

A BOA PRÁTICA JUDICIÁRIA COMO CONDIÇÃO NECESSÁRIA AO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

Carlos Carvalho

Juiz de Instrução Criminal, Tribunal Judicial de Base, RAEM

Gostaria, antes de mais, de manifestar a honra de, sendo a primeira vez que entro nesta tão emérita universidade, o faça, desde logo, para participar numa conferência com tão ilustres palestrantes como os presentes.

É, pois, redobrada a satisfação.

A minha tarefa não é fácil.

O tempo é breve.

A vossa paciência, temo, não será muita ante a nossa perícia limitada.

De todo o modo procurarei, necessariamente de forma coloquial, sem grandes lucubrações dogmáticas e inusitadas, trazer à conferência alguns apontamentos que retirei da minha experiência como juiz em Macau e com o propósito de potenciar, tão só e apenas, alguma reflexão.

Cabe-me no âmbito deste seminário, fazer uma abordagem do Direito Penal e Processual na sua faceta de direito aplicado, ou dito de outra forma, perspectivar o direito na faceta para que é criado, aplicado aos casos concretos da vida, desta sorte também cumprindo a sua função.

Nessa abordagem evidenciaremos alguns aspectos que, ao fim ao resto, demonstram a qualidade das leis quando bem elaboradas.

Queremos com esta afirmação referir que, no postulado de que o direito penal e processual penal de Macau e Portugal, sendo estrutural e normativamente muito parecidos, senão mesmo iguais na sua generalidade, têm a virtualidade de “servir” adequadamente palcos sociais muito distintos.

Neste aspecto se evidencia, ao fim ao resto, a dita qualidade das leis e a forma inteligente como foram elaboradas, ao permitirem, dentro da elasticidade interpretativa permitida, que cumpram a função para que foram pensadas e

elaboradas.

Note-se que a referência à elasticidade interpretativa permitida das normas penais é deliberada e tem subjacente o princípio da legalidade criminal e segundo o qual, na sua formulação clássica, *nullum crimen sine lege certa* – artº 1 do C.P.M.

Em obediência a este princípio proíbe-se, pois, a analogia, como emerge do artº 1º nº 3 do C.P.M.

Também em obediência a este princípio, a interpretação extensiva ao nível do direito penal, ou dito de forma mais precisa, da norma incriminadora, só será admissível desde que se mantenha dentro do sentido das palavras da lei, exactamente como forma de respeitar o predito princípio.

A minha experiência em Macau tem constatado, efectivamente, que um direito penal continental, de matriz alemã, mas inspirado no direito penal e processual penal de Portugal, tem servido adequadamente o fim a que se destinou.

E para isso tem contribuído sobremaneira a inteligência e o papel criativo do intérprete, sempre no respeito pelo princípio da legalidade.

O sistema não é perfeito, como coisa nenhuma feita pelo homem o é, mas tende-se a procurar essa perfeição.

O sistema em Macau funciona.

Há, todavia, aspectos que podem ser melhorados.

O direito penal visando a ordenação social, intervém naquelas situações onde os demais ramos de direito não são suficientes para garantir a tutela de bens jurídicos essenciais à vida em sociedade. O direito penal é, pois, um direito fragmentário e subsidiário e obedece ao princípio da não intervenção moderada.

Nas palavras do Professor Figueiredo Dias, *“a restrição da função do direito penal à tutela de bens jurídicos-penais, por um lado, e o carácter desta tutela em sintonia com o princípio da necessidade, por outro, conduzem à justificação de uma proposição político-criminal fundamental: a de que, para um eficaz domínio do fenómeno da criminalidade dentro de cotas socialmente suportáveis, o Estado e o seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir o mínimo possível: e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade”*¹

O direito penal é, talvez numa outra perspectiva, um direito altamente “intrusivo”, no sentido que perturba a vida das pessoas, trás incómodos, consequências patrimoniais, podendo, inclusivamente, privá-las da liberdade, tudo isto aliado ao estigma que resulta do preconceito social para com quem pratica crimes.

Neste sentido todo o cuidado é pouco para garantir que alguém que é julgado

1 “O Comportamento Criminal e a Sua Definição”, *Temas Básicos da Doutrina Penal, Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal / Sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, pág.61.

uma vez, não o volte a ser exactamente pelos mesmos factos ou parte deles, em obediência a esse princípio fundamental tão bem resumido na expressão latina *NE BIS IN IDEM*.

Ora, é desta premência que resulta ou emerge a exigência de que o “pedaço de vida” que é julgado esteja devida e individualmente caracterizado com factos susceptíveis de apreensão empírica, factos concretos da vida, objectiváveis, trazidos a julgamento, através dessa peça nuclear que é a acusação ou, caso ocorra a instrução, através do despacho de pronúncia.

Uma peça bem articulada, com factos concretos do “pedaço da vida” a julgar, “fecha” o objecto do processo, define com clareza o *thema decidendum* e permite que se firme caso julgado sobre tais factos de forma inquestionável, inviabilizando novos processos pelos mesmos.

Segundo o Professor Figueiredo Dias é àquele efeito que se chama “vinculação temática do tribunal e é nele que se consubstanciam os princípios da identidade, da unidade ou indivisibilidade e da consunção do objecto do processo, ou seja, os princípios segundo os quais o objecto do processo deve manter-se o mesmo, da acusação ao trânsito em julgado da sentença, deve ser conhecido e julgado na sua totalidade (unitária e individualmente), e – mesmo quando o não tenha sido – deve considerar-se irrepetivelmente decidido”².

Emerge disto, pois, uma enorme relevância na forma como é estruturado o objecto do processo.

Ora, neste apontado aspecto, temos que, se em Portugal, segundo cremos, se cumpre este desígnio, em Macau, apesar do percurso já concretizado, existe caminho a percorrer.

A definição dos factos que irão preencher o objecto do processo, diremos, utilizando aqui uma terminologia do direito processual civil, a “causa de pedir” de determinada acção”, é, em primeira linha, resultado de uma leitura do acontecimento histórico, do tal “pedaço de vida”, no confronto ou em dialéctica com as normas jurídico-penais.

Deste trabalho lógico dedutivo de subsunção, levado a efeito pelos sujeitos processuais competentes, ou seja, o Ministério Público, assistente, em relação aos crimes de natureza particular, e Juiz de Instrução criminal, resultará a factualidade integradora do crime que é pressuposto da submissão do arguido a julgamento e “firmará” o consequente caso julgado.

É neste contexto, preenche de factualidade, que o julgamento se movimentará, sem prejuízo de eventuais “alterações não substancias” ou “substancias” se observados os exigidos requisitos para o efeito.

Em linha lógica e coerente com o que se referiu, estabelece o artº 265 nº

2 Direito Processual Penal, Coimbra Editora, 1974, pág.145.



3 al.b) do CPPM que, “A acusação contém, sob pena de nulidade: b) A narração, ainda que sintética, dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança, incluindo se possível, o lugar, o tempo e a motivação da sua prática, o grau de participação que o agente neles teve e quaisquer circunstâncias relevantes para a determinação da sanção que lhe deve ser aplicada”.

Esta norma, por seu turno, é estendida ao despacho de pronúncia pelo artº 289 nº 3 do CPPM.

Resulta do que se referiu, pois, que são essências e estruturantes do objecto do processo os factos que integram os elementos objectivos e subjectivos do crime.

A acusação e a pronúncia deverão conter, também, porque necessários à identificação do “pedaço de vida” a julgar, a indicação do tempo e do lugar da prática dos factos.

Para que aquelas nucleares peças cumpram cabalmente a sua função, delimitando a factualidade que se imputa ao arguido, a descrição tem que ser o quanto precisa e inteligível possível.

A linguagem deve ser precisa e unívoca de modo a evitar pluralidade de leituras da factualidade imputada. Doutra forma está, inclusivamente, em causa o direito de defesa do arguido, afrontando-se o “princípio da plenitude das garantias de defesa”.

Desta necessidade de certeza sobre o que de factual se imputa emerge, por conseguinte, a premente não utilização de conceitos de direito, bem como de juízos de valor.

Estes surgirão noutra patamar, no patamar da subsunção jurídica dos factos ao direito e pelas “mãos” do Juiz de julgamento.

Refere a propósito José Osório, que “*o acto de julgamento é, no fundo, a concretização do comando abstracto da lei, é a aplicação a uma situação ou facto concreto da vida corrente, da adequada norma abstracta contida na lei, determinando-se os efeitos que esta lhe atribui*”.

Nada pois, mais intuitivo do que a distinção entre o problema de averiguar e descrever a situação ou facto concreto de que se trata e o problema de apurar e definir o tratamento jurídico que lhe convém.

*Além, temos um trabalho de verdadeira reconstituição histórica do domínio do ser. Procuram determinar-se e conhecer-se as pessoas, as coisas, os factos que constituíram ou constituem a situação ou acontecimento. Aqui fixam-se ou estabelecem-se as consequências que a lei faz derivar dessa situação concreta apurada (...)*³.

Na formulação de Larenz “*o que aconteceu é facto, como se deve valorar;*

3 Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano VII, pág. 200.



questão de direito”⁴.

Numa palavra, o julgamento de facto resolve-se numa averiguação do domínio do ser, o julgamento de direito, numa actividade normativa do domínio do dever ser.”⁵.

Da questão enunciada entronca, pois, a necessidade elementar de conhecer a distinção entre facto e direito, sendo que, como se referiu, só o facto poderá ser objecto de prova.

Diga-se, no entanto, que existem imensos conceitos que, sendo originariamente de direito, tem um conteúdo perfeitamente estabilizado e definido, acabando muitos deles por estar na linguagem corrente. A jurisprudência civil, concretamente em Portugal, é pródiga em exemplos concretos destas situações.

Mas revisitemos a questão, seguindo a lição de José Osório que a classifica como um escolho para a rigorosa e perfeita descrição do que seja matéria de facto.

“Os conceitos exprimem-se por palavras, mas não se confundem com elas. A palavra é um conjunto de sons ou fonemas, o conceito uma ideia, um pensamento. As palavras são aptas para exprimir conceitos, mas o conceito pode ser expresso por palavras diferentes e a mesma palavra pode exprimir conceitos diversos.

Quando se diz que o julgamento de facto não pode ser expresso em conceitos jurídicos, sob pena de prejudicar a questão de direito, não se diz necessariamente que o julgamento de facto não possa ser expresso por palavras (utilizadas pela) lei para traduzir conceitos jurídicos. Há conceitos por tal forma precisos e determinados que, quer tomados na lei como conceitos jurídicos, quer na vida corrente como conceitos vulgares, têm precisamente o mesmo alcance e conteúdo, nem mesmo sendo por vezes fácil exprimi-los por palavras diversas”⁶.

Tais conceitos, frequentes, poderão, pois, ser utilizados para descrever determinadas actuações da vida, poderão pois, ser utilizadas na peça com a qual se define ou conforma o objecto do processo.

Diga-se também, que existem situações cuja obediência àquela lógica objectivadora se revela de complexa concretização. Temos em vista, por exemplo, os crimes que contemplam na sua construção como elementos o conceito de “perigo”⁷.

Defrontamo-nos nestas situações com elementos onde a determinação da

4 Metodologia da Ciência do Direito, Fundação Gulbenkian, 1ª edição, pág. 300.

5 José Osório, Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano VII, pág. 200.

6 Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano VII, pág. 200.

7 António Leões Dantas, “Os Factos como Matriz do Objecto do Processo”, Revista do Ministério Público, n° 70, ano 18, Abril/Junho, 1977.

matéria de facto se torna deveras difícil e na exacta medida em que não pertencem ao “mundo objectivável”, ao invés, relevam de uma faceta eminentemente valorativa⁸.

Nestes casos impõe-se, segundo a boa técnica, a articulação dos factores de perigo, à luz dos critérios penalmente relevantes por forma a facultar-se no momento próprio, provados que estejam, a respectiva qualificação como elementos interactivos do perigo, do crime de perigo, e com recurso às regras da experiência comum⁹.

Falou-se supra, propositadamente, no “pedaço da vida”, no “acontecimento histórico”, e fi-lo exactamente e também para evidenciar que a acusação ou a pronúncia não devem ser construídas como se de um relatório se tratasse, como se fossem uma foto fiel do que aconteceu¹⁰.

Há uma multiplicidade de elementos que essa fotografia capta que em nada relevam para o direito penal ou para a responsabilização dos agentes que se perseguem. Se “carregados” para a acusação ou pronúncia, apenas complicarão a abordagem e a exigida objectivação¹¹.

Mas tudo isto para dizer o quê?

Para reafirmar que grande caminho se percorreu em Macau no que concerne à prática judiciária e nos apontados aspectos.

Contudo existe, ainda, algum a percorrer.

Com efeito, é vulgar encontrarmos as ditas peças conformados como se fossem cópias de relatórios, numa linguagem romaneada e despedida de factos, conclusivas e perspectivadas como se um relato da investigação se tratasse.

Vejamos um exemplo.

“Os agentes da PSP, no dia 20 de Janeiro de 2010, suspeitando que x se dedicava ao tráfico de produtos estupefacientes, interceptaram-no na rua y e, na sequência da revista, apreenderam 30 gramas de substância, cuja análise pericial a classificou como Katamina. Na sequência disso dirigiram-se à casa do arguido e apreenderam uma balança destinada ao peso da droga, sacos de plástico destinados ao seu embalamento. O arguido admitiu ter adquirido a referida Katamina na RPC, cujo peso líquido é de 25 gramas. De acordo com o referido pelo arguido, tal substância era destinada à venda a terceiros”.

Como se vê, o exemplo não é, pois de uma peça como aquela cujos

8 A. Leones Dantas, op. cit..

9 A. Leones Dantas, op. cit..

10 A. Leones Dantas, op. cit..

11 A. Leones Dantas, op. cit..



contornos ideais procurámos evidenciar.

Este exemplo relava ainda de um outro defeito, qual seja a circunstância de se trazer à acusação os meios de prova como se de “objecto de prova” fossem, ou seja, na expressão da lei, como se de factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência de crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança se tratassem. – Cfr. Artº 111 nº 1 do CPPM.

Devem ser alheias à estrutura da acusação ou pronúncia quaisquer considerações sobre diligências de prova levadas a cabo no contexto do inquérito e quaisquer juízos de valor¹².

Na enunciada acusação não está temporalmente definida a actuação do arguido, a quem vendeu não se sabe, quando tal ocorreu também, apenas que foi detido no dia 20 de Janeiro de 2010 com 30 gramas de Katamina e que a destinava à venda.

Cumprirá a lei penal a sua função no caso em apreço?

Eventualmente punir-se-á um criminoso, mas poderá é não ser correctamente sancionado.

Por outro lado poder-se-á ter afrontado o referido “princípio da plenitude das garantias de defesa”.

Duma coisa estamos certos, o caso julgado não se firmará com a certeza que se imporia.

A decisão a proferir, quer no caso de absolvição, quer no caso de condenação, não arrumará definitivamente determinado “pedaço de vida” na prateleira do caso julgado.

O risco futuro do arguido ser confrontado com nova acusação existe e, por e simplesmente, porque não se sabe com rigor quais os factos concretos do acontecimento histórico, factos objectiváveis, foram julgados no primeiro processo, ou seja, não se conhece com rigor o “perímetro” dos factos já censurados.

De certa forma ficará também por cumprir o direito penal porque, em potência, não se pacífica de vez a sociedade que, historicamente, foi afrontada pela acção criminosa do arguido. Não se cumprem cabalmente os “fins das penas”.

Um outro assunto em relação ao qual que gostaria de abordar alguns aspectos tem que ver com essa nuclear questão relativa ao dever de se fundamentar as decisões, nomeadamente no que concerne à decisão quanto à matéria de facto.

Como é consabido, a necessidade de fundamentar as decisões é hoje uma

12 A. Leones Dantas, op. cit..



regra imprescindível nas sociedades modernas.

Há muito que a decisão deixou de se manifestar exclusivamente como acto de autoridade, despida da exposição dos argumentos que justificam o seu sentido.

A injunção de fundamentar as decisões, em regra inscrita em textos constitucionais e na legislação ordinária, “é transversal a qualquer jurisdição ou ordem e tribunais, enquanto partes integrantes e fundamentais do estado de direito democrático, caracterizado, dentre outras coisas, pela garantia da efectivação dos direitos liberdades fundamentais, bem como pela separação e independência dos poderes”¹³.

A razão fundamental desta exigência de motivar as decisões pode ser decomposta em duas facetas: (1) a faceta interna, ou seja, como “meio de explicação da decisão às partes e forma de controlo efectivo da sua racionalidade e legalidade”; (2) a faceta externa, ou seja, como “mecanismo de legitimação do exercício do poder judicial”¹⁴.

Dito de outra forma, talvez mais completa.

A motivação cumpre uma função de índole endoprocessual, promovendo que o julgador proceda à “verificação e controlo crítico da lógica da sua decisão”, permitindo igualmente “às partes o recurso da decisão com correcto conhecimento da situação, e, por fim permitindo que o tribunal de recurso possa exprimir, com segurança, um juízo concordante ou discordante.” Cumpre simultaneamente uma função de índole extraprocessual, “já não dirigida às partes e ao tribunal de recurso, mas antes visando tornar possível um controlo externo e geral sobre a fundamentação.”¹⁵.

No direito Macau, e no âmbito do direito penal, encontramos esta exigência de fundamentar no artº355 nº2 do CPP, onde se estabelece que, “Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e direito, que fundamentam a decisão, com indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”.

Como comando mais genérico encontramos essa exigência no artº87 nº2 do mesmo diploma.

Importa, a benefício do que se pretende evidenciar, aquela primeira faceta ou função. A função endoprocessual.

Na verdade é nessa primeira faceta que emerge um importante aspecto

13 Joaquim Correia Gomes, “A Motivação Judicial em Processo Penal e as suas Garantias Constitucionais”, Revista Julgar, Vol. 6, pág. 78.

14 Maria Clara Calheiros de Carvalho, “A Base Argumentativa na Decisão Judicial”, Revista Julgar, Vol. 6, pág. 69.

15 Vinício Ribeiro, CPP, Notas e Comentários, Coimbra Editora, pág. 787.



que promove a boa prática judiciária e, desta forma, se cumpre também o direito de forma cabal.

O Juiz, no cumprimento do dever de fundamentar as decisões, na construção de um exigido percurso argumentativo lógico e coerente, balizado e afeiçoado à luz das regras da experiência comum, movimentar-se-á num “colete de auto-controlo”. Neste processo limita-se o arbítrio, evitam-se “decisões da autoridade”, promovendo as “decisões de autoridade”, da autoridade dos argumentos.

É também nesta faceta, no plasmar de motivação convincente, quer no plano da motivação de facto, quer no plano da fundamentação de direito, que se potenciará o cumprimento dos fins das penas.

Em caso de censura, a sociedade perceberá porque se condenou, se a validade da norma violada foi, e porque foi, reafirmada, emergindo daqui, também, um esclarecimento a benefício da prevenção geral positiva, ou seja, do reforço da confiança na validade e força da norma afrontada.

Por outro lado, concomitantemente, fica clara a advertência, o juízo de censura relativamente ao comportamento julgado, assim se promovendo o cumprimento da prevenção geral negativa ou de intimidação, ou seja, como refere o Professor Figueiredo Dias, promovendo a “intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com (a pena) se inflige ao delinquent e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem factos criminosos”¹⁶.

Em caso de absolvição o esclarecimento será óbvio e potenciará a pacificação da comunidade entretanto sobressaltada.

Na expressão de Mouraz Lopes, a decisão judicial tem sempre como objectivo resolver definitivamente um conflito e restaurar a paz jurídica¹⁷.

Acresce que uma decisão estruturada, explicada, inteligível - longe daquele paradigma que muitas vezes se vê, nomeadamente em Portugal, prenhe de hermetismos técnicos, e de retórica expositiva inusitada-, trará um contributo especial à designada prevenção especial ou da reincidência e ao ser apreendida e assimilada pelo condenado.

Tudo, pois, em prol da sua futura autodeterminação de acordo com o direito, criando as “condições necessárias para que (...) possa, no futuro, continuar a viver a sua vida sem cometer crimes”¹⁸.

Não queremos deixar de, a propósito, evidenciar que a prática em Macau, relativamente à questão que analisamos, na nossa modesta opinião, fica aquém do que é imposto pela Lei e pelos motivos que dela subjazem.

16 Fundamento, Sentido e Finalidades da Pena Criminal, Temas Básicos Da Doutrina Penal, Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal /Sobre a Doutrina Geral do Crime, Coimbra Editora, pág. 74.

17 “A Qualidade da Decisão Judicial”, Revista Julgar nº 10, 2010, Coimbra Editora, pág. 140.

18 Figueiredo Dias, op. cit., pág. 79.



Em Portugal o exagero neste apontado aspecto é patente, na nossa óptica até sendo um entrave a uma justiça mais célere.

Como refere Mouraz Lopes, “a necessidade de agilizar o processo surge como tarefa indispensável num momento e num tempo onde o enorme volume de trabalho é uma constante dos tribunais, sendo certo que a simplicidade, a clareza e a precisão na realização de actos processuais poderão em muito contribuir para conseguir um procedimento mais rápido sem pôr em causa o exercício dos direitos fundamentais do cidadão. Neste sentido alterar o mecanismo processual da elaboração e sobretudo do pronunciamento das sentenças será um caminho inevitável”¹⁹.

Em Macau, todavia, cremos poder dizer que nos encontramos nos antípodas daquela prática registada em Portugal.

Há, pois, caminho a percorrer, quando é certo que no âmbito do processo cível esta exigência de motivação é mais cabalmente observada.

Não se percebe, já que é no âmbito do direito penal que “bulimos” com direitos fundamentais, sendo o processo penal, nessa eloquente expressão, o “direito constitucional aplicado”, o “espelho do direito constitucional”.

Um outro aspecto que gostaria de aflorar “ligeiramente” prende-se com a consabida exigência de celeridade processual com vista a que se garanta o efeito útil da decisão.

No plano cível, é de cristalina evidência a exigência de uma justiça célere. Pensada, ponderada, estruturada, mas célere.

Uma decisão muito bem “balançada”, estruturada e juridicamente exemplar, mas tardia, em regra não é justa. Chega tarde.

Uma decisão à medida da exigência temporal da comunicação social mas aligeirada nos seus fundamentos, resultado de uma ponderação precipitada, muito dificilmente logrará fazer justiça.

É na conciliação destes aspectos, muitas vezes conflituantes, que se garante que o recurso à justiça produza os efeitos que estão subjacentes à vontade de quem dela se socorre.

Mas se assim é na jurisdição cível, laboral, família, menores e administrativa, também no plano do direito penal tal se impõe, mesmo não existindo enxertos cíveis.

Aqui as razões de substância que exigem uma decisão resultado daquele compromisso ou conciliação, relevam também e sobremaneira no plano dos fins

19 Op. cit., pág.141.



das penas.

A pena, como é consabido, é um instrumento, para o que interessa, um instrumento ao serviço da prevenção geral, quer na sua vertente de prevenção negativa ou de intimidação, quer na sua vertente de prevenção geral positiva.

Ali, como supra se referiu, ensina o Professor Figueiredo Dias, “*a pena é concedida como forma (...) estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delinquente e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem factos criminais*”.

Aqui, ou seja, na vertente da prevenção geral positiva, “*a pena é concebida (...) como forma que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal; como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica apesar de todas as violações que tenham tido lugar*”²⁰.

Ora, uma justiça que, conciliada com a referida ponderação e estruturação do acto decisório, não seja classificada como razoavelmente célere, como é bom de ver, excepcionando-se os directamente infligidos com a violação dos bens jurídicos protegidos, ou seja os ofendidos, não permitirá à comunidade “ligar” a censura formal a determinado facto histórico praticado pelo agente, não potenciará a identificação do que se censura.

Nessa medida, a pretendida reafirmação da validade da norma jurídica afrontada poderá ser defraudada.

Também no plano da prevenção geral negativa, uma justiça atrasada, retardada, não permitirá enquadrar e identificar, com a precisão e tempestividade compatível com a lembrança da comunidade, que tipo de exemplo se operou, ou seja, que tipo de comportamento se pretende que seja evitado, por censurável, pela comunidade.

Neste aspecto, da celeridade, diremos que, grosso modo, o sistema em Macau tem sabido responder com competência, pelo menos no que concerne aos processos que são julgados com a intervenção do juiz singular.

Também na Segunda Instância, diremos, os processos são celeremente decididos.

Para isso não são alheios, nossa convicção, a dedicação dos magistrados, os meios que são disponibilizados aos tribunais, a simplicidade de uma parte dos processos, e, em certa medida, a fundamentação das decisões, na nossa opinião, um pouco redutora face aos desígnios legais.

Já relativamente aos processos comuns colectivos, ou seja, aqueles nos quais intervém o tribunal colectivo, ainda que com os mesmos meios e com o

20 Op. cit., pág.75.



mesmo paradigma de decisão, o cenário não é tão satisfatório, mas com conquistas relevantes nos últimos dois anos.

Em relação a estes processos, cremos, que o sistema poderá ser melhorado, desde logo com a elevação do patamar da pena a partir do qual a intervenção do Tribunal Colectivo se impõe, ou seja de 3 para 5 anos.

Da mesma forma, cremos, também, que se deveria elevar o valor do pedido cível a partir do qual aquela intervenção é exigida, valor este que está legalmente definido nas 50.000 Patacas.

Uma última nota, brevíssima, que retirámos da nossa experiência local, e que tem que ver com a interpretação de determinados tipos legais e consequente subsunção do acontecimento histórico neles.

Temos em vista situações com que nos confrontamos algumas vezes, quer a nível da acusação, quer a nível da decisão, da qualificação de determinados comportamentos como crime, quando, numa subsunção rigorosa, tal não pode ocorrer.

Cremos, na verdade, que algumas vezes se “força” um pouco a subsunção em determinados tipos legais, em afrontamento do sacro santo princípio da legalidade, ao que não é estranho, na nossa opinião, a influência do contexto sócio-cultural local.

A título de exemplo chamemos à colação o crime de burla.

Como sabemos, o crime de burla é um crime que se manifesta de forma altamente complexa, tendo algo do furto, porque com ele se obtém coisa alheia com defraudação da fazenda alheia; algo do abuso de confiança, porque o agente obtém a entrega da coisa por vontade do seu dono; algo de extorsão, porque o acto de entrega não é, senão aparentemente, voluntário; algo da falsidade, porque há nele uma alteração da verdade.

Contudo não se confunde nem com o furto, nem com o abuso de confiança, nem com a extorsão nem com a falsidade.

Trata-se, isso sim, de um crime que se manifesta como uma “forma evoluída de captação do alheio”, cuja aptidão exigida para a sua prática não é característica comum à generalidade das pessoas.

Quanto aos elementos objectivos, o tipo permite distinguir os seguintes: a) - é um crime cuja prática exige astúcia; b) - por forma a provocar o erro ou o engano da vítima; c) - levando-a, porque induzida, à prática de actos; d) - que lhe provocarão prejuízo patrimonial.

A propósito destes elementos objectivos que deixamos enunciados, importa



referir que funciona entre eles um triplo nexu causal²¹.

No que concerne à astúcia não basta que a atitude psicológica do agente seja astuciosa, é necessário que a conduta exterior do agente se mostre astuciosa.

A astúcia, na expressão de José António Barreiros, “pelo menos na sua formulação vulgar, é a manha, habilidade para o mal, a sagacidade, a habilidade para enganar, a subtiliza para defraudar, o ardil, a intrujice, o estratagemma, o embuste, a maquinação”, é um fingimento, uma desconformidade entre a aparência e a realidade, entre o que é e o que não é²².

Ela há-de revelar-se causa do engano ou do erro, por forma a levar a vítima, restringindo-lhe a liberdade, e as capacidades de auto determinação, à prática de actos que lhe provocarão lesão patrimonial.

Como resulta do referido, estamos perante um crime muito complexo, que exige cuidada e apertada exigência interpretativa da factualidade em relação à qual se impõe o processo de subsunção.

Ora, a propósito deste tipo, cremos que se afrouxa localmente esta exigência, nomeadamente olvidando-se a exigida astúcia ou mise-en-scène, fazendo-se, desta forma, uma censura jurídico-penal de situações que têm a respectiva tutela no âmbito da responsabilidade civil.

Neste apontado exemplo, cremos, não se cumpre cabalmente o direito, afrontando-se o princípio da legalidade e o princípio que subjaz à construção do “edifício jurídico-penal”, ou seja, o princípio da subsidiariedade do direito penal, desta sorte também se colocando em causa a iniciativa privada.

21 Fernanda Palma e Rui Pereira, “O Crime de Burla No Código Penal de 1982 e 95”, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, XXXV, V.2, pág. 323 e ss.

22 Crimes Contra o Património, Universidade Lusíada, pág. 157.

