

MEDIDAS DE COACÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO REGIME CONSTITUCIONAL DA RAEM

Álvaro Rodrigues
Advogado C&C Advogados, Macau

O estudo da história das civilizações tem revelado que a sociedade, seja ela qual for, *e independentemente dos seus graus de desenvolvimento*, inclusive os mais primitivos, sempre se pautou segundo regras de convivência.

O ser humano nada mais é que um animal de grupo tendencialmente vocacionado para se associar a outros seres da mesma espécie.

Sobejamente citada, mas nunca ultrapassada, temos a frase de Aristóteles, quando este nos diz que “*o homem é um animal político, que nasce com tendência para viver em sociedade*”.

É, pois claro e evidente, malgrado correntes minoritárias de organização societária, que não poderá existir uma sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito), da mesma forma que não poderá existir direito sem sociedade *ubi jus ibi societas*¹.

A razão desta correlação assenta precisamente na função ordenadora que o direito exerce, transformando-se num verdadeiro canal de compatibilização entre os múltiplos interesses que se manifestam na vida social, definindo orientações e estabelecendo limites de forma a prevenir e/ou sanar os conflitos que emergem entre os seus membros.

O grande desiderato da ordem jurídica não é mais do que harmonizar as relações sociais intersubjectivas, com vista a viabilizar o máximo de satisfação no uso e fruição dos bens da vida com a imputação do menor sacrifício possível

1 A este propósito refira-se, somente a título ilustrativo, que num local como a ilha do solitário Robinson Crusóe, o Direito não teve lugar até chegar o índio Sexta-feira.

aos detentores desses bens e interesses, sempre na busca da satisfação do bem-comum, através do que se define como justo e equitativo.

À medida que o Estado se foi consolidando como *longa manus* da sociedade, passou a impor a sua autoridade aos particulares mediante a invasão da até então indiscriminada esfera de liberdade. Era o tempo de absorver o poder de ditar as soluções para dirimir os problemas individuais² poder esse que se foi aperfeiçoando até ao surgimento da jurisdição, através da qual os juizes assumem a função de garantes da justiça e da manutenção dos direitos individuais de cada um de nós, agindo com imparcialidade na solução das causas que lhes são submetidas.

A natureza peculiar, aliada à singularidade única, de toda a organização administrativa e judicial de Macau ao longo do seu já longo caminho de existência, impele-nos a recordar, em jeito sinóptico, um pouco da história deste atípico Território.

Na verdade, sem nunca ter oficialmente assumido o estatuto de colónia portuguesa, Macau foi crescendo e evoluindo largamente influenciado por um direito de matriz romano-germânica, assente na codificação da lei e no estudo doutrinário do direito.

Dotado de uma localização geográfica ímpar, Macau, exíguo território da Foz do Grande Delta do Rio das Pérolas, foi passo a passo construindo um Direito à medida das necessidades das suas populações, ao mesmo tempo que resistia à forte influência dos seus poderosos vizinhos (Hong Kong e a China continental), ganhando um estatuto de direito próprio respeitado por todos, e por todos reconhecido.

Pese embora, enquanto Região Administrativa Especial que é, Macau seja parte integrante da República Popular da China, vários são os campos em que, por força do seu estatuto especial, vigora a lei local, afastando o estipulado para as mesmas matérias no Continente, por força do disposto no artigo 5.º da Lei Básica, o qual estabelece que: «*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*».

Assim, respeitando o rumo seguido ao longo de mais de quatrocentos anos de influência portuguesa, Macau garantiu a continuidade do seu sistema próprio em 1987 aquando da assinatura, entre a República Popular da China e Portugal, de um dos mais importantes documentos norteadores de todos os pilares base que sustentam a organização social, administrativa e judicial da RAEM após a transição, a qual veio a ocorrer em 20 de Dezembro de 1999.

2 De entre uma longa lista de exemplos sobejamente ilustrativos, destacamos, pela importância histórica a Lei das XII Tábuas, onde o Estado já participava em actividades destinadas a indicar qual o direito aplicável a determinado caso concreto.

Na verdade, o que hoje constitui a base de toda a orgânica legislativa do território, a Lei Básica, tem na sua génese uma convenção internacional, à qual os dois protagonistas apelidaram de Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a Questão de Macau, outorgada em 1987 e depositada na Organização das Nações Unidas (ONU), como instrumento de Direito Internacional Público.

E, aqui, comungamos das palavras do Senhor Professor JORGE BACELAR GOUVEIA, “*Na sua inserção no sistema jurídico macaense, a Lei Básica de Macau vai porventura desempenhar um papel bem menos equívoco do ponto de vista do seu valor normativo, aí se assumindo, indubitavelmente, como um diploma fundante de uma nova realidade e comunidade: a Região de Macau e o seu Ordenamento*”³.

Assim, apesar de a Constituição da República Popular da China ser inquestionavelmente a Constituição do país, como bem refere o Ilustre Prof., a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau assume-se com uma verdadeira natureza constitucional para o regime jurídico macaense, isto sem prejuízo da aplicabilidade em Macau das Leis Nacionais constantes do Anexo III, da referida Lei Básica⁴.

É, pois, neste quadro jurídico-constitucional que assistimos ao desenvolvimento dos direitos fundamentais na recentemente criada RAEM.

3 A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – Contributo para uma compreensão de Direito Constitucional, texto escrito com base na comunicação apresentada no Seminário “*O direito de Macau no contexto da Lei Básica – Evolução Recente e Perspectivas de Futuro*”, in Boletim da Faculdade de Direito, ano VI, N.º 13, 2002, pags. 183. e segs..

4 *Anexo III- Leis Nacionais a Aplicar na Região Administrativa Especial de Macau*
As seguintes leis nacionais são aplicadas localmente, com efeito a partir de 20 de Dezembro de 1999, através da publicação ou acto legislativo da Região Administrativa Especial de Macau:

1. Resolução sobre a Capital, o calendário, O Hino Nacional e a Bandeira Nacional da República Popular da China;
2. Resolução sobre o Dia Nacional da República Popular da China;
3. Lei da Nacionalidade da República Popular da China;
4. Regulamentos da República Popular da China relativos a Privilégios e Imunidades Diplomáticos;
5. Regulamentos da República Popular da China relativos a Privilégios e Imunidades Consulares;
6. Lei da Bandeira Nacional da República Popular da China;
7. Lei do Emblema Nacional da República Popular da China;
8. Lei sobre as Águas Territoriais e Zonas Adjacentes;
9. Lei sobre a Zona Económica Exclusiva e a Plataforma Continental da República Popular da China;
10. Lei do Estacionamento de Tropas na Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China.

O legislador da RAEM tem, pois, o dever de obediência ao quadro constitucional da Lei Básica, na feitura da legislação correspondente, mormente na preparação da legislação processual penal relevante.

Isto porque o artigo 4.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau assegurou, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes da e na Região. Sendo que, com destaque de relevo, ficou ainda consagrada a manutenção, durante mais cinquenta anos, da maneira de viver anteriormente existente.

Podendo à partida ser ambígua esta referência à “*maneira de viver anteriormente existente*”, é indiscutível que dessa maneira de viver não podem ser excluídos os direitos fundamentais, os quais anteriormente foram reconhecidos e garantidos aos residentes e demais pessoas em Macau, uma vez que se reportam aos mais elementares direitos do cidadão.

No que às fontes de direito diz respeito, consagrou-se na Lei Básica que esta constitui a principal fonte quanto ao sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos residentes (artigo 11.º).

Neste particular é, sem dúvida, um marco histórico de relevo ter o órgão com legitimidade normogénica que aprovou a Lei Básica de Macau – a Assembleia Popular Nacional da República Popular da China – expressamente consagrado no artigo 28º que a liberdade pessoal dos residentes de Macau é inviolável.

Enquanto direito subjectivo público, o direito à liberdade é o primeiro direito que necessariamente é posto à prova e mais directamente restringido no âmbito da acção penal.

A imposição de restrições no decretamento de medidas de coacção como em sede de obtenção de prova inverte o conceito da liberdade ao impor ao indivíduo o cumprimento de um conjunto de deveres.

Como direito de ordem constitucional, o legislador terá que tomar em consideração o valor elevado dessa liberdade, não permitindo a vulgarização ou banalização do decretamento dessas medidas sob pena de se cumprir a profecia de LÉON DUGUIT de que “[...] *dia chegará em que nosso único direito será o direito de cumprir o nosso dever [...]*”⁵.

Se essas restrições são impostas ao legislador no âmbito da redacção legislativa, não é de descuidar ainda as protecções de nível constitucional na aplicação das mesmas pelas autoridades policiais e judiciárias da Região. Na verdade, a Lei Básica consagra o princípio de que: «Nenhum residente de Macau pode ser sujeito a captura, detenção e prisão arbitrárias ou ilegais.»

A esta restrição estadual correspondem os direitos de reacção e protecção correspondentes, estatuíndo-se que: «Os residentes têm direito ao pedido de

5 «[...] nul n'a d'autre droit que celui de faire toujours son devoir [...]», In *Le Droit Social, Le Droit Individuel et la Transformation de L'état*, 1908.

«*habeas corpus*», em virtude de detenção ou prisão arbitrárias ou ilegais, a interpor perante o tribunal.»

Como é sabido, é no domínio do processo penal que o direito à liberdade física dos cidadãos faz mais sentido. Ora, constituindo este uma estrutura legal de equilíbrio entre o direito de punir do Estado e o direito dos indivíduos à liberdade e à segurança, a privação da liberdade de um cidadão em razão da mera suspeita de ter praticado um crime apesar de ser essencial à realização da justiça e à defesa da sociedade contra as acções humanas criminosas que a afectam, constitui, simultaneamente, cautela processual muito gravosa ao direito individual de liberdade física, especialmente se afectou um inocente⁶.

Ora, sendo as medidas de coacção meios processuais de limitação da liberdade processual, cujo escopo se subsume em acautelar os fins do processo, sejam eles a garantia da execução da decisão final condenatória, ou o acautelamento regular do desenvolvimento do procedimento⁷, importa tratá-las com especial cuidado, uma vez que contendem com direitos e garantias consagrados a nível constitucional, no nosso caso particular plasmados na Lei Básica, como é o caso mais flagrante da presunção de inocência⁸.

No direito processual penal *espelham-se as necessidades inalienáveis de segurança e defesa da sociedade e os princípios fundamentais da Constituição centrados nos direitos, liberdades e garantias*⁹.

-
- 6 Cfr. CLAUDE-ALBERT COLLIARD, *Libertés Publiques*, Paris, 1989, págs. 54 a 56. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produzida pela Assembleia Constituinte francesa, em 26 de Agosto de 1789, na qual foi proclamado que a liberdade, traduzida no poder fazer tudo o que não colide com direito de outrem, constitui um direito fundamental do ser humano, não podendo nenhum homem ser acusado, preso ou detido fora dos casos determinados na lei e pela forma nela prescrita.
- 7 Por todos veja-se, GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Curso de Processo Penal II*, págs. 227 e segs., onde se qualifica a natureza cautelar destas medidas como a sua principal característica.
- 8 Diferente das medidas de garantia patrimonial, de que são exemplo a caução económica ou o arresto preventivo (arts. 211.º e 212.º, do Código de Processo Penal, respectivamente).
- Em conformidade com JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, in *Boletim do Ministério da Justiça* (português) 371-5, págs. 5 e segs. e RODRIGO SANTIAGO, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, págs. 1521 e segs, ambas têm uma função instrumental, estando sujeitas aos princípios da adequação e proporcionalidade; nenhuma delas pode ser aplicada quando houver fundados motivos para crer na existência de causas de isenção da responsabilidade ou de extinção do procedimento criminal, no entanto as finalidades são totalmente distintas: enquanto as medidas de coacção só se aplicam a arguidos, as medidas de garantia patrimonial podem aplicar-se a terceiros.
- 9 Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, de 8 de Junho de 1988, DR, II Série, 5 de Setembro de 1988.

Daí que, salvo o termo de identidade e residência (TIR)¹⁰, todas as outras medidas de coacção só podem ser aplicadas, por um juiz, após a verificação de rigorosos requisitos imperativos, fixados por lei, arts.188.º e segs. do CPP, dos quais salientamos o perigo de fuga, bem como os perigos de perturbação da investigação.

De facto, na aplicação das medidas de coacção devem ser tidos em conta os princípios que orientam o Direito Penal, mormente os princípios da adequação, da proporcionalidade e da necessidade, melhor dizendo, devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requiere e, proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas, não devendo nunca prejudicar o exercício dos direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requer (art.178.º CPP).

Parafraseando o Professor Figueiredo Dias, a limitação ou a privação da liberdade do arguido está estritamente vinculada à *exigência de que só sejam aplicadas àquele as medidas que ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente.*

Daí a consequente subordinação do processo penal aos princípios constitucionais da legalidade e da proibição do excesso, nas suas vertentes de necessidade, adequação e proporcionalidade, aos quais se juntam a precaridade e subsidiariedade caso esteja em causa a medida mais gravosa, ou seja, a prisão preventiva.

Numa palavra, e no que à restrição de direitos, liberdades e garantias diz respeito, este princípio da proporcionalidade traduz-se num verdadeiro princípio da proibição do excesso¹¹. Tal como o processo penal que HENKEL qualificou como direito constitucional aplicado, visando *averiguar e condenar os culpados criminalmente e defender e salvaguardar os inocentes de perseguições e condenações injustas*¹², as leis reflectem, face à gravidade da privação da liberdade anterior à decisão judicial de formação da culpa, a necessária e apertada cautela na delimitação dos pressupostos objectivos da detenção e da competência para a levar a cabo, nunca esquecendo o imperativo legal e constitucional de conceder ao arguido oportunidade de defesa sobre a medida de coacção aplicada.

O juiz exerce aqui, e deverá continuar a exercer as suas competências no âmbito de aplicação das medidas de coacção, mantendo o seu papel de garante

10 Sobre o TIR é vasta a Doutrina acerca da sua qualificação enquanto verdadeira medida de coacção. TERESA BELEZA, in *Apontamentos de Direito Processual Penal, II*, págs. 8 e segs., considera-a uma medida *sui generis*.

11 Princípio este que segundo GOMES CANOTILHO, in *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, 4ª edição revista, p. 392, se subdivide em: princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito.

12 CASTANHEIRA NEVES, *Sumários do Processo Criminal, Lições, Coimbra, 1967.*

dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos – isto a propósito da proposta em discussão para aplicação pelos Órgãos de Polícia Criminal do Termo de Identidade e Residência sem necessidade de intervenção do Magistrado Judicial bem como, o alargamento da competência do Ministério Público, no que concerne à aplicação das demais medidas de coacção – pois só assim será possível preservar a integridade e a separação dos poderes dentro do sistema judicial há muito gizado.

Perante uma matéria tão sensível como a que ora se procura esmiuçar, dotar o órgão responsável pela coordenação da investigação penal de competência para aplicar uma medida restritiva da liberdade de um cidadão, ainda que se tratem das menos gravosas, constitui, em nossa opinião, uma flagrante diminuição dos direitos e acima de tudo, das garantias constitucionalmente protegidas que o arguido encontra até aqui no juiz de instrução ou juiz das liberdades.

No âmbito do direito *de iure constituendo* o legislador terá, em nossa opinião, que travar o impulso de permitir o decretamento de tais medidas de coacção por entidade que não seja o juiz de instrução, ainda que com o fundamento de se tratar de medidas leves ou menos restritivas.

Na verdade, a História ensinou-nos que a legislação dos Estados sempre evoluiu nesse sentido, ou seja: uma vez aberto o precedente com uma medida de coacção menos gravosa, mais facilmente se justificará a extensão desse regime antigarantístico às demais.

Assim, a defesa da sociedade contra o crime só deve exigir a privação da liberdade individual baseada em sentença judicial condenatória transitada em julgado, devendo a privação da liberdade a título preventivo constituir, sempre, uma verdadeira excepção, embuída pelas cautelas adequadas à gravidade da medida em causa.

Num verdadeiro Estado de Direito constitui obrigação do Estado tanto a prossecução eficiente da justiça penal, como a protecção da liberdade pessoal do cidadão.¹³

Entendemos, pois, que à luz dos princípios constitucionais conformadores do sistema processual penal, as medidas de coacção enquanto restrições à liberdade de alguém que se presume inocente, não são nem podem ser uma forma de antecipação da responsabilização e punição penal, apenas se justificando como meio de tutela de necessidades de natureza cautelar, previstas nos objectivos do processo penal, como sejam a realização da justiça, através da descoberta da verdade material e consequentemente o restabelecimento da paz jurídica.

Mais, a comunicação dos factos ao arguido deve ser feita com a concretização necessária a que um inocente possa ficar ciente dos comportamentos materiais que lhe são imputados e da sua relevância jurídico-criminal, pois só

13 CLAUD ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, §30, n. m. 2, p. 243.

assim se garantirá um verdadeiro direito de defesa e uma verdadeira presunção da sua inocência.

No fundo, o recurso às medidas de coacção acaba por representar um mal necessário, uma vez que emergem *como condição indispensável, embora num quadro de excepcionalidade, à realização da justiça*¹⁴.

Em jeito de conclusão, todo este caminho de soluções legais em matéria de medidas de coacção acaba tão só por se traduzir na busca incessante do legislador com vista a um equilíbrio, tantas vezes difícil e precário, entre a necessidade de protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, presumíveis inocentes, e o interesse na prossecução da justiça penal.

Importa, contudo, acautelar e continuar a resistir a tentativas antigarantistas, as quais apenas contribuem para impregnar o processo penal de um teor claramente autoritário, incompatível como a nossa maneira de viver e com a matriz do nosso Direito.

Pelo que, urge recordar os limites constitucionais e civilizacionais (hoje incorporados pela comunidade internacional como direito internacional consuetudinário) no sentido da descoberta da verdade material, os quais não devem nem podem em qualquer circunstância ser ultrapassados, sob pena de degradação do próprio regime de liberdade democrática em que vivemos.

Num verdadeiro Estado de Direito a eficácia não pode, por si só, considerar-se um valor absoluto.

É, aliás, totalmente erróneo, considerar-se que a lesão de direitos fundamentais é a face necessária da má moeda com vista a uma luta verdadeiramente eficaz contra a criminalidade. Aliás, são convicções como esta que fizeram da tortura durante séculos o meio adequado, normal e legítimo para obtenção de provas.

Numa sociedade que se pretende moderna e justa é sempre de temer o abuso de poder, tudo se devendo fazer para o prevenir e evitar, pois se o amor pela liberdade é conforme a natureza humana, o desamor pela liberdade dos outros pode resultar simplesmente numa menor cultura democrática e, conseqüentemente, numa inversão da escala de valores.

14 FREDERICO ISASCA, A prisão preventiva e restantes medidas de coacção, p.103.