

ESTUDO E ANÁLISE DA POLÍTICA SOBRE O COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA — A RESPECTIVA LEGISLAÇÃO E A PRÁTICA JUDICIAL DE MACAU

*Choi Keng Fai**

ÍNDICE

- I. Introdução
- II. Legislação sobre o combate à criminalidade organizada
 - 1. Modelo legislativo
 - 2. Sistema jurídico regulador
- III. Delimitação jurídica sobre a criminalidade organizada
 - 1. Definição e classificação da criminalidade organizada
 - 2. Concurso de crimes relativos à criminalidade organizada
- IV. Qualificação judicial da criminalidade organizada
- V. Inquérito e acusação contra a criminalidade organizada
 - 1. Registo do inquérito
 - 2. Aplicação das medidas de coacção
 - 3. Direito ao silêncio do arguido
 - 4. Aplicação de detector de mentiras
 - 5. Critério de prova de acusação

I

INTRODUÇÃO

Numa sociedade de direito, a lei é a arma necessária para combater a criminalidade organizada. Um provérbio chinês diz: “Para otimizar o

* Delegado do Ministério Público da Região Administrativa Especial de Macau. 1293

trabalho, é imprescindível aperfeiçoar o instrumento”. Para dar uma resposta eficaz ao crescente agravamento da criminalidade organizada é indispensável ter uma legislação específica e bem conseguida. Assim, deste modo, o poder público pode actuar sem entraves contra os vários desafios colocados pela criminalidade organizada, de forma a que os membros da sociedade possam ter uma vida tranquila.

Tal como acontece em outros países ou regiões a criminalidade organizada (especialmente associações secretas) tem uma estrutura social e económica complexa. A criminalidade organizada de Macau é diferente, na medida que está muitas vezes relacionada com a luta de interesses que se dão nos casinos. A partir dos anos setenta do século XX foi-se registando, em Macau, um rápido crescimento da criminalidade organizada e o seu poderio espalhou-se gradualmente. Naquela altura, o Governo português de Macau aprovou uma lei especial¹ para extinguir a criminalidade organizada, mas não se sentiram grandes efeitos. Até aos anos noventa, a criminalidade organizada já se tornara num grave problema social. Perante esta situação, a Assembleia Legislativa de Macau elaborou de novo e promulgou em Julho de 1997 uma nova lei da criminalidade organizada (associação ou sociedade secreta), que é a vigente Lei da Criminalidade Organizada (Lei n.º 6/97/M), e revogou a Lei das Associações de Malfeitores, que já vigorava há quase vinte anos. Daí, o órgão legislativo de Macau promulgou sucessivas leis relacionadas com esta matéria.

Actualmente, podemos dizer que Macau já tem um significativo sistema de controlo jurídico destinado ao combate da criminalidade organizada e que tem vindo a ser um êxito. Depois da transferência de soberania o combate e contenção da criminalidade organizada está em bom andamento. Claro, que não podemos com isto dizer que o novo sistema jurídico de controlo é perfeito ou que já não há a necessidade de combater e prevenir aquela. Estamos conscientes de que as leis necessitam de ser aperfeiçoadas e não podemos “baixar os braços”, pois seria uma atitude irresponsável perante o Direito e o público.

¹ Em 4 de Fevereiro de 1978, a autoridade portuguesa de Macau promulgou a primeira lei penal avulsa para combater a criminalidade organizada — Lei das Associações de Malfeitores (Lei n.º 1/78/M).

II

LEGISLAÇÃO SOBRE O COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA

1. MODELO LEGISLATIVO

Tendo em atenção o acto legislativo dos países (incluindo regiões), a nível mundial, podemos verificar que existem dois modelos legislativos dedicados à criminalidade organizada: um dos modelos está previsto na parte especial do Código Penal. Este é o modelo adoptado pela China Continental. O crime da criminalidade organizada na vertente de associação secreta tem a sua natureza e punição prevista no artigo 294.º do Código Penal da RPC. De acordo com a interpretação do regulamento n.º 9 (1997) do Tribunal Supremo Popular quanto à aplicação do disposto no Código Penal da RPC sobre a definição do tipo de crime, são três os tipos de crime dentro da criminalidade organizada que são referidos naquele artigo: 1. O crime de organizar, dirigir e participar nas associações de natureza secreta; 2. O crime de entrar no país para promover associações secretas; 3. O crime de “abrigar” e tolerar associações secretas. Além destes, são também considerados crimes de organização criminosa o crime de organizar, dirigir e participar nas associações terroristas, e ainda o crime de organizar e aproveitar *hui-dao-men* (sociedades, doutrinas e seitas) e associações heréticas, previstos respectivamente nos artigos n.ºs 120.º e 300.º do Código Penal da RPC. Outros países tais como, a França, a Rússia e a Austrália também adoptaram este modelo regulado pelo Código Penal.

O outro modelo consiste em elaborar disposições específicas para a criminalidade organizada em legislação penal, embora sem, no entanto, deixar de aplicar as disposições gerais do Código Penal. Por exemplo, o Japão tem a Lei de Combate às Associações Violentas; a Alemanha tem a Lei da Criminalidade Organizada e Taiwan tem o Decreto de Combate à Criminalidade Organizada.

Em Macau, o legislador adoptou o segundo modelo, isto é, a Lei da Criminalidade Organizada que constitui o “tronco” das respectivas normas penais sendo complementada pela aplicação de outras leis penais. Tendo em conta a seriedade, a crueldade e as características específicas da criminalidade organizada, o legislador de Macau adoptou a lei penal avulsa para tipificar os respectivos crimes e mostrar, ao mesmo tempo, a

sua determinação no combate à criminalidade das associações secretas e a outros crimes relacionados.

Admitimos que ambos os modelos legislativos têm vantagens e desvantagens. O modelo que tem a sua disposição no Código Penal é o mais adequado para uma operação concreta e facilita a coordenação e uniformização das várias disposições do Código Penal. A sua desvantagem está na dificuldade de conter disposições complementares de outras leis, nomeadamente, de natureza administrativa ou de processo penal. A utilização da lei penal avulsa permite complementar insuficiências surgidas no Código Penal, mas do ponto de vista objectivo, aquela também tem limites. Respeitante ao acto legislativo, as leis penais avulsas são circunstanciais e no momento da sua elaboração é difícil coordená-las de forma cuidada com as leis já existentes, nomeadamente, com as do Código Penal e as do Código de Processo Penal. Além disto, a existência de um grande número de leis penais avulsas pode trazer inconvenientes à sua aplicação concreta. Por isso entendemos que as leis penais avulsas devem ser de reduzido número.

2. SISTEMA JURÍDICO REGULADOR

Actualmente, o sistema de controlo jurídico de Macau no que toca ao combate da criminalidade organizada compreende as seguintes leis:

2.1. LEI DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA (LEI N.º 6/97/M)

A presente Lei da Criminalidade Organizada de Macau não é uma mera lei penal substantiva. Dos seus quarenta e três artigos, a maior parte deles são referentes às disposições processuais penais. Além disso, inclui disposições referentes a sanções administrativas. Por exemplo, os agentes que praticaram o crime de importunar ou molestar pessoas estão interditos de entrar em salas de jogos de fortuna ou azar; quem, em local público, aliciar ou fizer proposta para a prática de actos sexuais com o intuito de obter remuneração pecuniária ou outro proveito económico, é punido com multa, etc. Por isso, a Lei da Criminalidade Organizada é de facto uma lei complexa.

Relativamente ao Código Penal de Macau e ao Código de Processo Penal de Macau, a Lei da Criminalidade Organizada é indubitavelmente uma lei especial. Aqui, vamos fazer uma análise às disposições especiais desta lei nos aspectos do direito penal e do direito processual penal.

2.1.1. DIREITO PENAL

As principais disposições especiais da Lei da Criminalidade Organizada são:

Primeiro: são previstos dez novos crimes na Lei da Criminalidade Organizada, que são os seguintes: *a)* Crime de associação ou sociedade secreta (artigo 2.^o); *b)* Extorsão a pretexto de protecção (artigo 3.^o); *c)* Invocação de pertença a associação ou sociedade secreta (artigo 4.^o); *d)* Retenção indevida de documento (artigo 6.^o); *e)* Tráfico internacional de pessoas (artigo 7.^o); *f)* Exploração de prostituição (artigo 8.^o); *g)* Importunar ou molestar pessoas em locais públicos (artigo 9.^o); *h)* Conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos (artigo 10.^o); *i)* Cartel ilícito para jogo (artigo 11.^o); *j)* Violação de segredo de justiça (artigo 13.^o).

Segundo: a Lei da Criminalidade Organizada prevê expressamente que as pessoas colectivas assumem responsabilidade penal pelo crime de conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos (artigo 14.^o)².

Terceiro: a Lei da Criminalidade Organizada criou o regime que permite a infiltração de pessoas competentes em associações secretas, sendo as suas condutas impunes (artigo 15.^o).

Quarto: a Lei da Criminalidade Organizada tem uma disposição mais rigorosa do que o Código Penal de Macau relativa à constituição da reincidência de certos crimes, à liberdade condicional do condenado e ao regime de suspensão da execução da pena. Nos termos daquela lei, constitui sempre reincidência quem comete de novo o crime de associação ou sociedade secreta, da extorsão a pretexto de protecção, do tráfico internacional de pessoas, da conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos (as alíneas *a)* e *b)* do n.^o 1 do artigo 10.^o) ou viola o segredo de justiça (artigo 13.^o, n.^o 2)³; não se pode conceder liberdade

² Nos termos do artigo 10.^o do Código Penal de Macau, “Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade penal”. “Salvo disposição em contrário” implica as disposições em leis penais avulsas sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas. Actualmente, a responsabilidade penal das pessoas colectivas está disposta em várias leis, nomeadamente na Lei da Criminalidade Organizada, no Regime Jurídico das Infracções contra a Saúde Pública e contra a Economia (Lei n.^o 6/96/M) e na Lei n.^o 4/2002 relativa ao cumprimento de certos actos de Direito Internacional.

³ Nos termos do n.^o 2 do artigo 69.^o do Código Penal de Macau, “O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não conta para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos”.

condicional à reincidência dos crimes referidos e, em princípio, não se pode suspender a pena de prisão do agente dos crimes anteriores.

Quinto: a Lei da Criminalidade Organizada prevê uma série de penas acessórias aos crimes de associação ou sociedade secreta, de extorsão a pretexto de protecção, de tráfico internacional de pessoas e de conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos. Muitas dessas penas não estão previstas no Código Penal de Macau, e.g., a proibição de contactar com determinadas pessoas, a proibição de frequentar certos meios ou lugares, a proibição de sair do território, a expulsão e interdição de entrar no território de não residentes, o encerramento temporário ou definitivo de estabelecimento, etc.

Sexto: nos termos do artigo 23.º da Lei da Criminalidade Organizada, “o procedimento criminal pelos crimes previstos e punidos na presente lei não depende de queixa”, isto é, os crimes previstos naquela lei são todos crimes públicos. Podemos dizer que é uma nova forma de disposição. No Código Penal de Macau, nunca está salientada a independência de queixa em relação aos crimes públicos. Do ponto de vista da tradição legislativa penal na maior parte dos outros países, geralmente, só quando certo crime não é crime público é que a lei prevê expressamente que o procedimento criminal daquele crime depende de queixa ou acusação particular. Daí, podemos sentir facilmente a determinação esforçada do legislador da Lei da Criminalidade Organizada de combater a criminalidade organizada e os crimes com ela relacionados.

2.1.2. DIREITO PROCESSUAL PENAL

No âmbito deste, a Lei da Criminalidade Organizada tem principalmente as seguintes disposições especiais:

Primeiro: a Lei da Criminalidade Organizada considera o crime de associação ou sociedade secreta e de conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos como sendo crimes “de criminalidade violenta ou altamente organizada” referidos no n.º 2 do artigo 1.º do Código de Processo Penal de Macau. De acordo com o Código de Processo Penal de Macau, a criminalidade violenta ou altamente organizada produzirá dois efeitos processuais durante o inquérito, um deles é que o Ministério Público pode determinar que o arguido não comunique com pessoa alguma, salvo com o defensor⁴, antes do primeiro interrogatório

judicial. O outro é que se o crime imputado tiver sido cometido com violência e for punível com pena de prisão de limite máximo superior a 8 anos, é aplicada obrigatoriamente ao arguido a medida de prisão preventiva, podendo o prazo da prisão preventiva ser elevado para 8 meses⁵.

Segundo: a Lei da Criminalidade Organizada prevê expressamente que são admitidos como prova os registos informáticos, video-gráficos ou magnetofónicos colhidos em locais de acesso público, mesmo que reservado.

Terceiro: a Lei da Criminalidade Organizada estabelece um regime rigoroso de ocultação da identidade do funcionário infiltrado. Segundo aquela lei, a autoridade judiciária apenas ordena a junção ao processo do relato da intervenção do funcionário infiltrado se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios, garantindo-se o segredo sobre a identidade do funcionário.

Quarto: a Lei da Criminalidade Organizada prevê a prisão preventiva obrigatória ao arguido de determinados crimes⁶. Nos termos do artigo 29.º daquela lei, se o crime imputado for o da associação ou sociedade secreta, da extorsão a pretexto de protecção, do tráfico internacional de pessoas, da conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos (alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 10.º) ou da violação de segredo de justiça (n.º 2 do artigo 13.º), o juiz deve aplicar ao arguido a medida de prisão preventiva.

Quinto: o artigo 30.º da Lei da Criminalidade Organizada prorroga o tempo em que os órgãos de polícia criminal possam compelir o suspeito a permanecer no posto policial para efeitos de identificação e pedido de informação, do limite máximo de 6 horas previsto no Código de Processo Penal de Macau até ao limite máximo de 24 horas⁷. É preciso indicar que, relativamente a esta disposição, a Lei da Criminalidade Orga-

⁵ Ver os artigos 129.º, 193.º e 199.º do Código de Processo Penal de Macau.

⁶ São dois tipos de prisão preventiva previstos no Código de Processo Penal de Macau: a prisão preventiva aos arguidos em geral e a prisão preventiva aos arguidos de determinados crimes. Relativamente ao primeiro tipo, a prisão preventiva é facultativa, i.e., o juiz determina ou não a aplicação da prisão preventiva conforme o caso concreto. O segundo tipo é obrigatório, i.e., a lei prevê expressamente que quando se trata de determinados crimes, o juiz deve aplicar ao arguido a medida de prisão preventiva. (Ver artigos 186.º e 193.º do Código de Processo Penal de Macau).

⁷ Nos termos do n.º 3 do artigo 233.º do Código de Processo Penal de Macau, “Havendo motivo para suspeita, os órgãos de polícia criminal podem conduzir as

nizada não previu o âmbito da sua aplicação, por isso na actividade judicial têm-se tido sempre entendimentos diferentes na aplicação desta disposição. Alguns entendem que esta disposição é uma alteração à disposição correspondente do Código de Processo Penal de Macau; outros pensam que aquela disposição só deve ser aplicada aos crimes previstos na Lei da Criminalidade Organizada. Na nossa opinião, do ponto de vista do espírito legislativo e do atributo jurídico, sendo aquela disposição uma disposição da lei especial, naturalmente deve ser aplicada simplesmente aos crimes previstos na Lei da Criminalidade Organizada. No entanto, se partirmos do ponto de vista do objecto de aplicação, alguns dos crimes previstos na Lei da Criminalidade Organizada, tais como o da retenção indevida de documentos e o de importunar ou molestar pessoas em locais públicos, são por si crimes de natureza geral como os previstos no Código Penal de Macau e o seu grau de gravidade é relativamente baixo. Assim, parece que a prorrogação da permanência de suspeitos desses crimes no posto policial até ao limite máximo de 24 horas não corresponde à intenção legislativa dessa disposição.

Sexto: a Lei da Criminalidade Organizada faz restrições ao direito ao silêncio do arguido. Nos termos do n.º 3 do artigo 31.º desta lei, “Nos casos dos crimes previstos e punidos nesta lei, o arguido está obrigado a responder com verdade às perguntas que lhe forem feitas pela autoridade judiciária sobre a sua situação económica e financeira, rendimentos provenientes de actividade profissional e bens próprios, sob pena de incorrer na punição prevista nos artigos 312.º ou 323.º do Código Penal”⁸. O n.º 4 daquele artigo ainda prevê que “Constitui indício da origem ilícita dos bens, depósitos ou valores apreendidos pela autoridade judiciária a sua desproporcionalidade face aos rendimentos declarados pelo arguido e a impossibilidade de determinar a licitude da sua proveniência”.

peças que forem incapazes de se identificar ou se recusarem a fazê-lo ao posto policial mais próximo e e fazer com que permaneçam ali pelo tempo necessário à sua identificação, mas nunca superior a 6 horas”. Na nossa opinião, a prorrogação, pelo artigo 30.º da Lei da Criminalidade Organizada, de 6 horas até 24 horas, não corresponde à exigência básica de “em caso algum superior a 6 horas” prevista no Código de Processo Penal de Macau. É praticamente uma questão legislativa, i.e., o Código de Processo Penal de Macau devia ter feito disposições excepcionais sobre os casos especiais.

⁸ Os crimes previstos nos artigos 312.º e 323.º do Código Penal de Macau são, respectivamente, desobediência e falsas declarações.

Parece que as referidas disposições no artigo 31.º da Lei da Criminalidade Organizada nos transmitem uma mensagem: o regime do direito ao silêncio e o ónus da prova da parte acusadora do processo penal de Macau têm mudado da forma absoluta para a relativa.

2.2. CÓDIGO PENAL DE MACAU E CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE MACAU

O Código Penal de Macau e o Código de Processo Penal de Macau são a base e o núcleo do sistema jurídico-penal de Macau.

Apesar da Lei da Criminalidade Organizada ser uma lei penal avulsa, específica (lei especial) para o combate à criminalidade organizada, não consegue, e também lhe é impossível englobar todas as disposições penais sobre a criminalidade organizada. Por isso, a lei prevê expressamente que na falta de disposição na própria lei, são subsidiariamente aplicáveis as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal.

No que diz respeito ao Código Penal de Macau, a sua disposição na parte geral tem obviamente um significado orientador geral para o combate à criminalidade organizada. A aplicabilidade subsidiária da parte especial concretiza-se principalmente em dois aspectos: Por um lado, na parte especial estão previstos também certos crimes organizados, tais como os da associação criminosa, da organização terrorista e do terrorismo. Por outro lado, se o agente da criminalidade organizada praticar simultaneamente os crimes previstos no Código Penal de Macau, também deve ser punido com as disposições correspondentes da parte especial do Código.

Quanto ao Código de Processo Penal de Macau, é óbvia a sua função de garantia da legalidade no processo penal. Sabemos que no processo penal moderno, a questão do procedimento é alvo de atenção e o procedimento é considerado como “a última linha de defesa dos indivíduos na civilização contemporânea”⁹. Em certa medida, o procedimento legítimo é a base da justiça penal moderna. O procedimento legal é uma garantia fundamental para a realização da justiça. Em Macau, além da Lei da Criminalidade Organizada que tem disposições especiais sobre o procedimento, quanto ao combate à criminalidade organizada, o Código do Processo Penal de Macau é sempre um fundamento básico em matéria processual.

⁹ Ver John J. Bonsignore (americano) e outros, *Before the Law*, traduzido por Deng Zhi Bin, Editora Hua Xia, 2002, pág. 332.

2.3. OUTRAS LEIS PENAIAS AVULSAS

Além da Lei da Criminalidade Organizada, do Código Penal de Macau e do Código do Processo Penal de Macau, existem ainda uma série de leis penais avulsas que têm disposições especiais sobre a criminalidade organizada. É o caso, por exemplo, do Decreto-Lei n.º 5/91/M que visa o combate aos crimes de droga, prevê especialmente no seu artigo 15.º as associações de delinquentes. Outros exemplos são a existência de dois diplomas complementares à Lei da Criminalidade Organizada, um diz respeito ao Decreto-Lei n.º 15/98/M, que cria o regime de recurso da decisão do juiz que não aplique a prisão preventiva ao arguido dos crimes de associação ou sociedade secreta, de extorsão a pretexto de protecção, de tráfico internacional de pessoas, de conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos (alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 10.º) e de violação de segredo de justiça (n.º 2 do artigo 13.º); o outro diz respeito ao Decreto-Lei n.º 25/98/M, que criou no âmbito do Ministério Público o Núcleo de Investigação Criminal, competindo exclusivamente ao mesmo a investigação e acusação dos referidos crimes.

2.4. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

As convenções internacionais de combate à criminalidade organizada e as deliberações correspondentes das Nações Unidas aplicáveis a Macau também constituem fundamentos jurídicos para o combate à criminalidade organizada. O Código Penal de Macau e o Código do Processo Penal de Macau já têm disposições expressas neste aspecto¹⁰.

Além disso, a Lei relativa ao cumprimento de certos actos de Direito Internacional (Lei n.º 4/2002), aprovada pela Assembleia Legislativa em 2 de Abril de 2002, salienta expressamente mais uma vez a aplicabilidade de actos de direito internacional em Macau. O artigo 2.º desta lei prevê expressamente: “A presente lei tem por objecto assegurar o cumprimento das normas, que não são por si mesmas exequíveis, constantes de actos internacionais, emanados por órgão internacional competente, aplicáveis na Região Administrativa Especial de Macau, designadamente, das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas.” Assim, nos termos do artigo 3.º, “As disposições dos actos internacionais aplicáveis e as da presente lei são tidas em conjunto como um único diploma a

¹⁰ Ver o artigo 5.º do Código Penal de Macau e o artigo 6.º do Código do Processo Penal de Macau.

partir da data da publicação no *Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau* do acto internacional aplicável em que se encontram inseridas e enquanto esse acto vincular internacionalmente a República Popular da China.” Nos termos desta lei, a violação dos actos internacionais pode constituir um dos seguintes crimes: 1. Prestação de serviços não militares proibidos; 2. Transacção de produtos ou mercadorias proibidos; 3. Aplicação ou disponibilização de fundos proibidos; 4. Fornecimento de armamento ou equipamento conexo e prestação de apoio logístico-militar ou de serviços de natureza militar proibidos; 5. Promoção da prática dos crimes referidos.

III

DELIMITAÇÃO JURÍDICA SOBRE A CRIMINALIDADE ORGANIZADA

1. DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Quanto à definição dos crimes, é mais difícil para os legisladores determinarem uma designação sobre criminalidade organizada. Além disso, as definições que se dão à criminalidade organizada dada pela doutrina são mais abundantes do que aquelas referentes a outros crimes. Esta realidade revela por um lado que a criminalidade organizada é um fenómeno extremamente complicado; por outro lado revela o facto de que uma definição clara e exacta ajuda indubitavelmente à determinação correcta da criminalidade organizada no exercício da actividade judicial.

De entre a legislação vigente em Macau, o conceito jurídico sobre a criminalidade organizada pode remontar inicialmente ao Código de Processo Penal que entrou em vigor em 1 de Abril de 1997. Nos termos do n.º 2 do artigo 1.º desse Código, para efeitos do disposto no presente Código, apenas podem considerar-se como casos de terrorismo ou de criminalidade violenta ou altamente organizada as condutas que:

- a) Integram os crimes de associação criminosa, de organização terrorista e de terrorismo, previstos nos artigos 288.º a 290.º do Código Penal;
- b) Dolosamente se dirigem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e forem puníveis com pena de prisão de limite máximo igual ou superior a 5 anos; ou
- c) Integram o crime de tráfico de estupefacientes.

Nestes termos, podemos entender que a criminalidade organizada prevista no Código de Processo Penal corresponde aos crimes de associação criminosa, de organização terrorista, de terrorismo e de associação de tráfico de droga.

Embora a Lei da Criminalidade Organizada seja uma lei penal avulsa, destinada especificamente a regulamentar a criminalidade organizada, o termo “criminalidade organizada” aparece apenas duas vezes na Lei, uma vez na epígrafe da própria Lei, outra na epígrafe do artigo 24.º. Se prestarmos atenção, é fácil descobrirmos que o termo “criminalidade organizada” é substituído por um outro termo, ou seja, associação ou sociedade secreta.

Por isso, temos razão em entender que o legislador de Macau não pretende fazer ou evita fazer uma distinção rigorosa entre a criminalidade organizada e a associação ou sociedade secreta. Por outras palavras, no âmbito de aplicação da Lei da Criminalidade Organizada, o legislador entende que a criminalidade organizada é o crime de associação ou sociedade secreta.

É de admitir, uma delimitação demasiadamente minuciosa sobre a criminalidade organizada, de acordo com o seu grau de organização, e tem um significado maior no aspecto criminológico do que no da ciência de direito penal. No direito penal, a preocupação demasiada no grau de organização da criminalidade organizada causará muitas vezes dificuldades na sua qualificação judicial.

Em conformidade com as disposições jurídicas referidas, a “criminalidade organizada” no regime jurídico vigente refere-se a crimes múltiplos, nos quais constam:

1.1. CRIME DE ASSOCIAÇÃO OU SOCIEDADE SECRETA

É a forma mais típica da criminalidade organizada.

As doutrinas penais consideram em geral que a associação ou sociedade secreta é a forma mais clara da criminalidade organizada (também designada por participação). Ela é diferente tanto da participação em geral como da associação ou organização criminosa, em particular. A característica mais intrínseca da associação ou sociedade secreta reside no atributo “social” da sua organização.

No entanto, considerando as disposições jurídicas vigentes em Macau, parece que a atenção do legislador sobre a associação secreta não se foca no atributo “social” da sua organização. Ou seja, não existe nas

leis vigentes uma distinção acerca do grau de organização da criminalidade organizada; isto já está evidenciado na Lei da Criminalidade Organizada.

Nos termos do artigo 1.º da Lei da Criminalidade Organizada, considera-se associação ou sociedade secreta toda a organização constituída para obter vantagens ou benefícios ilícitos, nomeadamente pela prática dos seguintes crimes:

- a. Homicídio e ofensas à integridade física;
- b. Sequestro, rapto e tráfico internacional de pessoas;
- c. Ameaça, coacção e extorsão a pretexto de protecção;
- d. Exploração de prostituição, lenocínio e lenocínio de menores;
- e. Usura criminosa;
- f. Furto, roubo e dano;
- g. Aliciamento e auxílio à migração clandestina;
- h. Exploração ilícita de jogo, de lotarias ou de apostas mútuas, e cartel ilícito para jogo;
- i. Ilícitos relacionados com corridas de animais;
- j. Usura para jogo;
- l. Crimes relacionados com armas e munições proibidas e substâncias explosivas ou incendiárias, previstos nos artigos 264.º e 265.º do Código Penal de Macau;
- m. Ilícitos de recenseamento eleitoral;
- n. Especulação sobre títulos de transporte;
- o. Falsificação de moeda, de títulos de crédito, de cartões de crédito e de documentos de identificação e de viagem;
- p. Corrupção activa;
- q. Extorsão de documento;
- r. Retenção indevida de documentos de identificação e de viagem;
- s. Abuso de cartão de garantia ou de crédito;
- t. Operações de comércio externo fora dos locais autorizados;
- u. Conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos;
- v. Posse ilegal de meios técnicos susceptíveis de intromissão activa ou passiva nas comunicações das forças e serviços policiais ou de segurança.

Tendo analisado as disposições jurídicas acima referidas, podemos concluir que na Lei da Criminalidade Organizada estão previstos três elementos fundamentais para a constituição de associação secreta:

1. *O elemento de fim*: Isto é, o fim para a constituição da associação secreta é obter vantagens ou benefícios ilícitos. Comparando com a antiga Lei das Associações de Malfeitores, parece que a exigência do fim na vigente Lei da Criminalidade Organizada é mais ampla, uma vez que a Lei das Associações de Malfeitores exige da associação secreta, o fim “para cometerem infracções penais”¹¹. Na nossa opinião, comparando com a Lei das Associações de Malfeitores, a Lei da Criminalidade Organizada faz, no fundo, uma distinção mais minuciosa do fim da associação secreta e do meio da sua realização.

2. *O elemento de forma de existência*: Isto é, a existência da associação secreta manifesta-se pela prática de crimes. É uma regra típica de juízo de que “os meios decidem os fins”. Assim, na Lei da Criminalidade Organizada estão exemplificados vinte e um actos ilícitos. É de referir, tomando a forma enumerativa dos actos da associação secreta, que o legislador quer realçar certos actos ilícitos da associação secreta de Macau. Porém, como lhe é impossível enumerar todos os actos, o significado concreto da sua enumeração não está completamente esclarecido e pode, por isso, provocar divergências de entendimento. Por isso, julgamos que, em vez duma enumeração exemplificativa, seria melhor prever duma forma geral “a prática de crimes”. Do ponto de vista legislativo, para diminuir divergências de compreensão e interpretações diferentes, a lei deve evitar o mais possível a forma enumerativa para abranger certos crimes.

3. *O elemento de organização*: Isto é, a associação secreta é toda a organização com o fim e a forma de existência acima referidos. Então, o que é uma organização? A Lei não nos diz concretamente.

Em termos teóricos, se, não considerarmos outros elementos teremos apenas de tomar em conta o número de membros pertencentes a uma organização, visto ser esta constituída por pessoas. Ou seja, deve haver indubitavelmente um limite mínimo de pessoas para a constituição duma organização. Existem dois pontos de vista essenciais sobre este assunto. Um deles é que o agrupamento de duas pessoas pode constituir uma organização. É este o ponto de vista adoptado no Código Penal de Macau relativo ao crime de organização terrorista. Outro ponto de vista

¹¹ Ver o n.º 1 do artigo 2.º da Lei das Associações de Malfeitores (Lei nº 1/78/M). Por outro lado, o crime de associação criminosa previsto no artigo 288.º do Código Penal de Macau também exige “cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes”.

é o de que a constituição duma organização deve compor-se de pelo menos três pessoas. Por exemplo, de acordo com o artigo 416.º do Código Penal italiano, “quando três ou mais pessoas se associam com o objectivo de cometer crimes, aqueles que promovem ou constituem a organização da associação são punidos com pena de prisão de três a sete anos”. O artigo 2.º do Decreto de Combate à Criminalidade Organizada de Taiwan, aprovado em 11 de Dezembro de 1996, estabelece que a organização criminosa referida neste decreto implica que a organização seja constituída por mais de três pessoas, com estrutura administrativa interna e natureza associativa, habitual e coactiva ou violenta, para praticar crimes ou cujos membros participam na prática de crimes. Nos termos do artigo 2.º (a) da Convenção contra a Criminalidade Organizada Internacional, das Nações Unidas (Convenção de Palermo), celebrada em 2000, organização criminosa é: “um grupo estrutural de três pessoas ou mais existindo durante um certo tempo e agindo em concerto com o fim de cometer uma ou várias infracções graves ou infracções estabelecidas na presente convenção, de modo a tirar daquela, directa ou indirectamente, vantagens financeiras ou outras vantagens materiais.”

No que se refere ao significado terminológico, organização significa um agrupamento de várias pessoas. De acordo com uma expressão chinesa, uma ou duas pessoas não podem ser consideradas várias pessoas. Só quando existem três ou mais pessoas é que podem ser consideradas várias pessoas. Por isso, quanto ao número de membros duma organização criminosa, julgamos que o critério de três ou mais pessoas é o mais científico.

1.2. CRIME DE CONVERSÃO, TRANSFERÊNCIA OU DISSIMULAÇÃO DE BENS OU PRODUTOS ILÍCITOS

Este crime está previsto no artigo 10.º da Lei da Criminalidade Organizada e é geralmente designado abreviadamente por “crime de branqueamento de capitais”. Como o processo do crime de branqueamento de capitais é muito complicado e a sua prática depende muitas vezes da cooperação de várias pessoas, o legislador de Macau considera-o expressamente como um “crime altamente organizado”, ou seja, criminalidade organizada.

É de referir que os crimes de receptação e de auxílio material, previstos respectivamente nos artigos 227.º e 228.º do Código Penal de 1307

Macau, são semelhantes ao crime de conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos na sua característica de conduta.

1.3. CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA

Este crime está previsto no artigo 288.º do Código Penal de Macau. De acordo com este artigo, associação criminosa refere-se à “organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes”.

Como referimos atrás, o crime de associação criminosa já é considerado como uma “criminalidade altamente organizada” no Código de Processo Penal de Macau.

Comparando as disposições correspondentes no Código Penal de Macau e no Código de Processo Penal de Macau, parece que é difícil fazer uma distinção intrínseca entre o crime de associação criminosa e o crime de associação ou sociedade secreta.

Há juristas que consideram que o âmbito do conceito de associação ou sociedade secreta descrito na Lei da Criminalidade Organizada é mais alargado do que o da associação criminosa previsto no Código Penal de Macau¹².

De facto, a distinção intrínseca entre o crime de associação criminosa e o crime de associação ou sociedade secreta reside no seu grau de organização. A forma de organização do crime de associação ou sociedade secreta é superior à do crime de associação criminosa. Apesar disso, os elementos constitutivos do crime de uma associação criminosa e do crime de associação ou sociedade secreta são basicamente os mesmos, porque o legislador não considera o grau de organização para a distinção dos vários tipos de criminalidade organizada. Até entendermos que a lei é menos exigente quanto ao grau organizativo do crime de associação ou sociedade secreta em relação ao crime de associação criminosa. Assim, podem-se distinguir estes dois crimes apenas através do atributo jurídico, i.e., o primeiro está previsto por uma lei geral (o Código Penal de Macau) e o outro está previsto por uma lei especial (a Lei da Criminalidade Organizada). De acordo com o princípio de que a lei especial prevalece sobre a lei geral, as disposições da lei da criminalidade organizada

¹² Ver Carla Carvalho, *Lei da Criminalidade Organizada, in Perspectivas do Direito*, 1308 Macau, 1.º de 1998.

devem ser aplicadas em primeiro lugar. Depois da entrada em vigor da Lei da Criminalidade Organizada, a prática dos órgãos de justiça tem sido a de formular acusação e proceder ao julgamento dos envolvidos na prática do crime organizado, pautando-se por aquela lei, tendo o artigo 288.º (associação criminosa) do Código Penal de Macau sido aplicado muito raramente. Por isso, pode-se concluir que o crime por associação criminosa se erradicou.

O referido artigo 288.º do Código Penal de Macau distingue três hipóteses diferentes para o crime da associação criminosa:

- a. Quem promover ou fundar associação criminosa, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos;
- b. Quem fizer parte, apoiar ou fornecer auxílio à associação criminosa, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos;
- c. Quem chefiar ou dirigir associação criminosa, é punido com pena de prisão de 5 a 12 anos.

Esta classificação coincide praticamente com aquela do crime de associação ou sociedade secreta na Lei da Criminalidade Organizada, só que relativamente à pena máxima prevista para o crime de associação ou sociedade secreta é mais elevada do que a do crime da associação criminosa.

É ainda de referir que tanto o crime da associação criminosa prevista no Código Penal de Macau como o crime de associação ou sociedade secreta previsto na Lei da Criminalidade Organizada são ambos considerados criminalidade organizada em termos gerais. Como referimos atrás, existe ainda nas leis penais avulsas vigentes em Macau um crime especial de associação criminosa, que é o crime de associação de delinquentes, ligado ao tráfico de droga previsto no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M. De acordo com este artigo 15.º é punido por este crime quem:

1. Promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, vise praticar algum dos crimes previstos no artigo 8.º¹³;

¹³ O crime previsto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M é o de tráfico de droga. Este artigo enumera uma série de formas objectivas do tráfico de droga, e.g., produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, pôr à venda, distribuir, comprar, ceder, receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fazer transitar, deter/possuir/guardar a droga, etc.

2. Prestar colaboração, directa ou indirectamente, aderir ou apoiar os grupos, organizações ou associações acima referidos;
3. Chefiar ou ocupar lugares de direcção de grupo, organização ou associação acima referidos.

Quanto à punição do crime de associação de tráfico de droga, ela é mais elevada do que a pena no crime de associação ou sociedade secreta. Nos termos da Lei da Criminalidade Organizada, quem praticar o crime de associação ou sociedade secreta incorre na pena de prisão de 5 a 12 anos; quem exercer funções de direcção ou chefia em associação ou sociedade secreta é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos. Nos termos do Decreto-Lei n.º 5/91/M, quem praticar o crime de associação de tráfico de droga incorre na pena de prisão de 12 a 16 anos e multa de 5 000 a 3 000 000 de patacas; incorre na pena de 16 a 20 anos de prisão quem chefiar ou ocupar lugares de direcção de associação de tráfico de droga.

1.4. CRIME DE ORGANIZAÇÃO TERRORISTA

Como é sabido, o crime de organização terrorista não era um assunto relevante para a ciência de direito penal e menos era na actividade judicial onde não era sancionado. Contudo, esta situação mudou drasticamente depois do evento “911” (11 de Setembro) em 2001 quando os terroristas atacaram os Estados Unidos. Muitos países, no mundo, começaram a rever o seu regime jurídico correspondente, ao mesmo tempo que observavam com atenção todas as operações militares realizadas pelos Estados Unidos e pelos aliados contra a organização terrorista Al Qaida de Usama Bin Laden e contra o poder político Taliban. Ao lado de tudo isto, o crime organizado terrorista passou a ser matéria de estudos teóricos.

Em Macau, como noutros países ou regiões, apesar de só agora se dar importância ao crime de organização terrorista, com agrado, este está previsto desde 1 de Janeiro de 1996 no artigo 289.º do Código Penal de Macau, aquando da entrada em vigor, não havendo assim uma lacuna legislativa.

Nos termos desse artigo, para que haja crime de organização terrorista devem estar preenchidos os seguintes requisitos:

1. O agrupamento de duas ou mais pessoas que actuam concertadamente;
2. O crime tem uma determinada finalidade. Nos termos do referido artigo, a organização terrorista visa impedir, alterar ou sub-

verter, pela violência, o funcionamento do sistema político, económico ou social estabelecido em Macau, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral.

3. Pretendem-se realizar as finalidades referidas mediante a prática de determinados crimes. Entende-se como “determinados crimes” os crimes:

- a) Contra a vida, integridade física ou liberdade da pessoa;
- b) Contra a segurança dos transportes ou das comunicações;
- c) De produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, inundação, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos ou águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivo;
- d) De sabotagem;
- e) Que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas.

Qualquer acto que vise a promoção ou a constituição de um grupo, organização ou associação terrorista, a ele aderir ou apoiá-lo constitui crime.

Daí podermos concluir que a característica mais importante no crime de organização terrorista, previsto no Código Penal de Macau, seja a da intenção de atingir determinados fins, através da prática de determinados crimes. Esta característica distingue-o dos crimes de associação secreta e de organização criminosa.

1.5. CRIME DE TERRORISMO

Nos termos do artigo 290.º do Código Penal de Macau, o crime de terrorismo consiste na prática de crimes premeditados pela organização terrorista dentro da categoria do crime de organização terrorista.

Através desta disposição do Código Penal de Macau, podemos ver que o crime de terrorismo é considerado pelo legislador como um crime derivado do crime de organização terrorista. Na realidade, o crime de terrorismo e o crime de organização terrorista são crimes estreitamente conexos, porque a razão de existir do próprio crime de organização terrorista é naturalmente a prática do terrorismo.

No entanto, apesar de em regra o terrorismo ser exercido por uma organização terrorista, não deixa de ser verdade tanto do ponto de vista doutrinário como prático, de que aquele seja praticado apenas por um indivíduo, isto é, fora do âmbito de uma organização terrorista. Sendo assim, concordamos com os estudiosos chineses que defendem: “O terrorismo que é o resultado da transformação do “terrorismo com objectivos meramente políticos” para um “terrorismo de objectivos múltiplos”, faz com que apareçam frequentemente organizações terroristas de pequenas dimensões que actuam individualmente”¹⁴.

Portanto, na nossa opinião, o crime de terrorismo previsto no artigo 290.º do Código Penal de Macau não deve ser entendido simplesmente como criminalidade organizada, pois pode ser um acto de uma organização criminosa ou apenas de um indivíduo.

Estando o crime de terrorismo relacionado com a prática de uma série de crimes, o n.º 1 do artigo 290.º do Código Penal de Macau prevê uma punição especial atendendo à proporcionalidade entre o tipo de crime e a pena a aplicar: Quem praticar o crime de terrorismo é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela. Por exemplo, A, para provocar o terror, comete um crime de homicídio horrendo. Nos termos do artigo 128.º (Homicídio) do Código Penal de Macau, “quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 10 a 20 anos”. Assim, de acordo com aquela disposição, deve ser-lhe aplicada pena de prisão de 15 a 25 anos. Tome-se nota de que ao determinarmos uma pena de acordo com aquele princípio e se surgir entretanto uma pena superior a 30 anos de prisão, esta não pode ser aplicada, visto que de acordo com o artigo 41.º, só excepcionalmente pode atingir 30 anos.

2. CONCURSO DE CRIMES RELATIVOS À CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Nos termos legais, a criminalidade organizada tem como finalidade (fim) a prática de crimes e a sua existência manifesta-se pela prática

¹⁴ Cfr. a comunicação intitulada *O Crime de Terrorismo e o seu Combate*, proferida por Li Xihui e Tong Weihua, no Seminário Científico sobre o Direito Penal Internacional e a Questão do Crime Internacional Contemporâneos, organizado conjuntamente pela Faculdade de Direito da Universidade de Hong Kong e pelo Centro de Estudos da Ciência Jurídica Penal da Universidade Popular da China em 26 de Abril de 2002.

daqueles. Relativamente ao tipo de crime exercido pela organização criminosa, geralmente a lei não os prevê em especial. Por isso, nos termos do Código Penal de Macau, caso o agente do crime de associação criminosa ou da organização terrorista pratique vários crimes, este deve ser punido em concurso de crimes. A mesma regra é também aplicável aos crimes de associação ou sociedade secreta e à conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos previstos na Lei de Criminalidade Organizada. O crime de terrorismo é aqui exceção. Uma vez que a prática de determinados crimes preenchem os requisitos definidores do terrorismo, sendo que a prática desses crimes não constitui o concurso de crimes.

Em relação à temática do concurso de crimes na criminalidade organizada, existe ainda uma questão a apurar. Como referimos atrás, a par da definição dos crimes de associação ou sociedade secreta, a Lei de Criminalidade Organizada prevê também outros tipos de crime relacionados. Apesar destes estarem previstos na Lei da Criminalidade Organizada, não se podem considerar como se tratassem de concursos de crimes de associação ou sociedade secreta, isto quer dizer que, o crimes de associação ou sociedade secreta não devem ser considerados como pressupostos daqueles crimes. Dito de outro modo, esses crimes existem independentemente do crime de associação ou sociedade secreta e vice-versa.

IV

QUALIFICAÇÃO JUDICIAL DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

A aplicação da lei está sempre relacionada com a interpretação legislativa. A interpretação consiste em determinar o sentido da lei, o espírito da lei ou, noutra formulação, a vontade do legislador¹⁵. A interpretação da lei torna-se mais necessária quando a lei não tem uma disposição expressa ou o conceito jurídico correspondente está impreciso. Nas múltiplas interpretações da lei, a interpretação feita pelo juiz na aplicação da lei é, em certo sentido, mais prestigiado.

Apesar do facto de não se aplicar o direito comum em Macau, como a justiça penal contemporânea exige uma aplicação justa, estável e contí-

¹⁵ Cfr. Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, Vol. II, Lisboa, 1998, pág. 132-133.

nua da lei por parte do Tribunal, na aplicação da lei, são inevitáveis as consultas e o estudo da jurisprudência que diz respeito a sentenças que tenham sido proferidas anteriormente e, nomeadamente, aquelas que, pelo seu conteúdo tenham interesse para casos análogos futuros; nos casos de sentenças que sejam objecto de recurso, o tribunal hierarquicamente inferior está, no conhecimento da causa, obrigado a considerar a jurisprudência produzida pelo tribunal superior.

Ao longo dos anos da prática judicial, na questão de qualificação da criminalidade organizada, os tribunais de Macau chegaram a uma jurisprudência mais ou menos uniformizada através de diversos acórdãos. Vamos indicar aqui alguns extractos sobre vários pontos de vista fundamentais retirados de alguns acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior (ex-TSJ) em processos que subiram em recurso na qualificação da criminalidade organizada.

1. No acórdão do antigo Tribunal Superior de Justiça¹⁶, de 22 de Janeiro de 1997, no processo n.º 592¹⁷:

“O crime de associação criminosa pressupõe a conjugação de três elementos essenciais: o elemento organizativo, o elemento de estabilidade associativa e o elemento da finalidade criminosa.”

2. No acórdão do antigo Tribunal Superior de Justiça, de 3 de Setembro de 1998, no processo n.º 905:

“Será adequado falar-se de uma associação criminosa quando se está perante uma união de vontades, mesmo sem qualquer organização ou acordo formal prévio, com a intenção de estável e mais ou menos duradouramente, se praticarem actividades ilícitas.”

3. No acórdão do antigo Tribunal Superior de Justiça, de 25 de Novembro de 1998, no processo n.º 921:

¹⁶ Antes de 20 de Dezembro de 1999, o Tribunal Superior de Justiça era o órgão superior na hierarquia dos tribunais de Macau. A par disso, o Supremo Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Administrativo e o Tribunal Constitucional de Portugal eram também competentes para decidir em certas matérias susceptíveis de recurso.

¹⁷ A qualificação da criminalidade organizada dada por este acórdão teve como fundamento a Lei n.º 1/78/M. Apesar desta lei ter sido revogada em 1997 e ter sido substituída pela Lei da Criminalidade Organizada agora vigente, a base jurisprudencial mantém-se inalterada.

“No crime de associação secreta, existe o propósito de conjugar esforços com vista à prática de ilícitos criminais com estabilidade e duração, resultando na maior parte das vezes, de um acordo verbal, ou até tácito, assumido pelos agentes do ilícito e não obriga a que, em moldes civilísticos ou comerciais, o mesmo se tenha de traduzir na existência de uma “d direcção”; pelo que a respectiva existência se revela, sobretudo pela repartição em conjunto dos ditos actos ilícitos, pela homogeneidade repetitiva das condutas de cada um dos agentes, pela verificação da colocação de meios, individuais ou colectivos, ao serviço comum, com a finalidade da prática dos crimes em proveito de todos e sob a responsabilidade maior ou menor de cada um.”

4. No acórdão do antigo Tribunal Superior de Justiça, de 4 de Novembro de 1998, no processo n.º 934:

“A Lei n.º 6/97/M prevê e pune o ilícito de associação ou sociedade secreta, destinado a fazer face a uma situação criminal tipicamente local e sendo menos exigente quanto à demonstração da estrutura organizativa.”

Todos estes acórdãos descrevem em diversos aspectos os critérios e regras de qualificação da criminalidade organizada. Daqui podemos concluir que na determinação da existência de criminalidade organizada, os tribunais de Macau tiveram em conta três elementos essenciais:

1. Elemento organizativo

Na qualificação da criminalidade organizada, é muito difícil determinar se existe ou não “organização”. Assim, os tribunais de Macau têm de averiguar se existiu ou não a vontade de todos os membros cometerem crimes e se actuaram em conjunto ou não. Outros critérios são tomados em conta: como é que os agentes aderem à organização, se os membros da organização se conhecem, se existe uma relação hierárquica entre eles, etc. Mas estes critérios não são relevantes para a qualificação da criminalidade organizada.

Os critérios de qualificação coincidem com o espírito do n.º 2 do artigo 1.º da Lei da Criminalidade Organizada, que dispõe: “Para a existência da associação ou sociedade secreta não é necessário que:

- a) Tenha sede ou lugar determinado para reuniões;
- b) Os membros se conheçam entre si e se reunam periodicamente;
- c) Tenha comando, direcção ou hierarquia organizada que lhe dê unidade e impulso;
- d) Tenha convenção escrita reguladora da sua constituição ou actividade, ou da distribuição dos seus lucros ou encargos”.

2. Elemento de estabilidade associativa

O elemento de estabilidade associativa é considerado pelos tribunais de Macau com critério subjectivo, i.e., para determinar a existência duma organização criminosa estável, basta provar que os agentes tiveram em mente a prática de actividades ilícitas durante um certo tempo e de forma firme, independentemente da sua prática. Esta posição exclui pelo menos a possibilidade de considerar, como criminalidade organizada, uma mera participação criminosa em que os agentes têm a finalidade de cometer apenas um só crime. Do mesmo modo, também exclui a incerteza por determinar a estabilidade associativa através do critério da duração da existência da organização.

3. Elemento da finalidade criminosa

Apesar da Lei da Criminalidade Organizada ter alterado o disposto acerca da finalidade da criminalidade organizada na Lei das Associações de Malfeitores e no Código Penal de Macau, i.e., da criminalidade organizada “cuja finalidade seja dirigida à prática de crimes” anteriormente previsto pela forma seguinte: “considera-se associação ou sociedade secreta toda a organização constituída para obter vantagens ou benefícios ilícitos”, como aquela Lei prevê que a existência da associação ou sociedade secreta manifesta-se pela prática de crimes, não temos assim razão de excluir a finalidade criminosa dos elementos subjectivos para a constituição da associação ou sociedade secreta.

A intenção comum de praticar crimes é um elemento subjectivo necessário para a designar como criminalidade organizada. Esta intenção tanto pode ser certa ou incerta. Sendo a intenção certa, pode haver a intenção de praticar um crime, p. ex., roubo, rapto, mas também abranger a prática de vários crimes tais como a usura, a extorsão e o sequestro.

Em suma, na questão de qualificação da criminalidade organizada (crime de associação secreta), a posição dos tribunais de Macau é: constitui “crime de associação secreta” se os agentes tiverem uma vontade comum de cometerem crimes e tentam praticar conjuntamente actividades ilícitas de forma estável.

É de referir, na qualificação da criminalidade organizada, para além dos requisitos essenciais referidos, também se devem considerar as regras da lei processual. Nos termos do artigo 114.º (livre apreciação da prova) do Código do Processo Penal de Macau, “Salvo disposição legal

em contrário, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”¹⁸.

Portanto, na actividade judicial, a decisão final da qualificação da criminalidade organizada é da competência do juiz. O princípio da livre convicção concede ao juiz um poder discricionário na apreciação do valor da prova.

O artigo 353.º do Código de Processo Penal Francês exige ao julgador: “*La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d’une preuve; elle leur prescrit de s’interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l’accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: Avez-vous une intime conviction?*”¹⁹.

De facto, esta disposição do Código de Processo Penal Francês também está reflectida na prática judicial de Macau.

Os juízes de Macau entendem ainda que, na sentença, os tribunais só precisam de indicar, nos termos legalmente previstos, as provas que servem para formação da sua convicção, “sendo inexigível a exposição da razão dessa formação, nem análise crítica das provas”²⁰.

V

INQUÉRITO E ACUSAÇÃO CONTRA A CRIMINALIDADE ORGANIZADA

1. REGISTO DO INQUÉRITO

O processo penal actual está dividido geralmente em quatro fases principais: o inquérito, a acusação, o julgamento e a execução. O inqué-

¹⁸ “Salvo disposição legal em contrário” refere-se em princípio à apreciação da prova pericial. Nos termos do artigo 149.º do Código do Processo Penal de Macau, “O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.”

¹⁹ Cfr. *Código de Processo Penal da França*, traduzido por Yu Shutong e Xie Zhaohua, Editora Universidade da Ciência Política e Direito da China, 1997. O princípio de *l’intime conviction* esteve consagrado inicialmente no Código de Processo Penal Francês de 1808. A partir daí foi adoptado plenamente por muitos países, especialmente pelos países do sistema continental. O Código de Processo Penal de Macau também seguiu a tradição de *l’intime conviction* do sistema continental na apreciação da prova.

²⁰ Cfr. o acórdão do Tribunal da Segunda Instância de Macau, do processo n.º 197/2001.

rito é a fase preliminar do processo penal em que são principalmente recolhidas as provas para acusação e defesa.

De acordo com o disposto no artigo 246.º do Código de Processo Penal de Macau, a direcção do inquérito cabe ao Ministério Público²¹. No âmbito da direcção do inquérito, o Código estabelece várias atribuições ao Ministério Público e uma delas é o poder de registo do inquérito, i.e., o poder de decidir a abertura de inquérito sobre uma notícia de crime.

Nos termos do n.º 2 do artigo 245.º do Código de Processo Penal, “Ressalvadas as excepções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito.”

A abertura de inquérito sobre qualquer notícia de crime depende sempre da decisão prévia do Ministério Público em instaurar o processo. Assim, o Código prevê expressamente que a notícia do crime chega ao Ministério Público por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia de outras pessoas. As notícias do crime conhecidas pelos órgãos de polícia criminal e pela denúncia só produzem efeitos legais no processo penal depois de serem remetidas ao Ministério Público. Os artigos 226.º e 231.º do Código de Processo Penal de Macau exigem ainda expressamente que os órgãos de polícia criminal, que tiverem a notícia de crime, transmitem-na ao Ministério Público no mais curto prazo.

Daí concluímos que em Macau, o registo do inquérito dum facto criminoso é, em princípio, obrigatório, não sendo necessário uma apreciação rigorosa da notícia do crime. Ou seja, não existe em Macau um regime de apreciação à abertura do inquérito, tal como sucede na China continental. Nos termos do artigo 86.º do Código de Processo Penal da RPC, “Relativamente à matéria de participação, acusação, denúncia e confissão, os tribunais populares, as procuradorias populares ou os órgãos de segurança pública devem fazer, dentro das suas atribuições, uma apreciação célere e, quando estão verificados os factos criminosos, estes devem dar lugar à abertura do inquérito; quando se entender que não existe crime, ou o facto em causa não merecer tutela penal, não abrem o inquérito e comunicam a razão da sua não abertura ao proponente da

²¹ Nos termos do artigo 11.º da Lei n.º 10/2000 de Macau, a direcção do inquérito sobre os casos criminais que se enquadram nas atribuições do Comissariado contra a Corrupção da RAEM cabe ao Comissário contra a Corrupção.

denúncia. O denunciante que não concordar com a decisão pode requerer a revisão da decisão.” Considera-se em geral que este artigo consagra o critério e o regime de apreciação para a abertura do inquérito.

O direito de Macau também prevê na lei casos excepcionais que não estão dependentes da abertura de inquérito. Trata-se da eliminação de um acto processual. Por exemplo, o inquérito não deve ser aberto quanto a crimes públicos (que dependem de queixa) e a crimes particulares (que estão dependentes de acusação particular), caso não exista queixa ou acusação particular. O Ministério Público tem legitimidade para iniciar os processos dos crimes públicos e crimes particulares. Não havendo queixa ou acusação particular, em regra, o Ministério Público não pode por sua iniciativa²² instaurar um processo. Além disso, não é preciso o registo de processo de inquérito nos casos em que o processo foi julgado ou está pendente, isto é, nos casos em que é possível seguir a forma de processo sumário ou sumaríssimo e nos casos de contravenções presenciadas ou verificadas por funcionário, também não é preciso o registo do inquérito.

A criminalidade organizada traduz-se na prática de uma série de crimes públicos e segue-se o processo comum²³ visando a responsabilização criminal do agente. Por isso, tendo o Ministério Público recebido a notícia do crime, não há outra escolha senão abrir o inquérito.

A diferença existente entre o regime de Macau e da RPC quanto à abertura do inquérito está na definição divergente de crime que se dá em cada um daqueles. O Código Penal de Macau não diz o que é crime. Entende-se, no entanto, que um facto será considerado crime quando preenche todos os elementos constitutivos deste. O artigo 13.º do Código Penal da RPC define expressamente o crime e para o ser é necessário que se tenha dado em circunstâncias previstas na lei e que haja um certo grau de danos: “não é considerado crime, quando a circunstância é obviamente ligeira e causa pouco dano”. O Código Penal de Macau não é tão

²² Nos termos do n.º 5 do artigo 105.º e do artigo 109º do Código Penal de Macau, quando o direito de queixa ou de acusação particular não puder ser exercido, porque a sua titularidade caberia apenas, no caso, ao agente do crime, pode o Ministério Público dar início ao procedimento se particulares razões de interesse público o impuserem.”

²³ Nos termos do Código de Processo Penal de Macau, o processo penal compreende o processo comum e os processos especiais. São processos especiais o processo sumário, o processo sumaríssimo e o processo contravençional.

exigente. Talvez seja a razão principal para que não haja necessidade de apreciação aquando da abertura do inquérito em Macau ao contrário do que acontece na RPC.

2. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO

Todos sabemos que as medidas de coacção viram garantir o normal funcionamento do inquérito. As medidas de coacção são importantes na investigação da criminalidade organizada, pois impossibilitam que o arguido fuja e continue a cometer outros crimes ou perturbe os trâmites normais do processo, no sentido de se proceder à recolha rápida e eficaz de todas as provas necessárias para proteger as respectivas testemunhas e as próprias vítimas.

No Código de Processo Penal de Macau, estão previstas seis medidas de coacção: 1. Obrigação de prestar termo de identidade e residência; 2. Obrigação de prestar caução; 3. Obrigação de apresentação periódica; 4. Proibição de ausência e de contactos; 5. Suspensão do exercício de funções, profissão ou direitos; 6. Prisão preventiva.

Destas seis medidas de coacção, as cinco primeiras são medidas não privativas da liberdade pessoal, enquanto que a prisão preventiva é uma medida privativa da liberdade pessoal.

Tal como referimos atrás, nos termos do artigo 29.º da Lei da Criminalidade Organizada, se o crime imputado for o de associação ou sociedade secreta, de extorsão a pretexto de protecção, de tráfico internacional de pessoas, da conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos (alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 10.º) ou de violação de segredo de justiça (n.º 2 do artigo 13.º), aplica-se ao arguido a medida de prisão preventiva.

Vamos agora analisar em especial os seguintes requisitos de aplicação da prisão preventiva.

A Lei da Criminalidade Organizada apenas prevê a prisão preventiva obrigatória, mas não tem disposição expressa sobre quais os requisitos para a aplicação dessa medida de coacção. Por isso, para sabermos quais são os requisitos para aplicar a prisão preventiva, relativamente aos referidos crimes imputados, é preciso recorrer às disposições gerais previstas no n.º 1 do artigo 186.º do Código de Processo Penal de Macau, dizendo que terá que haver fortes indícios pela prática dos crimes, pelo arguido,

O que se entende por “fortes indícios”? Ao longo dos anos, os Tribunais têm seguido a jurisprudência que defende que “fortes indícios” significam: “o conjunto de elementos factuais que, relacionados e conjugados, façam acreditar que eles são idóneos e bastantes para imputar ao arguido a culpabilidade por crime de tal natureza, ou seja, não há aqui que lançar mão de juízos de certeza que são próprios da fase do julgamento, mas a prova recolhida tem de deixar uma clara e nítida impressão da responsabilidade do arguido, em termos de ser muito provável a sua condenação”²⁴.

Obviamente, a lei não exige, para a aplicação da medida de prisão preventiva ao arguido, provas suficientes para determinar que o arguido tenha praticado o crime. Tal como está referido no acórdão do Processo n.º 192/2000 do Tribunal de Segunda Instância de Macau, de 7 de Dezembro de 2000: “Os elementos necessários para a convicção livre do juiz consistem indícios de crime previstos na alínea a) do artigo 186 do CPP, que não são provas de certeza, mas provas-indícios que a lei permite.”

A razão da utilização expressão “fortes indícios” como critério de aplicação da pena preventiva é muito simples. A razão é a de que, no processo penal, durante a realização do inquérito o objectivo é recolher o maior número possível de provas e só no julgamento é que se sabe se as provas são suficientes ou não.

Na fase do inquérito, a aplicação obrigatória da prisão preventiva ao arguido que está envolvido na criminalidade organizada constitui, sem dúvida, uma garantia importante para a realização do inquérito. No entanto, a questão de liberdade pessoal do arguido resultante da aplicação obrigatória de prisão preventiva também merece atenção. Julgamos necessário esclarecer, quanto a este aspecto, as disposições legais relativas ao prazo de prisão preventiva aplicado a um indivíduo acusado de pertencer à criminalidade organizada durante a fase de inquérito.

Nos termos do Código de Processo Penal de Macau, o prazo de duração máxima da prisão preventiva está dividido em quatro categorias de acordo com o artigo 199.º do Código de Processo Penal: a) 6 meses

²⁴ Ver os acórdãos dos processos de recurso n.º 701, de 9 de Julho de 1997, n.º 880, de 21 de Julho de 1998, n.º 1250, de 10 de Novembro de 1999, todos ainda decididos, pelo antigo Tribunal Superior de Justiça de Macau, e o acórdão do processo de recurso n.º 6/2000 de 27 de Abril de 2000 do Tribunal de Última Instância de Macau.

sem que tenha sido deduzida acusação; *b*) 10 meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferido despacho de pronúncia; *c*) 18 meses sem que tenha havido condenação; *d*) 2 anos sem que tenha havido condenação com trânsito e julgado em 1.^a instância. A expressão “certos crimes” refere-se principalmente aos crimes previstos no artigo 193.^o do Código de Processo Penal de Macau, i.e., crimes puníveis com pena de prisão de limite máximo superior a 8 anos, ou seja: *a*) Crime cometido com violência; *b*) Furto de veículos ou falsificação de documentos ou elementos identificadores de veículos; *c*) Falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equiparados, ou da respectiva passagem; *d*) Produção ou tráfico ilícito de droga.

Podemos observar daí que o artigo 193.^o não compreende expressamente, no âmbito da aplicação obrigatória da medida de prisão preventiva ao arguido, os crimes de associação criminosa, de organização terrorista e de terrorismo previstos no Código Penal de Macau, crimes esses que possuem uma natureza intrínseca de criminalidade organizada. Além disso, os crimes previstos nesse artigo não incluem os crimes previstos na Lei da Criminalidade Organizada aos quais o juiz deve aplicar a medida de prisão preventiva (salvo se tais crimes forem abrangidos por critérios evidenciadores de um crime violento, previsto no artigo 193.^o). Assim, surge-nos uma dúvida: relativamente aos crimes de associação criminosa, de organização terrorista, de terrorismo e os previstos no artigo 29.^o da Lei da Criminalidade Organizada, o prazo da prisão preventiva na fase de inquérito é de 6 meses ou 8 meses?²⁵ (Ver artigo 199.^o do Código de Processo Penal)

Perante esta situação, em sentido rigoroso, tem também fundamento jurídico a opinião de que o prazo de prisão preventiva no inquérito aplicado ao arguido a quem é imputado o crime previsto na lei da criminalidade organizada referida é de 6 meses — apesar de não concordarmos com este ponto de vista²⁶.

É óbvio que esta dúvida resulta de lacuna legislativa.

Na nossa opinião, somente nessa situação, podemos resolver o problema através de interpretação, recorrendo ao artigo 4.^o do Código de

²⁵ Outra dúvida é que a lei não tem uma disposição concreta sobre a aplicação obrigatória ou não da prisão preventiva ao arguido dos crimes de associação criminosa, de organização terrorista e de terrorismo.

²⁶ Tem de se ter em conta o disposto no artigo 199.^o do Código de Processo Penal (serve para todos os casos).

Processo Penal de Macau e aplicando por analogia as disposições correspondentes do Código. Em concreto: no artigo 193.º do Código de Processo Penal de Macau estão previstos os tipos de crime para a aplicação obrigatória da medida de prisão preventiva. Nos termos do n.º 2 do artigo 199.º do Código de Processo Penal, o limite máximo da duração da prisão preventiva na fase de inquérito é de 8 meses, quando se proceder por um dos crimes referidos no artigo 193.º. Baseando-nos nisto, podemos explicar a intenção do legislador que é, em relação aos crimes de aplicação obrigatória da medida de prisão preventiva, aplica o limite máximo da prisão preventiva na fase de inquérito, que é de 8 meses. Nestes termos, no artigo 29.º da Lei da Criminalidade Organizada estão previstos 5 crimes de prisão preventiva obrigatória; apesar destes crimes não estarem incluídos nos crimes enumerados no artigo 193.º do Código de Processo Penal de Macau, a sua natureza intrínseca (ou seu grau de dano) é idêntica à dos crimes previstos no artigo 193.º do Código. Por isso, quanto à questão do prazo da prisão preventiva deve aplicar-se por analogia as disposições do n.º 2 do artigo 199.º do Código de Processo Penal de Macau, i.e., o prazo da prisão preventiva na fase de inquérito deve ser de 8 meses.

Claro, a questão da imprecisão do prazo da prisão preventiva do arguido que incorre no crime previsto na lei da criminalidade organizada na fase de inquérito deve ser resolvida radicalmente por um eventual acto legislativo.

3. DIREITO AO SILÊNCIO DO ARGUIDO

O direito ao silêncio no processo penal refere-se basicamente a que, em relação às perguntas colocadas pelas entidades competentes sobre os factos de crime, o arguido pode, de acordo com as disposições legais, manter-se em silêncio ou recusar-se a responder, sem que isto se traduza na produção de efeitos jurídicos desfavoráveis. Além disso, as entidades competentes têm a obrigação de informar o arguido desse direito. As regras do direito ao silêncio tiveram origem em Inglaterra, no caso de John Liburn²⁷. Actualmente, o direito ao silêncio é reconhecido a nível internacional. Por exemplo, nos termos do n.º 1 do artigo 136.º do Codi-

²⁷ Ver *The United Nations Standards and China's Legal System of Criminal Justice*, redactores principais: Chen Guangzhong e Daniel Prefontaine (canadiano), Editora Direito, 1998, pág. 273-274.

go de Processo Penal da Alemanha, o acusado tem o direito de responder à acusação ou de nada dizer sobre o caso. Nos termos do artigo 29.º do Código de Processo Penal da Holanda, o suspeito e o réu não são obrigados a responder às perguntas feitas pela polícia, pelo delegado do procurador e pelo juiz.

O direito de Macau tem uma atitude afirmativa perante o direito ao silêncio. Nos termos do Código de Processo Penal de Macau, salva a obrigação de responder, sem falsidade, às perguntas das autoridades competentes acerca da sua identidade, dos seus antecedentes criminais, o arguido tem o direito de não responder às perguntas que lhe são dirigidas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe são imputados e quanto ao conteúdo das alegações que deles são feitas²⁸. O Código prevê ainda que, quando uma pessoa é constituída arguido, a autoridade judiciária e o órgão de polícia criminal são obrigados a informá-lo do referido direito de não responder, sob pena das declarações prestadas pelo arguido não poderem ser utilizadas como prova contra ele²⁹. Além disso, no início da audiência de julgamento, o juiz que preside ao julgamento informa o arguido de que tem direito a prestar, em qualquer momento da audiência, declarações referentes ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo³⁰. Daí, não ser difícil concluirmos que, no enquadramento do Código de Processo Penal de Macau, em relação ao facto imputado, o arguido goza dum direito absoluto ao silêncio.

Sabemos que o reconhecimento do direito ao silêncio do arguido está intimamente relacionado com o ónus de prova no processo penal. No processo penal actual, o ónus de prova em princípio é deduzido no processo de inquérito. Tanto nos países anglo-saxónicos como nos países do sistema continental, “*Nemo tenetur seipsum accusare*” já se tornou um princípio fundamental. O direito ao silêncio do arguido é portanto um conteúdo importante e uma exigência básica deste princípio.

Referente ao direito ao silêncio, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pelas Nações Unidas em 1966, também tem uma disposição afirmativa. Nos termos do n.º 3 do artigo 14.º do Pacto, qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito,

²⁸ Ver o artigo 50.º do Código de Processo Penal de Macau.

²⁹ Ver o artigo 47.º do Código de Processo Penal de Macau.

³⁰ Ver o artigo 324.º do Código de Processo Penal de Macau.

em plena igualdade, “a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”.

No entanto, apesar do facto do direito ao silêncio ser afirmado actualmente pela legislação de muitos países (e regiões) este direito é considerado como um direito processual fundamental do arguido em vários pactos internacionais, não querendo isto dizer que o direito ao silêncio é um direito indiscutível. Em relação a isto, tanto no aspecto teórico como na prática legislativa existem provas exemplificativas. Tendo como exemplo a Inglaterra que criou as primeiras regras do direito ao silêncio, um jurista inglês famoso Jeremy Bentham referiu, em relação às regras do direito ao silêncio, que “o direito ao silêncio é uma das regras mais prejudiciais e ridículas descobertas no pensamento humano (...) Se os criminosos de cada grau se agruparem e criarem um regime segundo as suas aspirações, para se defenderem, qual seria a regra escolhida em primeiro lugar? Os inocentes nunca aproveitam tais regras. Eles vão pretender o direito a falar, tal como os culpados invocam o direito ao silêncio”³¹. Perante a questão de se fazerem perguntas ao arguido, Bentham não se cansa de realçar que o interrogatório não equivale a uma inquisição coerciva ou com violência. Do ponto de vista legislativo, os artigos 34.º a 37.º do Decreto da Justiça Criminal e Ordem Pública (*Criminal Justice and Public Order Act*), promulgado em 1994 na Inglaterra, introduz uma grande restrição às regras originais do direito ao silêncio, i.e., nos casos legalmente previstos, perante a recusa de responder às perguntas no interrogatório policial e o silêncio no julgamento, por parte do réu, o júri pode fazer-lhe uma presunção desfavorável³².

Em relação ao Código de Processo Penal da RPC, não admite que o suspeito goze do direito ao silêncio. Nos termos do artigo 93.º daquele Código, “...Relativamente às perguntas dos agentes do inquérito, o suspeito deve responder sem falsidade. No entanto, referente às perguntas não relacionadas com o caso, ele tem o direito de se recusar a responder.”

Do ponto de vista da prática legislativa de Macau, referimos atrás que a Lei da Criminalidade Organizada tem uma disposição excepcional referente ao direito ao silêncio do arguido.

³¹ Ver Sun Yongchang, *O Procedimento do Inquérito e os Direitos Humanos*, Editora Fang Zheng da China, 2000, pág. 298.

³² Ver *Police and Criminal Evidence Act - Codes of Practice*, Editora Jin Cheng, 2001, pág. 52-55.

Na realidade, o direito ao silêncio manifesta um conflito entre o direito do arguido e o interesse público. Na resolução deste conflito, as palavras do ex-Presidente do Tribunal de Recurso Civil da Inglaterra, Rt Hon Lord Denning, inspira-nos: “Fixem na vossa mente que, no processo dum julgamento justo e duma resolução justa do problema, para além dos interesses das partes, ainda temos de considerar um outro interesse, que é o interesse público relacionado com os grandes assuntos do Estado”³³.

Com base na análise feita, entendemos que o reconhecimento do direito absoluto ao silêncio do arguido não corresponde ao objectivo de justiça pretendido pela acção criminal, nem é uma medida que possa resolver cientificamente todo o problema. Por isso, pretendemos que, a par de reconhecer o direito ao silêncio do arguido, se estabeleça um mecanismo que encoraje o arguido culpado a dizer a verdade e confessar o crime. Por outras palavras, é preciso fazer uma distinção adequada aos efeitos do direito ao silêncio, i.e., aplica-se um regime de punição atenuada ao arguido que confessa, por sua iniciativa, o seu crime ou o crime dos outros, e aplica-se um regime de punição agravada ao arguido que aproveita o direito ao silêncio para esquivar-se à responsabilidade criminal. Só assim é que o direito ao silêncio se tornará verdadeiramente uma garantia importante dos interesses e direitos legais do arguido, e não um simples meio para o arguido culpado se esquivar à responsabilidade criminal.

4. APLICAÇÃO DO DETECTOR DE MENTIRAS

A aplicação do detector de mentiras na investigação criminal teve início nos anos 20 do século XX nos Estados Unidos. Actualmente, mais de 60 países aplicam esta técnica.

Na China Continental, as técnicas do detector de mentiras já são aceites e utilizadas pelos órgãos de segurança pública e desempenham uma função fulcral na investigação dos casos mais graves.

No entanto, a aplicação do detector de mentiras na investigação criminal ou até noutras fases do processo penal é desde o início alvo de polémicas. O foco das polémicas reside principalmente em dois aspectos: Primeiro, as técnicas são cientificamente exactas? Segundo, a utili-

³³ Ver Rt Hon Lord Denning (inglês), *The Due Process of Law*, traduzido por Li Keqiang, Yang Baikui e Liu Yonggan, Editora Direito, 1999, pág. 12.

zação das técnicas viola ou não os direitos humanos? O resultado do detector de mentiras pode servir como prova?

Com o aperfeiçoamento contínuo das técnicas de detector de mentiras e a elevação da qualidade do pessoal que aplica estas técnicas, o grau de exactidão do detector de mentiras é cada vez mais elevado, e consequentemente também o grau de confiança das pessoas é cada vez maior. Tendo como exemplo a China Continental, actualmente os órgãos de segurança pública utilizam aparelhos de exame psicológico da série PG produzidos sob controlo dos Serviços de Segurança Pública para fazer a investigação criminal e a taxa de exactidão atinge uma taxa superior a 98% (nos Estados Unidos a taxa de exactidão da aplicação desses aparelhos é de 92%)³⁴.

Do ponto de vista da prática judicial, a aplicação das técnicas do detector de mentiras tem pelo menos as seguintes vantagens para a investigação criminal:

1. Exclusão mais exacta de inocentes;
2. Determinação mais exacta de agentes;
3. Determinação mais exacta de intervenientes;
4. Distinção da verdade ou falsidade do conteúdo alegado pela pessoa detectada;
5. Ajuda à descoberta de indícios úteis para o inquérito, quando o inquérito se encontra numa situação estagnada;
6. Fazer abandonar a ideia de se fugir à responsabilidade e do arguido se defender com pretextos;
7. Aumento da confiança dos agentes que intervêm no inquérito e da eficácia e qualidade do seu trabalho.

Quanto à segunda questão, ou seja, se o uso de detector de mentiras viola ou não os direitos humanos e o resultado pode ou não servir como prova, há sempre opiniões opostas.

Nos termos do n.º 1 do artigo 113.º (Métodos proibidos de prova) do Código de Processo Penal de Macau, “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral da pessoa”.

³⁴ Ver Yang Daojin e Zhang Zhemin, *As Técnicas de Detector de Mentiras na Investigação Criminal da RPC*, Editora Wen Lian da China, 2000, pág. 5.

Para o efeito, o n.º 2 deste artigo continua: “São ofensivas da integridade física ou moral da pessoa as provas obtidas, mesmo que com consentimento dela, mediante:

- a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;
- b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;
- c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;
- d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;
- e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.”

Nestes termos, há estudiosos portugueses que entendem que a utilização do detector de mentiras cai no âmbito dos métodos proibidos de prova previstos no n.º 2 do artigo referido³⁵.

No entanto, parece que, com base nas referidas disposições legais, não podemos concluir concreta e afirmativamente pela exclusão da aplicação das técnicas do detector de mentiras.

Na nossa opinião, do ponto de vista da teoria das técnicas do detector de mentiras, elas por si só não perturbam a liberdade de vontade ou de decisão, nem a capacidade de memória ou de avaliação. A técnica utilizada através do detector de mentiras é praticamente uma manifestação da relação entre o detectado e o facto, através da revelação física e psicológica da pessoa submetida a esse exame. Não existe uma diferença intrínseca entre esta técnica e a distinção de DNA, o exame de detecção de álcool e o exame de urina. Por isso, ao nível técnico as técnicas do detector de mentiras não contrariam as disposições legais vigentes em Macau.

É de referir, que as técnicas do detector de mentiras consistem num produto derivado do desenvolvimento da ciência e da tecnologia moderna, sendo o aumento dos componentes científicos e tecnológicos na investigação criminal uma das exigências da investigação criminal contemporânea, especialmente quando se trata da investigação da crimina-

³⁵ Manuel Leal-Henrique e Manuel Simas-Santos, Código de Processo Penal — 1328 Notas, Legislação, Imprensa Oficial de Macau, 1997, pág. 295.

lidade organizada com uma grande capacidade de ocultação e anti-investigação, a aplicação das técnicas do detector de mentiras desempenha uma função mais activa.

Claro, a aplicação das técnicas do detector de mentiras depende, por um lado, da dotação de diversos recursos materiais e pessoais, por outro lado, duma eventual escolha lúcida e clara do legislador.

Em suma, relativamente à questão da introdução duma técnica nova no âmbito judicial, devemos tomar uma atitude cuidadosa e aberta. No entanto, temos de estar conscientes duma coisa: hoje em dia as técnicas científicas estão a desenvolver-se rapidamente e estamos perante uma situação que é pela forma seguinte: “o critério de apreciação judicial para a aplicação ou não dum resultado dos estudos científicos depende desse resultado ser aceite plenamente em ramos científicos adequados. Por causa deste critério rigoroso de apreciação, as novas e diferentes técnicas de revelação da verdade ainda não são aceites pelos tribunais, mas estas técnicas estão a aproximar-se constantemente desses mesmos tribunais...”³⁶

5. CRITÉRIO DE PROVA DE ACUSAÇÃO

O critério de prova de acusação, abreviadamente designado critério de acusação, consiste num conjunto de provas que o órgão acusador recolhe para a acusação, ou seja, o nível que as provas atingem para se proceder à acusação.

Em termos teóricos, no processo penal, o critério de prova nas diversas fases do processo deve ser distinto. Por outras palavras, o critério de prova nas fases da abertura do inquérito, da acusação e do julgamento não é idêntico, mas passa por um percurso mais rigoroso e perfeito.

Por exemplo, de acordo com o disposto no Código de Processo Penal de Macau, o critério de prova para a abertura do inquérito no caso penal é “a notícia de um crime”³⁷. O critério de prova para a aplicação da prisão preventiva aplicada ao arguido é “haver fortes indícios” da prática dum determinado crime pelo arguido³⁸. Quanto ao critério de prova para a acusação, o n.º 1 do artigo 265.º do Código de Processo Penal prevê: “Se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de

³⁶ Cfr. John J. Bonsignore (americano) e outros, *Before the Law*, traduzido por Deng Zhi Bin, Editora Hua Xia, 2002, pág. 503.

³⁷ Ver o n.º 2 do artigo 245.º do Código de Processo Penal de Macau.

³⁸ Ver a alínea a) do n.º 1 do artigo 186.º do Código de Processo Penal de Macau. 1329

que o arguido praticou o crime, o Ministério Público deduz acusação contra aquele.” Com base nesta hipótese, podemos concluir que o critério de prova para a acusação em Macau é o de “indícios suficientes”, cuja definição está expressamente prevista no n.º 2 do mesmo artigo: “Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança.” No Código de Processo Penal de Macau não está previsto expressamente o critério de condenação. A decisão de condenação ou absolvição depende principalmente da apreciação das provas pelo juiz, conforme o princípio de livre convicção, “*l’intime conviction*”.

Na análise das disposições do Código de Processo Penal de Macau sobre o critério de prova de acusação, entendemos que na dedução da acusação, o critério de prova não deve servir apenas para considerar as provas como verdadeiras e suficientes na condenação. Desde que se entenda que no processo existe possibilidade razoável para aplicar uma pena ou medida de segurança, o órgão acusador deve deduzir a acusação. Apesar de caber ao órgão acusador fornecer, dentro do possível, provas suficientes, esta suficiência das provas é sempre uma questão a ser resolvida na fase de julgamento. Por isso, o critério de prova de condenação não deve ser colocado previamente na fase de acusação. Isto tem um significado orientador por factos relacionados com a lei da criminalidade organizada. Em termos práticos, no decurso do inquérito relacionado com factos descritos pela lei da criminalidade organizada, geralmente é extremamente difícil obter provas materiais, sendo porém mais fácil recolher indícios de provas. Desta maneira, se se considerar o critério de prova de condenação como critério de acusação, não se poderia deduzir a acusação na maioria dos casos de criminalidade organizada por causa da “insuficiência de provas”. Isto obviamente não corresponde ao referido critério legal de prova de acusação e também contraria a função investigadora e acusadora do Ministério Público.

Em relação ao critério de prova, alguma jurisprudência proferida pelos tribunais de Macau indica igualmente que a acusação e o julgamento têm diferentes critérios de prova. Por exemplo, segundo o acórdão de 3 de Setembro de 1998, proferido pelo antigo Tribunal Superior de Justiça, no processo de recurso n.º 905: “Para a pronúncia, como para a acusação, a lei não exige a prova, no sentido de certeza moral da existência do crime, basta-se com a existência de indícios, de sinais da ocor-

rência de um crime, donde se pode formar a convicção de que existe uma possibilidade razoável de que foi cometido o crime pelo arguido.” O acórdão de 29 de Setembro de 1999, proferido pelo antigo Tribunal Superior de Justiça, no processo de recurso n.º 1212 também refere: “O crime de associação secreta da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho, ao contrário do crime de associação criminosa do artigo 288.º do Código Penal pode bastar-se, a nível geral, com a demonstração de factos-índice.” Baseando-se nisto, o acórdão indica: “Se várias pessoas se reúnem com o propósito de cometerem vários crimes de cartel ilícito para jogo em momentos diferentes, pode indiciar-se o crime de associação secreta.”

Além disso, o princípio acusador conjugado com o critério de indícios suficientes coincide também com o previsto no n.º 2 do artigo 1.º referido da Lei da Criminalidade Organizada. Esse número abandona o critério rigoroso de prova para provar a existência da associação secreta e, portanto, mais facilita a dedução da acusação contra a criminalidade organizada.

Em suma, na dedução de acusação por factos relacionados com a Lei da Criminalidade Organizada, deve aplicar-se o conteúdo da prova “indícios suficientes” previsto na lei, e não o critério de condenação. Um outro aspecto que consideramos importante é o de que não se deve, em caso de absolvição do arguido sobre factos relacionados com a Lei da Criminalidade Organizada, considerar simplesmente que o Ministério Público não deveria ter deduzido a acusação ou que esta foi mal deduzida, e em vez disso, deve-se, sim, apreciar a qualidade acusadora do Ministério Público, quer seja na base de condenação do arguido ou na sua absolvição em decisão proferida pelo tribunal.