau, Macau
- Dra. Catherine Iu, Vice-Presidente Assistente de Relações Públicas - Corporate & Community Relations, Galaxy Entertainment Group

- Prof. Augusto Teixeira Garcia, Vice-Director, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau
- Prof. Iau Teng Pio, Director-Adjunto, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau
- Prof. Manuel Trigo, Director do Centro de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau

Foto de grupo com os Moderadores e os Oradores

1.^a SESSÃO

NOVOS DESAFIOS E DESENVOLVIMENTOS NA CRIMINOLOGIA CONTEMPORÂNEA E O SEU IMPACTO NO DIREITO CRIMINAL: COMUNICAÇÕES GERAIS

10:00-11:20 | Moderador: 5 min | Orador: 30 min | Q&A: 15 min

- 10:00-10:05 MODERADORES: *Marc Groenhuijsen, Professor, INTERVICT-International Victimology Institute, Tilburg, Universidade de Tilburg, Holanda e Dr. Rui Cunha, Presidente da Fundação Rui Cunha, Macau*
- 10:05-10:35 Direito Penal e criminologia na pós-modernidade
ORADOR: *Marcus Alan de Melo Gomes, Juiz, Professor do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA), Investigador e Vice-Presidente da Associação de Criminologia dos Países de Língua Portuguesa, Brasil*
- 10:35-11:05 Influência da criminologia no direito penal na China moderna
ORADOR: *Liu Jianhong, Professor, Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Macau, Departamento de Sociologia; Presidente da Comissão Científica da Sociedade Internacional de Criminologia; Presidente da Sociedade Asiática de Criminologia, Macau*
- 11:05-11:20 DEBATE
- 11:20-11:40 PAUSA PARA CAFÉ

2.^a SESSÃO

SEGURANÇA E POLÍTICAS CRIMINAIS

11:40-13:00 | Moderador: 5 min | Orador: 20 min | Q&A: 15 min

- 11:40-11:45 MODERADOR: *Liu Renwen, Professor e Director do Instituto de Direito Criminal da Academia Chinesa de Ciências Sociais, RPC*
- 11:45-12:05 O governo da delinquência juvenil em Portugal: continuidades, descontinuidades e ambivalências
ORADORA: *Josefina Castro, Assistente convidada da Universidade Lusíada Norte. Investigadora do Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais da Universidade Lusíada (CEJEA) e do Centro de Investigação Interdisciplinar - Crime, Justiça e Segurança da Escola de Criminologia da Universidade do Porto (CJS).*
- 12:05-12:25 Governança da segurança urbana: o contexto português
ORADORA: *Carla Sofia, Professora, Escola de Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa, Portugal*
- 12:25-12:45 DEBATE
- 13:00-15:00 ALMOÇO (ORADORES E CONVIDADOS)

3.^a SESSÃO

DELINQUÊNCIA JUVENIL, JUSTIÇA DE MENORES E POLÍTICAS CRIMINAIS

15:00-16:20 | Moderador: 5 min | Orador: 20 min | Q&A: 15min

- 15:00-15:05 MODERADORA: *Maria Leonor Esteves, Professora, Universidade do Porto e Instituto Politécnico de Viseu e Investigadora Universidade do Minho, Portugal*
- 15:05-15:25 Resolução do problema relativo à Reforma Chinesa da Justiça Juvenil
ORADOR: *Spencer De Li, Professor, Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Macau, Departamento de Sociologia, Macau*

- 15:25-15:45 Capacitação das vítimas de bullying escolar com a justiça restaurativa
 ORADOR: *Dennis Wong, Professor, Departamento de Ciências Sociais e Comportamentais e Vice-Director do Colégio de Artes e Ciências Sociais, City University de Hong Kong*
- 15:45-16:10 DEBATE
- 16:20-16:40 PAUSA PARA CAFÉ

4.^a SESSÃO

NOVOS DESAFIOS E DESENVOLVIMENTOS NA CRIMINOLOGIA CONTEMPORÂNEA E O SEU IMPACTO NO DIREITO CRIMINAL

Apresentações e debate (Mesa redonda)\

MODERADORA: *Teresa Lancry Robalo, Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau*

*CRIMINALIDADE NA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU
 Com todos os oradores e participantes*

- 18:30-20:30 JANTAR (ORADORES E CONVIDADOS)

25 DE OUTUBRO DE 2019 (SEXTA-FEIRA)

5.^a SESSÃO

VITIMOLOGIA E DIREITOS DAS VÍTIMAS DE CRIMES

09:30-10:50 | Moderador: 5 min | Orador: 20 min | Q&A: 15 min

- 09:30-09:35 MODERADOR: *Liu Jianhong, Professor, Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Macau, Departamento de Sociologia, Macau*
- 09:35-09:55 Estado actual da vitimologia e alguns desenvolvimentos futuros
 ORADOR: *Marc Groenhuijsen, Professor, INTERVICT-International Victimology Institute, Tilburg, Universidade de Tilburg, Holanda.*

- 09:55-10:15 Desenvolvimento da protecção das vítimas de crime no interior da China e o seu impacto no Direito Criminal
ORADORA: *Guoling Zhao, Professora, Faculdade de Direito da Universidade de Beijing. Vice-Presidente da Sociedade Chinesa de Criminologia, Beijing, RPC*
- 10:15-10:35 Vítimas de terrorismo e justiça restaurativa – análise da questão tendo a Lei n.º 3/2006 sobre a prevenção do terrorismo (Macau) em consideração
ORADORA: *Teresa Lancry Robalo, Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*
- 10:35-10:50 DEBATE
- 10:50-11:20 PAUSA PARA CAFÉ

6.ª SESSÃO

NOVOS DESAFIOS NO DIREITO CRIMINAL CONTEMPORÂNEO

11:20-12:40 | Moderador: 5 min | Orador: 20 min | Q&A: 15 min

- 11:20-11:25 MODERADOR: *Miguel Lemos, Professor Auxiliar, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau*
- 11:25-11:45 Investigação sobre a legislação penal na perspectiva da sociedade de risco
ORADOR: *Lan Jian, Pós-doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, Macau*
- 11:45-12:05 Mediação no processo penal Chinês
ORADORA: *Li Zhe, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macaul*
- 12:25-12:40 DEBATE
- 12:30-14:30 ALMOÇO (ORADORES E CONVIDADOS)

7.^a SESSÃO

GLOBALIZAÇÃO CRIMINAL E CRIME TRANSNACIONAL

15:00-16:30 | Moderador: 5 min | Orador: 20 min | Q&A: 15min

- 15:00-15:05 MODERADOR: *Li Zhe, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau*
- 15:05-15:25 O emergente modelo político-criminal face ao terrorismo ou o Direito Penal do Inimigo em acção
ORADORA: *Maria Leonor Esteves, Professora, Universidade do Porto/ Instituto Politécnico de Viseu/Investigadora Universidade do Minho, Portugal*
- 15:25-15:45 Estudos sobre o combate contra a criminalidade transfronteiriça e a colaboração judicial em matéria penal inter-regional – numa perspectiva da área da Grande Baía de Guandong – Hong-Kong – Macau
ORADOR: *Liu Renwen, Professor e Director do Instituto de Direito Criminal da Academia Chinesa de Ciências Sociais, RPC*
- 15:45-16:05 “Para além da dúvida razoável” e “Direção específica”. Pelos interstícios do caso Katanga no Tribunal Penal Internacional
ORADOR: *Miguel Lemos, Professor Auxiliar, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau*
- 16:05-16:35 Criminologia, Direito Criminal e Política criminal: Ciências criminais ou ciência criminal?
ORADOR: *Cândido da Agra, Professor Emérito da Universidade do Porto; Antigo Director da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Presidente da Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa, Portugal*
- 16:35-16:50 DEBATE

SESSÃO DE ENCERRAMENTO

16:50-17:10 *PRESIDENTE DA MESA E DISCURSO DE ENCERRAMENTO: Iau Teng Pio, Professor Associado e Director-Adjunto, Faculdade de Direito da Universidade de Macau*

NOTAS CONCLUSIVAS: Dennis Wong, Professor e Director Interino do Colégio de Artes e Ciências Sociais, City University de Hong Kong, Hong Kong

Jiang Yiwa, DIRECTORA ASSOCIADA DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS, FACULDADE DE DIREITO, UNIVERSIDADE DE MACAU, MACAU

17:10-18:10 CAFÉ – TROCA DE CONTACTOS

18:30-20:30 JANTAR (ORADORES E CONVIDADOS)

**DISCURSO DE BOAS-VINDAS
DO DIRECTOR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE MACAU
PROF. TONG IO CHENG**

Prezados

Presidente da Fundação Rui Cunha, Dr. Rui Cunha,

Subdirectora dos Serviços de Assuntos de Justiça, Dra. Leong Pou Ieng,

Presidente do Conselho Superior de Advocacia de Macau, Dr. Frederico

Rato,

Vice-presidente adjunto do Grupo Galaxy Entertainment Group, Dra. Catherine Iu,

Director-Adjunto dos Assuntos dos Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Prof. Iau Teng Pio,

Director do Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Prof. Manuel Trigo,

Presidente da Associação Internacional de Criminologia dos Países de Língua Portuguesa, Prof. Cândido da Agra,

Senhoras e Senhores,

Bom dia a todos!

Em representação da Universidade de Macau e da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, dou as boas-vindas a todos os participantes nesta Décima Segunda Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global. Agradecemos a todos pela vossa participação e apoio, em especial pela participação de todos os especialistas e académicos nesta conferência realizada na Universidade de Macau.

Como o tempo passa num instante. Já organizámos, seguidamente, por doze vezes, a Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global, criando, assim, importantes oportunidades de intercâmbio académico para Macau e promovendo com sucesso o desenvolvimento da comunidade jurídica local, com grande significado para o desenvolvimento do Direito de Macau.

Sendo um importante evento académico anual, o sucesso da Conferência

depende do apoio e assistência de todos os sectores da sociedade. Nestes dois dias, os especialistas e académicos irão partilhar connosco os resultados da sua investigação, os seus conhecimentos académicos e a sua sabedoria.

Neste momento, por isso, proponho um grande aplauso para todos os convidados e estudiosos pela sua vinda!

Desejo a todos muito sucesso na Décima Segunda Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global!

Tong Io Cheng
24 de Outubro de 2019

DISCURSO DE BOAS-VINDAS

PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO RUI CUNHA

DR. RUI CUNHA



Exmo. Senhor Professor Tong Io Cheng, Director da Faculdade de Direito da Universidade de Macau,

Exma. Senhora Dra. Leong Pou Ieng, Vice-Directora do Gabinete dos Assuntos Jurídicos de Macau,

Exma. Senhora Dra. Catherine Iu, Vice-presidente adjunto do Grupo Galaxy Entertainment Group,

Exmo. Senhor Dr. Frederico Rato, Presidente do Conselho Superior de Advocacia de Macau,

Exmo. Senhor Vice-Director da Faculdade de Direito, Professor Augusto Teixeira Garcia,

Exmo. Senhor Professor Iau Teng Pio, Director-Adjunto, Faculdade de Direito da Universidade de Macau,

Exmo. Senhor Professor Manuel Trigo, Director do Centro de Estudos Jurídicos, da Faculdade de Direito de Macau,

Exma. Senhora Doutora Teresa Lancry Robalo, Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Macau,

Exmas. Autoridades presentes,

Minhas Senhoras e meus Senhores,

Falar e reflectir sobre o Direito de Macau, é motivo, por si só, mais do que suficiente, para que a Fundação Rui Cunha, se associe, abraçando e apadrinhando, pelo sétimo ano consecutivo, esta que é já a Décima Segunda Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no contexto global.

É, pois, com enorme gosto e satisfação que a Fundação, participa neste nobre e importante fórum académico, neste que é também o ano em que assinalamos com grato prazer os 20 anos da Região Administrativa Especial de Macau.

Desde a mais remota existência do ser humano, que ouvimos falar em crime.

Com efeito, considerando que o homem possui o pendor de viver em sociedade, o fenómeno criminológico esteve sempre presente em todos os estágios da sua existência.

A cada etapa do desenvolvimento, novos valores e novas práticas criminosas foram surgindo, transformando-se em intenso objecto de observação académica e não só.

A criminologia enquanto ciência empírica e interdisciplinar, tem como objecto o estudo da conduta criminosa, do infractor, da vítima e do controle social, procurando encontrar uma informação válida para a sua eficaz prevenção e para a avaliação crítica dos diversos sistemas de resposta ao delito.

Nos dias de hoje, a criminalidade surpreende pela produção de delitos em faixas etárias cada vez mais baixas;

Por uma atitude criminosa cada vez mais presente em pessoas ditas “normais”, do ponto de vista sociocultural;

Por delitos motivados, cada vez mais, por questões de difícil compreensão, exigindo novas reflexões sobre as relações entre a psicopatologia e o acto delituoso.

A tudo isto, acresce uma frenética evolução digital, a qual coloca em causa a tradicional estabilidade a que o Estado de Direito, tal qual o conhecemos, nos habituou.

Infelizmente, o tempo do direito e da justiça teimam em se afastar. O que, se por um lado, nos poderá conduzir a alguma prudência, por outro, poderá constituir um factor de preocupação acrescido pelo nível de risco em que coloca a sociedade, no seu todo.

Durante os próximos dois dias, teremos oportunidade de ouvir, reflectir e debater estes e muitos outros temas, os quais, não apenas pela excelência do seu próprio conteúdo, mas sobretudo pela diversidade de ordenamentos jurídicos que cada orador representa contribuirão de forma indelével para uma frutuosa discussão jurídica e, conseqüentemente, para um cada vez melhor Direito de Macau!

Muito obrigado!

Rui Cunha

Presidente da Fundação Rui Cunha

DISCURSO DE ABERTURA
TERESA LANCRY ROBALO
PROFESSORA AUXILIAR, FACULDADE DE DIREITO,
UNIVERSIDADE DE MACAU, MACAU



Dear Professor Rui Martins, Vice-Rector of the University of Macau,
Dear Professor Tong Io Cheng, Dean of the Faculty of Law of the University
of Macau

Dear Professor Augusto Teixeira Garcia, Associate Dean of the Faculty of
Law of the University of Macau

Dear Professor Iau Teng Pio, Assistant Dean of the Faculty of Law of the
University of Macau

Dear Dr. Rui Cunha, President of the Rui Cunha Foundation, Macau

Dear Dr. Leong Pou Ieng, Vice-Director of the Legal Affairs Bureau

Dear Dr. Frederico Rato, President of the High Council of Lawyers of
Macau

Dear Dr. Catherine Iu, Representative from Galaxy Entertainment Group

Dear Professor Manuel Trigo, Director of the Centre for Law Studies of
the Faculty of Law of the University of Macau, Macau

Dear distinguished speakers,

Dear students,

Dear audience,

I would like to start this opening speech by greeting all and each one of
you who are attending this International Conference about the New challenges
and developments in contemporary Criminology and their impact in Criminal
Law.

It is an enormous honour for me to open the Conference with the following
words.

During the last months, the Center for Law Studies of the Faculty of Law
of the University of Macau has spent considerable time preparing this event,
aimed at bringing to this stage well-known local and international experts

on Criminology and Criminal Law. For this reason, I would like to start by congratulating Professor Manuel Trigo, as well as the administrative staff of the Center, particularly Ms. Jessica and Ms. Lili, for turning this event into a reality.

This Conference aims at discussing very relevant topics in both Criminology and Criminal Law. Without the studies undertaken by criminologists, lawyers would not be able to know the causes of crime. Without Criminology, the literature on the criminal law field would lack knowledge about the new challenges faced by society. Without Criminology, a pure Criminal Law approach, from a theoretical point of view, would run the serious risk of anachronism. Criminal Law should consider suggestions brought by criminal policy, as a result of the studies undertaken by Criminology, even though it should not erase its own foundations.

Lawyers must adapt themselves to new challenges and, thus, include new realities under the scope, roots, principles and norms of this particular, not to say enchanting, branch of law.

During this Conference we will be challenged by public security concerns and juvenile delinquency issues.

Another topic that will be brought to us relates to Victimology and Crime Victims. One may ask if our own legal systems do offer enough protection to the victims of crimes or if they deserve special attention and a higher level of protection. Restorative justice plays, here, an important role, aiming at giving the victim a voice. This reminds me of Nils Christie who, in 1977, argued that States had, to a certain extent, stolen a conflict that indeed belongs to victims.

One may also not ignore the relevance of International Law in regard to all the above mentioned topics. The work being developed by the ICC, the International Criminal Court, should be noted.

Nowadays, we face risks coming from unknown places. We do live, as argued by Ulrich Beck in 1986, in a Risk Society. Internet is indeed beneficial to our lives. However, cyberspace is a fertile arena for criminals while the task of finding and bringing perpetrators to criminal justice is extremely hard. Currently, we, as society members, do face the risk of our data being used by others following a cyberattack. For instance, children run the risk of being cyberbullied. Hate speech is just a click away.

Time seems to move faster than us. In a glimpse of an eye, technology poses new challenges to Criminologists and Criminal Lawyers. Researchers shall be one step forward, beyond today, beyond tomorrow.

We will have the opportunity to discuss these and other topics today and tomorrow.

Therefore, I would like to welcome our distinguished guests and speakers,

wishing them a pleasant stay in Macau, and in our University, and I wish an enormous success to this International Conference!

Thank you very much for your attention.

Teresa Lancry Robalo
Professora Auxiliar, Faculdade de Direito,
Universidade de Macau



12.^a CONFERÊNCIA INTERNACIONAL

**«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global»**

- **Novos desafios e desenvolvimentos na
Criminologia contemporânea e o seu
impacto no Direito Criminal -**





DÉCIMA SEGUNDA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global –
Novos desafios e desenvolvimentos na
Criminologia contemporânea e o seu
impacto no Direito Criminal»

1.^a Sessão

«Novos desafios e desenvolvimentos
na Criminologia contemporânea e
o seu impacto no Direito Criminal:
Comunicações Gerais»





DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA NA PÓS-MODERNIDADE*

Marcus Alan de Melo Gomes

*Juiz, Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Pará (UFPA), Investigador e Presidente da
Associação de Criminologia de Língua Portuguesa*

Resumo: O direito penal e a criminologia experimentaram uma significativa evolução epistemológica no século XX. A política criminal, entretanto, não acompanhou esse movimento, ao menos em países ocidentais onde o discurso punitivo e o encarceramento têm servido como principal inspiração do sistema penal. O objetivo deste trabalho é delinear algumas breves reflexões sobre a instabilidade epistemológica da política criminal e seus efeitos em relação ao recrudescimento do controle penal, em especial na América Latina. Parte-se da premissa de que, em tempos de pós-modernidade marcados por um encolhimento das medidas de inclusão social e pela falta de compromisso com a proteção de direitos fundamentais, a política criminal tem ocupado espaço alimentada pelo sentimento de insegurança e pelo medo coletivo, que provocam a intensificação

* O presente texto resulta da associação de ideias e reflexões desenvolvidas pelo autor em oportunidades anteriores, quer em conferências, quer em escritos publicados em revistas científicas e livros. A preocupação maior deste trabalho consiste em identificar o descompasso epistemológico interior das ciências criminais que tem refletido na adoção de uma política criminal meramente punitiva em diversos países, nomeadamente nos do continente latino-americano. A principal consequência desse fenômeno é o aumento expressivo do encarceramento em determinadas regiões do mundo, sem qualquer impacto equivalente em termos de prevenção do crime. Duas características que parecem ser estruturais de certos sistemas penais nesses tempos pós-modernos: o uso da repressão – e da prisão – como principal instrumento do controle penal; e a falta de políticas eficazes orientadas à prevenção do crime.

do controle penal como resposta a expectativas de segurança.

Palavras-chave: Direito penal; criminologia; política criminal; evolução epistemológica; pós-modernidade.

1. Sobre uma epistemologia do saber penal

A despeito da tensão teórica que caracteriza o debate sobre a legitimidade do poder penal, marcado por elaborações conceituais tão díspares quanto conflitantes – do abolicionismo de Mathiesen, Hulsman e Christie ao direito penal do inimigo de Jakobs, passando pelo modelo garantista de Ferrajoli, minimalista e agnóstico de Zaffaroni e funcionalista de Roxin, para ficar apenas nestes exemplos – o direito penal continua a ser tratado como um dos principais instrumentos de controle social. Neste campo se concentram todos os mecanismos de adequação de comportamentos a determinadas regras (controle social de ação) – em especial as jurídicas – assim como todas as respostas sociais e estatais às transgressões daquelas regras (controle social de reação).

O direito penal é a alma do sistema penal. Ele separa a criminalização primária (processo de elaboração das normas incriminadoras) da criminalização secundária (dinâmica de aplicação das normas), e nele se expressam todos os valores que inspiram um determinado modelo de controle social. Seu conteúdo depende, portanto, de diversos fatores sociais, morais, culturais, religiosos, etc., que interferem de modo imprevisível na construção de uma consciência social sobre o que deve ser considerado reprovável e, conseqüentemente, na definição dos estratos sociais que serão alcançados pela resposta penal. Uma constatação, entretanto, não pode ser negada: o simples recrudescimento da resposta penal não aperfeiçoa o controle social, não modifica comportamentos, não previne delinquência.

A epistemologia do direito penal é relativamente antiga. Pode-se dizer que uma teoria do conhecimento a seu respeito vem sendo lapidada desde Beccaria e do principal passo dado na história ocidental – a publicação de *Dei delitti e delle pene* em 1764 – para a racionalização do exercício do poder penal. Os valores liberais que inspiraram as revoluções burguesas de fins do século XVIII começaram por estabelecer, a partir do ambiente político, limites dogmáticos significativos ao controle penal. Legalidade e anterioridade da lei, responsabilidade penal subjetiva, pessoalidade e individualização da pena e *ne bis in idem* – para ficar apenas nesses exemplos – todos são princípios forjados sobre o ideal de contenção do poder de punir, e inspiram as constituições democráticas há mais de um século. No Brasil, o texto constitucional de 1988 é emblemático no que diz respeito à importância

atribuída a esses princípios de limitação da resposta penal, vários deles tratados como garantias fundamentais, o que se entende também como uma reação política aos excessos cometidos pelos governos militares que se iniciaram em 1964.

Deve-se reconhecer que o pano de fundo dessa carga principiológica é um discurso de legitimação do direito penal, todavia, de um modelo que tenda à sua *máxima minimização*. Nesse sentido – e ainda que se discorde dos contornos teóricos do ideário minimalista, sobretudo quando perscrutado pelas lentes da crítica criminológica – não se pode negar que a definição de um objeto de estudo (crime), a eleição de fontes (lei), o estabelecimento de métodos e de uma técnica (dogmática) e a delimitação de fins (retributivos, preventivos) são resultado valioso da evolução epistemológica do direito penal. Sem ela, talvez ainda estivéssemos a presenciar espetáculos públicos de enforcamento de “hereges” ou o extermínio de “pecadores” e “bruxas” a arder em fogueiras a céu aberto em pleno século XXI. Sim, porque a laicização da punição é também fruto desse progresso epistemológico.

Muito – ou tudo – do que já se propôs e do que se propõe hoje para o emprego menos irracional do controle penal foi e é pensado sobre as bases da epistemologia do direito penal. Do garantismo de Ferrajoli ao funcionalismo teleológico de Roxin, nada floresceu sem um esforço árduo para a identificação de um sentido – ou da falta dele – para o controle penal, como ato humano e político.

Pois bem, a despeito disso, o que se tem visto no campo político criminal são medidas invariavelmente repressivas, inspiradas pela força simbólica do direito penal, e divorciadas de qualquer orientação criminológica. No Brasil, a regra tem sido a promulgação de leis mais rigorosas, com a ampliação do palco de representação do direito penal (mais tipos penais); a adoção de práticas policiais meramente reativas em que a prisão do suspeito – e não a investigação dos factos – é o principal objetivo; o cotidiano de um processo penal que não se desgarra do arquétipo inquisitorial; e o predomínio de uma jurisprudência atrelada a critérios hermenêuticos que não encontram reflexo constitucional. Aliás, não é difícil perceber que há um grande paradoxo entre a ação expansiva das instâncias formais de controle (polícias e sistema de justiça criminal) e o perfil reducionista da constituição brasileira no que diz respeito ao exercício do poder penal.

Nunca se legislou tanto em matéria criminal no Brasil como nos últimos trinta anos, exatamente o período posterior à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Esse conflito se explica, em parte, pela constante falta de correspondência entre a dogmática penal e as iniciativas oficiais de política criminal, notadamente na esfera legislativa. O discurso meramente punitivo, que tanto inspira impulsos político-criminais de recrudescimento da lei, vem prevalecendo sobre a dogmática – que, reconheça-se, para legitimar a resposta penal precisa impor racionalidade ao sistema, sem prejuízo, é óbvio, de que dessa

racionalidade se possa divergir² – bem como sobre os princípios de restrição do *jus puniendi*.

O choque entre a política criminal e a dogmática deve ser analisado no contexto epistemológico. Enquanto o direito penal experimenta quase dois séculos de aprimoramento da produção de seu saber, a política criminal ainda desconhece uma teoria do conhecimento a seu respeito. Sem uma epistemologia sólida, ela vagueia ao sabor dos interesses de momento, dos mais diversos matizes, imprevisíveis e incontrolláveis.

2. O direito penal inspirado pela criminologia

Se ao direito penal cabe a definição normativa dos comportamentos reprováveis, à criminologia compete estudar a dinâmica dos processos de criminalização, identificando suas pretensões, muitas vezes veladas, e refletir sobre sua natureza política, de sorte a criticá-la, sempre lembrando que o controle penal é uma manifestação ideológica. O saber criminológico deve ser a pedra no sapato do legislador, seu desconforto, seu incômodo. Há muito superadas a abordagem etiológica do positivismo naturalista do século XIX e a perspectiva funcionalista que marcou a primeira metade do século XX – ambas tiveram como ponto comum e maior equívoco considerar o crime um dado ontológico, objetivo e neutro, alheio à ação política do Estado – e desde o advento da criminologia de base sociológica (Escola de Chicago), não se pode mais pretender que o processo legislativo em matéria penal se desenvolva à distância do pensamento criminológico.

Talvez a principal função da criminologia em tempos neoliberais resida no estudo crítico do controle penal a partir do reconhecimento de sua essência política. O controle social é uma atividade dominadora, que produz submissão, ora de maneira sutil, até despercebida (controle social de ação informal), ora às escâncaras, mediante emprego de força e coerção (controle social de reação formal). Mas em qualquer caso, a percepção do que deve constituir desvio ou crime perpassa o exercício do poder político, já que a este caberá, ao fim e ao cabo, o emprego da repressão oficial (pena). Crime, criminoso e vítima são,

2 É inegável, por exemplo, que a proposta funcionalista de Jakobs para o direito penal, muito embora tente justificar um alter sistema reservado para um certo tipo de criminalidade e de criminoso (direito penal do inimigo), reconhece a necessidade de que o direito penal (do cidadão) encontre limites que preservem a harmonia com os demais sistemas sociais (educacional, religioso, moral, etc). Há, portanto, uma lógica teórica para a construção de um modelo punitivo, e que pode ser confrontada com outras lógicas de legitimação elaboradas pela dogmática, diferentemente do que ocorre com os discursos punitivos (tolerância zero, lei e ordem), cuja essência é exatamente a falta de uma lógica teórica da qual se possa discordar.

portanto, um produto ideológico. A criminologia deve ser o filtro da política criminal, seu depurador, deve impor limites aos processos de criminalização a partir do enfrentamento dialético dos interesses e da vontade de quem demarca o alcance do direito penal.

O grande obstáculo para a consecução deste fim é o facto de que o pensamento criminológico permanece sendo um intruso no processo legislativo. A crítica criminológica não é bem vinda pelo legislador, e acaba se confinando ao meio acadêmico, com pouquíssima ou nenhuma influência sobre o produto final da política criminal.

Essa é seguramente uma das razões, dentre inúmeras outras, para que propostas de racionalização do controle penal, como as que defendem um modelo de direito penal mínimo, sejam proscritas das leis penais.

A falta de uma perspectiva dialética na definição dos rumos político-criminais do sistema penal contribui perigosamente para o que se vem chamando de uma *expansão* do direito penal, marcada por uma tendência claramente dominante de elaboração de novos tipos penais, de agravação de penas, de relativização das garantias penais clássicas, de criação de novos bens jurídico-penais, de ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, de flexibilização das regras de imputação (SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 17-18), comprometendo-se qualquer possibilidade de construção de um modelo de controle social menos invasivo e mais compatível com os princípios e valores democráticos.

3. Controle social, segurança e expansão do poder penal

Não se promove segurança com o recrudescimento do sistema penal. Primeiro, porque o controle penal alcança apenas os efeitos do crime. Não atua, e nem pode fazê-lo, sobre as causas da delinquência, seja ela de que tipo for (violenta, patrimonial, econômica, etc). Isso, por si só, compromete a eficácia de qualquer projeto de prevenção pela via punitiva. Não há como interferir na origem de um problema preocupando-se apenas com os seus resultados. Segundo, porque o sistema penal é personalista, no sentido de pretender controlar pessoas, não as situações que geram a crime. Almeja dominar uma variável imprevisível, as escolhas humanas, valendo-se, para tanto, de mecanismos coercitivos, aos quais confere um suposto e indemonstrável potencial de motivação de comportamentos, ora no plano coletivo (prevenção geral), ora no plano individual (prevenção especial). Terceiro, porque é meramente reativo, isto é, somente se movimenta após a prática do crime. Não se pode evitar o que já aconteceu, nem há qualquer evidência científica de que o futuro possa ser definido – um futuro sem crimes – pela punição de pessoas no presente. E quarto, porque a proteção do sistema penal

é abstrata. Não alcança pessoas, mas sim a validade das normas. Não impede, portanto, a vitimização, seja ela real ou potencial (BARATTA, 2006, p. 161).

Todos esses fatores revestem o sistema penal com uma casca simbólica, que representa uma ideia, mas não é capaz de efetivá-la. A lei penal, pressuposto de qualquer ação repressiva oficial, reflete esse simbolismo.

Duas variáveis compõem o conceito de controle social: a) a conduta ou comportamento considerado *desviado*; b) a reação ou resposta social ao *desvio*³. Esses componentes devem ser tratados como elementos condicionantes do modelo de controle penal, pois permitem identificar a inspiração político criminal de determinado sistema penal e sua compatibilidade com os princípios do Estado democrático.

As estratégias de prevenção de condutas indesejadas – o chamado controle social de ação – seriam aquelas que atuam antes do delito, internalizando nas pessoas valores socialmente aceitos, de tal sorte que desenvolvam controles internos, subjetivos, refratários aos comportamentos desviados. Funcionariam como mecanismos de socialização com o objetivo de inculcar no indivíduo significados da realidade que devem informar suas ações, por serem considerados positivos. O sistema educacional e as instituições religiosas, por exemplo, são consideradas instâncias eficazes desse tipo de controle.

O controle social de reação, por sua vez, se caracteriza pela posterioridade ao desvio. É uma consequência deste, uma medida de contenção do *desviante*, uma resposta ao que é rejeitado socialmente. Para alguns desvios, a depender dos valores afetados, mas também e em especial, dos interesses a resguardar, emprega-se a *criminalização* como instrumento de controle social de reação. Trata-se de uma técnica altamente formalizada de definição normativa do que se considera desvio, e que constitui a premissa da modalidade mais contundente de controle social, que é o *controle penal*. Este se estende do processo legislativo de definição do delito até momentos posteriores à execução da pena, em que o condenado permanece submetido aos estigmas da repressão (sequelas psicológicas do encarceramento, bloqueios emocionais nas relações interpessoais, dificuldades de inserção social e retomada do trabalho, discriminação e rejeição da comunidade, etc).

Segundo Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée (1997, pp. 20-21), o controle social se caracteriza hoje por um lento e imperceptível deslocamento do poder da esfera pública para o mercado. O poder político vem sendo substituído

3 Os termos desviado e desvio vão aqui destacados por serem conceitualmente instáveis. Pressupõem a possibilidade de se eleger socialmente um padrão de conduta considerado aceitável, o que, sabe-se, oscilará de acordo com a cultura de cada comunidade, de tal sorte que aquilo que se considerava reprovável ontem pode não mais sê-lo hoje, ou o comportamento negativamente valorado no Brasil pode ser bem tolerado em países da Ásia ou do Oriente Médio. A noção de desvio é, portanto, historicamente construída e dela se apropria o sistema penal.

pelo poder midiático e econômico. Os instrumentos informais de controle (escola, família, religião, etc) perdem espaço para métodos mais sutis e perversos de programação das pessoas, uma verdadeira engenharia da persuasão. Há, enfim, um processo de privatização do controle social de ação que “vai sendo claramente assumido por grupos privados que dominando os meios de comunicação vão reproduzindo os valores do sistema, entre outras, em forma de notícias, literatura, cinema e programas de televisão”.

Prevalece a ideologia do liberalismo econômico, uniformizadora, voltada à padronização global dos critérios e necessidades de consumo, mas também tendente à promoção de um pensamento político único em escala mundial. Os interesses do mercado sobrepõem-se, destarte, ao bem coletivo, e o controle social de ação se converte em mais um tentáculo da economia totalizante: as pessoas devem ser convencidas a consumir bens, ideias, produtos culturais que as domesticam, robotizam, anulam sua capacidade de refletir criticamente sobre os acontecimentos da vida. Ao Estado resta, nesse contexto, o controle penal, reativo, estigmatizante, simbólico. A expansão punitiva se explica, em parte, por esse fenômeno de esvaziamento dos mecanismos estatais de controle social e pela manipulação das vias de controle social informal. Com o monopólio econômico dos instrumentos de conformação de comportamentos, cujo combustível é a criação de falsas necessidades de consumo, o emprego do controle penal se potencializou, ora para compensar a prevalência do mercado sobre o poder político, ora tão somente para servir aos interesses daquele.

A consequência mais visível desse movimento é o recrudescimento da lei penal, quantitativa e qualitativamente. É desastroso, do ponto de vista da preservação dos valores mais caros ao Estado democrático de direito (liberdade e igualdade), que a pretexto de se exercer rígido controle social – e como se tal iniciativa tivesse alguma eficácia preventiva demonstrável – promova-se tão somente a expansão do poder penal.

4. A política criminal como produto da história

O problema de partida para qualquer investigação sobre o objeto e os métodos da política criminal reside na circunstância de ser ela uma expressão do poder político. Essa condição a expõe às incertezas da história, aos embates ideológicos e às constantes mutações nas formas de autogoverno dos povos.

As causas recentes, desde a perspectiva histórica, para as atuais oscilações da política criminal no ocidente podem ser encontradas na desestruturação do Estado de Bem Estar.

A política criminal *welfarista*, fruto do ideal de promoção dos direitos

sociais, se baseava na premissa correccionalista e ressocializadora. Pensava-se que a solução para o problema social da delinquência estava no tratamento do criminoso, a partir da identificação das causas (sociais, psicológicas, emocionais, etc) do comportamento desviado. A melhor alternativa para a prevenção do crime era, portanto, corrigir os fatores que o provocavam, em especial a precária socialização ou adaptação social do condenado. O *welfarismo* penal investia no crescimento econômico como importante elemento preventivo, e reservava ao Estado, nos casos em que não se lograsse evitar o crime, tanto o monopólio da pena como o tratamento do criminoso. Foi nesse modelo de controle que surgiram as penas indeterminadas, os exames criminológicos de avaliação do grau de periculosidade, as medidas de segurança, a liberdade condicional, a justiça de menores, mecanismos, todos eles, inspirados no propósito de eliminar as variáveis causais do desvio e na possibilidade de readaptação social do condenado.

O projeto correccionalista representou uma ruptura com o retribucionismo tão atrelado aos excessos de poder do Antigo Regime. Nada obstante, a crítica que se instalou sobre ele já na década de 1970 implicou, de certo modo, um retorno ao discurso retributivista, que renasceu fortalecido diante da inquestionável incapacidade do *welfarismo* penal de alcançar os resultados preventivos da forma como se propunha fazer. As pretensões do programa de ressocialização foram consideradas falaciosas, pois, em nome do tratamento do criminoso, incorria-se em abusos que violavam seus direitos. Viram-se, escondidas por trás do paternalismo correccionalista, simples opressão política e dominação social (GÓMEZ MARTÍN, 2007, p. 58). Foi nesse ambiente de questionamentos da eficácia do sistema penal então vigente que perspectivas críticas da criminologia floresceram e conquistaram espaço, impulsionadas por uma análise ideológica, de viés marxista, da dinâmica de controle social, suas funções e instrumentos⁴.

Muito embora essa modificação de horizontes seja produto, de certo modo, de uma profunda virada cultural que afetou a sensibilidade social sobre o tema da delinquência, é indispensável reconhecer que o panorama político-econômico mundial nos primeiros anos da década de 1980 também interferiu determinantemente nos rumos tomados pela política criminal nos países europeus e, de resto, também no continente americano. Nesse sentido, devem ser considerados fatores importantes, segundo Gómez Martín (2007, pp. 59-62): as mudanças da sensibilidade social em relação à viabilidade do *Welfare State*, sobretudo em razão de uma crescente insatisfação da classe média com os gastos em políticas sociais, que resultavam, ao final, inócuos, e prejudicavam seus interesses econômicos; as mudanças econômicas provocadas pela elevada

4 Dentre essas, a análise teoricamente mais robusta e seguramente a mais difundida é a da criminologia crítica, de Alessandro Baratta.

despesa pública com programas sociais que, somada à crise do petróleo ocorrida na década de 1970, resultaram em recessão econômica, marcada por uma política de redução de salários e supressão de benefícios sociais; a intensificação da mobilidade demográfica, tanto entre países quanto neles, internamente, e, nesse caso, com especial destaque para a formação de guetos nos bairros pobres e periféricos de grandes cidades, como, por exemplo, nas do norte dos Estados Unidos, para as quais houve uma grande migração de negros do sul; o progresso tecnológico, que alimentou a comercialização de novos equipamentos portáteis de uso pessoal e doméstico (telefones, computadores, etc), além da redução dos controles situacionais em novos ambientes de consumo, como os estabelecimentos *self service*, circunstâncias que contribuíram para o aumento da criminalidade patrimonial; e, por fim, o novo contexto político em que governos de vários países, influenciados pela política interna de Margaret Thatcher, na Inglaterra, e de Ronald Reagan, no Estados Unidos, e para se protegerem dos efeitos recessivos da crise do Estado de Bem Estar, tornaram-se liberais na economia e conservadores no social, adotando medidas que aprofundaram o desemprego e as desigualdades sociais, com reflexos no crescimento de uma criminalidade específica, notadamente o tráfico de drogas e os crimes patrimoniais violentos.

Esse novo quadro sócio-político-econômico afetou a política criminal nos países europeus e americanos, revestindo-a de um caráter eminentemente repressivo. À intensificação do sentimento de medo do crime correspondeu uma maior demanda por segurança pública, impulsionada por um processo de vitimização abstrata. Formou-se um espírito securitarista que alimentou novas e maiores exigências de proteção, não apenas em relação ao crime, mas também quanto aos perigos inerentes ao novo modelo global de organização social (BAUMAN, 1999) e aos riscos provocados pela vida pós-moderna (BECK, 1998).

Alguns autores qualificam essa nova sociedade como contraditória e esquizofrênica (GÓMEZ MARTÍN, 2007, p. 66). Nela prevalecem duas estratégias político-criminais: o *associacionismo preventivo* e a *segregação punitiva*, as quais geram medidas de reação ao crime pautadas por metas de segurança pública estabelecidas a partir de expectativas sociais de controle e repressão. Busca-se, com a implementação de respostas punitivas, acalmar o nervosismo coletivo e amenizar uma espécie de angústia geral provocada pelo medo de se tornar vítima, uma verdadeira purgação do sentimento de insegurança.

A inquietude social relacionada ao crime é potencializada pelos *mass media* que, num mundo globalizado onde a informação circula em volume e velocidade sem precedente histórico, aproveitam-se do fetichismo que envolve alguns temas usualmente ligados à delinquência (violência, dominação, vitimização, sofrimento, culpa, etc) para vender notícia. O neoliberalismo reanimou a indústria cultural de que se ocupou a primeira geração da Escola de Frankfurt (ADORNO;

HORKHEIMER, 1985) e reelaborou o espetáculo proporcionado pelas imagens (DÉBORD, 1997), dando, assim, novo fôlego à mercantilização do crime e tornando-a mais lucrativa ainda. Confortavelmente acomodados no lugar de *watchdog* da democracia, os meios de comunicação de massa não rejeitam o oportunismo de repelir as alegações de domesticação ideológica do público com o argumento – em regra, deturpado - da liberdade de imprensa e de informação.

A esquizofrenia da sociedade atual a fez egoísta e delirante, uma sociedade em que se teme não se sabe exatamente o quê, e na qual é preciso eleger um bode expiatório, alguém que possa ser responsabilizado pelo sentimento de insegurança coletiva. Surgem, então, “inimigos” (ZAFFARONI, 2007), que são transformados em alvo de uma política criminal desprovida de qualquer epistemologia, que se faz no dia-a-dia sem método e sem vinculação aos valores democráticos de liberdade e igualdade. Uma política criminal que perde espaço para uma verdadeira privatização do controle penal.

5. Considerações finais

A política criminal no Estado democrático de direito deve ser residual, o último âmbito de discussão do poder. Uma conhecida, porém indesejada convidada, que só chega à festa quando todos já estão sentados à mesa e não há mais lugares disponíveis. A escolha de mecanismos político-criminais tem um significado emblemático, pela sua violência e pela estigmatização que provoca. Lamentavelmente, em tempos de globalização neoliberal, a política criminal está corrompida por uma criminologia etiológica que alimenta o discurso repressivo apoiado no direito penal do autor e na presunção de culpabilidade, e que defende um protótipo de segurança pública orientado por critérios de ação como, por exemplo, o olfato policial no controle do crime (ELBERT; BALCARCE, 2009, p. 119).

A dogmática penal – ainda que a *boa* dogmática – não basta para uma reforma vanguardista do direito penal. A teoria do delito e a teoria da pena esquematizam o saber penal, desenham seus componentes e categorias jurídicas (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, punibilidade, etc), mas não se pode esquecer que têm elas também inspiração ideológica. Se contrário fosse, a história não teria conhecido tantas propostas dogmáticas de legitimação do direito penal (causalismo, neokantismo, finalismo, funcionalismo, etc). Uma política criminal tolerante, consciente do seu lugar e do seu papel é, portanto, imprescindível, se o que se pretende é ter *o controle penal sob controle*. E tal resultado não se alcança sem que a política criminal esteja apoiada na criminologia.

Referindo-se à uma indispensável associação entre o conhecimento

científico e as políticas de segurança – uma espécie do gênero política criminal – Agra (2012, pp. 574-575) fala de uma política iluminada pela ciência e mediada pelo direito, orientada por quatro princípios: o saber criminológico deve ter autonomia em relação ao poder; a decisão política sobre criminalidade e segurança precisa ser das instâncias formais (legislativo, executivo e judiciário); a escolha sobre os mecanismos de controle deve ser precedida de consulta a quem produz o saber criminológico; e, por fim, todos os que interferem nos processos de criminalização devem participar do debate público sobre a delinquência e seus efeitos (saber e ação). Em poucas palavras, o fazer política criminal abrange não apenas uma *decisão de poder*, mas também uma *decisão de saber*. A independência rebelde da criminologia é saudável ao amadurecimento das escolhas políticas em matéria de controle penal.

Referências bibliográficas

AGRA, Cândido da. Ciência, poder e acção: elementos para um modelo de políticas de segurança. In: *A criminologia: um arquipélago interdisciplinar*. Porto: U. Porto Editorial, 2012.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona-Buenos Aires: Paidós, 1998.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. v. I. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

DÉBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

ELBERT, Carlos A.; BALCARCE, Fabián I. *Exclusión y castigo en la sociedad global*. Montevideo-Buenos Aires: B de F Editorial, 2009.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (dir.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer S L. – B de F Editorial, 2007, pp. 55-103.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

INFLUENCE OF CRIMINOLOGY ON CRIMINAL LAW IN MODERN CHINA

Liu Jianhong

Distinguished Professor, Faculty of Law, University of Macau

Shuai Honglan,

PHD Candidate, Faculty of Social Science, University of Macau

Abstract: Criminology as a discipline originated in the West with the same origin as criminal law scholarship. During its development, it has interacted with criminal law in many aspects. To further develop criminology and criminal law scholarship, understanding their relationship and the influence of criminology on criminal law is very important. This paper reviews the the history of criminology and criminal law and examine the influence of criminology on criminal law in modern China, particularly the *influence of criminology in criminal law on discipline development, such as the thinking mode, and the influence of criminology in criminal legislation. These include the concept of “crime”, the empirical facts and data, the influence of criminology theories, the criminal punishments, and crime prevention. The paper also discusses the Influence of criminology in criminal law in the future.*

Key words: Criminology; Criminal law; China; history of criminology; Chinese criminology; Chinese criminal Law.

Introduction

Criminology that originated in the West has caused a series of controversies

after its introduction into China. The relationship between criminology and criminal law has become one of the hot topics. To date, China's criminal law circle has always regarded criminology as its subordinate discipline and does not acknowledge its status as an independent discipline. However, with the rise of criminology in China, more and more scholars are beginning to realize the importance of criminology, and the influence of criminology on criminal law has become increasingly prominent.

The history of criminology and criminal law

Criminology and criminal law are distinguished but also connected with each other. In the long history of the river, the two originated from the source, then develop independently, and finally intersect again.

Starting from the same origin

Criminal law was originated from thousand years before century and has a very long history. But until 18th century when the great work "*On Crime and Punishments* (1764)" written by Cesare Beccaria was public, the modern criminal law was emerged. Beccaria called for a more humane approach to prisoners and called for reform of the law and improvement of the prison environment, and for the first time in human history, the idea of abolishing the death penalty was systematically proposed (Beccaria, 2016). Beccaria was well remembered as the "father of modern criminal law and the father of criminal justice" (John Hostettler, 2011).

However, Beccaria is not only the father of modern criminal law, but also one of the representatives of the classic school of the criminology. He suggested that people were rational, thus having the free will to choose committing a crime or not, which was well deemed as the utilitarian philosophy (Beccaria, 2016). The classical school of criminology was founded on the basis of such a thinking.

Separating and deviating

In the late 19th century, the paradigm shift in the research on the human behavior occurred, and science was applied to the study of human behavior by Mendel, Darwin and Freud, leading the development of the human genetics, neuropsychiatry, behavioral psychology and so on (Laufer, 2017). Since then, human behavior has become a part of nature that studied through scientific approaches (Degler, 1991; Kuhn, 1962; Mannheim, 1972; Wright, 2010). The modern criminology, as the scientific discipline, was emerged under this context. As the criminologist Wolfgang (1961) concluded, "in the history of criminology probably no name has been eulogized or attacked so much as that of Cesare

Lombroso... and has been called the ‘father of modern criminology’”. Lombroso has established the Italian school of positivist criminology by insisting in applying empirical research methods into criminology (Lombroso, 2006).

Since then, criminology and criminal law began to develop along different paths and more and more distinguished, though both have the same origin (Sykes, 1974). Sykes (1974) said that, in the United States, criminal law had been a subject for lawyers and law school while criminology became a creature of the social sciences, especially the sociology. Criminology concentrates on the study of individual *criminal* or offender through applying the scientific positivistic approaches, while criminal law concentrates on the legal concept of *crime* through applying the classic legal approaches (Mannheim, 1972; Laufer, 2017). In addition, criminology focuses on studying the crime nature, crime causes, crime prevention, both on individual as well as social levels while criminal law is a discipline that is based on the people’s free will and the moral responsibilities. As regarded with the procedure, the criminal justice system is passive, that is, the police can only wait for the crimes to be reported, the prosecutors can only wait for the criminals to be arrested, and the courts can only wait for the criminal charges to be filed. However, criminology is an active discipline, in which researchers actively find the social problems, studying problems, obtaining results, and finally giving some suggestions and implications.

Generally, the lots of differences between criminology and criminal law lead these two fields to have such little to do with each other (Sykes, 1974). The relationship of them became more confusing. The critical criminology came into being under this background. Though the scholarship has existed for more than a century, it was not flourished until the 1960s and the term “critical criminology” was firstly and formally raised in 1974 by Sykes. The critical criminologists have stated that people who are in the lower classes were much more criminalized and punished than those in the upper class (Willem Bongers, 1916). It is believed that the screening process carried out in criminal investigations will have disadvantages for the lower classes due to the unequal treatment, and the power has influenced which act and which person come to be labeled as a “crime” and a “criminal” respectively (Becker, 1973; Lemert, 1951). Critical criminology even has pointed out that there are more weighty crimes of the powerful and asked to change the criminal justice activities from the weak or the working class towards the “white-collar crime” (Hulsman, 1986). In the viewpoint of the critical criminologists, the current criminal law is only a bastion of social inequality and thus, there is no basis for cooperation between criminology and the current criminal law.

Disciplinary mix

However, with time flying, more and more white-collar and corporate crime

occurred and sentenced, the critical criminology scholars had a radical and fundamental change in the attitude of cooperation between criminology and criminal law. Wolfgang (1974) wrote the article “*The Social Scientist in Court*”, emphasizing the intersection between criminology and criminal law or the use of “disciplinary mix” by indicating that the prosecutor or the defense attorney can use the criminologists as the expert witness and the testimony in court can help judicial personnel to decipher the controversial cases and determine the future case. Those criminologists’ testimony proved to have a big impact on the development of criminal law, while in turn, the doctrine of criminal law help directs the research of criminology. Concludingly, after about a century of parting ways, criminology and criminal law have once again come together and started to cooperate with each other.

The influence of criminology on criminal law in modern China

Unlike the complicated relationship of criminology and criminal law in the west, criminology in China has been a part of the criminal law since its introduction. The development of Chinese modern criminology has gone through three different periods: the first period is 1900s-1949, which marked the emergence and the early development of Chinese social science, e.g., criminology; the next period is 1949 to 1989 and during this time, criminology existed as part of the law courses in China, and it was difficult for criminology to become an independent discipline; the third period is the post-Tiananmen period, which was a period for the rapid development of Chinese criminology (He & Zhuo, 2016; Jou, Heberton, & Cao, 2013). For example, the Chinese Criminal Society was establishment in 1992, more and more universities have established the research centers or colleges of criminology and criminal justice, and many criminological journals have occurred. It can be said that the criminology in China is closely connected with criminal law in the beginning, and now is striving to be an independent discipline. However, the great influence of it in criminal law has obvious and can be manifested in three distinct aspects. The first is the influence of criminology in criminal law on the discipline development; the second is the influence of criminology in the criminal legislation; and the third is the influence of criminology in criminal justice.

1. The influence of criminology in criminal law on discipline development

a. The thinking mode

Criminology has been well deemed as the interdisciplinary science or an integrated discipline for long years (Jeffery, 1978; Jeffery, 1990; Wolfgang, Ferracuti, & Mannheim, 1967; Zheng & Yang, 2014). The interdisciplinary science

here means that criminology is a discipline including the scientific paradigms, the interpretation tools and the methodologies. Criminology encompasses the biology, psychology, sociology, political science, economics, and so on, and thus, all the paradigm, theories, and methods that other social science disciplines use could also be used by criminology. However, as a normative discipline, criminal law must not directly apply criminological research methods to draw conclusion on conviction and sentencing with deviating from the legal norms or statutes themselves (Zheng & Yang, 2014). The methodology and empirical training provided by criminology have enabled researchers in criminal disciplines to emerge from a purely metaphysical framework of thinking and face their own research fields with a more scientific, broader and objective perspective.

b. The empirical methods

The objective of criminology is to scientifically research and understand the criminals or offenders. The scientific nature of criminology is mainly achieved through its empirical method. The great American legal scholar Roscoe Pound first put forward that concept of “law in action” in his famous article “*Law in Books and Law in Action*”, emphasizing the importance of the social sciences and empirical methods in law (Pound, 1910). Therefore, whether criminal law is fair and reasonable requires not only the examination of the statute and cases, but also the examination of the effects the criminal law is applied and implemented in society. In China, it is obvious that the empirical methods are seriously lack in the criminal law academic circle. Although the scholars in criminal law and criminal procedural law have realized that metaphysical research methods have been outdated and have conducted a few simple statistics, the research are more like a decoration than a strict empirical research. As early as 1987, Chu (1987) raised to create a new branch of the criminal law, that is “quantitative criminal law”, which was advocated by several Chinese researchers, like Zhao (2005) and Bai (2014). However, to date, no obvious results have been seen. It is suggested that the scholars in the criminal law field in China should pay more attention to the empirical research methods, so as to promote the discipline development of the criminal law.

2. The influence of criminology in criminal legislation

a. Concept of “crime”

In addition to the discipline development, criminology has also influenced criminal law largely in its criminal legislation. As we all know, the concept “crime” is different in criminology and in criminal law (Fang, 2011; Zheng & Yang, 2014). According to the Chinese Criminal Law (CCL, newly amended in 2017)”, all acts

that endanger... and other acts that endanger society, are crimes if according to law they should be criminally punished. However, there are two exceptions: the circumstances are clearly minor; and the harm is not great". In short, behaviors that seriously danger the society, matches all the elements that provided in the criminal law and should be punished are crimes. However, crime in criminology is a much bigger concept including behaviors that cannot be regarded as crimes in accordance with the criminal law. Criminology, as a social science, studies the crime causes on the basis of the fact, and thus its crime concept includes those behaviors that yet been provided in the criminal law as well as those with clearly minor circumstances or deviance (Fang, 2011; Zheng & Yang, 2014; Yuan, 2017). For example, criminologists may research on juvenile delinquency and domestic violence. The former cannot be punished according to the CCL, while the latter is regulated by the administrative law if the circumstance is minor. The experiments that conducted by Sherman (1992) on the domestic violence has indicated that criminology can provide factual information about the criminal law and its consequences. Compare to criminal law, criminology can broadly research on those un-criminal behaviors or minor deviant behaviors, which can provide an important basis for the amendment and the enforcement of the criminal law.

b. Empirical facts and data

Moreover, the establishment of a crime is no longer a subjective definition, but the result based on empirical facts and data. The data resulted from the criminology empirical research has laid the foundation for the construction and the amendment of the criminal law, making the criminal law never lost in the real world (Jescheck, 2010). With the rapid development of modern society, more and more new types of criminal behaviors have emerged. The criminologists paid their attention on these new behaviors, conducted a lot of research on them and showed the results to the public, providing opportunities for those behaviors to be deemed as crimes and provided in criminal law. For example, the drink driving crime in China. According to the Ministry of Public Security Yearbook, the deaths and mortality rates of the road traffic accidents peaked between 2002 and 2004(Li, Xie, Nie, & Zhang, 2012). In 2002, there were 773,137 road traffic accidents, 103,810 deaths, and the mortality rate was 8.79 per 100,000 people; then in 2009, 67,759 people died, and the mortality rate was 5.1 per 100,000 people (Li, Xie, Nie, & Zhang, 2012). Given the serious consequences of the drink driving, this behavior was formally stipulate into the CCL in May 1, 2011. It is reported that traffic accidents caused by drink driving decreased 18.8% in the first year after it being sentenced from previous year, indicating a good social response (Liu, 2018). Even the 2017 "Guiding Opinions of the Supreme People's Court on Sentencing for Common Crimes" (for Trial Implementation) issued by the Supreme People's

Court (SPC) provides quantitatively how to sentence the offenders by percentage based on the empirical results.

c. Criminological theories

Then the criminology theories have also influenced the criminal legislation greatly. As we all know, one of the fundamental doctrines in criminal law is that everyone is equal before the law, leading the first offense and recidivism, the minor and the adult not treated differently and even punished same. As suggested by criminal law scholars, once the equality adhered to in criminal law is absolute, it will evolve into inequality (Li, 2010). The theory of criminology provides a rational basis for the more scientific and equal provision of the criminal law. The victimology can be taken as an example. On the one hand, the prosperity of the victimology overcomes the role imbalance between offenders and victim to a certain extent, leading a series of victim theories valued by the legislators, and thus the criminal law legislation has transformed from the protection of legal interests to specific victim protection as well as transformed from satisfying the victim's retributive feelings to protecting the victim's substantial rights (Zhang, 2013). According to the Chinese Criminal Procedural Law (CCPL) newly amended in 2012, the rights of the victims are mainly manifested in three aspects: requesting the judicial organs to investigate a crime (Article 47); deciding whether to sue the offender for those private prosecution case (Article 112); obtaining the compensation (Article 99). On the other hand, as one part of the interaction of a crime, victims are of special significance for the comprehensive and accurate determination of criminal responsibility. Simply to say, the demographic characteristics, the identity, and the responsibilities of the victim should be considered when sentencing an offender (Zhang, 2013). For example, the CCL provides the different sentences for normal women and the women with mental or physical handicap in the rape crime and provides more severe punishments for those offenders who rape a minor or a child (Article 236). In China's current judicial practice, the condition of the victim should be considered in nearly all the case. In general, the formulation of criminal law norms cannot be divorced from the criminology and without the study of the basic theories of criminology, there will be no perfect modern criminal legal system.

3. The influences of criminology in criminal justice

Criminal justice, as one part of the criminal law, is distinguished from the criminal legislation, but affected by the criminology. The effect could be found in two aspects: the criminal punishments and the crime prevention. In a narrow sense, criminal punishment occurs when the crime has been committed while

crime prevention plays a role before the crime has been committed.

a. Criminal punishments

In the classic school of criminology, criminal punishment is those efforts that based on the thought of revenge as well as deterrence, and the justification of it is the retributive justice or retribution, which is in basis of the view of free will that people have the free will to decide whether commit a crime or not and thus should be responsible for the crime consequences and should deserve for the punishment (Koppel, Fondacaro, & Na, 2018). The view of this classic school of criminology is also the fundamental view of the modern criminal law. However, the classic school has been challenged by the criminologists who are more likely to advocate the justification of consequentialism, that is, a forward-looking rational basis based on achieving deterrence, incapacitation, or rehabilitation (Koppel, Fondacaro, & Na, 2018). Restorative justice is just the manifestation of the justification of consequentialism. It is a great contribution of criminology to modern society and was put forward by the famous Australian criminologist John Braithwaite (2001; 1989; 2002). It emphasizes to repair the relationship through the way of dispute settlement centered on the direct consultation between victims and criminals. As early as the end of 20th century, various criminal justice protection systems have been established in China to deal with juvenile delinquency, such as leniency penalties, round-table trials, and accompanying psychological counseling, which have achieved good results and laid the foundation for the introduction and development of restorative justice in China (Wang, 2016). Giving the close connection of restorative and community and to enable restorative justice to be implemented better, the community correction system was finally established on February 25, 2011 in China by the 8th Chinese Criminal Law Amendment. Simultaneously, criminal reconciliation has entered the field of criminal law and was widely applied in practice until finally been added into the CCPL in 2012 (Article 277, 278, 279) (Wang, 2016). As the core system of restorative justice, it plays an increasingly important role in reconciling the interests of offenders and victims and promoting social harmony. in summary, the introduction of restorative justice has made China's criminal law shifted from the original view of retributivism to the view of consequentialism, indicating a big step forward in the criminal law.

Another topic closely related to punishment is the lessening of punishment (not punishing and reducing punishment), which has been an international trend for the judicial reform. The view of the lessening of punishment was best reflected in criminology. According to Pi (2009), one function of the criminology is to prevent the further expansion of the mandatory penalty system, to oppose heavy punishment, to strictly limit the death penalty, and to regard non-criminal

punishment and non-custodial punishment as a supplement and amendment to the penalty of freedom. With the criminology introduced into China, the view of the lessening of punishment has been well integrated into the policies and regulations of the criminal law. For example, since the establishment of the People's Republic of China (1949), the Chinese government has laid down several distinct criminal policies, such as the policy of combining suppression with leniency, the policy of combining punishment with leniency and the policy of temper justice with mercy (Lu & Liu, 2011). The criminal policies, as the guidelines of the criminal law, no matter in which period they were formulated, a core doctrine always exists, that is, punishment accompanied by leniency. In terms of the provisions of the criminal law, the trend of lessening of punishment has become more prominent. For example, the 8th Chinese Criminal Law Amendment abolished the death penalty of 13 economic non-violent crimes and provided that the person who is seventy-five years old or above at the time of the trial does not apply the death penalty, except for the death caused by special cruel means. In recent years, the courts in China have dealt with some mass incidents triggered by the socially vulnerable groups and caused by some special factors (e.g., the passion crimes and violent crimes caused by urban renovation and demolition) based on the view of leniency (Li, 2010). All the above statutes and cases demonstrate the humanitarian spirit in the criminal law, which is practiced under the supervision and influence of lessening of punishment from the criminology (Pi, 2009).

b. Crime prevention

It is pointed that punishment is subject to the crimes but does not address the causes of crimes, that is, punishment can punish the criminals but cannot directly reduce crimes (Wang, 2004). Therefore, in order to reduce crime or prevent the crime occur, the most effective way is to find the crime causes, which is precisely what criminology researches on. Criminologists conduct studies to explore the crime causes and then take measures or raise policies to make the causes to be cut off or eliminated, so that the crime can be prevented. This process is professionally called crime prevention. Here, crime prevention refers to those efforts of preventing crime or criminal offending before the act has been committed (Laufer, 2017; Welsh, Zimmerman, & Zane, 2018). One of the crime prevention theories in criminology is the “situational crime prevention” theory, which raised three critical elements that must occur in a crime simultaneously---a motivated offender, a suitable target and the absence of a capable guardian and suggests to identify, manipulate and control the situational as well as the environmental factors that are associated with some types of crime, so as to achieve the objective of crime prevention (Clarke, 1997; Cornish & Clarke, 2003; Smith & Clarke, 2012). Situational crime prevention has attracting the Chinese government's

and law scholars' attention and is of huge importance to the crime prevention in China. Just as Li (2018) has described, a lot of measures have been taken on the favorable conditions or opportunities conducive to or susceptible to criminal motives, like criminal objectives (e.g., women, children, the elderly, the disabled, patients, financial institutions), places (e.g., public places, households, public transport.), means (e.g., the use of the internet, terrorism, extremism), tools (e.g., false identification documents), weapons (e.g., firearms, ammunition, explosives) and other facts that are prone to crime (e.g., gambling, prostitution, drug abuse).

Unlike the situational crime prevention theory, the broken window theory, another crime prevention theory in criminology, concentrates on the physical as well as social environment of the community (James & George, 1982; Kelling & Coles, 1997). Under the broken widow theory, the community with an ordered and clean environment sends the offender a signal that the area is monitored, and crimes are not tolerated here. On the contrast, the community with a disordered environment (e.g., broken window, dirty roads) sends the offender a signal that the area is not monitored, and crime can be committed here. Therefore, building an ordered and clean physical environment as well as the peaceful social environment in the community will contribute to crime prevention (Li, 2018). Given this, more and more cities and neighborhoods are required to maintain clear and ordered in China.

Influence of criminology on criminal law in the future

Seen from the historical track of the criminology and criminal law, these two disciplines started from the same origin, then separated and developed in different paths, and finally intersect again. During the process, criminology has shown a big effect on the development of criminal law. The influence continues and is predicted to spread to other broader aspects of criminal law in the future.

Firstly, just as mentioned above, both the empirical research methods and the results have influenced largely the development of criminal law. In recent years, more and more scholars in criminal law are applying the empirical methods to conduct research. The Chinese school of legal empirical, as a new concept, is put forwarded to refer to this group of scholars (Zhang, 2016). According to Zhang (2016), several provinces in China, like Zhejiang, Hebei, and Jiangsu, have successively established research centers of the Chinese school of legal empirical, and simultaneously a series of empirical and experimental research with clear problem-orientation have been carried out successively. It is foreseeable that empirical research will further develop in China in the future (Yuan, 2017).

Secondly, the comparative criminology will play a great role in the criminal law. It is well known that criminology is originated from the West and more and more researchers are questioning whether its theories universally applicable.

Given the context differences, the criminologist Liu (2016, 2017, 2018) has raised a new criminological theory called the relationism theory, which explains about the differences of criminal justice systems in different countries from the perspective of culture and personal traits. The most important contribution of this theory is that it is not only a criminological theory but also a criminal justice theory. The new raised comparative criminological theory as well as criminal justice theory is predicted to have the guiding significance on the criminal justice reform in the future.

Finally, scholars in the field of criminal law have changed their attitudes towards criminology. Some of them have acknowledged that criminal law is not independent from criminology and they are the shoulder-to-shoulder relationship (Yuan, 2017; Zhou, 2018). According to Zhou (2018), each step forward of criminal law relies on criminology which is just like a booster for the development of criminal law. Given the attitude shift, the intersection of criminal law and criminology will become inevitable.

References

- Ahmed, E., Harris, N., Braithwaite, J., & Braithwaite, V. (2001). *Shame management through reintegration* Cambridge University Press.
- Bai, J. (2014). *GuanXi criminology* (關係犯罪學) (2nd ed.) China Renmin University Press.
- Beccaria, C. (2016). *On crimes and punishments* Transaction Publishers.
- Becker, H. S. (1973). *Outsiders* (21. pr. ed.). New York: Free Pr.
- Bonger, W. A. (1916). *Criminality and economic conditions* Boston: Little, Brown.
- Braithwaite, J. (1989). *Crime, shame and reintegration* Cambridge University Press.
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative justice & responsive regulation* Oxford University press on demand.
- Chu, H. (1987). One-half causal relationship (一個半因果關係). *Chinese Journal of Law*, (3), 27-30.
- Clarke, R. V. G. (1997). *Situational crime prevention* Criminal Justice Press Monsey, NY.
- Cornish, D. B., & Clarke, R. V. (2003). Opportunities, precipitators and criminal decisions: A reply to Wortley's critique of situational crime prevention. *Crime Prevention Studies*, 16, 41-96.
- Degler, C. N. (1991). *In search of human nature: The decline and revival of Darwinism in American social thought* Oxford University Press on Demand.

Fang, L. (2011). On the relationship between western criminology theory and criminal law and its enlightenment (試論西方犯罪學理論與刑法的關係和啟示). *Journal of Chifeng University (Philosophy and Social Science Chinese Edition)*, 32(4), 29-30.

He, N., & Zhuo, Y. (2016). Criminology's new frontier in china: Opportunities, possibilities and challenges. *Crime, Law and Social Change*, 66(5), 439-446.

Hulsman, L. H. (1986). Critical criminology and the concept of crime. *Crime, Law and Social Change*, 10(1), 63-80.

James, W., & George, K. (1982). Broken windows. the police and neighborhood safety. *The Atlantic Monthly*, 3, 29-38.

Jeffery, C. R. (1978). Criminology as an interdisciplinary behavioral science. *Criminology*, 16, 149.

Jeffery, C. R. (1990). Criminology: An interdisciplinary approach. *Englewood Cliffs, NJ*,

Jescheck, H. (2010). Criminal Law and Criminology under One Roof (一個屋簷下的刑法學和犯罪學). *Criminal Law Review*, (2), 20.

John Hostettler. (2011). *Cesare Beccaria: The genius of "on crimes and punishments"* Waterside Press.

Jou, S., Heberton, B., & Cao, L. (2013). The development of criminology in modern china: A state-based enterprise. *The Routledge handbook of Chinese criminology* (pp. 44-54) Routledge.

Kelling, G. L., & Coles, C. M. (1997). *Fixing broken windows: Restoring order and reducing crime in our communities* Simon and Schuster.

Koppel, S., Fondacaro, M., & Na, C. (2018). Cast into doubt: Free will and the justification for punishment. *Behavioral Sciences & the Law*, 36(4), 490-505.

Kuhn, T. S. (1962). The structure of scientific revolutions. *Chicago and London*,

Laufer, W. (2017). *The criminology of criminal law* Routledge.

Lemert, E. M. (1951). Social pathology; A systematic approach to the theory of sociopathic behavior.

Li, H. (2018). Situational crime prevention and view of prevention in criminal law (情境犯罪學與預防刑法觀). *Law Review*, (6), 15-28.

Li, J. (2010). A brief discussion on the relationship between western criminology theory and criminal law (淺議西方犯罪學理論研究與刑法的關係). *Journal of Chongqing University of Science and Technology (Social Sciences Edition)*, (15), 57-58.

Li, Y., Xie, D., Nie, G., & Zhang, J. (2012). The drink driving situation in china. *Traffic Injury Prevention*, 13(2), 101-108.

Liu, H. (2018). Drink driving makes you lose more than freedom (酒駕讓

你失去的不僅僅是自由). *Auto & Safety*, (1), 68-70.

Liu, J. (2016). Asian paradigm theory and access to justice. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 32(3), 205-224.

Liu, J. (2017). The new Asian paradigm: A relational approach. *Comparative criminology in Asia* (pp. 17-32) Springer.

Liu, J. (2018). The Asian criminological paradigm and how it links global north and south: Combining an extended conceptual toolbox from the north with innovative Asian contexts. *The Palgrave handbook of criminology and the global south* (pp. 61-82) Springer.

Lombroso, C. (2006). *Criminal man* Duke University Press.

Lu, J., & Liu, C. (2011). The evolution of china's criminal policy and its legislative influence (我國刑事政策的演進及其立法影響). *People's Procuratorial SemiMonthly*, (9), 6-12.

Mannheim, H. (1972). *Pioneers in criminology* Patterson Smith Publishing Corporation.

Pi, Y. (2009). The function and contribution of criminological research in criminal integration (犯罪學研究在刑事一體化中的功能與貢獻). *Fan Zui Xue Lun Cong*, 7, 73-109.

Pound, R. (1910). Law in books and law in action. *Am. L. Rev.*, 44, 12.

Sherman, L. W. (1992). Influence of criminology on criminal law: Evaluating arrests for misdemeanor domestic violence. *J. Crim. L. & Criminology*, 83, 1.

Smith, M. J., & Clarke, R. V. (2012). Situational crime prevention: Classifying techniques using "good enough" theory. *The Oxford Handbook of Crime Prevention*, 291-315.

Sykes, G. M. (1974). Rise of critical criminology, the. *J. Crim. L. & Criminology*, 65, 206.

Wang, M. (2004). Strategic choice of countermeasures on crime in china (我國犯罪對策的戰略選擇). *中國刑事法雜誌*, (3), 3-10.

Wang, P. (2016). Developments of restorative justice in china. *Journal of Beijing Union University (Humanities and Social Sciences)*, 14(4), 70-78.

Welsh, B. C., Zimmerman, G. M., & Zane, S. N. (2018). The centrality of theory in modern day crime prevention: Developments, challenges, and opportunities. *Justice Quarterly*, 35(1), 139-161.

Wolfgang, M. E. (1961). Pioneers in criminology: Cesare Lombroso (1825-1909). *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.*, 52, 361.

Wolfgang, M. E. (1974). The social scientist in court. *J. Crim. L. & Criminology*, 65, 239.

Wolfgang, M. E., Ferracuti, F., & Mannheim, H. (1967). *The subculture of violence: Towards an integrated theory in criminology* Tavistock Publications London.

Wright, R. (2010). *The moral animal: Why we are, the way we are: The new science of evolutionary psychology* Vintage.

Yuan, X. (2017). The possible contribution of criminology to the study of Chinese criminal law (犯罪學對中國刑法研究的可能貢獻). *Chinese Criminology Review*, (1), 2-7.

Zhang, L. (2012). A brief discussion on the relationship between western criminology theory and criminal law (淺議西方犯罪學理論與刑法的關係). *Legality Vision*, (7), 72.

Zhang, W. (2016, Oct 24.). Chinese school of legal empirical: A growing school (中國法治實踐學派：一個成長中的學派). *Guang Ming Daily*

Zhang, X. (2013). The position of victimization in the criminological system: Analysis and exploration (被害在犯罪學體系中的地位：分析與探究). *Contemporary Law Review*, (05), 59-67.

Zhao, T. (2005). *Empirical study on sentencing justice* (量刑公正實證研究) Wuhan University Press.

Zheng, X., & Yang, X. (2014). On the mutual relationship and complementarity between criminology and criminal law (論犯罪學與刑法學的相互關係和互補共進). *Issues on Juvenile Crimes and Delinquency*, (3), 19-28.

Zhou, G. (2018). The significance of criminology to the development of criminal law (犯罪學對於刑法學發展的意義). *The Chinese Procurators*, (1), 15-17.

DÉCIMA SEGUNDA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global –
Novos desafios e desenvolvimentos na
Criminologia contemporânea e o seu
impacto no Direito Criminal»

2.^a Sessão

«Segurança e Políticas Criminais»





O GOVERNO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL EM PORTUGAL: CONTINUIDADES, DESCONTINUIDADES E AMBIVALÊNCIAS

Josefina Castro

Universidade Lusíada do Porto, Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais (CEJEA)

Resumo: A última reforma da justiça de menores em Portugal alterou de modo profundo a reação formal à delinquência juvenil. Cerca de 20 anos passados sobre a entrada em vigor da Lei Tutelar Educativa, os dados disponíveis relativos à sua aplicação não contrariam os elementos que compõem a racionalidade híbrida que a estrutura, entre proteção, justiça e intervenção mínima. Num momento em que, no nosso país, a delinquência e a delinquência juvenil oficiais seguem uma tendência decrescente, à semelhança da observada em geral nas sociedades ocidentais, e que a última se tornou quase invisível no discurso público e mediático, são evidenciados elementos que, situando-se nas fronteiras do sistema tutelar educativo, invocam as tensões e ambivalências tradicionais do governo dos comportamentos antissociais de crianças e jovens.

Palavras-chave: Justiça juvenil; delinquência juvenil; lei tutelar educativa.

A entrada em vigor, em janeiro de 2001, da última reforma da justiça de menores em Portugal alterou de modo profundo a racionalidade da reação formal à delinquência juvenil, marcando a passagem de um modelo de proteção para uma intervenção orientada para a “educação para o direito”. A análise desenvolve-se em três momentos¹. O primeiro interpela a racionalidade da reforma e, em particular,

1 A comunicação apresentada na presente Conferência tem por base a análise desenvolvida no artigo: Castro, J. & Cardoso, C.S. (no prelo). De la protection à l'éducation pour le droit: continuités, discontinuités et ambivalences. Une analyse de l'évolution de La justice des mineurs au Portugal. *Insaniyat*. (Número especial « La délinquance juvénile : réalités et prises en charge »),

da Lei Tutelar Educativa, no quadro dos modelos teóricos que internacionalmente têm sido formulados para analisar os sistemas de justiça juvenil no Ocidente e a sua evolução. No segundo momento, procura-se contrapor a racionalidade descrita com os indicadores disponíveis sobre a sua aplicação. Por último, seguindo a convicção de que a compreensão do controlo social da delinquência juvenil exige que se transponha as fronteiras da justiça juvenil e que se inscreva o objeto em configurações mais largas, designadamente nas políticas públicas de proteção à infância e nas políticas penais e de segurança, são evidenciados elementos que mostram que, a par das transformações operadas, persistem tensões e ambivalências que sempre marcaram o governo dos comportamentos antissociais de crianças e jovens.

1. A Educação para o Direito: *Welfare*, Justiça e Intervenção Mínima

A racionalidade que orientou a última reforma do Direito de Menores em Portugal pode ser descrita a partir da integração de elementos de três modelos ou ideais-tipo: o modelo de proteção (*welfare model*), o modelo de justiça (*justice model*) e o modelo que é designado por Cavadino e colegas (2013) como “intervenção mínima”.

A racionalidade da reforma, que tem como diplomas organizadores a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (aprovada pela Lei nº 147/99 de 1 de setembro de 1999) e a Lei Tutelar Educativa (aprovada pela Lei nº 166/99 de 14 setembro de 1999), constrói-se em torno de dois vetores principais: i) a passagem do ideal de proteção da criança ao da promoção dos seus direitos, representando-a como ator social; ii) a separação, operada pelas duas leis, entre o regime tutelar de proteção e o regime tutelar educativo, que constitui o traço mais saliente da reforma.

O objeto da Lei de Proteção é a promoção dos direitos e a proteção das crianças em perigo, e o seu princípio orientador é o superior interesse da criança, privilegiando-se a intervenção sócio-administrativa, através das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) em relação às instâncias judiciais, remetidas a um papel subsidiário. A Lei Tutelar Educativa (LTE), por sua vez, é aplicável a jovens entre os 12 e os 16 anos autores de um facto legalmente qualificado como crime. A reforma não alterou a idade mínima de imputabilidade penal que se mantém nos 16 anos².

coordenado por K. Mokeddem e L. Mucchielli.

- 2 As crianças menores de 12 anos que tenham cometido um ato qualificado como crime não são abrangidas pela intervenção tutelar educativa, podendo ser, se necessário, encaminhadas para o sistema de proteção.

Esta separação pode ser considerada uma inflexão no caminho iniciado em 1911 com a Lei de Proteção à Infância, que criou os tribunais de menores e interditou a aplicação de sanções penais a menores de 16 anos, substituindo-as por medidas tutelares ditas de proteção e de correção. Os desenvolvimentos legislativos posteriores foram sendo justificados pela vontade de depurar o regime tutelar dos elementos penais que ainda persistiam, culminando na Organização Tutelar de Menores (OTM) publicada em 1978, que constituiu o que alguns autores designam como uma expressão maximalista do “modelo de proteção” na Europa (Gersão, 1996; Rodrigues, 1999, Agra e Castro, 2007). Toda a intervenção do sistema tutelar era orientada pelo interesse superior do menor e todas as situações, de perigo ou de delinquência, eram concebidas como sintoma de inadaptação, sendo a avaliação das suas causas, individuais e sociais, condições tidas como determinantes nas medidas a aplicar. As medidas tutelares (de proteção, assistência e educação), dirigiam-se indistintamente a menores em perigo ou a autores de ofensa criminal, eram de duração indeterminada e podiam ser revistas a qualquer momento. A pretexto da função exclusivamente protetora e não punitiva da intervenção, não eram assegurados meios de defesa e garantias processuais aos menores e famílias.

Apesar de a OTM de 1978 ter resistido às transformações sociais, económicas e políticas que marcaram Portugal no período pós-revolução, os sinais de desadequação deste regime e os disfuncionamentos estruturais do sistema de justiça juvenil, que as sucessivas reformas não tinham corrigido, eram já evidentes (Gersão, 1996 ; Rodrigues, 1997, 1999 ; OPJP, 1998, Castro, 2009). Salienta-se:

a) O abuso do internamento nos centros de reeducação tutelados pelo Ministério da Justiça, em particular de crianças em situação de perigo. A OTM de 1978 ao instituir a absoluta indiferenciação das medidas a aplicar a menores em perigo e a menores delinquentes veio reforçar e legitimar esta tendência, a ponto de esses estabelecimentos passarem a albergar maioritariamente crianças em situação de mera desproteção;

b) As deficientes condições de funcionamento dos estabelecimentos tutelares e a ausência de um modelo de intervenção;

c) O poder quase ilimitado dos tribunais de menores e a já referida ausência de direitos e garantias, aliás já declarada inconstitucional nos anos 90 e não conforme às diretivas internacionais na matéria;

d) A inadequação do regime penal aplicável a jovens adultos entre os 16 e os 21 anos (Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro);

e) Finalmente, a alegada ineficácia do sistema face ao que era percebido como um aumento da delinquência juvenil em termos de gravidade e de frequência, no quadro de uma crescente preocupação com a segurança, na segunda metade dos anos 90. Esta preocupação é sustentada pelo aumento da criminalidade oficial

no contexto de uma atenção pública, política e mediática centrada nos bairros desfavorecidos das áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto e na associação estabelecida entre estes contextos, o crime e a insegurança. Ainda que o problema da droga se mantenha presente, a sua visibilidade recua neste período face a outros problemas, em particular a violência, o crime organizado e a delinquência juvenil (Cardoso & Castro, 2017).

Em geral, os argumentos referidos são comuns aos que estiveram na base das reformas operadas a partir dos anos 80 na Europa e na América do Norte, reformas essas que foram genericamente interpretadas, ainda que de modo simplista, como a passagem de um “modelo de proteção” para um “modelo de justiça”, ou seja, por uma reaproximação ao direito penal, e consequente endurecimento da intervenção (e.g. Junger-Tas, 1994 ; Muncie, 2005 ; Bailleau & Cartuyvels, 2007 ; Mucchielli, 2015).

Neste quadro, a LTE foi justificada como uma via alternativa entre a lógica tutelar e o direito penal, procurando, por um lado, evitar os problemas identificados no sistema português e, por outro lado, evitar uma deriva punitiva já evidente noutros países (Exposição de motivos da LTE). O conceito que melhor ilustra esta racionalidade é o de “educação para o direito” (Castro, 2009). Ele assinala ao mesmo tempo a finalidade e os limites da intervenção. A aplicação de uma medida tutelar educativa depende da verificação cumulativa de três pressupostos: i) o cometimento pela criança de um facto tipificado como crime; ii) a necessidade da sua educação para o direito, ou seja, para o respeito das normas jurídicas tal como se manifesta no cometimento do ato; iii) a exigência de que esta necessidade educativa subsista no momento de decisão da medida a aplicar. Assim, a intervenção é legítima e necessária sempre que o menor revele uma “personalidade hostil face ao dever ser jurídico básico traduzido nas normas penais” (Exposição de Motivos da LTE). Estas condições para a intervenção são bem a expressão da racionalidade singular e híbrida do regime tutelar educativo. Do modelo de proteção, e portanto, da salvaguarda do interesse do menor, mantém-se o princípio de uma finalidade essencialmente educativa, que constitui um “limite face às expectativas de segurança” da comunidade. A escolha da medida tutelar é, assim, ainda orientada pelo interesse do menor, sendo ainda legalmente contemplada a possibilidade de serem estabelecidas pontes com o sistema de proteção sempre que essa necessidade seja verificada pelas instâncias judiciais (cf. art. 43º). O interesse do menor é agora, no entanto, perspectivado de modo distinto. Se no regime anterior à reforma, as medidas tutelares eram determinadas pelas condições individuais e sociais do menor e eventualmente pela ofensa, o novo direito de menores toma o ato como ponto de partida para formular um juízo sobre a personalidade e as circunstâncias da criança. É a revelação destas

na ofensa, que determina o arquivamento do inquérito, a suspensão do processo ou a passagem à fase jurisdicional e a aplicação de uma medida. Assim, esta formulação corresponde a um estreitamento da intervenção, agora construída em torno da relação do jovem às normas penais, com a consequente passagem de um modelo de intervenção pretensamente holista a um modelo que se autolimita pela “necessidade de educação para o direito”;

b) A aproximação ao direito penal (modelo de justiça) é justificada pelo que poderíamos designar como a sua “função-escudo“ (*bouclier*) (Tulkens, 1997, p. 218). Ou seja, pelo facto de constituir um sistema que realiza de forma particularmente ativa os direitos fundamentais, evidente na adoção, no regime tutelar educativo, dos princípios da legalidade, do contraditório, no direito a ser assistido por advogado e no formalismo processual. A responsabilização do menor infrator, entendida como condição para a sua integração social, surge na intersecção entre a vontade de o reconhecer como sujeito de direito e a defesa da segurança da comunidade. O carácter determinado da duração e regime das medidas, uma certa proporcionalidade por referência às molduras penais, a organização do processo tutelar educativo, e ainda a introdução de um sistema de registo das medidas, são outros elementos desse “retorno ao direito”.

Nesta configuração híbrida *welfare*-justiça, a racionalidade tutelar educativa é ainda intensamente marcada por elementos de um modelo de intervenção mínima. Com base na investigação dos fatos e na avaliação da necessidade de educação para o direito, o Ministério Público pode, sob certas condições, arquivar liminarmente os autos ou, no final do inquérito, de um crime punível com pena máxima de 3 anos de prisão desde que não se verifique necessidade de educação para o direito. Pode ainda optar pela suspensão do processo (até um ano), verificada a necessidade de educação e sendo o facto punível por pena máxima de 5 anos. Ainda de acordo com o princípio da intervenção mínima, as medidas tutelares educativas³, aplicadas apenas na fase jurisdicional, estão taxativamente definidas e ordenadas na LTE em função de um grau crescente de gravidade, da simples admoestação ao internamento em centro educativo. A lei determina que o tribunal deve escolher a que comporte menor constrangimento para a vida do menor e a que possa suscitar da sua parte, e da sua família, a máxima adesão possível. O acompanhamento educativo é a medida não institucional mais grave, sendo a medida de internamento em centro educativo, a única medida institucional prevista.

3 Admoestação; interdição de conduzir ciclomotores ou de obter a licença de condução ; reparação; prestações económicas ou tarefas a favor da comunidade, imposição de regras de conduta ou de obrigações, frequência de programas formativos, acompanhamento educativo e internamento em centro educativo.

2. Da lei às práticas: indicadores da aplicação da LTE

Enquadrada a reforma legal da justiça juvenil e traçada, de forma necessariamente breve, a análise da racionalidade do regime tutelar educativo, são em seguida apresentados alguns indicadores relativos aos quase vinte anos da sua aplicação.

2.1. A delinquência registada pela polícia

A análise da evolução da delinquência juvenil registada pela polícia no período entre 1993 e 2017 teve em consideração, para efeitos comparativos, para além do grupo etário que corresponde à definição legal de delinquência juvenil (12-15 anos), os grupos 16-24 anos e maiores de 24 anos.

A Figura 1 mostra a evolução do número de suspeitos por mil habitantes do mesmo grupo etário entre 1993 e 2017, e a Tabela 1 apresenta as taxas de variação nos cinco anos que precedem a entrada em vigor da LTE e nos 15 anos subsequentes. Constata-se, em todos os grupos etários, um aumento dos suspeitos entre 1996 e 2000, ou seja, no período que antecede a entrada em vigor da reforma. A tendência é mais acentuada nos jovens mais velhos, entre os 16 e os 24 anos. A partir de 2001 verifica-se uma tendência inversa relativamente aos menores delinquentes, que é seguida, a partir de 2006, por todos os grupos de suspeitos, e especialmente acentuada entre 2006 e 2010. A diminuição é mais acentuada nos dois grupos etários mais jovens.

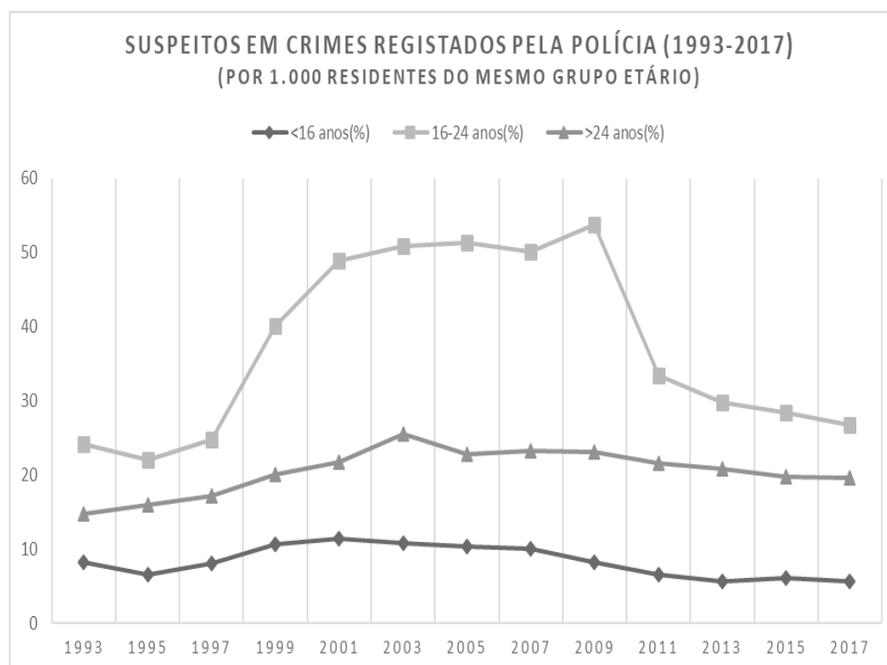


Figura 1 – Suspeitos em crimes registados pela polícia (por 1 000 residentes do mesmo grupo etário). Fonte: GEPMJ/DGPJ⁴

Tabela 1 : Taxa de variação de suspeitos registados pela polícia por grupos etários

Taxa de variação	suspeitos <16 anos	suspeitos 16-24 anos	suspeitos >24 anos
1996-2000	77,48	92,92	23,20
2001-2005	-10,28	4,90	4,74
2006-2010	-27,90	-37,76	-9,03
2011-2015	-6,94	-14,73	-8,79

Fonte: GEPMJ e DGPJ

Estes dados mostram que Portugal segue a tendência internacional de diminuição da delinquência, e que essa tendência se verifica independentemente do grupo etário de suspeitos considerado, ainda que seja mais longa nos menores de 16 anos.

2.2. A Fase de Inquérito

O procedimento informal típico do modelo de proteção foi substituído por um procedimento formal de inspiração penal, constituído pela fase de inquérito e pela fase jurisdicional. O poder de decisão praticamente exclusivo do juiz é agora, no regime tutelar educativo, largamente partilhado pelo Ministério Público. Cabe-lhe a direção do inquérito, e neste âmbito, a investigação dos factos e a avaliação da necessidade de educação para o direito, no que é assessorado pelos serviços de reinserção social do Ministério da Justiça (DGRSP), responsável também pela execução das medidas tutelares.

A partir da observação da evolução do número de inquéritos tutelares educativos instaurados, findos e findos remetidos pelo Ministério Público para a fase jurisdicional no período 2001-2018, constata-se que a grande maioria dos inquéritos é arquivada durante a fase de inquérito. Com efeito, em média, no período considerado, apenas cerca de 23% dos inquéritos foram enviados para a fase jurisdicional.

⁴ Estatísticas da Justiça, Gabinete de Estudos e Planeamento/Ministério da Justiça e Direção Geral da Política de Justiça (<http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica>).



Figura 2 – Evolução dos inquéritos, findos e enviados à fase jurisdiccional no período 1993-2018. Fonte : GEPMJ/DGPJ

A grande maioria é arquivada sem a imposição de condições, uma vez que a suspensão do processo se verifica, em média, apenas em cerca de 4,5% dos inquéritos arquivados pelo MP em cada ano. De referir ainda que a grande maioria dos inquéritos que passam à fase jurisdiccional é efetivamente objeto de uma medida tutelar, geralmente a medida proposta pelo Ministério Público.

2.3. A Fase Jurisdiccional

A LTE prevê um inventário alargado de medidas não institucionais. A única medida institucional, a medida de internamento em centro educativo, admite três regimes de execução: aberto, semiaberto e fechado. A medida de internamento em regime fechado é aplicável quando se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos: i) cometimento de facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos ou de dois ou mais factos contra as pessoas qualificadas como crimes a que corresponda pena

máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos; ii) idade igual ou superior a 14 anos à data da aplicação da medida (n.º 4 do art. 17º)⁵.

A duração mínima do internamento é de 6 meses (alteração introduzida à LTE em 2015) e a máxima é de 2 anos, podendo, no entanto, o internamento em regime fechado, em casos de maior gravidade, ir até aos 3 anos (art.18º)⁶.

A análise dos indicadores disponíveis mostra que a maioria das medidas aplicadas (cerca de 85%) desde a entrada em vigor da LTE no institucional. As tarefas a favor da comunidade e a imposição de obrigações são as medidas que cresceram mais desde 2001. Comparando os 5 anos subsequentes à entrada em vigor da LTE (2001-2005), com os últimos 5 anos do período considerado (2013-2017), constata-se que a aplicação da primeira quadruplicou, tendo a segunda aumentado para o triplo. A frequência de programas formativos e a reparação mantêm-se a níveis muito residuais.

Relativamente à evolução da aplicação da medida de internamento no período 2001-2017, salienta-se a diminuição de cerca de 60% a partir de 2011 (Figura 3). O regime mais aplicado é, ao longo do período considerado, o regime semiaberto, seguido pelo regime fechado.

5 As condições mencionadas seguem o Art.17º na sua versão atual, resultante das alterações introduzidas à LTE pela Lei n.º 4/2015, de 15/01. Na sua versão inicial, a segunda condição para a aplicação do regime fechado exigia idade superior a 14 anos.

6 Quando o menor tiver praticado facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a oito anos, ou dois ou mais factos qualificados como crimes contra as pessoas a que corresponda a pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos.

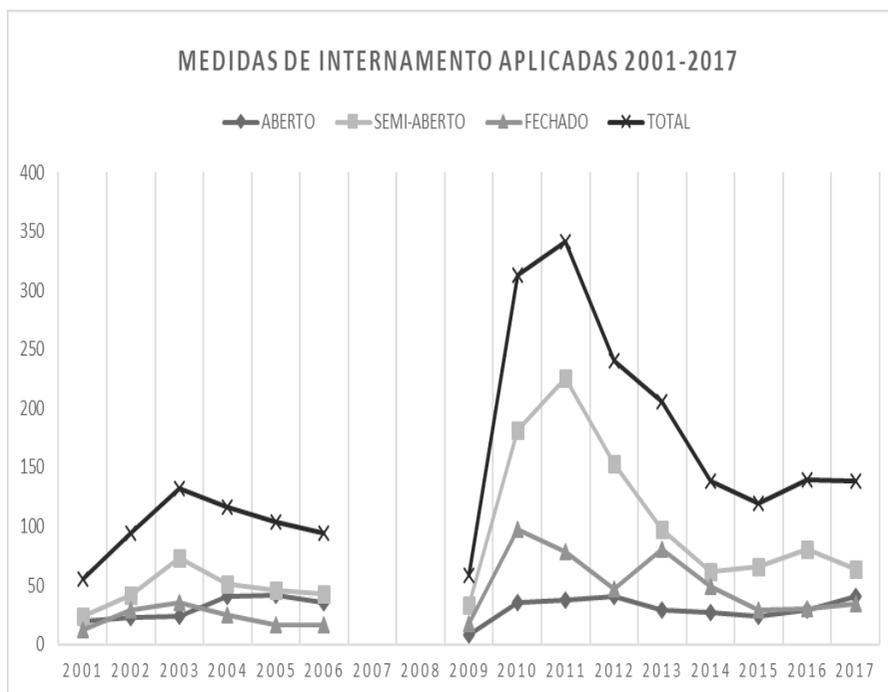


Figura 3 – Evolução dos inquiridos, findos e enviados à fase jurisdicional no período 1993-2017⁷. Fonte : GEPMJ/DGPJ

De referir, no entanto, que a comparação entre os 5 anos que antecederam a reforma (considerando apenas os menores classificados como delinquentes) e o período subsequente revela um aumento na aplicação da medida de internamento face às medidas não institucionais de, em média, cerca de 2% para 14%.

2.4. A Execução das Medidas Tutelares Educativas

As instituições de internamento constituíram um dos principais argumentos invocados para as sucessivas reformas da justiça juvenil (Santos, 1926; Caeiro, 1974; Gersão, 1988, Duarte-Fonseca, 1998, 2005). Hoje a realidade parece ser bastante diferente. Para além da adaptação física dos centros educativos às novas exigências de segurança, em especial do regime fechado, salienta-se a redução considerável e imediata da população internada, graças à separação entre o regime de proteção e o tutelar educativo, com a conseqüente retirada das crianças em perigo desses estabelecimentos. Em 2001 a população internada diminuiu cerca de

⁷ Até 2006 os dados referem-se às medidas efetivamente aplicadas na fase jurisdicional; a partir de 2009 os dados são relativos às medidas propostas pelo MP no requerimento de abertura da fase jurisdicional.

35% face ao ano anterior. Em dezembro de 2000 a população era de 634 jovens. Em dezembro de 2001, diminuiu para 219 jovens com uma taxa de ocupação de menos de 60% (Figura 4). Observando o número de jovens internados a 31 de dezembro, verifica-se um aumento entre 2007 e 2011 de cerca de 54%, seguido de um decréscimo de cerca de 46%. Em 31 de Dezembro de 2018 estavam internados 150 jovens (9 raparigas). Cerca de 80% dos jovens têm idade igual ou superior a 16 anos. De referir ainda uma redução dos jovens internados preventivamente: em 2007 representavam cerca de 20% dos internados face a cerca de 2% em 2018 (4 jovens em 31 de dezembro de 2018).

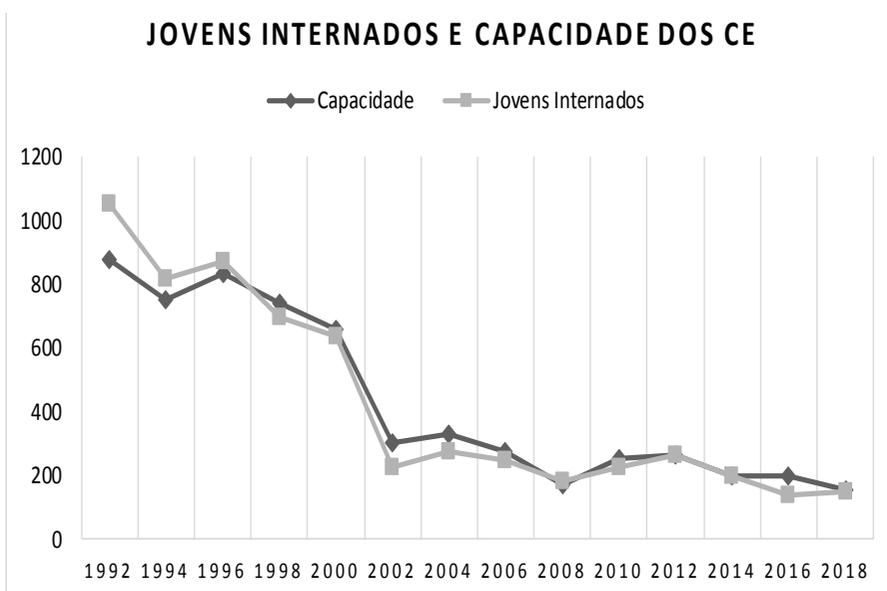


Figura 4 – Evolução do número de jovens internados e capacidade dos centros educativos entre 1992-2018⁸. Fontes: DGRSP, GEPMJ/DGPJ

Apesar de ter subsistido durante alguns anos a ideia de que seria necessário aumentar a capacidade e o número de centros educativos, a redução do número de jovens internados foi gradualmente acompanhada por uma redução do número de centros educativos. Assim, em 2001 estavam em funcionamento 14 estabelecimentos, número reduzido para 12 em 2003. Em 2008, o governo fixa o número de centros educativos em 9, dois dos quais a construir na Madeira e

⁸ Até 2006 os dados referem-se às medidas efetivamente aplicadas na fase jurisdicional; a partir de 2009 os dados são relativos às medidas propostas pelo MP no requerimento de abertura da fase jurisdicional.

nos Açores. Apenas o centro educativo da Madeira entrou em funcionamento, tendo sido encerrado pouco tempo depois em virtude da inexistência de jovens internados. Atualmente estão em funcionamento 6 centros educativos com capacidade para cerca de 165 jovens.

Estas alterações contribuíram para alterar significativamente as condições de execução das medidas tutelares de internamento. A partir de entrevistas a magistrados constata-se que prevalece a convicção de que os centros educativos constituem ambientes organizados, seguros e disciplinados, que proporcionam escolaridade e formação profissional aos jovens aí colocados. Uma perspetiva mais próxima e circunstanciada, mas também mais crítica dos centros educativos, é a facultada pelos relatórios da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros, entre 2011 e 2015. Dos problemas apontados, salientam-se aqueles que, de entre os que foram reiteradamente referidos, não são passíveis de ser resolvidos através de meras alterações legislativas:

– O “fechamento à comunidade” e consequentemente a “natureza artificial da vida quotidiana dos jovens”, crítica que se estende a todos os regimes de internamento⁹;

– “A total uniformidade” do modelo educativo e a sua quase exclusiva centração na escolaridade e na formação pré-profissional.

Com efeito, os centros educativos funcionam segundo um modelo de intervenção definido centralmente pela DGRSP que organiza o quotidiano dos jovens em torno dessas duas componentes e mesmo se cada centro é responsável pela definição de um projeto educativo próprio no quadro das orientações legais e administrativas, a parca especialização da intervenção tem sido reiteradamente apontada como um aspeto que condiciona a adequação da medida às necessidades educativas dos jovens (OPJP, 2004 ; Duarte-Fonseca, 2005; SIO, 2006; Neves, 2006).

Os aspetos mencionados interpelam as finalidades das medidas e evidenciam um problema crónico do sistema: a ausência de um programa de intervenção consistente com essas finalidades, sobretudo nas situações mais graves, nas quais a ação deveria ser necessariamente mais específica.

Em suma, o «retorno ao direito», que caracteriza o sistema tutelar educativo, apesar do aumento da preocupação pública com a criminalidade e a segurança que enquadrou a reforma, não se traduziu até ao momento numa inflexão retributiva da justiça juvenil. Mantém como um eixo-chave da sua racionalidade as necessidades do menor, e procura conciliá-las com o reconhecimento deste enquanto sujeito de direitos, impondo limites claros à intervenção do Estado. A componente *welfare*

9 Mesmo no regime aberto, e contrariamente ao legalmente estabelecido, o quotidiano dos jovens está confinado ao centro educativo.

e a componente de *intervenção mínima* são evidentes, e não são colocadas em causa pelos indicadores apresentados. O que parece evidente é que o sistema se tornou mais diferenciador, não apenas pela separação operada pela reforma entre proteção e tutelar educativo, mas na própria reação à delinquência, através de um “efeito de bifurcação” (Bottoms, 1977, 1980): por um lado, arquiva a grande maioria dos inquiridos, tendencialmente os menos graves, e, por outro lado, aplica mais medidas de internamento do que as que eram antes aplicadas a jovens ofensores (Castro, 2007).

Não temos dados sobre a avaliação da eficácia das medidas. No entanto, como há pouco referido, não é perceptível uma intervenção especializada que siga o que é internacionalmente avaliado como eficaz ou promissor na prevenção da delinquência. Aliás, o ideal reabilitador nunca conheceu, no nosso país, quer na justiça juvenil quer na justiça penal, o desenvolvimento sustentado em conhecimento científico que se observa noutros países. Esta lacuna interpela a própria racionalidade do tutelar educativo. Se as medidas se resumem sobretudo a promover a escolaridade e a formação, ou a disciplinar o quotidiano do jovem internado, ter-se-á de admitir que os fundamentos e a autonomia do sistema tutelar educativo se esvaziam, pelo menos parcialmente, face ao sistema de proteção. Por outro lado, a especificidade do tutelar educativo estará igualmente em causa se se acreditar que o impacto preventivo das medidas reside na sua natureza sancionatória e dissuasora. Portanto, a questão que se impõe e que tem sido secundarizada é: como se educa para o direito, sobretudo na reduzida minoria de crianças e jovens que apresenta já um padrão consistente de comportamentos antissociais?

Finalmente, há que referir os modelos de justiça juvenil que não são visíveis em Portugal, pelo menos dentro das fronteiras da justiça juvenil: o “neocorrecionalismo” e a justiça restaurativa. Relativamente ao primeiro, identificado com o endurecimento punitivo e a adoção de políticas e de práticas de tolerância zero (e.g. Cavadino et al., 2013), a análise apresentada é já suficientemente elucidativa. De referir, no entanto, que alguns dos seus elementos são perceptíveis na regulação, nos últimos anos, dos comportamentos em meio escolar¹⁰. Quanto à justiça restaurativa, modelo que tem estado na base de desenvolvimentos relevantes na justiça juvenil em diversos países europeus, é forçoso afirmar que, enquanto tal, está ausente da racionalidade da LTE, a menos que se adote uma perspetiva (demasiado) “maximalista” da justiça restaurativa

10 Para uma análise mais detalhada, Castro, J. & Cardoso, C.S. (no prelo). De la protection à l'éducation pour le droit: continuités, discontinuités et ambivalences. Une analyse de l'évolution de La justice des mineurs au Portugal. *Insaniyat*. (Número especial « La délinquance juvénile : réalités et prises en charge ». coordenado por K. Mokeddem e L. Mucchielli.

(Walgrave, 2000)¹¹.

3. “Velhas” tensões e ambivalências

Nos últimos anos, a problematização da criminalidade conheceu mudanças relevantes em Portugal. Uma das alterações evidentes diz respeito aos objetos que têm merecido maior atenção mediática e maior debate social e político. A violência e o crime organizado, especialmente problematizados na primeira década do século XX, foram substituídos pela violência doméstica e pelo crime de colarinho branco. Verifica-se ainda que, ao contrário do que era antecipado, a crise económica e social que marcou a corrente década não se traduziu num aumento da desordem pública e da criminalidade, nem sequer numa politização acrescida dos problemas de segurança. A criminalidade e a insegurança foram, pelo menos aparentemente, secundarizadas pelos portugueses face a outros problemas sociais e económicos (pobreza, desemprego, precariedade). O mesmo relativamente à problematização pública e mediática da delinquência juvenil que é hoje praticamente invisível.

Estes elementos tornam mais evidente a manutenção de tensões e ambivalências que desde sempre marcaram a história do governo da infância e da juventude difíceis. Destaca-se dois desses aspetos que se situam nas fronteiras que a justiça juvenil estabelece quer com o sistema penal quer com o sistema de proteção.

1.º) Portugal continua a ser um dos países da Europa com taxas de reclusão mais elevadas (Aebi & Tiago, 2018), facto que não é compreensível nem pelas taxas de criminalidade, nem pela evolução das políticas legislativas, nem pela utilização de medidas alternativas, que é muito significativa. No cenário de sobrelotação crónica das prisões continuamos a encontrar menores de 18 anos, por força da manutenção dos 16 anos como idade de responsabilidade penal. Apesar de ter sido um dos argumentos usados para a reforma da justiça juvenil, as soluções então formuladas (a elevação da idade de imputabilidade; a alteração do Regime penal dos jovens adultos) até ao momento não se concretizaram¹².

2.º) A separação entre infância em perigo e infância perigosa não foi suficiente para esconder a evidência: em grande medida, a matéria sobre a qual

11 Para uma análise mais detalhada, Castro (2009).

12 Apesar das advertências e recomendações internacionais, designadamente do Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, e a nível nacional da Comissão de Estudo e Debate sobre a Reforma das Prisões (2004) e mais recentemente da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos.

intervêm o sistema de proteção e o sistema tutelar educativo é a mesma. Mesmo se os delinquentes representavam menos de metade das crianças sob intervenção judiciária, e mesmo se o sistema de proteção conhecia problemas estruturais graves, designadamente a falta de recursos humanos qualificados, as opções políticas privilegiaram o investimento no tutelar educativo, por força de uma pressão securitária conjuntural.

A natureza comunitária conferida ao sistema de proteção, designadamente através das CPCJ, elemento-chave do sistema de proteção, apesar das virtudes, enferma de uma série de fragilidades, designadamente a falta de respostas específicas para jovens que não correspondem, quer em termos de idade quer em termos de comportamento, à tradicional figura da criança desprotegida. O relatório da Comissão Nacional de Promoção dos Direitos das Crianças e Jovens coloca em evidência o crescimento, pelo menos a partir de 2011, das situações sinalizadas que têm como problemática principal os comportamentos antissociais (CNPDP CJ, 2017, 2019). De acordo com o relatório CASA de 2017 relativo ao acolhimento de crianças em situação de desproteção, 28% das 7553 acolhidas apresentam comportamentos caracterizados como disruptivos e problemáticos (Instituto da Segurança Social, I.P, 2016). A maioria envolve adolescentes (57%) com entre os 15 e os 17 anos. Em cerca de 27% (N= 564) dos acolhidos os comportamentos são considerados de média ou alta gravidade (vandalismo grave, furtos simples, roubos, agressões físicas, uso de armas). Em sentido inverso, constata-se que a grande maioria dos jovens com medida tutelar educativa estava já sinalizada no sistema de proteção. Dos internados em centro educativo, 75% estavam nessa situação e 50% tinham já passado por uma instituição de acolhimento residencial (Ministério da Justiça, 2017).

Estes dados não trazem nada de novo. O que é novo é a intensificação do apelo, nos últimos anos, à complementaridade dos dois regimes e o reconhecimento de que as pontes legais não são suficientes para ultrapassar as lógicas centrípetas dos sistemas institucionais, que tendem a segmentar a realidade e a definir o “seu” objeto de intervenção em função do recorte da “sua” missão. No entanto, a análise deste apelo revela dois sentidos distintos que, tomados em conjunto, reconduzem às velhas ambivalências:

- Sublinham-se, por um lado, as relações estreitas entre vitimização e delinquência e, conseqüentemente, a necessidade de introduzir a montante respostas especializadas para crianças em perigo com problemas de comportamento, privilegiando-se a prevenção especializada extrajudiciária. Ao mesmo tempo, uma complementaridade que assegure aos jovens em conflito com a justiça um acompanhamento que promova os seus direitos e a sua proteção social.

- Por outro lado, num sentido distinto do anterior, o apelo à complementaridade toma o sistema tutelar educativo como uma espécie de modelo a seguir pelo sistema

de proteção face a jovens desprotegidos e com problemas de comportamento. Designadamente, a sugestão de criar estabelecimentos de acolhimento em regime “mais fechado” e próximo do modelo dos centros educativos ou a insistência na necessidade de precocemente fazer intervir o sistema tutelar educativo, tomando-o como solução para prevenir uma carreira criminal, tida como provável.

Os aspetos mencionados mostram a persistência das tensões e ambivalências que, aliás, se inscrevem na própria génese da justiça juvenil e na dupla face da sua matéria – a criança em perigo e a criança perigosa. Por um lado, a insistência no reforço da proteção e da educação coexiste com a manutenção da idade da maioridade penal aos 16 anos e com a aplicação de pena de prisão a menores de 18 anos. Por outro lado, o envio à jurisdição tutelar educativa parece ser atualmente entendido enquanto solução para ultrapassar as falhas de uma intervenção de proteção. Todavia, esta solução «preventiva», que terá como efeito antecipar o momento do contacto com a justiça, esquece a evidência científica sobre o carácter geralmente temporário e benigno dos comportamentos antissociais na adolescência, e ainda a que revela os efeitos perversos dos contactos com o sistema de justiça nomeadamente a intensificação da prevalência, frequência e gravidade da reincidência.

Bibliografia

Aebi, M. F. & Tiago, M. M. (2018). *SPACE I – 2018 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison Populations*. Strasbourg: Council of Europe. Acedido em: www.unil.ch/space

Agra, C. & Castro, J. (2007). La justice pénale des mineurs au Portugal: risque, responsabilité et réseau. In F. Bailleau & Y. Cartuyvels (Eds.), *La justice pénale des mineurs en Europe : Entre modèle welfare et inflexions néolibérales* (pp. 229-246). Paris: L’Harmattan.

Bailleau, F. & Cartuyvels, Y. (Eds.) (2007). *La justice pénale des mineurs en Europe. Entre modèle welfare et inflexions néolibérales*. Paris: L’Harmattan,

Bottoms, A. (1977). Reflections on the renaissance of dangerousness, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 16(2), 70-76.

Bottoms, A.E. (1980). An introduction to “The coming crisis”. In A.E. Bottoms & R.H. Preston (Eds), *The coming penal crisis: A criminological and*

theological exploration (pp. 1–24). Edinburgh: Scottish Academic Press

Cairo, A. (1974). Relatório DGSTM, *Boletim do Ministério da Justiça*, 240, 30-47.

Cardoso, C., & Castro, J. (2017). Urban Security Governance in Portugal: key-elements and challenges. In E. Devroe, A. Edwards, & P. Ponsaers (Eds), *Policing european metropolises: The politics of security in city-regions* (pp. 95-120). Oxon/ New York: Routledge,

Castro, J. (2009). Le « tournant punitif » - y-a-t-il des points de résistance? La réponse de l'expérience portugaise. *Déviance et Société*, 33(3), 295-313.

Cavadino, M., Dignan, J. & Mair, G. (2013). *The penal system : An introduction*. London, Thousand Oaks: Sage Publications.

Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens (CNPDP CJ) (2016). Relatório de Avaliação da Atividade das CPCJ – 2016. Acedido em: <https://www.cnpdpcej.gov.pt/cpcj/relatorios-de-avaliacao-da-atividade-estatistica.aspx>

Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens (CNPDP CJ) (2019). Relatório de Avaliação da Atividade das CPCJ – 2018. Acedido em: <https://www.cnpdpcej.gov.pt/cpcj/relatorios-de-avaliacao-da-atividade-estatistica.aspx>

Duarte-Fonseca, A (1998). Aspectos contraditórios do modelo de protecção na execução de medidas tutelares de internamento. In J. Vidal (Ed.), *O Direito de Menores, Reforma ou Revolução?* (pp. 201-219). Lisboa: Cosmos.

Duarte-Fonseca, A. (2005). *Internamento de menores delinquentes: A lei portuguesa e os seus modelos*. Coimbra: Coimbra Editora.

Gersão, E. (1988). Menores agentes de infracções criminais – que intervenção? Apreciação crítica do sistema português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia)*. Coimbra: Coimbra Editora.

Gersão, E. (1996). Problèmes actuels de la protection de la jeunesse. Quelques réflexions à propos du système portugais. *Revue Internationale de*

Criminologie et de Police Technique, 49(1), 69-79.

Instituto da Segurança Social, I.P. Departamento de Desenvolvimento Social Unidade de Infância e Juventude (Coord.) (2017). *CASA 2016 - Relatório de Caracterização Anual da Situação de Acolhimento das Crianças e Jovens*. Acedido em http://www.seg-social.pt/documents/10152/16000247/Relatorio_CASA_2017/537a3a78-6992-4f9d-b7a7-5b71eb6c41d9.

Junger-Tas, J. (1994). Will the juvenile justice system survive?. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2(2-3), 76–91.

Ministério da Justiça (2017). *Olhar o futuro para guiar a ação presente. Relatório sobre o Sistema prisional e tutelar*.

Mucchielli, L. (Ed.) (2015), *La délinquance des jeunes*, Paris, La Documentation Française.

Muncie J. (2005). The globalisation of crime control – the case of youth and juvenile justice: neo-liberalism, policy convergence and international conventions. *Theoretical Criminology*, 9(1), 35-64.

Neves, T. (2006). *Entre educativo e penitenciário: Etnografia de um centro de internamento de menores delinquentes*. Tese de Doutoramento. Porto: Faculdade de Psicologia da Universidade do Porto.

Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJP) (1998). *A Justiça de menores: as crianças entre o risco e o crime*. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJP) (2004). *Os caminhos difíceis da «nova» Justiça Tutelar Educativa*. Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

Rodrigues, A. (1997). Repensar o direito de menores em Portugal utopia ou realidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 7(3), 355-386.

Rodrigues, A. (1999). Le droit des mineurs au Portugal. *Criminologie*, 32, 101-115.

Subcomissão Parlamentar para a Igualdade de Oportunidades (SIO) (2006). *Relatório das audições efectuadas no âmbito dos sistemas de acolhimento, de*

protecção e tutelares de crianças e jovens.

Santos, J. B. (1926), Regime jurídico dos menores delinquentes em Portugal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 8, 1923-1925, 141- 245.

Tulkens, F. (1997). Des influences réciproques du droit pénal et du droit des mineurs: De bonnes et de mauvaises influences? In Ph. Mary (Ed.), *Travail d'intérêt générale et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social* (pp. 215-239). Bruxelles: Bruylant.



GOVERNANÇA DA SEGURANÇA URBANA: O CONTEXTO PORTUGUÊS

Carla Sofia Cardoso
Professora, Escola de Criminologia, Faculdade de Direito,
Universidade do Porto, Portugal

Resumo: As transformações operadas nas últimas décadas na segurança e no policiamento urbanos, na Europa e na América do Norte, têm sido analisadas sob o signo da “governance”, modelo que adotamos para a descrição e análise do contexto português.

Na primeira parte, apresentaremos uma descrição breve dos desenvolvimentos recentes que se têm observado em Portugal, em particular nas Áreas Metropolitanas do Porto e de Lisboa, identificando os principais elementos que caracterizam a governança da segurança urbana. Na segunda parte, aprofundaremos esta análise focando-nos, nesta apresentação, no eixo central/local. Por fim, discutiremos o contexto português salientando os principais elementos de convergência e de divergência face às transformações verificadas no contexto internacional.

Palavras-chave: Governança; segurança urbana; transformações; Portugal.

1. Introdução

A literatura criminológica e os debates académicos têm procurado evidenciar as transformações que se têm observado, nas últimas décadas, ao nível da segurança urbana e policiamento nas sociedades contemporâneas, designadamente

na Europa e na América do Norte. Com efeito, num artigo incontornável, Shearing e Stenning (1982) consideram estar em curso “uma revolução silenciosa” (p. 193) referindo como elementos mais salientes a reconfiguração da polícia através de técnicas de gestão mais sofisticadas e o crescimento da segurança privada.

A governança da segurança é cada vez mais considerada como um conceito múltiplo e difuso, que engloba “*uma constelação de instituições, quer formais quer informais, governamentais ou privadas, comerciais ou voluntárias, que permitem assegurar o controlo social e a resolução de conflitos e que procuram promover a paz face a ameaças (quer reais, quer antecipadas) que emergem na vida coletiva*” (Dupon et al., 2003, p. 332). Esta reconfiguração tem sido especialmente teorizada a partir de dois conceitos centrais: “nodal governance” e “plural policing”. O primeiro conceito tem por base um modelo que se caracteriza por apreender a complexidade estrutural e processual das “redes” de governo da segurança, designadamente pela identificação dos seus elementos (ou nós, da tradução de “nodal”), simultaneamente percebidos como governantes e governados, quer em termos das racionalidades que os atravessam, quer em termos das suas estruturas institucionais e das suas tecnologias (Burris, Drahos & Shearing, 2005). Já o policiamento plural (“plural policing”) é conceptualizado como a mudança de uma perspetiva centrada no modelo de polícia pública para uma perspetiva centrada no policiamento, ou seja, nas funções de polícia, hoje exercidas por uma pluralidade de atores. (Bayley & Shearing, 2001; Loader, 2000),

A fragmentação e diversificação que caracteriza os sistemas de segurança e de polícia têm sido analisadas num contexto mais geral da reconfiguração da dos poderes do Estado, entendido cada vez mais no seu papel de regulador dos serviços públicos prestados por uma miríade de agentes, em grande medida privados, e menos na sua tradicional função de provisor. Este “hollowing-out of the state” (Rhodes, 1994; Jessop, 2004) ou a difusão de responsabilidades dentro e fora do Estado e a sua relação com os processos de globalização, internacionalização, e com a passagem de uma racionalidade “welfare” para uma racionalidade neoliberal, têm sido amplamente discutidos pela comunidade científica internacional (e.g. Johnston & Shearing, 2003; O’Malley, 2005; Rose et al. 2006).

Seguidamente apresentaremos o contexto português e como estes desenvolvimentos na governança da segurança urbana têm ocorrido em Portugal.

2. O Contexto português

2.1. Breve contextualização

Os anos 90 do século passado são caracterizados por uma estabilidade política e maior confiança no desenvolvimento socioeconómico do país, em que

a entrada de Portugal para a Comunidade Económica Europeia em 1986 muito contribuiu. Durante este período observa-se um grande investimento em medidas de proteção e de inclusão social, de redução da pobreza, da desigualdade social e de melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. Observa-se ainda um aumento da preocupação social, mediática e política em torno da criminalidade e da insegurança associada aos seguintes elementos.

- (i) O aumento da criminalidade, dado o enfraquecimento dos controlos sociais formais e informais gerados pela transição entre o regime ditatorial e a democracia;
- (ii) A maior abertura da sociedade portuguesa a um estilo de vida urbano.

A preocupação da opinião pública e dos *media* com os problemas sociais (e.g. exclusão social, zonas urbanas desfavorecidas) frequentemente associados a maior insegurança e criminalidade, particularmente mais salientes nas áreas metropolitanas do Porto e de Lisboa. Fenómenos como a delinquência juvenil, o consumo e tráfico de drogas, o crime violento e organizado centralizam o debate político, mas também a atenção mediática. Com efeito, a campanha eleitoral de 1995 colocou o acento em políticas sociais e na construção do estado social (*welfare*) considerados também como elementos de prevenção do crime. Efetivamente, o discurso político enfatizava a necessidade de enfrentar as causas sociais do crime através de medidas sociais de alcance geral, designadamente aquelas que visavam melhorar as condições de vida dos cidadãos, e principalmente dos grupos sociais mais vulneráveis.

Dos desenvolvimentos posteriores ao nível da prevenção criminal e da insegurança, destacam-se:

- (i) O reconhecimento da complexidade e multidimensionalidade dos problemas criminais, e que por isso exigem uma integração de políticas e estratégias. Observa-se, então, uma descentralização e expansão do conceito de crime, que tradicionalmente estava fechado nas fronteiras do sistema de controlo formal, em particular na polícia e no sistema de justiça criminal;
- (ii) A proliferação de intervenções e programas que combinam estratégias mistas de prevenção (quer situacionais, quer sociais) muitas vezes dirigidas a diferentes objetivos (e.g. prevenção do crime e da vitimização, prevenção da exclusão social e da marginalização, redução do sentimento de insegurança, promoção da confiança na polícia, promoção da coesão social), mas também a diferentes alvos (e.g. ofensores ou potenciais ofensores, vítimas ou potenciais vítimas,

grupos sociais percebidos como mais vulneráveis, ou contextos específicos);

- (iii) A crescente relevância de estratégias preventivas com particular ênfase nos contextos e territórios locais;
- (iv) A emergência de uma cultura de parceria que se encontra intrinsecamente ligada ao apelo à comunidade e ao seu envolvimento;
- (v) A progressiva adoção de uma abordagem managerialista, designadamente orientada para o “cliente”, em que os indicadores de eficácia e eficiência tomam relevo na orientação do trabalho da polícia.

2.2. Análise da governança da Segurança Urbana em Portugal na atualidade

Em Portugal estes desenvolvimentos podem ser analisados em torno de três eixos principais: (i) central/local; (ii) público/privado; (iii) Justiça Criminal/prevenção. Nesta comunicação iremos focar-nos no primeiro.

2.1.1. Central/Local

A segurança urbana em Portugal é centralizada, estando dependente do Governo central através do Ministério da Administração Interna. Ao nível local a prevenção do crime e a manutenção da ordem pública é assegurada pela PSP (polícia civil) e a GNR (polícia militar). O critério principal para a distribuição das funções entre estas duas forças de segurança é essencialmente territorial, sendo que a PSP é responsável pelas zonas urbanas enquanto a GNR pelas zonas rurais. Em muitos concelhos as duas forças coexistem. Observa-se uma evolução e maior diferenciação em termos funcionais no seio destas polícias, com maior ênfase na prevenção do sentimento de insegurança das populações, no policiamento de proximidade e no apelo à coparticipação dos cidadãos nas estratégias locais de segurança.

Desde o início dos anos 90 tem-se evidenciado alguns sinais de descentralização ao nível da segurança. Um dos elementos chave desta “nova lógica” é a crescente ênfase dada aos contextos locais e à corresponsabilização do poder local no que tradicionalmente era visto como da jurisdição exclusiva do Governo central. Esta descentralização torna-se evidente com a criação da polícia municipal, dois anos após a sua legitimação com a revisão constitucional de 1997, que se encontra sob a direção das autarquias. Para além das competências administrativas (e.g. supervisão das regulamentações municipais, trânsito e ambiente), a polícia municipal tem também funções de manutenção da ordem pública e proteção das comunidades locais em cooperação com a polícia.

Simultaneamente, são criados os Conselhos Municipais de Segurança

com funções consultivas (Lei n.º 33/98, de 18 de julho; atualizada na Lei n.º 106/2015, de 25 de agosto). O artigo 3.º das referidas leis definem como objetivos do Conselho:

- a) Contribuir para o aprofundamento do conhecimento da situação de segurança na área do município, através da consulta entre todas as entidades que o constituem;
- b) Formular propostas de solução para os problemas de marginalidade e segurança dos cidadãos no respetivo município e participar em ações de prevenção;
- c) Promover a discussão sobre medidas de combate à criminalidade e à exclusão social do município.

Já em 2015, a Lei n.º 106/2015, de 25 de agosto, acrescenta dois novos objetivos aos inicialmente concebidos, relativos aos problemas de violência doméstica e de segurança rodoviária. Também relativamente a estes problemas, a missão do Concelho prende-se com o diagnóstico local e, tendo em consideração as políticas e programas nacionalmente definidos (ex-Planos Nacionais de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género - 2014-2017), apresentar propostas de ações que contribuam para a sua prevenção. O Conselho tem ainda competência para emitir pareceres sobre a evolução da criminalidade a nível municipal, sobre os indicadores de segurança e de proteção civil e ainda sobre o dispositivo legal de segurança e a capacidade operacional das forças de segurança no município. A par destes aspetos, cabe-lhe ainda pronunciar-se sobre indicadores relativos à situação socioeconómica da população, em particular, de situações sociais que, pela sua particular vulnerabilidade, se revelem de maior potencialidade criminógena e mais carecidas de apoios sociais.

Apesar da criação destas estruturas locais, não podemos afirmar que quer os Conselhos Locais de Segurança, quer a Polícia Municipal, tenham tido grande impacto na opinião pública relativamente ao seu papel na prevenção do crime e da insegurança.

Foi com a criação dos Contratos Locais de Segurança em 2008 que a prevenção do crime o nível local teve maior impacto na opinião pública. De realçar que em 1996 uma experiência piloto com filosofia similar tinha sido já implementada – “Contrato Cidade”. Este contrato foi celebrado entre o Governo central (Ministérios da Administração Interna, Justiça, Educação e Saúde) e o Município do Porto com a participação de agências privadas. O seu principal objetivo era o desenvolvimento de programas integrados que promovessem a segurança urbana numa perspetiva interinstitucional, de forma a poder enfrentar os diferentes problemas ao nível local (e.g. consumo de drogas, prostituição, violência doméstica). No centro deste Contrato Cidade foi criado o Observatório Permanente de Segurança com os seguintes objetivos: (i) avaliar cientificamente

(com recurso ao método experimental) o impacto das intervenções implementadas no âmbito do Contrato Cidade; e (ii) produzir evidência científica sobre o crime e a (in)segurança. Este Observatório constituía um projeto de investigação-ação da Universidade do Porto tendo autonomia científica, administrativa e financeira. Em 2001, a reestruturação do Contrato Cidade com o novo executivo municipal elegeu, como prioritário, o problema do consumo de drogas e comportamentos associados e percebidos socialmente como comportamentos desviantes (designadamente os arrumadores de carros, os indivíduos sem abrigo). A intervenção neste problema era focada no indivíduo e constituía-se em diferentes eixos de ação, por um lado, no âmbito da saúde e apoio psicológico; e por outro lado, na sua reintegração social e profissional (com alojamento, treino de competências profissionais e emprego). A segunda fase deste projeto (2001-2006) foi financiada centralmente pelo Instituto da Droga e Toxicod dependência, IDT, I.P. e pela Câmara Municipal do Porto. O Programa terminou em 2006.

Em 2008, o Ministro da Administração Interna promoveu a criação dos Contratos Locais de Segurança com diferentes autarquias do país. Estes Contratos integravam diferentes estratégias e entidades, designadamente a polícia, os serviços públicos e agências privadas (e.g. ONGs, Fundações) com atuação ao nível local. As Câmaras Municipais e os representantes locais do Governo central eram responsáveis pela realização do diagnóstico local, de conceber, coordenar e avaliar as intervenções. Entre 2008 e 2011 foram celebrados 33 Contratos Locais de Segurança ao nível nacional. Com a constituição do XXI Governo Constitucional (26 de novembro de 2015 a 25 de outubro de 2019) e dando seguimento ao seu Programa de Governo, é relançada a nova geração dos Contratos Locais de Segurança, reafirmando a vontade política de fomentar a cooperação entre os governos central e local nas questões de segurança. Estes contratos tinham os seguintes objetivos principais: (i) aprofundamento de parcerias para a segurança comunitária; (ii) desenvolvimento da colaboração com as comunidades locais; (iii) redução das atividades criminais e os comportamentos antissociais; (iv) partilha de responsabilidades com os parceiros locais.

Os seus principais eixos de intervenção constituem-se em torno da:

- (i) Prevenção da delinquência juvenil e, em especial, aquela delinquência grupal, através da identificação de fatores de risco em contexto escolar, familiar e comunitário;
- (ii) Eliminação de fatores criminogénicos, designadamente através da identificação e intervenção nos fatores urbanísticos que potenciam a atividade criminosa e capacitação dos espaços públicos;
- (iii) Reforço da visibilidade policial e da integração dos programas de

- policiamento de proximidade no plano de intervenção;
- (iv) Redução das vulnerabilidades sociais através da identificação e intervenção junto dos grupos sociais mais vulneráveis, como os idosos e as vítimas da violência doméstica.
- (v) Promoção da cidadania e igualdade de género.

Na operacionalização desta 2.^a geração dos Contratos Locais de Segurança são envolvidos vários departamentos do Governo central, formando uma Comissão Interministerial, com responsabilidades de monitorização e avaliação; com a participação da Associação de Municípios Portugueses e da Associação Nacional de Freguesias. São constituídos também: (i) uma Comissão coordenadora composta pelo Presidente da Câmara Municipal, as Forças de Segurança e um representante da Comissão interministerial; (ii) um Núcleo operacional com funções de execução onde participam os serviços desconcentrados e municipais, integrando associações de intervenção social.

Apesar da formulação relativamente vaga dos objetivos e atividades, podemos afirmar que estes contratos agregam diferentes estratégias: prevenção situacional do crime, policiamento de proximidade, reabilitação física dos espaços públicos, intervenção social e ações que promovam os mecanismos de controlo informal social (designadamente com a organização de atividades que envolvem a participação ativa dos residentes). Simultaneamente ao lançamento dos Contratos Locais de Segurança em 2008 outros programas com os mesmos objetivos e ações são criados, designadamente “Iniciativa Operações de Qualificação e Reinserção Urbana de Bairros Críticos” (Resolução do Conselho de Ministros n.º 189/2007, de 7 de setembro).

No que concerne ao policiamento local, realçamos a implementação dos modelos e estratégias de policiamento de proximidade desenvolvidas pela Polícia (PSP e GNR). O atual Programa Integrado de Policiamento de Proximidade agrega os projetos de policiamento de proximidade que foram sendo criados, desenvolvidos e implementados desde o início dos anos 90. Este Programa Integrado estrutura-se nas Equipas de Proximidade e Apoio à Vítima (EPAV) e nas Equipas do Programa Escola Segura (EPES). As primeiras são responsáveis pela segurança e policiamento de proximidade, pela prevenção e vigilância de áreas comerciais, residenciais (especialmente aquelas que são habitadas na maioria por idosos), prevenção da violência doméstica, apoio às vítimas de crime e acompanhamento pós-vitimização e pela identificação de fatores que possam gerar insegurança. As EPES são responsáveis pela segurança e vigilância nas áreas escolares, prevenção da delinquência juvenil assim como pela identificação de fatores geradores de insegurança nestes contextos. Ambas as equipas têm como atividades centrais para além do policiamento de visibilidade, a resolução

de conflitos, reforço da relação polícia-cidadão e detecção de fatores que possam constituir problemas sociais e/ou criminais. Assim, este programa de âmbito nacional e de implementação local é direcionado a diferentes contextos e setores de atividade (por exemplo, escolas, áreas comerciais, pontos turísticos), procurando transmitir ao cidadão que os problemas e realidades concretas são objeto de preocupação política. Além da visibilidade policial e do patrulhamento, as ações desenvolvidas visam informar e sensibilizar determinados grupos populacionais (e.g. idosos, jovens) sobre estratégias de redução das oportunidades de vitimização e medidas de proteção eficazes. A imagem pública do agente de proximidade excede, no entanto, as funções acima mencionadas, assumindo um carácter de ‘serviço social’ que vai muito além da prevenção do crime. Podemos dizer que representa uma mudança na imagem herdada da polícia, tanto no imaginário coletivo como na própria cultura destas agências formais de controlo.

Comparando com os programas de policiamento comunitário implementados internacionalmente, podemos afirmar que, no contexto português, o conceito de ‘policiamento de proximidade’ traduz melhor a lógica deste modelo de policiamento que o conceito de ‘policiamento comunitário’. Os aspetos que diferenciadores são: (i) o papel central e dominante da polícia no diagnóstico dos problemas e na conceção das estratégias de ação; (ii) o carácter *top down* desta filosofia de policiamento invariavelmente definida ao nível central. Apesar do apelo no discurso político ao estabelecimento de parcerias ao nível local e ao envolvimento da sociedade na coprodução da segurança, não se verifica, em geral, uma efetiva participação da comunidade, designadamente na identificação de problemas e na conceção de intervenções ao nível da segurança local. De facto, este modelo ‘desterritorializado’ de prevenção não requer a menção específica a uma dada comunidade ou território específico. Em suma, podemos dizer que o policiamento de proximidade trabalha ‘para’ a comunidade, enquanto o policiamento comunitário trabalha ‘com’ a comunidade.

3. Conclusão

As diferentes análises académicas desta “nova” configuração da governance da segurança urbana e do policiamento plural têm salientado três aspetos chave.

Em primeiro lugar verifica-se que a segurança pública tem vindo a diversificar-se, designadamente através da multiplicação de organismos funcionalmente diferenciados e de uma transferência de poderes e responsabilidades para o nível local, frequentemente originando a criação de novos corpos policiais e ainda de estruturas que congregam atores e sectores diversos. A título de exemplo, as Polícias Municipais, os Contratos Locais de Segurança em França, nos anos 90, e seus sucedâneos, que serviram, aliás, de inspiração para a criação dos Contratos

Locais de Segurança em Portugal. Os modelos de policiamento comunitário e de proximidade são outra expressão do carácter reticular do governo dos problemas de segurança. Combinam diferentes modelos de prevenção (situacional e social), e territorializam uma dispersão de problemas e situações que vão muito para além da criminalidade e dos tradicionais “problemas de segurança”. Ainda que as autoridades públicas mantenham uma posição relevante na conceção, coordenação e até na implementação dessas iniciativas, a mensagem é, no limite, a corresponsabilização de todos e de cada um.

Em segundo lugar, o crescimento do sector da segurança privada, como tem sido bem visível em Portugal nas últimas décadas, e uma diversificação muito significativa das suas tecnologias, dos seus campos, níveis de atuação e das suas funções. Mais importante ainda, o facto de serem atualmente confiadas à segurança privada, designadamente pelo Estado e pelas instituições públicas, funções tradicionalmente constitutivas da soberania, o que torna cada vez mais difusa a fronteira entre o público e o privado. Assim, a economia da segurança urbana tem vindo a ser crescentemente povoada por múltiplos agentes de, designadamente agentes de empresas de segurança que exercem funções em espaços privados, semipúblicos e públicos (e.g. transportes, espaços comerciais, condomínios, espaços de lazer, eventos públicos, e mesmo em edifícios e serviços públicos, operadores privados de sistemas de videovigilância instalados pelas autoridades, designadamente em locais públicos). Por outro lado, assiste-se também a uma “privatização” das funções de polícia em certos contextos, designadamente através da prestação de serviços por parte de agentes das forças policiais em espaços privados como estabelecimentos comerciais, estádios desportivos, entre outras (Jones & Newburn, 2008; Loader, 2000).

Por último, a segurança tem vindo a tornar-se cada vez mais um bem de consumo sujeito à lógica e regras do mercado. Este aspeto é também visível nos serviços da polícia pública, designadamente na adoção de estratégias de gestão de tipo empresarial e de modalidades de comunicação com o público em que este é cada vez mais representado como cliente.

Esta “revolução” tem diferentes ritmos e diferentes traduções concretas nas realidades nacionais, havendo já uma considerável literatura comparativa que procura estabelecer convergências e divergências, e determinar os fatores que as condicionam.

Apesar do consenso ao nível descritivo, as divergências são evidentes quanto ao significado dessas transformações, quanto às suas condições, fatores de emergência e de desenvolvimento e quanto às suas consequências.



DÉCIMA SEGUNDA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global –
Novos desafios e desenvolvimentos na
Criminologia contemporânea e o seu
impacto no Direito Criminal»

3.^a Sessão

**«Delinquência Juvenil, Justiça de Menores
e Políticas Criminais»**





CHINESE PROBLEM-SOLVING COURTS AND JUVENILE JUSTICE REFORM

Spencer De Li

Professor, Faculty of Social Sciences of the University of Macau, Department of
Sociology, Macau

Abstract: As a judicial system, the Chinese problem-solving courts are more deeply rooted in traditional judicial approaches than therapeutic jurisprudence that fueled the movement in the West. Nevertheless, they share many similarities with problem-solving courts developed elsewhere in the world. To provide a better understanding of the courts, this article first introduces the cultural and legal tradition that served as background for the judicial innovations. It then reviews the social and economic conditions that provided impetus for the judicial reform. Next, the article examines one of the most common forms of the problem-solving court – the juvenile court – and identifies its key functions and procedures. Lastly, it discusses the significance of the legal reform, the challenges it confronts, and the improvement it can achieve.

Keywords: Problem-solving courts; juvenile courts; mediation; judicial reform; China.

Like many other countries in the world, China has been facing rising crime rates, increasing prison population, heavy court caseloads, and high rates of recidivism in recent years (Zhao, Zhang, & Liu, 2015). To deal with these problems and address their root causes, the Chinese government has made a series of efforts to reform its judicial system. These reforms were shaped by not

only domestic concerns but also international judicial movements. One of the most far-reaching reforms is the establishment of an array of specialized courts. The effort started with juvenile courts in 1984. Since then, the government has been experimenting with innovative ways to resolve conflict and deliver justice in domestic violence and family cases. This wave of changes led to the creation of additional judicial institutions including the family courts.

Although the Chinese government does not formally identify specialized courts as “problem-solving courts,” the promises of the Chinese specialized courts are consistent with the principles of international problem-solving courts. Viewed in the aggregate, they share the same primary purposes: to deliver justice to the cases under adjudication and seek remedy for the underlying problems that are responsible for the illegal behavior. One of the key functions of these courts is to shift the focus of attention from considering material facts and legal issues to preventing recidivism and promoting offender rehabilitation (Li & Liu, 2019; Porter, Rempel, & Mansky, 2010).

Despite the similarities in the function and operation of the courts, it should be noted that China has fairly distinct political, social, economic and historical structures, compared to their Western counterparts (Potter, 2004). These special cultural circumstances have substantially affected the pathway of development and the institutional characteristics of Chinese problem-solving courts. The Chinese legal system is a top-down system. Any legal reform must first and foremost serve the national interest. Bound by this structural constraint, individual judges have limited discretion in directing the priorities and practices of the court. Further, as social and economic development speeded up in recent years, crimes and legal disputes have increased at an unprecedented pace, which created heavy workload for the courts and the judges. To address the problems of overburdened caseloads, many Chinese court reformers have prioritized efficiency and consistency in their approaches to improve the systems (Woo, 2017). Due to these reasons, it is unreasonable to expect the same breadth and diversity in the Chinese judicial reform to institutionalize problem-solving courts as those observed in the West. The Chinese reform has produced a limited number of models with a narrower range of variation on the local levels. Moreover, the problem-solving courts established in recent years all have close ties to the legal and cultural tradition dating back to the age of Confucius. In this regard, they are not drastic departures from the traditional practices as some of their Western counterparts are.

This article traces the development of problem-solving legal practices in China and discusses the challenge and opportunities of the judicial reform in China. The first section introduces the cultural and legal tradition of problem-solving practices in China. The second section recounts the rise of the problem-solving courts. The third section describes the structure, functions and operations of

juvenile courts in the context of judicial reform. The final section discusses the significance of the judicial reform and the challenges it confronts.

Traditional Legal Culture and Problem-Solving Practices in China

Some observers have maintained that Western problem-solving courts, a trending legal reform around the world, draw upon the principles of therapeutic jurisprudence and restorative justice. Therapeutic jurisprudence's basic insight is that the justice system can influence people's psychological and physical wellbeing, which may in turn affect their future offending (Nolan, 2003). Restorative justice focuses on the restoration of relationship damaged by criminal behavior through a problem-solving process in which victims, offenders, and community members meet to carry out repairs and achieve reconciliation (Braithwaite, 2002a).

Chinese problem-solving courts are still in an infant stage. Its emergence and growth have been fueled by the influences of Chinese traditional legal culture as well as the Western model of problem-solving practices. Traditionally, problem-solving practices have always been part of the Chinese justice system. This pragmatic orientation reflects the Confucius value that has dominated China for more than two thousand years. The thinking is consistent with some of the core principles of restorative justice. Several scholars have recognized the compatibility between the Confucian philosophy and the principles of restorative justice because they both emphasize harmonious relationships and restoration of social order over other legal objectives in the administration of justice (Braithwaite, 2002b; Liu & Palermo, 2009; Zhang, 2013).

Informal Social Control and Chinese Problem-Solving Practices

Since the Han dynasty (206 B.C.-221 A.D.), Chinese legal culture has been greatly influenced by Confucianism. Confucius strived for the long-term goals of building a harmonious society and maintaining proper social order. To achieve the goals, Confucius stressed the importance of social hierarchy and advocated voluntary compliance with the moral obligations of each socially ascribed position. Social hierarchy and moral obligations were seen as key to enhancing the community's ability to exercise informal social control over individual citizens (Rojek, 1989).

Within the social hierarchy, individuals are supposed to place social obligations above their own rights and to perform the duties of respected individuals occupying a proper position in the hierarchy. As culturally expected, Chinese individuals are subordinate to a group – such as a family, a local community, or a work organization – and are obligated to avoid conflicts in social relationships. In turn, the groups operate as important agencies of informal social

control with the support of local government and criminal justice agencies (Friday, Ren, Weitekamp, Kerner, & Taylor, 2005).

Litigation vs. Mediation

In Confucius's view, the creation and preservation of a harmonious relationship requires not only moral duties from each individual but also the willingness of the people to stay away from litigation. He encouraged people to show benevolence in their actions. According to Confucianism, a benevolent person will place the harmony of communities above personal interest and will exercise self-control – that is, to “do unto others as you would have them do unto you.” Based on the cardinal value, suing someone in court, which may undermine harmonious relationship, was considered to be malevolent (Zhang, 2014).

From the perspective of Confucianism, moral codes, instead of law, deliver people from evil spirits and return them to the right path. Guided by this principle, when social order and harmony break up because of conflicts or crimes, Chinese tend to prefer mediation to lawsuits as means to dispute resolution throughout the dynasties. Even after the establishment of the communist Chinese government in 1949, political authorities still promoted mediation as a preferred mode of dispute resolution. Article 111 of the *Constitution of the People's Republic of China* stipulates that the residents' committees and villagers' committees, which are mass organizations of self-management at the grass-roots level, may establish people's mediation committees to mediate civil disputes, administer public affairs, preserve public order, and operate social services in local areas (National People's Congress of the People's Republic of China, 1983). John Braithwaite (2002b), a leading scholar of restorative justice, contends that the Chinese mediation system is one of the largest institutions of restorative justice.

In line with Confucianism philosophy, through mediation committees, communities serve as the vehicle of informal control over conflicts and disputes. Although mediation committees are officially regulated by law and are trained by local justice systems, they are identified as informal social control because members of mediation committees are mostly laypersons drawn from local communities. Through mass participation, mediation becomes a common mechanism by which parties seek to resolve civil disputes or settle minor criminal cases by an extrajudicial process (Chen, 2002).

The People's Mediation Law of the People's Republic of China, launched in 2010, stipulates the procedures of mediation and the responsibility of people's mediation committees. Under the law, disputants can choose whether they want the mediation committee to adjudicate their disputes. If one party rejects the involvement of the committee, the mediation will not proceed (Article 17). Even if both parties agree to allow the committee to resolve the disputes, the disputants

can end the mediation at any time (Article 23). Once both parties achieve mediation agreement during the mediation proceedings, the agreement is legally binding (Article 31). However, one party can still bring a lawsuit over the fulfillment of mediation agreement or the content of the mediation agreement to the court (Article 32) (National People's Congress of the People's Republic of China, 1983).

In minor criminal cases, mediation committees have no lawful authority to impose punishments on offenders. They usually settle the cases by educating offenders and negotiating compensation for the victims. According to Confucianism, conflict resolution led by law or punishment does not address the fundamental weakness of the individuals who have no sense of shame and whose only desire is to escape the punishment. Instead of lawsuits, people should be led by virtues and propriety so that their sense of shame can be strengthened (Confucius, B.C.221/1998). This traditional belief has played an important role in shaping the practices of the mediation committees, which place high value on preventing future offending through the education of the offenders. Although Chinese mediation is deeply rooted in Confucianism, scholars have suggested that mediation shares some similarity to the restorative justice approach because they both emphasize collective values and the restoration of harmony (Braithwaite, 2002b; Liu & Palermo, 2009; Zhang, 2013).

The Rise of Problem-Solving Courts in China

Although Chinese authorities have promoted mediation as a major legal instrument to handle civil conflicts and resolve non-serious criminal cases, mediation has waxed and waned over the years. Sweeping social and economic changes since the late 1970s have weakened mediation and have brought about legal reforms in China. Statistics show that from 1982 to 2002, the number of disputes handled by people's mediation committees declined greatly from around 8.2 million to 3.1 million (Zhang, 2013). Although mediation remained prevalent, more and more Chinese individuals chose to settle their disputes in court since the early 1980s. Zhang (2013) demonstrated that the ratio of mediated cases to court cases decreased gradually from approximately 800/100 in 1982 to 61/100 in 2002.

The impetus for the change may lie in several factors. First, increased economic activities not only create wealth and improve the quality of life but also lead to increased conflicts. As the quantity, varieties, and complication of disputes arise, mediation can no longer keep up with disputants' needs. Second, the booming economy has led to rapid migration and urbanization, which transformed the Chinese society from the acquaintance society to the stranger society in urban areas and to the semi-acquaintance society in rural areas (Di & Wu, 2009). As people spend more time with strangers than acquaintances, the traditional

bonds with neighborhood, community, and work organization were weakened. Growing personal rights awareness transcended the power of collective interests and social harmony. Third, since the legal reform of the late 1970s, China has made great efforts to strengthen the rule of law in the country. The government has developed legal education programs and stepped up law-related information propaganda through the media. As Chinese citizens improve their legal knowledge, they no longer consider it shameful or heinous to engage in lawsuits. Halegua (2005) found that people with higher level of education tend to choose litigation over mediation. Di and Wu (2009) suggested that highly educated individuals may be more familiar and comfortable with the law and litigation procedures so they are less likely to experience anxiety when interacting with judges and legal professionals in the justice system. In general, weakened interpersonal bond, coupled with stronger awareness of individual rights, reduced the popularity and effectiveness of mediation (Lubman, 1999). As a result, more and more people seek to solve their disputes through lawsuits rather than mediation.

As greater numbers of people start choosing lawsuits over mediation, courts become overburdened. To solve the problem of heavy caseload and enhance court efficacy, the Chinese government decide to accelerate the judicial reform in the justice system. The experimentation and institutionalization of problem-solving courts are part of the effort to address the problem.

The Structure, Operation and Functions of Juvenile Courts as Problem-Solving Courts

The juvenile court has been in existence for more than 100 years in the West and has been seen as “the forerunner” of modern-day problem-solving courts (Winick, 2003, p. 1056). In contrast, the Chinese juvenile court is a fairly recent phenomenon and can be defined arguably as the earliest model of problem-solving courts in the country. Unlike many other nations where such tribunals stemmed from a therapeutic concern for offenders, problem-solving courts in China were driven largely by pragmatic issues surrounding the criminal justice system. Radical social and economic reforms of the late 1970s and throughout 1980s contributed to massive increases in juvenile crimes and growing prison populations. The proportion of crimes committed by juvenile offenders increased from 1.4% in 1977 to 23.8% in 1985 (Bakken, 1993). The sharp increase of juvenile crimes posed a serious concern. To tackle this rising social problem, the Chinese government decided to experiment with a new justice approach that separates juvenile offenders from adult criminals. With the backing of the government, the People’s Court in Shanghai Changning District established the first juvenile collegial panel in 1984 to adjudicate juvenile cases brought over from the adult courts, which marked the beginning of the juvenile courts (Zhang, 2013; Zhao

et al., 2015). Three years later, the Supreme People's Court (SPC) of China endorsed the experiment and encouraged other qualified courts to learn from the approach that integrated legal sanction, education and rehabilitation for juvenile offenders (Niu, 2016; Zhao et al, 2015). Since then, juvenile courts have sprung up throughout China. As of 2014, there were more than 2,253 juvenile courts, of which 55% were juvenile collegial panels, 18% were juvenile criminal tribunals, and 27 % were comprehensive criminal tribunals (Niu, 2016).

The Structure of Juvenile Courts

With the growing number of juvenile courts, the structure of juvenile courts has not remained invariable and monotonous. Currently, there are primarily three types of Chinese juvenile courts: juvenile collegial panel affiliated with a criminal tribunal, independent juvenile tribunal, and comprehensive juvenile tribunal (SPC, 2012). The first two types of courts work exclusively on criminal cases, whereas the third type works not only on criminal cases but also on civil and administrative cases related to juvenile protection.

The variety of juvenile courts is stipulated in Article 6 of the *Rules of Hearing Juvenile Criminal Cases* in 2001 and amended in Article 462 of the *Interpretation of the Supreme People's Court Concerning the Implementation of the Criminal Procedure Law of People's Republic of China (Interpretation)*, enacted in 2012. According to the *Interpretation*, basic-level people's courts, intermediate people's courts, and higher people's courts may establish an independent juvenile tribunal. Those courts that lack the resources can establish a juvenile collegial panel within a criminal tribunal (SPC, 2012).

The Age Restriction

The age at which the offenders should be adjudicated in juvenile courts are defined in Article 463 of the *Interpretation*. Juvenile courts should only take on cases in which the offender is under the age of 18. Moreover, the cases should be filed by a people's court before the individual reaches the age of 20 (SPC, 2012). Children under the age of 14 are not legally liable for their wrongdoing and therefore should not be prosecuted for a crime, as stipulated in Article 17 of the *Criminal Law of the People's Republic of China* (Li, 2016).

The Main Emphasis of Juvenile Courts

Under the influence of Confucianism and the international models of problem-solving courts, Chinese juvenile courts place more emphasis on education and rehabilitation than punishments. Article 266 of the *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China* and Article 459 of the *Interpretation* provide detailed statements on the principle and procedures (China Procuratorial Press,

2018; SPC, 2012). According to the legal precepts, the court should adopt education and rehabilitation as a primary means and use punishment only as an ancillary tool to strengthen the protection of youth offenders and reduce their future offending. Article 485 of the *Interpretation* also stipulates that after the closing argument, the court should access and arrange education for the juvenile defendant based on the youth's special needs, even if the defendant is found guilty (SPC, 2012).

The Adjudication Process

According to the Article 270 of the *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*, in order to protect the juvenile defendant, the law requires the court to ask the juvenile defendant's legal guardian to be present during court hearings. At times, the court is unable to notify the legal guardian, the guardian cannot appear in court, or the guardian is one of the accomplices. In these cases, the court can ask an adult relative, a representative of the defendant's school, workplace, or basic-level residential organization or a representative of a child welfare organization to appear (China Procuratorial Press, 2018).

As stipulated in Article 467 of the *Interpretation*, a public trial does not apply to cases involving juvenile defendants under the age of 18. However, representatives from the school and the child welfare organization with which the juvenile defendant is affiliated may attend the trial, with the consent of the defendant and his or her legal guardian. If permitted by the court, the representatives can also participate in courtroom discussion. (SPC, 2012).

Moreover, to protect the legal rights of juvenile defendants, Article 266 of the *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China* requires courts, prosecutorial offices, and public security to provide legal assistance for the defendants. In addition, the *Interpretation* requires the assessment of the defendant by judicial officers who are familiar with the physical and psychological states of the minor. In the process of the trial, the judge is required to use language that the defendant can understand (China Procuratorial Press, 2018; SPC, 2012).

Psychological Evaluation and Report

A report of psychological evaluation may be provided by people's procuratorate or the defendant. Once receiving it, the juvenile courts are required to consider the findings of the report concerning the juvenile's personality, family, social relationship, growth experience, the causes of crime, pre- and post-crime behavior, and other related factors. If necessary, the courts can conduct its own investigation to verify the report or delegate the task to other organizations. Findings from these reports serve as a useful resource for adjudication and sentencing aimed at protecting the interests of the minor (SPC, 2012).

Reconciliation

In cases involving crimes against person and property, the juvenile courts should seek reconciliation between the juvenile offender and the victim. If the offender and victim agree to reconciliation, depending on the circumstance, the court may hand down a more lenient sentence. Cases illegible for reconciliation include crimes undermining national security, crimes endangering public safety, and crimes disrupting social order.

Sentencing

The severest punishment for a juvenile offender is life imprisonment. If the offender is under 16 and convicted for a non-serious offense, the courts generally instruct the legal guardians of the juvenile defendant to enforce the discipline. If necessary, the government will provide accommodation for juvenile offenders in need of education and rehabilitation (China Procurational Press, 2018).

To reduce stigma and facilitate rehabilitation and reintegration, the criminal records of the minors who have been sentenced to no more than 5 years of imprisonment are sealed. However, judicial and other related organizations can apply to review the records, and the courts can decide whether or not to agree to the request based on criteria given in Article 275 of the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China (China Procurational Press, 2018). The courts can also make follow-up visits to juvenile offenders or their families to check on the progress of rehabilitation and provide help if necessary.

Challenges

Similar to other countries in the world, the juvenile court system in China is facing enormous challenges and is in need of substantial improvement. First, although Chinese authorities advocated more education and rehabilitation and less punishment, a high proportion of juvenile offenders are still sentenced to incarceration. For example, from 2006 to 2011, among all juvenile court cases resulting in convictions, more than 64% of the juvenile defendants were sentenced to incarceration across the country (National Bureau of Statistics of China, 2012).

Further, unlike many other nations, China has enacted no juvenile delinquency law. The *Chinese Criminal Procedural Law* only stipulates procedures for juvenile criminal tribunals that handle juvenile criminal cases. Specific law is required for the legal protection of children and adolescents who are involved in the civil and administrative cases. Third, it has been observed that judges and prosecutors are more interested in lecturing the juvenile defendants than finding facts during the trial, which may run contrary to the ideas of rehabilitation and protection of the minor's interest (Zhao et al., 2015).

Finally, the system suffers from case imbalance in the number of juvenile

courts. Most juvenile courts (73%) in China handle criminal cases only. Only a small minority of them (27%) are comprehensive juvenile tribunals that accept both criminal and civil cases involving children and adolescents. Due to limited capacity, judicial officers in the comprehensive juvenile tribunals are all burdened with heavy workload, which has severely reduced overall court effectiveness (He, 2014; Niu, 2016). Given that a great number of civil cases involving children are related to family disputes, the Chinese government has begun to officially develop pilot programs integrating juvenile tribunals with family tribunals in some major cities in recent years.

Discussion

In China, the formal justice system in conjunction with informal system, especially the mass mediation system, form a vast justice system to resolve disputes and conflicts between parties (Huang, 2016). In the last several decades, as Chinese citizens became increasingly aware of their legal rights, more people have started to choose lawsuits as preferred ways of settling problems and differences. Despite this new trend, mediation still plays a prominent role in the Chinese systems of justice and has been integrated into the legal proceedings of many newly created judicial institutions, including the emergent problem-solving courts.

The development of the Chinese problem-solving court system is deeply rooted in its centuries-long legal tradition: the redeployment of the vast informal justice system to alleviate the heavy workload confronted by the formal justice system (Huang, 2016). In the case of problem-solving courts, informal organizations and groups are assigned formal roles in the revamped juridical system. On the operational level, mediation serves as one of the major working mechanisms in problem-solving courts, including the juvenile courts, to facilitate dialogues between the parties and finding solutions to the problems that cause the conflicts or disputes. Juvenile courts strive for restoration of the relationship between the juvenile offender and the victim as well as rehabilitation of the delinquent. Overall, problem-solving courts in China are heavily dependent on the support of the informal social control system and its interplay with the formal justice system. In this regards, Chinese traditional legal culture provides an essential context for the understanding of the legal reforms and the development of the court system.

While acknowledging the cultural connection between the old and the new, it is important not to lose sight of the international influence in the development of Chinese problem-solving courts. In the last few years, problem-solving courts have spread over the world. They were seen as a more effective way to settle criminal and civil cases involving children and family by providing parties an opportunity to restore their relationships. Since China established their first

problem-solving court in the 1980s, official media have generated considerable discussion of these specialty tribunals, drawing attention to the worldwide movement and its successes. A great number of publications have called for the development of juvenile courts and family courts as a way to improve the existing justice system (Xia, 2017; Yu, 2017). In addition, the SPC organized several professional meetings inviting international and domestic experts and practitioners to discuss the problem-solving approach in the judicial system and its adoption in China. All these efforts fostered strong governmental and public support for judicial innovations that enhance the system's problem-solving capability (SPC, 2018), which paved the way for the experimentation of problem-solving courts in the country.

The Chinese problem-solving court systems, including the juvenile courts, are still in the early stages of development. There is ample room for growth and refinement. To improve its structure and operation, the following problems should be addressed. First, due to the lack of specialized laws and official guidance from the central government, problem-solving courts vary from one place to another. As a result, many of these courts operate in ways inconsistent with the principles of problem-solving judicial approach to at least some degree. Second, juvenile courts, especially those located in financially stressed areas, often receive insufficient funding. Although they can apply for a special grant to support their operation, the amount provided through the grants is often limited. Due to a lack of funding, many courts have had to cut services or programs, which undermines their effectiveness. Third, there is a lack of accountability because the system has not been rigorously evaluated through empirical research. To the best of our knowledge, no experimental or quasi-experimental studies have been conducted to assess the effectiveness of the problem-solving courts in China. Research is needed to identify the strength of the courts and the areas of improvement.

In conclusion, the enduring vitality of the traditional Chinese legal culture, coupled with international court reform, provides a favorable condition for the emergence and development of problem-solving courts in China. Despite the multiple challenges that it faces, the system has shown true potential of addressing many of the problems contributing to juvenile delinquency, domestic violence, and family conflict. The system also seems capable of promoting offender rehabilitation and reintegration through individualized services arranged or referred by the courts. To be sure, being at an early developmental stage, many of the courts have not yet adhered to all of the best practices identified by the problem-solving court model, thus limiting their effectiveness. As strides in this direction are made, however, the popularity of problem-oriented courts is likely to grow and bring reform to China's justice system.

Author's Note: A more extended version of this paper appeared in *Victims & Offenders*. The bibliographic details of the publication are as follows: Li, S.D. & Liu, T. (2019). Problem-solving courts in China: Background, development and current status. *Victims & Offenders: An International Journal of Evidence-based Research, Policy, and Practice*, 14, 360-374. DOI: 10.1080/15564886.2019.1595246.

References

- Bakken, B. (1993). Crime, juvenile delinquency and deterrence policy in China. *Australian Journal of Chinese Affairs*, 30, 29-58.
- Braithwaite, J. (2002a). Restorative justice and therapeutic jurisprudence. *Criminal Law Bulletin*, 38, 244-262.
- Braithwaite, J. (2002b). *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Chen, X. (2002). Community and policing strategies: A Chinese approach to crime control. *Policing & Society*, 12, 1-13.
- Confucius. (1998). *The analects* (A. Waley, Trans.). Beijing, China: Press of Research and Teaching of Foreign Languages. (Original work published B.C.221)
- Di, X., & Wu, Y. (2009). The developing trend of the people's mediation in China. *Sociological Focus*, 42, 228-245.
- Friday, P. C., Ren, X., Weitekamp, E., Kerner, H., & Taylor, T. (2005). A Chinese birth cohort: Theoretical implications. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 42, 123-146.
- Halegua, A. (2005). Reforming the people's mediation system in urban China. *Hong Kong Law Journal*, 35, 715-750.
- He, Y. (2014). 論少年家事法庭的建構——一種中國式路徑的思考 [On the construction of Chinese juvenile family court: Thinking in a Chinese path]. *煙台大學學報(哲學社會科學版)*, 27(3), 41-49.
- Huang, P. C. (2016). The past and present of the Chinese civil and criminal justice systems: The Sinitic legal tradition from a global perspective. *Modern China*, 42, 227-272.
- Li, S. (2016). 中華人民共和國刑法 [The criminal law of the People's Republic of China]. Beijing, China: People's Court Press.
- Li, S.D. & Liu, T. (2019). Problem-solving courts in China: Background, development and current status. *Victims & Offenders: An International Journal of Evidence-based Research, Policy, and Practice*. DOI: 10.1080/15564886.2019.1595246.
- Liu, J., & Palermo, G. B. (2009). Restorative justice and Chinese traditional

legal culture in the context of contemporary Chinese criminal justice. *Asia Pacific Journal of Police & Criminal Justice*, 7, 49-68.

Lubman, S. (1999). Bird in a cage: Chinese law reform after twenty years. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 20, 383-423.

National People's Congress of the People's Republic of China. (1983). *The Constitution of the People's Republic of China*. Beijing, China: The Foreign Languages Press.

Niu, K. (2016). 少年法庭的成績、問題和出路 [The achievements, problems and the future of Chinese juvenile courts]. *人民法治*, 2, 17-18.

Nolan, J. L. (2003). Redefining criminal courts: Problem-solving and the meaning of justice. *American Criminal Law Review*, 40, 1541-1565.

Potter, P. B. (2004). Legal reform in China: Institutions, culture, and selective adaptation. *Law & Social Inquiry*, 29, 465-495.

Porter, R., Rempel, M., & Mansky, A. (2010). *What makes a court problem solving?: Universal performance indicators for problem-solving justice*. New York, NY: Center for the Court Innovation.

Rojek, D. G. (1989). Social control in the People's Republic of China. *Criminal Justice Review*, 14, 141-153.

Supreme People's Court. (2012). 最高人民法院關於適用《中華人民共和國刑事訴訟法》的解釋 [Interpretation of the Supreme People's Court concerning criminal procedural law]. Retrieved from <https://www.chinacourt.org/article/detail/2012/12/id/807033.shtml>

Supreme People's Court . (2016). 關於在部分法院開展家事審判方式和工作機制改革試點工作的通知 [Notice of the Supreme People's Court on implementing a pilot program in certain courts to reform the mode and working mechanism of trials in family matters]. Retrieved from <http://www.law51.net/law2/2016/2016063.htm>

Supreme People's Court . (2018). 最高人民法院關於開展家事審判方式和工作機制改革試點工作的意見 [Opinions of the Supreme People's Court on further deepening the reform of modes and working mechanisms of family trials]. Retrieved from <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-37372.html>

Winick, B. J. (2003). Therapeutic jurisprudence and problem solving courts. *Fordham Urban Law Journal*, 30, 1055-1090.

Woo, M. Y. K. (2017). Court reform with Chinese Characteristics. *Washington International Law Journal*, 27, 241-272.

Xia, C. (2017). 全面設立家事法庭的必要性 [The need of establishing family courts]. *法制與社會*, 5, 125-126.

Yu, P. (2017). 美國少年司法分流制度及其對我國的啟示 [The enlightenment of American juvenile justice system to China]. *中州學刊*, 6, 53-56.

Zhang, H. (2013). Revisiting people's mediation in China: Practice,

performance and challenges. *Restorative Justice*, 1, 244-267.

Zhang, J. (2014). *The tradition and modern transition of Chinese law*. Berlin, Germany: Springer.

China Procurational Press. (2018). 中華人民共和國刑事訴訟法與中華人民共和國刑法 [*Criminal procedure law of the People's Republic of China and the criminal law of the People's Republic of China*]. Beijing, China: China Procurational Press.

Zhao, R., Zhang, H., & Liu, J. (2015). China's juvenile justice: A system in transition. In J. A. Winterdyk (Ed.), *Juvenile justice: International perspectives, models, and trends* (pp. 137-162). Boca Raton, FL: CRC Press.

CAPACITAÇÃO DAS VÍTIMAS DE BULLYING ESCOLAR COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Dennis Wong

Professor, Departamento de Ciências Sociais e Comportamentais,
City University de Hong Kong

Resumo: Demonstra-se, durante anos e através dos estudos de criminologia, que os estudantes são relutantes, de forma genérica, em dizer a verdade quando se deparam com incidentes de *bullying* e os próprios incidentes já chamam a atenção da escola. Dos estudos também se observa que os métodos de disciplina e guia geralmente adoptados pelos professores se revelam inúteis para pôr termo aos comportamentos de *bullying* entre os estudantes. Em certos exemplos de *bullying*, a violência escolar não deixa de ser o resultado da retribuição pelas vítimas de actos de *bullying* a quem lhes tiver feito. O mesmo é dizer que as questões de *bullying* escolar cuja solução não tem êxito constituem indícios de eventuais actos de violências que possam verificar-se no futuro. O presente texto, para além de tecer umas breves considerações sobre o *bullying*, aborda igualmente a questão de saber se existem métodos que possam quebrar o ciclo vicioso de vingança. Em base dos estudos e textos bibliográficos, advoga-se a justiça restaurativa como alternativa eficiente para pôr termo às questões de *bullying*. Através dos exemplos precedentes, no presente texto visa-se expor o funcionamento da justiça restaurativa para a capacitação das vítimas de modo a que as mesmas possam enfrentar os danos que lhes advirão do incidente de *bullying* e voltem, com a restauração da paz no relacionamento interpessoal e o espírito de perdão, para o *status quo* em que estavam.

Palavras-chave: Estudantes; *bullying*; justiça restaurativa; capacitação das vítimas; restauração da paz; relacionamento interpessoal.

Introdução

No que se prende com o *bullying* entre os estudantes, não se trata, na verdade, de algum problema de novo em Hong Kong. Embora não sejam comuns os casos graves de tiroteio, o *bullying* físico e verbal torna-se um dos factores que ameaçam o crescimento dos estudantes em Hong Kong. Em Dezembro de 2003 ocorreu um incidente de *bullying* escolar grave numa escola de ensino secundário nos Novos Territórios de Hong Kong. Durante o incidente, o estudante, vítima de *bullying*, foi repetidamente abusado e atacado pelos seus colegas. Nos videoclipes digitais que circulavam na Internet, era possível ver que vários colegas seus o empurraram para o chão e lhe deram pontapés, que uma pessoa lhe arremessou uma cadeira, que os colegas que rodeavam a vítima apenas se riam sem que comunicassem o assunto aos professores (Sing Tao Daily, 23 de Dezembro de 2003, A2). Desde então, as autoridades educacionais de Hong Kong começaram a prestar atenção à prevenção e aos estudos sobre o *bullying* em instalações escolares. Em Macau, a questão de *bullying* entre estudantes não é tão comum quanto noutras localidades do mundo. No entanto, um estudante de 15 anos infelizmente se tornou uma pessoa vegetativa devido à violência escolar. O *bullying* escolar também gerou grande preocupação por parte da sociedade (Jornal Ou Mun, 4 de Março de 2005, A1).

Em que consiste, afinal, a definição do *bullying*? Entende-se por *bullying* o comportamento abusivo praticado de forma deliberada e persistente, enquanto actuação consciente, que tem por finalidade a colocação do seu destinatário sob pressão, agressão de outras pessoas por meio de violência verbal ou física (Olweus, 1993; Farrington, 1993) Roland, 2000). O *bullying* escolar não é tão simples quanto um jogo, nem é um surto violento de emoções fora de controlo, mas um fenómeno cíclico. O que caracteriza o *bullying* é uma actuação ou atitude física ou psicológica que tenta causar danos ou sofrimento a outras pessoas, podendo os agressores geralmente ser divididos em duas modalidades, a saber: de agressão reactiva (reactive aggression) e de agressão proactiva (proactive aggression) (Fung Lai Chu, Wong Lai Ping e CHAK Tung Ching, 2007). Em geral, incluem-se no *bullying* escolar as cinco tipologias que se apresentam:

***Bullying* físico:**

Agressões como a bofetada, o bater com o punho, o empurrão, a troça infundada e o toque intencional em zonas sensíveis de outras pessoas.

***Bullying* verbal:**

Atribuição de alcunhas a outras pessoas tendo em vista a sua humilhação pela sua estatura e rosto.

Bullying por isolamento:	Intimidação sobre as pessoas para o não relacionamento com certa pessoa, o boicote o isolamento de certas pessoas.
Bullying por extorção:	Extorsão sobre as pessoas em vista da obtenção de dinheiro ou coisas.
Cyberbullying:	Ironia, calúnia maliciosa, divulgação de rumores e falsificação de fotografias (inclusive a manipulação) na internet contra outras pessoas.

É verdade que muitos pais ou professores vêem o *bullying* como um pequeno conflito normal entre os seus pares, sendo considerado um ritual que todos devem experimentar. Em nosso entender, este ponto de vista implica alguma crise. Dada a evolução da sociedade, ficaram as crianças e os adolescentes mais emocionados em comparação com o passado, enquanto as escolas enfatizam tão-somente o bom desempenho escolar sem que dêem importância à educação do modelo orientado para a vida, razão essa que conduz a que os estudantes não tenham, de modo genérico, habilidade necessária para resolver problemas, justificando-se igualmente a razão pela qual a briga pode conceber-se somente com algumas piadas. Comprova-se, nos estudos, que a violência é um comportamento aprendido, aprendizagem essa concebe-se em ambientes sociais familiarizados, sobretudo em escolas. Impossibilita-se, dado o envolvimento dos estudantes no turbilhão da subcultura do *bullying*, o sentimento que os estudantes deviam ter para com a dor dos outros, tratando-se da razão que determina a dificuldade de eles se colocarem na pele dos outros para perceber o sentimento destes. Nestes termos, não se podem subvalorizar os danos que se implicam nos comportamentos de *bullying*.

O autor do presente texto (Dennis Wong, Lok Bing Pui, Loo Tit Weng, Ma Kan, 2002; Dennis Wong, 2003; Wong, 2004) conduziu uma série de estudos sobre o *bullying* entre os alunos das escolas primárias e secundárias de Hong Kong, tendo em vista a recolha das opiniões por parte dos estudantes e dos professores sobre o *bullying* no campus escolar. Constata-se, em tais estudos levados a cabo, que mais da metade dos estudantes entrevistados estiveram envolvidos em comportamentos de *bullying*: alguns dos quais eram espectadores, alguns eram agressores, enquanto os restantes eram vítimas. Demonstra-se que se verifica maior gravidade nos casos de *bullying* físico do que nos de *bullying* por extorção. Entre os estudantes do ensino secundário entrevistados, 17,2% sofreram *bullying* físico nos seis meses anteriores à entrevista, em comparação com 22,5% em relação aos estudantes das escolas primárias. Da mesma forma, regista-se no grupo das escolas secundárias a percentagem de 18,3% das vítimas de *bullying* físico dentre os entrevistados, e também se constata a percentagem 31,7% no grupo das escolas primárias. Não é difícil observar-se dos números sobre o *bullying* físico que a violência juvenil

em Hong Kong é muito mais grave do que nos Estados Unidos e no Reino Unido (para maiores desenvolvimentos, Wong et al., 2008). Em 2012, o autor realizou um questionário sobre *cyberbullying*. Constata-se que os entrevistados tinham tentado diferentes comportamentos de *cyberbullying* no mês anterior à entrevista, os mais comuns foram: fazer login em contas dos outros e alterar seus dados pessoais sem, entretanto, ter obtido o consentimento autorizado; manipular fotografias de outras pessoas tendo em vista a humilhação e a mofa; iniciar ou participar na internet em “*Human-flesh search engine*” (tem-se o objectivo de reunir os esforços dos cibernautas para tornar o perfil de alguém exposto na internet); espalhar itens na forma de multimídia para dirigir humilhação, ironia e isolamento contra outras pessoas; espalhar afirmações infundadas contra outras pessoas ou divulgar rumores inventados; abertura de contas falsas para fazer troças dos outros; divulgar através de diferentes instrumentos (e.g.: SMS/ Email/ MSN, etc.) mensagens repugnantes e linguagem ofensiva; fazer troça, injúria, humilhação ou isolamento, através de palavras, contra os outros; participar nos grupos de internet que tenham por objecto a agressão aos outros. Constata-se nos mesmos inquéritos que o “Índice Harmonioso do Campus”, a “Autoeficácia”, a “Capacidade de Compreender os Outros” e o “Índice Negativo de Saúde Mental” estão intimamente relacionados com o comportamento *online* dos jovens (Dennis Wong, Auyeung Chi Yau, Lee Sin Ting, Yeung Ka Yee, 2016).

Reunião dos esforços de diversos sectores em vista da construção de um campus escolar harmonioso

Perante o *bullying*, os laços estreitos entre famílias, escolas e instituições comunitárias são importantes para criar um excelente ambiente educacional. Por parte das escolas, o director da escola e os membros do corpo docente devem, em primeiro lugar, ser determinantes para resolver o problema de *bullying*, tomando iniciativa para prevenir e lidar com a atitude abusiva dos estudantes. Uma punição severa não é capaz de pôr termo aos comportamentos de *bullying*, posto que os alunos, diante da autoridade, tendem a permanecer calados, fácil sendo a vingança em momento ulterior. Também dos estudos (Dennis Wong, Lok Bing Pui, Loo Tit Weng, Ma Kan, 2002; Dennis Wong, 2003; Wong, 2004) se observa que quanto pior for o “Sentimento sobre o Campus Harmonioso” no entendimento dos estudantes, mais provável a ocorrência de *bullying*. No item “Sentimento sobre o Campus Harmonioso” atende-se a uma grande variedade de considerações para saber se o estudante entrevistado sentiu a preocupação transmitida pelo corpo docente, bem como para saber: se existe a harmonia na interacção entre professores e alunos; se as escolas oferecem cursos extracurriculares diversificados; se existe felicidade e a satisfação durante a leccionação das aulas; se existe a suficiência de

instalações pedagógicas; se o campus escolar é pequeno. O mesmo é dizer, para reduzir o problema do *bullying*, torna-se necessário iniciar os trabalhos através do melhoramento do relacionamento entre professores e alunos, da resolução do problema da superlotação do ambiente do campus, bem como da promoção de cursos interessantes e das atividades extracurriculares. Recai, igualmente, sobre as escolas o dever de formular estratégias contra comportamentos abusivos a longo prazo para incorporar a cultura de harmonia e políticas contra o *bullying* nas políticas escolares. Mediante os encontros regulares, como as sessões semanais ou mensais escolares, é possível que as escolas comuniquem e informem todos os alunos da determinação e das práticas que a administração da escola porá em execução as estratégias de construção de um campus escolar harmonioso. À medida que se vão elaborando tais estratégias, tanto o corpo docente como o não docente, os alunos e os encarregados de educação, devem trabalhar juntos para formular e implementar as medidas.

Não cabe somente às escolas a educação preventiva contra o *bullying*, pois seria impossível o crescimento saudável dos estudantes sem os esforços conjuntos entre as famílias e as comunidades. É um primeiro passo, portanto, sensibilizar os pais, as comunidades e as escolas sobre a natureza universal e gravidade do *bullying*. Sobre as autoridades educativas competentes recai também o dever de organizar, com a maior brevidade possível, cursos de formação sobre o tratamento do *bullying* escolar, sendo igualmente necessário que os professores estudem os métodos de identificação e tratamento de crises nas escolas. Convém deixar as partes envolvidas, inclusive os professores, os assistentes sociais e os encarregados de educação, compreenderem a razão de ser e os métodos preventivos para evitar a propagação do *bullying*.

Resolução dos casos de *bullying* com a justiça restaurativa

Durante uma série de casos de *bullying* nas escolas, porém, os trabalhadores da educação e de aconselhamento manifestaram a ineficiência no tratamento de casos que se tornam cada vez mais graves, sem que pudessem contar com o apoio nem a assistência de carácter inovador por parte da escola (Dennis Wong e Lou Tit Weng, 2002; Wong, 2004). Dado o facto de os métodos tradicionais, actualmente utilizados pelos professores, poderem não ser o meio eficaz de pôr fim ao *bullying* sobre algumas crianças, propõe-se, portanto, no presente texto, que se recorra às práticas da justiça restaurativa (*restorative practices*) para poder lidar eficazmente com o conflito entre as crianças para ajudar as partes a aprender a viver em harmonia. Desde o ano de 2000, Dennis Wong (Wong et al., 2011) tomou a iniciativa de adoptar as práticas da justiça restaurativa para combater o *bullying* escolar, promovendo, através da investigação e da prática mediante os

serviços prestados, a realização de um campus harmonioso.

O foco da justiça restaurativa é a promoção da paz humana, as práticas dessa justiça são, na verdade, baseadas numa filosofia de inclusão, perdão e compaixão, valores que se emergem na cultura oriental. Exprime-se a essência da justiça restaurativa nas seguintes características: o conflito é causado por ambas as partes; a ruptura permanente das relações agrava apenas o problema; com a justiça restaurativa permite-se que as partes comuniquem com sinceridade, tratando-se do êxito para pôr termo à questão dos conflitos; os agressores devem passar por um processo de estigmatização; as vítimas devem renunciar à ira através do perdão; com a justiça restaurativa pretende-se apenas voltar para o estado em que as vítimas e os agressores se encontravam. Este processo, em particular o de saber (Braithwaite, 1989), não é algo que as autoridades podem dar por certo ou errado. Cabe, bem pelo contrário, às partes expressar o trauma que sofreram e o sentimento que lhes advém, perceber os erros que cometeram. Daí os efeitos de estigma. Em última análise, com as práticas da justiça restaurativa é capaz de fomentar, tanto para os agressores como para as vítimas, a capacidade de resolver os problemas, reconstruir as competências habilidades sociais e reconstruir boas relações com pais e professores.

Uma das principais tarefas nas escolas é educar para os alunos serem capacitados para a reconstrução de suas relações quando entrarem em conflitos com outros. Pode-se designar um assistente social ou instrutor como mediador, quando haja lugar aos conflitos, para ajudar as partes a retomarem as relações. Método de mediação esse em que se conta com a intervenção de terceiros, é uma prática da justiça restaurativa. É desejo nosso que os agressores saibam exactamente o que sentem as vítimas e, portanto, percebam os seus erros. Uma participação dos espectadores é igualmente conveniente para que as partes saibam e compreendam como o conflito poderá agravar-se enquanto durar o mau relacionamento. Às vítimas de *bullying* deve ser, em simultâneo, concedida oportunidade para poderem expor seus sentimentos durante a mediação, dando do mesmo modo oportunidades de pedir desculpas e de compensação pelos próprios agressores. Mediação que, caso assim seja adoptada, deverá ser realizada de acordo com um certo padrão de procedimentos. De antemão, antes da reunião de mediação, ao mediador cabe receber, separadamente, as partes e conhecer as suas posições. O mediador, ao ouvi-las, deve manter a sua neutralidade, observando os argumentos e detalhes de cada parte. É necessário que o mediador lhes transmita uma mensagem para que entendam entre si que o êxito não será possível sem a cooperação das partes. É necessário que, em caso de instabilidade emocional das partes, esteja presente mais um professor ou assistente social que conheça bem as partes.

Sobre o mediador impende o dever de alertar, antes do encontro entre as partes, os presentes sobre as regras da reunião, como, por exemplo: é preciso

que as intervenções se façam segundo a ordem prevista, sendo necessário que se oiçam as posições dos outros presentes sem que haja ataque pessoal contra os mesmos. É necessário que o mediador encoraje as partes a dizer a verdade, bem como a expressar os sentimentos em tempo de conflito e pós-conflito, dando atenção às palavras e ao tom utilizados por ambas, chamando a atenção das mesmas para se manterem em tolerância e não suscitarem mais conflitos. É necessária, na medida do possível, a criação de condições de *win-win* favoráveis a ambas as partes para impulsionar a possibilidade chegar a acordo entre as partes, com o recurso aos exemplos de mediação bem-sucedidos passados para encorajar as partes a dar um primeiro passo para o êxito, sem que das mesmas decorra que o êxito virá sempre. Em termos genéricos, é dada a palavra à vítima ou à pessoa que tiver sofrido mais para relatar o ocorrido antes da intervenção da outra parte. O mediador deve, tanto quanto possível, ajudar ambas as partes a encontrar a verdade mais próxima dos factos ou, pelo menos, estabelecer uma história que ambas as partes possam aceitar, para iniciar oficialmente a mediação. É preferível que no termo da mediação se chegue a um acordo em que ambas as partes concordem, do qual constem claramente os direitos e as responsabilidades de ambas as partes, bem como o tempo e os termos a que respeitam. A cada uma das partes e ao mediador é dado um exemplar do memorando de entendimento. Deve o mediador ser responsável pela indagação sobre a execução efectiva do acordo. Pode, em caso de haver más relações pessoais entre ambas as partes, ser necessário que se proceda a uma nova mediação ou a uma transferência para outras entidades competentes.

É de igual importância o trabalho de sensibilizar os colegas para que possam colaborar na resolução de conflitos entre seus pares. Podem, portanto, as entidades educacionais estudar a possibilidade de colaborar com os serviços sociais a fim de implementar programas de mediação entre os seus amigos, treinando os “veteranos” para serem mais atentos aos seus colegas e ajudar na mediação de conflitos. Recomendável será igualmente a realização do programa dos “Embaixadores da Harmonia” em que se seleccionam, por iniciativa das escolas, os estudantes de idade mais avançada. Torna-se viável, dada a realização deste tipo de programa, a possibilidade de formar um grupo de líderes de estudantes para se tornarem “Embaixadores da Harmonia”, no sentido de ajudar os professores a lidar com conflitos mais leves, aprender como ouvir as pessoas, como aceitar as opiniões, como lidar com conflitos. Se os professores tiverem acesso a estes embaixadores da harmonia, a sua carga de trabalho poderá ser reduzida, permitindo que os professores se concentrem mais em outras crises graves do campus e tenham mais tempo para comunicar com os estudantes.

Conclusão

Torna-se possível, com os programas eficazes de prevenção de *bullying*, para além de educar espectadores para não serem influenciados pelas práticas de *bullying*, impedir que os agressores continuem suas práticas e, ao mesmo tempo, capacitar as vítimas. O mais importante será a possibilidade de fomentar nos alunos a capacidade de desenvolver a sua resistência à adversidade, prevenir a sua própria violência ou proteger-se da sua própria cultura de violência. Em termos conclusivos, dado o facto de a justiça restaurativa apresentar as melhores práticas contra o *bullying*, uma formação de mediação aos professores e aos assistentes sociais deve, portanto, ser dada de imediato.

Referências bibliográficas

Braithwaite, J. (1989), *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.

Farrington, D. (1993), Understanding and preventing bullying. In M. Tony (ed.), *Crime and justice: A review of research, Vol. 17* (pp. 381-458). Chicago: University of Chicago Press.

Olweus, D. (1993), *Bullying at school: What we know and what we can do*. Oxford: Blackwell.

Roland, E. (2000), Bullying in school: Three national innovations in Norwegian schools in 15 years. *Aggressive Behavior*, 26, 135-43.

Wong S.W. (2004), School bullying and tackling strategies in Hong Kong. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 48(5), 537-553.

Wong, D.S.W., Lo, D.P.P., Lo, T.W. & Ma, S. K. (2008), School bullying among Hong Kong Chinese Primary Schoolchildren, *Youth and Society*, 40(1), 35-54.

Wong, D.S.W., Cheng, C.H.K., Ngan, R.M.H., & Ma, S.K. (2011), Program effectiveness of a restorative whole-school approach for tackling school bullying in Hong Kong. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 55 (6), 846-862.

星島日報，2003年12月23日，A2版

馮麗珠、黃麗萍及翟冬青，(2007)，「揭開『校園欺凌』的面紗，孰是真正的『欺凌者』與『受害者』」。《青年研究學報》，10 (1)：3-13。

黃成榮(2003)，《學童欺凌研究及對策：以生命教育為取向》。

香港：花千樹出版有限公司。

黃成榮及盧鐵榮(2002)，「從香港中學教職員問卷調查看學童欺凌現象與對策」。《教育研究學報》，17 (2)：253-272。

黃成榮、駱秉培、盧鐵榮、馬勤，(2002)，《香港小學學童欺凌現象與對策研究報告》。香港：香港城市大學應用社會科學系。

黃成榮、歐陽芷柔、李倩婷及楊家儀(2016)，「香港青少年網絡欺凌的行為與對策」。《青年研究學報》，19 (2)：74-86。



DÉCIMA SEGUNDA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global –
Novos desafios e desenvolvimentos na
Criminologia contemporânea e o seu
impacto no Direito Criminal»

4.^a Sessão

«Novos desafios e desenvolvimentos na
Criminologia contemporânea e o seu
impacto no Direito Criminal»





**NOVOS DESAFIOS E DESENVOLVIMENTOS NA
CRIMINOLOGIA CONTEMPORÂNEA E O SEU IMPACTO NO
DIREITO CRIMINAL**

MESA REDONDA

APRESENTAÇÕES E DEBATE

Moderadora:
Teresa Lancry Robalo,
Faculdade de Direito, Universidade de Macau

«Criminalidade na Região Administrativa Especial de Macau»

Com todos os oradores e participantes



DÉCIMA SEGUNDA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global –
Novos desafios e desenvolvimentos na
Criminologia contemporânea e o seu
impacto no Direito Criminal»

5.^a Sessão

«Vitimologia e direitos das vítimas
de crimes»





CURRENT STATUS OF VICTIMOLOGY AND SOME FUTURE DEVELOPMENTS

Marc Groenhuijsen

Professor, INTERVICT-International Victimology Institute, Tilburg,
Tilburg University, The Netherlands

Abstract: This contribution starts by outlining the nature and the subject matter of victimology as an academic discipline. Next, some dots on the horizon of contemporary victimology will be identified (e.g. restorative justice; victims of terrorism). Finally, two areas will be discussed which are likely to dominate our field in the next coming years. One is the technological revolution, exemplified by the massive proliferation of cybercrime and the ascent of concepts like ‘big data’ and ‘data science’. The second is about legal reform. Which limits should be observed when changing the criminal justice system in order to better serve the interests of crime victims?

Keywords: Victimology; Repeat victimization; Secondary victimization; Restorative justice; Victims of terrorism; Cybercrime; Big data; Minimum standards for victims’ rights.

Introduction

This contribution is about the academic field of research which is commonly designated as ‘victimology’. Two topics will be covered. The first one is about

the origins and the nature of victimology (section 2). Once we have a solid understanding of the subject matter of our area of interest, we will turn our attention to some main issues which have shaped the skyline of victimology during the past decades (section 3). Finally, two of the most recent challenges will be presented which are likely to shape or affect the immediate future of victimology (section 4).

1. What is victimology?

It is debatable when and where victimology actually originated. Some would argue that it started as early as the year 1764, when the young Italian economist Cesare Beccaria published his famous book *Dei delitti e delle pene*. Honestly, I feel this claim is somewhat farfetched. Admittedly, the booklet does call for reduction of avoidable misery in the framework of administering criminal justice, but it does not even explicitly mention the word ‘victim’ throughout the entire text. It is much more widely accepted to pinpoint the commencement in 1948. In that year the German professor Hans von Hentig published his frequently quoted book *The criminal and his victim*. He argued, convincingly, “why in history has everyone always focused on the guy with the big stick, the hero, the activist, to the neglect of the poor slob who is at the end of the stick, the passivist – or maybe, the poor slob (in bandages) isn’t all that much of a passivist victim – maybe he asked for it?”. Even though there is widespread agreement about the fact that this wake-up call once and for all brought the victim into the academic picture, two elements should not go unnoticed. The first one is that the observations on victims only appear in the very final part of this book, almost as some sort of an afterthought. And secondly, the victim is here primarily pictured in his capacity of someone who can well be co-responsible for the perpetration of the crime, a phenomenon we would nowadays refer to as ‘victim precipitation’. Of course his remarks can be interpreted in a positive way, by encouraging potential victims to consider possibilities to prevent crime from occurring at all. However, the more likely implication of his discourse is that in many instances the victim himself is to be (at least partly) blamed for the crime that has taken place. Hence, even when we acknowledge Hans von Hentig as the founding father of victimology, it should immediately be followed by the observation that his perspective was far removed from the focus main stream victimology has adopted during the succeeding decades.¹

Now let me get straight to the point. What is victimology? It is easy to fill many pages with sophisticated reflections about this ontological question.²

1 More on the history of victimology in Schneider 2001.

2 See Kirchhoff 2005; Groenhuijsen 2009.

However, in this contribution I will try to be practical. And from that angle, victimology essentially is centered around three basic questions: (i) how many people fall victim to crime or abuse of power and by what kinds and types of crime are they hurt?; (ii) what are the consequences of criminal victimization – most importantly: what is the impact of crime on the victims?; and (iii) how can we minimize the adverse effects of victimization?

The first question, or research area, co-insides with traditional criminological objectives. We aim to get a well founded picture of the incidence and the prevalence of all kinds of crime and of the number of people suffering harm as a result of it. And we want to know *who* is most likely to be victimized and why. The single most authoritative source in this respect is the *International Crime Victim Survey*. This project has been carried out over several decades and involves over 70 countries.³ Roughly speaking, it turns out that on a global level annually close to one billion people are directly hurt by crime.

The second question, on the impact of crime, has also led to some generally shared basic insights. The most important one probably is that the impact of crime is more serious than the victims expected before the act took place. It must be noted that this is the case among a wide range of crimes. It is easy to imagine the dramatic consequences of the most serious crimes like murder and rape. However, research has established beyond doubt that it is also the lesser crimes that can really ruin people's lives to an extent that was never anticipated by the victims. I just mention burglaries, particularly during the night when a family is peacefully at sleep. This can disturb the comforting dream of 'my home is my castle' for an extended period of time. Or take cases of street robbery committed against elderly citizens. This can easily lead to complete and permanent social isolation because the victims no longer have the courage to leave their private homes. To underscore empirical findings on this, it suffices to list that in my own small country (The Netherlands has 17 million inhabitants) annually no less than 50.000 victims suffer from PTSD as a consequence of crime. Finally, it needs to be reported that the effects of crime can vary tremendously across the population of victims. Even when people are being faced with similar or identical victimization, the responses by individual victims can be extremely diverse. This depends, among other things, on the circumstances of the case, and also on the personality traits of the victim involved, as well as on previous experiences with the criminal justice system.

How can we reduce or limit adverse effects of crime? Of course it is impossible to summarize the body of knowledge on this important question in a few brief lines. Perhaps, for starters, it is vital to be aware of the risk of *compounding*

3 Van Dijk

instead of minimizing the harm caused by crime. This danger is manifested in two ways. First there is the danger of ‘repeat victimization’.⁴ As has often been observed: victimization is the best predictor of subsequent victimization. Everybody knows about the high rate of offender recidivism. Very few people know that the same thing occurs in connection to victims. In my own country a mere 14% of victims is hurt by no less than 70% of the total volume of crimes committed. This is not limited to types of crime where re-occurrence might be expected, such as domestic violence or stalking. The fascinating thing is that repeat victimization occurs across virtually the entire range of crimes. In property crime, a single event of burglary increases the likelihood of the same crime occurring within four weeks by 300%. Next to repeat victimization we have discovered the phenomenon of ‘secondary victimization’. Given the intrusive impact of crime as described above, one would expect victims to be met with sympathy by others and expressions of empathy and social solidarity. Unfortunately, in actual practice quite frequently the exact opposite is the case. ‘Blaming the victim’ happens quite frequently. It can be understood as a psychological mechanism of self-protection, based on the ‘Just world theory’ developed by Lerner. This theory basically holds that no bad things happen to good people. So if you are struck by crime, the explanation for your misfortune is primarily sought in factors connected to the person or the behavior of the victim. This process is to a larger or lesser extent operative in most people coming into contact with crime victims: friends, family, professionals in education, in the medical world and officials running the criminal justice system. Understandable as this may be, the net effect is that quite often it gives victims the feeling that they are being victimized again. Hence the concept of ‘secondary victimization’.

Besides attempts to avoid compounding adverse effects of crime, victimology also aims at reducing the negative impact of criminal behavior. To that end, it researches ways to provide victim support complying with high quality standards. It also looks into ways and means to increase the effectiveness of legislative reforms on behalf of crime victims. And it seeks to increase awareness among society at large for the hardships victims have to face in the aftermath of crime.

In conclusion, I think it is fair to say that victimology as a dedicated area of research is characterized by two main features. One: it is very *internationally oriented*. Since criminal victimization does not stop at geographical borders, all serious theory formation and empirical research will cover various jurisdictions in order to find reliable results. And secondly: victimology is essentially an *interdisciplinary* endeavor. It requires the combined efforts of criminologists,

4 Farrell

psychologists, lawyers, traumatologists, social workers and some others like philosophers. Only when we are able and willing to integrate the perspectives from these source disciplines will we be able to truly understand the real needs of victims and address them in a responsible way.

2. Some dots on the horizon of victimology⁵

We are living in a rapidly changing environment. Some speak of a ‘VUCA-world’, which is an acronym for volatile, uncertainty, complexity and ambiguity. How did the community of victimologists respond to the challenges posed by these developments? I will start by listing five areas of research that have attracted special attention in our field. These topics have in various ways shaped the current skyline of victimology. In the next section (number 4) I will move on to two other parts of our field, which are likely to require much of our intellectual energy in the immediate future.

2.1. Restorative justice and mediation

All over the globe, experiments regarding restorative justice are taking place and we are truly inundated by a stream of academic publications on the topic. Yet perspectives vary. In spite of this, some common ground seems to be emerging. Most victimologists nowadays would not object to being labelled as a ‘critical advocate’ of restorative justice. Against this background there are two main research questions which have been addressed during the past number of years and are still relevant in the world we live in today.

The first one is whether restorative justice is a literally alternative approach, which is essentially incompatible with traditional punitive ways of administering criminal justice. In other words: Is restorative justice a new paradigm, with the objective and the potential to replace the conventional retributive paradigm of criminal justice? This question has been raised many times before, yet the answers are still inconclusive. On the one hand there is a powerful school of thought arguing that restorative justice is a new paradigm meant to replace the existing criminal justice system.⁶ For these writers - often referred to as the ‘true believers’ - there is no room for compromise. The system can only be either retributive or restorative. Some of the ‘true believers’ have expressed concern about the fact that elements of restorative justice have been ‘hijacked’ by the traditional criminal justice system. Others have complained that the conventional system has adopted some of the language of restorative justice. I can see no wrong here. Restorative justice is a

5 Sections 3 and 4 draw on more elaborate expositions in Groenhuijsen 2019.

6 Barnett, 1977:279; Hulsman, 1982, *passim*; Fattah, 1993:771; Zehr, 1990, *passim*.

great idea, a convincing philosophy and a wonderful inspiration. It is not, however, a new paradigm in the technical meaning of the word.⁷ As Martin Wright) correctly asserted, it is better to think not of alternatives but of a continuum, and to work to move the centre of gravity from the repressive towards the restorative.⁸ If this idea were to be embraced broadly, the real challenge appears to be to make the current system more responsive to the actual needs of real people.

The second main question to deal with in this area, is how to protect legitimate victims' rights and interests in restorative justice projects such as mediation. Some academics and practitioners have virtually heralded mediation as a panacea, as a solution of all the problems connected with conventional retributive criminal justice. Of course, it is not that simple. Quite often, it is too easily assumed that these projects are in the best interests of victims because this is part of the definition of the objectives of mediation. But again, reality is much more complex. Serious research on the conditions which must be met in order to assure that mediation and related restorative justice projects truly serve the best interests of the victims involved, is thus still incomplete.⁹

2.2. Terrorism

The events of September 11, 2001 changed the United States of America and the rest of the world, and also profoundly affected victimology. The massacres at the World Trade Centre and the Pentagon constitute conclusive evidence that terrorism has changed face over the past few decades. First, there is the feature of magnitude. Prior to September 11, out of more than 10 000 incidents of international terrorism recorded since 1968, only 14 had resulted in more than 100 casualties.¹⁰ Then, there is the matter of motive. During the final quarter of the 20th century, terrorism was mainly inspired by political ideology or narrow nationalism. In the last two decades, however, proclaimed religious beliefs became increasingly important as the main driving force. Both of these shifts have serious implications for the academic discipline of victimology.

Terrorism leads to mass victimisation. According to most definitions of terrorism the individual victims are targeted in order to inspire fear or to make

7 This is extensively argued in Groenhuijsen 2004.

8 Wright 1996: 227.

9 Dussich & Stellenberg 2010. Groenhuijsen & Pemberton & Winkel 2008. See recital 46 to the EU Directive of 25 October 2012 (2012/29/EU): "Restorative justice services, including for example victim offender mediation (...) can be of great benefit to the victim, but require safeguards to prevent secondary and repeat victimization, intimidation and retaliation".

10 Separovic 2003.

governments move in a certain direction.¹¹ The question can be asked whether these specifics should affect the way in which domestic legal orders respond to their victims' immediate and long term needs and interests. We are faced with a real dilemma in this respect. Basically, there are two options, both of them highly unsatisfactory. One is to allow for no special benefits for victims of terrorism. In that case, the victims will quite often be left without any legal remedies. The perpetrators of the act are usually either unknown, or at large, or dead. At best, the victims can claim State compensation according to the standards of the general compensation schemes, which is considered by many to be insufficient. The other option is to create special provisions, awarding victims of terrorism a privileged status. This is the case in quite a few countries, particularly in jurisdictions with extensive experience with terrorism (in Europe for instance in France, Italy and Spain). Understandable as this approach may look at first sight, it leads to the inevitable question why the same advantages should not be extended to victims of other types of intentional violent crime. This dilemma is just one of the many new problems created by modern-type terrorism. Easy solutions are not in stock. Victimology should contribute some conceptual thinking in this regard in order to confirm its academic relevance.¹²

2.3. The International Criminal Court and *ad hoc* Tribunals

In 1998, countries from all continents agreed in Rome to sign the Statute for the International Criminal Court.¹³ In my opinion, this Statute - with the accompanying Rules of Evidence and Procedure - constitutes a milestone in victimology.

In the old days, warfare was a matter of soldiers. Hence, most of the casualties came from the armed forces. During the last century, things have changed in this respect. In World War II, some 50% of the casualties were civilians. In the Vietnam war, this proportion had risen to 70% and it is well known that in more recent armed conflicts such as in Rwanda and the former Yugoslavia, with well-documented instances of 'ethnic cleansing', even more ordinary citizens paid the ultimate price for being at the wrong place at the wrong time.¹⁴

The international legal community responded to these cases of mass victimisation by establishing two *ad hoc* criminal Tribunals (the ICTY and the

11 Verbruggen 2004; Walker 2002.

12 Letschert, Steiger & Pemberton 2010.

13 Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (A/Conf. 183/9, 1998).

14 Keijzer 1997.

ICTR),¹⁵ followed by the ICC.¹⁶ There are several reasons why this body of rules on the International Criminal Court is extremely fascinating and attractive. First, it transcends different properties of the main criminal justice systems which are in place in various regions of the world. Countries with a common law system (adversarial) and parties with a civil law heritage (more inquisitorial) had to find common ground. The end result offers a kind of ‘universal model’ when it comes to protecting the rights of victims in the environment of criminal proceedings. The second reason concerns the selection of staff. According to the Rome Statute, when recruiting the staff of the Victims and Witnesses Unit and the judges, the prosecutors and their assistants, attention shall be paid to their expertise in the field of sexual violence. I have never seen a progressive provision like this under domestic law. Then there is the issue of training. The ICC again offers an example of best practice in this respect. The staff of the Victims and Witnesses Unit is responsible for the mandatory training of *all organs of the Court* (including the judges). Finally, the Statute and the Rules of Evidence and Procedure contain many provisions to prevent or minimise secondary victimisation. If and when certain conditions are met, it even leaves scope for the non disclosure to the defence of the identity of the victim or the witness.¹⁷

In academic discourse, it has been argued that the model of the ICC is probably superior to any alternative. The problem, however, might surface in its application.¹⁸ The sheer number of victims involved and many other features of mass victimisation might present new dilemma’s which to a large extent still have to be addressed by new theory formation in victimology.¹⁹

2.4. Cultural diversity and criminal justice

Perhaps the biggest challenge of all stems from cultural diversity in modern society. Cultural pluralism is an old phenomenon, but it has recently acquired a new dimension because we are living in an age of massive migration.²⁰ The claims made by large numbers of refugees have revealed the fragility of feelings of self-righteousness in many western democracies. The sheer number of dislocated people in our times makes us more aware of real problems which have always existed, but have usually been comfortably hidden behind a veil of ignorance.

15 Hilwig et al 2004.

16 Van Boven 1999; Garkawe 2001; Garkawe 2003.

17 Garkawe 2003.

18 Groenhuijsen 2009.

19 Letschert & Van Dijk 2011.

20 Rijken 2016.

There is, however, no way of escaping the fallacy of cultural neutrality anymore. The large influx of foreign people with different cultural backgrounds has once again impressed us with the inevitable conclusion that the criminal justice system embodies one of the last forms of institutionalised discrimination. It is clear that this has major implications for victimology. On a micro level, providing victim support to members of ethnic minorities proves to be difficult in many countries. A completely different problem arises when the impact of crime is aggravated by the cultural background of the victim. The phenomenon of so-called ‘hate crime’ was academically non-existent until only a couple of decades ago. Now, it is a major issue in many countries.²¹ Next, cultural backgrounds and corresponding diversity can affect the protection of the human rights of vulnerable victims. Suffice it to mention the widespread practice of female genital mutilation, usually performed on very young girls and extremely hard to fight by legal means.²² In all the above instances, victimology urgently needs to contribute with research leading to evidence based answers in order to improve the protection of fundamental values we share in modern day societies.

2.5. The scope of victimology

The next issue to touch upon in this contribution concerns the scope of victimology as a relatively young academic discipline. This topic has been addressed many times before.²³ So in a way it is not part of the ‘new’ horizons in victimology; rather, it is one of the perennial questions we will have to deal with on a permanent basis. It is impossible - and it would be pointless - to summarise the dominant views which have been put forward in the extensive literature regarding the matter. The sole aim in raising the issue here again is to point to some practical issues which will surface again and for which we can plan in advance.

It is undisputed that the hard core business of victimology is victims of crime and abuse of power. Victimology could not claim either relevance or credibility if it would have turned a blind eye to victims of abuse of power.²⁴ The tough question, then, is whether or not to extend the scope of victimology beyond the categories of crime and abuse of power. Do victims of natural disasters, victims of poverty and victims of social deprivation, for example, also belong to the subject matter of victimology? Some scholars have consistently advocated this broad conception of victimology. One of the more compelling arguments to support this position is the claim that the deadliest form of violence is *poverty*.

21 Van Noorloos 2011.

22 Middelburg 2016.

23 See Kirchhoff 2005.

24 Groenhuijsen & Pemberton 2011.

For me, it is obvious that the broad demarcation of victimology (including victims of poverty and socio-economic inequalities) is a legitimate one. However, that pronouncement represents only one side of the coin. It does make a difference whether the focus is on crime victims and victims of abuse of power on the one hand, or the previously mentioned broader categories of victims on the other. These domains involve different bodies of knowledge, different theories, different methods of research, possibly even different paradigms, and without any doubt different government policies, international forms of cooperation and service providing organisations.²⁵ Adopting the broader conception of victimology does not mean that we can throw every problem into the same basket.

These dots on the horizon of victimology are still very relevant and will continue to demand much of our attention. Nevertheless, victimology as a scientific field has recently been confronted with novel challenges. I will list the most conspicuous ones, stemming from developments in the volatile societal environment we are operating in. They can be grouped into two categories. One is caused by the impact of the technological revolution; the other has its roots in legal reforms that have been accumulated over the past couple of decades.

3. New challenges

3.1. The technological revolution

It goes without saying that the technological revolution did not originate during the past five years or so. The last couple of decades have displayed an astonishing transformation of society, with IT appliances changing the world beyond recognition. According to this author's opinion, though, the full impact of these developments on crime, criminal justice and victimisation has only become clear during recent years. In this section, I will focus on two manifestations of the technological revolution that directly touch on the core-business of victimology. The first one is cybercrime; the second one is captured under the label of 'big data'.

3.1.1. Cybercrime

In my own country, the Netherlands, the first Computer-crime Act took effect in 1993. During the following 25 years, two more extensive legislative projects were needed to keep our Criminal Code and the Code of Criminal Proceedings up-to-date. Developments in IT have revolutionized society to an extent that nobody could have anticipated. Modern day information technology has made the world a better place in many ways; it has also created novel opportunities

25 Groenhuijsen 2009.

for abuse, which can harm citizens in many shapes and forms. This kind of abuse comes under the umbrella concept of ‘cybercrime’.

One crucial feature of cybercrime is the absence of a conventional ‘crime scene’. In ordinary crime, one can point to a spot where the crime took place. This determines who is responsible for investigating the crime, it confers powers on certain law enforcement units, and it is decisive for the jurisdiction of the courts. Not so in instances of cybercrime. Here it is quite often very hard to identify the geographical location where the harmful conduct took place. Perpetrators can act in or through a multitude of countries and jurisdictions within a matter of milliseconds.

The next feature of cybercrime is that it easily can affect extremely large numbers of people. In our profession we label that as ‘mass victimisation’, and experience gained in other areas (like international crimes tried before the ICC) has taught us that it brings problems which are very difficult to handle. Just to give the reader an impression of the dimensions we are talking about, I mention the number of instances of online shopping fraud in The Netherlands, which was estimated at no less than 500.000 every year.²⁶ On a global level, the same single crime hurts approximately 75 million individuals annually.²⁷ The national prosecutors office in my country predicted that 5 years from now, 50% of all recorded crime²⁸ will be cybercrime. And let us briefly look at the impact of this development. It is fair to say that cybercrime covers the entire range of the spectrum between the extremes in consequences of crime. Sometimes the impact is just minute on an individual level, for instance when a scam is set up to illegally acquire 1 cent from every bank transaction of a given nature. On the other side of the spectrum, cybercrime can have literally lethal implications. By now we are all familiar with suicides caused by sexting or cyberbullying. Cyberstalking and identity theft can likewise destroy lives. I add that one simple act of hacking can lead to a load of follow-up conventional crime. To further amplify my point, I list some additional typical examples of cybercrime.²⁹ The so-called ‘botnets’

26 Just another indication: by now there are more victims of hacking than of bicycle theft (which used to be the frontrunner in the Netherlands, with 900.000 instances annually out of a total number of crimes of 4 million).

27 For more information on the scale of cyber wrongdoing and the challenges it puts to criminal law: Qianyun Wang 2017. The procedural angle is highlighted by J.J. Oerlemans 2017.

28 And then it needs to be borne in mind that in cybercrime, the average reporting rate is even substantially lower than in conventional crime. Many experts speak of a mere 3%. Of course, it is hard to determine the reliability of these numbers and proportions. A British report issued in 2017 mentions a reporting rate in the UK of 20%: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmpubacc/399/399.pdf>.

29 Martellozzo & Jane 2017.

are involved in hacking internet-of-things-appliances, such as smart fridges, thermostats and camera's. Total damages amounted to \$ 8.4 billion in 2017 and is expected to increase to some \$ 20 billion by 2020. Using ransomware and DDoS-attacks (which is an overload of site-visits) can threaten the integrity of any IT system. It makes all businesses and government agencies vulnerable to extortion. The mere threat of paralysing a system might induce many to succumb to this type of blackmail and pay hefty sums of money to the perpetrators. Money laundering has greatly been facilitated by new opportunities provided by the web. The use of cryptocurrencies (bitcoins, ethereum, monero) has aggravated the situation. One of the latest developments in this area is so-called 'deep fake video's', in which it is possible to picture celebrities (including politicians and heads of states) apparently expressing extremely damaging messages the criminal wants to circulate. Finally, there is the 'dark web' (think of the Tor network). By now, everybody links this phenomenon to illegal behavior. It should be remembered, though, that initially the dark web was introduced by *governments* in order to protect the privacy of its citizens. Only later was this hidden part of the web hijacked by (organized) criminals, who replaced the notion of privacy by the concept of anonymity as a cover for their illegal actions.

It is amazing to see that while IT has rapidly transformed the world, law enforcement has not kept up pace in fighting cybercrime. Likewise, with few exceptions cybercrime still has not received the attention it merits in victimology.³⁰ In legal circles, special provisions have been created for victims who suffer from cross-border crime. There is nothing similar in terms of special protection for victims of cybercrime, not even when there is no realistic way of finding out in what jurisdiction their offenders have been factually active. No-one has formally proposed to rate these victims as 'particularly vulnerable'. Yet many of them are completely clueless and defenceless after this kind of incident has occurred. Just one final remark on this new development. When it comes to cybercrime, the buzzword among policymakers is: prevention, prevention, prevention... While it is obviously correct that users of IT systems should be cautious in dealing with the outside world, we should be careful not to border on lightly blaming unfortunate victims. In this respect it is interesting to observe that the first generation of cyber-victimologists started exactly the way Hans von Hentig in 1948 introduced attention for victimology in general: they began by paying attention to *victim-precipitation*.³¹ Let us beware of not making the same mistake in two waves in a row.

30 Jaishankar 2017.

31 Domenie et.al. 2013.

3.1.2. Big data

Unlike cybercrime, some ten years ago the concepts of ‘big data’ and ‘data science’ were completely absent from our vocabulary. It was just unexplored territory. Since that relatively short while ago, big data and data science have become booming business. In academia, all over the world a very large number of research centres and institutes have been established in order to secure a dedicated effort in this direction. Many professorial chairs have been created in this area. In many countries, it is hard to keep track of the number of PhD-projects on big data that have commenced during the last two years only. Big data is hot. Big data is the fashion of the day. What are the implications of this development for the field of victimology?

But first: what is ‘big data’? Of course the concept refers to huge sets of data. There is no hard and fast rule regarding the transition to ‘big’. This varies according to the context. In any case there are many terabytes, petabytes and exabytes involved.³²

I will argue that the ascent of big data and data science is a potential game changer for victimology. A sweeping statement like this is in need of some substantiation. First, big data offers new opportunities for academic research within victimology. One of the main and lasting questions within our field is about the impact of crime. This is about the psychological consequences of victimization. It also includes the economic implications of being harmed by crime. How do we measure the day to day effects of crime on our society, both on a micro, a meso and a macro level? And where should we position our horizon? Do we merely want to know what the short term or medium time disruptions caused by offenders are, or can we define our ulterior goal as gaining insight into the long term impact of crime? Big data and data science apparently open a window to access a more comprehensive view on crisis, trauma and resilience. It could also increase our knowledge about manmade interventions after a crime has occurred. Which forms and kinds of victim support really work in the short run? Which effects of these strategies are lasting? Until recently, none of these questions – and there are many more of them – could be researched in a systematic fashion, for lack of empirical data and for lack of proper methodology. Now, in the new era of big data, it looks as if many blinds are being folded. Tremendous amounts of loose data from different origins are being interconnected – or can potentially be interconnected in the near future - which opens up opportunities to start addressing new relevant questions which until recently were beyond our reach. Ever since I started work in victimology, over three decades ago, it has always been my dream to start mapping the life time impact of crime. That is: to design a model powerful

32 Gandomi & Haider 2015.

enough to process the (mental) health implications of victimization and the effects on a professional career (= long term economic results) at the same time. It used to be impossible – even unconceivable. We did not have the data, and if we did have large data sets – such as compiled in the ICVS – we did not have the algorithms to study and bring them together in a reliable way. No longer so. Specialists in data science have removed many of the common obstacles to progress. Now it looks like just a matter of time before some spectacular breakthroughs on the basis of pre-existing empirical data might be expected.

Of course, there is no such thing as a free ride. No progress, or projected progress, without any drawbacks. In the case of big data the most obvious potential threat concerns privacy. This should not deter us from exploring new opportunities, it should encourage us to take up new challenges. The most tangible ones are partly practical or technical and partly ethical in nature. They involve notions like accessibility, analyses and storage. They are about replication, validity and generalizability. We have to accept the fact that the research methods and statistical methods we have employed during the past will be insufficient to deal with the demands created by the availability of big data. And there are the inevitable moral, ethical and legal considerations. Data protection laws will assume a new urgency. Their meaning will change dramatically. In a 2018 report published by the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, two of the recommendations to the government stand out.³³ One is that the academic community has to develop new methods for careful use of big data. The second is that research teams should be supported by data-experts and these teams should include legal and ethical expertise. Big data and data science could bring us to the threshold of victimology 2.0.

As an afterthought, and as an extension of the debate on big data, we will have to pay attention to the current wave of efforts by national governments to digitalize criminal proceedings. It is obvious that this process is as inevitable as it is difficult to complete successfully. The complexities involved are hard to fathom. In an era of informational rights for victims, officials cannot pretend that it is just a simple matter of changing attitudes to facilitate the transition from the paper world to the online world. It will take much more than that. In modern kind of jurisdictions victims have a right to look at the case file before the trial commences. How to deal with that type of rights in a digital environment? How to block access to confidential parts of the case file, for instance about the mental health of the defendant? And so on, and so forth. We have to bear in mind that victims, like offenders, frequently do not belong to the over-privileged parts of our population. Many of them are poorly educated and belong to the low income brackets. It does

33 KNAW 2018.

not require lots of imagination to see that they will most likely not be frontrunners in computer skills. Victim assistance practitioners and victimologists will have to prioritize these emerging issues in order to remain relevant to the field.

3.2. Legal reform

3.2.1. ‘Minimum standards’?

International protocols on victims’ rights are invariably presented as containing ‘minimum standards’. This designation means that every State is expected to comply with all of these standards and is supposed to be capable of doing so. The adjective ‘minimum’ aims to impress on the signatories that it is indeed allowed to go over and above the threshold established by the international instrument.³⁴

This way of presenting things has increasingly become misleading. Perhaps the 1985 UN Declaration comes closest to the traditional model.³⁵ The demands on the Member States of the UN were worded in a modest way and were designed to accommodate vast cultural differences and immense gaps between the daily realities in Third World countries on the one hand and the more affluent States on the other. Even so, it was demonstrated time and again that *none* of the members of the UN fully complied with all the provisions contained in the Declaration. Since then, international instruments on victims’ rights have only become more demanding. We have witnessed a change of direction from ‘soft law’ to ‘hard law’. We have seen that some of the standards that have recently been introduced as ‘minimum’ standards, are in actual fact excessively high. That is for instance the case with respect to the so-called ‘individual needs assessment’. According to article 22 of the 2012 EU Directive mentioned before, victims shall receive a timely and individual assessment, to identify specific protection needs and to determine whether and to what extent they would benefit from special measures due to their particular vulnerability to secondary and repeat victimisation, to intimidation and to retaliation. In my humble opinion, individual needs assessment and individual risk assessment as extremely complicated questions. And they involve time consuming demands. No-one can claim to be able to reliably predict the likelihood of future victimization by administering a simple test within a handful of minutes. Anyone who is familiar with the complexities of designing and fine tuning risk assessment models knows that it has taken generations of

34 E.g. recital 11 to the 2012 EU Directive: “This Directive lays down minimum rules. Member States may extend the rights set out in this Directive in order to provide a higher level of protection.”

35 United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985).

researchers and decades of concerted efforts to come slightly closer to this elusive ideal of adequately predicting risk.³⁶

Predicting risk is a frustrating business. In this respect it should be born in mind that demanding the impossible from law enforcement officials is very tricky. It is asking for trouble. I will point to three (potential) adverse consequences resulting from the strategy to effectively overburden the criminal justice system under the guise of introducing more effective ‘minimum standards’. One: as far as the police is concerned, we should never forget that during the past three decades or so, the community has constantly called on them to change their attitude in order to facilitate reform of the criminal justice system on behalf of crime victims. And the police in many ways has responded and delivered. Next to their traditional job – catching criminals – they have generally accepted that their identity, the *esprit de corps*, will in the future also be shaped by their performance in terms of treating victims with respect and understanding. This transition in mind-set has to be applauded – even though admittedly there still is room for further improvements. However, it cannot be challenged that the police force in nearly every country feels overworked and understaffed. Against this background it would be hazardous to charge them with even more additional obligations in connection with victims’ rights, which the individual officers on the ground cannot internalize as being ‘reasonable’. This could easily backfire. It could very well lead to a sense of ‘victim fatigue’. That must be avoided at all costs. Similarly, and that is number two, imposing excessive demands on the system could mentally alienate the body which is mostly responsible for connecting the different players on the field, which is the prosecutors’ office. Let us take the ICC as an example. The Rome Statute has brought ‘victim justice’ as a concept to the realm of international criminal law. Of course, the OTP officially supports this direction. Nevertheless, it is a well known secret that the OTP in actual practice quite often regards victims as a hindrance, as a burden while executing their many complicated duties. When support for victims is not fuelled by an internal moral drive, it will turn out to be hard to sustain in the longer run. Thirdly and finally, we can observe recurring hesitations on the part of the judiciary. This institution is built on the overriding and cross-cultural value of protecting a fair trial for defendants in criminal cases. Over the past decades, it has been demonstrated that this notion can be stretched to include paying adequate attention to the victims’ perspective. Yes, we *can* have reforms on behalf of victims without prejudice to the basic procedural rights of the offender. But this development is not without limits. There comes a point when demands made by outsiders (which can easily be politicians or overzealous victim advocates), invoking victims’ interests, actually

36 More on this in the various chapters in Winkel & Baldry 2013.

do interfere with the right to a fair trial on the part of defendants. When that line is crossed, victim advocates – or people pretending to serve the best interests of victims – have to be called to order.

All of the above is in line with my conclusion that even here the role of victimology has gradually and at the same time fundamentally changed. Victimology as an academic discipline has for decades played the role of consistently opening up new and additional opportunities for crime victims. It has provided empirical evidence that reform of the criminal justice system is possible without compromising offenders' rights. Hence the frequently repeated claim that this is 'not a zero-sum-game'. Victimology used to be an *accelerator* of reform. It used to have an exclusive focus on *supporting* reform. Nowadays, however, I see increasing evidence that victimology also has to act as a *brake* to prevent excessive reform which might be harmful – and thus counterproductive - to the best interests of victims.³⁷ Examples of the latter can easily be found in systems which endeavour to introduce special minimum sentences because that is supposed to benefit the sense of justice of victims. The same is true for countries falsely claiming that the death penalty ultimately benefits crime victims.³⁸ A final example is constituted by re-opening fully completed statutes of limitation. This author concludes that we should remain careful when using the concept of 'minimum standards'. The idea of having shared minimum rights for crime victims has to be realistic. That means at least that each country agreeing to such benchmarks has to be able to comply with them. And it implicitly calls for an approach which has to be inherently moderate in nature.

3.2.2. Enforceability of victims' rights

The final item of a legal nature that needs to be addressed in this chapter is about enforcing victims' rights in the criminal justice system.

In the preceding sections we have seen that in recent history victims have been granted new and additional rights in their dealings with the criminal justice system. It has also been demonstrated that most of the legal instruments conveying these rights are generally poorly implemented. That observation is phrased on a high level of abstraction. What it comes down to for real people with real problems, is that their rights are just not observed in actual practice. And that is a correct statement of fact. Bringing things back to basics, we have to face the fact that in very large numbers of cases, perhaps even in a majority of cases, the legal rights of victims are violated.³⁹

37 This change in the role of victimology was first pointed out in Groenhuijsen 2014.

38 Groenhuijsen & O'Connell 2016.

39 To underscore this point, I refer again to Brienen & Hoegen 2000, whose findings show that

What does it mean that there is such widespread neglect of existing victims' rights? It has turned many doctrinal scholars into sceptics or cynics. Some of them argue that a right is only a legal right when it is legally enforceable. To adopt a practical approach, I suggest that a right is a legal right when it provides a citizen with an entitlement. That entitlement can very well be a service to be rendered by a government official. Such as providing information in a situation where the citizen has fallen victim to crime. That entitlement is similar in kind to many offender's rights. Like the well known *Miranda* warnings in American criminal procedure. Nobody would argue that these informational duties for cops are just 'services' to suspects. The nature of the obligation on the official renders the entitlement of the recipient as a 'right' in itself. Of course, the next – albeit different – question is about enforcement. Here we are faced with a deep divide between offender's rights and victim's rights. For offenders, in case of violation of procedural rights we usually can find a specific remedy when the government pursues further action against him. When he is charged with a crime, the subsequent procedure allows for complaints about the way he has been treated by police or prosecutor. In case of default, remedies are available, such as exclusion of evidence.⁴⁰ Here, enforceability of rights equals the availability of remedies in case of non-compliance or outright violation.

This is definitely more complicated in cases of non-compliance with victims' rights. In individual situations sometimes a remedy is readily available, and then there is no special problem. This occurs, for instance, when the victims' offender is found and apprehended, but not prosecuted. If the victim feels that his voice was not heard in preparing for the decision not to prosecute, many jurisdictions allow for a review of this decision, either by an administrative body or by the judiciary. Likewise, when a prosecution is actually initiated and the officials fail to notify the victim of the date and time of the trial, this oversight can easily be remedied by adjourning the case and rescheduling it at a time when the victim can exercise his participatory rights. However, these are the exceptions to the rule. Usually, there is no crisp and clear remedy available in cases of violations of individual victims' rights. There are many reasons for this. How to sanction neglect of victims' rights if the perpetrator is never identified? If there is no criminal procedure beyond the investigative stage? And how to deal with extremely large numbers of cases in which this kind of omissions took place? The legal system is just not equipped to handle massive breaches of procedural

informational rights are fully observed in the best performing countries in 70% of the cases. In most jurisdictions, over 50% of victims are not informed according to applicable standards.

40 Inadmissibility of evidence is just one of the available remedies. Depending on the circumstances of the case and on the features of the domestic system involved, there are many other possibilities. I just mention reduction of a sentence as an example.

rules (keep in mind the 50+% of victims who do not receive all information they are entitled to).

In some parts of the world, most notably in the United States, there have been concerted efforts to enhance the level of enforceability of victims' rights.⁴¹ On the federal level, in 2004 the Congress adopted the Crime Victims' Rights Act. It allows victims to file a motion with the court in order to secure their rights. Besides, a victim has the power to approach the Court of Appeals with a *writ of mandamus* when a right has arguably been violated. This can lead to a suspension of the trial for a maximum of five days. However, research has shown that a large majority of these appeals are denied. Enforceability thus remains essentially problematic⁴², unless in cases of violations of the right to be heard in the framework of plea bargaining or in parole proceedings. I humbly point out that all remedies mentioned only apply in situations where some sort of criminal trial takes place. The basic problem can never be addressed in this way, because a large majority of violations of victims' rights occurs when no offender is found or brought before a court.⁴³

Which does not leave us necessarily empty handed. Apart from remedies on the individual level we have also witnessed the ascent of *collective remedies*. Where the former ones are commonly referred to as 'hard remedies' and the latter ones are labelled as 'soft remedies', it remains to be seen which of these kinds ultimately is of the greatest benefit to victims. Collective remedies that can be found in different parts of the world include the establishment of an Ombudsman for victims' issues or a so-called Victims Commissioner. Even though their remit can vary according to time and place, the general pattern is pretty much alike. They serve as a desk where victims can file complaints if they feel their rights have been violated. Many Ombudsmen have some powers to investigate such claims and issue a report with findings.⁴⁴ They publish an annual report, mostly with general recommendations on how the government agencies can improve their conduct vis-à-vis crime victims. Some of the Ombudsmen and most Victim Commissioners have farther reaching mandates, including providing services to individual victims.

41 Beloof 2005; Tobolovski et.al. 2016.

42 Tobolovski 2115.

43 Kirchengast 2016 has outlined some underlying reasons why soliciting a court's decision on alleged violations of victims' rights can never meet the expectations of the victim involved.

44 It is striking that some Ombudsman offices have a conspicuously high rate of declining complaints. The USA Victims' Rights Ombudsman, for instance, received 259 complaints between 2005 and 2009. Out of this workload, 235 were dismissed on formal grounds (not targeted at federal employees) while all (!) remaining ones were deemed unfounded. Numbers like these are likely to quickly undermine confidence in the office. Moreover, as was pointed out before, raising expectations and then not living up to them can lead to secondary victimization.

These services can be of a very practical nature (like repatriating a body from a foreign country), or they can be about legal services and assistance during the trial.⁴⁵ The institutions of an Ombudsman and Victims Commissioner could well be part of a major move to make victims' rights a reality in daily practice.

Additionally, some countries have included the victims' perspective as a job performance indicator for police *forces*. By abandoning the limited focus on individual police officers, with its inherently attached unproductive result of naming and shaming, new opportunities could be revealed – and more incentives could be provided - to actually influence the attitude of all ranks within a police force to pay more attention to victims' issues.

4. Conclusion

This contribution has outlined what 'victimology' entails and which main developments in this field of research have emerged. Some bad news was specifically identified. In the legal area, it was reported that some countries have merely adopted new legislation designed to better meet the needs of victims, without caring about the practical impact of these reform measures. In those instances, we can be sure that for everyday victims nothing much will improve. However, the previous sections have also revealed a lot of good news. Many jurisdictions have brought about more improvements in this area during the last 25 years than during the preceding century. Nobody can complain any longer about the victim being "the forgotten party" in the criminal justice system.

Apart from the still urgent areas such as integrating restorative justice practices in traditional criminal justice systems, the position of victims of terrorism, the role of the victim in proceedings before the ICC and the problems connected with multi-culturalism in modern day societies, this contribution has highlighted some of the latest challenges for victimology in a volatile environment. We discussed the technological revolution and its implications for cybercrime, big data and data science. We reviewed the legal approach and discovered that caution is needed to avoid inflation of the concept of "minimum standards" applying to victims' rights. We touched on the trouble spot of enforcement mechanisms when victims' rights are being violated.

Certainly, a lot remains to be done. However, we can look back with pride. Much more has been accomplished than anyone could have predicted some decades ago. In the light of the developments outlined above, it is clear that victimology is not an ideology, it is an academic discipline. Victimology potentially has a bright future because it embodies the language of empathy and

45 Branchflower 2004.

because the main objective of victimology is to contribute to the quality of life for all human beings.⁴⁶ We can only succeed in making further progress if we regard our profession as a collective effort. It reminds me of the old African proverb: “If you want to go fast, go alone; if you want to go far, go together.” That is the way we should proceed.

46 Bajpai & Gauba 2016.



DEVELOPMENT OF CRIME VICTIM PROTECTION IN MAINLAND CHINA AND ITS IMPACT IN CRIMINAL LAW

Guoling Zhao

Professor, Beijing University Law School. Vice President of the Chinese Society
of Criminology, Beijing, PRC

Abstract: This paper offers a comparative analysis of protection for crime victims and its impact in criminal law. The paper includes four parts. First, an introduction of right and protection for victims in mainland China's criminal justice, and two ways of protection of victims in practice. Second, an attempt to compare compensation for victims in different countries, so as to provide reference for China's victim protection system. Third, a focus on victim reparation in mainland China. Finally, a discussion on the impact of victim protection in criminal law. The paper hopes this discussion can help us to seek common grounds and leave aside differences and bring advancement in the protection of victims.

Key words: Victims of Crime; Victim Protection; Victim Compensation; Victim Reparation.

I. Victim Protection in Mainland China's Criminal Justice: Legal Texts and Practice

A. The Image of Victims in Legal Texts

Since 1979, China's criminal procedure codes have been adopted and amended 3 times. They are *Criminal Procedure Law* in 1979, 1996, 2012 and 2018. These laws clearly stipulate victims' status and rights in the criminal proceedings. Legislators have paid much attention on the protection for victims by amending these laws.

In the 1979 *Criminal Procedure Law*, victims are general participants in criminal proceedings and they can't make complaints independently. In other words, victims are not litigants. Their main litigious rights include: (1) reporting and accusing criminal suspects, (2) requesting the case which is not filed by public security be reconsidered, (3) bringing an incidental civil action, (4) presenting a petition with respect to the people's procuratorate's decision of not prosecution of the case, (5) participating in a court's trial, its investigation and debates, (6) appealing with respect to an incidental civil action in criminal conviction. In fact, since the victim does not have a litigant status in court, the rights of victims are far from that of the defendants. For example, victims have no rights for withdrawal, questioning witnesses, identifying evidence or appeal. To some degree, victims are largely only playing a role of assisting prosecution.

The above mentioned assistance role has been significantly revised in the 1996 *Criminal Procedure Law*, in which victims become litigants. Their litigious rights are added to the law, including but not limited to: (1) the rights of reporting, accusing criminal offense and requesting a reconsideration of rejected cases; (2) asking judicial personnel who have conflict of interests to withdraw from participation in the case; (3) entrusting agent (4) making an appeal against the people's procuratorate's decision of not initiating a prosecution, or instituting a prosecution directly in a court (5) instituting a prosecution directly when a public security authority or a people's procuratorate decides not to subject the defendant to criminal liability.; (6) questioning defendants and participating in debates in court trial; (7) applying for complementary evaluation and re-evaluation of expert conclusions as evidence; (8) protesting against court judgements; (9) making an appeal against an judgement and ruling that have been in effect; (10) filing an incidental civil action. At that time some scholars were arguing against these recovery of victim's rights, concerning that this would lead to the loss of rights for criminal suspects and thus the failure of established criminal justice process. However, majority of legislators and scholars believed that the rights for victims and defendants should not be considered as opposite to each other; they tend to think that both interests of victims and defendants should not be ignored in criminal procedure.

In the 2012 *Criminal Procedure Law*, victim's litigious status is continued to be recognized. Some amendments on their litigious rights were made and these include: (1) Protecting victims' personal safety when they testify; (2) Clarifying that in the case of victim's death and loss of ability, their legal representatives and near relatives have the rights of filing an incidental civil action; (3) Strengthening the rights of victims and their agent ad litem's opinions in investigation and prosecution stage. Stating that their opinion should be obtained and recorded by people's procuratorate.

The newly amended Criminal Procedure Law in 2018 also emphasizes the protection of victim's rights in criminal procedure especially in some special procedures including: (1) Hearing the opinions of the victim and the victim's litigation representative on specific issues and record their opinions and keep them in file if the criminal suspect admits guilt and accepts punishment when the case is being examined by a people's procuratorate; (2) The fast-track sentencing procedure shall not be applied if the defendant fails to reach a mediation or settlement agreement with the victim or his or her legal representative on restitution in an incidental civil action and other matters.

B. Protection of Victim's Rights in Practice

Although legislation has provided victims with the status of litigants and relatively strong rights, in practice, whether victims' status and rights are realized is another matter. In fact, there are many difficulties in initiating a criminal proceeding, solving a crime, making an effective judgement and enforcing the compensation. All of these factors have contributed to the difficulty of realization of the rights for victims. Particularly, the mode "state-offender" has been a major constraint on victims' rights, for this mode ignores victims' rights. Despite these difficulties, two ways of protecting victims' rights have been developed and practiced in China. One is criminal mediation or settlement. The other is state judicial reparation or relief.

Criminal mediation is the process in which criminal defendants or criminal suspects, victims, and their relatives get together to reach an agreement when defendant apologize for his offences and willing to make up the harm that he causes, victim is willing to forgive, and that the state decide not to prosecute or give out lighter punishments. There are four elements in the criminal mediation (1) Three parties are mediators, victims and defendants. (2) Both parties are voluntary to communicate and negotiate. (3) Victims forgive criminals and criminals take the criminal responsibility. (4) Mediation is recognized by judicial agencies and affects the determination of guilt and penalty.

Since 2006, taking the local circumstances into consideration, judicial agencies have been promoting criminal mediation, which is expected to better solving conflicts and relieving litigation resources exhaustion. Most people consider mediation has recognized and protected victims. In criminal mediation, victims' forgiveness is essential, for it is a prerequisite and determinant of criminals' conviction and penalty. This reflects that the mode of "state-offenders-victims" is effective. So the *Amended Criminal Procedure Law* in 2012 adds mediation into proceedings in public prosecution cases. Mediation is limited to minor personal injuries, property crimes and negligent crimes. Judicial agencies may give no criminal sanction or only punish offenders leniently if they think

the mediation is voluntary and legal. The criminal mediation is a breakthrough in China from “state-offender” to “state-offender-victim” mode, where victims are given important legal status.

The second way is reparation. Reparation refers to the payment that the state gives to victims when restitution is not fully paid. Sometimes crimes and criminals can't be identified; Criminals can't afford the restitution; People don't buy commercial insurance, and so on. So victims need reparation. A good development in China is that reparation from the government has gradually been institutionalized and standardized. In 2004, Zibo People's Court in Shandong province first initiated victims' reparation program. From 2009 to 2014, at the Central government level, reparation guidance had been issued. In 2009, eight committees and ministries including Committee of Political and Legislative Affairs, Supreme People's Court jointly issued “Opinions on Reparation for Criminal Victims”. In 2014, six committees and ministries issued “Opinions on Establishing and Improving State Judicial Reparation”. According to this opinion, the supreme people's court and the supreme people's procuratorate issued their respective detailed rules for implementing judicial reparation in July 2016. Before 2014, this system was called “reparation for criminal victims”, which was equal to compensation for victims in the world. Then it was renamed “state judicial reparation”. (The differences between the two reparations will be discussed in the third part.) Whatever it is named and how it expands, the purpose of both reparations is not to change the conventional “state-offender” mode, although it is of great significance to the protection of victims.

Therefore, the major differences between criminal mediation and state judicial reparation is that despite both protect victims' rights, they are different in the purposes and effects. The former focuses on reforming criminal justice system and tradition, while the latter focuses on complementing traditional criminal justice and doesn't deny state-offender mode. So the former is more difficult to implement in practice than the latter.

II. The Reference of Victim Compensation System: Types and Characteristics

Compensation is a system in which the state gives payment to miserable victims when criminals and other related parties are unable to retribute. Compensation is the core of victim protection system in various countries. Before introducing China's victim compensation system, the paper tries to classify the victim compensation systems of various countries, so as to provide reference for China's system selection.

Based on the interpretation of laws, the paper divides the compensation for victims of crimes in different countries into the following three types.

A. Subrogation

Subrogation is a concept in many civil law jurisdictions, which largely means that, when a person is obliged to another person, if an interested third party, such as a surety, performs such obligation to the obligee directly, the obligee's right passes to such third party by the operation of the law. As a result, this third party succeeds the right of the obligee and is entitled to claim against the obligor. This idea is borrowed and used in compensation. When victims can't get restitution from offenders, the state plays the role of the third party. It pays compensation to victims and subrogates victims to claim a debt from the offenders. In other words, the state is a legal guarantor of such kind of crime tort obligation, for the offender can't retribute for the harm caused. The doctrinal basis of subrogation is a theory of civil law on the subrogation of guarantee and debt. "By maintaining a system of responsibility insurance and social safety, both the guarantor and borrower compensate for the harm and relieve the pressure on tort act."¹

A most typical example of subrogation mode is the legislation of compensation for victims in Taiwan and Japan. One of the reasons for this legislation in Japan is that "more and more offenders can't afford the compensation and pay for the harm they have caused due to their civil tort act."² So the legislation aims at "complementing what liability of tort can't do."³ Likely, Taiwan legislation focuses that "compensation for victims is to complement deficiency of civil tort act and it is a special measure taken by the government to take care of its citizens."⁴ Based on this legislative idea, practitioners (legal affairs department and administrative department) don't define this payment as a social compensation. ⁵ Theorists think "compensation for victims is to complement the payment that

-
- 1 WANG Zejiang, *Civil Law Doctrines and Cases Studies*. (2nd Edition) Peking University Press. 2009, P. 129 (王澤鑑：《民法學說與判例研究》(第二冊)，北京大學出版社2009年版，第129頁)。
 - 2 Miyazawa, K., Taguchi, M. & Takahashi, N., *Study on Victims of Crime*. Seibundoh Publishing Co., Ltd., 2000, P.88 (In Japanese) ([日]宮澤浩一、田口守一、高橋則夫：《犯罪被害者の研究》，成文堂2000年版，第88頁)
 - 3 Minoru, O. & Saito, M. (1982). *Restitution for Victims of Crime*. Yuhikaku Publishing Co., Ltd. 1982, p.37 (In Japanese) ([日]大谷實、齊藤正治：《犯罪被害給付制度》，有斐閣1982年版，第37頁)。
 - 4 Published by Taiwan Legal Affairs Department : *Research Compiling on Legal Affairs Department's Correction and Improvement of Current Criminal Policies*, 1999, P. 356 (台灣地區法務部門編印：《“法務部”檢討暨改進當前刑事政策研究小組研究資料彙編》，1999年，第356頁)。
 - 5 GUO Mingzheng, "Victim Protection Act--The Rite of Passage of Post-Civil-Law/Social Law Era in Taiwan," *Chengchi Law Review*. No.60, 1998 (郭明政：“犯罪被害人保護法——後民法與社會法法律時期的成熟標杆”，載《政大法律評論》1998年第60期)。

civil compensation can't make.”⁶

To sum up, subrogation has the following characteristics. First, it aims at complementing harm caused by offenders and the upper limit of the amount of payment is victims' loss. Second, victims' degree of fault is judged and amount of payment is reduced proportionately to the degree of victim's fault when the payment is decided. Third, the reparation responsibility is usually taken by judicial agencies, for the mode is based on the theory of civil law and the victim's act is usually judged by the judicial agency. Fourth, when victims get reparation, they entitle the state to request compensation from offenders.

B. Ex Gratia Payment

The Ex Gratia payment is based on the assumption that the victims enjoyed the state compensation as a privilege rather than a right. From the perspective of government, the compensation is paid not due to liability or obligation.

Ex gratia payment developed in 1960s due to attention on victims and its political role. The government had to respond to the necessity of victims' compensation. It should provide victims of crime with common interests and extra interests. In other words, the compensation is regarded as a symbol that stands for sympathy with victims of violent crimes and provides victims with significant material interests.⁷ So the state payment is an act based on individual discretion and not universal. It is made out of kindness and grace.

The most typical ex gratia payment can be seen in common law jurisdiction like U.K and U.S. Take U.K. criminal injuries compensation as an example, it was managed by a Criminal Injuries Compensation Board which was made up of people nominated by Ministry of Home Affairs and was a semi-official agency. Payments were given ex gratia. When criminal injuries compensation was adopted as an act in 1964, the government didn't recognize any legal obligation or liability for victims.⁸ In this sense, criminal injuries compensation symbolically indicated the government's determination and attitudes in making compensation for injuries and to re-establish the social order.

Ex gratia payment has following characteristics. First, the amount of the payment is voluntary and not measured by victims' real loss. Compensation is directly related with cost. For example, compensation in U.K. and U.S. is tariff-

6 CHUNG Bingzheng, "The Compensatory Provisions of 'Criminal Victims Protection Act' and its Cases Analysis". Taipei University Law Review. No.52, 2003. (鍾秉正：“《犯罪被害人保護法》之補償規定及其實務分析”，載《台北大學法學論叢》2003年第52期)

7 Duff, P., "The Measure of Criminal Injuries Compensation: Political Pragmatism or Dog's Dinner." Oxford Journal of Legal Studies, 1998, p. 107.

8 Dignan, J. Understanding victims and restorative justice. McGraw-Hill Education (UK), 2004, p.45.

based. Second, whether victims can request the compensation depends more on notification and support from responding agencies, for obtaining compensation is not a common right for victims. Third, the subjects of compensation are “innocent victims”, whose merit and life style are examined. Fourth, compensation is often offered to victims of violent crimes.

C. Social Compensation

Social compensation is a social measure which is used to protect and compensate for damages caused by specific reasons. Different from *ex gratia* payment, social compensation provides victims with restitution rights through legislation. It is the state and society’s obligation and liability. Different from subrogation, social compensation is not made in the interest of debt subrogation in civil law, it is made by society after the fact of a special accident. In subrogation, state’s compensation is regarded as an indirect liability; and in social compensation, state’s compensation is regarded as a direct liability. It is based on the theory of social security by which the well-being of a society is created by all of the members and thus the state has an obligation to provide the vulnerable and disadvantaged victims with necessities.

Germany has epitomized social compensation. Legislation of compensation for victims of crime was adopted in 1975 and as a special law of *Sozial Gesetz Buch* (SGB). It is applicable to general rules and administrative procedures in chapter 10. According to Clause 1 and 2 of Article 5 in SGB, victims and their surviving dependants can apply for: (1) measures that keep, improve and recover their health and working abilities; (2) appropriate economic support. The right to application for compensation has a constitutional basis, that is, principles of rule of law and social state originating from Article 20 and 28 in *German Fundamental Law*.⁹

Social compensation has the following characteristics. First, it is stipulated explicitly that victims of crime have the right of applying for compensation. On the other side, the state has an obligation and liability for compensation. Second, social compensation, social insurance, social facilitation and reparation are three systems in social security law. The aim is to strengthen social cohesion and well being of the weak. Third, social security agencies rather than judicial agencies take the responsibility of compensation. Fourth, the sum of payment is binary, with or without. Fifth, the payment is offered in form of pension rather than a lump sum. Victims who suffer from injuries or disability or immediate relatives of dead victims can get compensation regularly to support themselves.

Obviously, the above three types have similarities in their operational

9 Maurer H., *Pandect of Administrative Law*, trans. by GAO Jianwei, Law Press, 2000, P.760 ([德] 毛雷爾：《行政法學總論》，高家偉譯，法律出版社2000年版，第760頁)。

mechanism and specific system. The criteria here is if a country is liable for compensation and what form the country's liability takes.

III. Victim Reparation in Mainland China: Comparison and Choice

Generally speaking, China is at a transitional period from a situation of “big government, small society” to “small government, big society”. No matter in legislation or in practice, the situation is still that government dominates and process is top-down. So when protecting victims and making related policies, state's interests and social stability are weighed and considered. These can be seen in the change of China's reparation for victims.

In a broad sense, victims' reparation refers to any protection for victims made by the state. The government and society provide victims with material, psychological counseling, medical and litigation assistance. It is broader than victims' compensation. In a narrow sense, victims' reparation refers to the state's material compensation for criminal victims. It is equal to victims' compensation. To some extent, China's victims' reparation is in a narrow sense-- compensation.

As mentioned above, the reparation in China includes two kinds: reparation for criminal victims and state judicial reparation. The differences between two types of reparation are described in the table.

Documents Differences	《Opinions on reparation for victims》	《Opinions on judicial reparation》
Types of crimes	Serious violent crimes, also applicable to negligent crimes	No specific crimes, applicable to civil tort such as traffic accidents and support
Types of injuries	Serious injuries, disabilities and death	Serious injuries, disabilities, death and serious damage to property
Initiating procedure	Victims' application and responding agency's duty	Victims' application
Subrogation	State's right	No stipulation for subrogation
Victims' fault	If victims have faults or not and what faults they have	Victims have serious faults.
Obligation of explaining why reparation is not offered	No explicit stipulation	Notify in time and explain clearly

It can be seen from the table that criminal victims' reparation in China is a typical subrogation, which is similar to that in Taiwan and Japan. In contrast, state judicial reparation is similar to *ex gratia* payment in U.K. and U.S. which is out of benevolence and goodwill; this type of reparation's subjects are not just limited to criminal victims. Accusers who can't get support or accusers in civil tort cases are also included. It focuses on victims' living difficulties rather than the types of crime. This means, when protecting victims and making related policies, state's interests and social stability are weighed and considered as more important. Either in subrogation or *ex gratia* payment, the state doesn't accept any direct liability. Both types of reparations deny a corresponding relationship between state's obligations and victims' rights. So victims' rights can't be legalized or constitutionalized, which is not beneficial to victims' rights and protection.

Therefore, the paper supports the idea that the social compensation should be carried out in China. State compensation should be defined as a social well-beings. State has an obligation to offer payment under specific occasions. This obligation is clearly stipulated in the Chinese Constitution (Article 33, Clause 3 and Article 45, Clause 1). Social compensation is helpful to victims' protection, for rights for victims have been legalized and thus agencies at different levels will not investigate victims' merit too harshly thus avoid the re-victimization.

IV. The Impact of Victim Protection in Criminal Law: Challenges and Prospects

In recent years, the research on the protection of crime victims not only has the above important influence on the amendment of criminal procedure law, but also has made a certain impact in criminal law, which can be seen in the following aspects:

A. Recognition of Victim's Right of Self-Determination Affects the Scope of Private Prosecution in Criminal Law

The primary mission of criminal law is to punish crimes. Most of the time, the power of punishment belongs to the state authority. However, for some special crimes which only infringe personal interests, the decision-making of prosecution belongs to the victim. This does not mean that state authority neglects to protect victim's rights. On the contrary, it is a way to respect victim's autonomy of will. From this point of view, the range of private prosecution and its concrete contents reflect the distribution of punitive power between the state and the private. Nowadays in China, Criminal Law stipulates that insult,

slander, using force to interfere in others' freedom of marriage, mistreatment and embezzlement are crimes to be prosecuted only if a complaint is filed. In fact, the ranges of crimes which infringe personal interests are far more than these in criminal law. For example, there exists a wide range of private prosecution in German Criminal Code. Crimes such as burglary, violation of the privacy of the spoken word, violation of private secrets, theft from relatives or persons living in the same home, and criminal damage can only be prosecuted upon request. For China, expanding the range of private prosecution through judicial proceedings can help to realize more accurate and personalized protections for victims.

B. Victim's Special Relationship with the Offender Constitutes Aggravation or Mitigation Factors in Some Crimes, and Even Affects the Establishment of the Crimes

Though Article 4 of Criminal Law in China emphasizes that everyone who commits crime is equal in the application of the law, it is no denial that the relationship between victim and offender may affect the establishment of certain crimes. Taking larceny as an example, there is no special provision about stealing from family members in Chinese Criminal Law, only relevant judicial interpretation. In contrast, as mentioned above, theft from relatives is included in the range of private prosecution in German Criminal Code. Similarly, French Criminal Code also stipulates that no prosecution may be initiated where a theft is committed by a person to the prejudice of his or her ascendant or his or her descendant, or to the prejudice of a spouse. Furthermore, Article 132-80 of French Criminal Code stipulates that in the cases respectively provided by law or regulation, the penalties for felonies, misdemeanors or contraventions are aggravated where the offense is committed by the spouse, cohabiting partner or partner linked to the victim by a civil solidarity pact. It shows that special relationship is considered as an aggravated factor in sentencing, because under this circumstance, the crime may cause greater mental or physical harms to the victim. In this way, criminal law treats special relationship between victim and offender as aggravated factor in order to strengthen protection for victims.

C. The Victim's Consent Can Stop the Crime from Being Established

Many crimes such as rape are established under the violation of victim's will. For these crimes, victim's consent may lead to the non-establishment of the crime. Under Anglo-American law system, victim's consent may affect the judgment of offender's mens rea. For most crimes, it requires that the offender knows exactly the victim disagree or may disagree with the criminal act. However, for rape or other serious sex crimes, mens rea of the offender can just be negligent of the will of victims. For some other crimes, such as

injury, victim's consent is a kind of justification, thus offender's conduct can be legal in this circumstance. In American Model Penal Code, in order to justify criminal conducts, the consent to bodily injury should fulfill several limited conditions. Similarly, Article 228 of German Criminal Code stipulates that whosoever causes bodily harm with the consent of the victim shall be deemed to act lawfully unless the act violates public policy. This provision fully respects victim's right of self-determination.

D. Victim's Fault Can Affect the Results of Sentencing

Recently, the studies on victim's self-involvement in risk and victim's self-responsibility focus on whether the need for victim's protection should be reduced with victim's fault. One view is that in certain circumstances, victim's fault can affect the determination of criminal conduct's illegality or affect the attribution for offender. In American Model Penal Code, Article 7 stipulates the authority of court in sentencing, which includes the criteria of withholding sentence of imprisonment and for placing defendant on probation. One of the criteria is that victim's conduct induced or facilitated commission of crimes. However, it does not mean that criminal law has declined the protection for victims when victim is partially in fault. It is a way to remind that the victim needs to pay more attention to protect him/herself; this would lead to more effective victimization prevention. Meanwhile, by identifying victim's fault, sentencing would be more accurate.

E. The Restitution Agreement between the Offender and the Victim Can Lessen the Sentencing

Criminal justice practice in China always treats restitution for victim as a reflection of offender's penitence attitude. However, Article 61 of Chinese Criminal Law just mentioned that the sentence shall be imposed on the basis of the facts of the crime, the nature and circumstances of the crime, and the degree of harm to society, in accordance with the relevant stipulations of this law. It shows that restitution for victims is not a legal basis for sentencing in China. Different from this provision, Article 46a of German Criminal Code clearly identifies that the offender-victim mediation or offender's volunteered restitution for victims can mitigate the sentence or even order a discharge. Moreover, Article 131-8-1 of French Criminal Code stipulates that the penalty of "punishment- restitution" can be a substitute for imprisonment or fines. This penalty means that convicts own an obligation to retribute victim's loss within the time and according to the procedures prescribed by the court. Thus, in order to mitigate the sentence for offender, both German and French criminal laws encourage the offender to make efforts to achieve restitution agreements with

victim's forgiveness. It is also a reflection of enhancement for victim's protection with more respect for his/her free will in criminal justice.

In sum, the studies of victimology, especially the study of victim protection have had certain influence in criminal law. Compared with other countries' legislation, victim's protection in criminal law is still being developed in mainland China. Studies in victimization show that we need to further respect victim's right of self-determination and to further strengthen the protection for victims in Chinese Criminal Law.

Conclusion

To sum up, there are two ways of realizing justice and rights for victims in China. Victims' status in criminal procedure law has been improved and litigious rights have been enhanced over the different revisions of the criminal procedural law. So in criminal justice proceedings, both defendants and victims are protected. In judicial practice, although many legislative rights are difficult to realize, criminal mediation applicable to minor crimes has been developed. It is similar to restorative justice. To some degree, the "state-offender-victim" litigious pattern has been adopted.

For the serious personal crimes, China has borrowed most countries' ideas-compensation for criminal victims. Notably, reparation for criminal victims in China, which is similar to compensation for victims in other countries, has gradually evolved into "judicial reparation". It is not only covers the cases of serious personal crimes, but also covers the non-criminal cases. The expansion of reparation has functions of compensating for damage, maintaining social stability and protecting rights for victims. Regarding the role of judicial reparation, I personally think that the social compensation should be carried out in China, state's obligation for victims should be made clear so that victims' rights for protection is fully ensured.

The research on the protection of crime victims not only has the influence on the amendment of criminal procedure law, but also has made a certain impact in criminal law. We need to further respect victim's right and to further strengthen the protection for victims in Chinese Criminal Law.

VÍTIMAS DE TERRORISMO E JUSTIÇA RESTAURATIVA — ANÁLISE DA QUESTÃO TENDO A LEI N.º 3/2006 SOBRE A PREVENÇÃO DO TERRORISMO (MACAU) EM CONSIDERAÇÃO

Teresa Lancry Robalo*
Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Sem a memória, a injustiça nunca teria ocorrido, desvanecem-se os ausentes e os presentes podem organizar-se livremente como se a vitimização nunca houvera tido lugar.

José Ignacio Subijana Zunzunegui

Resumo: A vítima de um crime é usualmente vista como a “parte esquecida” do Direito Processual Penal, o que se justificaria, para alguns, pelo facto de a sua intervenção colocar em causa a neutralidade do processo e, ainda, com o argumento de que o Direito Penal visa a tutela de interesses públicos - e não privados. De facto, é função do Direito Penal, na esteira de Jorge de Figueiredo Dias, a “tutela subsidiária de bens jurídico-penais”, o que ninguém nega. Contudo, também é verdade que em ordenamentos jurídicos como o de Macau se encontram crimes de natureza privada e semi-pública, para além dos de natureza pública, o que revela uma maior ou menor aproximação à pessoa e aos interesses próprios da vítima.

* Antiga investigadora externa do INTERVICT, Universidade de Tilburg, Holanda. O presente trabalho leva em linha de conta alguns dos temas abordados na nossa tese de doutoramento intitulada “O estatuto da vítima de crimes e o princípio da presunção de vitimização”, não publicada.

Como Nils Christie claramente apontara na década de 70 do século passado, de certo modo o Estado apoderou-se de um conflito que não era o seu. Graças a um enorme esforço da comunidade internacional, foram surgindo Diplomas e Estatutos da vítima de crime. As necessidades das vítimas foram frequentemente transformadas em direitos. Por seu turno, a doutrina tem procurado descortinar em que medida têm as vítimas de terrorismo especiais necessidades relativamente às de outros crimes. No presente texto, procuraremos identificar os principais aspectos da Lei de Macau respeitante ao crime de terrorismo e de organizações terroristas, assim como em que medida terá sido prevista, ou não, alguma especial protecção às vítimas. Em jeito conclusivo, verificaremos se alguma solução baseada na filosofia restaurativa se revela adequada a estas situações.

Palavras-chave: Agente; assistente; direitos da vítima; justiça restaurativa; necessidades; recluso; terrorismo; *victim impact panel*; vítima.

Introdução

A vítima de crimes é usualmente tida como a parte esquecida do processo penal, atendendo ao facto de o Direito Penal visar a tutela subsidiária de bens jurídico-penais¹, ou seja, de bens jurídicos que, pela sua natureza, visam acautelar valores supremos e cujas normas primam, por conseguinte, pela imperatividade. Por conseguinte, tem a doutrina argumentado que a intervenção das vítimas no seio do processo penal acabaria por desvirtuá-lo da sua essência e do seu carácter objectivo, visando a procura da verdade material, pois que permitiria o extravasar de emoções e a interferência de sentimentos de desforço numa arena imprópria.

Sucedem, porém, que pese embora a natureza pública do ramo de Direito em apreço, nada impede que encontremos crimes de diversa natureza, atendendo à maior ou menor proximidade aos interesses da vítima. Contudo, como Nils Christie claramente defendeu há largos anos a esta parte, de certa forma o Estado ter-se-á apoderado de um conflito que não era seu ao retirar à vítima um papel de predomínio que deveria ter no seio do processo penal².

Graças ao trabalho que tem sido desenvolvido tanto pela doutrina, nomeadamente desde os anos 70 aquando do surgimento da Vitimologia como

1 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3.ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, 2011, p. 113-120.

2 Nils Christie, “Conflicts of Property”, in *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1, Janeiro de 1977, p. 1-15.

ciência autónoma³ e, bem assim, às preocupações manifestadas pela comunidade internacional, podemos hoje afirmar que a vítima tem vindo a reconquistar um território outrora perdido na dura batalha contra o Estado. Em sistemas jurídicos de *common law* é reconhecido à vítima o direito de se expressar judicialmente através dos *victim impact statements*, declarações escritas que visam permitir-lhe ter uma voz no âmbito do processo penal⁴. Em sistemas jurídicos românico-germânicos, a vítima surge amiúde como a *partie civile* ou, como por exemplo se verifica em Portugal ou Macau, pode intervir no processo não só como lesada mas igualmente como assistente, devidamente representada pelo seu advogado, detendo inclusive o poder de “abalar a paz jurídica do arguido” ao requerer a abertura de instrução quando o Ministério Público tenha arquivado o processo, tratando-se de crimes de natureza pública ou semi-pública o que, nestes casos, lhe dá um verdadeiro poder de conformação do processo penal.

Emergiram, pois, da penumbra vários instrumentos dedicados à tutela das vítimas, como Cartas e Estatutos⁵. As necessidades das vítimas foram frequentemente convertidas em direitos.

Quando a questão se prende com as vítimas de terrorismo, tem-se discutido até que ponto divergem as suas necessidades das vítimas dos restantes crimes. No presente estudo, salientaremos os principais aspectos decorrentes da Lei macaense n.º 3/2006, alterada pela Lei n.º 3/2017, com vista à prevenção e repressão aos crimes de terrorismo, bem como até que ponto são as vítimas de tais crimes eficazmente acauteladas pelas soluções legais existentes.

A título conclusivo, questionaremos se a Justiça Restaurativa, como meio alternativo de resolução de conflitos penais, pode desempenhar algum papel no que toca aos crimes de terrorismo ou se tal não passa de uma utopia.

3 Teresa Lancry A. S. Robalo, *Breve Introdução à Vitimologia*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 13-40.

4 Os *victim impact statements* consistem em formulários preenchidos pela vítima onde esta indica o impacto que o crime teve não só em termos patrimoniais mas também em termos pessoais, nomeadamente como alterou a sua vida. Desde modo, é-lhe dada uma oportunidade de, numa fase anterior à prolação da sentença, informar o Tribunal sobre aquelas consequências. Note-se, ainda, que essas declarações também podem ser oferecidas oralmente, tudo dependendo da legislação interna de cada Estado. Por seu turno, os *victim statement of opinion* vão mais longe ao permitir não só às vítimas que relate as consequências supra descritas, mas também que dêem a sua opinião ao Tribunal sobre as consequências jurídicas que, em sua opinião, seriam as mais apropriadas em sede de resposta ao crime cometido, in AA.VV, *Handbook on Justice for Victims on the Use and Application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, Nova Iorque, UN ODCCP, Centre for International Crime Prevention, 1999, p. 39.

5 Veja-se, a título exemplificativo, o Estatuto da vítima em vigor em Portugal desde a entrada em vigor da Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro, a qual transpôs a Directiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012.

I. A vítima de crimes no panorama internacional

A comunidade internacional fez questão de marcar o seu cunho no que se prende à defesa da vítima de crimes por via de diversos instrumentos, dos quais destacamos, naturalmente a “Magna Charta” das vítimas de crimes, como sabiamente Marc Groenhuijsen apelida à Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adoptada pela Resolução n.º 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de Novembro de 1985⁶.

Esta Declaração veio prever um conjunto de medidas que reconhecem os direitos das vítimas de crimes, incentivando os Estados a adoptarem-nas a seu favor⁷. Aí encontramos igualmente uma preocupação no sentido da redução da vitimização secundária, solicitando aos Estados que apliquem medidas “nos domínios da assistência social, da saúde, incluindo a saúde mental, a educação e a economia, bem como medidas especiais de prevenção criminal para reduzir a vitimização e promover a ajuda às vítimas em situação de carência”⁸.

Jan van Dijk e J. Goodey salientam os seguintes dez princípios de justiça básicos constantes desta Declaração: “1. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito; 2. As vítimas têm o direito à informação sobre o processo; 3. As vítimas têm o direito de apresentar as suas opiniões às autoridades judiciais; 4. As vítimas têm direito a apoio jurídico (gratuito); 5. As vítimas têm o direito à protecção da sua privacidade/identidade; 6. As vítimas têm o direito de protecção contra a retaliação/intimidação; 7. As vítimas têm o direito a que lhes seja sugerido

6 Marc Groenhuijsen, “The draft UN Convention on Justice and Support for victims of crime, with special reference to its provisions on restorative justice”, in *International Annals of Criminology / Annales Internationales de Criminologie*, 46 (1/2), 2008.

7 Instrumento mencionado pela maioria da doutrina que se dedica ao estudo da vítima de crimes por ser incontornável a sua importância como marco no que à sua tutela à escala internacional diz respeito e igualmente referido, e.g. e embora sumariamente, por Harvey Wallace e Cliff Roberson, *Victimology: Legal, Psychological, and Social Perspectives*, 3.ª edição, Boston, Pearson, 2010, p. 308-309, de modo a reforçar a importância da vítima para a ONU. Para mais desenvolvimentos sobre a implementação deste instrumento vide United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, Centre for International Crime Prevention, *Guide for policy makers. On the Implementation of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, Nova Iorque, 1999. Atente-se ainda a Marc Groenhuijsen, “The draft UN Convention on Justice and Support for victims of crime (...)” cit. e, do mesmo autor, “Current status of the Convention on Justice for victims of crime and abuse of power”, in “Raising the global standards for victims: The proposed Convention on justice for victims of crime and abuse of power”, Toquio, Seibundo Publishing, 2009, p. 810.

8 Jan van Dijk, “The United Nations Declaration on crime victims: priorities for policy makers”, in *International protection of victims*, Pau, Ères, 1988 p. 118-120.

o recurso à mediação; 8. As vítimas têm o direito a auferir uma compensação pelo agente; 9. As vítimas têm o direito a receber uma compensação pelo Estado em caso de crimes violentos; 10. As vítimas têm o direito de receber apoio/assistência social”⁹.

Entre outros diplomas, será ainda de referir a Resolução da Assembleia Geral 60/147, de 16 de Dezembro de 2005, que veio estabelecer os “Princípios básicos e directrizes sobre o direito à reparação para vítimas de sérias violações dos Direitos Humanos Internacionais e do Direito Internacional Humanitário” ou, em sede regional, a mui relevante Directiva 2012/29/EU¹⁰.

Não podemos, contudo, deixar de fazer relevância ao papel de fulcral relevância que tem sido levado a cabo pelo Tribunal Penal Internacional no que toca à tutela das vítimas de crimes. Da análise combinada do Estatuto de Roma e das Regras de Procedimento e Prova¹¹ resulta que os Estados quiseram atribuir às vítimas e testemunhas uma posição especial, atendendo à vulnerabilidade e fragilidade em que estas se encontram¹². Nomeadamente, o artigo 68.º do Estatuto, sob a epígrafe “protecção das vítimas e das testemunhas e sua participação no

9 Jan van Dijk e J. Goodey, “Benchmarking legislation on crime victims: the UN victims Declaration of 1985”, *Opferhilfe in der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven*, Berna, 2004, p. 203. Genericamente no mesmo sentido, Marc Groenhuijsen, “Current status of the Convention on Justice for victims of crime and abuse of power” cit., p. 8.

10 Para mais desenvolvimentos sobre os instrumentos de direito internacional que demonstram preocupação pelo estatuto jurídico da vítima de crimes, vide Marc Groenhuijsen, “International protocols on victims rights and some reflections on significant recent developments in victimology”, in *Victimology in South Africa: Theory, Policy and Practice*, Van Schaik Publishers, Pretória, 2005.

11 Para além do Regulamento do TPI e do Regulamento da Secretaria do TPI. Segundo Paulina Vega González, conseguem encontrar-se 115 referências às vítimas no cômputo dos quatro instrumentos referidos. In “O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do Tribunal”, in *Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 3, n.º 5, São Paulo, Dezembro 2006, p. 21. Também Rianne Letschert salienta a importância que o Estatuto de Roma deu às vítimas de crimes, a tal ponto que poderá ser considerado como “o melhor modelo até agora para reduzir os riscos de vitimização secundária”. In Rianne Letschert, “International Initiatives and Activities Focusing Specifically on Victims of Terrorism, Including Existing International Instruments”, in *Assisting Victims of Terrorism*, Editado por Rianne Letschert, Ines Staiger e Antony Pemberton, Springer, 2010, p. 39.

12 A relevância dada às vítimas pelo TPI é igual e nomeadamente referida, de entre diversos outros autores, por Robert A. Jerin e Laura J. Moriarty, *The Victims of Crime*, New Jersey, Pearson, 2010, p. 264, Gilbert Bitti, “As vítimas perante o Tribunal Penal Internacional. Participação no processo”, in *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, “Os desafios do Séc. XXI”*, Macau, Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários, 2007, p. 329-352 ou Sam Garkawe, “Have recent changes designed to benefit victims of international crimes added to the legitimacy of international criminal justice?”, in *International Criminal Justice. Legitimacy and Coherence*, Cheltenham e Northampton, Editora Edwar Elgar, 2012, p. 269-303.

processo”, prevê que o TPI deva adoptar todas as medidas necessárias para garantir a segurança, protecção da vida privada e dignidade das vítimas e testemunhas, dando um especial enfoque às situações que envolvam crimes de natureza sexual ou crianças. Por outro lado, esses julgamentos poderão decorrer à porta fechada, sendo assim uma excepção à regra da publicidade da audiência.

As vítimas poderão ainda expressar as suas opiniões no âmbito do próprio processo, o que se afigura como uma solução bastante interessante ao reconhecer-lhes um papel que se distingue do de meras testemunhas, estando ainda previsto um amplo direito à reparação.

Paulina Vega González não hesita, precisamente, em afirmar que o regime respeitante aos direitos das vítimas perante o TPI é “um dos temas mais inovadores” introduzidos pelo Estatuto de Roma, sendo mesmo “um dos maiores avanços da justiça penal internacional”¹³.

Por outro lado, e como a mesma autora igualmente refere, o próprio preâmbulo do Estatuto reflecte a importância que se quis atribuir às vítimas dos crimes sob a jurisdição do TPI, precisamente ao referir que “(...) no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade”.

Assim sendo, e em jeito conclusivo, os reconhecidos direitos de intervenção no processo, de protecção das vítimas e de reparação têm vindo a ser reforçados desde a aprovação da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 40/34, de 1985, sendo portanto os conceitos nucleares da chamada “vitimologia da acção”¹⁴.

II. A vítima de crimes perante o Código de Processo Penal de Macau

O Código de Processo Penal (CPP) de Macau já atribui um papel activo à vítima de crimes pois que, ao constituir-se assistente, poderá intervir tanto no final do inquérito, deduzindo acusação particular quando o crime tenha natureza particular, ou, nos crimes de natureza pública ou semi-pública, na sequência da acusação pelo Ministério Público, desde que tal não implique alteração substancial dos factos (artigos 267.º e 266.º do CPP, respectivamente). Poderá ainda abalar

13 Paulina Vega González, *op. cit.*, p. 19.

14 Maria Leonor Esteves, “A vítima – da quase “invisibilidade” à obtenção de um “Estatuto”. Ou do (inevitável) caminho para a humanização da ordem jurídico-penal”, texto apresentado na Conferência organizada pela CIIDH – Escola de Direito da Universidade do Minho, sob o tema “Novos desafios em torno da protecção da vítima: uma perspectiva multidisciplinar”, 2 de Junho de 2017, p. 5.

de modo significativo a “paz jurídica do arguido”¹⁵ quando, após um despacho de arquivamento, requerer a abertura de instrução nos termos do artigo 270.º do CPP, o que poderá levar à prolação de um despacho de pronúncia e conduzir, pois, o arguido à fase de julgamento.

Por outro lado, à vítima é igualmente reconhecido o direito de intervenção processual como parte cível pois que, graças ao princípio da adesão ínsito no artigo 60.º daquele diploma, poderá deduzir um pedido de indemnização cível em sede processual penal. Atente-se ainda que, nos termos do n.º 1 do artigo 62.º, se entende por lesado “a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente”.

Se, por um lado, dispõe o artigo 57.º, n.º 1 do CPP sobre quem tem legitimidade para se constituir assistente, surgindo naturalmente em primeira linha o ofendido, ou seja, “o titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação”, por outro esclarece o artigo 58.º que “o assistente tem a posição de colaborador do Ministério Público (...) [a quem compete] intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurarem necessárias; deduzir acusação independente da do Ministério Público e, no caso de procedimento dependente de acusação particular, ainda que aquele a não deduza e interpor recurso das decisões que o afectem, mesmo que o Ministério Público o não tenha feito”.

Não deve ser esquecido que o assistente é sempre representado por advogado (artigo 59.º, n.º 1 CPP), o que não impede que preste declarações (327.º, n.º 1 CPP¹⁶).

Por conseguinte, verificamos que o legislador processual penal de Macau não descurou nem a necessária participação processual à vítima, nem a viu como simples testemunha da sua própria vitimização: atribuiu-lhe verdadeiramente a qualidade de sujeito processual desde que se constitua assistente, a par da possibilidade de ser ressarcida pelos danos causados pela prática do crime.

Sucedem porém que, acompanhando Maria Rosa Crucho de Almeida, esta não deixa de ser a “lógica do tudo ou nada” o que, por outras palavras, equivale a dizer que ou a vítima se constitui assistente e beneficia de todos os direitos que

15 Paulo Dá Mesquita, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 138, 139 e 181, apud Teresa Lancry A. S. Robalo, “Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência. Um combate de titãs? Análise do problema à luz dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Macau”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 159, Julho-Setembro 2019, p. 175.

16 “Podem ser tomadas declarações ao assistente, mediante perguntas formuladas por qualquer dos juízes, ou pelo juiz que preside ao julgamento a solicitação do Ministério Público, do defensor ou dos advogados da parte civil ou do assistente”.

mencionámos acima ou, ao invés, desaparece no processo¹⁷.

Perante este enquadramento legal, cumpre questionar se, e em que medida, se justificaria a previsão da figura dos *victim impact statements* em ordenamentos jurídicos como o de Macau.

II.a. VIS – Victim impact statements

Lien Thijs procede a uma interessante definição do que deve ser entendido por *victim impact statement*. Citando Erez, entende que se trata de uma “declaração feita pela vítima e dirigida ao juiz para que a leve em consideração quando proferir a sentença. Normalmente inclui uma descrição do dano [causado] em termos de consequências financeiras, sociais, psicológicas e físicas do crime. Nalgumas jurisdições, uma *VIS* também inclui uma declaração relativamente aos sentimentos da vítima sobre o crime, o arguido e uma proposta de sentença, referida como sendo uma *victim statement opinion*”¹⁸.

Por seu turno, Antony Pemberton e Sandra Reynaers entendem que a participação da vítima no âmbito do processo penal tendo como propósito alcançar finalidades terapêuticas é controversa¹⁹.

A questão que urge ser colocada consiste, pois, no seguinte: será o processo penal o *locus* indicado para serem prosseguidos e/ou alcançados fins “terapêuticos”? A resposta não poderá deixar de ser negativa. O processo penal visa averiguar se foi cometido um crime e quem foi o seu autor, cuja consequência basilar residirá na absolvição ou condenação do arguido. Não descurando a importância de ser almejado um equilíbrio emocional por parte da vítima, entendemos que o meio adequado para que tal se verifique não é o processo penal mas sim o necessário

17 Maria Rosa Crucho de Almeida, “As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora, Ano 3, Janeiro-Março 1993, p. 115.

18 Lien Thijs, Expectations and experiences of victims when delivering a Victim Impact Statement, 2013, p. 4.

19 Antony Pemberton e Sandra Reynaers, “The controversial nature of victim participation. Therapeutic benefits in victim impact statements”, in Therapeutic jurisprudence and victim participation in justice: International Perspectives, 2011, Durham, North Carolina, Carolina Academic Publishing, p. 8.

Ainda sobre esta questão, atente-se ao estudo de Kim Lens, Antony Pemberton, Karen Brans, Johan Braeken, Stefan Bogaerts e Esmah Lahlah, “Delivering a victim impact statement: emotionally effective or counter-productive?”, in European Journal of Criminology, vol. 12 (1), 2014, p. 31. Segundo estes autores, e pese embora não haja uma comprovação cabal que a prestação de um *victim impact statement* acarrete necessariamente efeitos positivos em termos terapêuticos, “(...) os sentimentos de ansiedade decrescem relativamente às vítimas que experienciam sentimentos mais efectivos de justiça processual”.

apoio psicológico e/ou psiquiátrico a ser-lhe oferecido.

Pergunta-se, agora, da pertinência de serem aditados VIS no ordenamento jurídico de Macau, ao que se conclui pela negativa. Ora vejamos.

Ao assistente já é reconhecido o direito de intervir no processo, oferecendo meios de prova da prática dos factos, bem como das suas consequências, nomeadamente através das suas próprias declarações. Reza o artigo 111.º, n.º 1 do CPP de Macau que “constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a *determinação da pena* ou medida de segurança aplicável” (itálico nosso), ao qual acresce o seu n.º 2 que “se tiver lugar pedido de indemnização civil, *constituem igualmente objecto da prova os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil*” (itálico nosso), onde se contam os danos morais sofridos pelo lesado.

Se o assistente e/ou lesado pretender fazer prova das consequências do crime, deverá ser respeitado o princípio do contraditório conforme dispõe o n.º 2 do artigo 308.º do CPP de Macau. Por outro lado, processualmente prevalece ainda o princípio da oralidade conforme dispõe o n.º 1 do artigo 86.º, n.º 1 do mesmo diploma legal.

Por conseguinte, e ao abrigo do princípio da oralidade, somos da opinião que caso o legislador de Macau pretendesse introduzir a figura das declarações sobre o impacto do crime na vítima no respectivo ordenamento jurídico, apenas deveria possibilitar o seu recurso oralmente, em audiência de discussão e julgamento, dando a possibilidade ao defensor de colocar as questões que considerasse pertinentes sem ferir o pudor e o respeito a conceder à vítima pois que se procura constantemente evitar a vitimização secundária.

Apesar desta compatibilidade prática entre as declarações (orais) sobre o impacto do crime na vítima e os princípios e finalidades basilares do processo penal, somos da opinião que num ordenamento jurídico como o nosso, onde é reconhecido um vastíssimo leque de direitos à vítima de crimes, bastando para tal que se constitua como assistente, nem será necessária a previsão de outro sujeito processual, nem a inserção da figura dos *victim impact statements* pois que, em boa verdade, eles já resultam naturalmente do processo penal quando ao assistente é concedida a possibilidade de prestar declarações orais que, sem embargo do princípio da livre apreciação da prova, serão aceites como meios de prova em sede processual – seja de prova dos factos, como das consequências do crime²⁰.

20 Posição por nós defendida no nosso “O estatuto da vítima de crimes e o princípio da presunção de vitimização”.

III. As necessidades das vítimas de crimes

Na decorrência da prática do crime, não é raro, bem ao contrário, o sentimento comunitário de que a pena concretamente aplicada devesse ser tendencialmente superior à que resulta da sentença de condenação, atento um sentimento retributivo da justa paga do mal causado pelo crime. Sucede porém que, como salienta Trudy Govier, amiúde para as vítimas a condenação ou o *quantum* da pena não apaziguam na íntegra as suas necessidades.

Na decorrência do facto criminoso, as suas vidas mudaram. Mudaram não só em termos físicos, nalguns casos, e/ou económicos, noutros. Mudaram no campo psicológico, tendo trazido consigo impactos no dia-a-dia da vítima e dos seus familiares. Desaparece a confiança nos outros, na sociedade, no sistema. Por vezes, são os próprios familiares quem se afasta por não saber como lidar com a situação.

Recordemos a história de Susan Brison, professora de filosofia vítima de violação e de tentativa de homicídio. O sentimento de confiança na comunidade, nos outros, pode desvanecer-se num instante ao contrário do apoio que se espera dos que são mais próximos, que pode demorar meses ou ser tão esparsos que não preenche minimamente o vazio e o sentimento de desencontro que surge no pós-crime²¹.

Por conseguinte, será desde logo imperioso apetrechar o sistema de um conjunto de soluções que possam ir de encontro às necessidades das vítimas. Se é bem certo que não pode abdicar-se do sistema de sanções penais, nada impede que se proponham soluções restaurativas que permitam à vítima ter uma voz activa na questão penal, sentindo-se parte integrante do processo e não um mero adereço, podendo ao menos exprimir-se e demonstrar ao agente que o acto que cometera teve nela determinadas consequências que a perseguem, dia após dia²².

As vítimas precisam de apoio económico, jurídico, médico e psicológico. Precisam de ser informadas dos seus direitos, de ser protegidas, e de se poderem expressar²³. Necessitam ser reconhecidas como tal.

Pergunta-se em que diferem as necessidades da maioria das vítimas das

21 Alice Bosma, Emotional Justice. Laypersons' and legal professionals' evaluations of emotional victims within the just world paradigm, Holanda, Wolf Legal Publishers, 2019, p. 11 e Antony Pemberton, Eva Mulder e Pauline G.M. Aarten, "Stories of injustice: Towards a narrative victimology", in European Journal of Criminology, SAGE, volume 14, n 4, Julho de 2019, p. 397.

22 Conforme já defendêramos no nosso Justiça Restaurativa. Um Caminho para a Humanização do Direito, Lisboa, Juruá, 2012p. 89109, bem como em Breve Introdução à Vitimologia cit., p. 89.

23 Teresa Lancry A. S. Robalo, Breve Introdução à Vitimologia cit., p. 85-96.

de crimes em massa, como por exemplo de terrorismo²⁴ onde são escolhidas aleatoriamente como membros de uma determinada comunidade. Nestes casos, e sem embargo de terem igualmente as mesmas necessidades que aquelas, nada impede, na nossa opinião, que se adite à lista a necessidade de serem levados a cabo cerimónias colectivas, com tributos e memoriais, precisamente pelo facto de essas vítimas representarem a sociedade onde pertencem...ou pertenciam.

Recordando as palavras de José Ignacio Subijana Zunzunegui, “sem a memória, a injustiça nunca teria ocorrido, desvanecem-se os ausentes e os presentes podem organizar-se livremente como se a vitimização nunca houvera tido lugar”²⁵.

IV. A Lei n.º 3/2006, alterada pela Lei n.º 3/2017 – que *locus* para a vítima?

Não são poucas as definições de terrorismo avançadas pela doutrina. Acompanhando Rianne Letschert, Marc Groenhuijsen e Antony Pemberton, podemos começar por referir que o terrorismo inclui os seguintes elementos: “a intenção de causar a morte ou ofensas graves à integridade física e/ou danos à propriedade pública ou privada; os alvos são frequentemente escolhidos de modo aleatório, nomeadamente civis e nãocombatentes; o propósito de tais actos consiste em intimidar a população (ou um segmento específico no seio da população) ou em compelir o Governo ou uma organização internacional a fazer algo ou a se abster de o fazer ou em tentar desestabilizar governos ou sociedades”²⁶.

De facto, o crime de terrorismo, na sua definição, abarca não apenas um elemento objectivo ou material mas igualmente um específico elemento subjectivo ou psicológico que permitirá que se distinga de crimes como os de guerra, genocídio ou crimes contra a humanidade. Conforme já referíramos, acompanhando a doutrina e relevantes diplomas internacionais sobre esta matéria, à “intenção de intimidar a população, de impelir indevidamente o Governo ou uma

24 Como refere Maria Leonor Esteves, op. cit., p. 4, pois que esta necessidade de um reconhecimento específico é igualmente aplicável a vítimas de crimes contra a humanidade, ou de genocídio.

25 Ignacio José Subijana Zunzunegui, “Víctimas, Memoria y Justicia (A propósito de la victimización terrorista)”, in Eguzkilore, Número 28, San Sebastián, 2014, p. 179.

26 Rianne Letschert, Marc Groenhuijsen e Antony Pemberton, “Victims of terrorism: in need of special attention?”, in Od kaznenog prava do viktimologije: Zbornik radova u ast 80. roendana profesora emeritusa Zvonimira Šeparovía, [From Criminal Law to Victimology: Collection of publications in honor of the 80th birthday of professor emeritus Zvonimir Šeparovi], Zagreb, Croácia, University of Zagreb, 2009, p. 262263. Sobre a questão da definição de terrorismo, vide o nosso Breve Introdução à Vitimologia, p. 73-79.

organização internacional a actuar de certa forma ou de omitir um determinado comportamento ou ainda de desestabilizar seriamente ou de destruir as principais estruturas políticas, constitucionais, económicas ou sociais de um país ou de uma organização internacional” acrescentam-se determinados actos que envolvem “ataques consumados ou atentados à vida ou à integridade física de qualquer pessoa, sequestro, grave destruição da propriedade pública ou privada, sistemas de transportes, infraestruturas”, entre outros que podem nomeadamente incluir a utilização de armas químicas²⁷.

As vítimas deste crime representam, pois, segundo Anthony Pemberton, toda a colectividade a que pertencem²⁸.

No que concretamente diz respeito ao ordenamento jurídico de Macau, a Lei de prevenção e repressão dos crimes de terrorismo²⁹, Lei n.º 3/2006, alterada pela Lei n.º 3/2017, particulariza igualmente um concreto elemento subjectivo no tipo de ilícito de terrorismo, em concreto uma intenção de “impedir, alterar ou subverter, pela violência, o funcionamento do sistema político, económico ou social estabelecido na RAEM, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral”, por meio dos actos descritos no artigo 4.º, n.º 1 do mesmo diploma, por remissão do seu artigo 6.º, n.º 1³⁰. O

27 Teresa Lancry A. S. Robalo, *Breve Introdução à Vitimologia* cit., p. 77.

28 Antony Pemberton, “Terrorism, Forgiveness and Restorative Justice”, in *Oñati Socio-Legal Series*, v. 4, n. 3, 2014, p. 375.

29 Para mais desenvolvimentos hermenêuticos sobre os crimes de organizações terroristas e de terrorismo à luz da Lei portuguesa n.º 52/2003, de 22 de Junho, atente-se ainda ao comentário da mesma Lei por Conde Fernandes, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Organizado por Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, volume 1, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2011, p. 193-232, onde o autor desenvolve igualmente a questão do “direito penal do inimigo” concluindo pela rejeição de qualquer direito penal do inimigo e reforçando a necessidade de confiança no Direito Penal, que “só existe pela defesa e para defesa das liberdades de todos”, p. 206.

O bem jurídico protegido pela incriminação do terrorismo reside na paz pública interna, pois tais crimes serão “susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população, com a intenção de alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado, forçar a autoridade pública à acção ou omissão, ou a intimidar a população”, tratando-se por via dessa específica intenção típica num crime de resultado cortado, *Idem*, p. 220-223.

30 São esses:

“1) Crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;

2) Crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as informáticas, telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;

3) Crime de produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;

crime de terrorismo consumado é punido com uma moldura penal de 3 a 12 anos de prisão, podendo ainda ser aplicadas cumulativamente as penas acessórias previstas no artigo 9.º da mesma Lei.

Da análise do diploma em questão encontram-se diversas semelhanças com a Lei portuguesa de combate ao terrorismo, Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto³¹, a qual veio dar cumprimento à Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho.

De acordo com a Nota Justificativa da Lei da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), a sua entrada em vigor, que acarretou a revogação dos artigos 289.º e 290.º do Código Penal (CP), os quais já incriminavam as organizações terroristas e o terrorismo, justificou-se pela necessidade de “adaptar o ordenamento jurídico de Macau aos instrumentos internacionais e dar adequada resposta à fenomenologia criminosa terrorista que ameaça a paz - a tranquilidade e a segurança - interna e internacional”³². Sucede que, de modo a que o ordenamento jurídico de Macau acautelasse não apenas a paz pública interna mas também a paz pública internacional, seria necessário dispor sobre a matéria num diploma avulso, de modo a conferir “um regime penal global e unitário do fenómeno terrorista”³³.

Assim sendo, à semelhança do que se verificou em Portugal em 2003 e como claramente referem Jorge de Figueiredo Dias e Pedro Caeiro, temos agora dois tipos de crime que visam especificamente a protecção do primeiro bem jurídico citado (são eles os crimes de organizações terroristas e de terrorismo, artigos 4.º e 6.º, n.º 1 da Lei n.º 3/2006) e outros dois cuja *ratio* reside na tutela da paz jurídica internacional (os crimes de outras organizações terroristas e de terrorismo [internacional], artigos 5.º e 6.º, n.º 2 da mesma Lei)³⁴.

4) Acto que destrua ou que impossibilite o funcionamento ou desvie dos seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente, meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população;

5) Investigação ou desenvolvimento de armas nucleares, biológicas ou químicas; ou

6) Crime que implique o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas contendo engenhos ou substâncias especialmente perigosos”.

31) Cuja última alteração (a sétima, até à data) foi levada a cabo pela Lei n.º 16/2019, de 14 de Fevereiro.

32) Nota Justificativa da Lei n.º 3/2006, disponível em http://www.al.gov.mo/uploads/lei/leis/2006/03-2006/nota_justificativa.pdf.

33) Nota Justificativa cit., p. 5.

34) Jorge de Figueiredo Dias e Pedro Caeiro, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei 52/2003, de 22 de Agosto)”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra Editora, ano 135.º, n.º 3935, Novembro-Dezembro de 2005, p. 79.

No mesmo sentido, veja-se a Nota Justificativa do diploma em questão quando, a p. 4, salienta

Do diploma resulta uma disposição específica sobre aplicação da Lei no espaço, permitindo a aplicabilidade da lei penal de Macau a factos praticados fora Macau, indo para além do que resulta do artigo 5.º do CP, bem como a incriminação de actos preparatórios de terrorismo, do financiamento ao terrorismo, do incitamento ao terrorismo e, ainda, a previsão da responsabilidade penal das pessoas colectivas nos termos do seu artigo 10.º.

Não se encontra neste diploma, contudo, uma única previsão no que concerne à vítima de crimes.

É verdade que à vítima resta sempre a tutela conferida pelo Direito Processual Penal caso se constitua assistente, como já referimos. Mas não deixam de se levantar, nesta sede, inúmeras questões que vão muito para além do âmbito processual, tais como: merecerão as vítimas de terrorismo uma tutela especial face às vítimas de outros crimes? Terão necessidades distintas das restantes? Quem deve ser tido como vítima nos casos em que a *vítima* directa morre ou naqueles em que passa a necessitar de cuidados médicos constantes?

Bastará que recordemos, a título meramente exemplificativo, os ataques bombistas de Boston, de 2013, onde algumas vítimas ficaram feridas com uma tal gravidade que tiveram de ser duplamente amputadas³⁵, para imaginarmos os encargos financeiros, logísticos e emocionais, que os familiares de um sobrevivente terão sem limite temporal à vista. Somos, por isso, da opinião que estas vítimas necessitam do mesmo tipo de apoio que as vítimas dos restantes crimes, nomeadamente do acesso a cuidados médicos duradouros, ao que acresce a necessidade de serem amplamente reconhecidas pela sociedade através de tributos e memoriais e, bem assim, que no conceito de vítima se incluam os seus familiares directamente afectados pela prática do crime, devendo ainda a RAEM ponderar da criação de um Fundo de Apoio a (toda e qualquer) vítima, o que se revelaria assaz importante em casos de terrorismo³⁶.

V. Vítimas de terrorismo e Justiça Restaurativa – soluções pós-sentenciais

A Justiça Restaurativa “visa, como o nome indica, “restaurar” os laços

que “(...) a conformidade da lei de Macau aos instrumentos internacionais impõe a tutela, através da incriminação do terrorismo, não apenas da paz pública interna, mas, também, da paz pública internacional universal, prevenindo e reprimindo o “terrorismo internacional” através da protecção a outorgar a todo e qualquer Estado e organização internacional contra ataques terroristas perpetrados no território da RAEM ou no exterior.

35 Trudy Govier, *Victims and Victimhood*, Canadá, Broadview Press, 2015, p. 151.

36 Tal como mencionado no nosso Breve Introdução à Vitimologia cit., p. 84.

quebrados pela prática do crime. Não raras vezes, agente e vítima encontram-se ligados por laços de sangue, vizinhança ou de cariz laboral, pelo que fundamental será encontrar uma solução para os actos praticados pelo agente e respectivas consequências na esfera da vítima que permita sanar, reparar e - mais do que isso - restaurar o relacionamento entre eles. Restaurar vai mais além do que reparar, pois caso contrário a reparação através de restituição natural ou de uma indemnização seria suficiente para a satisfação das finalidades ora pretendidas. Sucede que, na óptica da vítima, um pedido de perdão por parte do agente pode ser mais importante do que uma certa quantia monetária, de modo a poder continuar em frente na sua vida e ultrapassar o sucedido³⁷.

Sendo certo que os modelos tradicionais que se inserem na filosofia restaurativa são aqueles que se apresentam, conforme a perspectiva e o caso concreto, como meios complementares ou alternativos ao processo penal, como a mediação penal, os *circle sentencing* ou os *family group conferences*, nada impede que surjam outras formas de concretização deste modelo, nomeadamente as soluções restaurativas postas em prática no seio prisional. Esses programas tanto poderão ser utilizados para resolver conflitos entre os próprios reclusos, como para possibilitar que as vítimas possam encontrá-los aquando do cumprimento da pena³⁸, de modo a exprimirem o mal que o crime lhes causou e a permitir que os reclusos reconheçam o alcance dos seus actos, pedindo perdão e procurando, assim, alcançar a finalidade de prevenção especial positiva própria das penas. A título exemplificativo, na Nova Zelândia é colocado em prática um programa que visa a mediação indirecta, ou seja, a mediação entre reclusos e vítimas de crimes semelhantes³⁹.

Embora a Justiça Restaurativa não deva ser vista como uma panaceia para todos os males, mas sim um complemento importante ao sistema de justiça penal, a verdade é que a doutrina tem dedicado a sua atenção à temática da aplicação de modelos de justiça restaurativa em casos de criminalização em massa. Por

37 Teresa Lanery A. S. Robalo, “Mediação penal e outros meios extrajudiciais de resolução de litígios jurídico-penais”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Ano XVII, n.º 33, 2013, p. 312.

38 Daniel W. Van Ness, “Prisons and restorative justice”, in Handbook of Restorative Justice, Ed. por Gerry Johnstone e Daniel W. Van Ness, Nova Iorque, Willan Publishing, 2007, p. 314. Sobre este tema vide ainda e entre outros, e apud mesmo autor, O. Hagemann, “Restorative Justice in prison?”, in Repositioning Restorative Justice, Cullumpton, Willan Publishing, 2003, M. Liebmann, “RJ in prisons – an international perspective”, 2006 ou ainda A. Mace, Restorative principles in the prison setting. A vision for the future, Londres, International Centre for Prison Studies, 2000. Marian Liebmann analisa vários modelos prisionais onde foi implementado o denominado projecto sicómoro (Sycamore Tree Project).

39 Daniel W. Van Ness, op. cit., p. 314.

exemplo, Umbreit, Vos, Coates e Lightfood defendem que, as particularidades que envolvem o crime de terrorismo, e os terroristas em si, sugerem que se possam encontrar soluções híbridas ou mistas onde se conjuguem diversos modelos assentes na Justiça Restaurativa⁴⁰. Assim como Ines Staiger, por seu turno, aponta para a necessidade de se lançar mão destes mecanismos de modo a diminuir-se o ódio inter-comunitário⁴¹ em virtude de um ataque terrorista que tenha tido, por exemplo, o extremismo islâmico como seu mote, sugestão com a qual simpatizamos.

Apesar da escassez de estudos sobre o sucesso da aplicabilidade dos diversos modelos de justiça restaurativa a casos de terrorismo⁴², seria interessante aplicar modelos assentes nos *victim impact panels* e nos círculos ou conferências⁴³. Trata-se de encontros organizados entre um grupo de vítimas e um grupo de agentes, que não os que praticaram os crimes que as vitimaram, mas que cometeram crimes idênticos e são postos em prática quando a vítima precisa de contar a sua história e de ser ouvida mas não quer ver o agente que cometeu o crime ou não pode fazê-lo por este ter morrido⁴⁴, o que se aplica perfeitamente a casos de terroristas que se tenham suicidado (e.g. bombistas-suicidas)⁴⁵.

Segundo Ines Staiger, “o objectivo destes encontros consiste em ajudar as vítimas a encontrarem uma solução e a exporem os agressores aos danos causados aos outros pelo crime cometido, pretendendo produzir uma mudança nas atitudes e comportamentos do agressor”, para além de darem a já referida oportunidade às vítimas de contarem a sua história, de serem ouvidas e assim poderem de alguma forma “cicatrizarem” as feridas causadas pelo crime, nomeadamente no que diz respeito à esfera emocional, podendo assim prosseguir com a sua vida. Um outro aspecto interessante será o facto deste tipo de encontros permitir “extravasar de emoções” por parte da vítima e também que esta deixe de se ver como uma “vítima passiva” mas passe, antes, a sentir-se como uma “sobrevivente activa”, sendo certo que, na decorrência de tais encontros, as vítimas sentiram

40 M. S. Umbreit, R. B. Coates, B. Vos e E. Lightfood, “Restorative Justice in the Twenty-First Century: A Social Movement full of Opportunities and Pitfalls”, in *Marquette Lae Review*, vol. 89, 2005, p. 300 apud Ines Staiger, “Restorative Justice and Victims of Terrorism” cit., p. 326.

41 Ines Staiger, op. cit., p. 333.

42 Em 2010, data em que foi desenvolvido o projecto de investigação que acabou por desembocar na obra in *Assisting Victims of Terrorism*, Editado por Rianne Letschert, Ines Staiger e Antony Pemberton, Springer, 2010.

43 Sugestão igualmente apontada por Ines Staiger, op. cit., p. 326.

44 D. W. Van Ness e K. Heetderks Strong, *Restoring Justice. An Introduction to Restorative Justice*, Cincinnati, Anderson Publishing, 3.ª edição, 2006, apud Ines Staiger, op. cit., p. 286.

45 Seguindo aqui o nosso O estatuto da vítima de crimes e o princípio da presunção de vitimização.

uma “diminuição da raiva, aumento da auto-confiança e aumento do sentido de controlo das suas vidas”⁴⁶.

A título exemplificativo, e seguindo a mesma autora, Laura Blumenfeld conseguiu contactar com o terrorista cujo acto tinha tirado a vida ao seu pai, o que se tornou positivo na medida em que conseguiu amenizar os seus sentimentos de raiva e, tanto quanto possível, a sua dor⁴⁷.

VI. Conclusão

O Direito Criminal hodierno deve manter um espírito de abertura face às novas dificuldades que, diariamente, lhe são apresentadas, olhando para elas não como barreiras intransponíveis mas sim como incentivos para se adaptar à realidade sem, no entanto, negar os seus alicerces fundamentais. Exemplo disso mesmo é o caso do crime de terrorismo onde a vítima é escolhida aleatoriamente, por fazer parte de uma determinada sociedade. Assim sendo, deverão ser procuradas soluções que permitam pôr em prática a norma jurídico-penal, atendendo de imediato à finalidade de prevenção geral positiva, mas sem descuidar da necessidade de ser encontrada uma pacificação social, evitando-se uma escalada da criminalidade com base num sentimento de vingança, tanto pior se pensarmos que poderão ser afectados membros inocentes da comunidade de onde saíram os terroristas.

Se tivermos em mente os ensinamentos que Nelson Mandela nos trouxe numa África do Sul pós-apartheid, os quais permitiram, graças à sua sensibilidade e extrema inteligência, impedir um banho de sangue e uma cisão inabalável da sociedade, poderemos procurar soluções que, tanto quanto possível, assentem na mesma lógica, na mesma filosofia, no mesmo espírito restaurativo. Perante um ataque terrorista, os sobreviventes e seus familiares, amigos, vizinhos, conhecidos e desconhecidos, poderão sentir a necessidade de se desforçarem perante representantes de um grupo étnico ou religioso que, em boa verdade,

46 Ines Staiger, op. cit., p. 286 e 287, igualmente referido por Robert A. Jerin e Laura J. Moriarty, op. cit., p. 117-118.

Conforme já defendêramos, “daqui se retira que este tipo de participação deve, antes de tudo o mais, assentar num princípio de voluntariedade, por sua vez precedido pelo direito à informação sobre o modus operandi de tais sessões, expectativas e consequências, de modo a que quer as vítimas, quer os agentes neles participem perfeitamente elucidados do que poderá suceder. Deste modo, adapta-se a Justiça Restaurativa às pessoas reais, que é precisamente o que se pretende, e evita-se uma potencial frustração de expectativas, retirando-se tudo de bom quanto possa advir de qualquer encontro”.

47 Ines Staiger, op. cit., p. 316-317.

nada têm a ver com os actos perpetrados.

Por isso, e acompanhando a doutrina que se tem dedicado a esta questão, defendemos que o nosso sistema jurídico deverá acolher soluções de carácter restaurativo, não apenas em sede anterior à decisão da questão penal, como por exemplo a mediação penal, mas também numa esfera pós-sentencial, aquando do cumprimento da pena.

Se é bem certo que a Justiça Restaurativa olha sobretudo ao agente e à vítima, neste caso diríamos que o vértice do triângulo - a sociedade à qual todos pertencemos - desempenha um papel de suma importância para efeitos de colocação em prática de soluções restaurativas aquando do cumprimento da pena.

Macau, Outubro de 2019

Referências bibliográficas

AA.VV., *Handbook on Justice for Victims on the Use and Application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, Nova Iorque, UN ODCPP, Centre for International Crime Prevention, 1999

ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de, “As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 3, Janeiro-Março 1993, p. 103-116.

BITTI, Gilbert, “As vítimas perante o Tribunal Penal Internacional. Participação no processo”, in *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, “Os desafios do Séc. XXI”*, Macau, Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários, 2007, p. 329-352.

BOSMA, Alice, *Emotional Justice. Laymersons’ and legal professionals’ evaluations of emotional victims within the just world paradigm*, Holanda, Wolf Legal Publishers, 2019

CHRISTIE, Nils, “Conflicts of Property”, in *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1, Janeiro de 1977, p. 1-15.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3.ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo e CAEIRO, Pedro, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei 52/2003, de 22 de Agosto)”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra Editora, ano 135.º, n.º 3935, Novembro-Dezembro de 2005, p. 70-89

DIJK, Jan van e GOODEY, J., “Benchmarking legislation on crime victims:

the UN victims Declaration of 1985”, in *Opferhilfe in der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven*, Berna, 2004

DIJK, Jan van, “The United Nations Declaration on crime victims: priorities for policy makers”, in *International protection of victims*, Pau, *Ères*, 1988, p. 117-126

ESTEVES, Maria Leonor, “A vítima – da quase “invisibilidade” à obtenção de um “Estatuto”. Ou do (inevitável) caminho para a humanização da ordem jurídico-penal”, texto apresentado na Conferência organizada pela CIIDH – Escola de Direito da Universidade do Minho, sob o tema “Novos desafios em torno da protecção da vítima: uma perspectiva multidisciplinar”, 2 de Junho de 2017.

FERNANDES, Conde, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Organizado por Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, volume 1, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2011, p. 193-232

GONZÁLEZ, Paulina Vega, “O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do Tribunal”, in *Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 3, n.º 5, São Paulo, Dezembro 2006, p. 18-41.

GOVIER, Trudy, *Victims and Victimhood*, Canadá, Broadview Press, 2015.

GROENHUIJSEN, Marc, “Current status of the Convention on Justice for victims of crime and abuse of power”, in *Raising the global standards for victims: The proposed Convention on justice for victims of crime and abuse of power*, Toquio, Seibundo Publishing, 2009, p. 7-20.

GROENHUIJSEN, Marc, “The draft UN Convention on Justice and Support for victims of crime, with special reference to its provisions on restorative justice”, in *International Annals of Criminology / Annales Internationales de Criminologie*, 46 (1/2), 2008, p. 121-136.

GROENHUIJSEN, Marc, “Victims’ rights and the International Criminal Court: the model of the Rome Statute and its operation”, in *Hague Joint Conference 2007*, p. 300-315

GROENHUIJSEN, Marc, “International protocols on victims rights and some reflections on significant recent developments in victimology”, in *Victimology in South Africa: Theory, Policy and Practice*, Van Schaik Publishers, Pretória, 2005, p. 333-351

GUIJT, Merel, *The effects of delivering a Victim Impact Statement on the Judicial Outcome of Criminal Cases*, 2015

JERIN, Robert A. e MORIARTY, Laura J., *The Victims of Crime*, New Jersey, Pearson, 2010.

LENS, Kim, PEMBERTON, Antony, BRANS, Karen, BRAEKEN, Johan, BOGAERTS, Stefan e LAHLAH, Esmah, “Delivering a victim impact statement: emotionally effective or counter-productive?”, in *European Journal*

of *Criminology*, vol. 12 (1), 2014, p. 17-34

LENS, Kim, PEMBERTON, Antony e BOGAERTS, Stefan, “Heterogeneity in victim participation: a new perspective on delivering a victim impact statement”, in *European Journal of Criminology*, vol. 10 (4), 2013, p. 479-495

LETSCHERT, Rianne, GROENHUIJSEN, Marc e PEMBERTON, Antony, “Victims of terrorism: in need of special attention?”, in *Od kaznenog prava do viktimologije: Zbornik radova u ast 80. roendana profesora emeritusa Zvonimira Šeparovia, [From Criminal Law to Victimology: Collection of publications in honor of the 80th birthday of professor emeritus Zvonimir Šeparovi]*, Zagreb, Croácia, University of Zagreb, 2009, p. 259-282

LETSCHERT, Rianne e STAIGER, Ines, “Introduction and definitions”, in *Assisting Victims of Terrorism*, Editado por Rianne Letschert, Ines Staiger e Antony Pemberton, Springer, 2010, p. 1-30.

LETSCHERT, Rianne, “International Initiatives and Activities Focusing Specifically on Victims of Terrorism, Including Existing International Instruments”, in *Assisting Victims of Terrorism*, Editado por Rianne Letschert, Ines Staiger e Antony Pemberton, Springer, 2010, p. 31-71.

MESQUITA, Paulo Dá, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.

NESS, Daniel W. Van, “Prisons and restorative justice”, in *Handbook of Restorative Justice*, Ed. por Gerry Johnstone e Daniel W. Van Ness, Nova Iorque, Willan Publishing, 2007, p. 312-324.

PEMBERTON, Antony, MULDER, Eva e AARTEN, Pauline G.M., “Stories of injustice: Towards a narrative victimology”, in *European Journal of Criminology*, SAGE, volume 14, n. 4, Julho de 2019, p. 391-412

PEMBERTON, Antony e REYNAERS, Sandra, “The controversial nature of victim participation. Therapeutic benefits in victim impact statements”, in *Therapeutic jurisprudence and victim participation in justice: International Perspectives*, 2011, Durham, North Carolina, Carolina Academic Publishing, p. 229-248

PEMBERTON, Antony, “Needs of Victims of Terrorism”, in *Assisting Victims of Terrorism*, Editado por Rianne Letschert, Ines Staiger e Antony Pemberton, Springer, 2010, p. 73-141.

PEMBERTON, Antony, “Terrorism, Forgiveness and Restorative Justice”, in *Oñati Socio-Legal Series*, v. 4, n. 3, 2014, p. 369-389

ROBALO, Teresa Lancry A. S., “Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência. Um combate de titãs? Análise do problema à luz dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Macau”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 159, Julho-Setembro 2019, p. 169-195.

ROBALO, Teresa Lancry A. S., *Breve Introdução à Vitimologia*, Coimbra,

Almedina, 2019

ROBALO, Teresa Lancry A. S., *Justiça Restaurativa. Um caminho para a humanização do Direito*, Lisboa, Juruá, 2012

ROBALO, Teresa Lancry A. S., “Mediação penal e outros meios extrajudiciais de resolução de litígios jurídico-penais”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XVII, n.º 33, 2013, p.311-323.

STAIGER, Ines, “Restorative Justice and Victims of Terrorism”, in *Assisting Victims of Terrorism*, Editado por Rianne Letschert, Ines Staiger e Antony Pemberton, Springer, 2010, p. 267-337.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “Víctimas, Memoria y Justicia (A propósito de la victimización terrorista)”, in *Eguzkilore*, Número 28, San Sebastián, 2014, p. 177-182

THIJS, Lien, *Expectations and experiences of victims when delivering a Victim Impact Statement*, 2013

UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUG CONTROL AND CRIME PREVENTION, Centre for International Crime Prevention, *Guide for policy makers. On the Implementation of the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, Nova Iorque, 1999

WALLACE, Harvey e ROBERSON, Cliff, *Victimology: Legal, Psychological, and Social Perspectives*, 3.ª edição, Boston, Pearson, 2010.



DÉCIMA SEGUNDA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global –
Novos desafios e desenvolvimentos na
Criminologia contemporânea e o seu
impacto no Direito Criminal»

6.ª Sessão

«Novos desafios no Direito Criminal
contemporâneo»





INVESTIGAÇÃO SOBRE A LEGISLAÇÃO PENAL NA PERSPECTIVA DA SOCIEDADE DE RISCO

Lan Jian

Pós-doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: É ao direito penal, no contexto da sociedade de risco, mediante as revisões legislativas de forma progressiva, que cabe o controlo sobre os riscos de sociedade. Devem-se distinguir os riscos da sociedade de risco dos riscos do próprio direito penal, devendo esta mesma distinção ser efectuada na perspectiva da dogmática do direito penal. Determina-se que não se podem incluir os riscos de carácter técnico no objecto de regulação do direito penal do risco, devendo a responsabilização penal ser imputada ao agente que domine a técnica, nos termos da responsabilidade penal da pessoa singular. Constatam-se, no presente estado de revisões legislativas penais, algumas movimentações do *ius puniendi* que tendem a ultrapassar o âmbito de intervenção que lhe caberia, para o qual é necessário estabelecer alguma insistência e controlo, isto é, é necessário determinar de forma racional a natureza do riscos e que, entretanto, se minimize a carência do direito penal; sustenta-se, por isso, o estabelecimento de múltiplas vias de legislação penal e a avaliação de prognose científica para, ponderados os diversos factores de blocos de interesses, melhor delimitar o âmbito legislativo do direito criminal.

Palavras-chave: Sociedade de risco; direito penal do risco; presente estado legislativo; barreira intransponível; controlo do direito penal.

Constatam-se, à mesma velocidade do progresso constante da sociedade contemporânea, ininterruptas vicissitudes e agravações quanto aos riscos cuja presença se verificava no seio do público. Esses novos riscos superaram a ideologia do modelo de desenvolvimento social tradicional, com a consequente relevância

do conceito do “público” em novas áreas. Novidades, por exemplo, as compras *on-line*, as ciber-financeiras, objectos de uso comum, *peer-to-peer ridesharing*, trazem, sem dúvida, maior conforto e conveniência à vida do público. Porém, à medida que o público mergulha nesses modos de vida contemporânea, expõe-se igualmente aos riscos. Uma das questões mais debatidas na dogmática do direito penal na actualidade é a referente à questão de saber como o direito penal pode superar o modelo actual adaptando-se a esses novos riscos. Merece, por conseguinte, abordagem e análise a questão da compreensão da sociedade de risco e do direito penal do risco.

I. Ascensão do direito penal do risco: estudo analítico das mudanças no desenvolvimento da sociedade de risco

Torna-se necessário, para a melhor compreensão do direito penal do risco, o estudo analítico sobre a sociedade de risco, pelo facto de o conceito do primeiro provir do conceito da segunda. Empregou-se, pela primeira vez, a expressão “sociedade de risco” na monografia intitulada «Sociedade de Risco», redigida pelo sociólogo alemão Ulrich Beck. Refere o autor: “*Advirta-se, pelo facto de se constatar a perda completa da resistência do corpo social aos caos, que já entramos na sociedade de risco*”.¹ Dessa afirmação infere-se que a sociedade de risco não é algo exclusivo de um determinado Estado, consistindo, ao invés, num fenómeno social comum a toda e qualquer sociedade humana que atinge um certo grau de desenvolvimento, manifestando-se, sobretudo, por formas de: SARS (Síndrome Respiratória Aguda Grave), terramoto, tsunamis, acidentes nucleares, terrorismo, fenómeno *El Niño*, vazamento de gás tóxico, mutação genética e vírus informático. É aceite a relevância da sociedade de risco por alguns dos académicos nacionais, em que se conta, por exemplo, a Professora Lao Dongyan (勞東燕), com o texto da sua autoria intitulado «Direito Penal da Política Pública e da Sociedade de Risco» (公共政策與風險社會的刑法) (*Social Sciences in China*, vol. III, 2007), texto esse que iniciou a chamada da atenção dos penalistas nacionais para o direito penal do risco. Registam-se, igualmente, vozes de concordância de alguns académicos de que a China já entrou na era da sociedade de risco.²

Compete ao direito, quanto à sua essência, para além do desiderato da regulamentação das relações sociais complexas e constantemente actualizadas,

1 Ulrich Beck, *Sociedade de Risco* (風險社會), com as traduções de He Bowen(何博聞), *Yilin Press*, 2004, pág. 18.

2 Xu Yong (徐勇) e Xang Jiquan (項繼權), *Já entramos na sociedade de risco* (我們已經進入了風險社會), publicado no *Journal of Central China Normal University (Humanities and Social Sciences)*, vol. V, 2008, pág.1.

o papel da medida de controlo social. Registrar-se-ão igualmente vicissitudes no próprio sistema jurídico à medida que as mudanças se passam nas relações sociais e, no caso do direito penal enquanto instrumento da protecção de bens jurídicos em *ultima ratio*, a relevância das relações sociais no plano jurídico não é de ignorar. Atrasaram-se, no entanto, por alguns anos, a atenção e o estudo dos penalistas nacionais sobre o tema da sociedade de risco, não se tendo iniciado ainda uma distinção suficiente entre a sociedade de risco e o direito penal do risco. Já no estrangeiro, quanto a este tema os académicos já procederam a um estudo analítico suficiente. O académico alemão Urs Konrad Kindhäuser escreveu, quanto às mudanças do direito penal no enquadramento da sociedade de risco, no seu texto «Direito Penal de Segurança: Riscos do Direito Penal na Sociedade de Risco» a seguinte observação: “O direito penal de segurança é tido como o pressuposto básico da garantia da estabilidade social, tendo, no seio da sua abordagem, o sentido do direito penal de segurança e seus desafios”.³ O estudo sobre o direito penal de segurança tornou-se, desde então, o objecto de atenção dos penalistas, para o qual o direito penal se veio igualmente a ajustar para que se encontre o ponto de ligação com o desenvolvimento social. Advoga-se, pelo facto de os riscos passarem a ser objecto de atenção por parte do público e de se registar a opinião de que o direito penal deveria partir da segurança social, o entendimento de que cabe ao direito penal não somente o combate às condutas danosas, mas também às condutas perigosas, destacando assim o papel importante deste ramo do direito.⁴ Em simultâneo, alguns académicos advogam que a administração e o controlo sobre o risco são trabalho de envergadura, cuja realização depende do suporte das instituições sociais e da inovação das próprias instituições sociais.⁵ Daí a necessidade do direito penal do risco. As revisões à Lei Penal exprimem que a legislação penal nacional está a controlar gradualmente os riscos da sociedade, sobretudo a partir da previsão do crime de condução perigosa na VIII Revisão à Lei Penal, bem e do crime de preparação da realização da actividade terrorista em revisões posteriores.

Dos desenvolvimentos e evolução histórica comprova-se que a estabilidade nas vicissitudes sociais se deve à garantia do Estado de Direito e que as agitações vêm atrasar o desenvolvimento social quando a garantia do Estado de Direito não

3 Urs Konrad Kindhäuser, *Direito Penal de Segurança: Riscos do Direito Penal na Sociedade de Risco* (安全刑法: 風險社會的刑法危險), com as traduções de Liu Guoliang (劉國良), publicado no *Marxism & Reality*, vol. III, 2005, pág. 38.

4 Chen Xiaoming (陳曉明), *Construção do Direito Penal de Risco e Riscos Inerentes* (風險刑法的構造與內在危險), publicado no *Diário do Ministério Público* (檢察日報), 2 de Novembro de 2009, pág. 3.

5 Xu Xianming (徐显明), *Mudanças do Direito na Sociedade de Risco* (風險社會中的法律變遷), publicado no *Legal Daily* (法制日報), 23 de Junho de 2010, pág. 10.

se torna eficaz. Muito embora se tenham registado abordagens e introduções mais globais quanto ao direito penal do risco por parte dos académicos nacionais, um olhar sob o ponto de vista correcto sobre a localização do direito penal do risco torna-se muito relevante, pelo facto de a consciência do mesmo já ter mergulhado na área da legislação penal nacional.

II. Delimitação do “risco” da sociedade de risco e do direito penal do risco

Não custa observar, das abordagens dos académicos, a predominância do desvalor do resultado e não do desvalor de resultado no direito penal de risco e o desejo do mesmo na compressão e controlo de risco sociais através da legislação penal e do alargamento do nível de judicialização penal, com vista a pôr termo às crises da sociedade de risco. O alargamento, no que à legislação penal respeita, encontra-se manifestado na ampliação da tutela de bens jurídicos e, no que toca à judicialização penal, nos princípios da imputação e da causalidade. Dando um prisma sobre toda a legislação penal actual, observa-se, devido ao estabelecimento de figuras como a do crime preparatório, da responsabilização a título de autoria imediata de actos preparatórios e da consumatização dos actos tentados, que o fundamento básico do direito penal do risco e a sua preconização superam obviamente a teoria de responsabilidade criminal do direito penal tradicional. É necessário, não obstante a existência de debate muito detalhado dos académicos, fazer ainda uma interpretação mais pormenorizada com base neste conceito básico do “risco”.

1. Conceitualização correcta da expressão “risco” da “sociedade de risco”

A expressão “risco” é palavra-chave, tanto no que respeita à sociedade de risco, como ao direito penal do risco, daí a necessidade de delimitação do seu alcance, procurando saber qual é o papel que o risco desempenha, por um lado, na sociedade de risco e, por outro, no direito penal do risco. Na remontagem à origem da expressão, é necessário procurar a interpretação na teoria de sociedade de risco do académico alemão Ulrich Beck. O autor, na sua monografia, define o risco nos seguintes termos: *“O conceito do risco é um conceito muito moderno, tratando-se de uma conceitualização referente a uma realidade que começa no lugar onde a natureza e a tradição acabam. O risco só existe quando a realidade referente é algo dependente da decisão humana sobre que a natureza e a tradição jamais podem exercer sua eficácia ilimitada. O conceito do risco exprime a criação de uma civilização por parte dos seres humanos, mediante a qual se faz recaírem sobre as decisões por eles tomados consequências imprevistas mas que sejam previsíveis, para que se possam controlar factos incontroláveis através da*

imposição de acções de carácter preventivo e do estabelecimento do instituto correspondente para superar todo e qualquer efeito secundário proveniente.”⁶. Daí a observação de que o risco, nesse contexto, é referente principalmente ao risco natural. Continua Ulrich Beck a notar: “*A primeira fase é referente aos riscos da sociedade industrial, tendo os riscos por fonte os acidentes (...). A segunda fase é dos riscos das sociedades pós-industriais, consequências desses riscos são difíceis de prever e controlar tanto em termos do tempo, de espaço e do destinatário (...)*”⁷. Daí que se saiba que os riscos naturais ocupam um lugar secundário após a entrada da civilização humana na era da sociedade industrial, em que os riscos passaram a ser riscos técnicos trazidos pelas sociedades pós-industriais, ou seja, riscos da sociedade de risco.

2. Conceitualização correcta da expressão “risco” do direito penal

É vasto o âmbito dos riscos do qual falam os académicos nacionais, excedendo o que Ulrich Beck tinha em vista no seu contexto linguístico. Veio, no entanto, um académico referir o seguinte: “*No que respeita ao direito penal de risco, a falácia reside, fundamentalmente, no desejo da compreensão total da teoria de modernização reflexiva de Ulrich Beck e, por consequência, no entendimento superficial e restrito sobre a compreensão. O entendimento, muitas vezes, é baseado no alcance literal da expressão ‘sociedade de risco’, tratando-a como uma ‘sociedade cuja convivência comporta riscos’ ou uma ‘sociedade com riscos aumentados’, entendimento esse que é contrário à essência da teoria da sociedade de risco, sobretudo pelo facto de o mesmo não poder determinar a ‘diferença secular’ entre o risco da sociedade de risco e o risco da sociedade tradicional, acabando-se por dar, por isso, um entendimento defeituoso ao alcance verdadeiro do âmbito de risco*”⁸. Por que se entende, por isso, o risco do direito penal dos riscos? Merece, para isto, um estudo profundo.

Beccaria, na sua monografia, expressou o seu entendimento segundo o qual é a danosidade social que constitui a essência do crime e o fundamento substancial da sanção punitiva.⁹ Já nos tempos de Liszt, o autor concebeu a teoria dos bens

6 Ulrich Beck e Johannes Brahm, *Liberdade e capitalismo: diálogo com o famoso sociólogo Ulrich Beck* (自由與資本主義: 與著名社會學家烏爾里希·貝克對話), com as traduções de Lu Guolin (路國林), Zhejiang People’s Publishing House, 2001, pág. 118.

7 Ulrich Beck, *Sociedade de Risco Mundial* (世界風險社會), com as traduções de Wu Yingzi (吳英姿) e Sun Shumin (孫淑敏), Nanjing University Publishing House, 2004, págs. 66 a 67.

8 Nan Lianwei (南連偉), *Crítica à teoria do direito penal de risco e suas reflexões* (風險刑法理論的批判與反思), publicado no Chinese Journal of Law (法學研究), vol. IV, 2012, pág. 142.

9 Beccaria, *Dos delitos e das penas* (論犯罪與刑罰), com as traduções de Wang Feng (黃風), Encyclopedia of China Publishing House, 1993, pág. 67.

jurídicos, à luz da qual ficou determinado, desde então, o conteúdo de ilicitude substancial da danosidade das condutas criminosas. Dado o facto de se adoptar o sistema teórico da dogmática penal da época russo-soviética na fase em que se começou a fundar a dogmática nacional, é com a danosidade social que se constitui a característica essencial do crime. Independentemente de a conduta criminosa pôr em causa o bem jurídico ou ser possuidora de danosidade social, o pressuposto prende-se, em termos da sua essência, sempre com a danosidade, e nela se dividem o dano efectivo e o perigo, entre os quais se constata diferenças apenas ao nível da sua graduação. Não custa anotar, perante a centralidade da introdução do espírito académico do direito penal alemão, que muitas vezes se recorre, entre os manuais jurídico-penais alemães, à expressão “risco”. A título de exemplo, a teoria de imputação objectiva de Roxin, quando foi traduzida pelos académicos nacionais para o chinês, empregava o termo “risco”, para as expressões “riscos não permitidos”, “riscos permitidos”, “concretização de riscos”, “diminuição de riscos” e “aumento de riscos”, etc. Há quem entenda o seguinte: *“Fundase a base, pelo facto da transformação para a sociedade de risco, para a superação do âmbito de imputação do direito penal tradicional, oferecendo-se oportunidade para a reconstrução do princípio da imputação. É uma tentativa de carácter benéfico a tentativa da imputação objectiva da doutrina alemã (...), sendo a mesma dotada do significado do marco miliário mediante a qual se marca a maturidade da normatização do conceito de risco, isto é, procura-se, com a teoria da imputação objectiva, fazer a valoração e a delimitação dos riscos mediante a normatização jurídica dos riscos, sobre os quais se faz recair um alcance normativo”*.¹⁰ Isto não equivale, no entanto, a equiparar o risco da sociedade de risco ao risco da teoria da imputação objectiva e, no momento ulterior, para a imputação objectiva no sistema do direito penal do risco, posto que, a teoria da imputação objectiva visa, sobretudo, a resolução da problemática da imputação do resultado à conduta nos crimes danosos para dirigir, enfim, um juízo de avaliação contra o agente. Não se associam, por isso, a teoria da imputação objectiva e a teoria do direito penal do risco uma à outra, a associação forçosa de uma à outra seria somente imaginação sem êxito.¹¹

10 Chen Xiaoming (陳曉明), *Resposta do direito penal à sociedade de risco* (風險社會之刑法應對), publicado no Chinese Journal of Law (法學研究), vol. VI, 2009, pág. 56.

11 Xia Yong (夏勇), *Estudo analítico do “risco” da sociedade de risco: esclarecimento sobre o entendimento pernicioso do “risco” do direito penal* (“風險社會”中的“風險”辨析: 刑法學中的“風險”誤區之澄清), publicado no Peking University Law Journal (中外法學), o autor refere: “É tida a expressão ‘risco’, com efeito, na do direito penal de Roxin como palavra-chave, mas não é o mesmo ‘risco’ a que se refere Ulrich Beck na sua teoria de ‘teoria da sociedade de risco’. Uma associação dessas teorias dos dois professores alemães é o mau entendimento ou o desejo pernicioso de alguns penalistas nacionais”.

O risco e o perigo, tanto na sociedade de risco como no direito penal de risco, constituem conceitos cujo alcance semântico é próximo. O Professor Zhang Mingkai (張明楷), na sua publicação intitulada «Reflexões sobre Algumas Questões Referentes à Teoria do Direito Penal da “Sociedade de Risco”» (「風險社會」若干刑法理論問題反思) (publicado nos Studies in Law and Business (法商研究), n.º V, 2011), exprime que os termos “risco” e “perigo” são conceitos que entre si talvez possa haver alguma diferença, mas o alcance fundamental é idêntico, ou pode-se dizer ao menos que existem convergências entre os dois conceitos. Em certo contexto linguístico, o risco é o perigo. O Professor Chen Xingliang, para melhor distinguir os conceitos, vem fazer uma abordagem a partir do ponto de vista da dogmática do direito penal. Sob o prisma da dogmática penal, para se distinguir o perigo do risco, segundo este último autor, pode-se considerar, tanto num como noutro, no que respeita aos seus requisitos constitutivos, verificada a possibilidade da ocorrência do resultado danoso. Continua o académico a indicar, em simultâneo, que o risco e o perigo são possuidores de três características: (1) o risco e o perigo são algo que uma certa conduta inclui, sendo o sujeito da conduta uma pessoa, daí a exclusão dos riscos provindos da natureza ou da diversidade de ordens de razões para que os mesmos não caiam no âmbito da regulamentação do direito penal; (2) a conduta cujo suporte tende a incluir o risco e o perigo deve ser uma conduta típica que cumpra os requisitos incriminadores, tratando-se, por isso, de uma conduta proibida pelo direito penal, e não sendo admissível pelo direito em situações normais; (3) a natureza do risco e do perigo é aferida pela possibilidade da ocorrência do resultado danoso, ou seja, pela danosidade potencial contra o bem jurídico.¹² Daí não custar concluir-se que, entre o risco da sociedade de risco e o risco do direito penal se constata uma diferença substancial. No confronto, por isso, com os riscos de carácter técnico, devido à incerteza inerente aos mesmos, não se pode incluir esses riscos na regulamentação do direito penal. É o caso da tecnologia da inteligência artificial, não podemos inclui-la no objecto do direito penal. Como bem indica o Professor Chen Xingliang: “*O direito penal não pode intervir-se na área da tecnologia científica, nem exercendo influência sobre a actividade de carácter técnico-científico*”.¹³ Por outras palavras, apenas se dá lugar à responsabilização penal contra o agente que domine a tecnologia donde provenham os riscos quando os mesmos estejam dotados das três características supra referidas, apenas em termos da responsabilidade penal da pessoa singular, não se devendo sancionar ou comprimir o desenvolvimento da tecnologia.

12 Chen Xingliang (陳興良), Crítica à dogmática penal da teoria do direito penal de risco (風險刑法理論的法教義學批判), publicado no Peking University Law Journal (中外法學), vol. I, 2014, pág. 110.

13 Vide nota 1, pág. 110.

III. Presente estado legislativo do direito penal da sociedade de risco

Não custa vislumbrarem-se, durante as últimas duas décadas do desenvolvimento do direito penal, a diminuta criminalização dos crimes de danos e a criminalização destacada dos crimes de perigo, para alargar o âmbito dos crimes. É tecida uma rede tecnicamente muito rigorosa do direito penal mediante a introdução de figuras como o crime de mera actividade, o crime preparatório e o crime de auxílio. Entre essas figuras, incluem-se os riscos do terrorismo, para o ambiente, a segurança alimentar, o aproveitamento inapropriado da rede de informação e da divulgação de informação pessoal.

No que se refere ao presente estado legislativo do direito penal do terrorismo, a Lei de Revisão III veio muito cedo introduzir alguns preceitos com vista ao controlo do risco. Vieram a fazer revisões, exemplificativamente, ao crime de utilização de substâncias perigosas, ao crime de produção ilícita, comercialização, transporte e conservação de substâncias perigosas, ao crime de utilização de substâncias perigosas falsificadas e ao crime de elaboração e transmissão dolosa de informação terrorista falsa. Afora o anotado, nos crimes de actividades terroristas, vieram-se incluir no direito penal os actos de auxílio ao branqueamento ilícito. Já na Lei de Revisão IX, veio-se alargar o âmbito de crimes de actividades terroristas, tendo-se essa ampliação manifestado, sobretudo, para além das actividades terroristas, na criminalização da conduta de financiamento de actividades terroristas, na responsabilização a título de autoria imediata de actos preparatórios, na criminalização da preparação de actividades terroristas. Tipificaram-se, ao mesmo tempo, na referida Lei de Revisão, o crime do terrorismo, o extremismo e a incitação à realização de actividade terrorista, o crime do aproveitamento do extremismo em desfavor da execução de lei, o crime do uso forçoso de vestuário e sinais que visem divulgar o terrorismo e o extremismo, o crime de posse ilícita de objectos dotados de sinais de propaganda do terrorismo e extremismo e o crime de recusa de apresentação de prova para os crimes relativos ao terrorismo.

É dotado de características da época, já em matéria referente ao presente estado legislativo sobre o direito penal dos riscos do ambiente, o facto de a Lei de Revisão VIII passar a neocriminalizar o crime do acidente de grave poluição ambiental como o crime de poluição ambiental. Esta revisão incide sobre o resultado de “provocação de grande acidente de ambiente”, tendo restringido, em grande medida, o objecto de incriminação do crime de poluição ambiental. Para além do referido, veio igualmente a Lei de Revisão fazer uma alteração ao crime de mineração ilícita segundo a qual a conduta constitutiva só se preenche quando a conduta é praticada “com circunstâncias graves”, limitando desse modo o âmbito de incriminação do crime. Essa restrição do objecto de incriminação

não se verifica em grande medida, nem em todo o direito penal em geral. As alterações vieram somente regulamentar as condutas que destroem o ambiente, fazendo uma valoração na ponderação dos interesses entre a protecção ambiental e a salvaguarda dos interesses pessoais.

Na matéria do estado legislativo actual do direito penal referente aos riscos de segurança alimentar, a incidência principal da Lei de Revisão VIII é sobre os parâmetros de segurança alimentar, tendo sido eliminado os “parâmetros higiénicos”, cuja verificação integrava o tipo legal do crime de produção e comercialização de produtos desconformes aos parâmetros de segurança, passando agora a prever os “parâmetros de segurança”. Na mesma Lei de Revisão, quanto ao crime de produção e comercialização de produtos alimentares tóxicos e prejudiciais à saúde, a redacção da norma foi alterada, em vez de ficar com a redacção original “quando o facto é apto para causar o acidente de grave intoxicação alimentar e as doenças de origem alimentar”, passou a constar da norma que “quando o facto provocar perigos e danos elevados à saúde humana ou constituir outras circunstâncias graves”. Daí o alargamento do objecto de incriminação dos crimes após as revisões legislativas.

Quanto à questão referente ao estado legislativo actual do direito penal quanto aos riscos de divulgação de informação pessoal, à Lei de Revisão IX cabe a tarefa das alterações. O objecto de incriminação a que o preceito se referia eram as condutas que estivessem em cumprimento dos deveres funcionais, isto é, condutas mediante as quais o agente obtinha a informação pessoal dos cidadãos por causa do cumprimento dos deveres funcionais, vendia ou proporcionava a mesma por qualquer outra forma ilícita a terceiros. O novo preceito veio alterar a expressão “proporciona ilicitamente” para a “proporciona”, isto é, o proporcionamento, seja qual for a sua forma, contanto que esteja contra a lei e o regulamento administrativo que o Estado imponha, enquadra-se no tipo objectivo que tem por objecto o proporcionamento ilícito de informação pessoal do cidadão.

Já quanto ao estado legislativo do direito penal sobre os riscos de rede de informação, a Lei de Revisão IX veio tipificar o crime de recusa do dever de administração de segurança de rede de informação, o crime de aproveitamento ilícito de rede de informação, o crime de auxílio de actividade criminosa de rede de informação, com o intuito de reforçar a regulamentação das condutas criminosas referentes à rede de informação. É sobretudo o caso da responsabilização a título de autoria imediata de actos de auxílio, destacando-se, assim, a função preventiva do direito penal antes da ocorrência do crime.

Infere-se do exposto que a tendência das revisões legislativas do direito penal nacional actual se inclina na dimensão de prevenção; por essa razão, as sanções criminais são dadas não apenas tendo em consideração os motivos de ordem moral e física, mas também os motivos de segurança social. Essa intenção

de carácter político, orientada pela ideia segundo a qual a prevenção é melhor que a cura, manifesta-se pelo recurso à regulamentação do direito penal para tecer uma rede de prevenção da prática de crimes tendo em vista os potenciais agentes de crimes como destinatários. Exprime-se, com efeito, com o direito penal de risco o desejo do emprego da regulamentação penal no contexto da sociedade de risco para a manutenção da ordem social por parte dos seres humanos, mediante o qual se faz intervenção de forma activa contra as condutas munidas de incerteza e danosidade social. Daí a conclusão: “*À medida que se inclinou o direito penal para os riscos de carácter abstracto, encontrou-se a essência nuclear do direito penal clássico e, em simultâneo, vislumbra-se o espaço do desenvolvimento da dimensão do direito penal do risco, assim se deu a transformação fundamental do direito penal de reacção para o direito penal de prevenção*”.¹⁴ Daí que seja necessário manter alguma insistência e controlo no direito penal.

IV. Insistência e controlo do direito penal tradicional na sociedade de risco

Constatam-se, para além da generalização dos novos riscos provindos de terrorismo, cibercrimes, riscos financeiros e segurança alimentar, mudanças ao nível do modo operacional da sociedade, tornam-se cada vez mais fortes a necessidade do público na intervenção penal e a esperança na maior intervenção por parte do Estado em prevenir e controlar os riscos através dos meios do *ius imperii*. Daí que se observe o grande desafio que as revisões legislativas do direito penal podem enfrentar.

1. Insistência do direito penal tradicional na sociedade de risco

(1) Insistência dos princípios fundamentais do direito penal tradicional – qualificação racional da natureza dos riscos

O direito penal do risco é tido, no enquadramento do presente direito penal nacional, como uma forma de complementação e aperfeiçoamento, tendo os seus aspectos de mérito e razoabilidade do primeiro sido absorvidos pelo segundo. Os princípios fundamentais do direito penal nacional, como o de princípio da legalidade, não visam apenas a responsabilização criminal, oferecem-se como fundamentos da liberdade de agir dos indivíduos. Verificam-se, com efeito, no ambiente cheio de novos modelos de riscos, igualmente certos desafios quanto ao princípio de responsabilidade do agente pelo facto por ele praticado. O legislador nacional, perante esses desafios, recorre, após a valoração rigorosa,

14 Jiang Tao (姜濤), *Controlo do direito penal sobre os riscos de sociedade e seu modo de transformação* (社會風險的刑法調控及其模式改造), publicado na *Chinese Academy of Social Sciences* (中國社會科學), vol. VII, 2019, pág. 114.

à fórmula determinada dos “riscos não permitidos pela lei”. Pode-se, por isso, mediante a referida fórmula, determinar a fase de produção do risco como facto criminoso, dando-se a conhecer os requisitos constitutivos e o juízo de censura da responsabilização pelo facto ilícito com vista a atingir um certo alerta para o público, concretizando dessa maneira a finalidade preventiva.

O direito penal do risco, em boa verdade, não deixa de constituir uma espécie de “excepção” em relação ao direito penal tradicional, não se encontrando dotado de capacidade para se autonomizar do direito penal tradicional. Há que, pelas razões aduzidas, manter-se com a atitude cautelosa ao referenciar-se às crises internas do direito penal do risco, não se podendo tipificar em grande medida factos criminosos apenas com o pretexto da prevenção de riscos ou de alargar o âmbito de crimes, nem sendo admissível sequer o abuso das penas. Embora caiba ao direito penal a tarefa de punição dos crimes e da protecção dos direitos humanos, sobre o mesmo impende, igualmente, o dever de evitar o surgimento de severidade na punição.

(2) Interação entre o direito penal tradicional e o direito penal do risco – valorização do princípio da necessidade do direito penal

Não obstante a atenção dada ao direito penal do risco e a apresentação das respectivas teorias referentes ao direito penal do risco por parte dos académicos, não quer isto representar a decadência do princípio de necessidade do direito penal tradicional. O princípio da necessidade do direito penal é um pressuposto que nunca se pode esquecer nos trabalhos legislativos do direito penal, representando uma necessidade de racionalização da actividade legislativa do direito penal, isto é, a racionalidade legislativa. O princípio da necessidade não se opõe às legislações incriminadoras, objectando somente às legislações incriminadoras que se revelem desnecessárias e injustificadas. Em conformidade, aliás, com a «Deliberação Relativa às Questões Importantes sobre a Plena Implementação do Estado de Direito» aprovada na IV Sessão Plenária do XVIII Comité Central do Congresso Nacional do Partido Comunista, em que se determina o conteúdo da “salvaguarda dos direitos dos cidadãos em conformidade com a lei” e da “concretização do Estado de Direito em matérias dos direitos e garantia dos cidadãos”. Do estudo analítico das últimas três Leis de Revisão à Lei Penal, apesar de se ter notado aparentemente o alargamento do âmbito dos crimes na Lei de Revisão VIII e na Lei de Revisão IX, é dada maior protecção ao humanitarismo em comparação com as Leis de Revisão anteriores, pondo em evidência a racionalidade e a civilização da legislação penal nacional.

É com o direito penal do risco demonstrada igualmente a rigorosidade da qual dota o direito penal, rigorosidade essa que se exprime na maior danosidade contra os direitos humanos quando sobre o direito penal não há vinculações

devidas, daí se exprimir a importância da necessidade do direito penal. Não obstante a função do instrumento de combate aos crimes, o direito penal não deixa de ser um meio de protecção dos direitos humanos. Não estaria em consonância com as exigências da reforma do Estado de Direito o direito penal que apenas visasse o combate aos crimes abstraindo da protecção dos direitos humanos. No caso de se pôr em causa a posição fundamental da necessidade do direito penal, o que equivaleria a degradar todo o direito penal, não haveria nada para falar ainda do Estado de Direito e dos direitos humanos.¹⁵

2. Controlo do direito penal tradicional na sociedade de risco

Dado o papel do direito penal na sociedade de risco como uma faca de dois gumes, não é lícito ao direito penal ser demasiado vinculante nem muito tolerante. Daí que o direito penal, face às mudanças complexas da sociedade, não possa *“compatibilizar-se com a regulamentação excessiva de modo a pôr em causa a liberdade, comprimir o desenvolvimento das tecnologias e de economia e violar os direitos humanos; nem ao direito penal é lícito estar conformado com a atitude omissiva, deixando espaço somente ao ‘progresso’ da tecnologia e de economia, o que acaba por fazer o risco transformar-se num grande prejuízo irreversível”*.¹⁶ Daí a razão pela qual tanto a legislação penal como as execuções de pena devem fazer-se dentro dos limites do Estado de Direito. O controlo do direito penal encontra a sua essência na *“maneira pela qual se deve compreender a finalidade do direito penal e a relação entre o direito penal substantivo e processual de modo a que o entendimento seja conforme a época, bem como na maneira pela qual se deve assegurar a implementação activa da legislação penal no futuro sem que se ponha em causa o Estado de Direito do direito penal”*.¹⁷ É necessário, por isso, um estudo mais profundo quanto ao papel de controlo que o direito penal tradicional desempenha.

(1) Adopção do modo de múltiplas vias da legislação penal

É adoptado a partir de 1999 o sistema monista do Código Penal e, mediante a demonstração da prática jurisprudencial durante anos, revelam-se cada vez mais defeitos da adopção desse sistema monista do Código Penal. Ao legislador é exigido,

15 Liu Yanhong (劉艷紅), *A teoria do “direito penal do risco” não pode pôr a teoria de necessidade do direito penal em causa* (“風險刑法”理論不能動搖刑法謙抑主義), publicado nos *Studies in Law and Business* (法商研究), vol. IV, 2011, pág. 27.

16 Chen Kui (沈歸), *Regulamentação dos riscos: a teoria e a prática da Alemanha*, (風險規制: 德國的理論與實踐), com as traduções de Liu Gang (劉剛), Law Press China (法律出版社), 2012, pág. 2.

17 Zhou Guangquan (周光權), *Determinação da atitude activa da legislação penal na China*, publicado no *Chinese Journal of Law* (法學研究), vol. IV, 2016, pág. 39.

no contexto da sociedade de risco, adaptar-se às necessidades de mudança provindas do desenvolvimento da sociedade, facto esse que deu lugar a várias Leis de Revisão à Lei Penal, gerando algum impacto contra a estabilidade de que o Código Penal dotava. É fácil que venha a haver discrepância lógica entre os preceitos revistos e os preceitos do Código, apesar de as Leis de Revisão poderem visar a resolução de algumas questões específicas. Dada a tendência das revisões legais que ora ocorrem no direito penal, torna-se previsível que se sucedam mais revisões legais no futuro, “*tendência que é equivalente a uma tesourada ininterrupta e de grande dimensão numa peça de vestuário, o que não promove necessariamente a imagem exterior do mesmo. Vem, no entanto, fazer com que o Código Penal assim revisto esteja cheio de remendos e sobrecarregado e que a lógica interna do sistema caia no caos*”.¹⁸ É fácil de gerar, igualmente, pelo facto de ter sido adoptado o sistema monista do Código Penal, um fenómeno de incerteza de determinação judicial quanto ao *delicta mere prohibita*, como é o caso do crime de exploração ilícita e do crime de absorção ilegal de depósitos do público, em que o corpo de pessoal da prática judicial poderá ter facilmente negligenciando os respectivos preceitos contidos em legislações e regulamentos administrativos e económicos e acaba por julgar mal o caso, dando lugar a uma injustiça.

O académico penalista nacional Professor Zhang Mingkai expressou a sua posição a favor do modo de desenvolvimento de múltiplas vias de legislação penal,¹⁹ posto que mediante o modo de múltipla via de legislação penal poderá assegurar-se a estabilidade do Código Penal e da flexibilidade legislativa, corrigindo, dessa maneira, os defeitos existentes do sistema monista do Código Penal, evitando igualmente os desvios do direito penal que possa haver na prática judicial complexa. Daí se inferir que o modo de desenvolvimento de múltiplas vias do direito penal nacional contribui não só para a estabilidade do Código Penal, mas também para maximizar a função preventiva do direito penal, enfrentar activamente os riscos da sociedade e assegurar que o direito penal seja conforme às exigências do Estado de Direito.

(2) Realização de prognose e avaliação científicas antes da legislação penal

É fácil o legislador ser influenciado pela opinião pública aquando da legislação e da revisão. Por outras palavras, quando a cognoscibilidade e a reacção

18 Liang Genlin (梁根林), *Revisões do direito penal: dimensão, estratégia, valoração e reflexão* (刑法修正: 維度、策略、評價與反思), publicado no Chinese Journal of Law (法學研究), vol. I, 2017, pág. 61.

19 Zhang Mingkai (張明楷), *Várias relações que se devem tratar de forma adequada em revisões legislativas* (論修改立法應妥善處理的幾個關係), publicado no Peking University Law Journal (中外法學), vol. I, 1997, pág. 70.

do público são irracionais, caso o legislador tenha sido sensível a essa opinião do público, o legislador deixa de ser capaz de fazer uma regulamentação eficaz sobre os respectivos riscos. A avaliação de riscos deve, por isso, consistir num processo que seja dotado de “*dimensão suficiente que englobe cognoscibilidade e regulamentação, descrição e valoração, ciências e política, intercâmbio e procedimento*”²⁰, equivale isto a dizer que tanto a legislação penal como a revisão devem basear-se em factores de ordem de objectividade, devem esses factores objectivos ser elaborados por instituições de inquérito e avaliação profissionais, sujeitos ao conhecimento do público, sendo igualmente necessário que se obtenha a concordância do público e que se faça a absorção das sugestões razoáveis do público. Para além do exposto, é necessário que o legislador penal se mantenha com as seguintes atitudes: *i.* os riscos são apenas sujeitos à regulamentação e nunca à sua eliminação, a procura do risco-zero ou da tolerância-zero é uma atitude não pragmática; *ii.* é necessário que os recursos limitados sejam aproveitados com vista ao melhor efeito de prevenção no sentido de evitação e defesa contra os riscos; *iii.* é necessário que seja considerada a questão de saber como se devem distribuir os riscos em diferentes comunidades para o melhor efeito de prevenção.²¹ Daí a observação segundo a qual as revisões da legislação penal devem ser efectuadas em colaboração activa entre as instituições de inquérito, avaliações profissionais e o legislador, assim é que se podem abandonar o preconceito e a irracionalidade da cognoscibilidade e, por conseguinte, elaborar bem a prognose e avaliação quanto à importância dos bens jurídicos, à probabilidade da ocorrência de riscos e à controlabilidade do resultado da danosidade.

(3) Delimitação da legislação do direito penal

À legislação penal, pelo facto da evolução ininterrupta do novo modelo de condutas criminosas danosas dos bens jurídicos no contexto da sociedade de risco, cabe “*por um lado insistir em manter a qualidade fundamental do direito penal tradicional e, por outro, não deixar de atender ao desenvolvimento social, procurando, nesse sentido, executar a finalidade do direito penal na punição do mal e na restauração de justiça, exercendo o fim de controlo do direito penal na manutenção da ordem de segurança social*”.²² Para que esse desiderato possa ser

20 Gerhard Bans, *Causa e finalidade do estudo sobre os riscos* (風險研究的緣由和目標), com as traduções de Chen Xiao (陳霄) e Liu Gang (劉剛), publicado na *Regulamentação dos riscos: a teoria e a prática da Alemanha*, (風險規制: 德國的理論與實踐), com a coordenação de tradução de Liu Gang (劉剛), Law Press China (法律出版社), 2012, pág. 33.

21 Lao Dongyan (勞東燕), *Perspectiva da legislação penal da sociedade de risco e do funcionalismo* (風險社會與功能主義的刑法立法觀), publicado na *Law Review* (法學評論), vol. VI, 2017, pág. 25.

22 Gao Mingwei (高明軒), *Estudos sobre a teoria da legitimidade da legislação penal na sociedade de risco* (風險社會中刑事立法正當性理論研究), publicado no *Legal Forum* (法學論壇), vol.

posto em execução, é necessário que o legislador estabeleça os tipos de crimes agindo com razoabilidade. Pelo facto de o público não se encontrar bem-dotado do conhecimento quanto às novas condutas de danosidade, não é difícil, por isso, o surgimento do pânico por parte do mesmo sobre essas condutas. Também em razão das necessidades de protecção dos bens jurídicos pessoais, quando os bens jurídicos pessoais se tornem bens jurídicos colectivos, o legislador virá a tipificar novos crimes ou rever as circunstâncias do crime para manter a estabilidade social. É uma questão que merece estudos profundos quanto a saber como se deve delimitar a legislação penal para melhor proteger os bens jurídicos colectivos sem que haja recurso abusivo à tutela penal. Essa questão pode ser analisada, em meu entender, pelos seguintes aspectos.

De antemão devem as condutas ser dotadas de danosidade social. O verdadeiro critério do que é crime deve aferir-se do facto de as condutas serem dotadas de danosidade social.²³ O legislador, por conseguinte, ao enfrentar uma conduta que ponha um bem jurídico em causa, deve começar por considerar se a conduta se encontra dotada de danosidade social. Há, porém, no contexto da sociedade de risco, um aspecto que merece atenção, isto é, para aferir se uma conduta é dotada de danosidade social, deve caber esse juízo de valoração a um técnico profissional de uma área específica. O juízo da danosidade social sobre as condutas danosas do novo modelo devem, por essas razões, após a demonstração devida dos peritos de áreas em causa, precisar o grau de danosidade que as condutas são capazes de provocar aos bens jurídicos. Em segundo lugar, a punição deve ser capaz de satisfazer as necessidades punitivas. *“É facto histórico e geralmente aceite pela mentalidade do público da sociedade que as penas, através de sua decretação, aplicação e execução, exercem influências sobre a pessoa do agente e as pessoas que estejam à volta da mesma, cumprindo o resultado da prevenção da prática do crime. A prevenção da prática do crime é, por isso, com certeza, e deve ser a finalidade de punição no nosso país”*.²⁴ É necessário, por isso, no contexto contemporâneo do desenvolvimento da sociedade de risco, que haja, além da função punitiva, finalidade preventiva ao tipificar-se uma conduta danosa como um novo tipo de crime. Por fim, no momento em que se procede à valoração sobre as condutas danosas, é necessário que não se verifiquem outros meios de controlo social capazes de se substituir às penas. Regista-se, a respeito disso, opinião de um académico: *“Em termos de muitos riscos e perigos, a adopção de outras*

IV, 2011, pág. 5.

23 Beccaria, *Dos delitos e das penas* (論犯罪與刑罰), com as traduções de Wang Feng (黃風), China Legal Publishing House, 2005, pág. 82.

24 Zhang Mingkai (張明楷), *Direito Penal* (刑法學), 4.ª edição, Law Press China (法律出版社), 2011, pág. 459.

medidas de prevenção talvez se revele mais eficaz do que o estabelecimento de uma mera proibição legal".²⁵ Daí se saber que o direito penal constitui apenas um dos meios de controlo social, nem todo e qualquer problema social deve ser resolvido pelos meios da tutela penal. O abuso de penas e a compressão da liberdade não correspondem à posição do princípio da necessidade do direito penal, encontrando-se até em contradição com as exigências políticas nacionais na construção de um Estado de Direito.

4. Valoração global dos diversos direitos e blocos de interesses

O direito penal, enquanto um ramo do direito público, encontra a sua aplicação mediante o funcionamento do *ius imperii*. Isto equivale a dizer que à medida que o direito penal penetra em certas áreas de vida social, encontra igualmente registada a presença do *ius imperii* nessas áreas. Para isto, veio um académico comentar o seguinte: “*A nascença do direito penal preventivo na área antiterrorista justifica-se pela prevenção dos riscos da atividade terrorista com vista à manutenção da segurança do Estado e da sociedade. No entanto, a questão de saber como se devem evitar os prejuízos em desfavor dos direitos fundamentais dos cidadãos pela legislação penal quanto à matéria antiterrorista é algo a cuja resposta não se pode escapar um Estado de Direito*”.²⁶ Daí a necessidade da consideração global, por parte do direito penal, sobre a delimitação da legislação penal e as necessidades punitivas da política criminal.²⁷ Afora isso, a legislação penal deve ter em consideração os interesses a longo prazo, sendo necessário fazer uma avaliação cautelosa em relação a diversos interesses no momento de

25 Zhang Mingkai (張明楷), *Reflexões sobre Algumas Questões Referentes à Teoria do Direito Penal da “Sociedade de Risco”* (“風險社會”若干刑法理論問題反思), publicado nos *Studies in Law and Business* (法商研究), n.º V, 2011, pág. 88.

26 He Ronggong (何榮功), *Reflexões sobre a legislação penal contra o terrorismo de carácter “preventivo”* (“預防性”反恐刑事立法思考), publicado na *China Legal Science* (中國法學), vol. III, 2016, pág. 146.

27 Em matéria referente aos limites do direito penal, vem Ulrich Sieber entender que a intervenção do direito penal deve ter como pressuposto as condutas criminalmente ilícitas, preexistentes e imputáveis ao seu agente, por cuja prática deve o agente ser responsável. Vide Ulrich Sieber, *Direito penal no contexto da sociedade de risco global e da sociedade de informação* (全球風險社會與信息社會中的刑法), com as traduções de Zhou Zunyou (周遵友) e Jiang Su (江溯), China University of Political Science And Law Press (中國政法大學出版社), 2012, pág. 197. Com base nesse entendimento, vem a académica Lao Dongyan complementar no sentido de que a existência de um ilícito responsável como limite à direcção preventiva do direito penal não conduz a que as considerações de necessidade punitiva ao nível da política criminal estejam necessariamente sobrepostas aos factores de punições do dever ser ao nível da dogmática. Vide Lao Dongyan (勞東燕), *Perspectiva da legislação penal da sociedade de risco e do funcionalismo* (風險社會與功能主義的刑法立法觀), publicado na *Law Review* (法學評論), vol. VI, 2017, pág. 26.

legislação. Vem, a título de exemplo, a Lei de Revisão IX tipificar as condutas de auxílio como crime (e.g.: auxílio da actividade de cibercrime). Houve académicos que suspeitaram da possibilidade de o legislador não ter considerado, pelo facto da legislação, as pressões assim geradas e impostas sobre os operadores de *network* de modo a pôr em causa o desenvolvimento da indústria de internet.²⁸ Deve-se, por conseguinte, atender aos interesses de diversos blocos sem que se deixe demasiado controlo à mão do direito penal.

V. Conclusão

O direito penal é um dos meios de controlo social, pelo facto de o mesmo ter por base a sociedade, sendo exigido que responda às necessidades da sociedade. As práticas, por isso, no contexto da sociedade de risco, da postura activa de revisões legislativas penais e do alargamento do âmbito de criminalização são algo, para além da superação do direito penal clássico, igualmente de preocupação em relação à estabilidade do Código Penal e à sua operabilidade. É impossível que o direito penal do risco, com certeza, no contexto da sociedade de risco, venha a substituir-se ao direito penal tradicional, àquele cabendo somente o papel de complementaridade pelo facto de se tratar de um conceito ou instituto que foi surgindo, enquanto fruto de evolução, devido à impossibilidade e à inadaptação do direito penal tradicional à sociedade de risco. Vem um académico nacional fazer a seguinte preconização: “*Ao direito penal cabe adaptar-se às mudanças de época, dando resposta às novas necessidades e transformando-se em consonância com o núcleo essencial dos valores dessas necessidades. No entanto, é necessário que ajamos com grande cautela evitando conceber riscos desse novo instituto – direito penal da sociedade de risco. Essa cautela é sobretudo necessária na China pelo facto de não existir, grosso modo, entre nós a tradição da liberdade. Essa particularidade nacional veio determinar a importância da garantia de liberdade, devendo-se, por conseguinte, ser cauteloso quanto à transformação da essência do direito penal, rejeitar a atitude da procura cega de garantia da liberdade de tal modo a destruir a mesma*”.²⁹ Seja como for, independentemente do estado de desenvolvimento e das mudanças sociais, o princípio de legalidade e o princípio da responsabilidade do direito penal são intangíveis. É necessário, em simultâneo,

28 Che Hao (車浩), *Reflexões dogmática sobre a legislação penal – em base do estudo analítico sobre a Lei de Revisão IX* (刑事立法的法教義學反思 – 基於〈刑法修正案(九)〉的分析), publicado nos Estudos Jurídicos (法學), vol. X, 2015, pág. 13.

29 Long Min (龍敏), *Choque entre a ordem e a liberdade – dos conflitos e da coordenação entre os valores do direito penal na sociedade de risco* (秩序與自由的碰撞 – 論風險社會刑法的價值衝突與協調), publicado no Journal of Gansu Political Science and Law Institute (甘肅政法學院學報), vol. V, 2010, pág. 149.

que essa transformação seja processada com base nas particularidades nacionais com a insistência nos valores e no espírito do direito penal contemporâneo, dotando dos ajustes do direito penal o ideal do Estado de Direito contemporâneo e conforme às particulares nacionais.

Bibliografia de referência:

Ulrich Beck, *Sociedade de Risco Mundial* (風險社會), com as traduções de He Bowen(何博聞), *Yilin Press*, 2004.

Xu Yong (徐勇) e Xang Jiquan (項繼權), *Já entramos na sociedade de risco* (我們已經進入了風險社會), publicado no *Journal of Central China Normal University (Humanities and Social Sciences)*, vol. V, 2008.

Urs Konrad Kindhäuser, *Direito Penal de Segurança: Riscos do Direito Penal na Sociedade de Risco* (安全刑法：風險社會的刑法危險), com as traduções de Liu Guoliang (劉國良), vol. III, 2005

Chen Xiaoming (陳曉明), *Construção do Direito Penal do Risco e Riscos Inerentes* (風險刑法的構造與內在危險), publicado no *Diário do Ministério Público* (檢察日報), 2 de Novembro de 2009, pág. 3.

Xu Xianming(徐顯明), *Mudanças do Direito na Sociedade de Risco* (風險社會中的法律變遷), publicado no *Legal Daily* (法制日報), 23 de Junho de 2010, pág. 10.

Wei Dong (魏東) e He Wei (何為), *Exposição global dos estudos da teoria do direito penal de risco* (風險刑法理論研究綜述), publicado no *Journal of Shandong Police College*, vol. V, 2012.

Zhang Jianjun (張建軍), *Como o direito penal deve responder às exigências da sociedade de risco: preocupações – governação mediante a negociação e a reconstrução de tradição* (刑法如何應對風險社會的“焦慮----通過商談與重塑傳統的治理”), vol. I, 2015.

Ulrich Beck e Johannes Brahm, *Liberdade e capitalismo: diálogo com o sociólogo famoso Ulrich Beck* (自由與資本主義：與著名社會學家烏爾里希·貝克對話), com as traduções de Lu Guolin (路國林), Zhejiang People's Publishing House, 2001.

Nan Lianwei (南連偉), *Crítica à teoria do direito penal do risco e suas reflexões* (風險刑法理論的批判與反思), publicado no *Chinese Journal of Law* (法學研究), vol. IV, 2012.

Beccaria, *Dos delitos e das penas* (論犯罪與刑罰), com as traduções de Wang Feng (黃風), Encyclopedia of China Publishing House, 1993.

Chen Xiaoming (陳曉明), *Resposta do direito penal à sociedade de risco* (風險社會之刑法應對), publicado no *Chinese Journal of Law* (法學研究), vol.

VI, 2009.

Xia Yong (夏勇), *Estudo analítico do “risco” da sociedade de risco: esclarecimento sobre o entendimento pernicioso do “risco” do direito penal* (“風險社會”中的“風險”辨析：刑法學中的“風險”誤區之澄清), publicado no *Peking University Law Journal* (中外法學).

Chen Xingliang (陳興良), *Crítica à dogmática penal da teoria do direito penal do risco* (風險刑法理論的法教義學批判), publicado no *Peking University Law Journal* (中外法學), vol. I, 2014.

Jiang Tao (姜濤), *Controlo do direito penal sobre os riscos de sociedade e seu modo de transformação* (社會風險的刑法調控及其模式改造), publicado na *Chinese Academy of Social Sciences* (中國社會科學), vol. VII, 2019.

Liu Yanhong (劉艷紅), *A teoria do “direito penal do risco” não pode pôr a teoria de necessidade do direito penal em causa* (“風險刑法”理論不能動搖刑法謙抑主義), publicado nos *Studies in Law and Business* (法商研究), vol. IV, 2011.

Chen Kui (沈壽), *Regulamentação dos riscos: a teoria e a prática da Alemanha*, (風險規制：德國的理論與實踐), com as traduções de Liu Gang (劉剛), *Law Press China* (法律出版社), 2012.

Zhou Guangquan (周光權), *Determinação da atitude activa de legislação penal na China*, publicado no *Chinese Journal of Law* (法學研究), vol. IV, 2016.

Liang Genlin (梁根林), *Revisões do direito penal: dimensão, estratégia, valorização e reflexão* (刑法修正：維度、策略、評價與反思), publicado no *Chinese Journal of Law* (法學研究), vol. I, 2017.

Zhang Mingkai (張明楷), *Várias relações que se devem tratar de forma adequada em revisões legislativas* (論修改立法應妥善處理的幾個關係), publicado no *Peking University Law Journal* (中外法學), vol. I, 1997.

Gerhard Bans, *Causa e finalidade do estudo sobre os riscos* (風險研究的緣由和目標), com as traduções de Chen Xiao (陳霄) e Liu Gang (劉剛), publicado na *Regulamentação dos riscos: a teoria e a prática da Alemanha*, (風險規制：德國的理論與實踐), com a coordenação de tradução de Liu Gang (劉剛), *Law Press China* (法律出版社), 2012.

Lao Dongyan (勞東燕), *Perspectiva da legislação penal da sociedade de risco e do funcionalismo* (風險社會與功能主義的刑法立法觀), publicado na *Law Review* (法學評論), vol. VI, 2017.

Gao Mingwei (高明軒), *Estudos sobre a teoria de legitimidade da legislação penal na sociedade de risco* (風險社會中刑事立法正當性理論研究), publicado no *Legal Forum* (法學論壇), vol. IV, 2011.

Zhang Mingkai (張明楷), *Direito Penal* (刑法學), 4.ª edição, *Law Press China* (法律出版社), 2011.

Zhang Mingkai (張明楷), *Reflexões sobre Algumas Questões Referentes à Teoria do Direito Penal da “Sociedade de Risco”* (“風險社會”若干刑法理論

問題反思), publicado nos *Studies in Law and Business* (法商研究), n.º V, 2011.

He Ronggong (何榮功), *Reflexões sobre a legislação penal contra o terrorismo de carácter “preventivo”* (“預防性”反恐刑事立法思考), publicado na *China Legal Science* (中國法學), vol. III, 2016.

Che Hao (車浩), *Reflexões dogmática sobre a legislação penal – em base do estudo analítico sobre a Lei de Revisão IX* (刑事立法的法教義學反思 – 基於<刑法修正案(九)>的分析), publicado nos *Estudos Jurídicos* (法學), vol. X, 2015.

Long Min (龍敏), *Choque entre a ordem e a liberdade – dos conflitos e da coordenação entre os valores do direito penal na sociedade de risco* (秩序與自由的碰撞 – 論風險社會刑法的價值衝突與協調), publicado no *Journal of Gansu Political Science and Law Institute* (甘肅政法學院學報), vol. V, 2010.

Lao Dongyan (勞東燕), *Direito Penal da Política Pública e da Sociedade de Risco* (公共政策與風險社會的刑法), publicado nas *Social Sciences in China*, vol. III, 2007.

Qi Wenyuan, *Algo que ao direito penal no contexto da sociedade de risco cabe fazer e algo que não* (刑法應對社會風險之有所為與有所不為), publicado nos *Studies in Law and Business* (法商研究), vol. IV, 2011.

Qu Chunlan (瞿春蘭), *Demonstração das características do direito penal do risco na Lei de Revisão IX*, publicado no *Journal of Social Science of Harbin Normal University*, vol. I, 2017.

Gao Mingxuan (高明軒) e Li Yanfeng (李彥峰), *Qualificação racional do direito penal no contexto da sociedade de risco* (風險社會下刑法的合理定位), publicado no *People’s Procuratorial Semimonthly* (人民檢察), vol. XII e vol. XIII, 2016.

Jin Rixiu (金日秀), *Direito penal do risco, direito penal de inimigo e direito penal de amor* (風險刑法、敵人刑法與愛的刑法), com as traduções de Zhen Junnan (鄭軍男), na *Jilin University Journal Social Sciences Edition* (吉林大學社會科學學報), vol. I, 2015.

Jiao Xupeng (焦旭鵬), *Mudança para os riscos no direito penal contemporâneo – comentário sobre a perspectiva chinesa do direito penal* (現代刑法的風險轉向 – 兼評中國當下的刑法觀), publicado no *Journal of Southwest Minzu University(Humanities and Social Science)* (《西南民族大學學報》(人文社會科學版)), vol. XII, 2018.

Feng Jun (馮軍), *Posição e metodologia sobre a dogmática do direito penal* (刑法教義學的立場和方法), publicado no *Peking University Law Journal* (中外法學), vol. I, 2014.

Liang Genlin (梁根林), *Dificuldades e sua superação quanto aos princípios gerais de punição dos crimes preparatórios – a interpretação e a reconstrução do art.º 22.º da Lei Penal* (預備犯普遍處罰原則的困境與突围 – 刑法第22條

的解讀與重構), publicado na China Legal Science (中國法學), vol. II, 2011.

Jiao Xupeng (焦旭鵬), *Sentido do direito penal na modernização reflexiva – abordagem do caminho de conhecimento macro sobre os estudos do direito penal de risco* (自反性現代化的刑法意義 – 風險刑法研究的宏觀知識路徑探索), publicada no Political Science and Law (政治與法律), vol. IV, 2014.

A REFORMA DA SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO EM PORTUGAL E A SUA INSPIRAÇÃO PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL DE MACAU*

Li Zhe

Professora Associada, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Wong Heng Ut

Doutorando, Mestre em Direito Penal, Faculdade de Direito,
Universidade de Macau

Resumo: o artigo 263.º do Código de Processo Penal de Macau regula a suspensão provisória do processo, a qual quer dizer que, quando verificados determinados requisitos, o arguido, mediante o cumprimento de uma série de regras de conduta e injunções durante o período de prova, compensando o ofendido e os interesses públicos lesados e reparando as relações sociais, pode sujeitar-se a um plano de descriminalização que não o persegue com o processo penal. Em Macau, até hoje, raramente se recorre a este instituto, justamente porque faltam aos requisitos previstos no instituto a operacionalidade teórica e prática. Assim sendo, Macau pode, olhando para o que se encontra estabelecido para este instituto noutros sistemas jurídicos semelhantes, mas sem prejuízo do respeito pela situação concreta de Macau, proceder a certas alterações e reformas, para promover a aplicação e desenvolvimento do instituto e melhor concretizar a paz social.

Palavras-chave: Suspensão provisória do processo; suspensão da dedução de acusação; planos alternativos à justiça criminal; justiça restaurativa.

* A autora proferiu um discurso temático sobre o instituto da suspensão provisória do processo de Macau e a mediação criminal intitulado preliminarmente “Mediação no processo penal chinês” na “Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global”, realizada na Universidade de Macau em 24 e 25 de Outubro de 2019. O presente artigo tem como base o texto do discurso com algumas alterações introduzidas.

Segundo o direito penal moderno, a intervenção estadual na vida social deve ser restrita. O direito penal só intervém como o último recurso a ajustar as relações sociais, quando os outros meios não são suficientes para proteger os interesses público e privados ou impedir a ocorrência de crimes. Baseando-se nesse ponto de vista, em diversos países foram implementados e desenvolvidos passo a passo sistemas alternativos ao processo penal, para lidar com casos criminais ligeiros por meio de soluções alternativas. O artigo 263.º do Código de Processo Penal de Macau prevê o instituto da suspensão provisória do processo, o qual, quando preenchidos certos requisitos, suspende provisoriamente o processo em vez da dedução de acusação. Por outras palavras, trata-se da suspensão da acusação. O cumprimento de uma série de injunções e regras de conduta por parte do arguido dirime litígios e previne crimes. No entanto, desde a reunificação de Macau, não foi suficientemente utilizado o instituto na prática forense. Segundo as estatísticas divulgadas pelo Ministério Público de Macau, durante os últimos 20 anos desde a reunificação de Macau, houve apenas 16 casos em que foi utilizado o instituto da suspensão provisória do processo, havendo, em média, menos de 1 caso por ano. Deve-se notar que, em Macau, é cerca de 3,000 a 4,000 o número de processos em que é deduzida acusação (incluindo processos ordinários e sumários) ¹.

Já em 1987 o instituto da suspensão provisória do processo foi regulado pelo Código de Processo Penal Português. Por causa da “orientação” emitida pela Procuradoria-Geral da República de Portugal em 2014, o instituto passou a ser aplicado em muitos mais casos. Segundo as estatísticas da Procuradoria-Geral da República, no ano subsequente ao da aplicação da referida “orientação”, no Porto, Portugal, em 37.37%² dos casos em que existiam indícios suficientes para dedução da acusação, foi aplicado o instituto da suspensão provisória do processo. Em 2017, em Portugal houve 34.145 casos em que foi aplicada a suspensão provisória do processo, que constitui 35%³ dos casos em que existiam indícios suficientes para dedução da acusação. O presente artigo vai apreciar sistematicamente o instituto da suspensão provisória do processo de Portugal, e, olhando para o valor e o objectivo da suspensão provisória do processo, apresentar certas propostas em relação ao instituto vigente em Macau.

I. Requisitos para aplicação da suspensão provisória do processo

O artigo 263.º do Código de Processo Penal de Macau estabelece os

1 https://www.mp.gov.mo/pdf/Statistical_data.

2 http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_sintese_spp_2015-2016.pdf, página 7.

3 www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_sintese_spp_2017.pdf, página 8.

requisitos da suspensão provisória do processo. Em termos gerais, o regime da suspensão provisória do processo é aplicável aos casos em que se verificam os seguintes requisitos: (1) o crime é punível com pena de prisão de limite máximo não superior a 3 anos, ainda que com pena de multa, ou só com pena de multa; (2) ausência de antecedentes criminais do arguido; (3) não há lugar a medida de segurança de internamento; (4) carácter diminuto da culpa; e (5) é de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. Os requisitos acima referidos são derivados das disposições legais do Código de Processo Penal Português. No entanto, sendo a suspensão provisória do processo raramente aplicada em Macau, não há grande discussão sobre o entendimento dos mesmos requisitos e a necessidade da sua alteração. O texto que seguidamente será exposto vai apresentar algumas propostas em relação aos requisitos da suspensão provisória do processo em Macau, em função das alterações legislativas portuguesas e do respectivo entendimento académico.

(I) “o crime for punível com pena de prisão de limite máximo não superior a 3 anos, ainda que com pena de multa, ou só com pena de multa”

Este requisito restringe a suspensão provisória do processo apenas aos crimes que não sejam graves. Isso ocorre devido à natureza do instituto. No sistema jurídico de processo penal de Macau, em termos gerais, os crimes sujeitos a pena de prisão superior a três anos já não são crimes ligeiros, e a exigência da sua prevenção (incluindo prevenção geral e especial) é relativamente mais alta. O limite máximo a que se refere este requisito incide sobre a pena máxima em abstracto do crime, não sendo a pena concreta que deve ser aplicada no caso. Em caso de concurso de crimes, relativamente à questão de saber em que consiste o limite máximo – deve-se considerar a pena de cada um dos crimes ou as penas concretamente aplicadas aos crimes em concurso – não há grande discussão tanto a nível doutrinal como a nível jurisprudencial.

Já em 1998, o Código de Processo Penal português elevou a pena máxima em abstracto exigida para 5 anos, enquanto em Macau se mantém em 3 anos. O motivo pelo qual em Portugal foi introduzida essa alteração prende-se com o facto de permitir que instituto possa beneficiar mais casos, levando a que o mesmo instituto seja aplicado não apenas aos crimes ligeiros mas sim ainda a crimes de gravidade moderada, e que os tribunais se concentrem nos casos mais severos.

Foi emitida uma orientação escrita da Procuradoria-Geral da República em 2014, a qual explicou a sua posição sobre o modo como devem ser entendidos os requisitos do instituto da suspensão provisória do processo em caso de concurso de crimes, no sentido de que, em caso de concurso de crimes, pode ser aplicada a suspensão provisória do processo desde que a pena em abstracto para cada um dos

crimes em causa não exceda 5 anos⁴. A partir de 2014, na prática forense todos os casos foram tratados de acordo com a referida diretriz da Procuradoria-Geral da República. Apesar de em Macau não ter sido emitido qualquer parecer vinculativo ou orientador sobre a questão, a perspectiva portuguesa proporciona um caminho para a reflexão da futura aplicação ou reforma do instituto em Macau. No entanto, sobre essa questão, há quem considere que o entendimento da Procuradoria-Geral de Portugal se procedeu a uma interpretação extensiva das disposições legais do Código de Processo Penal português, não tendo correspondência no pensamento legislativo originário, uma vez que essa interpretação permite a situação em que a pena concretamente aplicada aos crimes em concurso seja muito superior a cinco anos⁵. O instituto da suspensão provisória do processo, por natureza, deve ser aplicado somente aos arguidos com ilicitude moderada. Se um arguido culposamente cometer vários crimes ao mesmo tempo, mesmo que sejam meramente crimes ligeiros, é manifesto o seu grau de ilicitude. Assim, dificilmente conseguimos chegar à conclusão de que a aplicação da suspensão provisória do processo a esses casos desempenhou suficientemente o papel de educação e punição do arguido.

Consideramos que o instituto da suspensão provisória do processo suspende condicionalmente o processo. Se o agente cumprir os deveres e as exigências que lhe sejam impostos, não será avançado com o processo criminal contra ele instaurado. Assim, o processo só pode incidir sobre casos relativamente ligeiros. No entanto, não está excluída a possibilidade de, em certos casos, apesar de o crime em causa ter uma moldura penal abstracta mais elevada, não serem graves as concretas circunstâncias e a natureza do crime. Assim, tendo em conta que o instituto está ainda sujeito a outros requisitos, tais como o de “carácter diminuto da culpa”, “ausência de antecedentes criminais do arguido”, entre outros, eventualmente pode ser moderadamente alargado este requisito, adoptando-se a regra vigente em Portugal segundo a qual o instituto é aplicável a “crime com pena de prisão de limite máximo não superior a 5 anos”. Contudo, no caso de o agente cometer ao mesmo tempo vários crimes, tendo em atenção que a perigosidade social da sua conduta criminosa é mais grave, não se deve, assim, adoptar o critério de Portugal segundo o qual basta cada um dos crime não exceder a 5 anos, devendo adoptar, sim, o de que após concurso a moldura penal não exceda a 5 anos.

(II) “ausência de antecedentes criminais do arguido” e “carácter diminuto da culpa”

Tanto em Macau como em Portugal, a aplicação do instituto da suspensão

4 Capítulo I da Diretiva n.º 2014 de 24 de Janeiro

5 Maria Nunes Ferreira David, O Regime Legal da suspensão provisória do Processo, p. 16

provisória do processo depende da verificação simultânea de dois requisitos, o de “ausência de antecedentes criminais do arguido” e o do “carácter diminuto da culpa”. Ambos os requisitos são considerados a partir da censurabilidade subjectiva do agente. Consideramos que os mesmos requisitos podem funcionar como um único requisito integrado, alterando-os para “ausência de antecedentes criminais do arguido ou carácter diminuto da culpa”, porque:

Em primeiro lugar, no que diz respeito aos requisitos de “ausência de antecedentes criminais do arguido ou carácter diminuto da culpa”, a intenção legislativa consiste na ideia de que a imposição ao arguido do cumprimento de injunções e regras de conduta, o restabelecimento da ordem social e dos bens jurídicos danificados, a reparação das relações sociais e a prevenção da prática de crimes, em vez do envio do arguido para tribunal para julgamento, mais se coadunam com as exigências do interesse público.

As disposições legais vigentes em Portugal e em Macau exigem simultaneamente a “ausência de antecedentes criminais do arguido” e o “carácter diminuto da culpa”. No entanto, tendo percebido a lei portuguesa que essa exigência é demasiado rigorosa, foi revisto o “Código de Processo Penal” com vista a estabelecer regras mais flexíveis para ambos os requisitos.

Em primeiro lugar, em Portugal foi revisto o requisito da “ausência de antecedentes criminais do arguido”, passando a determinar que basta o arguido não ter sido punido por crimes da mesma natureza (a maioria dos estudiosos portugueses entende que os crimes que salvaguardam o mesmo interesse jurídico são crimes da mesma natureza). Em Macau, o requisito da ausência de antecedentes criminais não é restringido aos crimes da mesma natureza. Cabe salientar, porém, que até em Macau existe um especialista português que entende que a expressão “antecedentes criminais” é demasiado vaga, que o legislador efetivamente não quer referir-se a todos os antecedentes criminais, mas sim antecedentes criminais da mesma natureza⁶. No entanto, não encontramos o fundamento desse entendimento na letra da lei.

Em segundo lugar, em relação ao requisito de carácter diminuto da culpa, a sua avaliação na prática é relativamente complicada. Em termos gerais, se não houver facto específico ou circunstância atenuante que justifiquem o carácter diminuto da culpa do arguido, são todos os casos com culpa geral. Em caso de culpa geral do arguido, em termos teóricos, parece não estarem preenchidos os requisitos do instituto da suspensão provisória do processo em Macau. Aquando da alteração do Código de Processo Penal de Portugal em 2007, foi alterado o requisito do “carácter diminuto da culpa”, passando a exigir-se a “ausência de

6 Manuel Leal-Henriques, Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, 2014, p. 385.

um grau de culpa elevado”. Assim, com a referida alteração, foi reduzido o limite para a aplicação do instituto e alargado o âmbito a sua aplicação. Esta disposição vigente em Portugal destina-se justamente a alargar em termos adequados o âmbito de aplicação da suspensão provisória do processo.

Cabe, porém, considerar se o simples alargamento dos referidos dois requisitos satisfaz as necessidades existentes na prática. Será que deixamos de lado alguns casos em que são satisfeitos os objectivos da suspensão provisória do processo, mas porque devem ser simultaneamente preenchidos os dois requisitos acima referidos (já em alguma medida alargados) e não pode ser aplicado o instituto? Se se exigir que o arguido não tenha “antecedentes criminais”, na prática, o que acontecerá é que haverá certos agentes que, ainda que tenham antecedentes criminais, que não são muito censuráveis em termos subjectivos, que perdem a oportunidade de se reintegrar na sociedade mediante a suspensão provisória do processo.

Na realidade, tanto em Macau como em Portugal, o legislador, quando determinou a ausência de antecedentes criminais como um dos requisitos da suspensão, tinha em mente a ideia de excluir os arguidos não primários (que tenham antecedentes criminais), porque o facto de ter repetido a prática de crime nos leva a desconfiar se o arguido consegue cumprir as injunções e regras de conduta que tenham como função a sua educação e prevenção da prática de crime. No entanto, podem ter sido preteridos alguns casos que possam ocorrer em concreto. Como por exemplo, se o arguido cometeu um crime de ofensa simples à integridade física por negligência num acidente que não seja grave, e agora volta a estar envolvido em caso de ofensa à integridade física, podemos, assim, afirmar que é completamente inadequado aplicar-lhe o instituto da suspensão provisória do processo? Noutro exemplo, se o arguido tiver sido punido por homicídio doloso, pode ele beneficiar do instituto da suspensão provisória do processo porque se considera não ter praticado crime da mesma natureza se desta vez estiver em causa o crime de burla simples? Obviamente, no primeiro exemplo, apesar do arguido ter cometido crime contra os mesmos bens jurídicos, não são porventura altas a sua censurabilidade subjectiva e a culpa. Noutro exemplo, bem pelo contrário, apesar de o arguido não ter cometido crime da mesma natureza, praticou crime doloso que priva a vida dos outros, será manifestamente mais baixa a nossa expectativa em relação à possibilidade de ele voltar ou não a praticar crimes. Assim, em Portugal, mediante acto legislativo, doutrina e interpretações, entre outros, estão a tentar liberalizar as exigências em relação a “antecedentes criminais” e “culpa”. No entanto, podemos ainda encontrar casos em que não se consegue aplicar o instituto, ou que a aplicação do instituto não corresponde ao interesse público.

A Lei de Procedimento Penal do Brasil abandonou sua adesão a essa condição e acredita que a aplicação do sistema da suspensão condicional deve

levar em consideração a culpa, convicção, comportamento social, carácter próprio do suspeito e se a revisão tem motivos para apoiar a aplicação desse sistema. O estudioso brasileiro Vlademir Brega Filho acredita que o registo anterior do suspeito não impede necessariamente a aplicação do sistema de suspensão condicional. Se o novo comportamento criminoso tiver sido implementado por mais de cinco anos a partir da data de conclusão da sentença anterior, o registo criminal anterior relevante não pode constituir obstáculo ao sistema da suspensão condicional (aplicação análoga ao artigo 64.º do Código Penal Brasileiro) ⁷.

Pelo exposto, sugerimos que sejam combinados os referidos dois requisitos relativos à censurabilidade subjectiva do agente, que passando a ser “ausência de antecedentes criminais do arguido ou carácter diminuto da culpa”. Tanto a “ausência de antecedentes criminais do arguido” como o “carácter diminuto da culpa” se destina efectivamente a assegurar que o arguido, mediante o cumprimento de determinadas injunções e regras de conduta, restabeleça a ordem social e bens jurídicos lesados, reparando as relações sociais e prevenindo a prática de crimes. Se é verdade que se entende que se o arguido tiver antecedente criminal será mais baixa a expectativa em relação à possibilidade de ele voltar a praticar crimes, isso não quer dizer necessariamente que o arguido de modo algum consegue alcançar o objectivo estabelecido pelo instituto, com o cumprimento das condições reparatórias. Consideramos que se deve proceder a uma análise plurifacetada e dinâmica quanto ao grau de gravidade, culpa subjectiva e dano objectivo do crime, para certificar se o antecedente criminal do arguido causará, ou não, impacto negativo à suspensão provisória do processo. Desde que o arguido não tivesse praticado dolosamente crimes graves e que não seja elevado o grau da culpa, podem ser ponderados de maneira abrangente os seus antecedentes criminais e a culpa. Mediante a ponderação e análise do caso concreto de modo específico e abrangente, examina-se se a aplicação do instituto ao próprio arguido é ou não adequada, e se é suficiente para compensar os bens jurídicos violados e prevenir a prática de crime (incluindo prevenção geral e especial).

(III) “Não haver lugar a medida de segurança de internamento”

O internamento constitui uma das medidas de segurança, que é, tanto em Portugal como em Macau, um dos requisitos para a aplicação da suspensão provisória do processo. Quando o agente do crime tiver certa perigosidade, mas por causa da sua inimputabilidade, não lhe seja aplicável uma sanção penal, é nesta situação em que a aplicação de medida de segurança constitui sanção penal que salvaguarda a estabilidade social, evitando que o agente volte a praticar outros actos de natureza perigosa. A medida de segurança mais vista e ao mesmo tempo

7 Verbetes n.º 52 da consolidação dos enunciados e administrativos criminais.

mais severa é a de internamento. Nos termos do artigo 83.º do Código Penal, quando o agente de crime for inimputável, o tribunal, por virtude da anomalia psíquica do agente e da gravidade do facto praticado, mandará interná-lo em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança para evitar que o agente que não se consegue controlar volte a praticar actos lesivos contra os outros. Se o agente não conseguir controlar-se bem, ou entender a censurabilidade da sua conduta, manifestamente não conseguirá perceber e cumprir as injunções e regras de conduta, não sendo necessário discutir sobre a aplicação do instituto. Assim, sem dúvida, deve-se manter este requisito nos processos em Macau.

(IV) “Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir”

Para a prevenção geral e especial, a suspensão provisória do processo deve ser uma medida adequada e suficiente. Para determinar se é adequada e suficiente, precisamos de considerar suficientemente não apenas os factos constitutivos do crime, mas sim todos os factos e as circunstâncias do caso. A título de exemplo, necessitamos de compreender a conduta do agente antes da prática do crime, a atitude após a prática do crime, de saber se existe ou não confissão voluntária, integral e sem reserva, e se está arrependido da prática do crime, se vier a praticar actos que demonstram a sua reparação sincera, e se o facto de impor ao arguido injunções e regras de conduta é ou não suficiente para satisfazer a razoável expectativa quanto a reparação da ordem jurídica e dos interesses jurídicos.

Por outro lado, o regime português acrescentou ainda o requisito da “ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza”. Se um arguido tiver beneficiado do instituto da suspensão provisória do processo, mas voltou a praticar crime da mesma natureza, é claro que a mera observância de injunções e regras de conduta não chega para prevenir a prática de crime.

Para a melhor aplicação do instituto da suspensão provisória do processo, foi criado, em 1992, pela Procuradoria-Geral da República de Portugal, o Centro de informação sobre a aplicação do instituto, tendo começando em 2008 a incluir no Centro a informação sobre as injunções e regras de conduta impostas. Sobre a questão, alguns estudiosos portugueses opõem-se à medida, considerando que esse Centro de informação com o nome assim registado nada distingue do registo criminal, o que viola o princípio da presunção de inocência e o da reserva judicial⁸. No entanto, os que são favoráveis à criação do Centro entendem, por sua vez, que o tal registo é meramente uma informação a nível interno, não estando aberto ao

8 Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, 2011, p. 761

público. Mais ainda, a manutenção dos dados tem limite temporal, e o tempo que dura depende da gravidade do crime em causa⁹, merecendo portanto acolhimento.

Assim, deve ser mantido este requisito no sistema de Macau, com a seguinte regra introduzida – se o arguido tiver beneficiado anteriormente da aplicação do instituto da suspensão provisória do processo por crime da mesma natureza, neste caso não lhe é aplicável o mesmo instituto.

II. Concordância do assistente, determinado denunciante e ofendido

O Código de Processo Penal de Macau estabelece que a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo depende da concordância do arguido, do assistente, de determinados denunciante e ofendidos. A lei não exige a concordância dos denunciante em todos os casos, sendo apenas aquele que tenha declarado na denúncia que desejava constituir-se assistente e para tal tenha legitimidade.

No que se refere à concordância, o Código de Processo Penal português não a exige em relação a denunciante e a ofendidos em geral, mas sim apenas a do arguido e do ofendido que se constitui assistente. Entende-se que apenas os ofendidos constituídos assistente é que têm legitimidade e interesse em agir para manifestar a sua posição; assim, não é necessário obter a concordância do denunciante e do ofendido não constituído assistente aquando do início da suspensão provisória do processo.

Alguns estudiosos portugueses entendem que, apesar de a lei exigir apenas a concordância do arguido e do assistente, o juiz de instrução deve proferir o despacho de não suspensão do processo, se no caso concreto o ofendido não estiver de acordo com a aplicação do instituto¹⁰. No entanto, tanto a orientação da Procuradoria-Geral de Portugal como a doutrina¹¹ e a jurisprudência¹² maioritária, entendem que a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo não depende da concordância do ofendido não constituído como assistente. No caso de haver vários arguidos, independentemente de serem ou não coautores do mesmo crime, a suspensão provisória do processo beneficia apenas um dos

9 Artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 299/99, de 4 de Agosto.

10 João Conde Correia, *Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação*, Publicações Universidade Católica, 2007, pp.90-91

11 Sónia Fidalgo, O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 283; Fernando Torrão, A relevância político-criminal da Suspensão Provisória do Processo, Almedina, 2000, pp. 202-203.

12 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19/11/2003: “o termo assistente usado no artigo 281.º do Código de Processo Penal de 1998 (...) é sempre que em sentido rigoroso, não abrangendo a figura do ofendido com a possibilidade de se constituir assistente”

arguidos, continuando-se o processo judicial contra os demais arguidos. Se se confirmar que um dos arguidos preenche os requisitos para a suspensão provisória do processo, neste caso deve ser passada certidão para que a parte do processo susceptível de suspensão seja tratada em separado. No respectivo processo, é apenas necessária a concordância do arguido que o instituto beneficia, não sendo exigida a concordância de outros arguidos ou coautores do mesmo processo¹³.

O sistema jurídico-criminal de Macau é derivado da antiga lei portuguesa, tendo introduzido no instituto da suspensão provisória do processo como requisito a concordância do ofendido. Em relação à questão de saber se se deve continuar a manter a concordância do ofendido como requisito em Macau, entendemos que a aplicação do instituto de suspensão provisória do processo não é apenas a iniciação de um outro processo, mas sim quer dizer que o agente do crime não será punido. Portanto, a exigência da concordância do ofendido mostra-se razoável, porque é ofendido a pessoa cujos interesses jurídicos a lei pretende proteger especificadamente, tendo ele direito de manifestar a sua opinião e posição em relação à não punição do arguido. Os sentimentos e opiniões do ofendido merecem ser ponderados. Assim, convém manter a exigência em relação à concordância do ofendido. No entanto, ainda que seja razoável exigir a concordância do ofendido, não se pode negar que essa regra torna indubitavelmente mais difícil o trabalho do Ministério Público no que respeita à avaliação dos requisitos. De facto, no nosso mundo real, aqueles ofendidos que não pretendem ser assistentes carecem de entusiasmo em relação ao próprio processo criminal. Mais ainda, sendo Macau um território pequeno, e tendo uma população estruturalmente complicada, muitos dos ofendidos não são residentes de Macau, sendo até muito difícil contactá-los nas investigações subsequentes. Em relação a outros intervenientes do processo, tais como o denunciante e outros assistentes que não sejam ofendidos, temos dúvida se eles têm legitimidade de decidir sobre a aplicação ou não do instituto. Esses intervenientes provavelmente consideram apenas os seus interesses quanto à prestação ou não da concordância. Entendemos portanto que se deve adoptar o regime português vigente após a reforma, no sentido de que, se o ofendido requerer a constituição como assistente, neste caso, a aplicação da suspensão provisória do processo exige a concordância dele.

III. Em relação à decisão quanto a suspensão provisória do processo

O instituto da suspensão provisória do processo sofreu alterações e complementos em diferentes épocas. Existe grande diferença em Portugal e em Macau sobre a proposta e a decisão quanto à suspensão provisória do processo.

13 Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, p. 760

(I) O Ministério Público tem o poder de decisão, ou o poder de recomendação, em relação à suspensão provisória do processo?

Nos termos do artigo 263.º do Código de Processo Penal de Macau, o instituto da suspensão provisória do processo inicia-se com a proposta do Ministério Público dirigido ao juiz de instrução, a quem cabe decidir se se aplica o instituto e quais são as concretas injunções e regras de conduta a aplicar. Assim, em Macau, o Ministério Público é apenas o órgão que propõe ao juiz de instrução a aplicação do instituto, tendo somente a função de impulsionar o processo. A verdadeira decisão cabe ao juiz de instrução.

As competências do Ministério Público e do juiz de instrução no ordenamento jurídico português distinguem-se das de Macau. Em Portugal, nos termos do artigo 281.º do Código de Processo Penal português, a suspensão provisória do processo, em termos gerais, começa por uma de duas hipóteses – em primeiro lugar começa officiosamente pelo Ministério Público quando este entender que se verificam todos os pressupostos para a suspensão, em segundo lugar começa a requerimento do assistente ou do arguido. Cabe ao Ministério Público e não ao juiz de instrução decidir se suspende ou não provisoriamente o processo. O Código de Processo Penal português determina que o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, do arguido e do assistente, determina a aplicação da suspensão provisória do processo. Ou seja, cabe ao Ministério Público determinar se se aplica o instituto da suspensão provisória do processo, ainda que a decisão do Ministério Público esteja sujeita a vários requisitos jurídicos. Cabe ao juiz de instrução, por sua vez, fiscalizar se a aplicação do instituto viola de algum modo as leis e os direitos humanos, e examinar se no caso concreto existem indícios suficientes que indicam a existência do crime e a identidade do sujeito, se a concordância do arguido e do assistente foi prestada de modo livre e esclarecido, e se as injunções e regras de conduta impostas pelo Ministério Público correspondem ou não ao princípio da adequação, entre outros aspectos¹⁴. No entanto, na situação em que o Ministério Público nada faz para aplicar o instituto da suspensão, neste caso o juiz de instrução já não tem competência para o substituir¹⁵.

(II) O Ministério Público está sujeito ao dever de iniciar a suspensão provisória do processo, nos casos em que estejam preenchidos os respectivos requisitos?

Segundo a orientação escrita da Procuradoria-Geral da República de

14 Acórdão de 08/11/2009 do Tribunal da Relação do Porto e Acórdão de 30/09/2014 do Tribunal da Relação de Évora.

15 Acórdão de 20/04/2017 do Tribunal da Relação de Lisboa.

Portugal, emitida em 2014, relativamente à suspensão provisória do processo, cabe ao Ministério Público iniciar o mecanismo da suspensão quando tiver sido constatado no caso concreto que todos os requisitos previstos no Código de Processo Penal para o instituto estão verificados. Pode-se dizer que está sujeito ao princípio da legalidade de iniciar a aplicação da suspensão provisória do processo. Claro, em Portugal, há quem entenda que, mesmo que estejam verificados os requisitos exigidos pelo artigo, o Ministério Público pode decidir se se aplica ou não o instituto – é o chamado princípio da oportunidade que está em causa. No fundo, é o Ministério Público, depois de ponderar os prós e contras, quem decide se se aplica este instituto. No entanto, desde a emissão da orientação vinculativa da Procuradora-Geral de Portugal, Ministério Público de todos os distritos aplicam o instituto da suspensão provisória do processo segundo a referida orientação.

Quanto a questão de saber se em Macau está a vigorar o princípio da legalidade ou o princípio da oportunidade, afigura-se que tanto a doutrina como a jurisprudência raramente o menciona. No entanto, olhando para a estatística da prática forense e dos respectivos processos, as autoridades judiciais basicamente consideram que não está em causa um poder vinculado. Justamente porque, na maioria dos casos, na situação em que há indícios suficientes sobre a ocorrência de crime e a identidade do agente que o praticou, em princípio, o Ministério Público deduz acusação contra o arguido. Ou seja, no sistema de Macau, a iniciação da suspensão provisória do processo está mais relacionada com o poder discricionário. Mesmo que estejam verificados todos os requisitos objectivos, o Ministério Público pode ainda optar pela não aplicação do instituto, deduzindo acusação contra o arguido¹⁶.

Sabemos que o instituto da suspensão provisória do processo exige que o Ministério Público realize investigações mais detalhadas sobre o arguido, com vista a assegurar que estão verificados os requisitos para aplicação do instituto, o que exige muito tempo e recursos humanos. Portanto, na prática, definir o instituto da suspensão provisória do processo como um poder não vinculado, indubitavelmente limitará objectivamente a aplicação do instituto. Pelo contrário, os agentes do Ministério Público português têm o poder jurídico de decidir se se aplica o instituto da suspensão provisória do processo, devendo suspender provisoriamente o processo quando se encontram verificados os requisitos. Assim, a regra portuguesa enfatiza e destaca mais o papel orientador do Ministério Público na fase de inquérito, o que torna o Ministério Público mais dinâmico, e facilita o desempenho do papel do instituto.

Entendemos que a estrutura organizada no regime português, nomeadamente

16 Segundo a orientação da Procuradoria-Geral da República de Portugal de 2014, no procedimento penal que depende de acusação particular, a iniciação de suspensão provisória do processo não depende da acusação particular.

quando confere ao Ministério Público a competência para a aplicação da suspensão provisória do processo, e ao mesmo tempo confere ao juiz de instrução a competência para concordar, por um lado, salvaguarda o papel de liderança do Ministério Público na fase de inquérito e, por outro lado, limita o poder do Ministério Público com o princípio da legalidade e o papel de vigilância do juiz de instrução, o que previne em termos adequados a discricionariedade do Ministério Público, protegendo tanto quanto possível os interesses processuais do arguido e dos outros intervenientes.

No sistema brasileiro, a maioria dos casos com a suspensão condicional pode ser tratada e julgada por juízos criminais especiais, que distingue dos outros juízos de processo comum, de modo a garantir a aplicação eficaz do instituto, aumentar a eficiência processual e evitar a estagnação no desenvolvimento do sistema. Entendemos que a reforma das leis de Macau pode ter como referência os mecanismos brasileiros, aprendendo dos outros, criando um juízo específico para tratar os casos de suspensão provisória do processo. No entanto, seja qual for a solução, as leis, enquanto normas para regular a vida quotidiana da sociedade, exigem sempre o consenso social e a prática social para cada uma das reformas.

Conclusões finais

As injunções e regras de conduta impostas ao arguido por virtude da suspensão provisória do processo por natureza não são penas, mas sim deveres cujo cumprimento compensa os danos resultantes da violação do bem jurídico, orienta o arguido para agir de acordo com a lei e implementa o conceito de cumprimento da lei na mente do arguido, evitando, assim, que volte a praticar crimes e ajudando o seu retorno à sociedade tanto mais rápido quanto possível. A suspensão provisória do processo evidencia ainda o princípio da economia processual, economiza recursos judiciais, aumenta a eficiência processual, reduz os custos judiciais e termina o processo de maneira não penalizadora e relativamente mais humana. A fim de permitir que o instituto se desenvolva e alcance o seu objectivo em termos eficazes, não se deve apenas esclarecer o âmbito de aplicação a partir da legislação, mas sim também conjugar com todas as circunstâncias factuais do caso concreto, ponderando de maneira abrangente se a aplicação do instituto satisfaz ou não a exigência da prevenção geral e especial, considerando se os interesses público e o privado se encontram garantidos, ajustando, mediante o aperfeiçoamento do procedimento jurídico, os poderes e as posições do Ministério Público e do juiz de instrução neste instituto, e promovendo a aplicação eficaz do instituto da suspensão provisória do processo.

DÉCIMA SEGUNDA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global –
Novos desafios e desenvolvimentos na
Criminologia contemporânea e o seu
impacto no Direito Criminal»

7.^a Sessão

«Globalização Criminal e Crime
Transnacional»





O EMERGENTE MODELO POLÍTICO-CRIMINAL FACE AO TERRORISMO OU O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM ACCÃO

Maria Leonor Esteves

Professora, Universidade do Porto, Instituto Politécnico de Viseu; e
Investigadora, JusGov, Universidade do Minho, Portugal

Resumo: O complexo de decisões estratégicas, posições doutrinárias, escolhas legislativas e atitudes policiais que integram o emergente modelo de “combate” ao terrorismo, no plano internacional como no plano nacional, resultando de um “aprimoramento” das medidas político-criminais gizadas nos anos 70 e 80 do século XX visando controlar o(s) terrorismo(s) interno(s) e o crime organizado transnacional, revelam, na prática, os supostos básicos, as opções metodológicas e as consequências que constituem o âmago do chamado “Direito Penal do Inimigo” (*Feindstrafrecht*) em todo o seu esplendor. Justamente, no que tal construção de um propalado “Direito Penal” excepcional traduz – uma preocupante restrição, se não derrogação, dos princípios e direitos fundamentais com chancela constitucional que alicerçam e identificam o Estado de Direito.

Palavras Chave: Política criminal; terrorismo; Direito Penal do Inimigo; direitos, liberdades e garantias fundamentais; Estado de Direito.

Falar de terrorismo, é hoje, indubitavelmente, aludir a um dos problemas mais perturbantes que enfrenta a comunidade internacional de Estados e de povos, um fenómeno que, não sendo novo, apresenta, contemporaneamente, uma enorme dimensão de danosidade social. Quer pelos meios utilizados que beneficiam dos avanços científicos, técnicos e tecnológicos e da mobilidade própria da sociedade globalizada, possibilitando a produção de graves e massivas ofensas a bens jurídicos individuais e colectivos, quer porque constitui uma seríssima ameaça

à tranquilidade das comunidades humanas e à estabilidade das suas instituições constitucionais.

Mas, falar de terrorismo na perspectiva da política criminal impõe encarar essa realidade fenomenológica através de um “modelo” ou “paradigma” marcado, em linguagem da criminologia, por um *esteriotipo negativo* – o terrorista – que se nutre, numa relação dinâmica, das construções elaboradas pelos agentes do Estado com funções na prevenção e repressão do crime, em particular as polícias, e da percepção da população do Estado onde os actos terroristas tiveram lugar que é conformada pelos meios de comunicação e exprime sentimentos de alarme e de temor¹, não poucas vezes usados, diga-se instrumentalizados, no discurso político em geral que, através de uma retórica simplista “populista”, promete soluções efectivas e eficientes no seu “combate”.

Esse discurso e essa retórica apelam a procedimentos que, na sua concretização prática, fazem perigar os alicerces do edifício constitucional próprio do Estado de Direito e, fundados numa “cultura de emergência” legitimadora de medidas politico-criminais e politico-administrativas de controlo dos cidadãos gravemente lesivas dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais, vêm penetrando, insidiosamente, no coração das democracias ocidentais, contaminando decisões no plano legislativo² e, mesmo, no plano judicial³. Pese embora a notável

1 Veja-se Eugénio Raul ZAFFARONI, “El terrorismo y los mecanismos de desplazamiento”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, J. R. SERRANO-PIEDCASAS/E. DEMETRIO CRESPO, directores, Iustel, Madrid, 2010, pp. 361 e ss., em especial, p. 364.

2 A par da “tendência expansiva quanto à qualificação de “actos terroristas”, alargando a criminalização a condutas que se traduzem na mera formulação de opiniões políticas discordantes da política dominante, na publicação de jornais, na criação de partidos políticos ou associações, verifica-se, por exemplo, no sistema jurídico espanhol - onde existe uma instância jurisdicional especial para os crimes de terrorismo, a Audiencia Nacional - o substancial alargamento das funções da polícia, a submissão dos suspeitos de terrorismo a medidas processuais gravemente restritivas das garantias e os direitos de defesa normalmente concedidas aos arguidos, nomeadamente, o direito de comunicação com outras pessoas (vedado num período que pode ir até dez dias), o direito de livre escolha de um advogado e de livre comunicação com ele, de forma privada e a admissibilidade de prorrogação da prisão preventiva uma jurisdição especial, Vejam-se os Artigos 577º a 579º, 514.º, nº 5 do Código Penal, na redacção conferida pelas LO 7/2000 e LO 2/2015, os artigos 504º, 509, 520º bis e 527º da Ley de Enjuiciamiento Criminal, na redacção conferida pela LO 13/2015, disponíveis em <https://www.boe.es>, consultado em 10/10/2019. Enfim, nas palavras contidas no “Manifesto por uma política criminal sobre terrorismo adaptada a los nuevos tempos” de 19/5 de 2012, assinado por reconhecidos académicos e magistrados espanhóis “A cultura de emergência implicou a recepção de técnicas processuais inquisitórias e métodos mais próprios da actividade policial que correspondem à prevalência da razão de Estado sobre a razão do Direito”, in, *Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo*, Grupo de Estudios de Política Criminal, Tirant lo Blanch, 2013, p. 15.

3 Veja-se como a “retórica do terrorismo” contaminou o processo decisório do Supremo Tribunal

resistência das “molas de segurança” que vão funcionando, na Europa, no caso da Alemanha, o seu Tribunal Constitucional⁴ e, até há pouco tempo, em Inglaterra, a Câmara dos Lordes e, no plano internacional, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *TEDH* e o Tribunal de Justiça da União Europeia *TJUE*⁵.

O uso de vocábulos com conteúdo claramente belicista “guerra ao terrorismo”, “combate ao terrorismo” que não é, sabemos, casual e muito menos inocente, tem sido persistentemente prosseguido pelos EUA desde o 11 de Setembro de 2001 e penetrou, neste século, no léxico jurídico internacional e nacional, traduz um deliberado equívoco semântico – a confusão entre fenomenologia criminosa e actos bélicos próprios de um conflito armado. Equívoco semântico que pretende emprestar legitimidade a actos de “*guerra preventiva*”, “à morte de civis como *danos colaterais*” e “*homicídios selectivos*” e propicia a manutenção e o reforço da “cultura de emergência” disseminada a partir da década de 70 do século XX em países europeus, como a República Federal Alemã, a Itália, a Espanha e a Inglaterra que defrontavam, internamente, a violência de grupos políticos oposicionistas e independentistas⁶.

dos EUA, Charles WEISSELBERG, “Constitutional criminal procedure and civil rights in the shadow of the “war on terror”. A look at recent United States decisions and the rhetoric of terrorism”, in, *Counter-Terrorism and Beyond. The Culture of Law and Justice after 9/11*, Edited by N. McGARRITY/A. LINCH and G. WILLIAMS, Routledge Research in Terrorism and the Law, 2010, pp. 71-87.; também Fábio Roberto D’ÁVILA, “O Direito Penal na “Luta contra o Terrorismo”, in, *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, 2013, pp. 185 e ss, em especial, pp. 190-191.

- 4 Que tem resistido às demandas do Executivo quanto à institucionalização de medidas policiais de vigilância através de instrumentos informáticos considerando-as inconstitucionais por ofensa do direito à integridade e à privacidade dos dados informáticos que é imanente à dignidade da pessoa e ao livre desenvolvimento da sua personalidade, Veja-se, Acórdão de 27/2/2008, *apud*, Thomas WEIGAND, “Combatiendo el terrorismo en Alemania”, *Terrorismo y Estado de Derecho*, *ob. cit.*, pp. 541-556, em especial, pp. 546-547.
- 5 Vejam-se Decisões nos Casos Kadi do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), respectivamente de 3/9/2008 e de 18/7/2013, in, *InfoCuria, Jurisprudência*, disponível, in, www.curia.europa.eu consultado em 10/10/2019.
- 6 Na Alemanha as Brigadas Baader-Meinhoff, em Itália as Brigadas Vermelhas, em Espanha a E.T.A. e em Inglaterra o I.R.A. Nos referidos países criaram-se modelos político-criminais visando reprimir o fenómeno cujos traços essenciais vinham contidos em legislação de emergência restritiva de direitos, liberdades e garantias processuais penais que alargava o âmbito dos poderes e funções policiais. Em inúmeras situações, ocorreram abusos intoleráveis das medidas policiais cujas consequências se revelaram contrárias às finalidades almejadas – desencadearam a censura da opinião pública e das instâncias internacionais de defesa dos DH e conduziram ao recrudescimento da violência terrorista, que assim se justificava e legitimava face ao terror do Estado. De enfatizar, o caso da França, a braços com as forças independentistas na Argélia, cujos agentes da polícia e membros do exército usaram, largamente a tortura. Veja-se, Roberto BERGALLI, “Libertad y seguridad.. Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardia”, in, *El*

O dealbar do séc. XXI está, assim, irremediavelmente marcado pela concretização de estratégias político-criminais de reacção ao terrorismo (nos EUA, no Reino Unido e noutros Estados de cultura anglo-saxónica como a Austrália e o Canadá, na Ásia, na Malásia, nas Filipinas, e nos Estados integrantes da Organização de Xangai, a China e a Rússia, mas também noutros Estados europeus, a Espanha, a França e a Itália) que, constituindo um refinamento das opções político-criminais tomadas perante o crime organizado transnacional (os grandes tráficos, droga, armas, pessoas e a emigração clandestina ...) no direito interno, como no direito internacional, espelham a lógica funcionalista-consequencialista inscrita na teoria propugnada pelo penalista alemão Günther JAKOBS que suporta a construção do que denomina “Direito Penal do Inimigo”. Quanto a este “Direito Penal do Inimigo” que tem sido objecto de escrutínio pela doutrina europeia, designadamente a espanhola, em monografias e artigos em volume, hoje, inabarcável⁷, e que se lhe refere, predominantemente, em tom severamente crítico, interessa enunciar, de forma necessariamente sucinta, os pressupostos essenciais de que parte e as conclusões a que tais pressupostos dão lugar.

O Direito Penal do Inimigo apresenta-se como um Direito Penal Especial/Excepcional distinto do Direito Penal comum, visando responder àqueles que através da sua actuação criminosa “persistente” revelam não se deixar influenciar pelas normas jurídicas, nem refreiam a sua conduta pela imposição de uma pena, por isso constituem uma fonte de perigo social que exige, para além da pena, a aplicação de medidas de segurança. Tais criminosos, pela sua conduta reiteradamente perigosa, colocam-se intencionalmente de fora da constituição cidadã e não merecem o tratamento reservado pelo Direito Penal aos cidadãos, em que as sanções, pensadas para operar a “estabilização contrafactica das normas violadas pelo crime com vista a reforçar a validade dessas normas e o sentimento de fidelidade ao Direito” fazem apelo a uma “garantia cognitiva suficiente de que a conduta é uma conduta própria de uma pessoa”⁸. Tais criminosos não devem

Derecho ante la Globalización y el Terrorismo. “Cedant Arma Togae”, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 59-78, em especial, p. 66; José Miguel SARDINHA, *O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1989, em especial, pp. 56-82; também, Jorge de Figueiredo DIAS, “Para Uma Reforma Global do Processo Penal. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais, in, *Para uma Nova Justiça Penal*, Almedina, pp. 189-242, em especial, pp. 200-201, nota 20.

- 7 Em Portugal, uma sintética mas original reflexão sobre o tema foi produzida por Pedro CAEIRO, “Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e a sua incidência na investigação criminal”, *Direito Penal clássico vs Direito Penal do Inimigo, Actas do III Congresso de Investigação Criminal*, 2012.
- 8 Günther, JAKOBS; “Derecho Penal del ciudadano y Derecho penal del inimigo”, in, Günther JAKOBS/Manuel CANCIO MELIÁ *Derecho penal del enemigo*, Segunda edición, Thomson Civitas, 2006, p. 50.

ser considerados pessoas mas sim “fonte de perigo”. A sua conduta traduz um acto de hostilidade radical contra a ordem jurídica comunitária, que se revela inoperante para a controlar e cuja consequência só pode ser a aplicação de medidas que previnam a perpetração de crimes no futuro através da neutralização da “fonte de perigo”. Compreende-se, assim, que nesta perspectiva extremadamente funcionalista apoiada numa concepção exclusivamente normativa de pessoa⁹ – quem, pela sua actuação demonstra, de modo credível, a sua fidelidade à ordem jurídica – se estabeleça uma distinção entre pessoas e não pessoas. Para as “não-pessoas” deverá construir-se um Outro “Direito” conforme às exigências preventivas correspondentes ao risco/perigo que representam para a sociedade. JAKOBS abandona, por carência de eficácia, a finalidade simbólica de reforço da validade da norma violada que considera dever prosseguir a pena, quando os criminosos se auto-excluem da cultura comunitária subjacente ao ordenamento jurídico que é, claramente, o caso dos terroristas, para quem *só a ideia de segurança se impõe*¹⁰. Destes pressupostos doutrinários decorrem consequências, em primeiro lugar, no plano do direito penal material – do direito de protecção de bens jurídicos limitado por exigências de justiça impostas pelo respeito devido à dignidade da pessoa, que se exprimem nos princípios da legalidade, da ofensividade, da culpa, da proporcionalidade das sanções à gravidade do ilícito e ao grau de culpa, passa-se a um direito penal exasperadamente funcionalista de cariz preventivo/defensivo, que expande a sua intervenção através da criação de tipo penais nebulosos onde não se identifica com clareza o bem jurídico carecido de protecção e do agravamento excessivo das molduras penais e, que, simultaneamente, prevê reacções securitárias visando impedir, com base num juízo de probabilidade, o cometimento de crimes por membros de determinados grupos, num estágio mesmo anterior à prática de actos preparatórios, reacções proactivas fundadas em ideias de “risco” e de “perigosidade” para a “ordem jurídica” a “ordem pública”, a “segurança nacional”, assim incorporando mecanismos de natureza administrativa e policial. No domínio do direito penal processual (fala-se já de um Direito Processual do Inimigo¹¹) falecem os direitos, as liberdades

9 Veja-se, J. R. SERRANO-PIEDRECASAS/E. DEMETRIO CRESPO, “Del Estado de Derecho al Estado preventivo”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 241-269, em especial, pp. 260-262.

10 “¿Terroristas como personas en Derecho?”, in, *Derecho Penal del enemigo*, ob. cit., pp. 70-74, p. 80, já antes, “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., “En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro”. G. JAKOBS/M. CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del enemigo*, ob. cit., pp. 54-55 (em itálico no original).

11 Veja-se MUÑOZ CONDE, “De la prohibición de autoincriminación al Derecho procesal penal del enemigo”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 107-135,

e as garantias constitucionais, designadamente, os princípios da igualdade de tratamento, do juiz natural, da presunção de inocência, o direito de se aconselhar e de se fazer representar por um advogado da sua escolha, o direito ao silêncio e o seu corolário, a proibição de auto-incriminação, o direito ao “*habeas corpus*”, a garantia jurisdicional contra o uso de provas obtidas ilegalmente, o direito de recorrer de decisões desfavoráveis.

A normatização do conceito de inimigo – numa aproximação ao conceito, no contexto que lhe é próprio, o contexto bélico – não se deve, naturalmente, a G. JAKOBS e tem os seus prolegómenos, na cultura jurídica ocidental, justamente na compreensão bipolarizada que constitui a sua essência, cidadão *versus* inimigo, na figura do “*hostis*”, entenda-se “*bárbaro*” no pensamento helenístico-romano, o *estrangeiro*, que representava a ideia mais extrema de hostilidade, a ameaça (permanente)¹², também no direito germânico, o autor de crimes muito graves que punham em causa a estabilidade comunitária a que correspondia a expulsão e a *perda da paz* “*Friedlossigkeit*” e, no século XVIII, o pirata “*hostis humanum generis*”. Foi, porém, no quadro de pensamento saído dos finais do século XIX com os desenvolvimentos ocorridos no Pós-Guerra, que a ideia de inimigo, como portador de uma hostilidade existencial radical, veio para o Direito Penal através da antropologia criminal (o criminoso “nato”, “inimigo natural da sociedade”¹³ e a concomitante classificação de “classes perigosas”), da biologia criminal¹⁴, ambas subsidiárias do pensamento darwinista social (o inimigo é aquele que constitui um obstáculo a superar na luta incessante pela existência¹⁵). E obteve

12 O discurso da alteridade como hostilidade vem ligado a uma lógica de poder – a diferença cultural, religiosa, às vezes antropológica constitui uma perturbação à unidade e coesão do sistema cultural, indispensável à manutenção do poder soberano. Sobre a retórica da alteridade na Época Imperial, veja-se, Maria Leonor M. ESTEVES, *Contributo para uma reflexão sobre o sentido e o fundamento dos crimes contra a humanidade, Trabalho de Investigación Para La obtención de la Suficiencia Investigadora*, Facultad de Derecho, Universidade de Santiago de Compostela, 2011, em especial, pp. 93 e ss.;

13 R. GARÓFALO, *Criminologie*, Cinquième édition entièrement refondue et augmentée, Felix Alcan Éditeur, Paris, 1905.

14 EXNER propõe que o juiz penal, após a determinação da culpa, faça um “juízo de prognose” quanto à futura conduta do agente, baseado nos conhecimentos biológico-criminais, a fim de o classificar como “delinquente habitual perigoso”, juízo de prognose que caberá, também, fazer durante o cumprimento da pena. “Quando exista perigosidade no momento do julgamento, deve-se-á decidir, não in dubio pro reo mas, sim, in dubio pro re publica”, *Biología Criminal en sus rasgos fundamentales*, tradução directa del alemán, Prólogo e Notas de Juan DEL ROSAL, (Segunda impresión), Bosch, 1957, pp. 448-449.

15 Para a compreensão dos traços essenciais do darwinismo social, Herbert SPENCER, *The Study of Sociology*, Ed. Henry S. King & Co, London, 1873, disponível em <http://o1.libertyfund.org/title/1335>, consultado em 20/1/2013, também, *On Social Evolution*, Edited and with an

consagração na teoria jurídico-política de Carl SCHMITT que denunciou a antítese amigo/inimigo como a essência do político enquanto fatora de toda e qualquer comunidade politicamente organizada que se constitui tanto por afirmação de uma identidade própria como por oposição à comunidade inimiga que, existindo, lhe nega o ser e o modo de existência¹⁶. O inimigo é o Outro, o diferente, que no seu modo de vida afirma a sua inimizade num grau particularmente intenso¹⁷. O conceito de inimigo de SCHMITT é político, jurídico e ôntico. A alteridade como pura hostilidade será inscrita no direito nacional-socialista, fundada na ideologia racial e, designadamente, no direito penal e processual penal e demais instrumentos de política criminal, que transportam, inevitavelmente, a concepção totalitária de Direito e de Estado que serviu aquela ideologia¹⁸. Para além dos principais inimigos do III Reich (judeus, opositores políticos, resistentes nos países ocupados...), havia outros grupos que, pela sua existência, se tornavam num fardo económico-financeiro e uma ameaça à sanidade da comunidade do povo “ *Volksgemeinschaft* ” (as vidas sem valor, os velhos e doentes) ou que, pela sua conduta, proclamavam uma declaração de inimizade ao povo alemão, ao seu Direito “ *Rechtsfeindlichkeit* ” e ao seu Estado, a que devia corresponder uma reacção firme eficaz suportada no grau de perigosidade que representavam (alcoólicos, vadios, portadores de doenças sexualmente transmissíveis, homossexuais)¹⁹. Podemos compreender o incómodo de JAKOBS que recusa a proximidade da sua concepção do Direito Penal do Inimigo à construção schmittiana - que, justo é reconhecer, serve na perfeição quaisquer desígnios políticos autoritários suportados numa ideologia visando segregar, inocuizar, grupos de pessoas que constituem uma ameaça à manutenção e reprodução do regime e devem, por isso, ser excluídos se não eliminados - todavia é inegável a similitude da sua construção jurídico-penal de

Introduction by J. D. Y. Peel, The University of Chicago Press, Chicago, 1972.

- 16 Veja-se, *El concepto de lo político*, Texto de 1932 con un Prólogo y tres corolarios, Versión española e Introducción por Rafael AGAPITO, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pp. 54 e ss.
- 17 Ob. cit., p. 57. Para uma análise do conceito jurídico-político de inimigo em SCHMITT, Maria Leonor M. ESTEVES, Crimes contra a humanidade, Em busca do seu património genético. Ou da criação de limites intransponíveis ao poder, em publicação, pp. 196-214. Também E. Raul ZAFFARONI apela à teoria do constitucionalista alemão para a compreensão da evolução do conceito jurídico-penal de “inimigo”, *El enemigo en el Derecho Penal*, Dykinson, 2006, pp. 132 e ss.
- 18 Veja-se, Edmundo MEZGER, *Criminologia*, traducción del alemán por J. A. RODRIGUEZ MUÑOZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, em especial, Prologo (de 1933) e pp. 196-198e 284-285.
- 19 Veja-se, Maria Leonor M. ESTEVES, ob. cit., pp. 328-333, também, *Crimenes de Lesa Humanidad. Genealogia de un concepto jurídico-filosófico contemporaneo*, Editorial Reus, Madrid (2021), pp. 110 e ss.

“inimigo” com a definição proposta por MEZGER, de “*estranho à comunidade do povo*” “*Gemeinschaftsfremde*”, num Projecto de Lei datado de 17/3/1944,”²⁰.

Sobre a questão nuclear de saber quais os critérios substanciais que permitem qualificar alguém como inimigo e quem decide dessa qualificação, as respostas são ambíguas²¹. Certo é, porém, que a qualificação está refém de uma lógica securitária, em que o discurso e a retórica de “combate” contra a perigosidade de determinados indivíduos ou a quem, numa lógica oportunista, é negada a qualidade jurídica de pessoa se escreve *por cima* da dignidade intangível que possui todo o ser humano.

Reconheça-se que a terminologia militar no domínio da política criminal tem larga tradição nos EUA em que as exigências da ideia da “guerra ao crime”, com os seus corolários “*tolerância zero*”, teoria das “*broken windows*”, os princípios “*mandatory minimum sentencing*”, e “*after three stikes you are out*”²², têm feito caminho através do abandono do modelo punitivo com finalidades reintegradoras que acompanha a erosão do Estado Social²³ e em que as emergentes teorias actuariais de gestão dos “grupos de risco” subordinadas a uma lógica de eficácia empresarial custo/benefício na “cobertura/redução/prevenção do risco

20 “ (...) aqueles que pela sua personalidade ou condução da vida, especialmente pela incapacidade de compreensão ou defeito de carácter sejam incapazes de cumprir, com o seu próprio esforço, as exigências mínimas da comunidade do povo”. Para estes indivíduos prevê-se a pena de morte, a pena de duração indeterminada, medida de segurança de internamento em campo de concentração, vigilância policial, esterilização (para portadores de doenças geneticamente transmissíveis), castração (para homossexuais) (...), artigo 1º, nº 1 do Projecto de Lei Relativo ao Tratamento dos Estranhos à Comunidade, *apud*, Francisco MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª edición, revisada y ampliada, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 193-202.

21 Veja-se F. MUÑOZ CONDE, “El nuevo Derecho penal autoritário”, in, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. “Cedant arma togae”*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 161-184, em especial, pp.173-174.

22 Vejam-se Markus Dirk DÜBBER, “Criminal Law. Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law”, in *The Journal of Criminal Law*, vol. 91, nº 3, p. 136; Sara Sun BEALE, “Still Tough on Crime? Prospects for restorative justice in the United States”, *Utah Law Review*, 2003, p. 413 e ss; também, Jonathan SIMON, *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear (Studies in Crime and Public Policy)*, Oxford University Press, USA, 2007 e Bernard E. HARCOURT, *Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in the Actuarial Age*, Chicago University Press, 2006 e *Illusion of Order. The False Promise of Broken Windows Policing*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2001

23 ”, José Ángel BRANDARIZ GARCIA, *El Gobierno de la Penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, Dykinson, 2014, pp.24 e ss ; já antes, David GARLAND, *The Culture of Control, Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago University Press, 2002, pp. 53 e ss.

mediante actuação prévia à sua concretização”²⁴ revelam uma concepção político-criminal que se alimenta da ideia de *luta permanente* que combina uma forte dimensão repressiva com o uso de mecanismos preventivos policiais coactivos de antecipação do risco. Tal concepção busca legitimação através da manipulação do alarme e do medo que a imagem do crime projecta na sociedade que demandam a *prioridade teleológica da segurança sobre a justiça*. Por aqui se compreende a quase inexistência de contestação interna ao complexo normativo erigido a seguir aos actos terroristas do ano de 2001, num quadro de “emergência” que restringe direitos, liberdades e garantias ferindo gravemente Emendas Constitucionais e desferindo um golpe mortal nos princípios do processo justo e equitativo “*due process*” ou “*fair trial*”.

O PATRIOT Act de 2001 - que se segue à Proclamação do Presidente que declara o estado de emergência, à autorização do Congresso para o uso da força militar e ao “Decreto Presidencial Militar Relativo Detenção Tratamento e Julgamento de Determinados Não-Cidadãos na Guerra contra o Terrorismo” - alarga desmesuradamente o âmbito de aplicação das normas integrantes do *Foreign Intelligence Surveillance Act, FISA* de 1978 legitimando a intromissão no domicílio, nas comunicações telefónicas e electrónicas, nos registos de propriedade de coisas móveis ou imóveis com vista a obter informações sobre possíveis ataques à segurança nacional. A obtenção coactiva de documentos e objectos, bem assim como de informações junto de servidores da Internet, entidades financeiras ou instituições de crédito realiza-se através de Ordens de Segurança Nacional relativas tanto a cidadãos não americanos como a cidadãos americanos, considerados “suspeitos” de terrorismo, pela autoridade policial, dispensando uma autorização judicial que avalie a existência de fortes indícios “*probable cause*” da perpetração de actos terroristas ou da pertença a organizações terroristas, numa evidente restrição ao direito à privacidade consignado na IV Emenda da Constituição²⁵. Ao Ministro da Justiça é outorgado o poder de ordenar a detenção “*control order*” de qualquer cidadão não americano quando haja razoáveis fundamentos para

24 Para uma análise crítica da teoria político-criminal “gerencialista, BRANDARIZ GARCIA, ob. cit., pp. 24 e ss e 107 e ss.

25 Veja-se, M^a Ángeles PEREZ CEBADERA, “Las Medidas antiterroristas en Estados Unidos de Norteamérica al final de la presidencia Bush”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 479-498, em especial, pp. 488-495. O Improvement and Reauthorization Act of 2005 introduziu alguns mecanismos que permitem que os terceiros receptores das Ordens de Segurança Nacional possam recusar-se a dar as informações requeridas, p. 495. Quando o alegado suspeito é cidadão americano, quer se encontre no interior do território dos EUA ou fora, actualmente é necessária uma ordem do Ministro da Justiça e uma warrant do tribunal FISA, nos termos do FISA Amendments Act of 2008, ob. cit., p. 492-493; veja-se, também, Jonh A. E. VERVAELE, “Retos principales planteados por la globalización a la Justicia criminal”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 291-360, em especial, pp. 321 e 325.

acreditar que os seus actos ameaçam a segurança nacional²⁶, detenção fundada em provas secretas, avaliadas por um tribunal secreto, onde o detido é “representado” por um advogado nomeado o qual está proibido de lhe revelar os fundamentos da acusação²⁷. Ao abrigo da Lei de emergência que cria as Comissões Militares (*Military Commissions Act, MCA*) em 2006 e que revoga a decisão do *STA* no caso *Hamdan* (que determinava a aplicação do artigo 3º, comum às Quatro Convenções de Genebra, aos casos de detidos estrangeiros que, assim, teriam o direito de impugnar a legalidade da jurisdição das Comissões Militares) inúmeras pessoas foram detidas como “combatentes inimigos”, transportadas em segredo para regiões africanas e para a Baía de Guantanamo, onde foram confinadas em prisões ou em campos prisionais e submetidas a métodos de interrogatório proibidos internacionalmente, como a tortura²⁸.

Refira-se que as medidas visando combater o terrorismo na Grã Bretanha apresentam uma similitude com o paradigma americano, designadamente quanto à criação no *Prevention of Terrorism Act 2005*²⁹ de um mecanismo de privação de liberdade de natureza administrativa que se aplica quer a britânicos quer a estrangeiros³⁰, privação da liberdade que pode ser prorrogada indefinidamente, sem um real controlo judicial, fundada em provas secretas que serão avaliadas por um tribunal secreto, em que o visado é “defendido” por um advogado “especial” que não está autorizado a informá-lo acerca dos elementos de prova “classificados” e em que (pasmese!) podem ser admitidas provas obtidas sob tortura “desde que

26 Sobre a detenção determinada por um órgão executivo e que funciona à margem dos direitos e garantias do processo penal, como mecanismo preventivo usado nos países de cultura anglo-saxónica, no domínio do “combate” ao terrorismo, Claire MACKEN, *Counter-terrorism and the Detention of Suspected Terrorists. Preventive Detention and International Human Rights Law*, Routledge, 2011, em especial, pp. 1-135,

27 J. A. E. VERVAELE, ob. cit., p. 321

28 Veja-se, Thomas M. McDONNELL, *The United States, International Law, and the Struggle against Terrorism*, Routledge, 2011, em especial, pp. 45-131; também, VERVAELE, ob. cit., pp. 300, 322.

29 Disponível, in, www.legislation.gov.uk consultado em 2/10/2019.

30 Esta Lei foi aprovada na sequência da decisão da Câmara dos Lordes de 2004 que julgou a legislação britânica de emergência que permitia a detenção de imigrantes ilegais, por tempo indeterminado, contrária à norma do artigo 5º, nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem CEDH e a derrogação desta norma inconsistente com o previsto no artigo 15º do mesmo diploma, “Belmarsh Detainees Decision”, apud Ágata Mª SANZ HERMIDA, “Medidas procesales contra el terrorismo en el Reino Unido y limitación de derechos fundamentales: aspectos conflictivos”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, ob. cit., pp. 499-514, em especial, pp. 503-506.

o procedimento de tortura tenha tido lugar fora de Inglaterra”³¹.

Deve reconhecer-se que o uso de meios privativos de liberdade ordenados, não por um tribunal, mas pelo poder executivo destinados, originalmente, a conter a imigração, com tradição em países de cultura jurídica *common law*, têm sido usados, dir-se-ia de modo abusivo, no âmbito da luta contra o terrorismo com finalidades preventivas, fundadas em razões de “segurança nacional”³². Claire MACKEN, afirma que a “*preventive detention order*”, exclusivamente fundada na perigosidade do agente, pode servir para privar da liberdade qualquer pessoa que nunca tenha cometido um acto ilícito mas, relativamente à qual, um juízo de probabilidade suportado por uma tipologia (a sua aparência, o seu nome, a sua conduta no passado), prenuncia que pode vir a cometer crimes no futuro³³. E aqui temos como se criam “perfis gerais” de prováveis criminosos ou prováveis terroristas, que condicionam a busca e o uso de informação obtida através da vigilância policial, designadamente a vigilância electrónica e a troca dessa informação no domínio da cooperação inter-estadual³⁴. O resultado –

31 SANZ HERMIDA ob. cit., pp. 509-510; também, VERVAELE, sobre a legislação britânica e a difícil conformidade com os instrumentos internacionais, a CEDH e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos PIDCP, ob. cit., pp. 303, 320 e 336. Para uma análise compreensiva da legislação inglesa anti-terrorista, Daniel ALATI, *Domestic Counter-Terrorism in a Global World. Post-9/11 Institutional Structures and Cultures in Canada and United Kingdom*, Routledge, 2018, em especial, pp. 58-77,

32 Na Austrália, o Caso Haneef é exemplar na demonstração de como a estratégia australiana contra o terrorismo envolvendo tomadas de decisão nos âmbitos legislativo, policial e judicial, pode subverter princípios constitucionais de garantia dos direitos e liberdades civis, de forma inimaginável, porque absurda. Mohamed Haneef, a exercer medicina há largos anos na Austrália é objecto de uma detenção policial seguida da cassação do Visto de permanência no território australiano por suspeita de auxílio ao terrorismo (era primo em segundo grau de um dos alegados autores dos atentados terroristas em Londres, no mês de Junho de 2007 e teria cedido o seu cartão de telemóvel a um familiar alegadamente próximo do autor dos actos terroristas), veja-se, Mark RIX, “The show must go on. The drama of Dr. Mohamed Haneef and the theatre of counter-terrorism”, in, *Counter-Terrorism and Beyond*, ob. cit., pp. 199-215. O Tribunal Federal australiano considerará ilegal a ordem executiva de cassação do Visto, após largo período de tempo e pública reprovação da decisão do poder executivo. Fergal DAVIS considera, em sentido aproximado a Mark RIX, que os direitos fundamentais de Haneef não foram integralmente reconstituídos, parecendo que, nas democracias contemporâneas, perante a inoperância do aparelho judicial, “só restará aos cidadãos o recurso à pressão política para garantir a realização prática dos seus direitos”, “Extra-constitutionalism, Dr. Mohamed Haneef and controlling executive power in times of emergency”, in, *Counter-Terrorism and Beyond*, ob. cit., pp. 219-237, em particular, pp. 227-233.

33 Citando DERSHOWITZ que esclarece desassombadamente qual a razão da detenção preventiva “A person may be confined because it is predicted he (or she) may commit a dangerous or harmful act at some future time”, ob. cit., p. 113-114 (o itálico é nosso).

34 Veja-se Hans-Jörg ALBRECHT “Respuestas Legislativas al 11 de Septiembre. Un Análisis

produção e reprodução de categorias de seres humanos (estrangeiros, imigrantes, refugiados), associados a “riscos para a segurança (...) e objecto de vigilância e exclusão”³⁵, exclusão dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, exclusão da comunidade cidadã.

Não deve estranhar-se, numa era pautada pela globalização, que nos sistemas jurídicos dos Estados integrantes da União Europeia, no pós 11 de Setembro se tenham paulatinamente criado instrumentos jurídicos visando uma harmonização com o projecto de “combate” ao terrorismo elaborado pelos EUA e que aproveitou a aparelhagem normativa visando a prevenção e repressão do crime organizado transnacional ligado aos grandes tráficos e à imigração clandestina³⁶. No afã de lutar contra o fenómeno terrorista procedeu-se – analogamente às medidas tomadas contra as associações criminosas internacionais em que, através da criminalização do branqueamento de capitais se pretendia desferir-lhes um golpe, privando-os dos recursos económico financeiros para a prática criminosa – à construção de um tipo de crime autónomo, o “financiamento ao terrorismo”. Uma decisão político-criminalmente irrelevante, puramente simbólica, nos sistemas jurídicos em que o tipo de crime já abrangia essa modalidade de apoio à organização terrorista ou ao acto terrorista³⁷. No plano processual, institucionalizaram-se métodos ocultos de investigação, interceptação de comunicações telefónicas, videovigilância, gravações de imagens ou palavras através de aparelhos ocultos, ao arrepio das exigências dos direitos e garantias fundamentais como o direito ao silêncio e o direito de não se auto-incriminar³⁸. A acrescer, cumprindo Regulamentos da União Europeia *UE* que, por sua vez, transpunham para o espaço europeu Resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas contendo “listas negras”, curou-se de “congelar” o património de pessoas singulares e colectivas que figuravam nas ditas listas. Ora, tal mecanismo coativo patrimonial pressupõe, há que dizê-lo – ao invés de uma decisão judicial tomada no âmbito de um processo em que são dadas garantias de defesa ao visado e em que é produzida prova que suporta

Comparado de la Legislación Antiterrorista”, *ob.cit.*, pp. 1152-1153.

35 ALBRECHT, *ob. cit.*, p. 1144.

36 ALBRECHT, *ob. cit.*, pp. 1139 e 1141.

37 Concordamos inteiramente com ALBRECHT, p. 1148.

38 Para as consequências perversas no plano substantivo e adjectivo do uso massivo e desproporcionado dos meios ocultos de investigação que transportam consigo uma grave danosidade, tem Manuel da Costa ANDRADE alertado, veja-se, “Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral), in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por Ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, 2009, pp. 525 e ss; também, “Bruscamente no Verão Passado” a reforma do Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2009, pp. 104 e ss.

um juízo de culpa pela prática de uma conduta ilícita claramente definida na lei penal – uma avaliação efectuada por uma Comissão de Sanções criada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Na realidade das coisas, seguimos NIETO MARTIN, esse mecanismo coactivo patrimonial é “em alguns casos, uma sanção coercitiva e, noutros uma autêntica medida de segurança supranacional inspirada na ideia de perigosidade penal”³⁹ e, nas palavras do Acórdão do *TJUE* (Grande Secção) de 18/7/2013, nº 132 “ (...) com incidência negativa importante ligada, por um lado, à perturbação considerável da vida tanto profissional como familiar da pessoa em causa (...) bem como, por outro, à desonra e à desconfiança públicas que essas medidas suscitam para com esta pessoa”⁴⁰. Ora, tal mecanismo coactivo patrimonial é aplicado à revelia dos princípios fundamentais do Direito Penal, da legalidade, da jurisdicionalidade, do processo justo e equitativo, da presunção de inocência. Com a agravante de ser negada aos sujeitos visados qualquer protecção, qualquer amparo contra a sua aplicação e execução, seja através dos instrumentos internacionais (*PIDCP*), internacionais regionais (*CEDH*, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia *CDFUE*), seja mediante o recurso aos mecanismos constitucionais nacionais. Este, no essencial, o fundamento que conduziu à relevantíssima decisão do *TJUE* de 3/9/2008 no *Caso Kadi*, em que se julga a supremacia da ordem constitucional de defesa dos direitos fundamentais, quer interna, quer europeia, sobre actos legislativos como o Regulamento de Transposição das Resoluções das Nações Unidas sobre as “listas negras”, que não está imune ao controlo jurisdicional. Mais considera que o dito Regulamento ofende *três direitos fundamentais, o direito a ser ouvido, o direito à tutela jurisdicional efectiva e o direito à propriedade*⁴¹.

Mas, anos volvidos após a referenciada decisão que é mantida, no essencial, no Acórdão de 17/7/2013⁴², ambas constituindo um enérgico repúdio das opções de política criminal contra o terrorismo que traduzam violações intoleráveis dos direitos fundamentais individuais e, por isso se inscrevam no domínio do arbítrio e da irracionalidade⁴³, assiste-se no ordenamento jurídico interno dos Estados europeus, na sequência dos actos terroristas do ano de 2015,

39 “Kadi (STJCE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión Europea?”, in, *Terrorismo y Estado de Derecho*, *ob. cit.*, pp. 575-600, em especial, p. 582.

40 Seguem-se, aqui, designadamente, os Acórdãos do mesmo Tribunal de 3/9/2008 no Processo Kadi, nºs 358, 369 e 375, e no Processo Abdulrahim de 28/5/2013, nº 70, documento disponível in *InfoCuria, Jurisprudência*, disponível in www.curia.europa.eu consultado em 10/10/2019.

41 *InfoCuria, Jurisprudência*, em especial, nºs 316 e ss e 331 e ss e 366 e ss..

42 Vejam-se, nºs 97-138, do mesmo Acórdão.

43 NIETO MARTIN, *ob. cit.*, pp. 590-593

a um reforço das medidas antiterroristas concebidas num quadro de emergência que parece prolongar-se indefinidamente, medidas que possuem uma natureza exasperadamente preventiva: apertados mecanismos de controlo e de vigilância, criação de novas modalidades do crime de “terrorismo” e agravamento das penas para os crimes de terrorismo já tipificados na lei. Em França, a situação de emergência nacional tem vindo a ser sucessivamente reafirmada⁴⁴ e, no ano de 2017, confere-se ao Executivo o poder de ordenar a aplicação de medidas de restrição da liberdade em certas áreas, o encerramento de lugares de culto, bem como medidas de controlo e vigilância de determinados indivíduos “relativamente aos quais existam sérias razões para entender que o seu comportamento constitua ameaça de particular gravidade para a segurança e ordem públicas” os quais podem ser privados de sair de um certo perímetro ou sujeitos a monitorização electrónica⁴⁵. De enfatizar o carácter preventivo/defensivo do mais recente complexo normativo entrado em vigor no mês de Abril no Reino Unido, *The Counter-Terrorism and Border Security Act 2019*⁴⁶ que confere largos poderes de controlo às polícias fronteiriças, designadamente de revista, busca, recolha de impressões digitais, amostras de ADN e detenção das pessoas relativamente às quais existem “suspeitas” (não sérios indícios) de terem participado ou de estar a participar em “actividades hostis”, designadamente, actos que “ameaçem a segurança nacional” (independentemente da consciência que tenha o visado da natureza hostil da sua conduta)⁴⁷. Após a detenção, competirá à autoridade policial decidir se existem razões para limitar os fundamentais direitos de defesa, designadamente a consulta de um advogado ou o apoio jurídico do advogado escolhido pelo detido⁴⁸. A mesma Lei torna mais nebulosa a definição dos crimes de “apologia e auxílio ao terrorismo”, de “consulta e obtenção via internet de elementos referentes ao terrorismo”, bem como de “publicação de imagens com ele relacionadas”, agrava as correspondentes penas que podem ir até 15 anos de prisão e cria novas modalidades criminosas, “entrar ou permanecer em áreas

44 Atenda-se ao Projecto de Revisão Constitucional de 2016 que inclui um novo artigo 36-1: A declaração do estado de emergência é da competência do Executivo que comunica às câmaras, Assembleia Nacional e Senado as medidas tomadas nesse âmbito, designadamente as medidas de polícia, quando se afigurar a existência de um perigo iminente resultando de ameaças graves à ordem pública. O prazo vai de 12 dias a três meses e pode ser revogado, com os mesmos motivos, disponível, in, www.senat.fr/petite-loi-ameli/2015-2016/395.html, consultado em 8/10/2019.

45 Loi n° 2017-1510 du octobre 2017 renforçant la sécurité interieur et la lutte contre le terrorisme, em especial, artigos 1° a 3°, disponível, in, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/10/30/2017-1510/jo/texte>, consultado em 8/10/2019.

46 Disponível, in, www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/3/enacted, consultado em 2/10/2019.

47 Veja-se, Schedule 3 Border Security, Part I, Detention, Part II.

48 Veja-se, em especial, Part 1, Chapter 3, Section 17.

determinadas fora da UK relacionadas com a actividade terrorista” e “emitir opiniões ou convicções sobre uma organização proibida com a consciência de que a pessoa a quem são dirigidas será encorajada a apoiar a referida organização”⁴⁹. Também em Espanha e em Portugal (já no cumprimento da Decisão-Quadro da União Europeia de 2008), se construíram novos tipos de crime, dê-se como exemplos, respectivamente, o crime de “enaltecimento do terrorismo e humilhação das suas vítimas”⁵⁰ o crime de “louvor ou recompensa públicos da prática de actos terroristas por forma a criar perigo da prática de crimes da mesma espécie”⁵¹ que significam uma difícil acomodação aos princípios fundamentais do Direito Penal, da legalidade e da ofensividade e aos pressupostos básicos que definem as formas de participação no crime⁵². Poderá pensar-se, como diz CANCIO MELIÀ “que o terrorismo está na vanguarda de uma transformação estrutural do ordenamento jurídico-penal em que se ultrapassa, em definitivo, o limite entre o Direito Penal reactivo e um ordenamento orientado exclusivamente para a prevenção fáctica?”⁵³. Um ordenamento pro-activo, em que se esbatem as fronteiras entre o direito penal e o direito policial, um ordenamento que aspira adiantar-se à prática dos crimes, antecipando perigos, através de técnicas de vigilância, recolha de dados, intoleravelmente intrusivas no quotidiano dos cidadãos, um ordenamento que cumpre finalidades puras e duras de uma “justiça preventiva” na expressão de Julia ZEDNER/Andrew ASHWORTH⁵⁴, com as concomitantes restrições dos direitos, liberdades e garantias individuais fundamentais. Não caberia então falar de Direito Penal – nem o propalado Direito Penal do “Inimigo” é, em bom rigor, direito penal ou sequer é direito. Para Luigi FERRAJOLI o direito penal do inimigo é uma perversão do direito penal quando se funda e nutre da lógica da guerra, que não pode ser usada como instrumento do ordenamento penal, e configura uma negação do próprio direito e da razão que lhe é própria, que não reconhece

49 Alteração do Terrorism Act de 2000 pela introdução da secção 58B e da alínea (1ª) na secção 12.

50 Artigo 578º do Código Penal espanhol (LO 7/2000 de 22 de Dezembro) alterado pela LO 2/2015 de 30 de Março que alarga o âmbito de aplicação e agrava a pena.

51 Artigo 4º, nº 8 da Lei de combate ao terrorismo, com a redacção da Lei nº 60/2015 de 24 de junho.

52 Assim, CANCIO MELIÀ, “El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación”, *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 95-134, em especial, pp. 121-122. Sobre o “problema da excessiva antecipação da tutela penal no combate ao terror”, Fábio D’AVILA, *ob. cit.*, pp. 193 e ss.

53 *Ob. cit.*, p. 97

54 Veja-se “The Rise and Restraint of the Preventive State”, in *Annual Review of Criminology*, 2019, pp. 429 e ss, em especial, pp. 440 e ss. disponível in, <https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-011518.024526>, consultado em 10/10/2019.

a contraposição amigo/inimigo mas sim o binómio culpado/inocente⁵⁵. O Direito Penal da culpa seria substituído por um complexo de mecanismos defensivos fundados em prognósticos de perigosidade⁵⁶ que julgamos, não se revelariam, realmente, eficazes na prevenção e repressão do crime. Mas que, parafraseando FERRAJOLI, seriam “veículos de uma nova antropologia da desigualdade (...) uma nova e radical assimetria entre “nós” e os “outros””.

E, a ser assim, o terrorismo teria, em definitivo, cumprido a sua finalidade – a derrocada do Estado de Direito democrático.

55 El Derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”, *Nuevo Fuero Penal*, 2006.

56 Veja-se CANCIO MELIÁ, *ob. cit.*

**ESTUDOS SOBRE O COMBATE CONTRA A CRIMINALIDADE
TRANSFRONTEIRIÇA E A COLABORAÇÃO JUDICIAL
EM MATÉRIA PENAL INTER-REGIONAL
— NUMA PERSPECTIVA DA ÁREA DA GRANDE BAÍA DE
GUANDONG — HONG KONG — MACAU**

Liu Renwen

Professor e Director do Instituto de Direito Criminal da
Academia Chinesa de Ciências Sociais, RPC

Zou Feifei

Pós-doutoranda do programa UM Macau Post-doctoral
Fellowship, Doutorada em Ciências Jurídicas

Resumo: É inevitável, pela existência de certa autonomia na posição jurídica entre as três jurisdições, o Interior da China, Hong Kong e Macau, e pelo facto da manutenção dessa conjuntura a longo prazo, que haja lugar a conflitos regionais em matéria penal. Diversamente do que sucede na cooperação judiciária inter-regional em matéria penal entre as diversas jurisdições estaduais, a conjuntura das três jurisdições do Interior da China, Hong Kong e Macau, dada pela política “Um País, Dois Sistemas”, impossibilita o transplante da experiência estrangeira, sendo necessário elaborar um mecanismo de cooperação judiciária inter-regional em matéria penal que seja conforme às particularidades nacionais chinesas. É determinada, com a construção da Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau, uma oportunidade para a resolução da problemática da cooperação judiciária inter-regional em matéria penal, concebendo-se a possibilidade, sob o prisma preponderado dado à Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau, do estabelecimento de pontos de experimentação do mecanismo de cooperação judiciária inter-regional em matéria penal na Grande Baía e, com base nas experimentações pioneiras assim realizadas, a promover depois para todo o

âmbito territorial nacional. O presente texto procede à abordagem de várias questões relativas ao modo de cooperação judiciária em matéria penal da Grande Baía, às jurisdições penais, à entrega de infractores em fuga e aos princípios cuja observância é devida na cooperação judiciária em matéria penal, com o intuito de contribuir para a construção do mecanismo nacional de cooperação judiciária inter-regional em matéria penal.

Palavras-chave: Cooperação judiciária em matéria penal; um país, dois sistemas; Grande Baía; jurisdições penais; entrega de infractores em fuga.

I. Actualidade da cooperação judiciária inter-regional em matéria penal da China

Marca-se a implementação da política “Um País, Dois Sistemas” há mais de duas décadas desde o retorno de Hong Kong e Macau à pátria em 1997 e 1999, com o registo de sucesso considerável em áreas de administração da sociedade, desenvolvimento económico e integração cultural. Na conjuntura política “Um País, Dois Sistemas, Três Jurisdições e Três Sistemas Jurídicos”¹ traçada de Hong Kong e Macau para o Interior da China, alcança-se certo resultado na cooperação judiciária inter-regional. Em termos da relação do Interior da China com Hong Kong, foram celebrados, desde o retorno de Hong Kong à pátria, entre o *Department of Justice* da Região Administrativa Especial de Hong Kong e o Supremo Tribunal Popular cinco acordos em matérias de direito civil e comercial: o primeiro acordo foi em 14 de Janeiro de 1999, o *Arrangement for Mutual Service of Judicial Documents in Civil and Commercial Proceedings between the Mainland and Hong Kong Courts*, assinado entre o Supremo Tribunal Popular e *the High Court* da Região Administrativa Especial de Hong Kong, mediante o qual se pôs termo à questão da citação ou notificação de actos judiciais entre os tribunais do Interior da China e os tribunais da Região Administrativa Especial de Hong Kong; o segundo acordo foi em 21 de Junho de 1999, o *Arrangement Concerning Mutual Enforcement of Arbitral Awards Between the Mainland and the Hong Kong Special Administrative Region*, assinado entre o Supremo Tribunal Popular e o *Department of Justice*, através do qual se resolveu a questão do conhecimento judicial e da execução de sentenças arbitrais; o terceiro foi em 14 de Julho de

1 O presente texto tem por prisma principal o estudo sobre a Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau e, desse modo, o objecto de análise reside na problemática da cooperação judiciária inter-regional em matéria penal entre o Interior da China, com a Região Administrativa Especial de Hong Kong e a Região Administrativa Especial de Macau, sem que se inclua, por isso, a problemática da cooperação judiciária em matéria penal com o território de Taiwan no presente texto.

2006, o *Arrangement on Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters by the Courts of the Mainland and of the Hong Kong Special Administrative Region Pursuant to Choice of Court Agreements between Parties Concerned*, assinado entre o Supremo Tribunal Popular e o *Department of Justice*, através do qual se pôs termo à questão do reconhecimento e execução das sentenças judiciais em matéria cível e comercial; o quarto foi em 29 de Dezembro de 2016, o *Arrangement on Mutual Taking of Evidence in Civil and Commercial Matters between the Courts of the Mainland and the Hong Kong Special Administrative Region*, assinado entre o Supremo Tribunal Popular e o *Department of Justice*, pelo qual se determinam instruções claras e disposições institucionais com vista à recolha de prova entre as duas jurisdições; o quinto foi celebrado em 20 de Junho de 2017, o *Arrangement on Reciprocal Recognition and Enforcement of Civil Judgments in Matrimonial and Family Cases by the Courts of the Mainland and of the Hong Kong Special Administrative Region*, assinado entre o Supremo Tribunal Popular e o *Department of Justice* da Região Administrativa Especial de Hong Kong, mediante o qual se determinam regras e instruções para a resolução de litígios cíveis de carácter matrimonial e familiar. Não podemos dizer que os referidos cinco acordos resolvam já todas as questões em matéria cível e comercial de ambas as jurisdições, mas em termos da fase actual o resultado é, ao menos, ainda positivo. No entanto, em matéria penal, o resultado é muito diminuto.

Não foi tornado público, no entanto, até aos dias de hoje, um acordo que venha plenamente regular a matéria de cooperação judiciária entre o Interior da China e Hong Kong em matéria penal, muito embora tenham sido celebrados em 2001 os *Arrangements on the Establishment of a Reciprocal Notification Mechanism between the Mainland Public Security Authorities and the Hong Kong Police*, segundo os quais é necessário proceder com maior brevidade à notificação recíproca em casos de morte anormal ou aplicação de medidas de coacção aos residentes da contraparte.

O resultado da cooperação judiciária, em termos da relação entre o Interior da China e Macau, encontra a sua maior concretização em: o *Acordo sobre os Pedidos Mútuos de Citação ou Notificação de Actos Judiciais e de Produção de Provas em Matéria Civil e Comercial entre os Tribunais do Interior da China e os da Região Administrativa Especial de Macau*, com a entrada em vigor em 15 de Agosto de 2001; o *Acordo sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Judiciais em Matéria Civil e Comercial entre o Interior da China e a Região Administrativa Especial de Macau*, com a entrada em vigor em 1 de Abril de 2006; e o *Acordo sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Arbitrais entre o Interior da China e a Região Administrativa Especial de Macau*, com a entrada em vigor em 1 de Janeiro de 2008. Pese embora o desejo

da maioria dos profissionais forenses de ambas as jurisdições na implementação da cooperação judiciária em matéria penal para dar resposta à tendência cada vez gravosa aos crimes transfronteiriços entre Macau e Zhuhai, não se encontra superada a questão da cooperação judiciária em matéria penal, realidade essa que não deixa de nos provocar algumas lamentações.

Tornam-se necessárias, portanto, a reflexão e a abordagem sobre a procura de uma solução científica para a problemática da cooperação judiciária em matéria penal no contexto da política “Um País, Dois Sistemas”. É recomendado, por isso, no que toca à cooperação judiciária em matéria penal entre o Interior da China e as Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau, que se tenha a Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau em vista como uma janela de abertura, e que seja instituída uma zona de demonstração na Grande Baía para a cooperação judiciária em matéria penal, fundando-se em duas passagens, isto é, passagem da facilidade à delicadeza e passagem de especificidade à generalidade, um mecanismo integral de cooperação judiciária inter-regional estadual em matéria penal.

II. Construção de um modo de cooperação judiciária em matéria penal dotado de particularidades nacionais chinesas

No estudo do modo de cooperação judiciária inter-regional da China (incluindo o modo de cooperação judiciária em matéria penal) talvez possa recorrer-se à comparação dos diversos modos de cooperação judiciária existentes ao nível internacional para escolher um modo de cooperação judiciária inter-regional que seja conforme à China. Em caso de nenhum desses modos se revelar aplicável à China, é necessário que se construa um modo de cooperação judiciária inter-regional adaptado às características chinesas, atendendo às particularidades sociais chinesas e à situação efectiva da sociedade.

1. Diversidade nos modos de cooperação judiciária inter-regional

(1) Modo da lei modelo. Trata-se do modo pelo qual os princípios fundamentais em matéria da cooperação judiciária inter-regional são determinados através da Constituição do Estado. A título de exemplo, o art.º 4.º da Constituição dos Estados Unidos da América proclama: “*Em cada Estado se dará inteira fé e crédito aos actos públicos, sentenças judiciais de todos os outros Estados*”, mediante esse comando fomenta-se o fundamento em base da lei constitucional para pôr em execução a cooperação judiciária inter-regional entre cada Estado dos Estados Unidos da América. O modo de cooperação judiciária inter-regional entre cada Estados dos Estados Unidos da América encontra os princípios fundamentais

consagrados na Constituição e, mediante a participação voluntária dos Estados na decretação de uma lei uniforme, cada Estado legisla autonomamente com o auxílio dessa lei modelo. Foi constituída, pelos Estados dos EUA, em base do princípio constitucional “inteira fé e crédito”, *the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Cabe a esta instituição elaborar legislação relativa à cooperação judiciária entre cada Estado, sendo reservado a cada Estado o direito de adoptar, ou não, essa legislação. Por outras palavras, as propostas de legislação referentes à cooperação judiciária interestadual elaboradas pela *the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* não são vinculativas a cada Estado, desempenhando sobretudo um papel de modelo.

(2) Modo de legislação avulsa. Cabe ao órgão legislativo supremo decretar uma legislação uniforme relativa à cooperação judiciária inter-regional para uniformizar os actos de cooperação judiciária de diversas jurisdições, não podendo a lei de jurisdição inferior entrar em contradição com a lei uniforme. A título de exemplo, *o Service and Execution of Process Act* de 1992 da Federação da Austrália vem dispor que cada Estado da Federação tem o dever de reconhecer e executar as sentenças proferidas por tribunais de outro Estado. Impõe a mesma lei, para o efeito, trâmites processuais simples, segundo os quais incumbe à parte vencedora requerer ao juiz do tribunal a que tenha cabido a jurisdição uma certidão de sentença, da qual consta o teor principal da sentença, e entregá-la ao tribunal munido de jurisdição de outro Estado Federal para os efeitos de inscrição ou registo e, após a mesma, a sentença vem a estar munida da mesma força executiva como as sentenças proferidas pelo Estado onde a execução se pede.²

(3) Modo de coordenação uniforme. A título de exemplo, encontra-se a presença de três jurisdições independentes no Reino Unido, com o sistema jurídico inglês vigente na Inglaterra e no País de Gales, com sistemas jurídicos próprios tanto na Escócia como na Irlanda do Norte. A legislação decretada pelo Parlamento encontra-se dotada, no entanto, da força vinculativa em todo o território do Reino Unido, cabendo a tarefa de coordenação da cooperação judiciária entre as jurisdições de todo o país ao Privy Council.

2. Construção do modo de cooperação judiciária em matéria penal dotado de características chinesas

(1) Exclusão do modo da lei modelo

O facto de o modo da cooperação da lei modelo ser viável nos Estados

2 Nie Lize (聶立澤), *in* Estudos sobre a comparação de legislações penais de Hong Kong, Macau e China e a cooperação judiciária em matéria penal (港澳與內地刑事法律比較及刑事司法協助研究), Peking University Press (北京大學出版社), 2009, pág. 209.

Unidos deve-se ao sistema de federação adoptado nesse país e à falta de centralidade entre o Governo dos Estados Unidos e o Governo de cada Estado. Ainda que tenha sido adoptada a política “Um País, Dois Sistemas”, não se verifica nenhuma mudança quanto à estrutura fundamental do Estado. Ao referenciar-se à cooperação judiciária inter-regional chinesa, aliás, o acento tónico encontra-se registado, salvo na relação para com o território de Taiwan, sobretudo na relação entre o Interior da China e Hong Kong e a relação para com Macau. Diversamente do que sucede nos Estados Unidos, para além de se registar divergência tanto ao nível do sistema político-social como ao nível do sistema jurídico entre o lado do Interior da China e o lado de Hong Kong e Macau, vigora no segundo caso o sistema capitalista, com o sistema jurídico anglo-saxónico em Hong Kong, o sistema de *Civil Law* em Macau e o sistema socialista com características chinesas no Interior da China. Para além do referido, Hong Kong e Macau gozam, no contexto da política “Um País, Dois Sistemas”, de alto grau de autonomia nos termos da Lei Básica e, em caso de se pretender a determinação dos princípios fundamentais na Constituição, seria necessário que se introduzissem alterações às Leis Básicas das duas Regiões Administrativas Especiais. Seria difícil, pelo facto de se registarem diferenças entre os sistemas jurídicos e fenómenos sociais entre as jurisdições, elaborar uma lei modelo sobre essa matéria. Mesmo havendo um fundamento que tivesse um suporte semelhante ao que a lei constitucional dos Estados Unidos dispõe, seria de difícil concretização procurar uma instituição com autoridade, aceite pelo Interior da China e pelas Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau, para elaborar essa *lei modelo*. Entendemos, por isso, que o modo da “Lei Modelo” não é adequado à cooperação judiciária inter-regional do nosso país.

(2) Exclusão do modo de legislação avulsa

No entendimento de um académico, ao Estado cabe a elaboração de um direito penal inter-regional para uniformizar todo o acto de cooperação judiciária entre cada jurisdição. *“O direito penal inter-regional é, no seio do interior de um Estado que comporta várias jurisdições, um conjunto de princípios jurídicos que visam a coordenação dos conflitos entre os sistemas jurídico-penais dessas jurisdições e o conjunto de normas jurídicas do mecanismo dessa coordenação. O direito penal inter-regional engloba as regras do direito substantivo e do direito adjectivo. O direito penal inter-regional não se manifesta necessariamente por lei escrita (podem às vezes ser leis costumeiras), sendo, sobretudo, um conjunto de regras que visam resolver os conflitos entre as jurisdições penais de diversos ordenamentos jurídicos dentro de um Estado e as questões ao nível da aplicação*

de lei”.³ Em termos do direito penal inter-regional da China, tanto ao nível das sucessões dos sistemas jurídicos como ao nível das técnicas jurídicas, não se encontra um fundo comum linguístico entre as três jurisdições do Interior da China, Hong Kong e Macau. Durante muito tempo antes do retorno, aliás, a resolução da questão da cooperação judiciária em matéria penal entre o Interior da China, Hong Kong e Macau se fazia com referência às práticas internacionais, muito embora esse fenómeno tenha sofrido mudança substancial em termos da natureza depois do retorno dos dois territórios à pátria, essa habitualidade vincula e vinculará as práticas nesse sentido por razões de ordem histórica.

Não é possível, de antemão, o direito penal inter-regional vir a concretizar-se mediante as leis costumeiras. Bem como o referido ao seu tempo, a manifestação do direito penal inter-regional não tem de ser necessariamente na forma de lei escrita, podendo ser por vezes leis costumeiras. Os conflitos de cooperação judiciária em matéria penal nacionais devem-se, quanto ao seu surgimento, ao retorno de Hong Kong e Macau à pátria, respectivamente em 1997 e 1999, com o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Hong Kong e da Região Administrativa Especial de Macau. Pelo facto de se tornar cada vez mais intensificado o intercâmbio comercial e cultural entre o Interior da China, Hong Kong e Macau, surge a discussão sobre os conflitos de jurisdições penais e a cooperação judiciária em matéria penal entre os três ordenamentos jurídicos. As leis costumeiras, enquanto uma espécie de sedimentação vinda da produção das pessoas durante muito tempo e da prática reiterada na vida diária, dotam-se, por isso, de forte estabilidade. Há umas leis costumeiras cuja génese é de milénios antes. Entende Hermogenianus, eminente jurista da Roma Antiga, o seguinte: “*Entende-se por acordo tácito entre os cidadãos algo cuja observância é confirmada durante muito tempo e, desde então, bem posta em execução, bem como as leis reduzidas a escrito*”.⁴ Registam-se apenas duas décadas na história dos conflitos do direito penal inter-regional entre o Interior da China, Hong Kong e Macau desde o retorno à pátria, pelo que não se formaram ainda os mecanismos de resolução aceites por todas as jurisdições, tão-pouco as leis costumeiras, por isso o direito penal inter-regional do nosso país só pode fazer-se mediante as leis escritas.

Em segundo lugar, em caso de o “direito penal inter-regional” do nosso país ser decretado de forma das leis escritas, deve essa lei escrita distinguir-se das leis da Assembleia Popular Nacional e o seu Comité Permanente em sentido normal.

3 Zhao Bingzhi (趙秉志), in Estudos do direito penal inter-regional chinês em especial (中國區際刑法問題專論), China Police University Publishing House (中國人民公安大學出版社), 2005, pág. 1.

4 In *Corporis Iuris Civilis Fragmenta Selecta: Justiça e o Direito* / Sandro Schipani (桑德羅·斯奇巴尼選編: 《民法大全選譯: 正義和法》), com as traduções de Wang Feng (黃風), China University of Political Science And Law Press (中國政法大學出版社), 1992, pág. 64.

Na ausência dessa distinção, caberia ao direito penal inter-regional decretado pelo Estado enfrentar uma outra questão cuja importância é igualmente avultosa, isto é, a questão da relação entre essa lei e as Leis Básicas de Hong Kong e outra para Macau. Pelo facto de haver uma própria Lei Básica para Hong Kong e Macau, a Lei Básica é dotada de posição e função constitucionais na respectiva jurisdição em causa. Determina o art.º 8.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong: *“Os common law, rules of equity, ordinances, subordinate legislation e customary law previamente vigentes em Hong Kong mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com os procedimentos legais, pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes da Região Administrativa Especial de Hong Kong”* e dispõe ainda o art.º 18.º: *“As leis em vigor na Região Administrativa Especial de Hong Kong são esta Lei e as leis previamente vigentes em Hong Kong, conforme previsto no artigo 8.º desta Lei, bem como as leis produzidas pelo órgão legislativo da Região Administrativa Especial de Hong Kong. As leis nacionais, para além das constantes do Anexo III, não são vigentes na Região Administrativa Especial de Hong Kong”*. Determina o art.º 8.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, *“As leis, os decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com os procedimentos legais, pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes da Região Administrativa Especial de Macau”*, dispondo ainda o seu art.º 18.º que *“As leis em vigor na Região Administrativa Especial de Macau são esta Lei e as leis previamente vigentes em Macau, conforme previsto no artigo 8.º desta Lei, bem como as leis produzidas pelo órgão legislativo da Região Administrativa Especial de Macau. As leis nacionais não se aplicam na Região Administrativa Especial de Macau, salvo as indicadas no Anexo III a esta Lei”*. As leis previamente vigentes em Hong Kong e Macau incluem, naturalmente, as leis penais. No caso da decretação de uma lei penal inter-regional por parte do Estado, para além de haver uma negociação difícil e complicadíssima com Hong Kong e Macau no processo de elaboração, seria ainda necessário consultar a Comissão da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong, a Comissão da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, o Governo da Região Administrativa Especial de Hong Kong e o Governo de Região Administrativa Especial de Macau para integrar essa lei no Anexo III. No entanto, segundo ainda o disposto no art.º 18.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong e da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, essa lei nacional deve limitar-se ao respeitante a assuntos de defesa nacional e de relações externas, bem como a outras matérias não compreendidas no âmbito da autonomia da Região. Dispõe, ainda, o art.º 2.º de ambas as leis básicas que a Assembleia Popular Nacional autoriza

a Região Administrativa Especial de Macau e a Região Administrativa Especial de Hong Kong a exercerem um alto grau de autonomia e a gozar de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância, de acordo com as disposições da respectiva Lei Básica. Haveria dificuldades, em caso de vir uma lei nacional regulamentar a uniformização do direito penal inter-regional, na conciliação dessa eventual lei nacional com as disposições e os princípios constantes de ambas as leis básicas. Entendemos, por isso, que não se deve aplicar o modo de legislação avulsa à cooperação judiciária inter-regional na China.

(3) Exclusão do modo de coordenação uniforme

Encontram-se anotadas as particularidades nacionais na China após a comparação com o modo de cooperação uniforme da cooperação judiciária em matéria penal do Reino Unido. Embora se encontre instituído um comum Governo Popular Central acima dos ordenamentos jurídicos do Interior da China, de Hong Kong e de Macau, é determinado que, devido à concessão do alto grau de autonomia à Região Administrativa Especial de Hong Kong e à Região Administrativa Especial de Macau, nos termos da respectiva Lei Básica, salvo leis e regulamentos concretos em sentido contrário, sobre essas duas Regiões Administrativas Especiais, não impende o dever de executar as leis e regulamentos nacionais. Viável é tão-somente a cooperação judiciária inter-regional pelo facto de não se encontrar instituído um órgão judiciário supremo que vise a comunicação e a cooperação recíprocas entre os órgãos judiciários da Região Administrativa Especial de Hong Kong e da Região Administrativa Especial de Macau e os órgãos nacionais e pela ausência de uma lei uniforme reguladora dessa questão.

(4) Construção de um modo de cooperação judiciária inter-regional em matéria penal dotado de particularidades nacionais chinesas

É inferido, por isso, que os principais modos de cooperação judiciária inter-regional não são aplicáveis ao nosso país, tornando-se necessário construir um modo de cooperação judiciária inter-regional em matéria penal que se adapte às particularidades nacionais e à situação efectiva. Uma implementação gradual por duas passagens: *passagem da facilidade à delicadeza*; e *passagem de especificidade à generalidade*, é recomendável, dadas a impossibilidade da construção da cooperação judiciária inter-regional em matéria penal com aplicação genérica ao nível nacional e a divergência da estrutura do Estado de Direito entre o Interior da China e os territórios de Hong Kong e Macau.

Da *passagem da facilidade à delicadeza*, é recomendável que se leve em consideração a hipótese do agrupamento dos casos em que se advoga a cooperação judiciária entre o Interior da China e os territórios de Hong Kong e Macau,

dando-se início à negociação sobre os crimes em cuja cooperação não se levante grande obstáculo quanto ao consenso, dotados de maior importância e frequência, ordenados segundo a ordem de urgência, para culminar com a celebração de um acordo de cooperação judiciária em cada grupo de crimes.⁵ Da *passagem da especificidade à generalidade*, é possível que a negociação seja posta em execução por duas dimensões: na primeira dimensão, toma-se um lugar como ponto de experimentação, em que se inicie uma abordagem sobre o estabelecimento do mecanismo da cooperação judiciária inter-regional em matéria penal, e promove-se o mecanismo ao nível nacional quando se alcançar um certo resultado positivo no ponto de experimentação; na segunda dimensão é sugerido que seja adoptado o modo de “negociação particular”, dando-se a negociação ao nível do caso concreto entre as jurisdições de modo a promover o intercâmbio judiciário e, após se atingir um certo resultado nesse modo de “negociação particular”, virá estabelecido o “acordo genérico” para orientar as futuras cooperações judiciárias no que respeita aos casos da mesma modalidade, ou seja, é o modo “negociação particular-acordo genérico”.

III. Construção da “Zona de Demonstração da Grande Baía para a Cooperação Judiciária em Matéria Penal”

A construção do modo de cooperação judiciária inter-regional em matéria penal dotado das particularidades nacionais chinesas poderá ter o seu início pioneiro num determinado lugar. O lugar mais curial, no que se refere a esse lugar de início pioneiro, em nosso entender, é a zona da Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau, posto que a Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau é munida da predominância provinda das particularidades geográficas e da composição “9+2” das cidades integradas na Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau, composição essa em que o número “9” da fórmula “9+2” é referente às nove cidades da Província de Guangdong: Guangzhou, Shenzhen, Zhuhai, Foshan, Huizhou, Dongguan, Zhongshan, Jiangmen, Zhaoqing; enquanto o número “2” da fórmula é referente às duas Regiões Administrativas Especiais: a Região Administrativa Especial de Hong Kong e a Região Administrativa Especial de Macau. São três as jurisdições presentes na Grande Baía, e nove as cidades em que se aplica a lei do Interior da China integraram a administração da Província de Guangdong, mantendo um contacto estreito com os territórios de Hong Kong e Macau em matéria da vida quotidiana, negócios e intercâmbio cultural, razão pela qual se regista uma considerável frequência da prática de crimes transfronteiriços e um número superior de casos em que é advogada a cooperação judiciária em matéria

5 Zou Pingxue (鄒平學), in Estudos da problemática da prática da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong (香港基本法實踐問題研究), Social Sciences Academic Press (China) (社會科學文獻出版社), 2014, pág. 798.

penal, fomentando-se por isso uma terra com bom solo para a iniciação do “modo de negociação particular”. Recomenda-se, por conseguinte, o estabelecimento da “Zona de Demonstração da Grande Baía para a Cooperação Judiciária em Matéria Penal”, dando-se início à implementação gradual de um modo de cooperação judiciária inter-regional em matéria penal dotado das características chinesas para resolver, primeiro, questões de cooperação judiciária em matéria entre as nove cidades da Província e os territórios de Hong Kong e Macau e, segundo, estender ao nível nacional quando as condições amadurecerem.

1. Questão de jurisdições penais da Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau

(1) Princípio da territorialidade como princípio geral em matéria de jurisdições penais

O sistema jurídico de Hong Kong integra-se na família jurídica anglo-saxónica, segundo a qual a jurisdição em matéria penal é aferida pelo critério do país ou território do lugar da prática do crime; vigora, por isso, e muito rigorosamente, o princípio da territorialidade em Hong Kong, razão essa que conduz a que os tribunais de Hong Kong, excepto quando as leis escritas lhes confirmam jurisdição, não possam julgar os crimes praticados fora de Hong Kong. Diversamente do que sucede em Hong Kong, regista-se, fundamentalmente, a consonância quanto à matéria de jurisdição entre Macau e o Interior da China, consonância essa que se exprime na adopção do princípio da territorialidade como princípio geral, enquanto o princípio da residência, o princípio da necessidade e o princípio da universalidade são tidos como auxílio ao princípio geral. Já nos termos dos art.ºs 6.º a 9.º da Lei Penal da RPC, a jurisdição penal do Interior da China exprime-se sobretudo no princípio da territorialidade, ao qual é confiado o papel de princípio geral, enquanto aos princípios da nacionalidade, necessidade e universalidade é confiado o papel de auxílio ao princípio geral, em que todos esses princípios vêm complementar o reconhecimento negativo das sentenças penais estrangeiras e a imunidade da jurisdição penal. Nos termos do art.º 4.º do Código Penal de Macau, o princípio da territorialidade é tido como o princípio geral da aplicação da lei no espaço, enquanto o art.º 5.º vem estatuir os princípios da residência, da necessidade e da universalidade. Vem-se aumentar, à mesma velocidade da construção da Grande Baía, a taxa de criminalidade transfronteiriça, nos casos em que o *iter criminis* de um facto criminoso passa por diversas jurisdições, ou o residente de um território pratica certo número de condutas criminosas em diversas jurisdições, ou se verifica a comparticipação criminosa por residentes de origem de diversas jurisdições em jurisdições diferentes, o órgão judiciário dotado de jurisdição não é único. É necessário, nesse momento,

uma coordenação entre os órgãos judiciários igualmente dotados da jurisdição de diversos ordenamentos jurídicos.

Trata-se, quanto à jurisdição penal, de um poder fundamental derivado do princípio da soberania estadual. No entanto, os conflitos de jurisdições entre o Interior da China, Hong Kong e Macau não surgem em razão da diversidade de soberania estadual, mas sim pelo facto de haver concessão do alto grau de autonomia de duas jurisdições num Estado soberano e uma política “Um País, Dois Sistemas”. Há somente uma soberania entre as diversas jurisdições do nosso país, também é essa razão pela qual os conflitos de jurisdições inter-regionais se encontram munidos de autonomia em face dos conflitos interestaduais. Os princípios da territorialidade, residência (nacionalidade), necessidade e universalidade não são, por conseguinte, adequados à determinação da jurisdição penal inter-regional.

É da nossa opinião que deve ser adoptado o princípio da territorialidade como princípio geral para a matéria dos conflitos de jurisdições penais na Grande Baía. Nos termos das respectivas leis básicas de Hong Kong e Macau, dispõe-se que é concedido o alto grau de autonomia, inclusive naturalmente o poder legislativo sobre a matéria penal, às Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau; nenhuma repartição do Governo Popular Central, província, região autónoma ou cidade directamente subordinada ao Governo Popular Central pode interferir nos assuntos que as Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau administram, por si próprias, devendo as representações estabelecidas na Região Administrativa Especial de Macau por essas unidades, bem como o seu pessoal, observar as leis das Regiões; para além das limitações determinadas pela Lei Básica e pelas leis escritas previamente vigentes nas Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau, aos tribunais de Hong Kong e Macau cabe o poder de jurisdição. Das disposições da Lei Básica vislumbra-se que o princípio da territorialidade, em matéria da jurisdição penal, se encontra mais conforme ao espírito da Lei Básica sem que, entretanto, ponha em causa a autonomia das Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau, não gerando uma maior diferença entre os princípios aplicáveis em matéria de jurisdições penais dos três ordenamentos jurídicos e os princípios relativos à jurisdição penal locais. Afora o exposto, encontra-se igualmente a aplicação do princípio da territorialidade mais favorável à defesa da soberania nacional, dado que “*os conflitos de jurisdições penais inter-regionais devem-se, em última instância, à existência de diversas jurisdições sob o contexto de um país, conflitos esses que existem só por causa do exercício do poder de administração e nunca em razão da defesa de soberania nacional*”.⁶ É o critério da territorialidade que preside à divisão das diversas

6 Zhao Bingzhi (趙秉志), in Enquadramento da teoria da divisão razoável das jurisdições entre o Interior da China e as Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau (中國內地與港澳特別行政區刑事管轄權合理劃分論綱), publicado no *The Jurist* (法學家), vol. IV, 2002.

jurisdições do nosso país e, dada essa razão, o princípio de territorialidade revela-se mais curial enquanto princípio geral para a resolução dos conflitos de jurisdições penais inter-regionais em matéria penal no nosso país, posto que não põe em causa a questão da soberania nacional do país e, bem pelo contrário, consolida o respeito pela autonomia judiciária de outras jurisdições, pois à jurisdição do lugar da prática do facto é entregue o infractor, sem que se ponha, desse modo, a autonomia no tratamento de assuntos judiciários da respectiva jurisdição. Também é esse o dever-se do princípio da política “Um País, Dois Sistemas”.

No que se refere às condutas criminosas transfronteiriças entre mais de duas jurisdições, em caso de se adoptar o princípio da territorialidade, é natural que esses ordenamentos jurídicos tenham jurisdição sobre o caso. Para essas condutas, é nossa recomendação que se aplique o “princípio do lugar de intercepção do agente”, isto é, à jurisdição que primeiro detém o arguido é conferido o poder de julgar sobre o caso. Em referência, às disposições legais nacionais que regulam os infractores em fuga, como o «Aviso do Ministério de Segurança Pública, Supremo Tribunal Popular, Supremo Ministério Público Popular e do Ministério da Justiça Relativo às Opiniões sobre Algumas Questões do Tratamento dos Casos de infractores em Fuga» (《公安部、最高人民法院、最高人民檢察院、司法部關於辦理流竄犯罪案件中一些問題的意見的通知》) indique, os infractores em fuga são aqueles que tenham cometido crimes de forma contínua e transfronteiriça entre cidades ou distritos ou que, após a prática no lugar de residência, tenham fugido para outras províncias, cidades ou distritos e continuem a prática do crime; nos termos respectivos da Lei de Processo Penal, ao tribunal do lugar de intercepção é conferido o poder de julgar sobre o delincente em fuga pela prática dos crimes susceptíveis da aplicação de detenção ou condenação, enquanto sobre os órgãos da Segurança Pública do lugar da fuga do delincente e dos outros lugares da prática do crime impende o dever de apresentar as provas que comprovam a prática ilícita de crimes ao órgão da Segurança Pública do lugar de intercepção. Na Justiça Penal inter-regional do país, os crimes transfronteiriços entre jurisdições encontram grande semelhança com a figura dos infractores em fuga, pelo que importa, por isso, determinar de antemão o ordenamento jurídico com jurisdição. Caso se conclua que cabe jurisdição a vários ordenamentos jurídicos, pode-se ter em referência esta disposição da lei do Interior da China, concedendo jurisdição ao órgão judiciário do lugar de intercepção do agente.

(2) Exclusão legal das jurisdições penais das Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau

Determinado de acordo com o art.º 23.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong e da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau que “*as Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e*

de Macau devem produzir, por si próprias, leis que proíbam qualquer acto de traição à Pátria, de secessão, de sedição, de subversão contra o Governo Popular Central e de subtracção de segredos do Estado, leis que proíbam organizações ou associações políticas estrangeiras de exercerem actividades políticas nas Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e de Macau, e leis que proíbam organizações ou associações políticas da Região de estabelecerem laços com organizações ou associações políticas estrangeiras”, e de acordo com o disposto no art.º 19.º, que “os tribunais das Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau não têm jurisdição sobre actos do Estado, tais como os relativos à defesa nacional e às relações externas”, refere-se ainda que “o facto de os actos do Estado não se sujeitarem ao controlo é determinado pelo princípio da supremacia da soberania”⁷, daí a conclusão de que o princípio geral segundo o qual “o auxílio é recusado quando estiver em causa um crime político ou caso dotado da natureza de crime político” não se aplica à cooperação judiciária inter-regional em matéria penal pelo facto de as leis básicas de Hong Kong e Macau imporem às duas regiões o dever de assegurar a defesa nacional, independência e unidade da pátria mediante actos legislativos e judiciais e excluïrem as jurisdições das regiões sobre os actos do Estado relativos à defesa nacional. Os crimes políticos ou os crimes de natureza política associam-se, muitas vezes, aos crimes relativos à segurança nacional. Cada jurisdição do nosso país não deixa de ter uma divisão territorial subordinada à administração do Governo Popular Central, sobre que recai, portanto, uma missão comum que consiste na defesa da unidade soberana e da segurança nacional. Na cooperação judiciária inter-regional em matéria penal, caso se admitisse que uma divisão territorial pudesse recusar a cooperação judiciária com o fundamento de estar em causa um crime político, estaria a mesma em incumprimento do dever que lhe caberia perante a pátria. Da mesma razão, o princípio segundo o qual “não se concede auxílio aos crimes militares” encontra-se igualmente inaplicável à cooperação judiciária inter-regional do nosso país. Dado o facto de estar estacionada a guarnição nas duas Regiões Administrativas Especiais, vêm a *Law of the People’s Republic of China on Garrisoning the Hong Kong Special Administrative Region* e a *Lei do Estacionamento de Tropas na Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China* determinar as regras de jurisdição sobre os casos de ilícitos penais cometidos por agentes militares da Guarnição estacionada nas duas regiões. Daí a jurisdição dos órgãos judiciais militares do Interior da China recair não só sobre os crimes militares ocorridos no Interior da China, mas também sobre os crimes funcionais praticados pelo pessoal da Guarnição

7 Coordenação de Luo Haocai (羅豪才), in *Mecanismo do controlo judiciário chinês (中國司法審查制度)*, Peking University Press(北京大學出版社), 1993, pág. 309.

em Hong Kong e Macau. Às Regiões é imposto o dever de auxílio nos casos de crimes militares em caso de haver pedido do Interior da China, dever esse que é uma forma de manifestação do cumprimento das atribuições de assegurar a soberania e a segurança nacionais por parte das duas regiões.

Afora o referido, é adoptada somente a formulação de “*actos do Estado, tais como os relativos à defesa nacional e às relações externas*” no art.º 19.º nas respectivas leis básicas de Hong Kong e de Macau, sendo necessário, por isso, fazer uma abordagem para delimitar o âmbito concreto de matéria cuja jurisdição não cabe aos tribunais de Hong Kong e Macau. Os actos do Estado são, de antemão, os actos que só podem ser praticados pelo Estado. Apesar de as Leis Básicas não determinarem o sujeito idóneo para a prática dos actos de Estado, nos termos da Constituição, da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong, e da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, os sujeitos idóneos para a prática dos actos estaduais são, entendemos nós, os órgãos e as repartições estaduais que podem representar o Estado para a prática dos mesmos nas duas regiões. Em segundo lugar, pelo facto de ambas as Leis Básicas terem recorrido a um elenco aberto, isto é, os actos do Estado, tais como os relativos à defesa nacional, para delimitar o âmbito dos actos de Estado, poderia haver dois entendimentos sobre a expressão “tais como”, um entendimento de elenco taxativo e o outro de elenco meramente exemplificativo. Há quem entenda a expressão “tais como” um elenco taxativo, ou seja, que a exemplificação se esgota no que seria elencado. Esse entendimento do elenco taxativo, porém, não se demonstre obviamente na intenção legislativa, o elenco deve ser olhado, em nosso entender, como um elenco exemplificativo, por duas razões. Começando pela primeira, a expressão do texto da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong em língua inglesa aprovado, sob a examinação e a deliberação da Comissão Jurídica da Assembleia Popular Nacional, pelo Comité Permanente da Assembleia Popular, é “*The courts of the Hong Kong special Administrative Region shall have no jurisdiction over acts of state such as defense and foreign affairs*”, enquanto a expressão do texto em língua Inglesa da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau é “*The courts of the Macau special Administrative Region shall have no jurisdiction over acts of state such as defense and foreign affairs*”. Observa-se que a expressão nas duas leis básicas é dotada do alcance do elenco exemplificativo, registando-se uma consonância entre o texto em língua chinesa e o texto em língua inglesa. Pela segunda razão, nos termos da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong, o entendimento do elenco exemplificativo encontra-se conforme às disposições do common law de Hong Kong, posto que “*Encontra-se consagrado o princípio da soberania não sujeita ao controlo no common law de Hong Kong. O território de Hong Kong,*

antes do retorno à pátria em 1997, pelo regido de modelo colonial⁸ do Reino Unido, não podiam os tribunais de Hong Kong fiscalizar os actos praticados pelo Parlamento nem as decisões dos ministros. O art.º 19.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong vem consagrar todos esses limites à jurisdição dos tribunais de Hong Kong que já vinham das leis e princípios jurídicos então vigentes. Entre esses limites conta-se o princípio da não sujeição ao controlo da soberania, tendo o princípio o mesmo alcance que o conceito lato dos actos do Estado”.⁹ Já nos termos da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, dado o facto de o território de Macau ter sido regido pelo modelo colonial por Portugal antes do retorno à pátria em 1999, aos deputados legislativos e aos membros do Conselho Consultivo era conferida a imunidade judiciária, os tribunais de Macau não tinham os poderes de jurisdição sobre os actos ilícitos penais e civis contra o Governador e os Secretários-Adjuntos, todos esses limites encontram-se reservados entre os limites provenientes das leis e princípios jurídicos previamente vigentes nos termos do art.º 19.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau. Entre esses princípios se inclui o princípio da não sujeição ao controlo da soberania, tendo este o mesmo alcance que o conceito lato dos actos do Estado. A expressão “tais como” do n.º 3 do art.º 19.º da Lei Básica de ambas as duas regiões deve ser interpretada como um elenco exemplificativo, daí a exclusão de jurisdição dos tribunais de ambas as regiões sobre os actos do Estado, inclusive não apenas os actos relativos à defesa nacional e às relações externas, mas também os outros actos estaduais, como a nomeação do Chefe do Executivo e dos membros principais para os órgãos administrativos

8 Com a governação colonial ocorrida em Hong Kong e Macau não quer dizer-se que ambos os territórios tenham sido colónias. Em 8 de Março de 1972, o então Representante Permanente da República Popular da China na Organização das Nações Unidas, Huang Hua, redigiu uma missiva ao presidente do Comité de Descolonização das Nações Unidas, declarando expressamente: “No que se prende com a problemática de Hong Kong e Macau, trata-se do resultado legado pelo imperialismo vivenciado na história pelo facto de ter havido uma imposição sobre a China na assinatura de uma série de tratados desiguais. Trata-se, por conseguinte, em matéria da problemática em que se envolvem Hong Kong e Macau, de uma questão que se põe apenas em torno do âmbito da soberania chinesa, não se integrando na categoria de ‘colonização’, dado o facto de que tanto Hong Kong como Macau fazem parte da porção do território chinês que foi ocupado pelas autoridades do Reino Unido e de Portugal”. Essa posição essa do governo chinês sobre a problemática de Hong Kong e Macau reuniu grande apoio ao nível da escala internacional. Deliberou-se, em Novembro de 1972, na Assembleia Geral das Nações Unidas, por aprovada a resolução da eliminação de Hong Kong e Macau na lista das colónias. Implica-se, com a eliminação de Hong Kong e Macau na lista das colónias, o marco da confirmação da soberania chinesa sobre ambos os territórios pelo direito internacional.

9 Dong Likuan (董立坤), Zhang Shudian (張淑鈿), in *Ausência de jurisdição dos tribunais da Região Administrativa Especial de Hong Kong sobre os casos de actos da imunidade soberana do Estado* (香港特區法院對涉及國家豁免行為的案件無管轄權), publicado no *Tribune of Political Science and Law* (政法論壇), Janeiro de 2012.

de ambas regiões, bem como a autorização especial à entrada de navios militares estrangeiros nas jurisdições regionais.

2. Questão da entrega dos infractores em fuga na Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau

(1) Estabelecimento do princípio da “recusa de entrega” no caso dos crimes susceptíveis de aplicação da pena de morte

O princípio da recusa de entrega dos infractores de crimes susceptíveis de aplicação da pena de morte, aplicável ao nível da escala das extradições internacionais, não deve ser transplantado para a cooperação judiciária inter-regional entre as diversas divisões administrativas de um Estado. Deve, ao invés, ser implementado o princípio dos “limites à entrega” quanto aos infractores de crimes susceptíveis da aplicação de pena de morte dado o enquadramento da política “Um País, Dois Sistemas” e o espírito do respeito recíproco entre as jurisdições. O respeito pelos ordenamentos jurídicos de outras jurisdições deve ser tido como o pressuposto em matéria da cooperação judiciária inter-regional, isto é, em caso de o infractor ter cometido no Interior da China um ilícito penal susceptível de aplicação da pena de morte e fugir para outras jurisdições, dado o princípio da territorialidade, sendo o lugar da prática do crime o Interior da China, aos órgãos judiciários do Interior da China cabe exercer o poder de julgar sobre o caso, enquanto sobre as autoridades de outras jurisdições recai o dever de auxílio para a entrega do infractor a pedido do Interior da China. Devem impor-se alguns limites para o caso da entrega dos infractores de crimes susceptíveis da aplicação de pena de morte, posto que entre os três ordenamentos jurídicos apenas se admite a pena de morte na Lei Penal do Interior da China, por isso, a entrega dos infractores dos crimes susceptíveis da aplicação da pena de morte só se deve dar nos casos em que o infractor, dotado do estatuto de residência do Interior da China, tenha cometido o crime susceptível da aplicação da pena de morte e tenha fugido para Hong Kong e Macau. Em caso de os residentes do Interior da China terem cometido condutas que se consideram criminosas segundo a Lei Penal do Interior da China em Hong Kong ou Macau, cabe aos tribunais de Hong Kong ou de Macau a jurisdição sobre o caso, dada a aplicação do princípio da territorialidade. Se os residentes de Hong Kong e Macau tiverem cometido condutas que se consideram criminosas segundo a Lei Penal do Interior da China e fugirem para Hong Kong ou Macau, dado o princípio da territorialidade, ao Interior da China cabe a jurisdição, impondo-se, por isso, sobre Hong Kong ou Macau o dever da entrega dos infractores em fuga. Nesse caso, dado o facto da inexistência da pena de morte segundo os regimes jurídicos punitivos de Hong Kong e Macau, recomenda-se que, aquando da determinação concreta da pena

à luz da Lei Penal do Interior da China, a pena seja fixada na moldura abaixo da pena de morte.

(2) Princípio do dever de cooperação activa

Entende-se a cooperação activa pela adopção de medidas de auxílio de urgência por uma jurisdição, embora sem o pedido da outra jurisdição, ao descobrir os infractores em fuga de outra jurisdição. Dever esse de cooperação activa que cabe não só aos órgãos policiais, mas também aos tribunais e ao Ministério Público. Porém, dada a actualidade da cooperação judiciária inter-regional, apenas o Interior da China e o Governo Central se revelam com o maior grau de actividade na entrega dos infractores em fuga, enquanto Hong Kong e Macau mantêm com uma atitude passiva sem que tomem iniciativa na entrega dos infractores em fuga dada a ausência de disposições concretas na respectiva Lei Básica da Região Administrativa Especial e, conseqüentemente, a conjuntura de dilema na prática judiciária inter-regional pelo facto daquela ausência. Em caso de ser implementado o princípio da entrega activa como o princípio geral da cooperação judiciária da Grande Baía quanto à matéria de infractores em fuga, às duas regiões poderá eventualmente ser imposta a questão da revisão de legislação vigente nas regiões ou do estabelecimento de um mesmo princípio semelhante a este para implementar, ao nível legislativo, o princípio da cooperação activa em matéria de entrega dos infractores em fuga.

O acento tónico, em matéria da cooperação activa, posto ao nível legislativo, justifica-se por haver questões cuja resolução não encontra o êxito em negociação. É bom recorrermos a um caso autêntico ocorrido em Macau para a explicação: *“Em 13 de Abril de 2006, o Secretariado Geral da Organização da Polícia Criminal Internacional, emitiu uma nota vermelha, nota essa que foi requerida pelo Gabinete Central Nacional Chinês da Interpol. Segundo essa nota, uma cidadã chinesa de nome B, nascida na Província de Fujian, portadora do BI de residente permanente de Hong Kong, estava implicada em vários casos em que, durante o período de Dezembro de 2002 a Maio de 2005, fabricava os discos ópticos de pirata no estrangeiro e transportava-os clandestinamente para o Interior da China e vendeu-os ali, de tal forma que ganhou RMB¥140.000.000,00, com um montante que evadiu de tributação cerca de RMB¥20.000.000,00. O (Sub-)comissariado de anti-contrabando alfandegário de Pingxiang da Província de Guangxi, emitiu em 23 de Setembro de 2005 um mandado de captura contra a suspeita B. Em 18 de Março de 2003, aquando da entrada em Macau através do Terminal Marítimo do Porto Exterior, a senhora B foi interceptada pelo polícia de plantão do Corpo de Polícia de Segurança Pública, Serviço de Migração, Comando do Posto Fronteiriço do Porto Exterior. O Procurador-adjunto do Ministério Público tomou a decisão da entrega da senhora B à Alfândega do Interior da China.*

*Nesse momento, a irmã da B, nos termos do art.º 204.º do Código de Processo Penal de Macau requerer ao Tribunal da Última Instância o deferimento do pedido de Habeas Corpus, sendo o mesmo pedido deferido. Em 20 de Março de 2007, os juízes do Tribunal de Última Instância, através do Acórdão n.º 12/2007, acordaram na libertação da senhora B. Escreve-se, na fundamentação do aresto, que actualmente em relação à entrega de infractores em fuga não se procedeu à legislação inter-regional ou legislação interna sobre a matéria da entrega de infractores em fuga entre o Interior da China e a Região Administrativa Especial de Macau. Por não existirem normas inter-regionais ou locais que regulem a entrega de infractores em fuga entre o Interior da China e a RAEM, embora tenha o objectivo de executar a ordem de detenção vermelha emitida pela Interpol, na falta de normas jurídicas específicas que sejam aplicáveis, o Ministério Público, a PJ ou quaisquer autoridades públicas não podem deter o indivíduo, que está sob mandado de captura da Interpol, para efeitos de entrega ao Interior da China como parte requerente. Se não houver outras razões que justifiquem a detenção de B, a PJ deve-a libertar imediatamente”.*¹⁰

Embora tenha sido aprovada a *Lei do Procedimento Relativo à Notificação de Pedido no Âmbito da Cooperação Judiciária*, a mesma é aplicável apenas à cooperação judiciária da Região Administrativa Especial de Macau com outros Estados e não entre esta e o Interior da China. Em Macau, por conseguinte, pode haver a entrega dos infractores em fuga com origem de outros países e territórios, mas nunca dos infractores com a origem do Interior da China. Pese embora as lamentações sobre a decisão do Acórdão, trata-se do resultado necessário do julgamento em cumprimento estrito da lei por parte do Tribunal da Última Instância da Região Administrativa Especial de Macau. No entanto, em caso de a Região Administrativa Especial de Macau, contando com o princípio da cooperação activa nessa matéria, poder, por vontade própria, iniciar o trabalho em todo e qualquer sentido para a colaboração e o apoio de modo a corrigir e superar os dilemas judiciais através de via legislativa, o resultado positivo marca-se não apenas ao nível da cooperação judiciária em matéria penal, mas também ao nível da implementação do efeito de sinergia quanto à construção do Estado de Direito na Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau.

3. Supremo princípio na cooperação judiciária em matéria penal na Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau

É exigência necessária, na cooperação judiciária em matéria penal da

¹⁰ O teor vem transcrito do *Acórdão do Tribunal da Última Instância da Região Administrativa Especial de Macau, Habeas Corpus*, Ac. n.º 12/2007, disponível em <http://www.court.gov.mo/sentence/zh-53590d0300ea6.pdf>, com a última data de visita *online* em 26 de Agosto de 2019.

Grande Baía, que haja o reconhecimento e o respeito pela legalidade das leis penais dos diversos ordenamentos jurídicos e pela igualdade das mesmas. “*Dada a ausência de normas jurídicas que visem a resolução dos conflitos dos direitos penais inter-regionais, daí o método de resolução de conflitos consistir, sobretudo, na abstenção do poder de jurisdição por parte de um ordenamento jurídico ou no reconhecimento tácito do poder de jurisdição de outro ordenamento jurídico de modo a contornar a problemática dos conflitos*”¹¹, “*Também são muito óbvios os defeitos deste método de resolução casuística: de antemão, facilmente se provocam divergências e disputas no sector judiciário e no sector doutrinário entre as três jurisdições, pondo em causa a confiança recíproca e o respeito entre o sistema judiciário e a sociedade das três jurisdições; em segundo lugar, a diferente resolução de cada caso por parte do sistema judiciário põe em causa o princípio de uniformização de aplicação judiciária; em terceiro lugar, em caso de uma jurisdição não desistir da sua jurisdição sobre o caso e a exercer, ou seja, em caso de ausência de um entendimento uniforme mesmo se esgotando os esforços para a negociação, o resultado é o de que o caso não vai ter o tratamento tempestivo*”.¹² Daí, na ausência de um princípio supremo para a orientação da cooperação judiciária inter-regional em matéria penal, a consequência da difícil obtenção do resultado previsto.

É do nosso entendimento que, no que se refere a esta problemática, se parta da gênese dos conflitos de jurisdições em matéria penal da Grande Baía, isto é, dando-se o começo através da teleologia e do espírito da política “Um País, Dois Sistemas” e da “Região Administrativa Especial”. Advirta-se que a “Região Administrativa Especial” tem por base a “Região Administrativa”, é dotada do qualificativo “Especial” para se distinguir de outras regiões administrativas especiais, por exemplo, da Província de Guangdong e do Município de Pequim. Pois, as particularidades de que essas regiões administrativas especiais se dotam residem justamente na vigência da política “Um País, Dois Sistemas”. Esta política, porém, vem implementada também em razão da realização da missão da unificação do país, não podendo, por isso,

11 Chen Peilin (陳沛林), *Da direção do desenvolvimento da cooperação judiciária inter-regional na Região Administrativa Especial de Hong Kong* (論香港特別行政區區際刑事司法協助的發展方向), publicado nos *Estudos sobre a cooperação judiciária inter-regional em matéria penal da China (Colectânea dos Textos Publicados no I Fórum da Cooperação Judiciária Inter-regional em Matéria Penal da China)* (中國區際刑事司法協助研究 - 首屆中國區際刑事法論壇會議文集), pág. 57.

12 Xiao Xiumin (肖秀敏), *Dificuldades de institucionalização da cooperação judiciária inter-regional em matéria penal e o seu êxito* (中國區際刑事司法協助制度化困境及出路), texto compilado na colectânea de *Problemas jurídicos sobre a cooperação estreita entre a Província de Guangdong, Hong Kong e Macau* (粵港澳緊密合作中的法律問題), da coordenação de Cai Zhenshun (蔡鎮順) e Xu Biao (徐彪), China Legal Publishing House (中國法制出版社), Setembro de 2011, págs. 192 a 193.

ser interpretada como um obstáculo ao apoio e à obediência fundamentais de uma divisão administrativa para com o Estado. Como o Relatório do XIX Congresso Nacional do Partido Comunista da China vem indicar, a política “Um País, Dois Sistemas” é a melhor solução que pode haver para pôr termo às questões de Hong Kong e Macau legadas pela história e o melhor regime jurídico que pode assegurar a prosperidade longínqua de ambas as Regiões. Escreve-se ainda no Relatório que, dada a relação estreita de cooperação entre os territórios de Hong Kong e Macau e o Interior da China, “É necessário dar o apoio para Hong Kong e Macau poderem integrar-se na conjuntura do desenvolvimento nacional, tendo sobretudo em foco a construção da Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau, a cooperação Guangdong-Hong Kong-Macau e da Cooperação da Região do Pan-Delta do Rio das Pérolas, dando impulso pleno à cooperação de mútuo benefício entre o Interior da China e os territórios de Hong Kong e Macau, implementando e complementando medidas políticas de conveniências ao desenvolvimento dos residentes de Hong Kong e Macau no Interior da China”. É determinada no Relatório a “Perspectiva de Integração”, servindo a mesma para sedimentar, por sua vez, a direcção do desenvolvimento de Hong Kong e Macau no enquadramento da política “Um País, Dois Sistemas”. Não se pode deixar de fazer referência à questão de saber como se deve compreender a relação entre o limite temporal da política “Um País, Dois Sistemas” e o compromisso político “Inalteração Durante Cinquenta Anos”, posto que a compreensão sobre a relação entre a “Perspectiva de Integração” e a “Inalteração Durante Cinquenta Anos” condiciona os estudos científicos sobre a política “Um País, Dois Sistemas”. Torna-se necessário, de antemão, determinar a essência da “inalteração” do compromisso político “Inalteração Durante Cinquenta Anos”. Dispõe-se no art.º 5.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong: “Na Região Administrativa Especial de Hong Kong não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes”. Também se dispõe o mesmo no art.º 5.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau: “Na Região Administrativa Especial de Macau não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes”. Cumprido, dado o andamento ininterrupto em mudança devido ao passar do tempo e ao progresso nas tecnologias, indagar o alcance da “inalteração” do compromisso político “Inalteração Durante Cinquenta Anos”. É necessário delinear e proceder a um detalhamento de distinção entre o clausulado constante de ambas as Leis Básicas, admitindo-se que uma parte do clausulado é susceptível de alteração que seja adequada à evolução política em conformidade com o passar do tempo, posto

que ambas as leis básicas são susceptíveis de alteração nos termos nelas constantes bem como a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong e a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau o indicam expressamente, enquanto a outra parte do clausulado é insusceptível, absolutamente, de alteração mesmo que se passem os cinquenta anos. Uma delimitação sobre o clausulado cuja alteração é absolutamente inadmissível tem de procurar-se entre o disposto constante de ambas as Leis Básicas que diz respeito à sua alteração. O art.º 159.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong dispõe: “Nenhuma revisão desta Lei pode contrariar as políticas fundamentais relativas a Hong Kong, definidas pela República Popular da China”. Já as referidas “políticas fundamentais” são aquelas que constam do Artigo III e do Anexo I da Declaração Conjunta Sino-Britânica, onde se dispõe que “A Assembleia Popular Nacional da República Popular da China elaborará e promulgará a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong da República Popular da China (a seguir designada como Lei Básica) de acordo com a Constituição da República Popular da China, estipulando que após o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Hong Kong não serão nela aplicados o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados os actuais sistemas capitalistas, bem como a respectiva maneira de viver, durante cinquenta anos”. Dispõe-se no art.º 144.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau: “Nenhuma revisão desta Lei pode contrariar as políticas fundamentais relativas a Macau, definidas pela República Popular da China”, enquanto as referidas “políticas fundamentais” são aquelas que constam do Artigo II e do Anexo I da Declaração Conjunta Sino-Portuguesa, onde se dispõe que “A Assembleia Popular Nacional da República Popular da China elaborará e promulgará a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (a seguir designada como Lei Básica) de acordo com a Constituição da República Popular da China, estipulando que após o estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau não serão nela aplicados o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados os actuais sistemas social e económico, bem como a respectiva maneira de viver, durante cinquenta anos”. Dada a conjugação do art.º 159.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong e do art.º 144.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, vislumbra-se que o estabelecimento da “Inalteração Durante Cinquenta Anos” tem em vista limitar os poderes de alteração da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China, o que equivale a dizer que não é lícito haver alterações por parte do Estado sobre as políticas fundamentais que se estabelecem para com Hong Kong e Macau, não podendo, para esse efeito, rever ambas as leis básicas durante os cinquenta anos. Afora o referido, em nosso entender, no que se prende com a questão do

limite temporal de “cinquenta anos”, não quer a orientação da “Inalteração Durante Cinquenta Anos”, consagrada em ambas as leis básicas, dizer que haja necessariamente uma mudança quando se completar o prazo. Mudança essa que não se verifica como uma quebra que vem no ano em que se completar o prazo, devendo, ao contrário, a mesma actualizar-se em via do desenvolvimento permanente e em conformidade com o passar do tempo. Um desenvolvimento em conformidade com o passar do tempo implica um alcance muito rico, posto que se implicam, à medida que se intensificam o intercâmbio e a cooperação do lado de Hong Kong e Macau para com o Interior da China, inevitavelmente problemas que exigem a cooperação conjunta entre três localidades ao nível jurídico. Torna-se, por isso, necessária a implementação de um mecanismo de cooperação inter-regional. O estabelecimento da cooperação judiciária inter-regional constitui um requisito indispensável para assegurar que a política “Um País, Dois Sistemas” esteja em via de desenvolvimento permanente e em conformidade com o passar do tempo. Torna-se necessário, para que se acautele a permanência no desenvolvimento, que se estabeleça um mecanismo apto para a resolução de questões jurídicas transfronteiriças, como o concurso e o conflito de jurisdições das três localidades. O mesmo é dizer, não pode o desenho concreto do mecanismo de cooperação judiciária inter-regional escapar aos fundamentos e aos princípios orientadores que estruturam a Constituição e ambas as leis básicas, devendo, por isso, a obediência à política orientadora “Um País, Dois Sistemas” constante da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong e da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau. Da interpretação acima tecida infere-se que a obediência à política orientadora “Um País, Dois Sistemas” exige que haja algumas mudanças tendo por direcção a “Perspectiva de Integração” constante do Relatório do XIX Congresso Nacional do Partido Comunista da China, enquanto se acautela a inalteração absoluta sobre as políticas fundamentais por parte do Estado para com Hong Kong e Macau.

Recorde-se que a política “Um País, Dois Sistemas” tem por base o princípio de “Um País” e, sem o qual, não haveria a base para falar dos “Dois Sistemas”. Cabe à Região Administrativa Especial de Hong Kong e à Região Administrativa Especial de Macau agir como uma divisão administrativa do Estado e, por isso, assumir os deveres e responsabilidade de defesa e na obediência aos interesses nacionais, tendo esta sensibilidade para se orientarem no desenrolar dos trabalhos legislativos e administrativos. O caso do indivíduo objecto da ordem de captura supra referido constitui uma situação em que a Região Administrativa Especial de Macau tornou a entrega impossível ao Interior da China, deixando a infractora fugir à responsabilidade penal que lhe cabia, caso esse que põe, em termos muito óbvios, em causa a punição legal do

Estado contra os infractores de ilícitos penais. Não podemos, porém, dizer que a prática do órgão judiciário esteja errada, posto que não há legislação que possa ser aplicada. Olhando a questão por outro modo, demonstra-se, ao menos, que a Região Administrativa Especial de Macau não tem cumprido bem a política “Um País, Dois Sistemas” e a essência espiritual da “Região Administrativa Especial”. Muito embora à Região Administrativa Especial sejam conferidos o poder legislativo e o alto grau de autonomia, o exercício de tais poderes não deve ter somente a estabilidade da Região e os interesses regionais como ponto de partida, sendo necessário que a Região exerça tais poderes tendo em vista a essência e o espírito da política “Um País, Dois Sistemas” e da “Região Administrativa” como o supremo princípio, só nesse modo é que se torna possível o desenvolvimento sinérgico da Região com o Interior da China.

A questão de eliminar, no pressuposto da política de “Um País, Dois Sistemas”, a problemática da cooperação judiciária inter-regional em matéria penal é um tema muito atractivo e ao mesmo tempo desafiante. Regista-se, a partir do retorno de Hong Kong e Macau à pátria, um avanço enorme em comparação com o passado¹³, pese embora o sucesso considerável da política “Um País, Dois Sistemas”, não se pôs termo ainda à problemática da cooperação

13 Vem-se a registar, de acordo com as estatísticas, um desenvolvimento económico estável em Hong Kong. Marca-se o PIB de 2,5 biliões de dólares de Hong Kong para o ano de 2016, com o acréscimo substancial de 82,5% em comparação com o valor de 1997; regista-se o PIB *per capita* de 339 mil dólares de Hong Kong, com uma taxa de subida equivalente a 60%. A reserva financeira de Hong Kong é muito rica, marca-se o valor 1 bilião de dólares de Hong Kong em 31 de Março de 2017, esse número representa uma subida de 170% em comparação com o valor de 370,7 mil milhões de dólares de Hong Kong. Até aos finais de Fevereiro de 2017, verifica-se, no património da reserva financeira oficial administrado pela *Hong Kong Monetary Authority*, um aumento de 92,8 mil milhões de dólares americanos à data dos finais de Dezembro de 1997 para 390,5 mil milhões dólares americanos. [Su Xiao (蘇曉), *Apanhar as oportunidades “Uma Faixa, Uma Rota” e da “Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau” para desempenhar bem o papel do supercomunicador* (“抓住‘一帶一路’、‘粵港澳大灣區’機遇，發揮好‘超級聯繫人’角色”), publicado no *China Financial Weekly* (財經國家周刊), 27 de Junho de 2017]. Regista-se, segundo outras estatísticas, um aumento de 50,27 mil milhões de patacas para 413,47 mil milhões de patacas, com a subida anual de 16,2%; o aumento do PIB *per capita* é de 15 mil de dólares americanos para 87 mil de dólares americanos, com a taxa de subida de 4,8%, situando-se em 2.º lugar da Ásia e 4.º lugar ao nível da escala mundial segundo o *Ranking das Economias* do Grupo Banco Mundial. À velocidade do aumento acelerado da economia e do aumento do investimento exterior, regista-se uma subida na receita financeira de Macau, de 16,94 mil milhões de patacas registadas em 1999 para 175,95 mil milhões de patacas em 2013, com a subida anual de 18,2%; regista-se ao mesmo tempo uma descida considerável da taxa de desemprego, com a diminuição de 6,3% para 1,7%, tendo a taxa sido mantida durante sete anos consecutivos abaixo de 4%. [Xinhuanet (新華網), *Economia do 15.º aniversário do retorno de Macau à pátria: superação e desenvolvimento – impulsionamento da economia* (澳門回歸15週年之經濟篇：跨越發展 推動經濟), disponível in <http://news.sohu.com/20141219/n407104349.shtml>, com a última data de visita em 15 de Setembro de 2019.

judiciária inter-regional em matéria penal, pelo que a concretização sinérgica do Estado de Direito é uma missão com profundo alcance e trabalho. É do nosso desejo que os profissionais da arca jurídico possam atingir um consenso quanto à cooperação judiciária em matéria penal, conferindo-lhe um maior grau de actividade, globalidade, diligência e inovação, com o aproveitamento da Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau como o ponto de partida para implementar o mecanismo da cooperação judiciária inter-regional em matéria penal do nosso país.

'BEYOND REASONABLE DOUBT' AND 'SPECIFIC DIRECTION' THROUGH THE INTERSTICES OF THE KATANGA CASE AT THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Miguel Lemos

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Macau

Abstract: This short piece argues that the *Katanga* case at the International Criminal Court might constitute another instance of a new 'trend' criminalizing persons participating in war while 'contemplating' crimes might be committed throughout the course of hostilities.

Keywords: Katanga; ICC; Specific Direction; Beyond Reasonable Doubt.

Introduction

The case against Germain Katanga saw the second guilty verdict at the International Criminal Court (hereinafter, ICC)¹, following Thomas Lubanga's conviction and sentence to 14 years of imprisonment for the war crimes of enlisting and conscripting children and using them to participate actively in hostilities². At

1 Judgment rendu en application de l' article 74 du Statut, Katanga (ICC-01/04-01/07), Trial Chamber II, 7 March 2014 (hereinafter, TC Judgment). An extensive commentary to this decision can be soon found in Miguel Manero de Lemos, "Commentary to Katanga through the evolution of International Criminal Law and Procedure and the prospect that judges at the ICC move (even further) away from the Rome Statute", Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, André Klip and Stephen Freeland (eds.), Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, Vol. 62 (forthcoming).

2 Judgment pursuant to Art. 74 of the Statute, Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06-2842), Trial Chamber I, 14 March 2012. Verdict and sentence confirmed by Appeals Chamber on 1 December 2014.

the time of the writing, Katanga's 2014 judgment still stood as one of the only two final convictions stemming from the two decades in existence ICC³. Placed within the context of extreme violence flaring in the Democratic Republic of the Congo (DRC) in the beginning of the century,

*"[t]he case was complex in relation to facts, but comparatively narrow in scope, since it focused on one criminal incident carried out in the course of a single day. In a split 2-1 decision, Trial Chamber II found Katanga [the former leader of the Force de resistance patriotique en Ituri (FRPI)] guilty of contributing to crimes against humanity and war crimes committed by the Ngiti militia of Walendu-Bindi and Lendu fighters of Bedu-Ezekere during the attack on 24 February 2003 against the predominantly Hema-populated village of Bogoro, which occupied a strategic position for the Union des patriotes congolais (UPC) in the Ituri Province"*⁴.

The judgment of the two judges in the majority – finding Katanga guilty under a mode of liability enshrined in Article 25 (3) (d) of the Rome Statute – elicited a long and strongly worded rebuke from Judge Van den Wyngaert⁵, blustering the majority, amongst other things, on account that the evidence presented at trial did not warrant a conviction⁶. No one better than Judge Van den Wyngaert characterized her overall stance:

*"I do concur with the Majority's conclusion [that] the charges under article 25(3)(a) of the Statute have not been proved beyond reasonable doubt. However, this is as far as our unanimity goes. As concerns the rest of the Majority's Opinion, I find myself in disagreement with almost every aspect of it"*⁷.

3 Very recently, on 8 July 2019, ICC Trial Chamber VI found Bosco Ntaganda guilty of 18 counts of war crimes and crimes against humanity. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment, ICC-01/04-02/06, 8 July 2019. Sentencing and appeals proceedings will follow.

4 Carsten Stahn, "Justice Delivered or Justice Denied? The Legacy of the Katanga Judgment", *Journal of International Criminal Justice* 12, no. 4 (September 2014), p. 810.

5 Minority Opinion of Judge Christine van den Wyngaert (ICC-01/04-01/07-3436-Anx), 7 March 2014 (hereinafter, Minority Opinion Van den Wyngaert).

6 Minority Opinion Van den Wyngaert, Part III, ("Germain Katanga's guilt has not been established beyond reasonable doubt").

7 Minority Opinion Van den Wyngaert, par. 1 (emphasis added).

Of course, the very disparate approaches of the majority and Judge Van den Wyngaert raise legitimate doubts about the fairness of Katanga’s conviction⁸.

‘Beyond Reasonable Doubt’

Under the peculiar and apparently ‘wide’ type of ‘aiding and abetting a group’ mode of liability of Article 25 (3) d)⁹, the contribution to “a crime by a group of persons acting with a common purpose” requires that the contribution is intentional and be made either (two alternative sub-modes of liability):

“(i) with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court [mode of liability 4.1]; or (ii) in the knowledge of the intention of the group to commit the crime [mode of liability 4.2]”¹⁰.

After carefully considering the majority and minority opinions on the whole, the author of this commentary is not convinced that the ‘majority’s case’ against Katanga – under Article 25 (3) (d) ii (the ‘narrower’ mode of liability 4.2 under which Katanga was ultimately found guilty) – was proven beyond reasonable doubt. That is particularly true, in view of the fact that, as pointed out by Judge

8 Carsten Stahn, “Justice Delivered or Justice Denied?”, p. 829 (“[t]he strong dissent on facts and their interpretation calls into question the very premise whether the conviction meets the ‘beyond reasonable doubt’ standard”); Sophie Rigney, “The Words Don’t Fit You: Recharacterisation of the Charges, Trial Fairness, and Katanga”, 15(2) Melbourne Journal of International Law, Vol 15, 2014, p. 19 (“[t]his case is indicative of a conception of trial where fairness and the rights of the accused are cleaved apart, and conviction is prioritised. Judges adduce evidence, and only subsequently tell the accused how he is charged, reorienting a prosecution case to ensure a finding of guilt. Words are fashioned to fit the accused. If this were Wonderland, Alice would be likely to object loudly. Yet in a system such as international criminal law, which has based itself on the centrepiece of a trial – and a trial which must be fair, lest it be ‘more show than trial’ – these questions must not remain unresolved too much longer”).

9 The modes of liability enshrined in Article 25 (3) of the Rome Statute are: “(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible [mode of liability 1]; (b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted [mode of liability 2]; (c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission [mode of liability 3]; (d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose [mode of liability 4]”.

10 Article 25 (3) d) Rome Statute (emphasis added).

Van den Wyngaert, “so much evidence was missing, and that there were so many serious credibility problems with crucial prosecution witnesses”¹¹.

For example, it is difficult to understand how *exactly* the majority reached a “beyond reasonable doubt” conclusion that the Ngiti fighters of Walendu-Bindi *adopted a common purpose* to attack Bogoro *in order to eliminate the Hema civilian population there*¹². As highlighted by Judge Van den Wyngaert,

*“it is not an easy task to discern the exact evidentiary basis of the Majority’s findings in this regard, because they are scattered over several different places throughout the Majority Opinion”*¹³.

It is similarly hard to understand what *exactly* led the majority to conclude beyond reasonable doubt that, before the attack had occurred, Katanga made a contribution to the crimes in Bogoro in the *knowledge* of the *intention of the group* to commit *the crimes*. As again highlighted by Judge Van den Wyngaert,

*“[while it is] possible to infer the existence of a group acting with a common purpose from the fact that a number of people simultaneously committed crimes at a certain time and location [...], [i]t is not possible to infer from the mere fact that physical perpetrators acted with mens rea on the day the crimes were committed that they shared a common purpose to commit these crimes beforehand”*¹⁴.

The difficulties are especially acute if one seriously respects the principle of legality, as enshrined in a curious article of the Rome Statute. Although Article 22 (*nullum crimen sine lege*) provides in its third paragraph that “[t]his article shall not affect the characterization of any conduct as criminal under international law independently of this Statute”, it unapologetically demands in its first two that:

“[a] person shall not be criminally responsible under this Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court” and that “[t]he definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in

11 Minority Opinion Van den Wyngaert, par. 143.

12 Minority Opinion Van den Wyngaert, par. 226.

13 Minority Opinion Van den Wyngaert, par. 226.

14 Minority Opinion Van den Wyngaert, par. 23 (emphasis in the original).

favour of the person being investigated, prosecuted or convicted”.

One has to assume that the drafters did not intend the illogical result of not applying these two paragraphs to modes of liability, which some could argue are not per force to be considered part of the ‘definition’ of a crime. Thus, if one is not allowed to extend Article 25 (3) (d) by analogy and its ambiguities cannot be resolved against the defendant, even a supposedly beyond reasonable doubt conclusion that Katanga had *knowledge* that his contribution would *inevitably* lead to the commission of ‘crimes under the jurisdiction of the court’ would not *per se* warrant a conviction under mode of liability 4.

Under a strict and non-analogical interpretation of mode of liability 4.2, which speaks of ‘knowledge of the intention of the group to commit *the crime*’, the *beforehand knowledge* of the (future) ‘crimes’ in Bogoro would have to be proved. Moreover, the ‘in any other way’ contribution mentioned at the start of paragraph d) would have to be strictly interpreted as a contribution towards the specific ‘crime’ mentioned at the end of sub-paragraph d) ii. However, there was not sufficient evidence on record to prove beyond reasonable doubt such *closely knitted links* between the specific group intention, the beforehand knowledge of such intention and the actual contributions, on the one hand, and the specific crimes that were committed in Bogoro, on the other hand.

Under a strict and non-analogical interpretation of mode of liability 4.1, which speaks more generally of ‘*a crime* within the jurisdiction of the Court’, it would be necessary to prove that Katanga had the ‘aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group’. Similarly, there was not sufficient evidence *of such aim* on record.

Actually, for identical reasons, evidence produced at trial would also not suffice for a ‘normal aid and abet’ conviction because – under the apparently ‘narrow’ mode of liability 3 enshrined in Article 25 (3) (c) – this would require evidence beyond reasonable doubt that Katanga’s assistance had “the purpose of facilitating the commission of such a crime”¹⁵. A ‘strict and in favour of the defendant’ interpretation does not allow for a (non-purposeful) knowledge-based construction of the *mens rea* enshrined in this provision.

‘Specific Direction’

But perhaps the most important beyond reasonable doubt issue relates with a statement of the majority about the anti-Hema ideology of the Ngiti militia. The majority alleged that:

¹⁵ In fact, strictly interpreted, this requirement seemingly even demands more than the customary law requirement that some sort of ‘specific direction’ must have taken place (on specific direction see *infra*).

*Katanga's own "testimony show[ed] in no uncertain terms that he wholeheartedly espoused that ideology"*¹⁶.

Differently, Judge Van den Wyngaert seems not to have witnessed such a type of testimony:

*"I fully reject the suggestion that Germain Katanga's knowledge about concerns over the UPC's alleged secessionist tendencies somehow shows that he was filled with a hatred towards the Hema civilian population in general that was so strong that he wanted to eradicate them all. I stress, in this regard, that there is not a single reliable item of evidence in this case which refers to a single utterance by Germain Katanga that could be interpreted as anti-Hema"*¹⁷.

For Judge Van den Wyngaert, the majority's reliance on the "anti-hema ideology" seems to be a stalking horse for an argument that is based on *dolus eventualis*. As she exemplarily put it,

*"[i]n the end, one wonders whether the Majority Opinion's elaborate developments about an alleged ethnically-based ideology and the way in which 'tribal warfare' was conducted in Ituri are not in fact a stalking horse for an argument that is based on dolus eventualis. Indeed, when reading the Majority Opinion as a whole, one cannot escape the impression that what Germain Katanga really stands [convicted] of is that he made a contribution to an operation which he knew involved a risk that certain individuals, who lacked the necessary training and discipline and who held grudges against the Hema, might harm Hema civilians if they had the opportunity"*¹⁸.

Such is also the *impression* of the author of this article. However, according to current prevalent doctrinal and jurisprudential opinion, the Rome Statute was devised in order to exclude *dolus eventualis* from its scope¹⁹.

Contrastingly, the stance of Judge Van den Wyngaert seems to be a stalking

16 TC Judgment, par. 1684-1691) (emphasis added).

17 Minority Opinion Van den Wyngaert, par. 291.

18 Minority Opinion Van den Wyngaert, par. 292 (emphasis added).

19 Minority Opinion Van den Wyngaert, par. 292 ("as the Majority rightly concludes, the Statute, for better or for worse, does not include *dolus eventualis*. It is therefore inappropriate to rely on such arguments, even if they are dressed up under a different guise").

horse for an argument that is based on a contributory to crimes *dolus directus*. Indeed, in the 169th of her 170 page dissent, she held that:

“I cannot say in good conscience that I understand exactly what really took place or that I have strong reasons to believe that Germain Katanga intentionally contributed to the commission of crimes by the Ngiti fighters of Walendu-Bindi”.

However, such intentionality is not required under the Rome Statute mode of liability 4.2 used as the grounds for Katanga’s individual criminal responsibility.

Without bluntly acknowledging what the whole ‘ethnicity discussion’ was really about, both the majority and Judge Van den Wyngaert were in reality debating the famous requirement of specific direction ‘invented’ in 1999 by *Tadić* in the first war crimes’ case to go to trial in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (hereinafter, ICTY)²⁰. While setting out the law on aid and abet, the appeals chamber of the ICTY in *Tadić* considered that:

“[t]he aider and abettor carries out acts specifically directed to assist, encourage or lend moral support to the perpetration of a certain specific crime [...] and this support has a substantial effect upon the perpetration of the crime. [...]. In the case of aiding and abetting, the requisite mental element is knowledge that the acts performed by the aider and abettor assist the commission of a specific crime by the principal”²¹.

At the level of the *actus reus*, *Tadić* came up, not only with a “substantial effect upon the perpetration” requirement, but also with an incisive and ‘inventively’ placed in the *actus reus*, “specifically directed to assist a certain specific crime” requirement, which some might say it was in fact its most inventive act, as there was no clear authority to support it. At the level of *mens rea*, *Tadić* spoke of a “knowledge that the acts assist” that has to be linked to the *specific crime*, thereby apparently rejecting of a *dolus eventualis* type of foreseeability. If one thinks on how to compound the whole picture, namely on how to conciliate this “knowledge of a specific crime” *mens rea* with the “specifically directed to assist a certain specific crime” *actus reus*, it is even possible to argue that mere knowledge is not sufficient,

20 ICTY, Judgement, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT 94 1 A, A. Ch., 15 July 1999, in Klip/ Sluiter, ALC-III-761 (hereinafter, Tadić AC Judgment). Tadić’s ‘inventiveness’ is famous in the realm of International Criminal Law.

21 Tadić AC Judgment, par. 229 (emphasis added).

and in fact a purposive *mens rea* was upheld by the appeals chamber²².

In *Katanga*, the majority apparently dismissed *en passant* the necessity for any type of ‘specific direction’ debate while affirming that:

*“[a]s regards the Defence argument concerning remoteness of the Accused to the crimes committed, proximity to the crime is not, in the Chamber’s opinion, a relevant criterion. Indeed, in international criminal law the prime focus of investigations and prosecutions is those who, whilst physically, structurally or causally remote from the physical perpetrators of the crimes, indirectly committed them or facilitated their commission by virtue of the position they held, however remote”*²³.

Contrastingly, Judge Van den Wyngaert – in tune with her strict adherence to the words of the Rome Statute stance – informed she that was not taking any position on “whether customary international law has anything to say on aiding and abetting and, if so, whether or not it supports a requirement for ‘specific direction’”, but immediately also put forward that:

*“when assessing the significance of someone’s contribution, there are good reasons for analysing whether someone’s assistance is specifically directed to the criminal or noncriminal part of a group’s activities. Indeed, this may be particularly useful to determine whether particular generic contributions [24...] are criminal or not. The need for such a distinguishing element is especially acute in the context of article 25(3)(d), where both the mens rea and the actus reus thresholds are extremely low. That said, I see no need for incorporating a separate specific direction requirement for 25(3)(d) liability but I believe the relevance of specific direction for the determination of the significance of any contribution in the sense of article 25(3)(d)(ii) should not be ignored. This is because there may otherwise be almost no criminal culpability to speak of in cases when someone makes a generic contribution with simple knowledge of the existence of a group acting with a common purpose [...]”*²⁵.

22 On specific direction as purpose to assist, see Alexander Greenawalt, *Foreign Assistance Complicity*, 54 *Columbia Journal of transnational Law*, 531 (2016), p. 579, 580.

23 TC Judgment, par. 1636.

24 “[C]ontributions that, by their nature, could equally have contributed to a legitimate purpose”.

25 Minority Opinion Van den Wyngaert, par. 287 (emphasis corresponding to ‘I see no need’,

In short, while the majority dismissed the necessity to verify *in casu* whether ‘specific direction’ existed, Judge Van den Wyngaert contritely ‘kind of’ upheld such necessity.

In order to understand the split between the majority and Judge Van den Wyngaert in this regard, one has to speak of another case decided at the ICTY at about the same time the *Katanga* case was being adjudicated in the ICC. In *Perišić*, the ICTY had to face case-facts that clearly ‘yelled out’, and what about specific direction? Here is a summary of the Prosecution’s case:

“the ICTY Office of the Prosecutor (OTP) charged the accused Momčilo Perišić on 13 counts of war crimes and crimes against humanity under two principal modes of liability: superior responsibility and aiding and abetting. The Prosecution’s case (at least with respect to aiding and abetting), was that Perišić, as Chief of the General Staff of the Yugoslav Army (VJ) — its most senior military officer — aided and abetted the crimes of the Bosnian Serb Army (VRS) in the newly independent Bosnia and Herzegovina, by providing them with substantial military assistance. In short, it was alleged that Perišić was the military lifeline that permitted the VRS to function as an effective fighting force. The Prosecution’s theory was that Perišić provided such assistance in full knowledge that it would be used to commit crimes, and that it did in fact enable, and had a substantial effect on, the commission of crimes by VRS members, particularly at Srebrenica and during the siege of Sarajevo”²⁶.

A surprise to many, the appeals chamber of the ICTY decided to take the law on aiding and abetting set out in *Tadić* seriously and upheld its requirements, most infamously its specific direction requirement. According to the widely criticized view of the appeals chamber²⁷, such requirement “establishes a *culpable link* between assistance provided by an accused individual and the crimes of principal perpetrators”²⁸. As the appeals chamber observed,

“Perišić’s assistance to the VRS was remote from the relevant

‘should not be ignored’ and ‘almost no criminal culpability’ were added).

26 Manuel Ventura, “Farewell ‘specific direction’”, p. 3.

27 Many scholars were unforgiving. Paradigmatically, see Manuel Ventura, “Farewell ‘specific direction’”, p. 30, 36.

28 Prosecutor v. Perišić, Judgment, Appeals Chamber, Case No. IT-04-81-A, 28 February 2013 (hereinafter, *Perišić Appeal Judgment*), para 77.

crimes of principal perpetrators [at Srebrenica and Sarajevo]. [...] The VRS was independent from the VJ and [...] the two armies were based in separate geographic regions [...]. Perišić was [not] physically present when relevant criminal acts were planned or committed. [Thus], [i]n these circumstances, [...] an explicit analysis of specific direction [is] required in order to establish the necessary link between the aid Perišić provided and the crimes committed by principal perpetrators”²⁹.

As the appeals chamber was unable to find such link, Perišić was acquitted³⁰. Outrage followed. The outrage led to a reversal of *Perišić* by a differently composed appeals chamber in *Šainović*³¹ and *at present* it seems settled that no ‘specific direction’ requirement is necessary under customary law.

Following this ‘new’ position – trending at the ICTY and other international tribunals – and subtly holding that, under Article 25 (3) (d), the Rome Statute also does not require specific direction, the stance of the majority in *Katanga* seems to amount to little else than a de facto creation of a new *sui generis* criminal contribution to a ‘joint’ enterprise encompassing any insider or outsider to the enterprise who, while *contemplating* that an international crime might be committed, *in any other way* contributes to a crime within the jurisdiction of the court committed by a loosely defined group pursuing a loosely defined common plan³². The problem is, as Lachezar notes, that:

“when two or more persons agree on a plan to wage a war, there is always an inherent risk that this course of action, legitimate as it may be, may possibly lead to the commission of crimes. If the scope of JCE’s ‘common plan’ element is defined to comprise ‘contemplated’ crimes, then it can be that the only way in which a person in such a context can avoid [...] liability for resulting crime(s) is by not entering common plans to wage wars: a conclusion that hardly fits

29 Perišić Appeal Judgment, par. 42.

30 Perišić Appeal Judgment, par. 73, 74.

31 Prosecutor v. Šainović et al., Judgment (Appeals Chamber) (Case No. IT-05-87-A), 23 January 2014.

32 On how the position of the majority “brings an almost indefinite range of organizations and non-state actors within the scope of application of crimes against humanity [...] [and] calls into question the very necessity of the ‘capacity’-based model [...] stand[ing] in contrast to the wording of the Statute and the intended will of the drafters”, see Carsten Stahn, “Justice Delivered or Justice Denied?”, p. 817, 818.

in the established legal framework of jus ad bellum”³³.

Indeed, the ‘no specific direction’ legacy of *Katanga* might as well be that of a 24 years old young person who, on the basis of the most plausible account of the beyond reasonable doubt evidence on record, was only engaged in what, at the time of the facts, could be categorised as a type of participation in warfare to which criminal responsibility was not attached. Or, perhaps more simply, just a participant in a joint plan (certainly agreed with many others) to wage a war while ‘contemplating’ that international crimes will occur.

33 On ‘contemplation’ as a (in)sufficient basis for criminal liability to arise, see Lachezar Yanev, “On Common Plans and Excess Crimes: Fragmenting the Notion of Co-Perpetration in International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law* (2018), 31, p. 704-708 (alluding to decisions of other international tribunals, namely the SCLS and ECCC). See also *The Prosecutor v. Simatović and Stanišić, Judgement, Dissenting Opinion of Judge Koffi Kumelio A. Afande*, IT-03-69-A, Appeals Chamber, 9 December 2015 (stressing the need of clearly distinguishing “JCE liability from another enterprise such as ‘Joint Warfare Enterprise’ (JWE). In a JWE, there is a plurality of persons making contributions, whether significant or not, to a common plan, who have the intent to further not a criminal purpose, but rather a legal ‘warfare purpose’ which is common to them”).



CRIMINOLOGIA, DIREITO CRIMINAL E POLÍTICA CRIMINAL: CIÊNCIAS CRIMINAIS OU CIÊNCIA CRIMINAL?

Cândido da Agra

Professor Emérito, Universidade do Porto;

Antigo Director, Faculdade de Direito, Universidade do Porto;

Presidente da Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa

Resumo: Este texto discute as relações entre Criminologia, Direito Penal e Política Criminal. Pergunta: poderão estas disciplinas constituir um sistema de pensamento dotado de um estatuto epistemológico próprio - uma ciência criminal (no singular)? O texto apresenta os princípios que deverão reger a edificação teórica desse sistema cuja estrutura e mecanismos se caracteriza por uma dinâmica tensional.

Palavras-chave: Sistema, pensamento, ciências criminais, ciência criminal, metodologia.

Introdução – A questão e o seu estado

A maior parte dos autores referem-se ao Direito Penal, à Política Criminal, à Criminologia, à Polícia científica, à Criminalística, às Ciências Forenses, etc. como “Ciências Criminais”. Outros, porém, referem-se a este conjunto de disciplinas no singular: “Ciência Criminal”. Assim designou o Prof. F. Dias da Universidade de Coimbra a revista que fundou em 1991. A revista publica, desde essa data, artigos de Dogmática Penal, Criminologia, Política Criminal, Vitimologia, Segurança, Psicologia judiciária, etc. Em França dou como exemplo a “Revue

de science criminelle et de droit penal comparé”. Este periódico é publicado sob os auspícios do Centro Francês de direito comparado com a colaboração do Instituto de Criminologia e o Instituto de Direito Comparado de Paris, sendo seu primeiro Diretor o ilustre penalista e criminólogo Marc. Ancel. Eis a estrutura da revista: Doutrina; Estudos e variedades; Crônicas: Crônica de jurisprudência, Crônica legislativa, Crônica penitenciária, Crônica de criminologia e das ciências do homem; Crônica de polícia; Crônica de defesa social; informações.

Ciências ou Ciência criminal? A resposta passa por equacionar duas hipóteses. Hipótese 1: trata-se de designações arbitrárias e equivalentes, de uma mera questão de gosto linguístico. Hipótese 2: trata-se de orientações epistemológicas diferentes, escolhidas com base numa reflexão crítica (filosófica e científica). Na primeira hipótese, a designação do conjunto de disciplinas no plural ou no singular reduz-se a uma não questão. O mesmo não sucede com a segunda hipótese: aqui há que indagar, argumentativamente, sobre o estatuto científico destas ou desta ciência.

Esta questão não tem sido colocada nem tão pouco discutida de modo sistemático. É o que nos propomos fazer. Os limites desta comunicação não nos permitem o desenvolvimento aprofundado que desejaríamos. Limitamo-nos, por isso, a uma enunciação dos princípios que poderão presidir a uma discussão conducente a uma *teoria do sistema de pensamento criminológico*. Ao usarmos o singular, já estamos a definir a nossa posição: *o conjunto das disciplinas referidas podem evoluir de um sistema de dispersão para um sistema coerente dotado de uma estrutura e de um conjunto de mecanismos que fazem dele um sistema singular*.

Definamos os princípios genéricos que, a meu ver, poderão presidir a esse trânsito das ciências criminais para uma ciência criminal. A saber: delimitação do campo, sistematicidade e metodologia.

I – Delimitação e natureza do campo

No vasto território ocupado pelos saberes e ciências do crime, delimitarei três grandes sistemas. O sistema *interno* tem por objeto central e permanente a lei penal, o crime e o controlo social; o sistema *externo* é constituído por um conjunto de disciplinas que sendo exteriores ao campo específico das normatividades, da transgressão e seu controle formal incluem o crime e a justiça-ora conjunturalmente ora de modo sistemático- no universo dos seus objetos de estudo. O sistema *fronteiriço* situa-se na vizinhança da fronteira entre o sistema interno e o sistema externo.

No sistema interno incluirei o direito penal, a política criminal e a criminologia. As três disciplinas constituem um sistema de pensamento

emergente das práticas e dos dispositivos da justiça criminal. Elas configuram uma *positividade* (no sentido de M. Foucault, 1969) cuja “ontologia” resulta da interdependência própria das matrizes normativas.

Pelo contrário, o sistema externo, é um sistema “indígena” de outros territórios como as ciências naturais, as ciências sociais, as artes, etc. Estas disciplinas adotam três tipos de atitude epistemológica em relação ao crime e à justiça criminal: (i) ora visitam, ora residem, na condição de “estrangeiras”, no campo criminológico e da justiça propriamente dito; (ii) tomam o crime e a justiça como qualificativo de uma das suas várias especialidades (v.g. sociologia do crime, psicologia da justiça, biologia do comportamento criminal); (iii) abordam temáticas mais genéricas e periféricas, muitas vezes para contornar a definição legal do crime: “comportamento desviante”, “comportamento antissocial”, “comportamento problemático”, “situação problema”, etc.

O terceiro sistema, de carácter predominantemente técnico e pericial, está vocacionado para a descoberta do crime através da lógica indiciária, estando habitualmente ao serviço das instâncias formais do controle. Nele incluem a criminalística, a polícia técnica, a medicina legal, a psicologia judiciária e as ciências forenses (física forense, química forense, botânica forense, genética forense).

Os três sistemas são dotados de elementos, estrutura e mecanismos próprios que lhe conferem um estatuto específico. No entanto, podem estabelecer entre si uma rede complexa de relações em torno do mesmo objeto: o fenómeno criminal (a criminalidade, o crime, o delinquente, a vítima) e a reacção social (a polícia, o ministério público, os tribunais, as prisões, a prevenção do crime, a reinserção social). Avancemos alguns exemplos situados aos níveis institucional, científico e pedagógico.

Ao nível institucional diversas são as instituições que associam elementos de dois ou mais dos sistemas supra citados (v.g. o Instituto de Ciências Criminais da Universidade de Lausanne, fundado em 1909, associa polícia científica, ciência forense e criminologia). A nível das publicações científicas veja-se a “*Révue de Criminologie et de Police Théchnique*”, fundada em 1947, ou a recente obra da Routledge “*Forensic Intelligence and Criminology* (2018). Esta obra tem por objetivo estabelecer pontos de interferência entre as duas áreas, ou melhor, entre elementos do sistema interno e elementos do sistema fronteiriço. A nível da formação académica dou como exemplo o curso de pós-graduação em Criminologia e Ciência Forense, ministrado, em parceria, pelas Universidades de Montréal e Lausanne). Isto é, da interação dos três sistemas acima delimitados resulta um supra-sistema constituído por redes de interferência formando uma multiplicidade de nós de troca académica e científica.

II – Sistemática

Não existe ciência sem o espírito de sistema. De igual modo, a aventura científica exige uma cartografia regida pelo conceito de sistematicidade. Como definiremos sistematicidade? É o esforço contínuo, permanente e intencional, exercido por um indivíduo ou uma comunidade, na prossecução de um fim através de um plano ordenado ou estratégia cuja lógica assenta numa dada conjectura sobre o caminho ou caminhos que conduzem à construção de um sistema.

Aplicando esta definição ao nosso questionamento (ciência ou ciências criminais?) perguntemo-nos: qual o nosso objetivo? Qual a nossa hipótese? Qual o nosso itinerário?

a) *Objetivo*: consiste em ordenar a dispersão das disciplinas criminológicas e seus modos espontaneístas de associação entre si, através do conceito de *sistema de pensamento criminológico*.

b) *Hipóteses de base*: (i) Existe uma multiplicidade de disciplinas assimétricas aos níveis dos objetos de estudo, dos métodos, dos conceitos, das estratégias teóricas e das práticas; (ii) Tais assimetrias de pensamento ora divergem ora convergem segundo coordenadas de tempo (condições históricas) e de espaço (lugar e estatuto epistemológico no universo dos saberes e das ciências). (iii) O tempo presente (últimos 50 anos) parece caracterizar-se por um movimento de convergência de sistemas de pensamento assimétricos.

c) *itinerário*: o plano a seguir é dirigido pelas hipóteses. Assim, num primeiro momento, haverá que caracterizar e classificar as assimetrias do pensamento criminológico. Um primeiro esboço encontra-se na primeira parte deste texto (cf., *supra* “Delimitação e natureza do campo”). Num segundo momento, tratar-se-á de estudar a dinâmica dos sistemas assimétricos, isto é, os seus movimentos (divergência e convergência) segundo “os diferentes *a priori* históricos” (no sentido de M. Foucault, 1966) e seus horizontes epistemológicos. Enfim, o terceiro momento, dar-se-á por tarefa definir o sistema de pensamento criminológico como conjugação de assimetrias dispersas.

III – Metodologia

Tomaremos, por ora, como objeto de estudo o que designamos acima por “sistema interno”. Ou, se se preferir a linguagem metafórica, as disciplinas “indígenas” dos territórios criminológicos: o Direito Penal, a Criminologia e a Política Criminal. Para lá da fronteira do sistema constituído por estas três disciplinas ficam os demais sistemas que desde já qualificaremos como meio externo proximal do sistema interno.

Dois métodos são aqui fundamentais: o método histórico e o método

epistemológico. Não havendo aqui espaço para separar ambas as metodologias teceremos considerações gerais esteadas em ambos os métodos.

Este método histórico-epistemológico dá-nos conta das relações entre as três assimetrias ao longo da história. A periodização é a seguinte: (i) nascimento do Direito penal moderno no século XVIII, através do pensamento de Beccaria e Bentham (ii) passagem do século XVIII para o século XIX até à primeira metade do S. XIX; (iii) segunda metade do século XIX e primeiras duas décadas do século XX (iv) período que vai da 1ª guerra mundial aos anos 60 (v) a história do tempo presente (últimos 50/60 anos).

1. Primeiro Período. As Luzes: Beccaria e Bentham

Beccaria, inspirado pelas ideias de Montesquieu, procede à aplicação da filosofia das Luzes ao direito penal na incontornável obra “Dos delitos e das Penas” (1766). Direi em jeito de enunciado que o autor propõe três ideias centrais: legalidade, utilidade e o conhecimento das motivações do comportamento humano.

Bentham, conhecido como o inventor do “Panopticon” e da técnica de vigilância da prisão moderna escreve a obra *princeps* “tratado la legislação civil e penal” em 1791. Dois anos antes, desencantado com o Direito Inglês, tinha proclamado os princípios da mudança do direito na obra “Introdução aos princípios da moral e da legislação”. Qual a ideia central da obra? A máxima felicidade para o maior número. A conjugação das duas obras de Bentham conduz à associação do delito e da pena à alegoria médica: os males e os remédios.

Que há de comum entre os dois grandes pensadores clássicos do crime e da pena? A recusa de penas e de sofrimentos inúteis; a articulação entre a lei e a intuição do comportamento humano. Podemos dizer que a Escola clássica desenha um sistema de pensamento criminal que, em embrião, contém três componentes: uma nova racionalidade penal; uma nova política criminal; um saber intuitivo do comportamento humano. Arrisco, pois, dizer, que a Escola clássica representa, a nível teórico, uma racionalidade unitrinária na qual convergem um direito penal, uma política criminal e uma criminologia racionalistas.

2. Segundo período (passagem do século XVIII ao século XIX – anos 50 do século XIX)

Este período é marcado por três grandes desenvolvimentos:

a) Na América do Norte emergem os movimentos filantrópicos e a reforma do sistema penitenciário. Lembrem-se os diferentes modelos (Pensilvânia e Auburn) e as discussões que desencadearam, bem como as visitas de estudos que

mereceram e a sua controversa transposição para a Europa continental, através, designadamente, das ideias de Beaumont e de Tocqueville.

b) Na Europa são iniciadas as estatísticas da criminalidade segundo variáveis espaço-temporais e sociodemográficas (Quétlet e Guerry). A relevância científica destes estudos mereceu de Sutherland a designação de “Escola Cartográfica de criminologia”.

c) A emergência da polícia moderna por duas grandes ordens de factores. Por um lado, o surgimento daquilo que M. Foucault (1975) designou por “ilegalismos”. De que se trata? No geral, de crimes contra a propriedade, cometidos pelo emergente operariado, associados ao comércio de mercadorias nos grandes portos de mar da Europa. Por outro, a insegurança vivida nas grandes metrópoles urbano-industriais levaram à constituição desta nova instância de controlo social cuja função consistia, fundamentalmente, na vigilância e no zelo pela segurança de bens e de pessoas e pela tranquilidade pública.

d) O fim da indiferença relativamente a crianças e jovens e a emergência da delinquência juvenil e da justiça de menores como problemática social e científica.

Estes desenvolvimentos inscrevem-se no projeto de governação das populações pelos Estados modernos a que M. Foucault chama de “biopoder”. O biopoder não tem por objetivo relegar para a morte, como no Antigo Regime, mas fazer viver: indivíduos (anátomopolítica do corpo) e das populações (biopolítica das populações). O direito penal traduz necessariamente esta profunda mudança de estratégia de “governamentalidade”. Nova forma de poder que é produtiva. De quê? Do saber e de ciência sobre a vida dos indivíduos e das populações. A prisão, enquanto pena privativa da liberdade, torna-se o principal instrumento de punição permitindo a observação sistemática dos corpos, da personalidade e da perigosidade dos criminosos; a polícia emerge como instância de vigilância que conduz à criminalização de novos comportamentos, mas ao mesmo tempo assegura uma vida das populações em paz e segurança; a estatística é a ciência que revela as flutuações do volume, tipologia e topologia do fenómeno criminal de modo que os estados definam políticas baseadas na cartografia das relações objetivas entre os fenómenos sociais.

3. Terceiro período (anos 50 do século XIX – duas primeiras décadas do século XX)

O 3º período é profundamente marcado, sobretudo na Europa, pela emergência de uma nova racionalidade penal fortemente marcada pelo positivismo, em oposição à Escola de Direito penal clássico (ou escola do livre arbítrio). Trata-se de um movimento representado na Alemanha por Von Lizst, na Bélgica por A. Prins e na Holanda por V. Hamel. Que defendem os autores? Um novo

código penal que tenha em conta o determinismo do comportamento humano: a racionalidade da “defesa social”. É neste contexto de cientismo positivista que nasce a Escola de criminologia positivista italiana liderada por Lombroso, Garofalo e Ferri. Que há de comum entre a proposta de novo direito penal e a emergência da criminologia positivista italiana? Duas ideias centrais: a “degenerescência” da espécie humana (B.Morel, 1857) e da sociedade e a “perigosidade” representada pelos fortes determinismos associados ao comportamento criminal. Como corolário, desenha-se uma política criminal norteada pela institucionalização (instituições de “defesa social”) pela exclusão, pela “profilaxia”, pela higienização generalizada das populações aos níveis físico, moral e social.

Sob o signo do positivismo assistimos, neste período, a uma tentativa de convergência entre uma criminologia de aspiração científica e um direito penal que sob o efeito do determinismo causal do comportamento delinquente se opõe à ideia de livre arbítrio e de responsabilidade. Lembremos que a criação da “União de Direito Penal Internacional” resulta desta tentativa de convergência entre um projeto de ciência positiva do crime e de um projeto de transformação do direito penal infiltrado pelo movimento da “defesa social”.

Divergente deste quadro é a investigação que, pela mesma época, se desenvolve na América do Norte na área do crime e da pena. Enumeremos.

a) A emergência da política criminal designada por “probation” a meio do século XIX na América do Norte (Boston) e sua progressiva extensão. Numa primeira fase, que durou cerca de 50 anos, alargou-se a todos os estados dos EUA e ao Canadá. Numa segunda fase assiste-se à sua difícil penetração na Europa Continental, dadas as características próprias dos seus ordenamentos jurídicos.

b) A “probation”, enquanto política criminal, tornou-se objeto de investigação criminológica desde a primeira década do século XX, designadamente, através dos pioneiros estudos quantitativos de previsão da reincidência levados a cabo por Burgess, cujo objectivo consistia em provar cientificamente que a “probation constituía uma política criminal com resultados positivos. Era seu propósito contestar o senso comum americano adepto de políticas criminais repressivas.

Mas Burgess não se limitou a estudos sobre a eficácia da “probation”. Em torno do seu programa que compreende, ao mesmo tempo, investigação e intervenção constitui-se e desenvolve-se um escol de investigadores cujo quadro epistemológico, em termos gerais, resulta do cruzamento da perspectiva sociológica francesa (E. Durkeim e G.Tarde) e da perspectiva filosófico-pragmática norte-americana. Normalidade do crime e sua construção nas interações sociais, tendo como pano de fundo a desorganização social, eis as coordenadas de todo um conjunto de estudos que se desenvolvem de forma intensiva a partir dos anos 20 desse século. São de referir: (i) os estudos sobre os problemas da desorganização

social da cidade urbano-industrial, numa primeira fase associados ao fenómeno da emigração (polacos, italianos, hispânicos); (ii) os estudos sobre delinquência juvenil (Burgess, Cl. Shaw e McKey e outros colaboradores); (iii) os estudos de Sutherland sobre o “Withe Color Crime”. Eis alguns elementos fundantes da chamada “Escola de Chicago” de Criminologia, emergente do departamento de sociologia da ação da Universidade de Chicago.

c) A criação do 1º tribunal de menores em 1899 é o culminar das problematizações que se estenderam durante cerca de quatro décadas em torno desta classe de idades. O novo dispositivo desencadeia uma série de estudos sistemáticos a partir dos dados nele recolhidos e, posteriormente, em institutos próprios de investigação: o Juvenile Psycopatic Institut (1909) a que sucedeu, em 1917 o Instituto of Juvenile Research.

4. Quarto Período (anos 20 do século XX – anos 60)

Ch. Debuyst, F. Digneffe e Álvaro Pires (2008) caracterizam este período através de dois conceitos: explicar e compreender a delinquência. Efetivamente disso se tratou neste período. No entanto, os autores nem definem estas duas operações cognitivas do pensamento crítico nem organizam a obra, em termos explícitos, de acordo com o seu título.

Pois bem, importaria distinguir e caracterizar, do ponto de vista metodológico e epistemológico, não apenas duas mas três grandes operações da razão científica: descrever, explicar e compreender. Qualquer uma delas são operações complexas.

Não havendo aqui espaço para apresentar as três grandes operações, direi que este período se caracteriza pelo desenvolvimento de um sistema disperso de métodos, técnicas e teorias da delinquência que poderiam ser organizadas em três categorias: a descrição, a explicação e a compreensão do fenómeno criminal.

Descrição. Esta operação pode ser resumida como a resposta à questão: como se mede e se apresenta o fenómeno criminal? Surgem aqui as discussões sobre o valor científico das estatísticas oficiais da criminalidade bem como a emergência de novos métodos e técnicas: as técnicas de auto-relato, aplicadas designadamente à delinquência juvenil e os inquéritos de vitimação. Com calendários diferentes os diferentes países foram progressivamente conjugando as três técnicas, mas raramente de forma sistemática de modo a dispormos a nível internacional das tendências da criminalidade em segmentos temporais largos.

Explicação. Esta operação responde a várias questões: podemos prever e prever o comportamento delinvente? Quais são as causas da delinquência? A delinquência é um epifenómeno de estruturas biológicas, psicológicas, sociais, económicas, culturais? As manifestações da delinquência, em frequência e em

intensidade estarão relacionadas com as fases do desenvolvimento humano, com a idade? Todas estas questões, de carácter explicativo, tiveram neste período tentativas de resposta quer teórica quer empírica. Assim, quanto aos preditores de futura atividade delincente encontramos, desde logo, os clássicos estudos de Glueck; quanto às causas do crime, os estudos de Hirschi são incontornáveis relativamente ao modo de explicação causal do crime. Aliás, o autor inverte a questão: porque somos nós normais e não delinquentes? Quanto à explicação estrutural de tipo neuropsicológico citaremos Eysenk; de tipo psicológico as teorias da personalidade criminal; de tipo social, o funcionalismo de Merton; de tipo económico a teoria Marxista de Bongers; de tipo cultural, as teorias da subculturas desviantes. No que respeita às explicações processuais são de referir, desde o final dos anos 20 do século XX a orientação clínico- fenomenológica da Escola de Lovaina (E. De Greeff) e mais tarde os estudos sobre a relação entre a idade e o crime de que a delinquência juvenil constitui o capítulo central (v.g. a corrente da propensão para o crime ou as teorias do curso de vida - “life-course”).

Compreensão. Esta operação da razão, inscrita globalmente na hermenêutica, dirige-se antes à extracção do sentido, da significação e do vivido do delincente em relação a si, aos outros e às instituições, em especial as instâncias formais do controle social. Alinhamos aqui a tradição fenomenológica da Escola de Louvain (na perspectiva de uma clínica criminológica inaugurada por E. De Greeff e seguida por Ch. Debuyst) bem como a tradição da Escola de Chicago (na perspectiva microssociológica, como as teorias interaccionistas-G. Simel Thomas e Zaniecki, Cl. Shaw, Becker...).

Nesta mesma orientação hermenêutica se enquadra o Direito penal e a política criminal. Especificamente sobre a compreensão, o filósofo alemão H. Gadamer define-a essencialmente como aplicação. O seu magistral capítulo sobre as ciências jurídicas faz destas ciências um modelo para as ciências humanas. Como? A aplicação da lei geral às situações concretas é um exercício de compreensão que contribui para a própria dinâmica da criação da lei: eis como um Direito Penal compreensivo pode ter impacto na Criminologia. As teorias criminológicas gerais do delincente não captam o sentido do seu agir: é o que nos ensina o artigo de Burgess (1923) sobre o estudo de caso do delincente enquanto pessoa. O indivíduo antes de ser delincente é uma pessoa.

Que devemos concluir sobre o impacto da massa de dados produzidos pelas diferentes orientações da investigação criminológica, ao longo deste período, no direito penal e nas políticas criminais? Algum efeito houve, nomeadamente quanto à necessidade da individualização das penas. Por exemplo, o conceito de “personalidade criminal” e sua avaliação; o “tratamento penitenciário”, as práticas de reinserção social, os regimes especiais para jovens delinquentes, etc. No entanto, que nos diz a avaliação destas novas políticas e práticas? Todos

conhecem o relatório negativista de Martinson, R “What works?” pergunta o autor no final do seu relatório. E responde: em vez da repressão talvez a dissuasão; em vez do tratamento a prevenção, conclui (1974).

5. Quinto período: o tempo presente

Utilizei noutro lugar (Agra, C. 2012;2018) o conceito de *experiência cultural do crime* para designar a dinâmica de convergência tensional entre direito penal, criminologia e política criminal. Que devemos entender por experiência? O conceito agrega, numa perspectiva Foucauldiana, três dimensões (i) as matrizes normativas ou sistemas de controlo e governança (ii) as formas de saber (iii) os sistemas de vida. Porque falamos em convergência tensional? Por três razões fundamentais que a seguir se apresentam.

a) As fronteiras dos três sub-sistemas assimétricos que compõem o nosso sistema de experiência são relativamente fechadas, em especial a fronteira do direito penal. Desde logo, os “jogos de linguagem” (no sentido de Wittgenstein) de cada um dos sistemas padecem de uma patologia de comunicação. No início da década de 70 o criminólogo D. Szabo (1972) falava em “incompreensão, desconfiança e resistência”. Na mesma época o penalista francês M. Ancel (1975) definia o problema em termos de dificuldades de comunicação. Ambos defendiam a necessidade premente de uma maior influência da investigação criminológica sobre o direito penal e as políticas criminais.

b) Porém, nos anos 90, os balanços estabelecidos por L. Van Outrive e Philippe Robert (1999) parecem indicar uma mudança positiva: a investigação criminológica seria mais valorizada nesta década do que anteriormente. No entanto, essa valorização não seria generalizada: os diferentes países apresentam cenários muito contrastados na matéria. No que se refere à Alemanha, K. Sessar (2009) enumera uma série de importantes investigações empíricas, designadamente quanto à severidade das penas. Conclui, no entanto, que a evidência empírica solidamente estabelecida teve um efeito sobre o direito penal e as políticas criminais mas bastante reduzido. Praticamente esse efeito limitou-se à delinquência juvenil. Por seu lado, o criminólogo de Cambridge D. Farrington (2000) faz um balanço claramente optimista “During the 1990s, there has been an enormous increase in influence in criminology...”. Tal aumento da influência da criminologia regista-se principalmente na criminologia preventiva dos fatores de risco.

c) Não parece haver dúvidas de que atualmente penetraram em força na justiça penal as chamadas escalas de avaliação do risco (de reincidência, de violência doméstica, etc.). E as tabelas de predição da delinquência de Glueck, que ficaram na penumbra desde os anos 30, encontram-se agora ressuscitadas na *criminologia actuarial*.

Em conclusão, creio que a “investigação de políticas criminais” defendida pelo fundador da “defesa social nova”, M. Ancel, está finalmente a efetivar-se. O movimento “evaluation research policies and practicies”, a criminologia experimental, a criminologia preventiva, a criminologia atuarial, a criminologia desenvolvimental são o exemplo de uma renovada convergência entre a ciência do crime, as políticas criminais e mesmo o direito penal.

Foi dito, durante décadas, e ainda hoje, que a Criminologia é uma “ciência auxiliar do direito penal”. Porém, ensina-nos a história das relações entre estas disciplinas que o Direito nem sempre se deixou auxiliar ou deixou-se auxiliar acriticamente, como foi o caso do projeto de um Direito penal da defesa social fortemente influenciado pela Criminologia positivista italiana. A história revela ainda que, inversamente, teorias e instituições penais tiveram forte impacto na emergência e desenvolvimento da Criminologia. Por exemplo, os saberes emergentes da racionalidade penal própria da “probation” ou das instituições de justiça menores. Mais correto será dizer que se a Criminologia auxilia o penal, reciprocamente o penal auxilia a Criminologia.

Mas ainda mais correto será dizer que se trata de disciplinas dotadas de estatuto epistemológico ao mesmo tempo autónomo e diverso que gravitam em torno do mesmo fenómeno: o crime e a justiça. Constituem, pois, um *sistema dinâmico* em que os três componentes (direito penal, criminologia e política criminal) se movem com relativa interdependência e em *equilíbrio tensional*. Este equilíbrio do sistema de pensamento criminológico é dotado de uma propriedade que dele emerge: a *equifinalidade*. Em que consiste? No esclarecimento das multifárias *experiências culturais* do crime e da justiça segundo duas grandes coordenadas: a história das culturas e seus sistemas de vida, a filosofia da normatividade e a filosofia da ciência.

Nota final

Por condicionamentos relativos à dimensão deste texto, ficam por explanar as seguintes questões essenciais: qual a estrutura do sistema de pensamento criminológico? Quais os mecanismos próprios da sua dinâmica interna? Que tipo de interações se estabelecem entre o sistema de pensamento criminológico e o seu meio externo, proximal ou distal?

Bibliografia

Agra, C. (2009) *A Epistémè das Ciências Criminais- Exercício Empírico-Teórico*, *Boletim da Faculdade de Direito, STUDIA JURIDICA 98 ad Honorem-5*,

Coimbra Editora- Universidade de Coimbra. Coimbra.

Agra, C. –org.- (2012) *A Criminologia: um arquipélago Interdisciplinar*, Universidade do Porto Editorial, Porto.

Agra, C. e Gomes, M.A. (2018) *Criminologia integrativa*, D'Plácido, Belo Horizonte.

Ancel, M (1975) La contribution de la recherche à la définition d'une politique criminelle *Révue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, XXVIII, n° 3, pp.225-237

Beccaria, C. (1766) *Dei Delitti e Delle Pene*. Traduzido para Português por Faria Costa *Dos Delitos e das Penas* (1998) Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

Bentham, J (1781) *The Principles of Morals and Legislation*, Great Books In Philosophy (1988) by Prometheus Books, NY.

Burgess, E.W (1923) The study of the delinquent as a person, *American journal of sociology*. Traduzido por Michel Vermillac: « L'étude du délinquant en tant que personne » *Déviance et Société* 2003-Vol.27-n°2 p.111-130

Debuyst, Ch F. Digneff, Pires, A. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, vol 3. Expliquer et comprendre la délinquance*, Larcier, Bruxelles

Farrington, D. (2000) Explaining and Preventing Crime: The globalization of Knowledge. *Criminology* 38 (1):1-23

Foucault, M. (1966) *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris.

Foucault, M (1969) *Archéologie du Savoir*, Gallimard, Paris.

Foucault (1975) *Surveiller et Punir*, Gallimard, Paris.

Martinson, R. (1974) What Works ?- questions and answers about prison reform. *National affairs*. Issue n. 35 :22-54.

Morel, B.A (1857) *Traité des dégénérescences de l'espèce humaine*, Paris

Outrive L.V., Robert, PH. (1999) *Crime et Justice en Europe Depuis 1990*. L'Harmatan, Paris.

Quintin, R. et al-eds-(2018) *Forensic Intelligence and Criminology*, Routledge, London and NY.

Sessar, K (2009) The problems criminology has with criminal law and its criminal policy. Some theoretical considerations. Paper presented during the conference *Assessing Deviance, Crime and Prevention in Europe* (CRIMPREV-GERN). Faculty of Law, University of Porto, Porto.

Szabo, D (1972) Criminologie appliquée et politique gouvernementale : perspectives d'avenir et conditions de collaboration. *Revue de Science Criminelle et de Droit pénal comparé*, Nouvelle Série 1972 n° 3 Juillet-Septembre (537-551).

DÉCIMA SEGUNDA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL
«As Reformas Jurídicas de Macau
no Contexto Global –
Novos desafios e desenvolvimentos na
Criminologia contemporânea e o seu
impacto no Direito Criminal»

Sessão de encerramento





NOTAS CONCLUSIVAS

Dennis Wong

Professor, Departamento de Ciências Sociais e Comportamentais,
City University de Hong Kong
Vice-presidente, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais

Caros convidados,

Antes de mais, gostaria de felicitar a todos pelo sucesso da Conferência nos últimos dois dias, bem como aproveitar esta oportunidade para agradecer, em nome dos académicos do exterior, o convite e a hospitalidade oferecida.

Durante os últimos dois dias, creio que os participantes, tal como eu, adquiriram novos conhecimentos. Pessoalmente, esses dois dias de conferência inspiraram-me:

1. Macau, apesar de ser pequeno, tem sido capaz de organizar conferências internacionais nos últimos doze anos, para que académicos e especialistas locais possam discutir em conjunto com académicos do exterior temas como os de direito penal e de criminologia, o que é surpreendente e louvável. Esta conferência proporciona uma excelente oportunidade para todos aprenderem uns com os outros, discutirem activamente e explorarem os rumos da cooperação futura.
2. Sintetizando os vários relatórios apresentados nestes dois dias, analisámos uma grande variedade de temas, começando por conhecer a situação actual e as tendências da criminalidade em Macau, os objectivos da lei penal e das penas, bem como as dificuldades encontradas pelo Governo. Estas discussões levaram os académicos do exterior a conhecer melhor Macau. Macau é uma das regiões administrativas especiais mais importantes da China e foi, no passado, uma colónia portuguesa. Com este pano de fundo, é muito importante o respeito mútuo e a cooperação entre as diferentes jurisdições. Dado que Macau tem características históricas e do direito penal dos dois países, nestes dois dias, estamos muito satisfeitos por poder tomar conhecimento das novas tendências da reforma penal em Portugal e no Interior da China. As diversas reformas de direito penal discutidas

pelos académicos e especialistas dos dois territórios irão, certamente, desempenhar um papel de referência importante no actual direito penal de Macau e no futuro da cooperação judiciária.

3. Para além dos especialistas e académicos de Macau, China e Portugal terem discutido a presente reforma penal, estamos também satisfeitos por os académicos de diversos locais terem discutido igualmente os seguintes temas académicos:

- Vitimologia, apoio social às vítimas e respectivas reformas do direito penal e das penas;
- Aplicação da justiça restaurativa e mediação (incluindo suspensão do processo), incluindo a aplicação da justiça restaurativa aos autores e vítimas de *bullying* escolar; a este respeito, também está em discussão se a justiça restaurativa pode ser mais eficaz na mentalidade confuciana;
- Confrontados com a ameaça do terrorismo ou do crime organizado, discutimos algumas soluções possíveis, mas sem ter sido capazes de chegar a uma conclusão sobre este assunto ambicioso; no entanto, parece haver um consenso sobre a prevenção séria de ataques terroristas ou do crime organizado de modo a assegurar a segurança da nossa sociedade; não defendemos que um maior número de criminosos deva ir para a prisão, mas, sim, que se deva encontrar uma boa forma de responsabilizar os criminosos, prestando atenção às vozes das vítimas e obtendo a compensação adequada; o mais importante é encontrar formas de envolver todos os intervenientes do crime de modo a constituir uma sociedade melhor.

Em suma, durante a Conferência de dois dias, também descobrimos que há áreas que devem ser reformadas e desenvolvidas:

- A forma como transformar as “leis escritas” em “leis com efeitos práticos”, é algo que todos temos de trabalhar em conjunto. Isso depende da coragem e das técnicas dos diversos governos na aplicação rigorosa das leis e na formação de mais pessoas adequadas para a implementação das diversas medidas.
- Ao longo desses dois dias, falámos dos mais recentes estudos empíricos e conclusões da “criminologia” ou da “penologia”, especialmente ao analisar se a questão de saber se após o início da vigência da nova lei, essa nova lei é ou não eficiente, ou se

precisa de ser melhorada (What works, what doesn't, what's promising). Isso requer que especialistas e acadêmicos de todos os lugares redobrem os seus esforços para acompanhar e rever continuamente as leis e soluções penais. Desde que tenhamos mais provas empíricas podemos ter a certeza de que as novas medidas podem ser mais eficazes.

- Finalmente, para mim, nos últimos dois dias, eu confirmei a relevância de duas frases inspiradoras: “*Without memory, injustice has never happened*” e “*If we want to go fast, we can go alone; but if we want to go far, we should go together.*” Vamos trabalhar juntos e participar activamente na promoção da melhoria e do desenvolvimento do direito penal e da criminologia.

