

direito

AS SOCIEDADES ACTUAIS E A LUTA CONTRA A CRIMINALIDADE: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A MEDIDA DA PENA E A POSIÇÃO JURÍDICA DO RECLUSO*

*António Correia Marques da Silva ***

«Um preso que regressou duma longa clausura, e que me pareceu um sobrevivente doutras épocas. Mais do que a limitação do seu espaço físico, o que degrada o recluso é o sucessivo empobrecimento que os homens e o tempo vão fazendo da sua personalidade. Primeiro o polícia que o prende; a seguir o juiz que o julga; depois os carcereiros, que o desprezam; por fim ele próprio que se resigna. Mas é sobretudo a erosão do tempo que o corrói. Dantes, as horas eram lentas. Um encarcerado, ao cabo de trinta ou quarenta anos de cadeia, regressava actual à luz da liberdade. Agora não. Agora, no prazo duma semana, a história muda a face do mundo. E quem volta das masmorras regressa desactualizado na técnica, na história, na moral e na humanidade. Regressa um homem das cavernas.»

Miguel Torga¹

I

INTRODUÇÃO

Estas são palavras deixadas gravadas no tempo, de forma indelével e directa, sem subterfúgios, como é timbre de quem escolheu como pseudónimo nome de urze²; escritas provavelmente olhando através da

* Este é um artigo que pretende ser a minha modesta homenagem ao homem e ao escritor que muito admiro, utilizando um trecho seu como ponto de partida para algumas reflexões sobre uma realidade da sociedade pós-moderna em que, não raras vezes, o problema da liberdade sente dificuldades em se conformar com a ânsia e direito à segurança.

** Jurista. Chefe do Departamento de Apoio Técnico da Direcção dos Serviços de Justiça.

¹ Cfr. *Diário VI*, 3.ª edição, páginas 70 e 71 (14 de Março de 1952).

² Torga é nome de uma planta silvestre espontânea em Portugal e de cujas raízes se faz carvão, também denominada torgueira, cfr. *Dicionário da Língua Portuguesa*, Dicionários Editora, 7.ª Edição, página 1763.

janela do seu consultório médico³ em Coimbra, no Largo da Portagem, o belo edifício do Banco de Portugal com a estátua de Joaquim António de Aguiar de permeio; no intervalo de duas consultas.

Dantes as horas eram lentas. Agora não. Agora no prazo de uma semana, a história muda a face do mundo. Isto escrevia Miguel Torga há 43 anos. Hoje, neste mundo interligado e interaccionado pelos mais sofisticados meios de comunicação, esta afirmação está obviamente reduzida para o dia, senão mesmo para o minuto ou para o segundo. É que, nos tempos que correm, as verdades de ontem são, muitas vezes, as dúvidas de amanhã.

São, contudo, palavras que nos levam a reflectir sobre questões tão importantes e actuais como o *fenómeno desviante*, o problema da criminalização/descriminalização de determinados comportamentos, a medida das penas e a execução das medidas privativas de liberdade. Tentaremos fazê-lo numa perspectiva do cidadão que também é jurista e não numa perspectiva meramente técnica que outros, de forma superior, já abordaram. Assim muitas das referências que iremos encontrar ao longo deste artigo serão feitas com recurso a artigos de jornais, por reflectirem o pulsar e sentir da sociedade, através das opiniões ainda que divergentes dos seus membros; como também traremos muitas vezes à colação opiniões do médico⁴ e poeta⁵ que nos inspirou este artigo e que, numa outra perspectiva (ou talvez não), são consonantes com as modernas teorias criminais de natureza humanista.

Mas, antes disso, cumpre referir que Miguel Torga, «*dividido inevitavelmente entre a terra e o mar*»⁶, passou por Macau, em Junho de 1987; e aqui sintetizou de forma magistral, reveladora da sua capacidade de entender o essencial das coisas, aquilo que a história espera do homem português, aqui e agora⁷.

«Esse homem português, que começou na gruta do Escoural, se abrigou na Pala Pinta, imaginou o painel rupestre do Cachão da Rapa, tem pegadas indeléveis por todos os continentes, que neles foi imprimindo através dos tempos nas várias modalidades da sua acção. E são essas

³ O médico Adolfo Rocha, nome de baptismo de Miguel Torga.

⁴ *...O médico simbolizará... a interminável falange daqueles que foram sempre, e são ainda, em todas as sociedades, os inimigos jurados e activos de qualquer forma de aniquilamento humano.* Miguel Torga, palavras proferidas no Colóquio realizado em 12 de Setembro de 1967, na Universidade de Coimbra, comemorativo da abolição da pena de morte em Portugal, in *Diário X*, pág. 148.

⁵ *O que não realiza a seca complexidade dum argumento, realiza-o muitas vezes a singeleza dum verso; o que não consegue um abstracto fervor humanitário, consegue-o quase sempre uma devoção concreta.* Autor e obra citada na nota anterior, págs. 148 e 149.

⁶ Cfr. Miguel Torga, *Ofícios a «Um Deus de Terra»*, Teresa Rita Lopes, Edições Asa, página 7.

⁷ Cfr. texto da Conferência proferida no dia 9 de Junho de 1987, no Salão Nobre do Leal Senado, in *Revista Macau*, Junho/95.

pegadas que nos afirmam e afirmarão pelo século dos séculos... Depois da nossa partida, continuaremos aqui, presentes em cada vínculo familiar, em cada apelido, em cada hábito, em cada vocábulo, em cada tempero, em cada reza, em cada ruína»⁸.

E, permito-me acrescentar, porque actual, em cada valor humanista vertido nas leis que aqui deixarmos⁹. Mesmo que seja pelo confronto com outros que lhe sucedam no tempo.

II DO CONCEITO DE CRIME

Retomando o fio à meada, cumpre voltar aos objectivos que nos propusemos e que já ficaram atrás referidos: reflectir sobre o fenómeno criminal, o problema da criminalização e da descriminalização de comportamentos, a medida das penas e a posição do recluso face à execução das medidas privativas de liberdade.

É difícil e arriscada a tarefa a que nos propomos, porquanto a mesma se situa no âmbito do objecto de ciências como a criminologia e a sociologia do direito, áreas especializadas; e nós somos generalistas.

Apesar disso há que saltar de fraga em fraga e arrepiar caminho. E, precisamente reconhecendo as nossas limitações, começaremos com palavras alheias: *O desvio pode, genericamente, ser definido como um comportamento diferente daqueles que são comuns e culturalmente¹⁰ aceites, ou cuja expectativa não corresponde às normas da sociedade em que o indivíduo se insere¹¹.*

⁸ *Ob. citada*, página 16.

⁹ Claro está que, e disso estamos conscientes, para além dos valores (mas sem afastamento deles) que julgamos deverem ficar impregnados nas leis de Macau, elas devem ser feitas de forma a perdurarem na futura RAEM e garantirem que os actuais sistemas social e económico, a maneira de viver e os direitos e liberdades (cfr. ponto 4 da Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a Questão de Macau) permanecerão inalterados e inseridos no espaço geográfico em que o Território se situa. Uma coisa são os *princípios*, em nossa opinião perenes, por se situarem no campo superestrutural, outra coisa é, contudo, a adequação das leis ao meio, que por se tratar duma questão de conjuntura aconselha soluções ajustadas. Poderemos dizer que se terá de atender ao *processo secular e complexo de aplicação e adaptação de um direito de raiz românico-germânica, e de expressão portuguesa, num contexto cultural específico, marcado por diversas manifestações de pluralismo jurídico, a que não é alheia a influência dos sistemas de direito circunvizinhos* (cfr. *Revista Jurídica de Macau*, Vol. II, n.º 1, 1995, pág. 9 — Estatuto Editorial).

¹⁰ Que cultura? *Anatol Rapoport*, citado por J. Baptista Machado, in *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Livraria Almedina, Coimbra 1989, pág. 8, define cultura como «a totalidade dos objectos criados pelo homem, regras, expectativas, padrões de conduta e interacção, atitudes e crenças que constituem um meio-ambiente (em larguíssima medida simbólico) construído pelo homem».

¹¹ Cfr. *Desvios de Comportamento*, Fernando Passos. *Revista Investigação Criminal e Justiça*, Macau, Junho/95, página 22.

A partir daqui somos chegados à altura de abordar, de forma sucinta, questões tão importantes para os não iniciados no Direito como sejam os conceitos de normas morais e de conduta, normas jurídicas e norma e sanção.

Desde muito cedo, logo que o homem se aperfeiçoou e passou a viver de forma gregária que surgiram regras de comportamento e conduta.

No dizer de Miguel Torga:

«Gregário por vocação ou necessidade, pouco importa, o rei da criação teve de regularizar o trânsito social, estabelecendo normas de conduta em todas as circunstâncias e caminhos. Normas que, historicamente consideradas, são o espelho fiel do seu próprio crescimento mental e moral através dos tempos. Bárbaros a princípio, adoçados pouco a pouco, civilizados por fim, é quase inconcebível que elas sejam dispensáveis algum dia»¹².

Há até quem entenda que tal deriva da própria natureza humana. Por o Homem, contrariamente aos outros seres vivos, não possuir um instinto que dirija e determine certamente a sua conduta¹³, necessita de criar instituições que lhe permitam determinar um rumo e sublimar os seus instintos.

Assim sendo, natural se torna que cada cultura eleja, dos modos de comportamento humano possíveis, aqueles que julga mais adequados à harmonia social, tornando-os em padrões de conduta para todos os membros do grupo. Quem deles se desviar é um *marginal*; desvia-se, tem um comportamento anormal, no sentido de não estar de acordo com as normas. Isto é, contudo, diferente de esse indivíduo ser um ser associati: o indivíduo não tem de interiorizar os valores, traduzidos em normas, da sociedade em que se insere. Nisto consiste o denominado direito à diferença. Compete-lhe contudo respeitá-las, sem prejuízo de reagir (sem se colocar à margem da lei) contra situações que considere injustas¹⁴. Por seu turno sobre a sociedade organizada impende o ónus

¹² *Diário X*, pág. 151 (12 de Setembro de 1967).

¹³ *«Carecido de um equipamento instintivo que determine e dirija certamente a sua conduta, desfavorecido neste aspecto relativamente aos outros seres vivos, o homem necessita de criar instituições, de instituir coordenadas que lhe permitam encontrar um rumo de acção e encontrar uma definição de si próprio face ao caos dos seus impulsos sumamente inespecíficos e sem direcção. Significa isto, afinal, que o organismo humano carece de meios biológicos necessários para proporcionar estabilidade à sua conduta. Por isso mesmo, não tem um mundo próprio, como os outros animais, isto é, não se acha enclausurado num envolvimento natural biologicamente fundado... Mas, por isso mesmo que se não acha enclausurado num mundo próprio, diz-se aberto para o mundo».* J. Baptista Machado, in *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pág. 7.

¹⁴ É um direito que está constitucional mente garantido. Vejam-se, da Constituição da República Portuguesa, os artigos: 2.º — Estado de Direito Democrático; 13.º — Princípio da igualdade; 20.º — Acesso ao direito e aos tribunais; 22.º — Responsabilidade das entidades públicas; 27.º — Direito à liberdade e à segurança; 37.º — Liberdade de expressão e informação; 41.º — Liberdade de consciência, de religião e de culto; 45.º — Direito de reunião e de manifestação; 46.º — Liberdade de associação; 52.º — Direito de petição e de acção popular, etc.

de convencer o indivíduo de que as regras em que se alicerça são as mais correctas à vida em comum, isto é, em fazer com que ele as interiorize.

E isto não se coloca só no âmbito das normas jurídicas, mas em todo o tipo de normas de natureza intersubjectiva, reguladoras das relações com os outros, num mundo que não nos pertence inteiramente, antes compartilhamos. E essas normas podem ser *regras de conduta* (v.g. a maneira de vestir, o tipo de relações que estabelecemos com as outras pessoas), *regras de boa educação* (v.g. ceder a passagem a uma senho-ra), *regras morais ou religiosas* (v.g. não cobiçar a mulher alheia, praticar a caridade e o amor ao próximo ou não matarás) e, as que directamente nos importam neste artigo: *normas jurídicas*. Ora, se é verdade que qualquer violação de uma norma não jurídica pode acarretar consigo um *desvalor*, uma rejeição social, a ameaça de um castigo para além da morte, consoante os casos, não é menos verdade que a norma jurídica vai mais longe. Isto porque dificilmente se entende Direito sem coacção e (ou) sanção.

No dizer do sociólogo Max Weber, «*existe direito quando a validade da ordem é garantida exteriormente pela probabilidade de uma coacção (física ou psíquica) que, aplicada por uma instância humana especialmente instituída para este efeito, force ao respeito e puna a violação daquela ordem*». Claro está que uma visão jurídica do direito impõe limitações a esta definição, isto porque nem toda a ordem de força é direito. O Direito, para o ser, pressupõe como sua referência intrínseca a ideia de Justiça. E, por outro lado, o Estado de Direito exclue a aplicação de sanções jurídicas fora do âmbito desse mesmo Estado¹⁵.

Cumprе, porém, retomar o caminho com a definição daquela, dentre as múltiplas sanções, que directamente nos importa — a sanção penal, aplicável a quem comete crimes.

Urge pois encetar a tarefa de definição de crime. Vejamos pois o que nos diz o Código Penal de 16 de Setembro de 1886, vigente em Macau, publicado no *Boletim da Província*, de 14 de Dezembro de 1886:

Artigo 1º
Crime ou delicto é o facto punível pela lei penal.

Não estabelece, assim, o referido Código Penal, uma definição de crime, como aliás não é estabelecida noutros códigos penais¹⁶, o que não deixa de ser importante porquanto estabelece o *princípio da legalidade*

¹⁵ Preferencialmente, e exclusivamente para as sanções penais, através dum poder jurisdicional independente e apenas sujeito à lei (artigo 206.º da Constituição da República Portuguesa) e em que os magistrados são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei (artigo 218.º da CREP).

¹⁶ Cfr. O Código Penal de Portugal de 1982, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro ou aquele que o irá substituir, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49/85, de 15 de Março e com entrada em vigor em 1 de Outubro de 1995.

e da *tipicidade* que consiste em só poder ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática¹⁷. Define-se assim *crime* pela via formal. Crime é o acto, o comportamento ilícito, como tal sancionado pela lei penal.

Também os esforços da teoria jurídica e da criminologia não foram muito mais longe no sentido de, para além de uma noção jurídico-formal, alcançarem um conceito material de crime.

Assim o crime, visto pelo lado material ou substancial, *como, aliás todo o acto ilícito é um acto ou facto voluntário que lesa um bem tutelado pelo Direito, i.e., que produz um dano ou lesão antijurídica*¹⁸. Aliás esta nossa constatação não reveste qualquer tipo de valoração negativa. Bem pelo contrário. É que não existindo uma cultura mas múltiplas culturas¹⁹, por um lado e, por outro face à evolução das relações sociais, a justiça legal impôs a criação de novos tipos de crime o que torna difícil, se não impossível, uma definição de crime que não seja a jurídico-formal: prática dum acto legalmente considerado como tal; que seja válida para todos os espaços temporais e geográficos²⁰.

A questão coloca-se assim no âmbito da *criminalização ou descriminalização*: «em vez da procura do objectivo e do universal, passaram a privilegiar-se categorias como as de danosidade social e violação dos direitos humanos, e a definir-se o crime em conformidade com elas»²¹.

Neste aspecto, e ainda que correndo o risco de nos alongarmos, cumpre analisar os grandes domínios de ilícito criminal que o Código Penal vigente em Macau engloba e que reflectem os valores da época em que foi elaborado:

1. Dos crimes contra a religião do reino e dos cometidos por abuso de funções religiosas (artigos 130.º a 140.º);
2. Dos crimes contra a segurança do estado (artigos 141.º a 176.º);
3. Dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública (artigos 177.º a 327.º);
4. Dos crimes contra as pessoas (artigos 328.º a 420.º);
5. Dos crimes contra a propriedade (artigo 421.º a 482.º).

¹⁷ É esta a redacção do artigo 1.º, n.º 1, na versão que conhecemos, do Projecto de Código Penal de Macau.

¹⁸ M. Cavaleiro de Ferreira, in *Polis*, 1367 a 1370.

¹⁹ Já alguém disse que cultura é aquilo que fica depois de termos esquecido tudo o que aprendemos!

²⁰ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, in *Criminologia*, Coimbra Editora, Ld.ª, 1984, pág. 64: «A definição de crime tem sido determinada pelo que, em cada momento *se quer saber sobre o crime*. Assim, a contraposição, que fez história, entre um conceito *sociológico* ou *natural* corresponde a um determinado tipo de problema criminológico: o problema etiológico-explicativo. Do que então funda mentalmente se curava era de redimensionar na sua extensão e compreensão o conceito de crime, de modo a reconduzi-lo a uma unidade de sentido «real», manipulável no quadro das hipóteses e teorias causais».

²¹ Figueiredo Dias e Costa Andrade, *ob. citada*, pág. 65.

E confrontá-los com os do futuro Código Penal de Macau:

- Título I — Dos crimes contra as pessoas;
- Título II — Dos crimes contra o património;
- Título III — Dos crimes contra a paz e a humanidade;
- Título IV — Dos crimes contra a vida em sociedade;
- Título V — Dos crimes contra o Território.

Desta simples enumeração se atinge que uma realidade social diferente (a realidade social do fim do século XX) traz consigo a preservação de novos valores como sejam, por exemplo, a paz e a humanidade ou a protecção da vida em sociedade, reveladores da natureza mutável da hierarquização de alguns desses mesmos valores. Isto sem entrarmos numa análise mais pormenorizada, por artigos, que o espaço não comporta. Contudo, é só por si sintomático que o projecto do novo Código Penal de Macau comece pelo título dos crimes contra as pessoas, seguindo-se o dos crimes cometidos contra o património, o dos crimes contra a paz e a humanidade, o dos crimes contra a vida em sociedade e o dos crimes contra o território. Trata-se duma ordenação sistemática diferente da do código ainda vigente que começava pelos crimes contra a religião, contra a segurança do estado e contra a tranquilidade pública. Ordenação esta que não reflecte apenas uma evolução da técnica legislativa mas também, a nosso ver, uma valoração ética, colocando a pessoa em primeiro lugar e a sociedade antes do Estado.

III

TENDÊNCIA CRIMINALIZANTE E DE AGRAVAMENTO DAS PENAS

Até não há muito tempo assistiu-se, um pouco por toda a parte mas com maior incidência na área de influência que se usa denominar de *cultura ocidental*, a uma tendência para excluir determinados comportamentos do conceito de crime, por um lado e, por outro a algum encurtamento da duração das penas de prisão, em obediência ao *princípio da recuperação ou ressocialização do delinquente*.

Esta tendência tende hoje, face ao aparecimento de novos tipos de crime (p. ex. os crimes económicos ou de *colarinho branco*), ao aumento do crime organizado, ao recrudesimento do terrorismo indiscriminado²² e ao incremento dos crimes violentos contra as pessoas, a inverter-se. Neste contexto coloca-se a questão do conflito, já aflorado, entre liberdade e segurança. De um lado coloca-se a liberdade individual, na

²² Atente-se no caso do gás sarin utilizado no metropolitano de Tóquio em Março passado que levou à discussão dum projecto de lei, pela Dieta, onde se previa a prisão perpétua para quem produzir, utilizar e possuir este tipo de gás. Cfr. *Macau Hoje*, de 19 de Abril de 1995.

sociedade pós-moderna de algum modo se confundindo com o mais estrénuo individualismo, do outro e cada vez que a segurança individual é posta em causa, as pessoas²³ e o Estado a clamarem que, para pôr termo aos desvarios, o caminho mais rápido é o da limitação das liberdades individuais. Exemplo (por parte do estado) do que se deixou dito é, dentre inúmeros, o da aprovação pelo Presidente dos Estados Unidos da América, em 14 de Setembro de 1994, da Lei Anti-Crime que prevê o envio para as ruas de 100 mil polícias suplementares, a proibição de 19 tipos de armas semi-automáticas e o alargamento do campo de aplicação da pena de morte e da prisão perpétua para criminosos reincidentes. A propósito Bill Clinton afirmou: *Trata-se de liberdade. Sem responsabilidade, sem ordem, sem legalidade, não há liberdade. Se o povo norte-americano não se sentir em segurança será difícil dizer que é um povo livre*²⁴; acrescentando que, nos últimos 25 anos, meio milhão de norte-americanos foram assassinados, sendo pois imperativo *restaurar o sentido do bem e do mal*. Convém, porém esclarecer que não serão tanto os princípios enunciados que devem ser colocados em causa, porquanto sem responsabilidade individual, sem ordem, sem legalidade estaríamos efectivamente muito próximo do caos. Mas se não discordamos dos fins muito menos podemos concordar com alguns dos meios preconizados, isto é, com o alargamento do recurso a medidas como as de prisão perpétua ou da pena de morte.

*Levar o castigo a este reduto privado (o direito à vida), a esse santuário do mistério individual, ao cerne da criatura, já não é justiça. É, simultaneamente, cometer uma profanação e degradar a autoridade que a comete. É responder ao crime punível com um crime impune, por este ser realizado em nome da humanidade, e duplamente monstruoso, porque abate do mesmo golpe a parcela agredida e a soma agressora. Isto porque, a pena de Talião peca por míngua e peca por excesso. Por míngua, na medida em que nenhuma reparação repara a ofensa; por excesso, uma vez que a justiça ultrapassa nela o seu objectivo*²⁵.

E se coloco a questão nestes termos é porque já ouvi vozes (algumas com grande surpresa) que também aqui em Macau alinham

²³ Tendem a actuar elas próprias em campos reservados por lei às autoridades, por vezes com recurso a medidas indesejáveis por não garantirem ao suspeito os meios de defesa, violentas quase sempre e, muitas vezes radicais. Cfr. *Futuro de Macau*, de 12 de Julho de 1995: «Pelo menos 12 pessoas, a maior parte ladrões por esticção, foram linchadas desde o início do ano no Estado da Bahia (nordeste do Brasil), escreveu ontem o jornal carioca o Globo. A maioria destes linchamentos tem lugar em zonas pobres e degradadas, onde a população não acredita nem na Polícia, nem na Justiça». Sobre este tema, ver ainda por importante, o artigo de autoria de Eduardo Maia Costa, director da Revista do Ministério Público, publicado no *Público* e transcrito no *Futuro de Macau*, de 20 de Junho de 1995, pág. 4; sobre os acontecimentos de Serem, concelho de Águeda, em que os populares patrulharam as estradas impedindo a circulação e revistando pessoas, perante a complacência da GNR, para alegadamente evitarem o tráfico de droga na zona, por parte de ciganos.

²⁴ Notícia do jornal *Macau Hoje*, de 15 de Setembro de 1994.

²⁵ Miguel Torga, *Diário X*, págs. 152 e 153.

pelo diapasão de que o que importa é seguir a tradição regional e agravar as penas. Mormente argumentando que, com a próxima entrada em funcionamento do Aeroporto de Macau, e face à existência no Território de molduras penais e, porventura também de condições de execução das penas privativas de liberdade, mais brandas do que as vigentes na generalidade dos países e territórios da região Ásia-Pacífico, Macau se pode vir a tornar num paraíso para traficantes de droga e outros criminosos, designadamente da criminalidade organizada e violenta²⁶, ²⁷ e ²⁸.

É verdade e ninguém de bom senso e minimamente atento à realidade social o pode negar que, dentre os vários tipos de criminalidade organizada reveste particular importância não só pelo próprio desvalor que em si encerra como também pelas conexões que apresenta a montante e a jusante, o problema do consumo²⁹ e tráfico de estupefacientes. Com efeito o facto de a venda de estupefacientes se processar de forma ilegal, com os riscos que incidem sobre a oferta, leva à existência de margens de lucro de tal dimensão que sempre existe alguém disposto a correr esses riscos. Acresce que estes comportamentos, por outro lado, pela estigmatização legal e social que lhes está associada, dão origem a condutas marginais e ilícitas conexas (criminalidade secundária), com particular incidência no âmbito da violência contra as pessoas, da criminalidade patrimonial³⁰ e da corrupção; e conduzem inevitavelmen-

²⁶ Para além de outros, veja-se o resumo da imprensa chinesa, distribuído pelo Gabinete de Comunicação Social, de 18 de Maio de 1995, que transcreve o comentário de um jornalista chinês do *Si Man*: «*Na sequência das pesadas penas aplicadas em Cantão aos traficantes de droga, considera que as autoridades de Macau também devem adoptar medidas de penalização rigorosa, para preservar o Território da possibilidade de poder eventualmente vir a transformar-se num abrigo de traficantes e de toxicodependentes de outras zonas*».

²⁷ Veja-se neste mesmo sentido a posição do deputado Ng Kuok Cheong, segundo notícia da imprensa chinesa transcrita na página 5 do *Futuro de Macau* de 25 de Julho de 1995: «*O deputado Ng Kuok Cheong diz esperar que a apreciação do Projecto de Código Penal contemple o agravamento das penas e que, não sendo aplicável a pena de morte, seja pelo menos alargado o limite máximo (que actualmente é de 25 anos), para que Macau não venha a ser um abrigo de criminosos*».

²⁸ Ver, ainda e finalmente, para não nos alongarmos nas citações, o *Resumo da Imprensa Chinesa*, do GCS, de 6 de Julho de 1995.

²⁹ Há que distinguir o consumo do tráfico. É que se no que respeita ao tráfico a tendência é para o agravamento das penas e para uma resposta concertada a nível internacional na luta contra este flagelo dos tempos modernos, já no que respeita à penalização do consumo de drogas leves não existe unanimidade. Veja-se a experiência de despenalização das drogas leves na Holanda (cfr. o artigo *A erva que cresce entre as tulipas*, David Pontes, in *Público*, transcrito in *Futuro de Macau*, de 12 de Abril de 1995, pág. 15) e, numa visão mais técnica, o artigo *Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas*, palestra proferida em Macau, em No-vembro de 1993 pelo Prof. Figueiredo Dias e publicada na Revista Jurídica de Macau, Vol. II, n.º 1, 1995, págs. 13 e ss.

³⁰ Cfr. *Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas*, in Revista Jurídica de Macau, Volume II, n.º 1, 1995, pág. 14.

te à institucionalização de mercados ilícitos do bem ou serviço ilegalmente transaccionado, à organização de sindicatos do crime que os regulam e de associações criminosas que neles operam e movimentam os capitais aí produzidos. O que tem como consequência inevitável, a breve prazo, a corrupção generalizada das próprias instâncias formais encarregadas de prevenir ou reprimir a actividade respectiva³¹.

Só que, pela nossa parte não cremos que o aumento da criminalidade se possa, em termos de prevenção geral, combater pelo recurso ao simples agravamento das penas. Muito menos com a introdução das penas de morte ou de prisão perpétua. Isto porque, por muito que nos custe admitir existem outras condições sociais, culturais, sociológicas, familiares, etc., que estão na génese do fenómeno. A atestá-lo estão vários exemplos pelo mundo fora, e alguns no espaço geográfico em que nos situamos. Isto porque está hoje provado à saciedade que nem a pena capital amedronta.

Por outro lado também em termos de prevenção especial (ligada à pessoa do delinquente) não se nos afigura que o recurso a longas penas de prisão possa, só por si, ser utilizado como arma de combate à reincidência. Claro está a não ser através da prisão perpétua ou de penas de duração tão longa que, na prática lhe correspondam, que enclausurem para o resto da vida o recluso. Porém, ainda assim resta sempre a hipótese da evasão. E, vozes bem mais avisadas do que a nossa partilham esta posição, como por exemplo Antunes Varela³². Mas não se pode escamotear que, acerca da medida das penas as opiniões não são unânimes. Basta ponderarmos as diferentes posições em confronto na recente discussão do Código Penal de Macau, na Assembleia Legislativa³³. Também aí se confrontaram duas teses opostas, uma que privilegia o conceito de pena como expiação da culpa e a outra que recusa a tentação da cair na pena de talião apostando mais na reinserção social do delinquente e, como tal, não optando por penas de duração demasiado longas³⁴.

³¹ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *obra citada*.

³² «Primária é também a reacção dos que, para combater o mal clamam incessantemente por um agravamento das penas, como se o enclausuramento mais prolongado dos delinquentes, numa época em que a criminalidade, por sua própria natureza, cada vez menos pode ser eliminada dentro das instituições penitenciárias, pudesse restituir ao nosso convívio os cidadãos úteis de que a nação precisa», in Editorial da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128.º, Coimbra 1 de Maio de 1995, n.ºs 3 850 e 3 851.

³³ Ver notícia do *Ponto Final*, de 21 de Julho de 1995, págs. 16 e 17.

³⁴ E, por outro lado, para afastar o contacto prejudicial com o ambiente prisional, que não contribui para a reintegração dos condenados, evitando o cumprimento de penas curtas de prisão. De acordo com o artigo 44.º do Projecto de Código Penal de Macau, na versão que conhecemos, «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 de liberdade aplicável, excepto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes».

E chegados aqui, retornemos a Miguel Torga, para com ele afirmar que depois de daqui sairmos, continuaremos presentes pelos valores da nossa cultura que aqui deixarmos. E a nossa cultura jurídico-penal é humanista e acredita nas potencialidades do homem para se regenerar.

Foi assim quando, considerando o direito à vida um valor colectivo³⁵ abolimos a pena de morte³⁶, assim era já no âmbito do Código Penal de 1886 (ainda no essencial vigorando em Macau), foi assim no Código Penal português de 1982 e no aprovado para entrar em vigor em 1 de Outubro de 1995, como o é no Código Penal de Macau em fase de conclusão do processo legislativo. Poderão dizer os adeptos da mão pesada que somos ingénuos. Talvez, que o futuro é uma incógnita e há muitas profecias por cumprir. Contudo até agora não nos temos dado mal com os nossos princípios e se estamos em consonância com as orientações de prestigiados organismos internacionais de defesa dos direitos humanos para quê retroceder ou mesmo andar de lado como o caranguejo?

Até porque *um sistema penal moderno e integrado não se esgota naturalmente na legislação penal. Num primeiro plano há que destacar a importância da prevenção criminal nas suas múltiplas vertentes: a operacionalidade e articulação das forças de segurança e, sobretudo, a eliminação de factores de marginalidade através da promoção da melhoria das condições económicas, sociais e culturais das populações e da criação de mecanismos de integração das minorias*³⁷. Isto no que se reporta à prevenção geral, ou seja a evitar que sejam cometidos crimes. Mas delinquentes sempre houve e, enquanto o mundo for mundo e o homem para além da razão mantiver as suas paixões e fraquezas, sempre haverá.

*Sempre haverá prevaricadores no mundo, por mil razões que todos sabemos, luminosa e brumosamente. Bichos que fomos, bichos que continuamos na fundura das funduras*³⁸.

Assim sendo importa pois que a sociedade, para além de prevenir

³⁵ *Instinto que se justifica só por si no puro plano biológico, mas que, para honra e glória da espécie, de simples egoísmo individual ascendeu progressivamente à nobreza de valor colectivo.* Miguel Torga, in *Diário X*, pág. 150.

³⁶ A pena de morte foi abolida em Macau pelo Decreto de 9 de Junho de 1870 (há 125 anos!), publicado no *Boletim Oficial* n.º 34, de Agosto de 1870, isto para os crimes civis. Relativamente aos crimes militares foi a pena de morte abolida com a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa (*artigo 24.º, n.º 2 — Em caso algum haverá pena de morte*), aplicável a Macau por força do disposto no artigo 2.º do Estatuto Orgânico de Macau. Igualmente a proibição da pena de morte se encontra inscrita no artigo 6.º do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho e estendido a Macau pela Resolução da Assembleia da República n.º 41/92, publicada no *Boletim Oficial* n.º 52, de 31 de Dezembro de 1992.

³⁷ Cfr. o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que aprovou o Código Penal português.

³⁸ Miguel Torga, in *Diário X*, pág. 152.

e punir o cometimento de crimes cuide igualmente de tratar quem os cometeu por forma a que no futuro assuma a sua consciência social, se regenere e possa ser um cidadão útil a essa mesma sociedade. Cumpre, porém, afirmar que o que atrás ficou dito, não é contraditório nem incompatível com um razoável aumento das penas (como acontece no projecto de Código Penal de Macau em que o limite máximo da pena é, em regra de 25 anos, podendo elevar-se para 30 nos casos previstos na lei)³⁹. Como não é inconciliável com a não inclusão de determinados tipos de crime nas amnistias, o que aliás já aconteceu com a última, aprovada pela Lei n.º 15/94, publicada no *Boletim Oficial* n.º 19, de 13 de Maio, que pelo seu artigo 9.º excluiu da amnistia e dos perdões dela constantes alguns tipos de delinquentes (v.g. os delinquentes por tendência) e alguns tipos de crime. É que, para o público e logo para a prevenção geral, importa mais o tempo efectivo de cumprimento de pena do que a medida da pena aplicável em abstracto ou mesmo da aplicada em concreto⁴⁰. Como não nos repugna, antes pelo contrário, que para determinados tipos de crime como o tráfico de estupefacientes, crimes violentos contra as pessoas ou de criminalidade organizada altamente perigosa, se proceda a um agravamento razoável das penas, dentro dos limites previstos no projecto de Código Penal. É a defesa da vida em sociedade que o justifica. Mas ainda aí sempre, na execução das penas, privilegiando a recuperação e não a aniquilação da personalidade do recluso.

E, chegados aqui, coloca-se o problema ultimamente muito discutido em Macau e que é o da concessão das liberdades condicionais; hoje só possível depois de cumprida metade da pena e do cumprimento mínimo de 6 meses de reclusão. Não nos alongaremos, para realçarmos um dado importante, muitas vezes omitido ou olvidado, e que assenta na circunstância de a liberdade condicional não ser automática logo que cumprida metade da pena. Pelo contrário a proposta e concessão de liberdade condicional pressupõem uma análise prévia do comportamento do recluso para avaliar se o mesmo interiorizou a pena, se mostra arrependimento e se reúne as condições psicológicas e sociológicas para, quando devolvido à liberdade, não voltar a delinquir. Para tanto são elaborados pareceres técnicos, por técnicos sociais; é emitido parecer pelo responsável prisional; o processo é sujeito a deliberação do Conselho de Reinserção Social (nos termos do artigo 9.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 30/94/M, de 20 de Junho) e, finalmente o processo é objecto de decisão judicial proferida pelo competente juiz de execução de penas que, nos termos do disposto no artigo 28.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 17/92/M, de 2 de Março, não deve ser o mesmo que aplicou a pena. Em suma, com a liberdade condicional, pretende-se motivar o recluso

³⁹ Artigo 41.º.

⁴⁰ Durante os meus tempos de advogado, algumas vezes fui confrontado com raciocínios do tipo: *levo 6 anos, com uma amnistia e bom comportamento, passados 2 estou cá fora.*

para se regenerar pelo trabalho, pelo estudo, pelo acatamento dos valores sociais, pelo seu comportamento prisional; se o não fizer arrisca-se a ter de cumprir a totalidade da pena.

Entramos, assim, nas considerações sobre o último ponto que nos propusemos abordar.

IV

A POSIÇÃO DO RECLUSO, FACE À EXECUÇÃO DAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

E, ao abordar-se o problema do recluso, cumpre dizer que, em Portugal (e obviamente em muitos outros países), de há muito que se afastou a concepção meramente expiatória como fim das penas de prisão. Esta nova posição vem, pelo menos desde a Reforma Prisional de 1936, operada pelo Decreto-Lei n.º 26 643, de 28 de Maio de 1936 e colocou o nosso país a par das legislações mais progressivas nesta matéria.

Hoje, com maior ou menor convicção, com maiores ou menores meios, a valorização dos direitos humanos impõe que se considere o problema da recuperação e da reinserção social daquele que tendo tido um comportamento não conforme com as leis vigentes em determinada sociedade, a prejudicou nos seus princípios e objectivos. Ele não deve apenas pagar por isso; à sociedade que o priva da liberdade cabe o dever de tentar recuperá-lo para uma vida digna e honesta. É que, *bem rústicas parecem as urzes, e a abelha tira das suas flores mel perfumado. Nada mais agressivo do que um silve irado, e o melro faz o ninho no meio dele*⁴¹.

Assim é que, nas últimas décadas, o problema da execução das penas de prisão adquiriu tal dimensão que levou a esforços de nível internacional para o estabelecimento de regras mínimas a serem adoptadas pelo conjunto das nações⁴².

⁴¹ São, mais uma vez, palavras de Miguel Torga, in *Diário VII*, 3.^a edição, revista, página 150.

⁴² Refiram-se, entre outras, as *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, aceites em 1955 pelo 1.º Congresso da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, tendo a sua aplicação sido recomendada aos países membros pela Resolução de 31 de Julho de 1957 do Conselho Económico e Social, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, o *Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos*, a *Convenção sobre os Direitos da Criança*, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1959, as *Convenções sobre a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, da ONU e do Conselho da Europa, a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, a *Convenção Americana sobre os Direitos do Homem*, a *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos* ou a *Declaração Islâmica sobre os Direitos do Homem*. Para além destes, confrontar a elencação de outros instrumentos internacionais sobre a matéria, efectuada por José N. Cunha Rodrigues, Procurador Geral da República, no *Relatório Geral das Jornadas da Fundação Internacional Penal e Penitenciária*, realizadas em Macau, em Outubro de 1994, publicado na Revista *Investigação Criminal e Justiça*, Junho/1995, págs. 2 a 10.

Assim, em Portugal, legislação especial regula a execução das penas privativas de liberdade. E esta autonomização não é mais do que a sublimação da importância desta matéria, a qual *deve constituir disciplina autónoma no universo das ciências criminais*⁴³. No seu artigo 2.º o Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto prescreve que *a execução das medidas privativas de liberdade deve orientar-se de forma a reintegrar o recluso na sociedade, preparando-o para, no futuro, conduzir a sua vida de forma socialmente responsável, sem que pratique crimes* e o n.º 2 que a mesma serve *também a defesa da sociedade, prevenindo a prática de outros factos criminosos*. No dizer do Professor Figueiredo Dias⁴⁴, da consideração conjunta das duas normas é a da **prevenção especial positiva ou de socialização**, a qual se concretiza *oferecendo ao recluso as condições objectivas necessárias não à sua emenda ou reforma moral, sequer a aceitação ou reconhecimento por aquele dos critérios de valor da ordem jurídica, mas à «prevenção da reincidência» por reforço dos «standards» de comportamento e de interacção na vida comunitária (condução da vida «de forma socialmente responsável»).*

Também em Macau é este o caminho que se vem trilhando. Sendo interessante referir o Regulamento da Cadeia Pública de Macau, publicado no *Boletim do Governo*, de 11 de Junho de 1859⁴⁵, onde no parágrafo 3 do artigo 1.º, quando se fala das funções do carcereiro se diz: *Sobre o tratamento dos presos pertence-lhe cumprir as ordens, que proíbem: 1.º mudar por arbítrio seu os presos de uma prisão para outra; 2.º agravar de qualquer maneira a sorte deles, 5.º espancá-los ou de algum modo oprimi-los com violências e maus tratamentos* e no seu parágrafo 5.º número 2 que *todos se empreguem nos ofícios que puderem exercer sem risco ou inconveniente algum*, ou no parágrafo 8.º: *sobre a doença e curativo dos presos, incumbe-lhe vigiar que eles em suas verdadeiras moléstias sejam assistidos de Facultativo ou Enfermeiro*.

Como se vê já em meados do século XIX a legislação penitenciária de Macau revelava preocupações com o tratamento e recuperação pelo trabalho com os presos. Claro que os tempos hoje são outros e essas preocupações ganharam dimensão internacional. Assim é que o 1.º Congresso da ONU, já referido em nota, adoptou regras mínimas para o tratamento de reclusos.

Deixando de lado a legislação anterior sobre esta matéria, por manifesta falta de espaço, cumpre referir que a execução das medidas privativas de liberdade está hoje regulada pelo Decreto-Lei n.º 40/94/M, de 25 de Julho que veio substituir a já referida Reforma Prisional

⁴³ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As consequências Jurídicas do Crime*, pág. 108.

⁴⁴ Obra citada na nota anterior, pág. 110.

⁴⁵ Fotocopiado no *Relatório de Actividades do EPC*, 1994, de que nos socorremos.

constante do Decreto-Lei n.º 26 643, de 29 de Maio, mandado aplicar a Macau pelo Decreto-Lei n.º 39 997, de 29 de Dezembro. A nova lei, tal como consta do seu preâmbulo, derivou da necessidade de actualizar o regime a *concepções mais avançadas de tratamento prisional e de direitos dos reclusos* e da necessidade de adequar a lei ao facto de Macau ter recebido no seu ordenamento jurídico o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos por um lado, por outro porque *as reformas do direito penal e processual penal, impõem a adopção de um novo modelo de execução das medidas privativas da liberdade*.

Analizando a referida lei, vemos vertida logo no seu artigo 1.º, de uma forma clara, a dupla função da execução das medidas privativas da liberdade: a reparação social pelo crime cometido e a sua orientação no sentido da reintegração do recluso na sociedade, *preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes*. Continuando, no artigo 2.º, por realçar o respeito pela personalidade do recluso e a imparcialidade e igualdade de tratamento sem discriminações, designadamente derivadas de raça, língua ou território de origem. No artigo 3.º estabelece-se que o recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais, apenas com as limitações derivadas da sua condição de recluso.

E, estes princípios gerais têm concretização prática nos vários artigos da lei. Assim o artigo 6.º garante ao recluso que, após o ingresso no Estabelecimento Prisional, seja informada a família ou quem legalmente o represente. O artigo 9.º prevê o estabelecimento de um plano individual de readaptação a realizar por técnico social e psicológico. O artigo 12.º autoriza a posse de objectos pessoais e os artigos 13.º e 19.º garantem a higiene pessoal. Por seu turno, o artigo 22.º garante o recebimento de visitas; o artigo 30.º prevê o direito à correspondência não nociva à recuperação; os artigos 37.º a 40.º garantem a liberdade religiosa e de prática de culto; o artigo 41.º prevê a assistência e tratamentos médicos e o artigo 42.º o acompanhamento psicológico. Regras sobre o trabalho e a formação profissional do recluso visando criar, manter e desenvolver a capacidade do recluso para, após a libertação, satisfazer as suas necessidades e reintegrar-se na sociedade, são estabelecidas pelos artigos 51.º a 56.º. Isto sem que as tarefas que lhe são distribuídas possam atentar contra a sua dignidade, tendo em conta as suas aptidões e aspirações e sem que o trabalho revista a natureza de castigo ou trabalhos forçados, garantindo o descanso semanal e não podendo ter duração máxima à praticada no exterior (artigo 51.º); sendo o trabalho remunerado (artigo 54.º). São ainda garantidas actividades culturais, recreativas e desportivas (artigos 59.º a 63.º). Tudo obviamente sem prejuízo da manutenção da disciplina, ela própria importante para a recuperação do recluso. As mulheres grávidas têm garantidos cuidados especiais (artigo 43.º).

Para além deste diploma importa referir que o Decreto-Lei n.º 62/ /88/M, de 11 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 64/89/M, de 2 de Outubro e pela Lei n.º 12/91 /M, de 4 de Novembro,

regendo sobre a carreira específica dos guardas prisionais e o Decreto-Lei n.º 60/94/M, que estabelece o regime disciplinar dos guardas prisionais, prevêem que, nas suas relações com os reclusos, os guardas prisionais devem usar de isenção, justiça, correcção e humanidade, isto sem deixarem de ser firmes na salvaguarda da segurança e disciplina⁴⁶.

Está pois Macau, no campo legislativo, na senda do que hoje se deve pretender com as penas de prisão. Por um lado a reparação social do crime praticado, se é que ela é possível, porquanto nenhuma reparação repara a ofensa. Por outro, retirando o recluso do convívio social, por determinado tempo, evitar que ele cometa novos crimes. E, finalmente, privilegiando a componente de reinserção social, preparar o recluso para uma vida conforme aos valores sociais, após a libertação.

V

CONCLUSÃO

Temos pois autoridade moral para defendermos princípios que não sendo apenas nossos, também o são e que consideramos justos.

São eles princípios que os séculos XIX e XX consagraram e o século XXI consolidará, à escala planetária.

Claro que há nuvens no céu que podem levar alguns a perguntar: e se tal não acontecer? Pela nossa parte não o cremos, nem quereremos! Mas mesmo que assim seja, teremos tido razão. Antes do tempo é certo; mas mais vale ter razão antes do tempo do que nunca a ter. E, se tal acontecer, tornar-nos-emos em *meros sobreviventes doutras eras*. Embora de fato e gravata.

⁴⁶ Cfr. designadamente o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 60/94/M, de 5 de Dezembro e o artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 62/88/M, de 11 de Julho.