

## Um Código para Macau

José da Cunha Rodrigues

*Procurador Geral da República Portuguesa*

Em sociedades sujeitas a um forte impulso de aceleração, os códigos penais continuam a ser leis destinadas a uma grande estabilidade.

Diferentemente do que sucedeu com os textos constitucionais, em que as transformações ocorridas no poder político e a flexibilidade introduzida nos métodos de revisão acabaram por tornar frequentes as alterações, as codificações penais mantêm-se como duradouros repositórios de cultura. Mesmo em relação a códigos centenários, é comum a preocupação do legislador em orientar as reformas pelo escopo da melhor harmonização entre os avanços da ciência jurídica e a tradição e evitar rupturas ou cortes culturais. As reformas realizadas em Portugal em 1982 e 1995, em Espanha em 1995 ou em França em 1992, 1993 e 1994 são exemplo desta tendência que, de resto, é visível nos trabalhos preparatórios ou nas exposições de motivos dos novos textos.

A publicação em Macau de um Código Penal representa, a este título, um acontecimento e um interessante objecto de análise.

Encontrando-se num período de transição que mudará profundamente o seu estatuto político, o Território de Macau poderia parecer menos indicado para uma reforma desta envergadura. Militavam neste sentido alguns argumentos, desde o da autoridade histórica e da força consuetudinária de normas de tão prolongada vigência até ao do atrito provocado pela adesão a um novo modelo, demais a mais expropriado, à partida, do necessário tempo de experimentação. Para além disto, sempre se poderia dizer que os períodos de transição possuem um determinismo próprio, em que é difícil influenciar as continuidades e as rupturas.

Publicado, todavia, o código, há razões para concluir que aquela perspectiva, a ser acolhida, não traduziria senão um posição baseada em princípios de inércia.

Efectivamente, a revisão do Código Penal constituía uma exigência inarredável sob os mais diversos pontos de vista, em que avultam o histórico, o

científico, o político e o sociológico ou, utilizando uma terminologia que nos é mais familiar, constituía uma exigência imposta por elementares razões de política criminal.

Englobamos nesta aceção de política criminal, por um lado, a reflexão epistemológica sobre o fenómeno do crime e, por outro, as opções económicas, sociais e culturais das quais dependerá que a prevenção, a repressão e a reinserção tenham, em Macau, uma resposta justa e eficaz. Nesta concepção, está insita a necessidade de uma coerência que compreenda aspectos tão diferenciados como são os relativos à cultura, à reforma legislativa, à função jurisdicional, à gestão dos sistemas e às percepções ou representações sociais sobre o conjunto de todos os factores. As referências mobilizadas tocam várias latitudes, começando pelos princípios em que actuam os *in puts* transmitidos por expressões ideológicas (aparentes ou ocultas) e acabando naquilo a que poderíamos chamar *lei em acção*, em que ganham importância os meios que é possível colocar ao serviço de uma reforma.

É deste conceito de política criminal que utilizaremos na análise que nos propomos realizar, dando prioridade às razões que objectivamente poderiam ter estado por detrás da publicação do Código.

Fá-lo-emos como observador neutral mas nem por isso menos interessado.

A aprovação de um Código Penal para vigorar em Macau justificava-se, desde logo, por razões históricas.

Publicado em 1886, o anterior Código Penal estava imbuído de uma concepção de poder incompatível com o actual estatuto do Território e respirava, em múltiplas matérias, uma visão proprietária e ruralista já superada pela estrutura social de um país europeu e que dificilmente poderia compaginar-se com Macau.

Para o facto de o Código ter resistido, na República, até muito tarde contribuíram, como se sabe, o longo consulado político que antecedeu 1974 e as características de homogeneidade e coesão que o subdesenvolvimento e a interioridade propiciaram à sociedade portuguesa durante grande parte deste século.

Mas estas condições volatilizaram-se.

A publicação, na República, do Código Penal de 1982 assinalou a data a partir da qual a manutenção do Código de 1886 em Macau só poderia justificar-se, mesmo historicamente, por razões de sobrevivência.

A elaboração de um novo código era também reclamada por exigências de natureza científica.

Na verdade, as rápidas mutações produzidas na vida social estimularam o progresso das ciências criminais, sendo hoje fundamentalmente diversa a aproximação que se faz à teoria do crime. Alteraram-se igualmente muitas concepções sobre o fundamento do direito de punir e sobre a natureza das respostas que o Estado deve encontrar para condutas desviantes, num equilíbrio ainda instável que os movimentos de descriminalização e de neo-crimininalização bem traduzem.



A reforma do ordenamento penal justificava-se ainda por razões políticas.

Prevendo a Declaração Conjunta assinada pelos governos de Portugal e da República Popular da China a atribuição ao Território de Macau, após 1999, de um “alto grau de autonomia” e a subsistência dos “actuais sistemas social e económico” bem como da “respectiva maneira de viver”, impunha-se afeiçoar as leis penais do Território, objectivo só exequível com um Código que reflectisse as dominantes culturais, sociais e económicas de Macau. Neste sentido, a elaboração do Código tem de analisar-se como instrumento de “aplicação efectiva” da Declaração Conjunta e como forma de criar as “condições apropriadas para a transferência de poderes em 1999”.

Entre as razões de natureza sociológica, tinha inevitavelmente de ponderar-se que a aceleração histórica desencadeada pela prevista “transferência de poderes” e a dinâmica do período de transição interagiriam com a realidade criminológica do Território, solicitando uma intervenção do legislador orientada para o diagnóstico de uma sociedade em rápida evolução e tendo em vista a garantia da paz cívica, da estabilidade e do desenvolvimento.

O legislador não podia, por outro lado, abstrair das particularidades da criminalidade de Macau.

A estrutura da criminalidade de Macau denota uma especificidade para a qual contribuem as condições geográficas e políticas, a elevada densidade demográfica e a coexistência ou sobreposição de culturas. Trata-se de um conjunto de elementos que não sendo em si mesmo homogêneos, têm produzido uma estratificação traduzida em significações de espaço, tradição e ordem pública.

Estas condições determinam, em larga medida, os coeficientes de paz social e segurança que se observam no Território.

Com as reservas justificadas pela suspeita de poderem ocultar consideráveis cifras negras, a leitura dos indicadores estatísticos mostra-nos um quadro em que as instâncias formais de controlo não se defrontam, em Macau, com a criminalidade de massa comum a um grande número de países da Europa e da América mas com tipos dispersos de delinquência, com diferente relevância criminológica e com um espectro de que é possível isolar algumas áreas problemáticas e nomeadamente: (a) o significado de certas formas de associação ou de comparticipação; (b) o carácter selectivo das acções criminosas; (c) o peso específico dos crimes contra as pessoas.

Começando pelo volume da criminalidade, verifica-se que o maior número de crimes registados ocorreu em 1995 – 7181. Este valor<sup>1</sup> corresponde a 1990 crimes por cem mil habitantes e encontra-se muito longe de igual número relativo ao território da República – 4530<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Socorremo-nos, nesta análise, de dados elaborados pela Polícia Judiciária de Macau e pelo Gabinete Coordenador de Segurança de Macau.

<sup>2</sup> Partimos dos censos fornecidos pelo Instituto Nacional de Estatística e pelo Anuário Estatístico de Macau (1994).

Para além de variações pontuais da criminalidade cujo intervalo foi mais evidente nos anos de 1994 e 1995 (respectivamente +12,1% e +20,3%), é difícil descobrir nestes valores tendências de evolução, desde logo pela existência, na generalidade das rubricas, de um número pouco significativo de casos. É exemplo disto o crime de homicídio, em que se registaram 21 casos em 1991, 7 em 1992, 13 em 1993, 15 em 1994 e 9 em 1995.

Idêntica dificuldade existe quanto à formulação de juízos sobre a motivação dos crimes. Reportando-nos ao crime de homicídio, vemos que, na seriação de um triénio, é possível encontrar em cada um dos anos acções desencadeadas por ajuste de contas, roubo (este com maior expressão) ou motivos passionais. Mas nenhuma de outras eventuais motivações (conflitualidade de grupos, droga, agiotagem, rixa ou anomalia psíquica) é comum a todos os anos da série.

Já são mais elucidativas as estatísticas relativas a associações para a prática de crimes e de crimes de cárcere privado, agiotagem, roubo e ameaças. Não obstante a sua ainda reduzida expressão numérica, a repetição sistemática destes casos e a natureza dos bens jurídicos atingidos impregna a criminalidade de Macau de uma fisionomia própria.

Ainda com interesse para os critérios a que deveria presidir uma correcta política criminal importa considerar que são bastante baixas as taxas de esclarecimento dos crimes. Basta ponderar o número de acusações deduzidas pelo Ministério Público. Abstraindo dos valores patológicos de um passado não muito longínquo (recorde-se que em 1985 foram deduzidas 62 acusações), o valor percentual de acusações face ao número de notícias do crime é pouco elevado e explica-se simultaneamente pela natureza da criminalidade, pelos *modus operandi* e pela fragilidade dos mecanismos probatórios, a que não são estranhas dificuldades idiomáticas e a dispersão e opacidade dos mecanismos de controlo.

Destes dados, retira-se a ideia de que a criminalidade conhecida atinge, em Macau, níveis comparativamente reduzidos e, em absoluto, toleráveis. Mas também que ela é potencialmente adequada à lesão de bens jurídicos importantes. E que, em qualquer caso, a relação entre o número e a gravidade dos crimes e os instrumentos de prevenção existe uma relação de proporcionalidade difusa, condicionada por diversos factores, em que predominam o multilinguismo, o pluralismo social, a multiplicação de dualismos e a existência de formas imperfeitas de mediação entre a comunidade e a lei.

Indicadas as razões e os pressupostos em que, aos olhos de um observador, deveria emergir um novo ordenamento penal, analisaremos o Código, para seguidamente perspectivarmos a sua aplicação.

Como era de esperar e é expressamente anunciado no preâmbulo do diploma, o legislador manteve-se fiel a uma determinada “tradição jurídico-penal”. O texto corresponde fundamentalmente à intenção de adaptar o Código recentemente publicado na República à situação do Território. Esta intenção



explicava-se, por um lado, por condicionamentos de tempo (“exigências do período de transição”, diz-se no preâmbulo) e, por outro lado, por uma particular identidade de destinatários – “as comunidades que residem em Macau”. Conhecido este desígnio, compreender-se-á melhor a plasticidade emprestada a muitas soluções e expressamente assumida pelo legislador, nomeadamente quando informa que o Código não se inclina por um “abaixamento generalizado das molduras” nem por um “agravamento generalizado”. Veremos adiante em que medida este objectivo correspondeu a uma pré-compreensão normativa ou foi motivado por exigências que a reflexão sobre a adequação concreta das penas acabaria por determinar.

Antes, porém, parece-nos interessante analisar aspectos de sistematização.

Como é geralmente reconhecido, a sistematização dos Códigos não é neutra. Revela uma hierarquização de princípios ou de ordens que traduz opções de política criminal e constitui a primeira chave de decifração de um modelo.

Uma perspectiva histórica do direito penal português comprova esta asserção. Se revisitarmos o Código de 1886, encontraremos uma arrumação por livros, existindo, na parte geral, quatro títulos: um, intitulado “Dos crimes em geral e dos criminosos”, em que se enunciam as regras gerais sobre teoria da infracção; os demais, referidos às penas e englobando toda a matéria respeitante à aplicação, aos efeitos e à execução das penas. Na parte especial, os títulos têm a seguinte sequência: dos crimes contra a religião do reino e dos cometidos por abuso de funções religiosas, dos crimes contra a segurança do Estado, dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública, do crime contra a segurança das pessoas, dos crimes contra a propriedade, da provocação pública ao crime e das contravenções de polícia.

Nesta sistematização precipitava-se uma concreta concepção sobre a hierarquia de bens jurídicos, prevalecendo os pertencentes à esfera religiosa, ao Estado e à ordem pública, distribuição que o pensamento clássico privilegiava e que atravessou incólume a filosofia liberal.

No Código português de 1982, não existe alteração de sistematização da parte geral que se limita, como é normal, a plasmar princípios gerais. Já a sistematização da parte especial traduz uma nova ordem de precedências, como resulta desta ordenação: crimes contra as pessoas, crimes contra a paz e humanidade, crimes contra valores e interesses da vida em sociedade, crimes contra o património e crimes contra o Estado. Esta diferente geografia revela que é na pessoa e não no Estado que reside o fulcro da tutela de bens jurídicos e, por outro lado, que o Código não presta tributo a qualquer ideologia securitária. A sistematização volta a ser utilizada de uma forma diferenciadora na revisão de 1995, tendo os crimes contra o património sido recuperados para uma posição imediatamente a seguir aos crimes contra as pessoas, sinal de uma melhor compreensão da função social da propriedade e do património, agora analisados como bens jurídicos cuja tutela deve considerar-se contígua à tutela da personalidade física e moral.



O Código Penal de Macau seguiu esta última orientação, adoptando uma distribuição sequencial em que surgem, em primeiro lugar, os crimes contra as pessoas e, depois, os crimes contra o património, contra a vida em sociedade e contra o Estado, aqui naturalmente substituídos pela categoria de crimes contra o território.

Sem possuir uma especial função heurística, esta sistematização convalida o sentido das normas e fornece indicações sobre as considerações políticas e ideológicas que estiveram na base da reforma.

Passando ao conteúdo da reforma, temos de advertir que é difícil pronunciarmo-nos em definitivo sobre um ordenamento legislativo desta importância sem conhecer os trabalhos preparatórios. Se, neste caso, a lacuna não é insuperável é apenas porque, como veremos, o Código segue de perto orientações de política criminal facilmente identificáveis.

O novo Código Penal de Macau é, com efeito, resultado de um complexo conjunto de pressupostos e fontes de inspiração, facto que constitui uma situação invulgar e assinalável.

Por um lado, reflecte a utilização de instrumentos de análise que correspondem ao mais actualizado estágio das ciências criminais, desde as aquisições que, ao longo dos anos, entraram no património de instituições como a Associação Internacional de Direito Penal, a Fundação Penal e Penitenciária, a Sociedade Internacional de Defesa Social e a Sociedade Internacional de Criminologia até aos princípios aprovados por organizações internacionais, com destaque para as comissões que, no seio das Nações Unidas, estudam o fenómeno do crime e para as conclusões e recomendações produzidas no âmbito de comités de peritos, da Assembleia Parlamentar e do Comité de Ministros do Conselho da Europa. Por outro lado, traduz o cruzamento de várias experiências legislativas: a do Código de 1886 e da legislação extravagante que vigorou ou vigora em Macau e a do Código de 1992, publicado na República e recentemente revisto.

Paralelamente, a reforma mostrou-se atenta ao sentimento jurídico dominante na comunidade de Macau.

É certo que o direito penal não é, como se acreditou durante muito tempo, produto do sentimento jurídico mas resultado da reflexão científica sobre pressupostos de coexistência social. Mas estes pressupostos obedecem, em Macau, a uma matriz diversificada cujo rasto é indispensável para compreender a reforma.

Neste registo, é, em primeiro lugar, visível que o Código Penal de Macau incorpora uma multiplicidade de referências, em que é oportuno realçar algumas que radicam em tendências gerais de codificação.

Em primeiro lugar, a definição de princípios recolhidos da teoria da infracção e das penas. Inspirada em estudos que datam dos anos sessenta e se devem à escola do Professor Eduardo Correia, esta parte foi reexaminada à luz dos problemas específicos do Território. Não se pode dizer, quanto a ela, que se exagerou na importação de orientações ou de conceitos, pois, na maior parte das



questões, as soluções correspondem a resultados adquiridos pela generalidade da doutrina, independentemente de coordenadas geográficas.

Em segundo lugar, foi revalorizada a parte especial.

Como é conhecido, o positivismo veio pôr em causa o carácter científico da parte especial dos Códigos Penais ao pretender reduzir o direito à vontade do legislador. Esta visão está hoje superada, não obstante continuar a reconhecer-se a natureza tendencialmente fragmentária das instituições da parte especial dos códigos. Contrariamente ao que a tradição sintetizava na fórmula “a parte geral compete aos cientistas, a parte especial aos profissionais”, evita-se actualmente a ruptura entre a parte geral e a parte especial e, mais importante, procura-se ultrapassar o estado de exegese pura em que se encontravam os estudos da parte especial, dando um novo impulso à análise dos tipos concretos de crime. A ideia de interdisciplinaridade e intersistematicidade envolve as mais recentes codificações.

O novo Código Penal de Macau é revelador desta preocupação quando parte de uma pré-definição de princípios ordenadores a que o regime aplicável aos tipos legais de crime e às molduras penais deve obedecer. Há sinais desta orientação em vários domínios, de que poderíamos destacar os seguintes:

- (a) a adopção de critérios que asseguram a coerência relativa das soluções, nomeadamente no que se refere às molduras penais, à definição da natureza da infracção e ao funcionamento de agravantes qualificativas. Um exemplo é o dos crimes contra a propriedade e contra o património em geral, em que o furto representa uma espécie de paradigma reproduzido noutros tipos (o abuso de confiança, o dano, a burla e a infidelidade). Repare-se que, em todos estes crimes, o tipo fundamental é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, a tentativa é punível e o procedimento penal depende de queixa (artigos 197º, 199º, 206º, 211º, 213º, 217º e 220º). Semelhantemente, os critérios de qualificação reproduzem-se total ou parcialmente nos diversos tipos.
- (b) a formulação de definições com valor geral, em vez da sua descrição avulsa. É o caso da disposição preliminar que abre o capítulo relativo aos crimes contra o património, em que se formulam conceitos ou estatuições, como os de *valor elevado*, *arrombamento* ou *chaves falsas*. O englobamento e antecipação destas definições possibilita uma mais fácil leitura e potencia maior racionalidade e equidade na aplicação das normas na medida em que exprime uma ponderação fundada em critérios de identidade ou similitude dos bens jurídicos.
- (c) a utilização de *exemplos-padrão*. Neste domínio, definem-se critérios que possibilitam uma melhor aproximação a conceitos indeterminados, sem cercear a capacidade de o intérprete ajustar a norma à realidade. É o que acontece no artigo 129º quando se prevê, relativamente ao homicídio, que “se a morte for produzida em circunstâncias que



revelam especial censurabilidade ou perversidade do agente, este é punido com pena de prisão de 15 a 25 anos”. Sem definir o conceito de *censurabilidade* ou *perversidade*, o legislador enuncia exemplos de estados, situações, móveis ou *modus operandi* que são susceptíveis de as revelar (nº 2 do artigo 129º).

- (d) a inclusão em muitos tipos legais de crimes de *normas de remissão*, solução que revela normalmente a intercontextualidade de situações ou de regimes jurídicos. Esta técnica legislativa é explicitada através da forma “É correspondentemente aplicável o disposto no artigo...”.

Destas e de outras orientações, é possível extrair um conjunto de ilações de política criminal.

Genericamente, pode dizer-se que o Código Penal de Macau perfilha uma visão que não se reconduz a uma antropologia desinformada ou injustificada-mente optimista sobre a sociedade e o crime. Pelo contrário, procura captar exigentemente a realidade e reelaborá-la sem perder de vista princípios essenciais de dignidade da pessoa. Entre esses princípios contam-se os de que toda a pena tem como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta e o de que a culpa funciona como limite da pena.

Noutro importante domínio, o dos fins das penas, a divisão e hesitação da doutrina e a concepção de que deve evitar-se uma excessiva dogmatização dos códigos, levaram o legislador a não tomar posição sobre o problema, o que não impediu que, em matéria de prevenção, tivesse claramente optado por uma prevenção geral positiva ou de integração, procurando elevar os níveis de adesão à lei e aos valores legais que o condicionalismo do Território justifica e a experiência empírica tem revelado serem dificilmente alcançados com uma prevenção de mera intimidação. Esta concepção apela a uma participação activa da sociedade, objectivo que, em termos de análise comportamental e de definição estratégica, estimula a acção concertada das instâncias oficiais e sociais de controlo.

Em variados capítulos, que compreendem tanto a parte geral como a parte especial, o Código reflecte uma lógica simplificadora, intenção tanto de saudar quanto é certo que algumas experiências, de que é exemplo a portuguesa, demonstraram que a multiplicação das respostas normativas é susceptível de ocasionar perturbação e ruído, contribuindo, não raras vezes, para uma jurisprudência formal e distanciada da realidade ou para uma atitude prudencial mas divorciada da lei. A eliminação de algumas penas de substituição e o abandono da pena relativamente indeterminada são dois dos institutos em que, como veremos, parecem nítidos os ganhos. O problema da inimizabilidade e das medidas de segurança é outra matéria em que se patenteia a flexibilidade do legislador, quando aceita as soluções de risco social que a generalidade da doutrina defende para este capítulo, sem esgotar as soluções para as quais se encaminhou o direito da República.

Estes princípios harmonizam-se com a economia das disposições que



constam do diploma preambular do Código – Decreto-Lei nº 58/95/M – utilizado pelo legislador para precisar conceitos, definir regimes transitórios ou fixar a prevalência de normas.

Em primeiro lugar, o conceito de “residente” cuja relevância estratégica é fundamental, designadamente no sensível e complexo problema de aplicação da lei no espaço. O diploma considera residente “quem tenha direito à titularidade do bilhete de identidade de residente de Macau”. Uma definição aparentemente singela mas não isenta de dificuldades. Na verdade, o decreto-lei não qualifica como residente quem for titular do bilhete de identidade mas sim quem tiver direito à titularidade, o que remete para o julgador penal a apreciação de uma situação jurídica de direito público que facilmente se poderá converter em questão prejudicial.

Outra disposição que vai eventualmente suscitar dificuldades de aplicação é a que sobrepõe as normas penais constantes de legislação de carácter especial às normas do Código, ainda que estas sejam posteriores, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador. Neste ponto, o diploma preambular quis evitar que o novo ordenamento pudesse transmitir uma excessiva rigidez ao direito penal de Macau, interferindo na evolução do processo histórico de transição. No entanto, a disposição deixa margem para dúvidas quando, relativamente a legislação especial anterior, apela à intenção inequívoca do legislador. Conflituando uma lei anterior com o Código e não contendo estas normas concretas de conflito, o intérprete só pode optar pelo Código, segundo cremos, quando estiver em causa um princípio com valor estruturante, isto é, quando de todo se concluir que a solução anterior viola concepções básicas do novo direito, hipótese que temos por verdadeiramente excepcional. Restaria, de outro modo, a alternativa de interpretar o preceito no sentido de que a prevalência da intenção do legislador se refere apenas a situações de conflito entre o Código e legislação especial posterior.

Ao revogar leis penais avulsas que prevejam matérias por si reguladas ou punam factos nele incriminados, o Código cria uma dicotomia – *legislação de carácter especial / legislação penal avulsa* – que vai dar trabalho ao intérprete, por indução da própria epígrafe dos artigos: no artigo 3º “leis penais avulsas”, no artigo 10º “legislação penal avulsa”.

Do confronto que é possível fazer entre os dois tipos de legislação, parece poder classificar-se como “legislação de carácter especial” a que regula situações específicas do Território em termos de ordenamento básico. Mas não já a que, fragmentária ou pontualmente, dispõe sobre as mesmas situações que o Código vem regular. Incluiríamos na categoria de legislação especial, por exemplo, a Lei nº 1/78/M, de 4 de Fevereiro, que define o regime de punição das associações de malfetores (de resto, ressalvada pelo Código) e ainda uma série de diplomas que reflectem a especificidade de Macau, como são os relativos à especulação sobre títulos de transporte, dopagem de animais destinados a corridas e aposta ilícita, material pornográfico e obsceno, jogo ilícito e usura nos casinos, interrupção voluntária da gravidez, imigração clandestina ou reprodução ilícita de fonogramas e videogramas.

Seguindo a tradição portuguesa, o Código de Macau não prevê crimes económicos, o que nos parece inteiramente razoável. O florescimento, na generalidade dos sistemas, do chamado direito penal secundário deriva da tendência para a não inclusão nos códigos de normas de direito penal económico e financeiro cuja contingência foi, de resto, agravada pelas conexões que a proliferação de tratados multilaterais trouxe à política criminal. A vocação extravagante deste tipo de normas estende-se, por razões nem sempre coincidentes, a outros domínios, de que destacaríamos a criminalidade informática, o tráfico e consumo de estupefacientes e o direito rodoviário, tendência que o novo direito de Macau observou.

No domínio das disposições transitórias, o Decreto-Lei nº 58/95/M manteve em vigor o Título do Código de 1886 relativo aos crimes contra a segurança do Estado, solução que compatibilizou engenhosamente o objectivo de preservação da estrutura do Código com a cessação do exercício da soberania em 1999.

Um exame mais pormenorizado permite encontrar no Código de Macau outras linhas-força.

No respeitante à parte geral, as soluções acompanham geralmente o Código Penal Português saído da revisão de 1995, parecendo-nos suscitarem especial atenção as disposições relativas à aplicação da lei no espaço (artigos 4º a 6º), limite e duração das penas e das medidas de segurança e penas de substituição (especialmente os artigos 39º e 41º e seguintes), liberdade condicional (artigo 56º e seguintes), efeitos da proibição e da suspensão da pena (artigo 63º), atenuação especial da pena (artigo 66º) e prorrogação da pena (artigo 77º e seguintes), prescrição do procedimento criminal e das penas (artigo 110º e seguintes) e contravenções (artigo 123º e seguintes).

Uma das normas de maior alcance político é naturalmente a que define as regras de aplicação do Código no espaço. Os artigos 4º, 5º e 6º do Código Penal de Macau recolheram, nesta matéria, o conteúdo de disposições do Código português, adaptando-as ao Território. Vejamos como o fizeram.

No artigo 4º, a diferença entre os dois ordenamentos reais na ressalva, em Macau, de existência de acordos no domínio da cooperação judiciária. Também o artigo 5º, contemplando a hipótese de os factos serem praticados fora de Macau, evidencia uma equilibrada ponderação de interesses. Salvo disposição em contrário constante de convenção internacional aplicável em Macau ou de acordo no domínio da cooperação judiciária, a lei penal de Macau é aplicável a factos praticados fora de Macau quando constituírem crimes de falsificação de moeda, títulos de crédito ou valores selados, organização terrorista, terrorismo e crimes contra o Território. É também aplicável, desde que o agente seja encontrado em Macau e não possa ser entregue a outro Território ou Estado, no caso de sequestro agravado, escravidão, rapto, tomada de reféns, incitamento à guerra, genocídio, tortura e outros tratamentos degradantes ou desumanos graves. A lei penal de Macau é ainda aplicável a crimes praticados por residente contra não-residente



ou por não-residente contra residente, sempre que o agente for encontrado em Macau, os factos forem também puníveis pela legislação do lugar em que tiverem sido praticados, salvo quando nesse lugar não se exercer poder punitivo e constituírem crime que admita entrega do agente e esta não possa ser concedida. Finalmente, a lei é aplicável quanto a factos praticados fora de Macau contra residente de Macau, por residente, sempre que o agente for encontrado em Macau. O Código estabelece por fim, uma cláusula geral que manda aplicar a lei penal de Macau a factos praticados fora de Macau sempre que a obrigação de os julgar resulte de convenção internacional aplicável em Macau ou de acordo no domínio da cooperação judiciária.

Baseando-se em princípios da defesa dos interesses do Território e de protecção dos residentes, estas disposições mostram-se realistas, designadamente quando abrem a hipótese de derrogação pela via de acordos no domínio da cooperação judiciária. Solução que se adequa à natureza e ao estatuto do Território e ao critério dinamizador das regras de extensão da lei – o da residência. Mas as mesmas considerações servem para reconhecer que, tendo em conta a situação geo-política do Território e a tendência para se agudizarem as suas características de plataforma, o dinamismo das normas fica, em larga medida, entregue a funções e praxes de natureza diplomática e administrativa, o que justifica a criação e formatação, tão rápida quanto possível, de serviços e procedimentos.

Outro problema é o de saber se o princípio de aplicação da lei estrangeira mais favorável, existente no código português (artigo 6º, nº 2), não deveria ter sido reconhecido pelo legislador quando manda aplicar a lei penal de Macau a factos praticados fora de Macau.

As disposições sobre limites das penas e medidas de segurança (artigos 39º e seguintes) abrem com a declaração de que não pode haver pena de morte nem penas ou medidas de segurança privativas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida. A proibição da pena de morte corresponde a um princípio em que a nossa cultura foi pioneira e traduz seguramente um dos traços específicos da forma de viver em Macau, no sentido em que a expressão é utilizada na Declaração Conjunta. Neste sentido, a proibição é rigorosamente um princípio do sistema jurídico de Macau, desde logo porque representa uma certa concepção da vida e do homem, ponto de irradiação de qualquer ordenamento social, refira-se ele à tutela da liberdade, à protecção da personalidade física e moral, à defesa da ordem pública ou à manutenção da paz social.

A proibição de medidas de segurança privativas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida é excepcionada em relação a perigosidade baseada em anomalia psíquica grave, caso em que, mediante decisão judicial, as medidas podem ser prorrogadas sucessivamente enquanto aquele estado se mantiver. Confrontando-se o artigo 39º com o artigo 84º, vê-se, todavia, que, se o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível

com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a oito anos, o internamento não pode exceder o limite máximo da pena. Reproduz-se aqui a solução vigente na República, apelando-se à ideia de risco social e, noutra perspectiva, reconhecendo-se as perplexidades existentes nas ciências auxiliares do direito quanto ao perigo concreto resultante da inimputabilidade.

Na definição das molduras penais, o Código aponta para que a pena de prisão tenha a duração máxima de 25 anos e, excepcionalmente, de 30 anos. O relativo agravamento das molduras, quando comparado com o Código português, deve ver-se como resposta a exigências particulares de prevenção e não como absorção de políticas criminais inspiradas pelas ideias de severidade, eficácia e exclusão do delinquente. Parece-nos mesmo que uma elevação equilibrada das molduras, como a prevista no Código, pode constituir factor de dissuasão de uma qualquer tentação rigorista e vir a desempenhar, na região, uma adequada função propedêutica.

Outro ponto em que o Código se desvia do ordenamento português é o da sobriedade do papel das penas de substituição. Contrariamente àquele sistema em que aparece um vasto conjunto de medidas (a multa, a prisão por dias livres, o regime de semi-detenção, a prestação de trabalho ou o trabalho a favor da comunidade), o Código de Macau adoptou apenas a multa e a prestação de trabalho, o que nos parece adaptar-se às condições do Território e vir, de certa maneira, propiciar uma desejável concentração e racionalização de meios.

Na linha do que dissemos quanto ao agravamento da moldura das penas, a liberdade condicional obedece, neste Código, a pressupostos mais exigentes, não sendo possível antes de cumpridos dois terços da pena e no mínimo 6 meses e obrigando a um prognóstico favorável quanto à capacidade de o delinquente se conduzir, de futuro, de modo socialmente responsável e quanto à compatibilidade da libertação com a defesa da ordem jurídica e da paz social.

Nas penas acessórias, merece registo a não previsão da proibição de conduzir veículos motorizados e a impossibilidade de o funcionário a quem é aplicada a pena de proibição do exercício de função pública ser nomeado para outro cargo ou função que possam ser exercidos sem as condições de dignidade e confiança que o cargo ou a função de cujo exercício foi proibido exigem. Ainda aqui, adivinha-se a existência de razões ligadas às condições do Território.

Na atenuação especial da pena (artigo 66º), o legislador de Macau foi sensível a sugestões da doutrina, ao admitir a atenuante resultante de o agente ter sido especialmente afectado pelas consequências do crime. Já o mérito da atenuante derivada da circunstância de o agente ter menos de 18 anos ao tempo do facto tem de avaliar-se a outra luz, em que funcionam considerações de estruturação social.

Outra matéria em que o Código reduziu a complexidade, reconduzindo as soluções a uma maior linearidade é a da prorrogação da pena aplicada a delinquentes por tendência, alcoólicos e equiparados, regulamentação que preenche o espaço ocupado noutras legislações pela pena relativamente indeterminada. Como é sabido, este instituto perdeu a vitalidade que possuiu

noutras épocas. A opção pela prorrogação da pena ajusta-se à necessidade de, numa matéria tão sensível, diminuir os factores de discricionariedade.

Em paralelismo com o agravamento do limite máximo das penas, o Código eleva genericamente os prazos de prescrição do procedimento criminal e das penas, situando-os bastante acima dos níveis que, quer o Código de 1886, quer o Código Penal em vigor na República preconizavam.

Por fim, quanto à sobrevivência das contravenções, podendo não corresponder às melhores concepções sobre tutela penal, em particular no que respeita à oportunidade da consagração do ilícito de mera ordenação social, a solução do Código confere unidade ao sistema, facilitando a sua leitura e a acessibilidade, finalidade importante numa comunidade diferenciada e multilingue como é a de Macau.

Passando à parte especial do Código, o texto adapta o Código revisto em Portugal em 1995 segundo critérios que, no fundamental, visam ajustar os tipos de crime à situação do Território, objectivo que, nuns casos, conduz à supressão de tipos, noutros, ao aditamento e, na generalidade, a uma modificação das molduras penais.

Quanto a este último aspecto, e recuperando o que atrás dissemos relativamente à atitude do legislador em matéria de penologia diferencial, o Código agrava sistematicamente as penas em relação à versão portuguesa de 1995. Já quanto ao Código de 1886, é difícil a comparação, por não existir ou ser imperfeito o paralelismo dos tipos. Mas, em qualquer caso, pode dizer-se que as soluções de agravamento ou de desagravamento têm sempre a ver com a natureza dos bens jurídicos ofendidos.

Quanto à descrição dos tipos, as alterações obedecem, com frequência, a uma finalidade de aperfeiçoamento da técnica legislativa. Num caso ou noutro, as modificações são mais significativas, sendo variável o juízo que é possível formular quanto ao alcance e à conveniência da alteração.

Indicaremos algumas modificações, a título exemplificativo.

Assim, foi excluída das circunstâncias susceptíveis de revelar especial censurabilidade ou perversidade, no crime de homicídio, ter o agente agido “para excitação ou para satisfação do instinto sexual”, o que traduz uma específica e diferente mundividência sobre a violência ligada à pulsão sexual.

Relativamente ao suicídio, inclui-se no mesmo artigo o incitamento, a ajuda e a propaganda (artigo 133º), corrigindo a deficiente sistematização do artigo 139º do Código português de 1995 que autonomiza o crime de propaganda do suicídio. Neste domínio, o que o Código de Macau faz é, a nosso ver, explicitar que a propaganda ao suicídio representa uma extensão da tutela originariamente assegurada pela proibição do incitamento e da ajuda. A solução adoptada em Macau pode contribuir para diluir a discordância de parte da doutrina que, devemos confessar, sempre tivemos dificuldade em acompanhar, sobretudo quando os elementos constitutivos do crime de propaganda do suicídio pressupõem a existência de adequação social, o que esconjura os perigos de qualquer cerceamento da liberdade de expressão.

É remetida para legislação própria a regulação da interrupção voluntária da gravidez.

Nos crimes contra a autodeterminação sexual são realizadas benfeitorias de redacção e prevista, com inteira pertinência, nova modalidade de estupro (artigo 168º, nº 2).

Ainda de assinalar é o facto de se ter sistematizado o crime de gravações e fotografias ilícitas no capítulo dos crimes contra a reserva da vida privada, alteração que resolve positivamente a duvidosa inserção de idêntica norma do Código publicado em Portugal.

Nos crimes contra o património, para além das considerações que atrás expendemos, a curiosidade reside em se ter adoptado um modelo que não corresponde nem ao do Código de 1886 nem ao Código de 1982, revisto em 1995.

Como é conhecido, o Código de 1886 indexava a moldura penal ao valor monetário da coisa furtada. Na reforma de 1982, considerou-se que esta solução prejudicava uma correcta individualização da pena e fez-se a qualificação segundo o critério das circunstâncias e do valor, neste caso traduzido em conceitos indeterminados como os de “valor consideravelmente elevado” ou “insignificante valor”. A reflexão que incidiu sobre a existência de distonias na jurisprudência e sobre o risco de erosão do princípio de igualdade levou o legislador de 1995 a procurar uma solução que limitasse a discricionariedade sem repercutir na incriminação os efeitos da inflação monetária.

Chegou-se, por este caminho, a uma solução em que os conceitos de valor elevado, valor consideravelmente elevado e valor diminuto são indexados ao valor de unidade de conta processual.

Esta solução parecia ter vantagens sem ser incontroversa mas não foi aceite pelo Código de Macau que adoptou o critério da pré-definição de conceitos (valor elevado, valor consideravelmente elevado e valor diminuto), enunciando-os por tarificação, isto é indexando as definições a uma concreta soma monetária.

O critério do Código de 1982 reflectia as preocupações que emergiam de uma época de forte inflação.

Visto à distância e à luz de uma situação económica substancialmente diversa, tornam-se menos procedentes as razões que justificaram aquela opção. Acresce que, quanto ao território de Macau, há motivos de certeza jurídica e de acessibilidade ao direito que abonam a solução encontrada.

Ainda neste domínio, o Código de Macau inovou ao incorporar o crime de emissão de cheque sem provisão que, desde o Decreto nº 13004, de 12 de Janeiro de 1927, figurava em legislação avulsa. Regressou-se, aliás, à construção inicial que remetia parte dos elementos do tipo para a Lei Uniforme, considerando a apresentação do cheque e a verificação da falta de provisão condições objectivas de punibilidade. Como se sabe, na República, o tratamento penal do cheque veio a ser substancialmente alterado pelo Decreto-Lei nº 454/91, de 28 de Dezembro, que remeteu para o regime geral de punição do crime de burla e introduziu na incriminação o elemento “prejuízo patrimonial”. Foram perversos os efeitos

produzidos, com reflexos na divisão da jurisprudência e na lentidão dos processos. Parece-nos, por isso, de aplaudir a solução adoptada em Macau que corresponde, por um lado, a uma espécie de regresso às coisas simples e, por outro, atende à realidade processual quando prevê a agravação em função do valor e não do prejuízo, o que facilita a investigação e só pode contribuir para o reforço da prevenção e, reflexamente, da credibilidade do cheque como meio de pagamento.

No restante, a parte especial cinge-se às orientações do Código revisto em 1995, com alterações facilmente explicadas pelas características do Território.

O estudo sistemático desta matéria está, aliás, facilitado pelo considerável lastro de informação que a codificação na República pode facultar.

Aproximamo-nos do fim.

Os comentários que acabámos de fazer, naturalmente dispersos e provisórios, convocam-nos para a necessidade de algumas considerações sobre a aplicação do Código que, como procuramos fazer realçar do título da intervenção, é um ordenamento para Macau, com tudo o que isto implica de virtualidades, concessões e contingências.

Uma primeira observação é a de que o direito penal de Macau não sobreviverá se não possuir a capacidade de conviver e dialogar com um modelo societal em que as respostas ao crime, particularmente no domínio da prevenção, reclamam uma forte identificação da comunidade com objectivos políticos, económicos e sociais. Ao ressaltar a legislação especial do Território, o Código recolhe a ideia de um ordenamento binário, em que, a par de um regime jurídico-penal fundado em grandes princípios, existirá uma legislação específica, por natureza mais penetrada por valores e idiosincrasias do Território.

Este dualismo corresponde à tradição jurídica de Macau e, nessa medida, o Código não fez mais que interpretar fielmente a orientação da Declaração Conjunta.

Outra observação é a que se prende com a recepção do novo texto. O Código entra em vigor com a singular vantagem de ser aplicado por operadores (especialmente magistrados e advogados) que conhecem as suas linhas fundamentais e que, num expressivo número de casos, já o aplicaram no território da República. Esta circunstância dispensa o penoso trabalho de absorção de princípios que é comum à entrada em vigor de grandes codificações e permite que a inércia de conhecimento seja substituída por uma inércia de acção.

Na verdade, a aplicação do Código é tarefa que não compete exclusivamente à jurisprudência e à doutrina.

A coerência e solidez das percepções sociais sobre o sistema penal de Macau são decisivas para reforçar o sentimento comunitário de liberdade e segurança e consolidar as expectativas de que, no fundo, depende a efectividade e a eficácia deste novo direito.

Para o êxito deste programa é necessário ter em conta questões de índole comunicacional que estão hoje bem no centro de qualquer política criminal. Não



nos referimos apenas à tradução das normas ou dos actos processuais, objectivos que se encontram, segundo cremos, assegurados.

É necessário ir mais longe e proceder a uma divulgação do Código que não esqueça as referências históricas e a inserção que o novo direito realiza no contexto multicultural de Macau.

Nesta tarefa, pede-se ao sistema uma função inter-activa, na qual terá de exercer um papel importante a comunidade e os seus grupos e associações.

Os novos institutos (recordamos, a título exemplificativo, a prestação de trabalho em substituição da multa, a suspensão da pena com regime de prova ou a liberdade experimental) carecem de instrumentos de aplicação que mobilizem a adesão da comunidade e equacionem socialmente as balizas que distinguem estas concepções de outros modos de afrontamento do fenómeno criminal, nomeadamente o da ideia de tratamento global.

Finalmente, há inevitáveis conexões sistemáticas que solicitam a Administração e os vários subsistemas para uma série de medidas (organizativas, processuais, penitenciárias, de polícia e de reinserção).

Sem estas medidas, a reforma não entrará verdadeiramente em vigor.

O que seria uma perda.

Porque Macau merece indubitavelmente este Código.



