

Sobre os Princípios Fundamentais do Novo Código Penal de Macau*

Zhao Bing Zhi

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Povo da China

INTRODUÇÃO

O Código Penal de Macau (CPM), adiante designado por novo Código Penal, sendo o primeiro Código localizado neste Período de Transição de Macau, foi publicado em anexo ao Decreto-Lei nº 58/95/M, de 14 de Novembro, e entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 1996, acabando com uma longa história de vigência no território de Macau do Código Penal português de 1886 (adiante designado por antigo Código Penal) e pondo termo à estagnação e atraso da lei penal, resultantes da desactualização de alguns dos regimes e normas ali estabelecidos e da sua desagregação da realidade de Macau.

Por outro lado, aspecto que se reveste da maior importância, a elaboração do novo Código Penal, não apenas corresponde às exigências do período de transição, como também tem em vista as exigências da futura Região Administrativa Especial de Macau. Nesta medida, o novo Código Penal, quer no que respeita à filosofia que o orienta quer no que respeita ao seu conteúdo, constitui base suficientemente boa para a construção do edifício legislativo penal da futura RAEM.

Quanto ao seu conteúdo, o novo Código Penal de Macau é idêntico a outras leis penais escritas do Mundo, consagrando expressamente ou contendo um conjunto de princípios fundamentais, que traduzem valores essenciais. É do conhecimento público que os princípios fundamentais de Direito Penal têm uma função orientadora em todo o processo legislativo e judicial em matéria penal, pelo que, uma exposição correcta dos princípios fundamentais do novo Código Penal, combinados com as disposições nele estabelecidas, se pode contribuir

* Tradução de Fong Man Chong.

para uma melhor aplicação concreta – judicial – deste Código, permite também uma melhor compreensão do espírito subjacente ao regime estabelecido.

Olhando para o futuro, e tendo em conta que o exercício da soberania sobre Macau será reassumido pela China em 1999, a abordagem que neste momento se faz sobre os princípios fundamentais do Código, não apenas favorece, no actual Período de Transição, o incremento e o desenvolvimento mútuos da China e do território de Macau no domínio da legislação penal, contribuindo desse modo para o desenvolvimento e incremento do relacionamento entre ambas as partes no domínio da cooperação judiciária em matéria penal, como também é útil, após 1999, para a construção do sistema jurídico-penal da RAEM e o intercâmbio entre este e o sistema jurídico-penal do interior da China.

I. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, que assinala a viragem entre duas épocas históricas, surgiu como produto do progresso, alcançado pela classe burguesa contra a arbitrariedade na incriminação e na aplicação da pena verificada na sociedade feudal, e traduz suficientemente a essência básica da legalidade e da garantia dos direitos e da liberdade das pessoas nas sociedades contemporâneas e modernas. Hoje em dia, as teorias do Direito Penal continuam a manter uma ligação muito íntima com este princípio.

O conteúdo básico do princípio da legalidade traduz-se na fórmula “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”.

Enquanto pensamento legislativo, o princípio da legalidade foi exposto de forma sistemática e integral nas obras dos autores iluministas dos séculos XVII e XVIII. Depois de a classe burguesa ter assumido o poder político no continente europeu, deixou de ser uma mera exposição doutrinária para passar a receber consagração legal.

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, dispõe, no seu artigo 8º, que “*A lei não deve estabelecer mais penas do que as estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada*”.

Influenciado por aquela Declaração, o Código Penal francês de 1810, viria a consagrar, pela primeira vez, expressamente, no seu artigo 4º, o princípio da legalidade e, após a sua promulgação, foi nisso seguido pela generalidade dos países. Dada a sua tendencial correspondência com as ideias de democracia e de Estado de Direito existentes nas sociedades contemporâneas e modernas, o princípio da legalidade passou a ser um dos princípios fundamentais do Direito Penal dos países que integram o sistema jurídico continental e encontra consagração expressa na generalidade das leis penais. Em alguns países (v.g.

no Japão, em Itália e em Portugal), o princípio da legalidade está mesmo constitucionalmente consagrado.

Quanto a Macau, sendo tributário da influência da lei penal de outros países, especialmente da Constituição da República Portuguesa e do Código Penal Português de 1886, o novo Código Penal, acolhe, logo de início, o princípio da legalidade, que se encontra concreta e integralmente previsto no artigo 1º.

Nos termos do nº 1 desse mesmo artigo, “*só pode ser criminalmente punido o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática*”. Deste modo, ali se acolhe, plenamente, o conteúdo básico da fórmula “*nullum crimen sine lege*”, integrado no princípio da legalidade na aplicação de lei posterior.

De seguida, no nº 2 daquele artigo 1º, prescreve-se que a aplicação de medidas de segurança apenas pode ocorrer no âmbito dos casos “*expressamente previstos na lei*”; e depois, no nº 3, estabelece-se expressamente o princípio da proibição da aplicação analógica da pena ou medida de segurança.

Se é regra, na generalidade das leis penais do sistema jurídico continental, a consagração em lei do princípio da legalidade, já não é, porém, frequente a explicitação do seu conteúdo material, nomeadamente a especial importância que se atribui à referência aos pressupostos de aplicação das medidas de segurança que “*estejam expressamente fixados na lei*”, bem como à proibição expressa do recurso à analogia para aplicação das penas ou medidas de segurança.

Assim, e no que respeita ao princípio da legalidade, o novo Código Penal francês de 1994, limita-se a dispor, no seu artigo 112º, nº 1, que “*uma conduta só será punível quando constituir crime à data da sua realização*”; por seu turno, o artigo 1º do Código Penal alemão de 1975, o artigo 4º do Código Penal da Suíça, o Código Penal espanhol e o Código Penal italiano dispõem simplesmente que “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*” e não fazem incluir directamente no princípio da legalidade a medida de segurança e o estado de perigosidade enquanto pressupostos da sua aplicação.

No que concerne à analogia, na maioria dos países, a proibição da aplicação analógica da lei penal é entendida como um corolário ou sentido inerente do princípio da legalidade, mas, em regra, apenas exposto ou aplicado a nível jurisprudencial ou doutrinal, e não estabelecido expressamente no articulado dos Códigos Penais. O que faz com que, hoje em dia, a aplicação analógica da lei penal continue a ser o objecto de discussão.

Nos países onde predomina a tese favorável à aplicação analógica (das leis penais), apesar de estar consagrado o princípio da legalidade como princípio fundamental de direito penal, concebe-se na prática jurisprudencial ou em nome da interpretação extensiva o recurso à analogia em matéria penal. Em alguns destes países, que são não obstante em número restrito, estabelecem-se mesmo

normas que permitem a aplicação analógica. Por exemplo, na Dinamarca, no artigo 1º do Código Penal de 1930, e na Gronelândia, no artigo 1º do Código Penal de 1945, onde se acolhe a possibilidade de aplicação analógica da lei penal. Mas parece evidente que a aplicação analógica em matéria penal é um processo anormal de legislar ou de aplicação da lei pelo poder judicial, que contraria a essência e as exigências básicas do princípio da legalidade. E que, quer a consagração legal do regime da analogia, quer a aplicação analógica na prática judicial, destroem o princípio da legalidade.

A consagração expressa do princípio da proibição do recurso à analogia para a aplicação de uma pena ou medida de segurança, consagrada pelo Código Penal de Macau, fornece, assim, uma forte garantia para a implementação e defesa do princípio da legalidade. E constitui uma manifestação da atitude firme e séria do legislador relativamente à proibição da aplicação analógica de acordo com o espírito do princípio da legalidade.

Não se pode negar que existe correspondência entre algumas disposições do novo código e o antigo código: o princípio da legalidade é disso um exemplo.

No que respeita às normas relacionadas com o princípio da legalidade e o princípio da proibição da aplicação analógica, o novo Código Penal sucede, em larga medida, naquilo que era o espírito das normas correspondentes do antigo Código Penal.

Um indício evidente disso revela-se no ênfase que é dado à proibição da aplicação analógica. Muito embora influenciado pela escola normativista, que reconhece o recurso à analogia como uma forma de incriminação, o antigo Código Penal de Macau, ou seja, o Código Penal português de 1886, proíbe expressamente a analogia, de modo a marcar um ponto de vista diferente, ou revisto, do daquela escola. O novo Código Penal, por sua vez, mantém a disposição expressa da proibição da aplicação analógica, cujo objectivo é, evidentemente, muito para além do de marcar uma posição diferente da daquela escola, o de evitar a possibilidade ou o risco de o princípio da legalidade vir a ser destruído através da aplicação analógica na prática jurisprudencial.

Em todo o caso, quando comparado com o antigo Código Penal, o disposto no novo Código relacionado com o princípio da legalidade revela um notório progresso e um significado especial: o novo Código Penal, na medida em que é o primeiro Código local, consagra um princípio de legalidade, cujo conteúdo reflecte também o espírito da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da RPC (daqui em diante designada por Lei Básica).

Sendo um Código elaborado no Período de Transição pelas autoridades portuguesas de Macau, o novo Código Penal de Macau não é, necessariamente, o Código Penal da futura RAEM. No entanto, devido ao facto de Macau já ter entrado na fase final do período de transição e de, dentro de pouco tempo, vir ser concretizada a construção da futura RAEM, o novo Código Penal de Macau

deve fazer o possível para que o seu sistema e conteúdo possam continuar a ser aplicados em Macau, após a constituição da RAEM, o que, em última análise, cabe ao órgão legislativo próprio da RAEM decidir, contribuindo para a boa realização do princípio da continuidade das leis penais na futura RAEM. Para tanto, exige-se que o conteúdo do novo Código Penal de Macau não contenda, na medida do possível, com a Lei Básica e, mesmo, que procure activamente corresponder ao seu espírito e exigências, sendo certo que a realização deste objectivo não pode desligar-se do facto de no período de transição Macau ser ainda administrado por Portugal.

Quanto a este aspecto, é de afirmar que, tendo em conta o estatuto político que Macau tem neste período de transição, o novo Código Penal de Macau, na filosofia que o orienta como no seu conteúdo, considerou suficientemente as necessidades do território de Macau no futuro e corresponde ao espírito da Lei Básica.

A Lei Básica da RAEM, no seu artigo 29º, dispõe que “*Nenhum residente de Macau pode ser punido criminalmente senão em virtude de lei em vigor que, no momento da correspondente conduta, declare expressamente criminosa e punível a sua acção.*”

Não obstante a Lei Básica se referir apenas à exigência de “[senão em virtude de] lei em vigor”, insita já no princípio da legalidade jurídico-penal, este princípio tem já a sua plena consagração no novo CPM. Acresce que as disposições relativas a este princípio constantes do novo CPM são cientificamente melhor elaboradas do que as constantes do Código Penal de 1886, ao nível da técnica legislativa.

Assim, em primeiro lugar, porque o novo CPM realça que o princípio da legalidade. Plasmado logo no seu artigo 1º, é um princípio programador e orientador de todo o Código, ao passo que, no Código de 1886, tal princípio se encontra estabelecido no artigo 15º, a seguir aos preceitos relativos ao conceito de infracção e imputabilidade em razão da idade.

Depois, porque o Código de 1886 fixa o princípio da legalidade e o princípio da proibição da aplicação analógica no artigo 15º e 18º, respectivamente, sistematização esta que afecta, de algum modo, a ligação e coerência entre os dois princípios em análise. Sistematização diferente é a do novo CPM, que coloca estes dois princípios num mesmo artigo, mas em alíneas diferentes, criando-se assim um ligação mais restrita.

Finalmente, terceiro ponto, o artigo 15º do Código de 1886, ao dispôr que “*Não são crimes os actos que não são qualificados como tais por este Código*”, embora abra caminho a que, para além do Código, as leis avulsas possam também tipificar crimes e penas sem que por isso se negue o princípio da legalidade, na medida em que excepciona “*os actos qualificados como crimes por legislação especial*” e os “*os crimes militares*”, pode, por via da expressão “[qualificados como tais] por este Código” (artigo 15º, acima citado), levar ao

entendimento erróneo de que o princípio da legalidade não teria uma coerência total. O novo Código, em vez de dizer “[qualificados como tais] *por este Código*”, utiliza a expressão “*lei anterior à prática do facto*”, incorporando, assim, no seu domínio, outras leis penais (especiais) avulsas, e evitando a superfluidez e eventual engano resultante de se fixar primeiro regra e depois as excepções (técnica do Código de 1886), mas sem que com isso se ponha em causa a plenitude do conteúdo do princípio da legalidade.

II. O PRINCÍPIO DA IRRECTROACTIVIDADE DA LEI PENAL

Como corolário do princípio da legalidade, o princípio da irrectroactividade da lei penal é uma importante medida de protecção dos cidadãos no domínio legislativo e jurisdicional (direito substantivo e direito adjetivo).

O princípio da irrectroactividade da lei penal significa que as normas penais não se aplicam a factos anteriores à sua entrada em vigor. Ou seja, um determinado facto constitui ou não crime, é ou não punível, e em que medida é que o é, de acordo com um critério que há-de ser dado pelas normas penais vigentes no momento da prática do facto criminoso, proibindo-se que “lei posterior” venha retroactivamente a aplicar-se a factos anteriores e fixar-lhes penas.

O princípio da irrectroactividade da lei penal, como o da legalidade, é um princípio comumente aceite pela generalidade dos países. Porém, comparadas as legislações penais de vários países do Mundo, não se verifica que a proibição da retroactividade das leis penais seja absoluta, no sentido de se proibir, de todo em todo, a aplicação das leis penais a factos ou actos anteriores à sua entrada em vigor. O que se verifica é uma tendencial irrectroactividade das leis penais.

Como princípio, a par da inadmissibilidade da retroactividade da lei penal, consagra-se excepcionalmente a admissibilidade da retroactividade das leis penais mais favoráveis (ao arguido), o que constitui aquilo que se designa por “princípio da aplicação da lei nova com conteúdo (concretamente) mais favorável”: isto é, em princípio, ao facto aplica-se a lei vigente ao momento da sua prática; porém, quando determinado facto ou acto que era qualificado como crime pela lei vigente no momento da sua prática vem a ser desriminalizado, ou o facto é crime quer face à lei vigente ao momento da prática do facto quer face à lei nova (posterior), mas esta é uma lei despenalizadora, ou seja, que fixa penas mais leves, a nova lei aplica-se retroactivamente.

O novo CPM adopta também este princípio, estabelecendo no seu artigo 2º, nº 2, que o facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do elenco das infracções; neste caso, se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a respectiva execução e os seus efeitos penais. Quando um certo facto é qualificado e punível como crime, quer face à lei vigente ao tempo da sua prática quer face a lei posterior, mas esta vem a fixar um conteúdo mais favorável ao agente do facto, nos

termos do artigo 2º, nº 4, do CPM, esta nova lei só se aplica quando a condenação ainda não tenha transitado em julgado.

Esta disposição, para além de (obrigar o aplicador do Direito a) considerar o conteúdo (concretamente) mais favorável ao arguido, acautela também a estabilidade e autoridade da sentença transitada em julgado, proferida nos termos da lei vigente ao momento da prática do facto.

Importa sublinhar que, na aplicação do princípio da irrectroactividade das leis penais novas, existe um problema concreto: como se resolverá a questão da aplicação da lei quando um facto praticado ultrapassa o domínio de vigência da lei velha e entra no da lei nova (infracção inter-temporal)? Sobre isto, o CPM não tem regulamentação expressa.

Segundo os diferentes tipos de situações, podem adoptar-se, na prática, as seguintes soluções: no caso de crime por conexão, em que uma parte dos actos foi realizada antes da entrada em vigor da nova lei e a outra parte praticada no domínio de vigência da lei nova, não podem aplicar-se à totalidade dos actos as sanções fixadas na nova lei. Do mesmo modo, caso um acto esteja em conexão com pressupostos de qualificação do crime fixado pela lei velha, a estes actos conexos não podem ser aplicadas as sanções fixadas pela nova lei. Ora se parte de tais actos conexos tiver sido praticada no domínio da lei velha, a esta parte não devem ser aplicadas as sanções fixadas na nova lei. Finalmente, quando um determinado facto ou acto seja considerado como crime continuado, permanentemente, quer face à lei nova, quer à velha, prevalecem as sanções fixadas na nova lei, mas vale o princípio da lei com conteúdo (concretamente) mais favorável ao arguido. Quanto às infracções acumuladas (concurso), quando praticadas no domínio da lei velha, vale esta lei, e quando realizadas no domínio da lei nova, aplica-se á esta, valendo as regras sobre o concurso de crimes.

III. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ENTRE O CRIME E A PENA

Este princípio, como princípio fundamental do Direito Penal, é o resultado produzido pelos pensadores iluministas ocidentais dos séculos XVII e XVIII. À luz deste princípio, a maior ou menor gravidade das penas deve ser proporcional às infracções penais. Às infracções de menor gravidade, aplicam-se as penas mais leves. Caso contrário, aplicam-se penas mais graves. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, anexada à Constituição Francesa de 1793, dispõe no seu artigo 15º que as penas devem ser proporcionadas às infracções e ter utilidade para a sociedade, de modo a que o princípio da proporcionalidade entre o crime e a pena (abreviadamente designado por princípio da proporcionalidade) tenha expressão plena. Após a promulgação do Código Penal francês de 1810, o princípio da proporcionalidade nele proclamado tem sido seguido como modelo pela legislação penal de vários países.

Importa atender a que, não obstante os penalistas de vários países considerarem o princípio da proporcionalidade como um princípio fundamental de direito penal, têm, quanto ao seu conteúdo, entendimentos diferentes, motivados por concepções opostas sobre o crime e a pena: as escolas retributivas ocidentais consideravam as penas como uma expiação, realçando o equilíbrio entre a pena e o crime, procurando o conceito de crime e a medida da pena na conduta criminosa objectiva. As escolas neoclássicas (as penas vistas com finalidades correccionais) entendem que os fins das penas são para reformar, corrigir os criminosos e defender a sociedade, procurando a proporcionalidade entre o crime e a pena na perigosidade pessoal dos criminosos. Dada esta compreensão desviante do princípio da proporcionalidade entre o crime e a pena, devida às escolas retributivas e correccionistas quanto aos fins das penas, assiste-se hoje a uma assimilação das perspectivas partilhadas por aquelas escolas, no campo legislativo como no jurisprudencial, importando atender à proporcionalidade entre as penas e as infracções cometidas, mas também à proporcionalidade entre o crime consumado e a pena, e o crime que eventualmente venha a ser praticado pelo agente e as respectivas penas. Nessa medida, reforça-se a carga da individualização das penas.

O novo CPM aderiu também a esta perspectiva, estatuindo, no seu artigo 40º, que:

1. A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.
2. A pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa.
3. A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionalizada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.”

Do exposto decorre, em primeiro lugar, que o novo CPM não se limita a uma compreensão literal e formal do princípio da proporcionalidade. Isto é, não se restringe à proporcionalidade entre as penas e o crime, mas também engloba as medidas de segurança e os crime ou infracção ilícitas.

E em segundo lugar, que o critério da proporcionalidade entre a pena ou medida de segurança e o crime, englobando as penas ou medidas de segurança e a perigosidade (pessoal) do arguido, permite que se pondere também a proporcionalidade entre os factores de retribuição e utilitarismo, abarcando-se o conteúdo da individualização das penas.

No Título III do CPM fixam-se as consequências jurídicas do facto que constituem o quadro jurídico básico do sistema sancionatório, isto é, das penas e das medidas de segurança.

Através das regras para a determinação concreta da medida das penas e da execução das mesmas, o novo CPM procura expressar, no plano legislativo, de modo científico e pleno, o significado do princípio da proporcionalidade. Como exemplo temos, a propósito do fundamento da determinação concreta das

penas, o artigo 65º do novo CPM onde se estatui que:

Na determinação da medida da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando nomeadamente: o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente, a intensidade do dolo ou da negligência, a conduta anterior ao facto e a posterior a este, ...

O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

São consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes: ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob o ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência, ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida, etc... (artigo 66º).

Todo este dispositivo exprime o espírito do princípio da proporcionalidade entre o crime e as penas, sublinhando as exigências de individualização das penas.

Do mesmo modo, estas exigências encontram-se expressas noutros dispositivos do novo CPM: as formas de crime, os princípios de aplicação das sanções, o regime da execução da pena de prisão e a pena da multa. A título exemplificativo, relativamente aos crimes cometidos sob forma de acção por omissão, havendo lugar à punição, a pena pode ser especialmente atenuada (artigo 9º).

“Salvo disposição em contrário, os actos preparatórios não são puníveis” (artigo 20º).

“A tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada” (artigo 22º).

A tentativa deixa de ser punível nos termos do artigo 23º.

“É aplicável ao cúmplice a pena prevista para o autor, especialmente atenuada” (artigo 26º).

“*Em caso de reincidência, o limite mínimo da pena aplicável ao crime é elevado de um terço e o limite máximo permanece inalterado, não podendo a agravação exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores.*”(artigo 70º).

No regime de execução das penas: desde a substituição da pena de prisão, privativa da liberdade, e do modo e meio de prestação das penas de multa até aos pressupostos da suspensão de execução das penas de prisão e aos pressupostos de aplicação da liberdade condicional reflecte-se nítidamente a essência do princípio da proporcionalidade, integrado com a ideia retributivo-utilitária. Por exemplo, a suspensão da execução da penas de prisão, nos termos do CPM, em que para além da necessidade de se ponderar o facto de o arguido ser condenado a pena de prisão não superior a 3 anos, há que atender, e

ponderadamente, o factor da perigosidade pessoal do arguido. Isto é, atender à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, por forma a poder concluir-se que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (artigo 48º).

Tudo isto é a expressão da concretização, no plano legislativo, do princípio da proporcionalidade .

IV. SOBRE O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE (DO HUMANISMO)

Como se refere no preâmbulo do Decreto-Lei nº 58/95/M, “(...) *O novo CPM, profundamente marcado por uma visão humanista e inovadora, (...) o seu articulado espelha o respeito pelos (...) valores de humanismo e tolerância ...*”.

Concepções de humanização e tolerância que estão espalhadas por todo o CPM.

Em primeiro lugar, ao nível dos tipos de sanções: o CPM não consagra a pena de morte nem a pena de prisão perpétua, marcando-se assim uma filosofia de reeducação dos delinquentes. Segundo as doutrinas correccionalistas das penas, uma pessoa executada (condenada à pena de morte) perderá a oportunidade de ser (re)educada, algo contrário aos fins das penas. Sob influência destas teorias, vários países aboliram a pena de morte. Do mesmo modo, o artigo 39º do novo CPM prevê expressamente 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.”

O que representa não só uma garantia do conteúdo do CPM, mas também o realçar do espírito humanista decorrente da proibição da pena de morte, visto que no Código de 1886 as disposições relativas aos tipos de sanções se limitavam a não prever a pena de morte, ao passo que o novo CPM proclama expressamente a inexistência da pena de morte. Diz-se, com efeito, no preâmbulo do decreto preambular do CPM:

“De salientar também a consagração da proibição expressa da pena capital, bem como de penas ou medidas de segurança com carácter perpétuo. Trata-se indiscutivelmente de um importante factor de defesa dos direitos fundamentais e de confiança nos valores que enformam o sistema jurídico-penal do Território, hoje e no futuro ”¹.

¹ Importa sublinhar que a não consagração nem da pena capital nem das penas de carácter perpétuo pelo novo CPM espelha o espírito evolutivo das escolas neo-filosóficas do direito penal.

Sem dúvida, esta declaração preambular expõe a ideia de que o legislador procura atingir o objectivo de respeito pelos direitos humanos mediante a proibição expressa da pena de morte.

É de sublinhar que, não sendo raro encontrar códigos penais de diversos Estados ou territórios em que se aboliu a pena de morte, já é raro encontrar-se exemplos de casos em que se tenha abolido simultaneamente a pena de morte e a pena de prisão perpétua. Embora existam querelas vivas entre as posições a favor e contra a manutenção da pena de prisão perpétua, à medida que se foram aperfeiçoando as penas de prisão e as medidas de segurança, de carácter perpétuo, acabou por sair vitoriosa a tese a favor da existência da pena de prisão perpétua. De facto, a proibição expressa da pena capital e da pena de prisão (e de medidas de segurança) de carácter perpétuo, proclamada pelo novo CPM, não deixa de ser uma “novidade curiosa”.

Em segundo lugar, o novo CPM consagra, em termos de unicidade, a pena privativa da liberdade, restringindo a aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração, o que não é mais do que o espelho duma concepção humanista. A regra da unicidade da pena privativa da liberdade tem constituído objecto de reforma penal em vários países.

Relativamente à pena privativa da liberdade, o Código de 1886, distingua entre *pena de prisão maior* (com trabalho obrigatório)² e *prisão celular*, distinção esta que veio a perder a sua imporânci com a reforma realizada em 1954, não se conseguindo, porém, no plano legislativo, deixar de parte aquela concepção (negativa) à luz da qual a aplicação da “*pena de prisão maior*” acumulava com a de trabalho forçado, e a pena de *prisão celular* não acumulava com o tal tipo de trabalho.

O novo CPM vem abolir tal distinção, o que corresponde à filosofia do pensamento legislativo moderno, de modo a atingir, mediante o trabalho, a correção e a reinserção social dos delinquentes, visto que, no cumprimento da pena de prisão, os reclusos, para além de privados da liberdade, estão obrigados a trabalhar, o que não só contribui para a (re)educação do pensamento, para reforçar a saúde física e para receber “terapia psicológica”, mas também para

Porém, a existência ou inexistência da pena de morte e das penas de carácter perpétua na futura Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) não será uma matéria em que esta esteja vinculada pelo novo CPM, mas será sim uma matéria a ser autonomamente decidida pelo órgão legislativo da futura RAEM. Este assunto, da manutenção ou abolição da pena capital e das penas perpétuas continua a ser uma questão bastante discutida ao nível da doutrinas penais e da prática legislativa em vários Estados. Não obstante vários países terem abolido a pena capital, a existência ou inexistência deste tipo de pena será decidida em função da necessidade concreta sentida no âmbito da repressão da criminalidade na futura RAEM.

² **Nota do Tradutor:** esta expressão “prisão de pena maior” deve ser entendida no sentido que o Código Penal português de 1852 lhe atribuiu, e a versão originária do Código de 1886 manteve.

criar nos reclusos o hábito de trabalho e permitir-lhes dominar certas técnicas profissionais que lhes facilitem a obtenção de emprego após serem postos em liberdade, findo o cumprimento da pena na cadeia.

A manutenção ou eliminação da pena da prisão de curta duração constitui um dos maiores problemas que a reforma penal encontra. Não obstante os penalistas não terem a mesma visão no que toca à pena de prisão, o entendimento de que há mais desvantagens do que vantagens continua a ser a perspectiva que acolhe a opinião maioritária dos penalistas, razão pela qual muitos defendem a eliminação deste tipo de pena.

A esta posição o novo CPM não aderiu. Em vez disso, este novo Código vem aperfeiçoar este tipo de pena.

Por um lado, o novo CPM restringe, em grande medida, a aplicação da pena privativa da liberdade, fazendo prevalecer a pena de multa sobre a pena de prisão suspensa; por outro lado, na base da manutenção da pena privativa da liberdade de curta duração, é elevado o limite mínimo de 3 dias fixados no Código de 1886 para 1 mês (no novo CPM), fixando-se ainda que excepcionalmente se “pode condenar a prisão não superior a 6 meses.”

Se se entender que o novo CPM ressalva a pena privativa da liberdade às infracções de menor gravidade, com vista à prossecução dos fins subjacentes à aplicação das penas, o objectivo legislativo é o de evitar a estigmatização resultante da aplicação efectiva da pena privativa da liberdade de curta duração aos agentes de crimes de menor gravidade.

Em terceiro lugar, o novo CPM aperfeiçoa e simplifica o regime das medidas de segurança, manifestando a tolerância deste tipo de sanções.

O Código de 1886 classificava estas medidas em 5 tipos:

- O internamento em manicómio criminal;
- O intenamento em casa de trabalho ou colónia agrícola;
- A liberdade vigiada;
- A caução de boa conduta;
- A interdição do exercício de profissão (artigo 70º).

O artigo 71º, por seu turno, determinava os destinatários a quem podia ser aplicada uma medida de segurança, aí incluindo os indivíduos suspeitos de adquirirem usualmente ou servirem de intermediários na aquisição ou venda de objectos furtados, ou o produto de crimes, ainda que não tivessem sido condenados por receptadores.

O novo CPM distingue as medidas de segurança em 3 tipos:

- Internamento dos imputáveis;
- Internamento dos inimputáveis;
- Interdição de actividade.

O novo Código estabelece que a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcional à gravidade do facto e à perigosidade do agente.



Estas disposições do CPM procuram evitar a ponderação excessiva da perigosidade pessoal do agente em detrimento do facto objectivo na aplicação de uma medida de segurança, de modo a evitar a destruição tendencial da legalidade e a repressão dos direitos humanos.

A característica humanista de vários dos aspectos do novo CPM acima abordados reflecte-se em vários outros domínios: no do regime da execução da pena de prisão, da pena de multa, da liberdade condicional e em outro conteúdo dispositivo.

Na sistematização dos tipos inseridos na Parte Especial do CPM, dá-se muita importância aos valores humanos. Exemplo disso, o colocar-se no Título I da Parte Especial os crimes contra a pessoa, assegurando que a protecção dos direitos humanos é o valor essencial do Direito Penal. Relativamente à punição de crimes concretos, o novo CPM traz uma filosofia essencialmente despenalizadora, por as penas serem relativamente leves.

V. CONFRONTO ENTRE O DIREITO PENAL VIGENTE NA CHINA CONTINENTAL E O NOVO CÓDIGO PENAL DE MACAU

Ao abrigo do artigo 8º da Lei Básica, após a criação da Região Administrativa Especial de Macau, “*as leis ‘previamente vigentes em Macau’ mantém-se basicamente inalteradas, salvo as que contrariarem esta Lei.*”

Sem dúvida, os princípios fundamentais do novo Código Penal de Macau serão basicamente mantidos e serão consagrados no Direito Penal da RAEM.

Com a devolução do poder de soberania sobre Macau à China, vai-se criar uma situação de “*um país, dois sistemas*”, e duas zonas jurídico-normativas diferentes (dois territórios com dois ordenamentos jurídicos diferentes), a da China continental e a do território de Macau.

A elaboração de uma comparação entre os princípios fundamentais previstos ou consagrados no Direito Penal chinês e no novo Código Penal de Macau terá, assim, um significado fundamental para o aperfeiçoamento recíproco e promoção mútua da legislação penal de ambos os ordenamentos, do mesmo modo que para o desenvolvimento da cooperação judicial no domínio do direito penal entre ambas as partes.

No Código Penal vigente na China não há disposições que regulem expressamente os princípios fundamentais de direito penal. De facto, eles estão consagrados na prática jurisprudencial da justiça penal.

Os princípios fundamentais do direito penal ocupam um lugar muito importante na China Continental. Após a publicação da Lei Penal da República Popular da China, em 1979, têm sido apresentados, nas obras sobre Direito Penal que foram publicadas na China, mais de dez princípios fundamentais de

Direito Penal, tais como: o princípio da soberania nacional, o princípio do sistema jurídico, o princípio democrático, o princípio da legalidade, o princípio da proporcionalidade entre o crime e a pena, o princípio da pessoalidade da pena, o princípio do humanismo, o princípio da combinação entre sanção e reeducação, etc.

Embora estes princípios não cheguem a ser considerados como “princípios fundamentais”, de acordo com um critério formal, o seu conteúdo encontra-se espelhado, em certa medida, no direito penal vigente na China Continental.

O que me traz aqui hoje não é a análise sobre quais desses princípios são princípios fundamentais e quais não são. O que farei será apenas uma abordagem comparativa entre dois dos princípios fundamentais vigentes no Direito Penal chinês, e que são como tal reconhecidos pela maioria das teorias de direito penal da China continental – o princípio da legalidade e da proporcionalidade entre o crime e a pena e o princípio do humanismo –, e, fazendo uma breve comparação dos mesmos com os princípios fundamentais homólogos do novo Código Penal de Macau. sobre este tópico apresentarei, também, as minhas opiniões.

(1) Sobre o princípio da legalidade

Como já disse, o novo Código Penal de Macau prevê, logo no seu artigo 1º, o princípio da legalidade, o que, disse-se também, é uma tradição legislativa na maioria dos países.

Na China, este princípio não está expressamente previsto no Código Penal vigente. Antes, estabelece-se um regime de analogia no seu artigo 79º. Será que, por isso, podemos afirmar que na China continental não se consagra a legalidade?

Uma resposta objectiva e justa para esta questão é pressuposto necessário a uma apreciação correcta do nível de desenvolvimento científico do direito penal da China Continental e ajudar-nos-á a responder à questão de saber se há uma base comum entre o princípio da legalidade vigente no Direito Penal da China Continental e o que decorre da lei penal do território de Macau.

Uma minoria de autores da área do Direito Penal na China Continental entende que ali não se consagra a legalidade, com fundamento na existência do regime de analogia na legislação actual. São os autores que se integram numa escola doutrinal que, nas discussões sobre a revisão do Código Penal vigente na China Continental, vota a favor da manutenção do regime da analogia e recusa a consagração da legalidade.

Em nossa opinião, na perspectiva da exigência de tutela dos direitos humanos que incumbe ao Direito Penal e da evolução da ideia da legalidade, a China deve revogar imediatamente, no seu futuro Código Penal, a analogia, e nele consagrar o princípio da legalidade. Aquela ideia que nega a consagração concreta da legalidade no direito penal vigente na China e, consequentemente,

dá apoio à manutenção do regime da analogia, é, quanto a nós, incorrecta dado que se baseia num pressuposto erróneo.

Importa reconhecer que, dados os limites e condicionalismos históricos e as anteriores experiências legislativas, no Código Penal vigente na China Continental não está prescrito expressamente o princípio da legalidade. E que, ao mesmo tempo, está consagrado o regime da analogia, facto que é conhecido por toda a gente.

Mas não é menos verdade que o direito penal chinês tem disposições expressas quanto ao conceito de crime, quanto à fronteira entre crime e não crime, entre crime deste e daquele tipo, bem como quanto aos pressupostos gerais e aos pressupostos específicos dos crimes. E que, para além disso, se prescreveram diferentes penas relativamente definidas e se criaram princípios para a qualificação de um facto como crime, para a determinação da pena, etc. Tudo isto nos demonstra a consagração concreta da legalidade, o que está também em conformidade com as exigências fundamentais do princípio *“nullum crimen sine lege”* e *“nulla poena sine lege”*, enquanto dimensões do princípio da legalidade.

É, assim, evidente que a negação da existência do princípio da legalidade no direito penal vigente na China Continental é uma conclusão não fundamentada e, portanto, inaceitável.

Não obstante, é claro que, com a manutenção da aplicação analógica prevista na lei penal chinesa, é inevitável que haja disposições cujo conteúdo não está de acordo com o princípio da legalidade. Por exemplo, a *Decisão sobre a Aplicação de Sanções Graves aos Agentes de Crimes Graves Contra a Economia* e a *Decisão sobre a Aplicação de Sanções Graves aos Agentes de Crimes Graves contra a Segurança Social*, ambas do Comité Permanente da Assembleia Nacional Popular, publicadas, respectivamente, em 1982 e 1983, que prevêem, através de legislação especial, o princípio da aplicação retroactiva da lei nova, o que não está em conformidade com a lógica do princípio da legalidade.

Portanto, temos de admitir que o nível de reconhecimento, consideração e consagração do princípio da legalidade pelo direito penal vigente na China continental é ainda muito limitado. O que se pode dizer não é mais do que afirmar que, na China, se encontra consagrada basicamente a legalidade, ou melhor, que na China existe uma tendência para a consagração do princípio da legalidade.

Felizmente que, após uma longa discussão, na área das doutrinas jurídico-penais, sobre a questão da manutenção ou revogação do regime da analogia, os órgãos legislativos da China continental já demonstram uma tendência para aceitar a opinião maioritária que vota a favor da revogação imediata do regime da analogia e da prescrição expressa do princípio da legalidade no futuro Código Penal.

Actualmente, a alteração da lei penal vigente na China já foi inscrita na agenda dos órgãos legislativos do Estado. Um novo Código Penal será publicado a curto prazo.

Esperamos, assim, que com a publicação do futuro Código Penal da China continental, a consagração legal do princípio da legalidade possa eliminar as divergências que subsistem entre o actual Código Penal chinês e o novo Código Penal de Macau, de modo a que a base comum da ideologia axiológica fundamental do Direito Penal venha também a ser alargada.

(2) Sobre o princípio da proporcionalidade entre o crime e as penas

Como um princípio fundamental do direito penal, este princípio tem sido reconhecido pela generalidade dos países do mundo. Aqui, é perfeitamente dispensável fazer uma exposição profunda do conteúdo deste princípio, visto que ele está científicamente plasmado no novo Código Penal de Macau.

Será o princípio da proporcionalidade também um princípio fundamental do Direito Penal do interior da China?

A esta pergunta responde positivamente a maioria dos juristas chineses. Porém, não faltam juristas que defendem o “princípio-síntese da punição e clemência”, em lugar do princípio da proporcionalidade³.

Os que votam contra a ideia de que o princípio da proporcionalidade é um princípio fundamental do Direito Penal do interior da China, argumentam que este princípio é incompatível com a ideia da individualização das penas. Vê-se, por isso, que esta perspectiva representa, na prática, uma má compreensão do princípio da proporcionalidade.

Como já foi dito anteriormente, o sentido correcto de entender o princípio da proporcionalidade tem que ver com a ideia de que as penas sejam proporcionadas, não só aos efeitos socialmente lesivos resultantes do crime praticado, mas também ao maior ou menor grau de probabilidade da prática de infracções futuras. Portanto, a individualização das penas é um sentido necessário que o princípio da proporcionalidade comporta.

Com base neste sentido, mais rigorosamente definido, do princípio da proporcionalidade, verificamos que, apesar de não serem totalmente semelhantes as disposições constantes da Parte Geral e da Parte Especial do Código Penal do interior da China em vigor e do novo Código Penal de Macau, no que diz respeito aos crimes e às penas, há, porém, uma base uniforme de concretização do princípio da proporcionalidade na legislação jurídico-penal de ambos os ordenamentos.

³ Ho Peng Chong, *Uma tentativa da abordagem dos princípios fundamentais do Direito Penal do nosso País*, in Revista Jurídica Ho Pei, nº 6, 1985.

Como tronco das normas jurídico-penais, o Código Penal do interior da China actualmente vigente reflecte o princípio da proporcionalidade, consubstanciado numa unificação orgânica dos factores retributivo e utilitário.

Em primeiro lugar, na Parte Geral do Código Penal, consagra-se um sistema jurídico-penal sacionatório científico, estruturado numa ordem crescente de gravidade dos diferentes meios sacionatórios, meios esses que diferenciados se encontram interligados. O que permite uma aplicação hábil, construindo-se assim a base sólida necessária para a concretização do princípio da proporcionalidade no plano jurisprudencial.

Em segundo lugar, consoante o grau de prejuízo que a infracção provoque para a sociedade e o maior ou menor grau de perigosidade do agente, a Parte Geral do Código Penal do interior da China fixa diferentes critérios de agravamento e atenuação das penas. Por exemplo:

- devem ser atenuadas ou isentas as penas aplicadas aos que tenham cometido infracções em excesso de legítima defesa e em situação de estado de necessidade (artigos 17º e 18º);
- àquele que preparar a prática de um crime pode, em comparação com aquele que consumou o crime, ser-lhe aplicada uma pena leve ou uma punição atenuada ou ser isento da pena (artigo 19º);
- ao autor de uma tentativa de crime pode, em comparação com aquele que consumou o crime, ser-lhe aplicada uma pena mais leve ou uma pena atenuada (artigo 20º);
- aquele que desistir da prática do crime será isento de pena ou ser-lhe-á aplicada uma pena atenuada (artigo 21º);
- ao autor principal de crime comparticipado deverá ser aplicada uma pena mais pesada, excepto se outra coisa estiver estipulada nas normas especiais da lei penal (artigo 23º);
- ao cúmplice deverá, em comparação com o autor principal, ser-lhe aplicada uma pena mais leve ou uma punição atenuada ou ser isento de pena (artigo 24º);
- àquele que é coagido ou induzido a participar num crime deverá, de acordo com as circunstâncias do crime, ser-lhe aplicada uma pena atenuada em comparação com o cúmplice ou ser isento da pena (artigo 25º).
- àquele que instigar outrem à prática de um crime deverá ser punido de acordo com o papel que desempenhe no crime comparticipado (artigo 26º).

Em caso de acumulação de infracções (correspondente ao concurso de crimes previsto nos artigos 29º, 71º e 72º do novo Código Penal de Macau), consoante se trate de situação em que antes de ser proferida sentença condenatória é descoberto que o condenado cometeu um outro crime pelo qual não foi sentenciado, ou de situação em que, só depois de proferida a sentença condenatória

mas antes de a pena ter sido totalmente cumprida, o condenado comete um outro crime, o Código Penal do interior da China fixa, para o primeiro caso, o critério de agravação ou exasperação (*poena maior cum exasperatione*), e para a segunda situação, o critério de descontar a pena cumprida e somar a nova pena.

Tudo isto espelha o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, a Parte Geral do novo Código Penal do interior da China em vigor inclina-se para a exigência da individualização das penas, fixando um conjunto de institutos para a determinação das penas e a execução das mesmas.

Por exemplo:

- o instituto de reincidência (artigos 61º e 62º);
- o instituto da apresentação voluntária (artigos 63º);
- o instituto da suspensão da execução das penas restritivas da liberdade (artigos 67º, 68º, 69º e 70º);
- o instituto da redução das penas; e
- o instituto da liberdade condicional (artigos 73º, 74º e 75º).

Assim:

- dos instituto referidos, relativamente à reincidência, por o agente ter forte probabilidade de voltar a praticar crimes, as penas que lhe sejam aplicadas devem ser naturalmente mais graves;
- a apresentação voluntária (perante autoridade) revela a menor perigosidade do agente, pelo que, a pena é mais leve;
- o pressuposto de que depende a aplicação da suspensão da execução da pena privativa da liberdade, por prazo curto, é o de que, consoante as circunstâncias da prática do crime e da revelação de arrependimento pelo agente, se considera que da aplicação da suspensão da pena não resulte mais prejuízos para a sociedade;
- há lugar à diminuição das penas e à aplicação da liberdade condicional, porque o condenado demonstra verdadeiramente o seu arrependimento ou os seus serviços meritórios, durante a execução da pena.

Além disso, relativamente à disposição legais relativas às sanções respeitantes aos “crimes concretamente praticados”, o Código Penal do interior da China em vigor e uma série de legislação penal avulsa estabelecem diferentes e relativamente precisas penas fixas, proporcionando a base e o fundamento de Direito à concretização do princípio da proporcionalidade em sede jurisprudencial.

De um modo geral, do ponto de vista do conteúdo da legislação penal do interior da China, o princípio da proporcionalidade tem uma concretização mais profunda. Em certos aspectos, é ainda cientificamente mais acabado do que o constante do novo Código Penal de Macau, podendo servir-lhe de modelo.

Por exemplo, em matéria de concurso de crimes, o novo CP de Macau, através do artigos 71º e 72º, estabelece apenas o critério geral da soma das penas e os limites ao princípio da soma. Ao contrário, o Código Penal do interior da China determina que o tratamento seja diferente, consoante o crime que tenha vindo a ser a ser posteriormente detectado, tenha sido cometido antes de ser proferida a sentença condenatória ou já durante a execução da pena.

Naturalmente que, tendo em consideração, de entre outros, o factor das circunstâncias específicas em que foi feita a legislação e a “negligência” do legislador, existe matéria que é incompatível com o princípio da proporcionalidade. Com efeito, nos últimos dez anos, foi aprovado um conjunto de legislação avulsa em matéria penal, em que as penas ali tipificadas provocam uma situação de desproporcionalidade.

A título exemplificativo, o limite máximo da pena para o crime de burla, segundo as disposições do Código Penal do interior da China, é a pena de prisão perpétua. Apesar de ser sensivelmente equivalente o grau de prejuízo para a sociedade que resulta da prática do crime de furto, relativamente a este último, o limite máximo é elevado à pena de morte pela lei penal especial.

Segundo a *Decisão sobre o Tratamento dos fugitivos ou dos reclusos reincidentes reformandos por trabalho e dos reclusos reformandos por trabalho*, aprovada em 1981, pelo Comité Permanente do Congresso Nacional Popular, foi ilegitimamente instituído um princípio negador do regime de reincidência previsto no Código Penal: a dita Decisão estipula que “os que voltem a praticar crime, após o cumprimento da pena aplicada, serão severamente punidos”. O espírito desta disposição reside na agravação da punição aplicada ao agente que já foi condenado, independentemente do tipo de pena que lhe seja aplicada, do prazo da pena de prisão, do momento da prática do crime, do crime praticado sob a forma dolosa ou negligente, desde que se volte a reincidir, após o cumprimento da pena aplicada. Este princípio punitivo, desatendendo das particularidades das diferentes situações, viola manifestamente o princípio da proporcionalidade.

Também em relação a outros aspectos em que é defeituosa a legislação penal, o legislador já está ciente deste tipo de situações incompatíveis com o princípio da proporcionalidade em relação a certas matérias.

Estamos assim em crer que, no futuro Código Penal do interior da China, tais aspectos defeituosos ou lacunas serão corrigidos e integrados, concretizando-se de modo completo e pleno o princípio da proporcionalidade no domínio da legislação penal.

Pelo que, o princípio da proporcionalidade, consagrado, respectivamente, no Código Penal do interior da China e no novo Código Penal de Macau, é tendencialmente o mesmo, quer no plano substancial, quer no plano da sua expressão concreta.

(3) Sobre o princípio da humanidade (ou do humanismo)

No interior da China, o princípio humanitário, é conhecido também por princípio do humanismo revolucionário, ou princípio do humanismo socialista, o que é defendido por não poucos juristas como um princípio fundamental de Direito Penal. Porém, alguns juristas defendem a ideia de que o princípio do humanismo é um princípio geral do Direito do interior da China, não sendo consequentemente um princípio exclusivo do Direito Penal. Portanto, não é um princípio fundamental do Direito Penal. Aqui, partimos do pressuposto de que o princípio do humanismo é um princípio fundamental do Direito Penal, compararmos o Código Penal do interior da China com o Novo Código Penal de Macau, no que toca ao princípio em análise.

O princípio humanitário do novo Código Penal de Macau reflecte-se essencialmente no domínio da abolição da pena de morte. Como já foi dito, o conteúdo da legislação (nesta matéria) é bastante influenciado pelas doutrinas educadoras dos condenados. Além disso, a “*onda de abolição da pena de morte*”, iniciada no século XIX, no Continente Europeu, que atravesou quase todos os países ocidentais, constitui circunstância remota da abolição da pena de morte, para o que concorrem também causas de fundo, nomeadamente tendo em conta que Portugal foi o primeiro Estado na Europa que aboliu a pena de morte.

Desde 1867, data em que foi abolida a pena de morte, até agora, apesar de o poder político se ter sucedido de um por outro e de se ter assistido a modificações radicais nos sistemas políticos, na elaboração e revisão das respectivas Constituições e Códigos Penais, os diversos poderes políticos insistiram e insistem na abolição da pena de morte, tornando-se esta um princípio do Direito Penal português, com raízes historicamente cultivadas.

Como ao longo de séculos Macau foi considerado um território ultramarino sob administração portuguesa, a consagração do princípio da proibição da pena de morte no sistema jurídico penal de Macau é algo perfeitamente coerente e justificado.

O princípio do humanismo em Direito Penal no interior da China, diferente do constante do Código Penal de Macau, reflecte-se essencialmente no aspecto da determinação e da execução das penas, e não no domínio da abolição da pena de morte.

Numa perspectiva comparativa (relativamente ao aquilo que seja comparável), a posição que o Direito Penal do interior da China assume, em relação à pena de morte, reflecte também o espírito humanitário, mas sob forma distinta, nomeadamente em relação àquilo que está consagrado no novo Código Penal de Macau, a abolição da pena de morte.

Para esclarecer o problema, a posição da manutenção da pena de morte, tomada pelo Direito Penal do interior da China e a da abolição da pena de morte no novo Código Penal de Macau, sendo embora diferentes, reflectem, do mesmo



modo, o humanitarismo; pelo que, carecemos de expor suscintamente as razões da necessidade da manutenção da pena de morte no interior da China.

Como certos juristas do interior da China defendem, face às circunstâncias sociais actuais do interior da China, além da inexistência de condições materiais e espirituais da abolição da pena de morte, são ainda as seguintes condições que determinam a manutenção da pena de morte:

Em primeiro lugar, existe actualmente, ainda, um ambiente de segurança pública instável no interior da China: a pena capital e outras penas são igualmente meios imprescindíveis à defesa da sociedade.

Em segundo lugar, está profundamente enraizada na consciência do povo chinês a concepção da retribuição, “*quem matar outrem morre*”, formada há milhares de anos; mesmo no caso de alguém matar uma pessoa em legítima defesa, o que lhe exclui a responsabilidade criminal, essa situação não é fácil de aceitar pela generalidade das pessoas. Do mesmo modo, é difícil tranquilizar a irritação do povo em situações em que alguém mata uma pessoa ilicitamente sem ser condenado à morte.

Em terceiro lugar, dadas as condições materiais de vida, socialmente ainda limitadas no interior da China, que não permitem a potencialização das virtualidades das pessoas, o valor da vida é ainda relativamente baixo, sendo facilmente aceite a pena de morte pela generalidade das pessoas⁴.

Por estes motivos, vê-se claramente que, actualmente, a abolição da pena de morte no interior da China é insensata. Realçar demasiado o tratamento humanitário dispensado aos criminosos e em consequência abolir a pena de morte traduz-se numa protecção desumanitária para com o povo benevolente.

Contudo, um facto inegável é o de que há uma expressão muito evidente no controlo rigoroso da aplicação da pena de morte, em matéria da legislação penal do interior da China. O que corresponde também a uma exigência do humanismo.

Em primeiro lugar, no que diz respeito aos pressupostos de aplicação, segundo as disposições do Código Penal do interior da China, a pena de morte só se aplica aos criminosos gravemente culpados e aos agentes que tenham praticado crimes de que resultem prejuízos muito graves para o Estado, a Sociedade e o Povo. Mas não se aplica aos criminosos que não tenham atingido ainda os 18 anos de idade no momento da prática do facto nem às mulheres grávidas ao tempo do julgamento. Esclareça-se que culposamente grave significa o agente criminoso, subjectivamente munido de intenção maligna, insusceptível ou basicamente insusceptível de reforma.

⁴ Cfr. Chan Heng Leong, *Filosofia do Direito Penal*, Edição da Universidade das Ciências Político-Jurídicas de Pequim, 1992, pág. 373 e segs.

Por outro lado, no que diz respeito ao sistema de execução das penas, o Código Penal do interior da China actualmente vigente consagra o instituto da condenação à pena de morte com suspensão da execução por período de 2 anos, com vista à reforma do condenado através do trabalho. Na praxis jurisprudencial, em matéria da aplicação da pena de morte, de um modo geral a pena de morte é substituída por pena de prisão perpétua, salvo nos casos, raramente contados, em que os condenados resistam à reforma.

Mais, no procedimento da execução, o actual Código Penal do interior da China estabelece que, salvo os casos em que a pena de morte é aplicada pelo Supremo Tribunal Popular (da RPC), a pena de morte sujeita-se à homologação do Supremo Tribunal Popular (da RPC). Por esta tramitação da homologação, restringe-se a aplicabilidade da pena de morte.

Resumindo, não se deve captar o significado do princípio do humanismo de forma maquinial ou superficial. Tirando as diferenças superficiais de conteúdo do Direito Penal do interior da China e do novo Código Penal de Macau, numa análise mais substancial, o humanismo em Direito Penal é um valor comum a estes dois ordenamentos jurídicos.