

As coordenadas dos valores da política criminal a seguir numa sociedade harmoniosa — reflexões sobre a política criminal de Macau

*Zhao Guoqiang**

Envidar os melhores esforços com vista a construir uma sociedade de direito democrática, equitativa e justa, sincera e amigável, dinâmica, estável e ordenada, em que é estabelecida uma comunhão consertada entre o Homem e a Natureza, não é apenas uma política governativa consagrada na China Interior, mas também uma das linhas de acção governativa em curso na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM). É evidente que o impulsionamento e o reforço da instituição da legalidade democrática, nomeadamente em matéria criminal, é um dos sentidos inerentes à estruturação de uma sociedade harmoniosa. Para o efeito e neste processo de estruturação, o modo como pode avançar no caminho de desenvolvimento e aperfeiçoamento da política criminal, em cumprimento das linhas traçadas no seio da sociedade harmoniosa já passou a ser uma temática relevante a que os penalistas da China Interior e de Macau deverão enfrentar.

Nos termos da «Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China», Macau goza de autonomia de alto grau no domínio penal. A política criminal de Macau em vigor é na realidade uma continuação da política da mesma área adoptada na era da administração portuguesa, que contempla, entre outras, a prática da estratégia de penas leves¹. No entanto, essa estratégia não é a única marca da sociedade harmoniosa. Como a administração portuguesa era, ao longo dos séculos, uma governação colonial pela sua natureza, a política criminal não tinha, nem podia ter por base as ideias em prol de estruturar uma sociedade harmoniosa. Assim, com a reunificação com a República Popular da China (RPC), torna-se necessária uma reflexão sobre a política criminal vigente, tomando em linha de conta as ideias inerentes a uma sociedade harmoniosa, o que se reveste de um significado bastante importante e realístico para o aperfeiçoamento e desenvolvimento do direito penal de Macau. Neste sentido, é minha pretensão apresentar algumas

* Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

¹ Uma marca assinalável é a abolição da pena capital e da pena de prisão perpétua.

ideias pessoais sobre as coordenadas dos valores da política criminal numa sociedade harmoniosa, em conjugação com os preceitos pertinentes do direito penal de Macau em vigor.

I. A sociedade harmoniosa e o princípio da pena mínima necessária

Nas sociedades modernas, a *ratio legis* de toda e qualquer norma é necessariamente a protecção de bens jurídicos sociais. Daí que, os diferentes ramos de direito constituam uma rede de tutela jurídica complexa e simultaneamente sistemática. A pena, enquanto uma das linhas de defesa que integram a rede, é considerada o meio de tutela jurídica de último recurso, em virtude da sua severidade sancionatória. E a regularização com a pena só é necessária quando as demais linhas de protecção jurídica não forem suficientes para tutelar os bens jurídicos sociais em causa. Assim, a aplicação da pena tem que ser mínima e restrita, nisto consistindo o significado essencial do princípio da pena mínima necessária². Como refere o estudioso de renome alemão Rudolf Von Jhring, “a pena é uma espada com dois gumes, a sua aplicação inadequada é prejudicial quer para o Estado, quer para os indivíduos”. Que perspicaz é este dizer para com a questão em causa!

A meu ver, à luz de construir uma sociedade harmoniosa, é necessária defender, na medida do possível, o princípio da pena mínima necessária, o que é um dos alvos e valores que se pretendem alcançar através da política criminal. Vista de um modo global, podemos descobrir a longa trajectória de desenvolvimento na história e evolução da pena, da barbáridade à civilização, da intervenção genérica à intervenção racionalizada. Processo em que, à medida da evolução social, o Homem tem permanentemente aprofundado os seus conhecimentos sobre a razão de ser da pena. Hoje em dia, no momento em que envidamos os nossos esforços no sentido de edificar uma sociedade harmoniosa, o princípio da pena mínima necessária reveste-se de um significado realístico e muito mais relevante, pois uma tal sociedade é extremamente incompatível com a lei dura e penas severas. No sentido moderno, a lei dura e as penas severas não só

² Há estudiosos que defendem, com base nesta noção básica, que a aplicação, sempre que possível, de penas mais leves em vez de penas graves é também uma manifestação do princípio da pena mínima necessária.

incluem o abuso de penas graves, mas também o abuso do poder punitivo. Deste modo, mesmo que se esteja num país ou território em que se praticam penas leves, o legislador que abuse do poder punitivo determina a falta de cumprimento do princípio da pena mínima necessária, produzindo-se sem excepção os efeitos destruidores para a harmonia social. Precisamente com base nesta percepção, proponho uma reflexão sobre as coordenadas do valor da política criminal no que dizem respeito aos regimes de contravenções consagradas no «Código Penal de Macau».

1. As estipulações nos regimes de contravenções

No ordenamento jurídico de Macau, contravenção é um conceito relativamente ambíguo. Nos termos do artigo 123.º do «Código Penal de Macau», constitui contravenção o facto ilícito que unicamente consiste na violação ou na falta de observância de disposições preventivas de leis ou regulamentos. Nas contravenções não pode ser cominada pena de prisão superior a 6 meses, enquanto o facto ilícito denominado contravenção é considerado crime se lhe corresponder pena de prisão de limite máximo superior a 6 meses. Além disso, no ilícito contravencional, a negligência é sempre punida; nas contravenções a pena de multa é inconvertível em prisão, salvo disposição em contrário; nos casos não regulados por normas específicas³, o preceituado para os crimes é aplicável às contravenções. Além disso, se um mesmo facto constituir simultaneamente crime e contravenção, o agente é punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contravenção. Estes preceitos demonstram que os ilícitos penais distinguem-se em ilícitos penais no sentido de crimes propriamente ditos e no sentido contravencional.

No entanto, em Macau, a lei que define infracções administrativas torna a natureza de contravenções cada vez mais complicada. Nos termos do Decreto-Lei n.º 52/99/M, constitui infracção administrativa o facto ilícito que unicamente consista na violação ou na falta de observância de disposições preventivas de leis ou regulamentos, expressão que reproduz fielmente o conceito respeitante à contravenção constante do «Código Penal de Macau». Porém o mesmo Decreto-Lei consagra expressamente que, a mesma infracção administrativa não tem a natureza de contraven-

³ Havendo regras jurídicas específicas, nas contravenções não se aplicam as normas relativas à reincidência e à prorrogação da pena.

ção e que, para esse facto ilícito é susceptível de ser cominada uma sanção administrativa pecuniária denominada multa; o facto ilícito denominado infracção administrativa é considerado crime ou contravenção, conforme os casos, quando lhe corresponda pena de prisão ou pena de multa convertível em prisão⁴.

Das legislações supramencionadas, podemos descobrir pelo menos que em Macau se distinguem quatro tipos de infracções penais e infracções administrativas como seguem: ilícitos penais em sentido próprio, ilícitos penais que revestem a forma de contravenções, ilícitos administrativos que consubstanciam em contravenções, bem como ilícitos administrativos em sentido próprio. Nestes termos, o legislador usa, em larga medida e em muitas das leis avulsas de relevância, a figura de contravenção, que desdobra em contravenções a que corresponde pena de prisão ou multa (no domínio penal) — ilícitos penais — e contravenções a que corresponde multa (no domínio administrativo) — ilícitos administrativas. Entretanto, a nível de normas adjectivas e com vista à adequação à dupla natureza das contravenções, foram estabelecidas normas processuais específicas para as contravenções da natureza de ilícitos penais no «Código de Processo Penal de Macau» e, foram também aprovadas, em paralelo, normas processuais para as contravenções da natureza de infracções administrativas nas legislações tais como é o caso do «Código de Processo do Trabalho».

2. Evolução do regime jurídico da contravenção

Como é sabido, contravenção não é uma figura nova, pois o seu antecessor é *la contravention*** consagrada no «Código Penal Francês» de

⁴ Aqui, encontramos pelo menos dois conceitos bastante ambíguos: em primeiro lugar, uma infracção cominada com pena de prisão de 6 meses ou inferior, ao fim e ao cabo, é considerada “contravenção” ou “crime”? Em segundo lugar, se bem que a infracção administrativa pela qual é cominada pena de multa convertível em prisão seja considerada “contravenção”, os factos ilícitos pelos quais é cominada pena de multa têm ou não a natureza de infracção administrativa?

** Nota de Tradutor: Muito embora este termo seja susceptível de ser traduzido literalmente como “crime contra a polícia” (que provavelmente é conhecido pela “*Police Offence*” no direito de Taiwan) — e daí a “transgressão de polícia” que segue —, resolve-se adoptar para efeito da presente versão portuguesa esta designação originariamente consagrada no *article 1.º do «Code Pénal Français*», de 1810. Quando o mesmo termo se referir à legislação alemã, adopta-se o termo alemão *Ordnungswidrigkeit*.

1810. Com a distinção feita nesse Código entre *crime, délit e contravention*, surgiu uma nova figura de “transgressão de polícia”, em paralelo com a infracção penal; depois, alguns Estados Federados da Alemanha vieram sucessivamente a aprovar os seus “Códigos Penais Policiais” (*Polzeistrafgesetzbuch*). O «Código Penal Alemão» de 1871 adoptou também a mesma tricotomia de *crime, délit e contravention*, o que tem vindo a ser objecto de críticas do sector criminalista alemão. Em 1902, o criminalista alemão J.Goldschmidt apresentou pela primeira vez as suas noções de Direito Criminal de Justiça (*justizstrafrecht*) e de Direito Penal Administrativo. Segundo J.Goldschmidt, o objectivo de justiça consiste na protecção do bem jurídico e da vontade dos indivíduos, recorrendo a meios de proclamação permanente e a normas jurídicas, dos quais é de salientar a força obrigatória do direito penal com vista a atingir os objectivos judiciais por meios coercivos. Chama-se a isto “Direito Penal de Justiça”⁵. Em paralelo, os objectivos da administração residem na promoção do bem-estar do Estado e da sociedade, adoptando como meios as acções administrativas, acções essas que dependem também de diplomas legais com força obrigatória para garantir a sua boa execução. Chama-se a isto “Direito Penal Administrativo”. J.Goldschmidt avançou considerando as infracções de Direito Penal de Justiça ilícitos penais que fazem parte de “violações de direito (*Rechtswidrigkeit*)”, enquanto as infracções de Direito Criminal Administrativo são considerados ilícitos administrativos, integrando as “infracções administrativas (*Verwaltungswidrigkeit*)”⁶.

O pensamento sobre direito penal de J. Goldschmidt influenciou profundamente a realidade prática legislativa penal de diversos países. Cita-se, a título exemplificativo, o «Código Penal Administrativo» austríaco de 1925 (revisto em 1950), a «Lei de Delitos» japonesa de 1949, o «Código Penal Económico» de 1949 (revisto em 1974) e a «Lei de Contraordenação», ambos da República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental de então). Todos são, sem excepção, resultado da ideia de direito penal administrativo. Assim, verifica-se que as contravenções consagradas no «Código Penal de Macau» não são senão resultado da mesma

⁵ São exemplos as normas de direito penal sobre crimes naturais (*mala in se*) tais como: homicídio, roubo e violação.

⁶ Para as diferenças entre o “Direito Penal de Justiça” e o “direito penal administrativo”, ver Lin Shan-tien (Taiwan), «*Crimes Económicos e Direito Penal Económico*», Livraria San Min, Taipé, 3.ª edição revista, pág. 114 e 115.

ideia de Direito Penal Administrativo e de modo algum são originárias. Neste sentido, a falta de conhecimento sobre o processo da criação e evolução de Direito Penal Administrativo determina a ignorância total do regime jurídico da contravenção.

3. Reflexões sobre o regime jurídico da contravenção

As divergências doutrinárias no direito penal resultantes da figura do Direito Penal Administrativo traduzem-se essencialmente na natureza deste último: ou se trata de ilícito penal ou de ilícito administrativo. Para o efeito, o XIV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal adoptou como tema central as “Questões de direito e da prática suscitadas pelas diferenças entre o direito penal e direito penal administrativo”⁷. Era óbvio que estas divergências tivessem incidências ainda na distinção entre ilícitos penais e ilícitos administrativos. Com base nisto, foram equacionadas por estudiosos, três diferentes perspectivas a saber: “Doutrina da diferença quantitativa”, “Doutrina da diferença qualitativa” e “Doutrina das diferenças quantitativa e qualitativa”⁸.

Nos países ou regiões do sistema jurídico continental, as divergências na prática legislativa no âmbito de direito penal administrativo consistem essencialmente na sua integração ou não no respectivo código penal. O «Código Penal Francês» vigente mantém até ao momento as suas estipulações sobre *contravention*; no caso da Alemanha, o «Código Penal Alemão» vigente jamais consagra *Ordnungswidrigkeit* que após sistematização passou a integrar a «Lei das Contraordenações»; o «Código Penal Japonês» em vigor deixou também de contemplar normas de Direito Penal Administrativo.

Indubitavelmente, esperar chegar a um consenso no sentido de acabar com as divergências doutrinárias na esfera do direito penal administrativo é pouco realista. No entanto, nada impede que o legislador de uma determinada região adopte uma das ideias que entender e proceda a legislar em conformidade. A meu ver, partindo das ideias inerentes à construção de uma sociedade harmoniosa, é necessário delimitar bem as fron-

⁷ Chao Zheng, «*Síntese do XIV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal*», in «*Ciência Jurídica da China*», n.º 1, 1990, pág. 111.

⁸ Cfr. Lin Shan-tien (Taiwan), «*Crimes Económicos e Direito Penal Económico*», Livraria San Min, Taipé, 1981, 3.ª edição revista, pág. 110 a 112.

teiras do ilícito administrativo e do ilícito penal, pois só isto permite exprimir suficientemente o princípio da pena mínima necessária. De facto, de entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais não existe uma barreira inultrapassável, mas sim um processo que passa de uma mudança quantitativa a uma alteração qualitativa. Isto é, com a proliferação de um determinado tipo de ilícito administrativo até certo nível, ou seja, quando a ordem normal de uma sociedade não for garantida sem a aplicação de uma pena, estaremos então em presença de um crime; se isto não acontecer, o mesmo ilícito continuará a fazer parte dos ilícitos administrativos. Deste modo, proponho ao legislador de Macau que retire, com base na ideia apresentada, o regime de contravenção do «Código Penal» e do «Código de Processo Penal», no sentido de a tornar num puro ilícito administrativo, cujas medidas sancionatórias se limitam uniformemente à multa ou a demais medidas sancionatórias administrativas. Isto contribui para evitar o caos artificialmente criado entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos e para dotar o sistema de um significado real e muito relevante para com a elevação da eficiência na gestão administrativa e na redução dos custos judiciais⁹. O que merece referir é que, até estudiosos portugueses contestam a consagração de contravenções no Código Penal. Um professor português afirma que a tendência mais recente é de admitir que as contravenções têm a mesma natureza que os ilícitos administrativos, pois elas em nada se distinguem das infracções administrativas a nível da sua natureza. Com base nisto, o mesmo defende que “as contravenções deveriam ser expulsas do domínio criminal, passando a considerar-se infracções administrativas”¹⁰. Segundo fui informado, no «Código Penal Português», não existem normas que regulam contravenções.

II. Uma sociedade harmoniosa e o princípio da legalidade no mundo penal

“*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”, é a expressão fundamental do princípio da legalidade no direito penal. Este princípio pode

⁹ Conforme dados estatísticos, no primeiro trimestre de 2005, as acções no âmbito de contravenção de natureza ilícito penal totalizaram 1.317, número que constitui uma grande pressão para o sistema judiciário, que até pode causar acumulação de processos, muito embora o procedimento seja simples.

¹⁰ Cfr. Mai Man Ieng, «*Um Estudo sobre o Regime Jurídico de Contravenção de Macau*», in *Revista do Ministério Público de Macau* — Número 6, pág. 97 (versão chinesa).

abranger ideias a dois níveis: “não há crime sem que haja uma lei que o estabelece” e “não há pena sem que haja uma lei que a defina.”. A primeira noção refere-se a que os factos só podem constituir crimes quando estabelecidos expressamente como tal na lei, *a contrario sensu*, os factos não definidos como tal não podem ser considerados crimes; a segunda noção quer significar, por um lado, que os factos que não constituem crimes não podem cominar penas, e por outro, que, ao determinar a pena, os juizes devem fazê-lo estritamente de acordo com as respectivas normas.

Sendo o princípio da legalidade um princípio de direito globalmente reconhecido na área do direito penal por sociedades contemporâneas, a sua defesa com determinação pode contribuir para evitar o abuso do poder punitivo e para a protecção eficaz dos direitos fundamentais do Homem, bem como para tecer as normas de conduta bem claras e visíveis no domínio penal e para garantir a tranquilidade e uma boa ordem social. A garantia dos direitos fundamentais do Homem e a tranquilidade e ordem social bem asseguradas são as exigências mínimas de uma sociedade harmoniosa. Daí que se possa afirmar que a insistência do princípio da legalidade é uma política criminal fundamental e indispensável para a construção de uma sociedade harmoniosa; todas e quaisquer acções que contrariem essa política básica¹¹ não são adequadas às exigências decorrentes da sociedade harmoniosa. Justamente com base nessa cognição, julgo que as regras do «Código Penal de Macau», no que dizem respeito à prorrogação da pena, merecem um estudo a nível das coordenadas do valor da política criminal.

1. As normas do regime da prorrogação da pena

O regime da prorrogação da pena está consagrado num capítulo autónomo do «Código Penal de Macau», mais precisamente na sua Parte Geral, Título III, Capítulo V. Nos termos do referido capítulo, para os reclusos que preenchem os requisitos da prorrogação da pena, a pena é prorrogável por dois períodos sucessivos de 3 anos. Quer isto dizer que,

¹¹ No que diz respeito à questão da retroactividade no direito penal, o princípio de tratamento mais favorável para o réu constitui uma excepção ao princípio da legalidade, o que é genericamente consagrado nas leis penais de todos os países.

na realidade, a pena é susceptível de ser prorrogada até ao máximo de 6 anos.

O regime da prorrogação da pena é essencialmente aplicável aos condenados penalmente de dois tipos, o primeiro dos quais abrange os delinquentes por tendência, ou seja, os criminosos habituais identificados nas doutrinas criminalistas, aos quais são aplicáveis o regime normal de prorrogação da pena e o regime especial de prorrogação da pena. A aplicação do regime da prorrogação, depende de 4 requisitos objectivos e um único requisito subjectivo. Os requisitos objectivos são: 1.º — ser o número total de crimes cometidos igual ou superior a três (ou não inferior a cinco em casos especiais); 2.º — terem os mesmos a natureza de crimes dolosos; a cada um dos mesmos ter sido aplicada prisão efectiva por mais de 2 anos (ou basta prisão efectiva nos casos especiais); 4.º — não ser o intervalo entre a prática do crime prévio e a do crime seguinte superior a 5 anos. No que diz respeito à subjectividade, é de crer que o condenado pode voltar a pôr a sociedade em risco, atendendo às circunstâncias do caso, à sua vida anterior, à sua personalidade e à evolução desta durante a execução da prisão.

Um outro tipo de agentes são os alcoólicos e os que abusem de estupafacientes. Para estes, os requisitos objectivos para a prorrogação da pena são dois e o subjectivo é também um. São requisitos objectivos: 1.º — ter a cada um dos crimes prévio e seguinte sido aplicada igualmente prisão efectiva; 2.º — terem os mesmos crimes sido praticados em estado de embriaguez ou estarem relacionados com o alcoolismo, com o abuso de bebidas alcoólicas e de estupafacientes. A nível da subjectividade, a aplicação é determinada pelas necessidades decorrentes da abstenção dos vícios em causa.

Além das situações expostas, nas leis avulsas como a «Lei da Criminalidade Organizada», são também consagradas normas especiais respeitantes à prorrogação da pena.

2. Fundamentação doutrinária sobre o regime da prorrogação da pena

Nas idades moderna e contemporânea, registou-se um processo de evolução e desenvolvimento a nível de doutrinas penais, tendo a sua incidência passado da “infracção penal” para a “pessoa do delincente”. A

Escola Clássica que tinha como representante principal o académico italiano Cesare Bonesana Marchese di Beccaria, tomando como base o facto criminoso, criou o seu sistema doutrinário com base nos princípios da legalidade, da proporcionalidade das penas e da humanidade das penas. No movimento da reforma do direito penal no século XIX e na sequência da subida sucessiva da taxa de criminalidade, em especial do aumento de reincidência, no mundo ocidental, a Escola Sociológica, com destaque para o académico Franz von Liszt, apareceu neste contexto. Esta Escola toma a pessoa do delinvente como ponto fulcral, considerando as funções essenciais do direito penal a preservação da tranquilidade da ordem pública social, estando esta doutrina fundamentada em perigosidade específica do delinvente. Justamente com base na doutrina da perigosidade específica, foram bastante aplicados os regimes jurídicos da suspensão da pena e da liberdade condicional. Com vista a alcançar o objectivo da preservação da tranquilidade pública social e de integrar as insuficiências da pena, a Escola Sociológica inventou o regime de medidas de segurança.

As finalidades fundamentais das medidas de segurança consistem em prevenir que os indivíduos que efectiva ou potencialmente causem ameaça à sociedade, por terem praticado um acto contra a lei penal, voltem a pôr a mesma em perigo. O seu objecto de aplicação cobre essencialmente pessoas incapazes para assumir responsabilidades penais — os menores ou doentes mentais —, pessoas com capacidade limitada — deficiências mentais, delinquentes frequentes ou habituais que têm tendências criminais por terem praticado uma pluralidade de crimes, bem como os viciados por alcoolismo ou droga. Muito embora os estudiosos tenham opiniões divergentes no que diz respeito à natureza das medidas de segurança e às relações entre estas e as penas, podemos distingui-las segundo os pontos de vista genericamente aceites, após discussão e comparação. Assim e com vista a prevenir que os delinquentes frequentes ou habituais ponham a sociedade em risco, garantindo, pelo contrário, a tranquilidade social, uma boa parte dos países e regiões estabeleceu legislações que consagram medidas de segurança correspondentes, de acordo com a doutrina da perigosidade específica do agente formulada pela Escola Sociológica. A título exemplificativo, o «Código Penal Alemão» prevê a aplicação de medidas de segurança, a executar subsequentemente ao cumprimento da pena, como “uma providência urgente de *ultima ratio* da política criminal” para proteger o público de eventuais ofensas dos reincidentes, aos agentes que tiverem repetido crimes leves ou relativa-

mente graves contra a propriedade ou contra o património¹². O «Código Penal Austríaco» e o «Código Penal Suíço» incorporam também normas de medidas de segurança semelhantes. O «Código Penal Italiano» prevê medidas de segurança de internamento em “campos de trabalho agrícola” ou “casas de trabalho” para delinquentes habituais, que praticam crimes como modo de vida e para delinquentes por tendência, bem como medidas de segurança de internamento em “casas de tratamento” ou “asilos de vigilância” para os alcoólicos crónicos e para os toxicodépendes¹³. O «Código Penal» da região de Taiwan estabelece também medida de internamento para os alcoólicos e toxicodépendes se absterem dessas práticas, bem como medida de segurança de internamento em asilo de trabalho obrigatório para os delinquentes habituais ou para os que do crime façam modo de vida¹⁴.

Do exposto resulta que o fundamento doutrinário do regime da prorrogação da pena é a doutrina da perigosidade específica formulada pela Escola Sociológica. Os objectivos do legislador não são senão a protecção da sociedade dos perigos eventualmente causados por delinquentes por tendência e pelos viciados em álcool e estupafacientes depois de postos em liberdade.

3. Reflexões sobre o regime da prorrogação da pena

Em minha opinião, o regime de prorrogação da pena consagrado no «Código Penal de Macau» contempla várias dúvidas merecedores de reflexões a nível doutrinário. Em primeiro lugar, ele viola o princípio da legalidade. Segundo as teorias gerais do direito penal contemporâneo, a razão pela qual a pena não se confunde com as medidas de segurança consiste em: 1.º — as finalidades das duas figuras são diferentes: a finalidade imediata da aplicação de uma pena ao agente que praticou o crime, consiste no castigo a aplicar ao mesmo, de modo a aplicar-lhe uma cor-

¹² Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend (de Alemanha), «*Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil*», tradução em língua chinesa de Xu Jiusheng, Editora Zhongguo Fazhi, 2001, pág. 979.

¹³ Chen Zhonglin, «*Bases Gerais do Direito Penal Italiano*», Editora da Universidade Renmin da RPC, 1999, pág. 292 e 293.

¹⁴ Han Zhong-mo (Taiwan), «*Teoria Geral do Direito Penal*», edição emendada e actualizada, pág. 501.

recção jurídica¹⁵, enquanto a aplicação de medidas de segurança aos que tiverem praticado um acto contra a sociedade tem por objectivo prevenir que o agente ponha de novo a sociedade em risco e garantir a tranquilidade social. 2.º — ambas as figuras têm fundamentação distinta: a pena pressupõe o cometimento de um crime, isto é, a pena depende da prática de um crime e não há pena sem crime, enquanto a medida de segurança pressupõe uma perigosidade específica, não existindo nexo de causalidade imediato com o crime. Como refere um estudioso alemão: “com vista a proteger os bens jurídicos relevantes de um perigo iminente, há que permitir uma intervenção que nada tem a ver com a assunção de responsabilidades criminais imputáveis à esfera da liberdade individual”¹⁶. Daí que, a defesa do dualismo da pena e da medida de segurança seja, de facto, igual à conservação do princípio da legalidade, assegurando o nexo de causalidade indivisível entre o crime e a pena. Por sua vez, o regime da prorrogação da pena, que fragmenta artificialmente este relacionamento e que faz com que uma pessoa sofra um castigo ou uma correcção não devidos ao cometimento de um crime, seja evidentemente contrário ao princípio da legalidade.

Em segundo lugar, o regime da prorrogação da pena contraria o princípio da unidade entre a subjectividade e a objectividade do direito penal. As doutrinas do direito penal do sistema continental costumam realçar o citado princípio, o que está isento de contestação. Não constitui crime a mera prática de uma acção penalmente proibida, salvo se se verificar responsabilidade subjectiva e censurabilidade. Pelo contrário, uma mera tentativa sem comportamento também não pode ser considerada crime. No entanto, o regime da prorrogação de pena tem por fundamento uma perigosidade específica, que não é senão dedução e juízo formulados a partir do facto anterior e, por isso, faz parte do campo subjectivo. E não deixa de ser uma “incriminação pela subjectividade”, pois a pena é aplicada a um agente que não tenha praticado qualquer acto penalmente proibido e suficiente para constituir um crime.

¹⁵ Os doutrinadores da “pena correcional” defendem que a finalidade da pena tem em vista a correcção dos criminosos e a reinserção social. No entanto, no meu entender, não é possível atingir as finalidades da pena sem cumprir os objectivos imediatos de castigo e de correcção.

¹⁶ Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend (de Alemanha), «*Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil*», tradução em língua chinesa de Xu Jiusheng, Editora Zhongguo Fazhi, 2001, pág. 980.

Por último, o regime da prorrogação de pena viola o princípio “*ne bis in idem*”. Ou seja, por um mesmo facto criminoso, não pode haver punição mais do que uma vez, o que é uma convicção fundamental das teorias do direito penal e do direito do processo penal do sistema continental. O regime da prorrogação de pena constitui, pela sua natureza, uma dupla sanção, pois, através do mesmo, a um indivíduo que tiver cumprido uma pena devido à prática de um crime é aplicada de novo uma pena sem ter praticado um novo crime. Porém, a aplicação de medidas de segurança a um mesmo criminoso não tem o mesmo significado, uma vez que aquelas medidas se fundamentam na perigosidade específica e não num facto criminoso efectivo.

Pela análise anterior, urge, no meu entender, revogar o regime da prorrogação da pena constante no «Código Penal de Macau», substituindo-o por medidas de segurança. Uma nota a evidenciar é que no «Código Penal Português» não se encontram normas homólogas, mas sim consagra-se um regime de pena indeterminada aplicável aos delinquentes por tendência, isto é, o juiz ao proferir sentença condenatória não determina uma duração certa da pena¹⁷. Embora esse regime não mereça a minha concordância, não queria aprofundar o tema, pois o artigo vai já demasiado extenso.

III. A sociedade harmoniosa e o princípio da eficácia da pena

Entende-se por princípio da eficácia da pena determinar penas a um criminoso, de modo a procurar os melhores efeitos de prevenção geral e específica. O mesmo princípio pode abranger duas facetas, estática e dinâmica: diz-se estático aquilo que se pondera na altura de estabelecer normas sobre penas e dinâmico o que se toma em conta na determinação da pena para um delincente. Para efeitos do presente artigo, limito-me a referir esse princípio na sua faceta estática.

¹⁷ A título exemplificativo, nos termos do «Código Penal Português», artigo 83.º, os requisitos para aplicar pena relativamente indeterminada aos delinquentes por tendência são totalmente idênticos aos constantes no «Código Penal de Macau» no que diz respeito à prorrogação da pena. No entanto, a pena relativamente indeterminada tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena acrescida de 6 anos.

Uma sociedade harmoniosa não pode prescindir de um ambiente social estável, o que não carece de justificação alguma. Para que a estabilidade social se torne efectiva, a redução da criminalidade e a prevenção do crime assumem grande relevância. Neste sentido, se bem que a pena concreta seja um meio para a redução da criminalidade e para a prevenção do crime, impõe-se que o legislador, ao estabelecer penas e normas reguladoras da sua aplicação, pondere suficientemente o princípio da eficácia da pena. Isto porque, cada uma das penas, seja pena capital, seja pena privativa da liberdade ou até sanção patrimonial, integra facetas fortes e fracas. O legislador deve ter uma consciência bem lúcida sobre as vantagens e desvantagens de todas as penas, aproveitando o bem e evitando o mal, no intuito de maximizar os benefícios inerentes a cada uma das penas. Só com isto se pode expressar efectivamente o princípio da eficácia de pena. Justamente baseado nesta cognição, é meu entender que as coordenadas do valor da política criminal adoptadas pelo legislador do «Código Penal de Macau», no que dizem respeito à punição por multa ou por pena de privação de liberdade, em alternativa, merece uma abordagem.

1. As normas que versam sobre as relações entre a multa e a pena privativa da liberdade

Como refere um estudioso alemão, “na prática judiciária da matéria penal de hoje, a pena de multa é um meio sancionatório a que se recorre mais ampla e frequentemente”¹⁸. A sua razão de ser consiste essencialmente em que a pena de multa, relativamente à pena privativa da liberdade, tem uma série de vantagens evidentes, tais como: isenção de contaminação cruzada em estabelecimentos prisionais; favorecimento quanto à reinserção social; economia na execução da pena; efeito de prevenção específica de crimes motivados pela cobiça. Neste sentido, as ideias e os valores adoptados pelo legislador do «Código Penal de Macau», a nível das relações entre as penas de multa e as privativas de liberdade, que se expressam em seguida, são na sua globalidade de aplaudir:

1.º Âmbito da aplicação das penas de multa. Na prática legislativa em geral, as penas de multa aplicam-se normalmente a crimes menos

¹⁸ Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend (de Alemanha), *«Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil»*, tradução em língua chinesa de Xu Jiusheng, Editora Zhongguo Fazhi, 2001, pág. 979.

graves, incluindo os crimes negligentes, o que está também consagrado no «Código Penal de Macau». Para os crimes contra bens patrimoniais, é estabelecida pena de multa sempre que o limite máximo da pena legalmente definida não seja superior a cinco anos; para os outros tipos de crime, é igualmente estabelecida pena de multa, quando o limite máximo da pena legalmente definida não seja superior a três anos¹⁹. Estas normas contribuem para um uso generalizado da pena de multa.

2.º Substituição da pena privativa da liberdade pela pena de multa. Nos termos do «Código Penal de Macau», a pena de prisão aplicada em medida não superior a 6 meses é substituída por igual número de dias de multa ou por outra pena não privativa da liberdade, sempre que o juiz achar que com isto consegue realizar o fim de prevenir o cometimento de futuros crimes. Norma esta pode contribuir para eliminar as desvantagens da pena privativa da liberdade de curta duração.

3.º Aplicação, em alternativa, da pena de multa e da pena privativa da liberdade. Nos termos do «Código Penal de Macau», se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa da liberdade e pena de multa, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição. Este dispositivo manifesta o princípio da pena mínima necessária.

No entanto, o problema nasce justamente no âmbito da aplicação da pena de multa e da pena privativa da liberdade, em alternativa, pois o legislador do «Código Penal de Macau» adopta um sistema absoluto na aplicação em alternativa de penas, isto é, a punição com pena privativa da liberdade impossibilita a aplicação da pena de multa e *vice versa*. No ano transacto, o Governo da RAEM submeteu à Assembleia Legislativa uma proposta de lei que consagra o regime de aplicação cumulativa das penas privativa da liberdade e de multa para a fraude sobre mercadorias, o qual foi considerado por alguns juristas de origem portuguesa “não aceite pelo sistema jurídica de Macau”²⁰. Questão esta que tem a ver com a adopção do valor da política criminal, no respeitante às relações de entre a pena de multa e a pena privativa da liberdade.

¹⁹ Constituem excepções alguns crimes, tais como: homicídio doloso e a evasão.

²⁰ Informei-me destas ideias daqueles juristas de origem portuguesa através do jornal Macau Hoje.

2. Os regimes alternativo e cumulativo de aplicação de pena privativa da liberdade e pena de multa

O regime alternativo refere-se à aplicação a um determinado tipo de crime, de uma das penas escolhidas de prisão e de multa; o regime cumulativo aponta para a possibilidade, quer de punição com pena de prisão, quer com pena de prisão em cumulação com multa. Este segundo regime abrange duas subcategorias: cumulação necessária (cumulação obrigatória das duas penas) e cumulação facultativa (susceptibilidade de cumular ou de não cumular). Nos países ou regiões do sistema continental, como a pena de multa é aplicada, regra geral, a título de pena principal, as legislações de cada país, no que diz respeito à cumulação de penas de prisão e de multa, variam em função do juízo de valor formulado na política criminal.

Na actualidade, verificam-se quatro principais modelos legislativos no que diz respeito à opção entre o regime alternativo e o regime cumulativo da pena de multa e da pena privativa da liberdade, a saber:

1.º Sistema alternativo em termos absolutos: é o caso da Roménia e da Áustria cujos códigos penais consagram o regime alternativo em todas as normas que contemplam a aplicação de multas;

2.º Sistema de aplicação preliminar do regime alternativo: é exemplo o «Código Penal Alemão», em cuja Parte Especial todas as normas que contemplem multa consagram o regime alternativo, muito embora a sua Parte Geral incorpore uma regra excepcional, relativa ao crime cujo agente pretenda beneficiar ou ter a intenção de obter benefício do seu acto. Embora na Parte Especial não esteja prevista pena de multa ou só esteja prevista pena de multa em alternativa, é susceptível de aplicar em cumulação com a pena privativa da liberdade, desde que o tribunal ache conveniente, tendo em conta as suas situações pessoais e económicas;

3.º Sistema com predominância do regime cumulativo complementado pelo regime alternativo: é o caso da Itália e da Espanha, em cujos códigos penais, na parte respeitante a multa, predominam normas de cumulação necessária, prevendo, para um número reduzido de crimes leves, o regime alternativo;

4.º Sistema com predominância do regime alternativo complementado pelo regime cumulativo: são exemplos os códigos penais suíço e indiano, em que a esmagadora maioria das normas que estabelecem pena

de multa são do regime alternativo, enquanto algumas normas reguladoras de crimes graves puníveis com pena de multa e de demais normas sobre crimes são dos regimes de cumulação necessário ou facultativo.

3. Reflexões sobre o regime alternativo em termos absolutos entre as penas de multa e privativa de liberdade

É de notar que, ao falarmos sobre o regime alternativo em termos absolutos entre as penas de multa e privativa de liberdade do direito penal de Macau, a nossa incidência essencial seja sobre as ideias subjacentes ao valor legislativo do «Código Penal» e as ideias supracitadas daqueles juristas de origem portuguesa. Na realidade, existem, em algumas leis avulsas, exemplos legislativos em que se adopta o regime de cumulação necessária²¹. O problema em foco é que as ideias daqueles juristas de origem português sobre o regime alternativo em termos absolutos tem originado impactos na legislação da matéria penal em Macau²².

Segundo vejo, na seio da aplicação de penas de multa e privativa da liberdade, em alternativa ou em cumulação, o modelo do regime alternativo em termos absolutos não é compatível com o princípio da eficácia da pena. Como é de conhecimento geral, um ponto comum na subjectividade do agente dos crimes motivados pela cobiça é a intenção de obter ilícitamente uma determinada riqueza mediante todas e quaisquer actividades ilícitas. Para crimes deste género, a aplicação da pena privativa da liberdade será, muitas vezes, pouco eficaz para a prevenção de crime, pois não será suficiente para manifestar a força dissuasora da pena. E a pena de multa, pela sua natureza, não só tornará o cometimento pouco lucrativo reduzindo o aliciamento derivado do eventual sucesso na prática de

²¹ A título exemplificativo, citam-se o crime de violação do procedimento de acesso e o crime de violação do dever de colaboração do cônjuge, previstos na Lei sobre a «Declaração de Rendimentos e Interesses Patrimoniais», bem como o crime de exercício ilegal de actividade de radiodifusão previsto na Lei sobre o «Regime Jurídico da Actividade de Radiodifusão Televisiva e Sonora», que é punível com multa de natureza cumulativa.

²² Na «Lei da Criminalidade Organizada», no seu artigo 10.º (**Conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos**) foi originalmente consagrado um regime cumulativo das penas de multa e privativa da liberdade; porém pela Lei sobre a «Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais» é revogado o citado artigo 10.º e prevista uma pena de prisão de 2 a 8 anos para o crime de branqueamento de capitais sem prever pena de multa.

crime, mas também pode ser um remédio mais indicado para o caso, pois isto poderá tocar no seu calcanhar de Aquiles, reforçando a força dissuasora da pena, além da possibilidade de privar, em certa medida, a capacidade do criminoso de cometer um futuro crime. Deste modo, conclui-se que a pena de multa é apropriada aos crimes motivados pela cobiça, casos em que melhor expressa as vantagens da mesma pena. E esta é a razão principal que justifica a ocupação de um lugar de destaque pela multa, de entre as penas no sistema sancionatório contemporâneo.

De entre os modelos supracitados sobre o regime alternativo e o regime cumulativo no que dizem respeito às penas de multa e privativa da liberdade, é-me mais preferível o segundo, ou seja, o modelo adoptado no «Código Penal Alemão», cujas vantagens consistem no seguinte:

1.º Em virtude da pena de multa ser, em grande medida, apropriada a crimes leves, o regime de aplicação preliminar do regime alternativo pode contribuir para o suficiente desenvolvimento das vantagens da pena de multa tais como: a isenção de contaminação cruzada de doenças em estabelecimentos prisionais; favorecimento quanto à reinserção social; economia na execução da pena;

2.º Face à eficácia específica sancionatória e preventiva da pena de multa para os crimes motivados pela cobiça, a consagração de uma norma excepcional na Parte Geral do Código Penal com a qual o tribunal pudesse fundamentar a aplicação da pena de multa em cumulação, poderia também desenvolver suficientemente a mesma eficácia desta pena de multa.

Uma nota, por último: alguns países, como a Itália, com vista a salientar a eficácia sancionatória da pena de multa em relação aos crimes motivados pela cobiça, estabelecem nos respectivos diplomas legais regras expressas para que, em relação aos casos em que os agentes praticam crimes graves por motivo da cobiça, o tribunal possam aplicar a sanção patrimonial, mesmo que a pena legal se limite a pena privativa da liberdade. O tribunal pode ainda agravar a pena da sanção patrimonial até ao triplo do limite máximo, quando achar que a punição com a multa no limite máximo não produz os seus devidos efeitos, tendo em conta o estatuto económico do criminoso²³.

²³ Chen Zhonglin, «*Quadro Geral do Direito Penal Italiano*», Editora da Universidade Renmin da RPC, 1999, pág. 267.

Pelo exposto, em minha opinião e vista a questão pela perspectiva do princípio da eficácia da pena, a nível da aplicação alternativa ou cumulativa, são de alterar as ideias do regime em alternativa, em termos absolutos, de origem portuguesa. As operações legiferantes concretas podem ser levadas a cabo do seguinte modo:

1.^a Tomando como referência o «Código Penal Alemão», será de aditar uma norma excepcional na Parte Geral do «Código Penal de Macau» que conceda ao tribunal a faculdade de aplicar a pena de multa em cumulação conforme a gravidade do caso e a situação do agente nos crimes motivados pela cobiça, mesmo que a pena de multa seja prevista em regime alternativo ou que não esteja prevista pena de multa. Por outras palavras, há que introduzir o regime cumulativo;

2.^a Para os crimes graves no domínio económico, tais como o crime de branqueamento de capitais, deverá este ser punido com a pena de multa em cumulação, independentemente da gravidade da circunstância ou da pena a aplicar. Por outras palavras, há que introduzir o regime de cumulação necessária.

IV. A sociedade harmoniosa e o princípio racional do sistema sancionatório

Uma das características de maior relevância do sistema sancionatório contemporâneo é a distinção das penas em dois grupos, principais e acessórias. Nos países ou regiões do sistema continental, as penas principais abrangem normalmente penas de privação da vida (com excepção dos países onde tal foi abolido), privativa da liberdade e sanção patrimonial, enquanto as penas acessórias são em regra penas privativas de habilitações²⁴. No entanto e a final de contas, não existe, quer a nível doutrinário, quer a nível legiferante, um critério genericamente reconhecido para determinar o âmbito de habilitações susceptíveis de privação. Deste modo, o modelo que pode melhor definir os tipos das penas acessórias, que pode melhor harmonizar as relações entre as penas acessórias e demais medidas sancionatórias com vista a reforçar a racionalização do sistema sanciona-

²⁴ As penas acessórias são doutrinariamente conhecidas por penas privativas de habilitações, uma vez que as mesmas se traduzem mormente em inibição de determinadas capacidades do agente.

tório, é já uma área relevante do princípio racional do sistema sancionatório contemporâneo.

De facto, a instituição de um sistema racional de penas acessórias está intimamente ligada ao princípio da pena mínima necessária. Se bem que para a construção de uma sociedade harmoniosa seja necessária a adopção deste princípio como política criminal básica, deve levar-se sempre em conta o princípio racional do sistema sancionatório, bem como o estabelecimento e emprego das penas acessórias em especial. Isto porque, embora as penas acessórias subsistam como pendências da pena principal, elas são de qualquer modo penas e estão dotadas de valor de aplicação autónoma em certas situações. Assim, caso o legislador não tenha essa consciência e assim estabeleça penas acessórias que lhe apeteça, a imagem da sociedade de direito será perturbada, pois essa prática tem a natureza igual ao abuso do poder punitivo e não é compatível com o princípio da pena mínima necessária. Justamente assente nesta consciência, julgo que as ideias legiferantes reflectidas pelas penas acessórias constantes da lei penal de Macau merecem uma discussão séria.

1. Regras sobre penas acessórias

As fontes do direito penal de Macau que são semelhantes às dos demais países ou regiões do sistema continental, manifestam-se, regra geral, por três formas: Código Penal, leis penais avulsas e normas penais subsidiárias (*nebenstrafrecht*)²⁵. Em vários países ou regiões, a tipicidade das penas acessórias e as regras da sua aplicação são definidas, juntamente com as penas principais, na Parte Geral do Código Penal, o que não acontece no direito penal de Macau, pois essas regras sobre penas acessórias estão dispersas nas leis avulsas penais ou nas normas penais subsidiárias

No «Código Penal de Macau» são estabelecidos quatro tipos de penas acessórias: duas na sua Parte Geral e as restantes na sua Parte Especial. Na Parte Geral, são contempladas como penas acessórias a proibição do exercício de funções públicas e a suspensão do exercício de funções

²⁵ As chamadas normas penais subsidiárias são doutrinariamente conhecidas por normas penais em diplomas legais não-penais, tais como: os artigos sobre crimes e penas nas matérias sobre eleição incorporadas na «Lei Eleitoral para a Assembleia Legislativa de Macau».

públicas, bem como os requisitos da sua aplicação e seu objecto de aplicação que são os funcionários condenados. Na Parte Especial, são estabelecidas as seguintes penas acessórias: inibição do exercício do poder paternal, tutela ou curatela, bem como a incapacidade de eleger membros do órgão legislativo ou para ser eleito como tal, penas essas que são exclusivamente aplicáveis a determinados crimes²⁶.

Os tipos de penas acessórias contempladas nas leis penais avulsas são muito mais numerosos que as consagradas no «Código Penal», e com maior concentração na «Lei da Criminalidade Organizada», «Regime Jurídico das Infracções contra a Saúde Pública e contra a Economia», «Tráfico e Consumo de Estupefacientes», «Lei relativa ao Cumprimento de Certos Actos de Direito Internacional» e no «Jogo Ilícito». Alguns tipos de penas acessórias constantes nesses diplomas avulsos são repetidos, enquanto outros coincidem com os constantes do «Código Penal», incluindo:

- 1.º Suspensão de direitos políticos;
- 2.º Proibição do exercício de funções públicas;
- 3.º Proibição do exercício de profissão ou actividade que dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública;
- 4.º Proibição do exercício de funções de administração, de fiscalização ou de outra natureza em pessoas colectivas públicas, em empresas de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos ou em empresas concessionárias de serviços ou bens públicos;
- 5.º Proibição do exercício de quaisquer funções em sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo;
- 6.º Proibição de contactar com determinadas pessoas;
- 7.º Proibição de frequentar certos meios ou lugares;
- 8.º Inibição do exercício do poder paternal, de tutela, de curatela e de administração de bens;

²⁶ As primeiras são aplicáveis aos “crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexuais” do «Código Penal de Macau», Parte Especial, Título I, Capítulo V, sendo as últimas aplicáveis aos “crimes contra a paz e a humanidade” do «Código Penal de Macau», Parte Especial, Título III, e aos “Crimes contra o sistema político, económico e social” da Parte Especial, Título V, Capítulo I.

- 9.º Inibição da faculdade de conduzir veículos motorizados e de pilotar aeronaves ou embarcações;
- 10.º Proibição de sair do Território, ou de sair sem autorização;
- 11.º Expulsão e interdição de entrar no Território, quando não residente;
- 12.º Prestação de caução de boa conduta;
- 13.º Privação temporária do direito de participar em ajustes directos, consultas restritas ou concursos públicos;
- 14.º Privação temporária do direito de participar em feiras e mercados;
- 15.º Proibição temporária do exercício de certas profissões ou actividades;
- 16.º Encerramento temporário de estabelecimento;
- 17.º Encerramento definitivo de estabelecimento
- 18.º Dissolução judicial; e
- 19.º Proibição de entrada nas salas de jogos

As normas penais subsidiárias de Macau estipulam outrossim as suas penas acessórias que coincidem em grande medida com as consagradas no «Código Penal» e nas demais leis penais avulsas, excepção feita a duas, a saber:

- 1.º — demissão; e
- 2.º — publicação da decisão condenatória.

2. Tendência legiferante na área de penas acessórias

As penas acessórias, como as penas privativas de habilitações, não são um produto sancionatório dos códigos contemporâneos, já existiam no arcaico «Código de Hamurábi» onde se verificam normas sobre penas privativas de habilitações²⁷. No que diz respeito ao direito penal da idade

²⁷ Como exemplo, cita-se o artigo 5.º do mesmo «Código de Hamurábi» que estipula: Quando se mostre ter errado, o juiz que alterou a sentença sem motivo justificativo, será punido com a pena de multa e, cumulativamente, com a pena perpétua de destituição do cargo no Conselho Jurisdicional.

moderna, verificam-se também penas privativas de habilitações no «Código Penal Francês» de 1810 e no «Código Penal Alemão» de 1871. A razão porque essas penas ainda podem ocupar um lugar no sistema sancionatório do direito penal contemporâneo é que uns estudiosos consideram que a aplicação de penas acessórias privativas de certa capacidade a determinados condenados pode contribuir para prevenir eventuais futuros cometimentos, protegendo a sociedade dos riscos causados pelos condenados após o cumprimento das penas.

No entanto e na sequência do progresso social e do desenvolvimento das doutrinas do direito humano, o princípio da pena mínima necessária tem colhido reconhecimento cada vez mais amplo. Em relação à questão de penas acessórias, não faltam estudiosos que opinam que o âmbito da aplicação dessas penas deve ser rigorosamente condicionado, e que seja retirado o seu carácter de pena, no sentido de expressar integralmente o princípio da pena mínima necessária e de proteger os direitos fundamentais humanos. Justamente sob as influências desta doutrina, a retirada do carácter penal das penas acessórias tem constituído uma tendência da evolução legislativa que orienta a produção das leis de todos os países, aspecto que é mais marcante na evolução legiferante em Alemanha, no que diz respeito a penas acessórias. A título exemplificativo, o «Código Penal Alemão» de 1871 consagrou penas acessórias que implicavam a inibição de mais de uma dezena de direitos públicos ou privados; com a evolução do tempo, o seu âmbito estava gradualmente cingindo à inibição das capacidades eleitorais activa e passiva e à proibição do desempenho da função pública. No «Código Penal Alemão» em vigor, foram acelerados os passos da descaracterização penal de penas acessórias. Assim, para além de manter a inibição de condução no âmbito da pena acessória, as restantes penas acessórias que consubstanciam inibição de direitos ou habilitações são transformadas em “resultados consequenciais”, ficando fora do âmbito das penas. Como referem estudiosos alemães, “os resultados consequenciais” estabelecidos no «Código Penal Alemão» são pouco possíveis de serem integrados em algum dos dois grupos de penas; por isso são designados por uma noção neutra que é “resultados consequenciais”²⁸.

²⁸ Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend (de Alemanha), «*Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil*», tradução em língua chinesa de Xu Jiusheng, Editora Zhongguo Fazhi, 2001, pág. 947.1

3. Reflexões a propósito das penas acessórias

Em termos da realidade generalizada do direito penal de Macau, a legislação sobre as penas acessórias é caracterizada essencialmente pela confusão, falta de orientação e sem qualquer planificação coordenada, e em segundo lugar pela tipicidade excessiva, espontaneidade e falta de seriedade no estabelecimento dessas penas. Procedendo à reflexão sobre estas duas características, não é difícil chegar às seguintes duas conclusões:

1.^a Foi violado o princípio racional da legislação penal: nos países ou regiões do sistema continental, a Parte Geral do «Código penal» — um conjunto de regras fundamentais do direito penal substantivo — desempenha incontestavelmente as funções directivas em relação às demais normas penais. E as penas acessórias, como uma espécie das penas, devem ser exaustivamente estabelecidas pelo legislador em conformidades com as ideias correspondentes (tais como o princípio da pena mínima necessária) na Parte Geral do «Código Penal», especialmente no que diz respeito ao seu teor e requisitos de aplicação. Ao invés e em relação à legislação sobre penas acessórias no direito penal de Macau, a Parte Geral do «Código Penal» deixa de exercer as suas funções directivas. Assim sendo, com esta maneira de legislar, custa-nos pensar que estão isentas de confusões.

2.^a É violado o princípio da pena mínima necessária: como se constata supra, as espécies de penas acessórias estipuladas no direito penal de Macau totalizam 24, o que é raro nos países ou regiões do sistema continental. Será necessário considerar todas essas penas acessórias como penas? Na minha opinião, a resposta é negativa. Pois a maioria delas são susceptíveis de ser retiradas do domínio de penas passando a integrar medidas sem índole penal — das quais, algumas podem ser transformadas em medidas sancionatórias administrativas, enquanto outras em medidas de segurança.

Pelo exposto, julgo que um processo de reflexão no sentido de “expurgar” as penas acessórias do direito penal de Macau é absolutamente necessário, acção que pode fazer-se das seguintes quatro formas:

1.^a Reajustar as ideias legiferantes, com o objectivo de reforçar as funções orientadoras do «Código Penal», integrando exaustivamente as normas sobre penas acessórias, que são consideradas necessárias após expurgação, na Parte Geral do mesmo Código com especificação da sua tipologia e requisitos de aplicação. O que contribui não só para a racionalização da legislação penal, mas também para a aplicação uniforme da lei.

2.^a Suprimir as seguintes quatro penas acessórias do domínio das penas:

- Suspensão de direitos políticos, uma vez que os direitos políticos, como uma categoria de direitos fundamentais, integram vários direitos. Neste sentido, não faltam estudiosos que consideram, nos dias de hoje em que realça a protecção dos direitos humanos, que não é aconselhável estabelecer uma suspensão genérica dos direitos políticos como pena acessória, sendo mais preferível uma simples suspensão de direitos de capacidade eleitoral activa e passiva.
- Suspensão do exercício de funções públicas, pois esta sanção acessória pode ser perfeitamente determinado pelo respectivo serviço/entidade pública competente, sem qualquer necessidade de ser considerada uma pena.
- Proibição de sair do Território, uma vez que se trata de um dos direitos fundamentais consagrados na «Lei Básica de Macau». Muito embora a «Lei Básica de Macau» abra uma excepção — salvo situações legalmente previstas —, a saída do Território de Macau, enquanto um dos direitos fundamentais, só pode ser proibida com fundamentação suficiente, como é o caso da necessidade de investigação criminal. A privação da liberdade de saída, como mero fundamento de cometimento de crimes no passado, é compatível com as funções de defesa de direitos humanos atribuído ao direito penal.
- Publicação de sentença condenatória, pois essa publicação trata somente de uma forma de publicidade da decisão judicial, não sendo aconselhável o seu tratamento como pena.

3.^a Transformar 5 penas acessórias em medidas sancionatórias administrativas, a saber: demissão, privação temporária do direito de participar em ajustes directos, consultas restritas ou concursos públicos, privação temporária do direito de participar em feiras e mercados, encerramento temporário de estabelecimento, bem como encerramento definitivo de estabelecimento. É evidente que estas cinco penas acessórias, pela sua natureza, são consideradas sanções administrativas em vez de penas.

4.^a Transformar 7 penas acessórias em medidas de segurança, a saber: proibição do exercício de algumas profissões, proibição de acesso a determinados estabelecimentos, proibição de entrada em salas de jogos, proibição de contactar com determinadas pessoas, prestação de caução de boa conduta, dissolução judicial, expulsão e interdição de entrar no

território, quando não residente. Tais penas acessórias estão previstas nos «Códigos Penais» de vários países ou regiões, nas suas Partes Gerais, como medidas de segurança na sua Parte Geral. O que não põe em causa o princípio da pena mínima necessária, uma vez que as medidas de segurança não são consideradas penas. Refira-se que a “proibição do exercício de certas actividades” é estabelecida como medida de segurança no «Código Penal de Macau». No entanto, é também determinada como pena acessória em diplomas legais avulsos, o que demonstra uma grande confusão a nível legiferante.

Após essa expurgação, julgo que as penas acessórias a estabelecer na Parte Geral do «Código Penal de Macau» seriam apenas quatro, a saber:

- 1.^a suspensão do direito de sufrágio e da capacidade de eleitoral passiva;
- 2.^a proibição do desempenho de função pública;
- 3.^a inibição do exercício do poder paternal, de tutela e de curatela; e
- 4.^a inibição da faculdade de conduzir

Em paralelo, não deveria admitir-se o estabelecimento de nova tipologia de penas acessórias em nenhum diploma avulso de matéria penal ou em nenhuma norma penal subsidiária; porém, isto não impediria um ajustamento excepcional de requisitos de aplicação das penas acessórias consagradas no «Código Penal».

No momento em que concluo o presente artigo, aproveito para deixar algumas palavras vindas do mais íntimo do meu coração: decorridos mais de seis anos a contar da reunificação, Macau, sob a liderança do Chefe do Executivo, Edmundo Ho, registou grandes evoluções nas áreas política, económica e cultural, conseguindo resultados bem notórios que chamam a atenção do mundo. A construção de uma sociedade harmoniosa pode contribuir para conservar a dinâmica de uma sociedade em desenvolvimento sustentável, alvo comum do universo dos residentes de Macau. Neste sentido e no intuito de alcançar este objectivo, os juristas, em especial os penalistas de Macau, são responsáveis por uma reflexão profunda e integral sobre a política criminal em vigor legada pela Administração Portuguesa. Reflexão essa que não tem como ponto de partida a formação de um certo juízo de valor sobre o direito português, mas sim toma em conta as realidades de Macau, libertando-se dos condicionalis-

mos decorrentes das ideias preexistentes, adoptando uma nossa visão universal, no sentido de absorver a essência do direito de todos os países. Só assim é que o direito penal de Macau pode, no decorrer da evolução social de Macau, contribuir para proteger e preservar efectivamente os resultados conseguidos e progresso da construção do edifício jurídico de Macau.

