

Das Consequências Jurídicas do Crime

— O Regime de Prova nos Ordenamentos Penais de Portugal e de Macau —

Manuel Leal-Henriques

Juiz do Tribunal Superior de Justiça de Macau.

Quando me formularam o honroso convite para participar nestas Jornadas de Direito Penal quase que sem cuidar dei o meu sim inequívoco.

Amadurecido o conhecimento da presença neste luzido Encontro de tão iminentes cultores da ciência criminal, depressa caí em mim e não me foi difícil ver que a minha pronta disponibilidade, longe de ser atrevida, tinha sido, isso sim, quase “criminosa”.

Afastada que está a hipótese de invocar o efeito mágico da “falta de consciência da ilicitude”, lá terei, pobre delinquente arrependido, que apelar à magnanimidade dos meus “juízes”, que são Vossas Excelências, para a “pena” leve que, talvez imerecida, não recuso pedir.

Mesmo sem grandes atenuantes ...

*

Depois desta tardia confissão vamos então começar ...

Em 1 de Janeiro próximo passado¹ entrou em vigor em Macau, como todos sabem, o novo Código Penal.

¹ Reportava-se então a 1 de Janeiro de 1996.

Este acontecimento, para além do muito que escapa à força das palavras, significa que o velho Código de 1886, presença viva no Território por mais de um século, chegou ao fim do seu reinado, deixando atrás de si um percurso que, apesar de todos os sobressaltos - políticos, sociais, económicos e legislativos - soube afeiçoar-se à realidade macaense e preservar um mundo cultural e socialmente tão distinto do espaço que lhe serviu de berço.

Foram mais de 100 anos em que um povo, também aqui, soube ser fiel à sua vocação histórica.

Ultrapassando as distâncias, as culturas e as tradições, Portugal arrastou para Macau um património que se construiu europeu mas que assentava em raízes universais.

Quando o Homem tem de si a dimensão da Humanidade, as suas ideias e os seus valores circulam à velocidade da luz ...

E as suas leis também ...

Foi mercê dessa vocação universalista que aqui tivemos, neste longínquo continente e durante tantos lustros, esse pedaço de Portugal vivo.

*

Mas não é para falar do que já é história que nos reunimos aqui hoje.

Antes para falar do futuro ... ainda que com o pensamento no passado.

O Código Penal de 1886, que ora quase nos deixou – e de que ficam apenas umas raras reminiscências até 20 de Dezembro de 1999 – começou a ter aplicação em Macau, como é sabido, nesse mesmo ano, publicado que foi no Boletim Oficial nº 49 (Suplemento), de 14 de Dezembro.

Era um texto monumental e rico de virtualidades para a época, consagrando muitas das soluções que a Europa civilizada havia tecido e feito suas.

E notável, como acentuou VÍTOR FAVEIRO, “*pela benevolência acentuada das suas penas, reduzidas ao mínimo julgado possível de mal retribuível ao dano resultante do crime*”, pelo “*que se impõe, agora, ao fim de um século, reconhecer e homenagear esta dupla certeza: no plano histórico, a demonstração de que o governo dos homens sujeitos à soberania do nosso*

Código não carece do uso ou ameaça de sanções graves para impor boas regras de conduta; no plano de ciência penal, a confirmação do entendimento que vem já de longe de que o mal se não cura com outro mal mas sim com o exemplo e a prática do bem”.

*

Disse-se atrás que se ia falar aqui de futuro, mas com o pensamento no passado.

Com efeito, não se pode estudar a sério e conhecer adequadamente o novo texto penal concebido para Macau sem lhe conhecer a história e a “família” onde se criou.

Como se sabe, muito mais cedo do que o Território, começou Portugal a pensar em revolucionar o seu ordenamento penal, projectando um novo Código que respondesse, de forma mais equilibrada, mais justa e mais actual, às ansiedades de um povo que em alguns domínios já havia ultrapassado as fronteiras acanhadas das suas contingências geográficas e históricas.

É então que surgem os Projectos de 1963 (sobre a Parte Geral) e de 1966 (atinente à Parte Especial), sob os auspícios do Prof. EDUARDO CORREIA.

Quando era de supor que a partir daqui teríamos, logo de seguida ou a muito curto prazo, um novo Código Penal em Portugal, isso, porém, só viria a acontecer com a restauração da democracia e, mais concretamente, em 1 de Janeiro de 1983, por força do artigo 2º do Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro, que faz entrar em vigor o diploma novo por que tanto se ansiava.

O referido texto, situado no seu tempo, e constituindo uma autêntica ruptura com o passado, não se tornou, porém, extensivo a Macau.

As particularidades do universo do Território e as soluções avançadas que o diploma consagrava, não favoreciam nem facilitavam essa extensão.

Houve assim que esperar ...

Mas para se chegar a Macau convém conhecer, ainda que em linhas gerais, o que mudou no ordenamento criminal português em 1982 sem o que se não entenderá adequadamente o que significou a mudança que, paralela à de 1995 na República, se operou no mesmo ano no Território.

Sem grandes preocupações de aprofundamento e abrangência, poder-se-á afirmar que a Reforma Penal de 1982, em Portugal, assentou em dois vectores essenciais:

- por um lado, inovação;
- por outro, reforço e aprofundamento do sentido de humanização.

Inovou-se, indo ao encontro da História e buscando no Direito Comparado o que de mais actual, mais sedimentado e mais próximo da realidade portuguesa se tinha por adquirido, sem renunciar à consagração de soluções próprias e algumas delas percursoras, cuja vocação melhor se ajustava às necessidades e às exigências do universo que se dispunham cobrir.

Aprofundou-se a humanização, reforçando os valores mais próximos do Homem, a quem as leis no fundo se dirigem.

Como se dizia no preâmbulo do novo texto, o Código, no seu conteúdo e nos seus comandos, não se afastava *“do que verdadeiramente de vivo há na tradição jurídico-penal portuguesa, antes justamente o consagra”*.

Muitos e diversos foram, pois, os princípios básicos que o novo diploma veio absorver. Não vou naturalmente distrair-me em alargada análise acerca de quais esses princípios e da expressão que assumiram no contexto do Código.

Nem a índole desta modesta comunicação o justificaria ...

Mas para melhor se entenderem as reflexões que adiante se fazem, cuida-se que não será despendendo lembrar alguns deles ao correr da pena.

Um dos fundamentais situa-se no plano da culpa, com a consagração da ideia de que não há censura sem culpa (*nulla poena sine culpa*), e, consequentemente, de que a culpa é o limite da pena (cfr. artigo 13º e ss.)².

Daí que as censuras criminais tidas como *penas* se ajustem a quem *agiu*

² Como diria Figueiredo Dias, o princípio da culpa “não vai buscar o seu fundamento axiológico a uma qualquer concepção retributiva da pena, antes sim ao princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa – o princípio axiológico mais essencial à ideia do Estado de Direito democrático. Deste ponto de vista fica reconhecido o bom fundamento da afirmação segundo a qual a culpa é condição necessária mas não suficiente de aplicação da pena; afirmação que corresponde de resto a uma terminante decisão normativa do Código, ao consagrar no artº 75º o instituto da *dispensa da pena*, em termos tais que esta terá lugar quando a culpa do agente, se bem que diminuta, existe todavia” (*Código Penal e Outra Legislação Penal*, 13).

com culpa, que as *medidas de segurança privativas da liberdade* se afeiçoem a quem não é capaz de se sentir influenciado pelas penas, portanto aos *inimputáveis*, e que as *penas relativamente indeterminadas* estejam reservadas para aqueles que, sendo embora imputáveis, exibam uma perigosidade que necessita de ser acompanhada e controlada. (cfr. artigos 71º e ss., 83º e ss. e 91º e ss.).

Donde a consequência lógica – que também passou a ser princípio relevante em direito penal – de que, sendo este direito um direito penal da culpa, o agente só possa ser punido se tiver actuado com *consciência da ilicitude do facto*, de que resulta que, se esse mesmo agente não tiver essa consciência, por a sua acção ter assentado num *erro* que lhe não seja censurável, a conduta não seja merecedora de punição (cfr. artigo 17º).

A pena surge, assim, pois, como a censura ou reprovação ética por se ter agido com culpa, sem que isto signifique, contudo, que fiquem de fora nessa mesma censura outros fins das penas, como sejam os da prevenção geral, da prevenção especial e da recuperação do delinquente.

Um outro aspecto importante da filosofia punitiva concebida pelo legislador do Código Penal Português de 1982 é o da consagração do princípio de que o uso da *pena privativa da liberdade* será sempre um *último recurso* e reservado exclusivamente a situações de grave criminalidade, garantindo-se para a restante delinquência outras medidas censórias de substituição, que não a prisão, vistas estas não como enfraquecimento do poder punitivo do Estado, mas antes como meio apto à regeneração do infractor, preocupando-se o legislador em fornecer desde logo a quem julga critérios orientadores da respectiva escolha (cfr. artigos 71º e ss.).

Nesta selecção merecem especial destaque dois institutos verdadeiramente inovadores, quais sejam os da *dispensa da pena* (em casos de culpa diminuta, reparação do dano e ausência de incompatibilidade com as exigências de recuperação do delinquente e da prevenção geral) e do *adiamento da sentença* (nas situações em que seja de crer que aqueles pressupostos, ainda que não verificados, venham a ocorrer) – cfr. artigo 75º.

Uma inovação não menos importante nesta área foi também a que pôs fim à *diferenciação entre penas de prisão maior e penas de prisão correcional*, tendo por base a ideia de que a diferença que se venha a estabelecer dentro das penas de prisão só pode assentar na sua duração, que nunca em efeitos específicos, sendo de todo vedado que se liguem automaticamente certos efeitos a determinadas espécies de penas (cfr. artigos 40º e ss. e 65º e ss.).

E no âmbito das medidas detentivas será de realçar e saudar o empenhamento do legislador no sentido de *reduzir os efeitos da prisão*, implementando alternativas diversas, como sejam, entre outras, a substituição da prisão por multa (o que se faz com bastante abertura), a prisão por dias livres, o regime de semi-detenção (a permitir que o delinquente não se desenraíze da sua vida profissional ou académica) e a liberdade condicional (como medida de transição e já não como prémio pela boa conduta) – cfr. artigos 43º e ss. e 61º e ss.

Quanto ao universo das medidas não detentivas, é de salientar o *amplíssimo uso que se faz da pena de multa* como pena principal sucedânea por excelência da prisão, com um regime jurídico muito flexível para não frustrar a sua aplicação alargada; a *suspensão da pena*; o *regime de prova*; a *admoestação*; e a *prestação de trabalho a favor da comunidade*.

*

Enfim, estas e tantas outras inovações e melhorias fizeram do Código Penal de 1982 em Portugal um monumento legislativo que viria revolucionar, como veio, todo o ambiente jurídico-penal do país e que iria potenciar o aperfeiçoamento do sistema, alguns anos mais tarde, já sob a égide e com o suporte científico desse grande senhor do Direito Penal moderno, não só em Portugal, como fora das suas fronteiras, que é o Prof. JORGE FIGUEIREDO DIAS, a quem aqui reitero a mais profunda admiração e presto a minha mais sincera homenagem.

Muitas e muitas matérias poderiam ser surpreendidas e analisadas a partir da moderna codificação penal, quer no nosso país, quer mais recentemente em Macau, tantos e tantos são os motivos que justificariam essa análise.

Na impossibilidade de me desviar para áreas mais vastas e porventura mais interessantes – nem, de resto, teria competência para o fazer – decidi-me por uma das inovações do Código surgida em Portugal no texto de 1982 e ora modificada pela reforma de 1995 e que veio a ter também consagração no ordenamento de Macau.

Refiro-me ao *regime de prova*.

Dito de forma breve e aligeirada, o sistema da prova resume-se a um regime que permite que o delinquente, em vez de sofrer desde logo uma censura privativa da liberdade pelo crime que cometeu, fique *livre sob certas condições*,

a fim de poder mostrar, isto é, dar “*provas*”, de que é capaz de se reinserir na sociedade sem ter que passar necessariamente pela prisão.

Aparece assim, nesta perspectiva, como uma *pena de substituição dessa mesma prisão*.

Para se compreender bem o instituto importa, porém, estudá-lo lado a lado com um outro instituto com quem fez vizinhança - nem sempre pacífica, digamos - que é o da *suspensão da execução da pena de prisão*.

Surgindo em França, como projecto, por volta de 1884, e apelidado de “*sursis*”, a suspensão da execução da pena cedo se propagou por alguns países europeus (casos da Bélgica, da própria França e de Portugal, com a Lei de 6 de Julho de 1893), assumindo-se como um poderoso instrumento de combate à pequena criminalidade, sem ter que se recorrer ao extremo da pena de prisão efectiva.

A suspensão acudia assim como pena de substituição por excelência, na ideia de que a simples *ameaça de prisão* bastaria para travar eventuais propensões criminosas do agente (oferecia assim, pois, um *efeito intimidativo*).

A medida servia plenamente, por exemplo, para satisfazer as finalidades da punição no caso de delinquentes primários, prevenindo a recidiva durante o período da suspensão, com a consequente extinção da censura imposta se, passado esse período, se viesse a constatar que o agente não tinha voltado a delinquir.

O expediente, como diria GONÇALVES DA COSTA, “*contava apenas com o poder de intimidação que a ameaça da execução da pena exercia sobre o condenado – inteiramente entregue a si próprio*”³.

A experiência veio sugerir, contudo, que o instituto, na sua pureza inicial (simples ameaça da pena), não era bastante para satisfazer todas as exigências da censura penal, pelo que se tornava necessário introduzir-lhe outras componentes que enriquecessem o sistema – v.g. o *cumprimento, por parte do delincente, de certos deveres e regras de conduta* durante o período em que decorresse a suspensão da pena, com possibilidade de *acompanhamento e vigilância*, do procedimento do agente, durante esse tempo, por pessoal especializado para tal.

³ *Suspensão da Execução da Pena e Regime de Prova*, Revista do Ministério Público, Ano 4º, vol. 15, pág. 27.

Isto é: ao efeito intimidativo (*ameaça de prisão*) assente no mecanismo do “*sursis*”, de proveniência francesa, haveria que se lhe adicionar componentes de reforço e que se foram buscar a um outro instituto, este de raiz anglo-americana, que era o sistema da “*probation*”, quais eram a *imposição ao agente do crime de comportamentos* (deveres e regras de vida que objectivassem simultaneamente reparar o mal do crime e os seus resultados e ainda recuperar socialmente o agente infractor) e o *acompanhamento da sua conduta por técnicos especializados de reinserção social*, acompanhamento esse que deveria, essencial e activamente, dar uma *ajuda* ao agente do crime para que se recuperasse para a sociedade a que pertencia⁴

E assim se chegaria a uma como que simbiose dos dois sistemas, o chamado *modelo continental*, em que à pureza do “*sursis*” se juntariam as novidades da “*probation*”, conduzindo ao instituto novo da *suspensão da pena para prova*.

O sistema da “*probation*”, na sua expressão mais genuína, supunha mesmo a suspensão da própria condenação.

Ou seja, em regra, não se proferia qualquer condenação, sendo essa substituída pela aplicação do regime de prova.

O mecanismo era, pois, este: numa primeira fase ou momento – a chamada fase da “*conviction*” – o julgador limitava-se a *declarar a culpabilidade* do infractor; na segunda fase ou momento – a chamada fase da “*sentence*” e que constituía uma fase eventual, que só ocorreria se o agente submetido ao regime de prova não cumpria com as condições a que tinha ficado sujeito – proferia-se então a decisão condenatória que tinha ficado suspensa ou em aberto para dar lugar ao regime da prova.

A Doutrina vinha flutuando então quanto à verdadeira natureza de tal instituto.

Enquanto, v.g., KAUFMAN e EDUARDO CORREIA⁵ o perspectivavam como uma *verdadeira pena* (enquanto dura, o agente fica sujeito a uma limitação da sua liberdade, portanto a um sofrimento), outros olhavam-no como uma *mera medida de tratamento*, destinada exactamente a impedir que o infractor sofresse (cfr., v.g., NUÑEZ BARBERO⁶), o que levaria a que viesse a ser vista como uma *simples modificação na execução das penas privativas de liberdade*.

⁴ Integrando-se, pois, “... no *sursis continental* um elemento específico da *probation*: a *interacção entre o delinquent e o seu probation – officer*”, Figueiredo Dias, *op. cit.*, 339.

⁵ Vd. quanto a este último, *Direito Criminal*, II, pág. 425.

⁶ *Suspensão Condicional da Pena e Probation*, 1970, pág. 42 (ed. da Universidade de Salamanca).

Face à posição que assumiu perante esta problemática, não admira, pois, que o Prof. EDUARDO CORREIA com ela tivesse marcado o seu Projecto da Parte Geral do Código Penal (1963).

Assim, se perseguirmos o teor dos artigos 69º e ss. desse Projecto, facilmente alcançaremos que dele fluiu um regime de prova muito próximo das características tradicionais e históricas que lhe são próprias e que oferecia as seguintes notas distintivas:

- o instituto assume-se como uma verdadeira pena (pena principal), e autónoma relativamente à suspensão da execução da pena (apelidada de sentença condicional) – cfr. artigo 47º)⁷;
- a aplicação do regime tinha lugar logo que o Tribunal *declarasse o agente como culpado* (a partir daí seguia-se o mecanismo próprio do regime de prova, apenas se retomando o curso normal do processo para efectiva condenação do agente às penas que ao crime coubessem se o regime de prova viesse a ser revogado)⁸.

Com este procedimento visava-se, pois:

- *conferir à intimidação maior eficácia* – durante o tempo de prova o agente infractor ficava sob a ameaça de uma futura e eventual condenação, que ele próprio não sabia qual viria a ser;
- *retirar à censura o seu efeito infamante* – uma vez que o agente, sujeito ao regime de prova, não era ainda um condenado, mas apenas um culpado.
- *pressupunha controle e acompanhamento individual do agente* durante o período em que durasse o regime de prova, feito através de pessoal especializado dos serviços de reinserção social e mediante o *estabelecimento de um plano individual de readaptação*, onde se traçava o quadro de socialização a que o agente ficaria submetido (artigos 71º e 72º).

⁷ O Prof. Gomes da Silva dizia na Comissão Revisora que enquanto a condenação condicional “é uma condenação em prisão condicionada”, no regime da prova “o delinquente não é condenado a prisão, mas verdadeiramente ao próprio regime de prova” – B.M.J., 147, 42.

⁸ O artigo 69º do Projecto dizia textualmente: “... poderá o Tribunal, depois de considerar a culpa ou a responsabilidade do réu e as outras circunstâncias referidas no artigo...”

Na Comissão Revisora o Ministro da Justiça “acentuou que importava, antes de tudo, decidir sobre se era ou não essencial ao regime de prova o considerar o réu como culpado – ao que a Comissão, por unanimidade, respondeu afirmativamente. Para vincar melhor a ideia o Prof. EDUARDO CORREIA propôs até que em vez de se dizer ‘depois de considerar a culpa ou responsabilidade do réu e...’, se dissesse ‘depois de julgar o réu culpado e de considerar...’ - o que foi também aprovado por unanimidade” – B.M.J., 148, 54.

O Código Penal Português de 1982, porém, sensível às críticas que se iam avançando ao modelo concebido pelo Projecto de 63 de EDUARDO CORREIA – e algumas delas ficaram bem patentes na Comissão Revisora – não o quis fazer seu e por isso traçou outros rumos.

Desponta assim um arquétipo de regime de prova com esta configuração:

- não se fala já de prévia suspensão da fixação da pena e da consequente paralização do processo⁹;
- a medida aparece autonomizada do regime da suspensão da execução da pena de prisão mas apenas por:
 - exigir tão só a pena de prisão aplicável e não a aplicada à infracção (cfr. artigo 53º, n.º 1 – “*crime punível com pena de prisão não superior a 3 anos...*”);
 - o Tribunal aplicar a pena “*que ao crime caberia se não tivesse tido lugar o regime de prova*” no caso de revogação da medida (artigo 57º, n.º 1);
 - haver um plano individual de readaptação social do delinquente, a acompanhar por um técnico especializado de reinserção social (artigo 54º, n.º 1).

Como é bom de ver já se notam aqui neste novo modelo alguns sintomas de encaminhamento do regime de prova, enquanto censura com autonomia própria, para a solução que viria a ser consagrada mais tarde quer no Código Penal Português (versão de 1995), quer no novo Código Penal de Macau, e que foi a sua integração no regime da suspensão da pena.

Vê-lo-emos mais adiante...

Durante cerca de 13 anos foi, pois, este o sistema que vingou, não sem que lhe fossem dirigidas significativas críticas.

⁹ A aplicação da pena substitutiva do regime de prova, como medida sancionatória autónoma, passa a constituir a censura penal que o Tribunal naquele momento entende por boa e adequada, não havendo que falar em suspensão da fixação da pena porque o regime de prova é já uma pena.

Só haverá que retomar o processo no caso de revogação da medida, pois aí, como resulta do disposto no n.º 2 do artigo 57º do Código Penal (versão de 1982) e 36º do Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro, o processo prosseguirá, procedendo-se aos termos necessários para a fixação da pena que ao crime caberia se não tivesse tido lugar o regime de prova.

O regime de prova é, pois, já uma sanção, uma censura com natureza autónoma, não havendo, pois, que falar em suspensão da fixação da pena e paralização do processo durante o período estabelecido para a prova.

Uma delas partiu da voz autorizada do Prof. FIGUEIREDO DIAS¹⁰ que, resumidamente, se pode apresentar assim:

- a existência de um plano individual de recuperação do delinquente e o seu acompanhamento por parte de elementos da reinserção social também podem caber perfeitamente no instituto da suspensão da execução da pena de prisão, não sendo por isso necessário que, *autonomamente*, se institua a sanção do regime de prova;
- a *suspensão do processo* para que seja aplicado ao agente o regime de prova é hoje inadmissível, uma vez que deixa o delinquente na expectativa do que lhe possa acontecer mais tarde, se não cumprir o regime que lhe foi imposto *obrigatoriamente*, sendo certo que as mesmas finalidades podiam ser atingidas, em grande parte, com a suspensão provisória do processo consagrada no ordenamento processual penal (artigo 281º, do Código do Processo Penal), este com a vantagem acrescida de beneficiar do *acordo* do próprio delinquente.

O regime de prova, segundo o Código Penal Português de 1982, exigia que:

- o crime fosse punível com pena de prisão igual ou inferior a 3 anos, com ou sem multa (artigo 53º, nº 1, do Código do Processo Penal);
- não se adequasse ao caso a medida de suspensão da execução da pena, que assim aparece, na intenção do legislador, como *preferencial* relativamente ao regime de prova, o que obviamente reduzia o campo de aplicação deste (artigo 53º, nº 1, do Código do Processo Penal);
- se mostrasse como indispensável, mas bastante, para a recuperação do delinquente que lhe fosse aplicável uma medida que, não incluindo a privação da liberdade, contivesse em si a possibilidade de um plano individual de recuperação e o acompanhamento e controle por banda de serviço especializados.

O correspondente *regime* assentava no seguinte:

- *período de duração* – 1 a 3 anos, com possibilidade de prorrogação até 5 anos, contados do trânsito em julgado da sentença que o aplicou [artigos 53º, nº 2 e 56º, alínea b)];

¹⁰ *Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime*, págs. 400 e 401.

- *plano individual de readaptação social* – que surge como um programa de vida do delinquente e a que este devia dar tanto quanto possível o seu acordo, cumprindo-o com a colaboração de um trabalhador social (artigo 54º). Trata-se, como diz o Prof. FIGUEIREDO DIAS, do “*testemunho da estratégia (e da táctica) que o Tribunal entende dever ser seguida com o fim de lograr a socialização do delinquente; ele é, pois, antes de mais e essencialmente, um plano de articulação do cumprimento dos deveres e regras de conduta impostos pelo Tribunal..., com as tarefas de vigilância e apoio que ao oficial de prova... incumbem*»¹¹.

Este plano ou constava da própria sentença ou era elaborado posteriormente pelo técnico de reinserção social, e sujeito à homologação do juiz.

Nele poderiam estar contidos certos deveres ou obrigações destinados a *reparar o mal do crime* (v.g., indemnização ao lesado ou sua garantia, satisfação moral adequada, entrega ao Estado de certa quantia) e *deveres destinados a facilitar a readaptação social do infractor* (regras de conduta referentes à residência, à educação, ao trabalho, à ocupação dos tempos livres, às apresentações às autoridades, a certas proibições de frequência de determinados lugares ou de acompanhamento de determinadas pessoas, a obrigação de sujeição a certos tratamentos, de internamento em instituições adequadas de tratamento ou de aprendizagem de ofícios, a caução de boa conduta, etc – artigos 49º e 54º;

- *acompanhamento e vigilância do delinquente* – a fazer por técnico especializado de reinserção social (o chamado oficial de prova), respeitando os limites do plano de readaptação tecido pelo Tribunal. Como diz FIGUEIREDO DIAS¹², o técnico “*deve ser pessoa de confiança, por uma parte do delinquente, por outra do próprio Tribunal*” e na função de “*aconselhamento*” que lhe cabe, “*não deve... ceder à tentação de a tornar em missionarismo paternalista e predicante, mas ater-se aos limites de ‘legalidade externa’ impostos na sentença*”, preservando particularmente a “*vida íntima e familiar do condenado*”.

Ou, como se consignava no artigo 71º do Projecto da Parte Geral do Código Penal de 1963, os delinquentes seriam “*confiados a assistentes sociais que, sem deixarem de vigiar discretamente a forma como eles conduzem a vida, como cumprem as obrigações que lhes*

¹¹ *Op. cit.*, págs. 403 e 404.

¹² *Op. e loc. cit.*

foram impostas e como correspondem ao plano de recuperação traçado, procurarão aconselhá-los e tratá-los como amigos, num quadro de mútua colaboração e confiança”, referindo a propósito o seu Autor que a assistência não era “tanto vigilância como sobretudo colaboração (to advise, assist and be friend)... e encontro humano com o delinquente, depois de ter obtido o necessário ‘degelo’ da sua personalidade”¹³.

No caso de *incumprimento do regime de prova* (isto é, se o delinquente deixasse de cumprir culposamente algum dos deveres impostos e atrás mencionados ou não correspondesse ao plano de readaptação social previsto, ou melhor, se não se esforçasse seriamente por se adaptar a tal plano), ficava sujeito, nos termos do artigo 56º, a uma *advertência solene*; à *prorrogação do regime até ao máximo de 5 anos*; ou à sua *revogação*.

Finalmente registrar-se-á que se no decurso do regime de prova o infractor viesse a cometer um crime doloso pelo qual fosse condenado a pena de prisão, o regime seria *revogado*, revogação essa que tinha como consequência a *fixação* da pena que corresponderia ao crime se não tivesse tido lugar o regime de prova (artigo 57º).

A dificuldade estava em saber, com rigor, o que deveria entender-se por “*pena que ao crime caberia se não tivesse tido lugar o regime de prova*”, de que falava o nº 2 do artigo 57º do Código Penal de 1982.

MAIA GONÇALVES¹⁴, no seu Código Penal anotado, interpretava-a como querendo significar que então o julgador devia agir como se não tivesse decorrido já um determinado período de prova.

Por nossa banda, e como referimos no nosso *Código Penal de 1982*¹⁵, entendíamos que, ocorrendo a revogação, como que se unificava novamente o juízo de censura que se havia cindido em dois.

Para aí também se nos afigurava apontar a 1ª Comissão Revisora do Código.

Com efeito, perante a possibilidade de a fixação da pena concreta em momento posterior poder vir a ser “condicionada” pelo mau comportamento do agente posterior à primeira apreciação, assumindo esta última sentença

¹³ B.M.J., 148, 61.

¹⁴ Código Penal Anotado, 130.

¹⁵ 1ª ed., pág. 324.

um carácter “não vivo”, o Autor do Projecto obtemperou que seria bom e justo que os tribunais tomassem em conta esse comportamento posterior, uma vez que através da desobediência às condições impostas, o agente vinha justamente revelar o seu modo de ser - que é um elemento essencial da medida da pena - e, assim, tal conduta deveria, sempre que possível, ser tomada em conta.

Acrescia que - como igualmente o referiu aquele Autor - o crime apreciado desta forma não estava “em conserva”, mas, muito pelo contrário, estava mais “vivo” e “quente” do que quando ele fosse apreciado logo a seguir ao facto e o julgador não tivesse, como elemento de ponderação e revelação do modo de ser do agente, a maneira como este reagiu às condições que lhe foram impostas¹⁶.

*

Fazendo a síntese dos dois institutos - o da suspensão da pena e o do regime de prova - tal como eles são estruturados no Código Penal Português de 1982, temos:

SUSPENSÃO DA PENA E REGIME DE PROVA

Semelhanças:

- são medidas não detentivas e substitutivas da pena de prisão não superior a 3 anos;
- são reacções penais de conteúdo pedagógico e reeducativo;
- supõem uma prognose social favorável ao réu (deve haver a esperança de que o réu sentirá a condenação como uma advertência, um aviso, que o faz recuar perante o crime);
- apenas deviam ser decretadas se fossem adequadas, só por si, para afastar o delinquente da criminalidade;
- ambas pressupunham a possibilidade de imposição de certas obrigações ao agente infractor;
- a falta de cumprimento dos deveres impostos podia acarretar uma solene advertência, a prorrogação do período de suspensão/prova ou a revogação.

¹⁶ B.M.J., 147, 41.

Diferenças:*Suspensão da pena:*

- tratava-se da suspensão da *execução* da pena;
- inspirava-se no “*sursis*” continental;
- aplicava-se à prisão (com ou sem multa) e à multa;
- atendia à pena concreta.

Regime de prova:

- tratava-se da suspensão da *pronúncia* da pena;
- inspirava-se na “*probation*” anglo-americana;
- exigia um plano de readaptação social;
- supunha a submissão do delinquente à vigilância especial e controle da assistência social especializada;
- aplicava-se só a casos susceptíveis de censura com pena de prisão;
- atendia só à moldura penal.

Com o Código Penal Português reformado (isto é, na versão de 95) o regime de prova *perde a sua autonomia como pena*, passando a integrar uma modalidade da suspensão da execução da prisão.

Na realidade, como flui do preceituado no artigo 50º do mencionado Código, se o Tribunal considerar “*conveniente e adequado à realização das finalidades da punição, subordina a suspensão da execução da prisão... ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta, ou determina que a suspensão seja acompanhada de regime de prova*” (nº 2), especificando que “*os deveres, as regras de conduta e o regime de prova podem ser impostos cumulativamente*” (nº 3) – sublinhados meus.

Escrevemos então e a propósito no nosso *Código Penal Anotado*¹⁷:

“No início da análise dos institutos da suspensão da execução da pena e do regime de prova teve lugar, na respectiva Comissão Revisora (*Acta n.º 4*), uma breve exposição sobre o regime de prova, referindo-se que a ideia da introdução do regime de prova, em capítulo autónomo, assentando nas ideias base de que o regime de prova paralisa a condenação e exige o acompanhamento do delinquente por um trabalhador social. O regime de prova surgiu no texto de 1982 como uma pena, configurando-se de alguma forma como uma suspensão da execução da pena em que se encontra presente a figura do acompanhamento do delinquente. Os resultados obtidos ao nível da

¹⁷ 2ª ed., pág. 441.



aplicação do instituto foram pouco positivos, verificando-se um número diminuto de casos, tendo-se feito sentir que o esquema legal não respondia cabalmente às necessidades do julgador: o que ele necessita é que se permita uma suspensão da execução da pena com acompanhamento do condenado, solução que não se alcança com a previsão do regime de prova, mas que a nossa jurisprudência tem vindo a adoptar. Acresce que também em outros ordenamentos jurídicos o regime de prova, como reacção autónoma, é uma figura em fase de recuo.

A Comissão Revisora ponderou três alternativas para a regulamentação da suspensão da execução da pena:

- (a) a concepção tradicional do instituto, ou seja suspensão simples;
- (b) a suspensão acrescida da imposição de deveres e regras de conduta;
- (c) esta última alternativa com as figuras do plano individual de readaptação social e a obrigatoriedade de acompanhamento do delinquente por um trabalhador social.

E encaminhou-se para a reforma radical do sistema, traduzida na união dos institutos em causa (suspensão da execução da pena e regime de prova), estabelecendo-se uma graduação na suspensão da execução da pena que abrangeria os três níveis referidos anteriormente como alternativa”.

E acrescentamos mais adiante¹⁸:

“O regime de prova deixa, pois, de ser, como no texto de 1982, uma reacção autónoma, com diferenças em relação à suspensão da execução, como se refere no preâmbulo do texto de 1982 e salientamos no nosso *O Código Penal de 1982*, I, pág. 290.

O abandono dessa reacção autónoma deveu-se à circunstância de se tratar de instituto alheio à tradição jurídica e cultura portuguesas, não tendo havido um mínimo esforço de sensibilização para a sua importância e para os benefícios que dele se podiam colher, mas sobretudo porque o limite de pena abstracta estabelecido pelo artigo 53º do Código Penal constituía obstáculo à sua utilização em casos (por exemplo, de furto qualificado) em que se revelava mais necessário, o regime de prova na sua pureza.

Falou-se a propósito na Comissão Revisora, na ‘falência do regime de prova’, ao menos quando considerado na sua pureza (*Acta n.º 4*, pág. 33)”.

¹⁸ Pág. 442.

E assim se fez a reunião entre os dois institutos – o da suspensão da pena e o do regime de prova – perdendo este último, e como se disse, a sua anterior autonomia como pena de substituição.

E o mesmo veio a acontecer em Macau.

Em Portugal, o enquadramento legal está consubstanciado hoje nos artigos 50º a 57º, do respectivo Código Penal, e em Macau nos artigos 48º a 55º.

Se fizermos uma leitura comparativa dos correspondentes preceitos verificamos o seguinte:

A. CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS:

- o tribunal suspende (artigo 50º, nº 1);
- só se aplica à pena de prisão (artigo 50º, nº 1);
- informar o técnico de reinserção social sobre qualquer deslocação superior a 8 dias e sobre a data do previsível regresso [artigo 54º, nº 2, alínea c)];
- no caso de revogação da suspensão por cometimento de crime [alínea b) do nº 1 do artigo 56º] se se revelar que as finalidades que estavam na base da suspensão não puderam ser alcançadas.

B. CÓDIGO PENAL DE MACAU:

- o tribunal pode suspender (artigo 48º, nº 1);
- *idem*, só se aplica à pena de prisão (artigo 48º, nº 1);
- *idem*, informar o técnico de reinserção social sobre qualquer deslocação superior a 8 dias e sobre a data do previsível regresso [artigo 52º nº 2, alínea c)];
- a condição é extensiva às duas alíneas do nº 1 do artigo 54º, correspondente.

Portanto, no segmento que aqui nos interessa considerar, há que atentar, fundamentalmente, nas disposições contidas no artigo 48º – que explicitamente consagra que a suspensão da execução da pena de prisão (e agora só esta, não envolvendo, pois, as casos de multa, como dantes sucedia...) pode ser acompanhada do regime de prova –, e no artigo 51º – que lhe traça a arquitectura legal.

Ora, segundo o novo regime – igual para Portugal e para Macau – o Tribunal pode (em Portugal tem o poder-dever de...) suspender a execução da prisão sempre que:

- o crime tiver sido castigado com *prisão não superior a 3 anos*;

- for de concluir, face à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, que a simples *censura do facto* e a *ameaça de prisão* realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (repare-se que agora não se fala, como no artigo 48º do Código Penal Português de 1982, em “*satisfazer as necessidades de reprobção e prevenção do crime*”, mas em realização das finalidades da punição, isto é, de protecção dos bens jurídicos e de reintegração do agente na sociedade – vd. artigo 40º, nº 1, do Código Penal de Macau).

Ora bem: esta suspensão ou é *simples*, isto é, suspensão sem subordinação a nada, ou é *complexa*, ou seja, com subordinação a condições (por exemplo, ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta), ou, vai mais longe, e acrescenta-se ainda o regime de prova.

É o que diz o artigo 48º, nº 2.

O regime de prova, como textua o artigo 51º, nº 2 assenta num *plano individual de readaptação social do delinquente*, que durará durante o período da suspensão da pena de prisão e é *vigiado e apoiado pelos serviços de reinserção social*, só sendo ordenado, em regra, quando a pena que tiver sido aplicada ao agente e que ficou suspensa, for superior a 1 ano e o condenado, ao tempo do crime, não tenha ainda completado 25 anos de idade.

*

E eis aqui o que com o meu modesto saber, mas com desmedido gosto, fui capaz de escrever acerca de tão aliciante tema.

Como diria MIGUEL TORGA, nós, os Portugueses, “*somos os andarilhos do mundo, capazes em todo o lado do melhor e do pior*”.

Quanto ao que ora nos toca o melhor está feito – este monumento que é o novo Código Penal de Macau!...

Por minha banda fiz o que pude para, hoje, e neste acto, me quedar ao menos pelo meio termo.

Macau, 1996

