澳門《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒佈20週年紀念研究

ESTUDOS COMEMORATIVOS
XX ANOS

CÓDIGO PENAL
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
DE MACAU

學術協調 COORDENAÇÃO CIENTÍFICA
PEDRO PEREIRA DE SENA E JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO

FUNDAÇÃO RUI CUNHA

書名 / Título:
澳門《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒佈20週年紀念研究
Estudos Comemorativos dos XX Anos do Código Penal e do Código de Processo Penal de Macau

學術協調 / Coordenação Científica:
Pedro Pereira de Sena; José Miguel Figueiredo

編輯協調 / Coordenação Editorial:
Filipa Guadalupe

澳門法律反思研究及傳播中心 / CRED-DM
Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau - www.creddm.org, http://ebooks-creddm.org/

官樂怡基金會 / Fundação Rui Cunha
行政委員會 / Conselho de Administração: 官樂怡 / Rui Cunha (主席 / Presidente); Rui Pedro Cunha; João Tubal Gonçalves (副主席 / vice-presidentes); Isabel Cunha; Connie Kong (委員 / vogais)

執行總監 / Director Executivo:
Filipa Guadalupe (filipa@fundacao-rc.org)

翻譯 / Tradução:
Palavras Escritas - Serviços de Tradução, Transcrição e Revisão de Textos (palavrasrescritas@gmail.com)
審校 / Revisão:
Teresa Zhen (鎮一姝)

排版 / Concepção Gráfica e Paginação:
FRC Global Communications Ltd, Carlos Canhita, Célia Brás

電話 / Telefone: (853) 28923288
郵箱 / E-mail: cred-dm@fundacao-rc.org
郵寄 / Correio:
澳門南灣大馬路749號地下，官樂怡基金會澳門法律反思研究及傳播中心
CRED-DM – Publicações, Fundação Rui Cunha, Avenida da Praia Grande, nº 749 – R/C, RAEM, RPC
總部、行政、出版及所有權/ Sede, Administração, Publicidade e Propriedade:
澳門南灣大馬路749號地下 / Avenida da Praia Grande, nº 749 – R/C, RAEM, RPC

所有權/出版社 / Propriedade e Editora:
官樂怡基金會 / Fundação Rui Cunha

澳門售價 / Preço (Macau): MOP 350

日期 / Data: Setembro 2016
發行量 / Tiragem: 500

印刷 / Impressão:
官樂怡基金會 / Fundação Rui Cunha

國際標準刊號 / ISBN

序言

官樂怡基金會於二零一二年四月創立，其主要抱負是要造福澳門及其居民。基金會之成立源於法律，因此，基金會尋求各方人士齊聚一堂為此計劃提供協助，為使在二零四九年後獨特且唯一的澳門法律能穩健發展打下基礎。

歷史文明研究告訴我們，社會由共同生活的規則所規範，此與其發展情度並沒有關聯。亞里士多德曾說「*人是天生的政治動物，趨向於社會的合群生活*」。

因此，不免於當前小數的社會組職，是不可能存在一社會而沒有法律（*Ubi societas ibi jus*）「有社會，必有法」），反之，不可只有法律存在而沒有社會（*Ubi jus ibi societas*）「有法，斯有社會」）。

確切地說，這種關聯性的根源建基於行使法律之命令效力，使之變化為在社會中不同利益之間的兼容軸心，從而定義各種準則、行為規則及建立限制，以防止、解決或制裁不斷湧現的衝突。

由於使國家鞏固就如能使社會延續發展。因此我們需要一同參與，在所強制規定的權限上及在構建必要的機制以保障公民自由之間尋求平衡。

法律的最大願景不過是，在盡可能地以我們每一人受到最少犧牲的情況，運用及享用日常中之物來得到最大的滿足，從而持續尋求各個主體關係間所希望之和諧

澳門的法律源自羅馬 - 日耳曼，其法律建基於法律彙編及有關於指導性原則的學說研究。

在已有超過四百年法律史路徑的「大陸法家庭」中，澳門特別行政區的法律史尚算年輕，需要繼續經歷這些路徑，以主張個人權利共享現代社會的基本原則、加強道德體制的層面，以及頌揚公義作為鞏固整個社會的指導性原則的保證支柱。

今天要出版的作品，乃是一個長時間但值得引以為傲的努力成果，更是所有該些作出貢獻、捍衛及渴望澳門法律持續發展及在其鄰近地區的法律之中擁有其自身及獨特性的人的成果。

故此，此乃官樂怡基金會之榮幸資助此「*澳門《刑法典》和《刑事訴訟*

法典》頒佈20週年紀念研究」，在那裡匯集了數十篇跨越國界來自世界上不同法律領域的學說文章, 但所有的文篇均圍繞著唯一目標: 為在澳門特別行政區建立此獨有的作品及 一本最好的刑事/犯罪文書作出貢獻。

作品將以本地的兩種官語發行，此全有賴澳門基金會不可劃缺的支持, 使此作品可以成為一部全球性的學說, 使所有從事法律工作的專業人士均可參閱, 當中包括了所有的研究人員、業餘人士及其他對相關規範及原則感趣之人士，然而，更重要的是為更美好的未來作準備!

對兩位為此巨著作出技術性協調的傑出法律專家, 以及所以為實現此巨著付出的人, 本人深表謝意。

對所有該些於每日直接或間接接觸法律工作的人、所有該些對此作品感興趣之人，本人期望此作品將能成為一部十分實用的工具書及參考書籍, 為著澳門的利益, 總是無私奉獻，精益求精。

祝願閱讀愉快!

官樂怡

官樂怡基金會主席

NOTA DE ABERTURA

Em Abril de 2012, nasceu a Fundação Rui Cunha. Tendo por designio principal o bem de Macau e das suas Gentes, a Fundação tem no direito a sua *alma mater*, procurando, desde então, e com a ajuda de todos quantos a este projecto se têm vindo a juntar, criar os alicerces para que o peculiar e singular direito de Macau, caminhe sólido e estruturado muito além de 2049.

O estudo da história das civilizações diz-nos que a sociedade, independentemente dos seus graus de desenvolvimento, sempre se regulou por regras de convivência. Já Aristóteles dizia que "*o homem é um animal político, que nasce com tendência para viver em sociedade*".

É, pois, incontornável, destarte correntes minoritárias de organização societária, que não poderá existir uma sociedade sem direito *ubi societas ibi jus*, tal como não poderá existir direito sem sociedade *ubi jus ibi societas*.

A raíz desta correlação assenta, exactamente, na função ordenadora que o direito exerce, metamorfoseando-se num eixo de compatibilização entre os diferentes interesses que se manifestam na sociedade, definindo orientações, regras de conduta e, estabelecendo limites de forma a prevenir, dirimir ou até sancionar os conflitos que, amíude vão emergindo.

Desde que o Estado se foi consolidando como *longa manus* da sociedade, que temos vindo a assistir à procura do equilíbrio entre a imposição da sua autoridade e a construção dos mecanismos necessários à garantia da liberdade dos cidadãos.

O grande desiderato da ordem jurídica nada mais é, senão a permanente procura da almejada harmonização das relações intersubjectivas, no sentido de viabilizar o máximo de satisfação no uso e fruição dos bens quotidianos, com a imputação do menor sacrifício

possível a cada um de nós.

Com um direito de matriz romano-germânica, Macau assenta o seu direito na codificação da lei e em estudos doutrinários acerca dos seus princípios norteadores.

Na senda dos mais de 400 anos de história jurídica na "familia continental", o, ainda, muito jovem direito da RAEM, dá continuidade ao caminho trilhado, partilhando os princípios basilares das sociedades modernas, com a afirmação dos direitos individuais, o reforço da dimensão ética das instituições, e elevando a justiça ao pilar de primeiro garante na consolidação dos princípios norteadores de toda a comunidade.

A obra que hoje se dá à estampa, é o resultado de um longo mas glorioso esforço, de todos os que vivem, defendem e almejam que o direito de Macau continue vivo e com um estatuto próprio e único no seio de todos os direitos vizinhos.

É, pois, com muito gosto que a Fundação Rui Cunha apadrinha estes *Estudos Comemorativos dos XX Anos do Código Penal e do Código de Processo Penal de Macau*, onde se encontram reunidos dezenas de artigos doutrinários, oriundos de diferentes sectores do mundo jurídico, aquém e além fronteiras, mas todos com um escopo único: contribuir para a edificação de uma obra ímpar na RAEM, e um instrumento intemporal da melhor doutrina penal/criminal.

A sua publicação nas duas línguas oficiais do Território, só possível graças ao incontornável apoio da Fundação Macau, transforma esta obra, numa peça doutrinária global, acessível a todos os profissionais do direito, assim como a todos os investigadores, curiosos e demais interessados no porquê de determinada norma ou princípio, mas sobretudo em como preparar melhor o futuro!

Aos dois ilustres juristas que coordenaram cientificamente esta grande obra, e a todos quantos tornaram possível a sua materialização, o meu muito obrigado.

A todos os que fazem do direito, directa ou indirectamente o seu dia a dia, e a todos quantos esta obra interessar, faço votos que a mesma constitua um instrumento de enorme utilidade e uma referência de ora em diante, em prol de um Macau, sempre, Mais e Melhor!

Boas Leituras!

Rui Cunha

Presidente da Fundação Rui Cunha

目錄 / ÍNDICE

序 11
Chan Hoi Fan
Nota de Apresentação 13
Chan Hoi Fan

感言 17
Agradecimentos 18

澳門《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒布二十週年：在成熟期面臨的挑戰 21
Pedro Pereira de Sena / José Miguel Figueiredo
Comemoração dos XX anos do Código Penal e do Código de Processo Penal de Macau:
os desafios da maturidade 25
Pedro Pereira de Sena / José Miguel Figueiredo

關於協調工作 31
Sobre a Coordenação 31

卷一，刑法 / PARTE I, Direito Penal 37

澳門《刑法》、《刑事訴訟法》及司法機構的歷史回顧 39
João Vieira Guedes
Contributo para uma História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de
Administração de Justiça de Macau 61
João Vieira Guedes

關於強化澳門《刑法典》主導地位的若干想法 93
趙國強
Algumas ideias sobre o reforço da posição dominante do Código Penal de Macau 98
Zhao Guoqiang

澳門回歸後的刑事政策探討 107
張異和
Reflexão sobre a política criminal da RAEM 119
Jane Zhang Yihe

國際法規定行為之入罪 139
Ilda Cristina Ferreira
A criminalização de condutas imposta pelo direito internacional 151
Ilda Cristina Ferreira

因年齡的不可歸責性：成熟還是責任？ 171
António Correia Marques da Silva
Imputabilidade Penal em Razão da Idade: Maturidade ou Responsabilidade? 184
António Correia Marques da Silva

澳門法人刑事責任：原則還是例外？ 203
António Manuel Abrantes
A Responsabilidade Penal de Pessoas Colectivas na RAEM: Regra ou Excepção? 213
António Manuel Abrantes

在澳門特別行政區的法律體制下對安樂死的刑事法律思考 229
Emília Cardoso dos Santos
Uma consideração jurídico-penal da eutanásia no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau 237
Emília Cardoso dos Santos

關於性犯罪的法醫學制度的反思——立法的變更 251
Júlio Miguel dos Anjos
Breves reflexões sobre o ordenamento médico-legal dos crimes sexuais – Em maré de mudanças legislativas 265
Júlio Miguel dos Anjos

性犯罪行為客體的性別問題 從保護女性權益的角度出發 287
饒俊彬
A questão do género do sujeito passivo na criminalidade sexual a partir da perspectiva da protecção dos direitos das mulheres 295
Rao Jun Bin

澳門刑事法律框架下的家庭暴力 305
Teresa Lancry A. S. Robalo
A Violência Doméstica no enquadramento jurídico-penal de Macau 319
Teresa Lancry A. S. Robalo

盜竊罪——未遂和既遂 341
Júlio Pereira
Crime de furto: tentativa e consumação 353
Júlio Pereira

澳門刑法中的違令罪 371
方泉
O crime de desobediência à luz da lei penal de Macau 377
Fang Quan

犯罪集團和黑社會：在澳門特別行政區刑事法律體制中的差異和一致性 389
Mário Pedro Seixas Meireles
Associação Criminosa e Associação ou Sociedade Secreta: divergências e convergências no ordenamento jurídico penal da R.A.E.M. 399
Mário Pedro Seixas Meireles

危險的可歸責者——法律的回應 417
Manuel Leal-Henriques

Agentes Imputáveis Perigosos – A Resposta do Ordenamento Jurídico 423
Manuel Leal-Henriques

對與非法勞工建立勞務關係罪之簡評 433
Joana Maria Dente
Breve incursão pelo crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal 441
Joana Maria Dente

卷二, 刑事訴訟法 / Parte II, Direito Processual Penal 455

２０１３年之修訂——其闡述及批判性分析 457
Manuel Leal-Henriques
A Revisão de 2013 – Apresentação e Análise Crítica 467
Manuel Leal-Henriques

關於偵查期間問題的思考 481
孫同鵬
Algumas reflexões sobre o prazo de duração do inquérito 488
Sun Tongpeng

面對警察職能，在尊重人格尊嚴的條件下強制實施身份識別 499
José Luciano Correia de Oliveira
A Identificação Coactiva no Contexto da Eficácia da Dignidade Humana, Perante a Função Policial 509
José Luciano Correia de Oliveira

無辜者的沉默：關於現代刑事調查中自證其罪之禁止 523
Vera Lúcia Raposo
O silêncio dos inocentes: Sobre a sobrevivência da proibição da auto-incriminação na moderna investigação criminal 534
Vera Lúcia Raposo

強制措施 —— 先捉拿後調查還是先調查後捉拿? 551
João Barata Gonçalves
Medidas de Coacção – Prender Para Investigar ou Investigar Para Prender? 564
João Barata Gonçalves

採用身分資料及居所書錄之本質及作用：探析由刑事警察機關實施的可能性 583
José Bento de Almeida
A natureza e função do Termo de Identidade e Residência: Ponderação sobre a possibilidade de aplicação pelos órgãos de polícia criminal 598
José Bento de Almeida

逗留於住宅義務和遠程管制技術 621
Crisália Soares de Freitas
A obrigação de permanência na habitação e o uso de técnicas de controlo à distância 629
Crisália Soares de Freitas

牽連管轄權：主體牽連及犯罪行為的單一性 641
Bruno Almeida

Competência por Conexão: conexão subjectiva e unidade da conduta criminosa 648
Bruno Almeida

刑事訴訟的預審階段——值得存在？ 661
趙琳琳
Sobre o valor da fase de instrução no processo penal 668
Zhao Linlin

澳門刑事訴訟程序中的遠程作證研究 679
石磊
Estudo sobre a teleconferência no processo penal de Macau 689
Seak Loi

澳門特別行政區刑事訴訟程序的暫時中止 ——對犯罪的公罪性質進行平衡的機制 705
António Manuel Abrantes
A Suspensão Provisória do Processo como contrapeso à Natureza Pública de Crimes na RAEM 713
António Manuel Abrantes

澳門“訴訟程序暫時中止”制度之重構 725
李哲
Reforma do regime da suspensão provisória do processo de Macau 731
Li Zhe

評釋澳門刑事訴訟中的簡易訴訟程序 741
邱庭彪
Alguns comentários sobre o processo sumário de Macau 749
Iau Teng Pio

面對普通訴訟程序，簡捷訴訟程序具備的可行性 761
陳軒志
José Miguel Figueiredo
Virtualidades do processo simplificado em face do processo comum 770
Chan Hin Chi
José Miguel Figueiredo

將判決通知未出席審判的嫌犯：澳門特區刑事訴訟法的進步抑或退步？ 785
Inês Pires Marinho
A notificação da sentença nos casos de julgamento na ausência do arguido:
um passo à frente, dois para trás, em matéria de direitos processuais na RAEM? 795
Inês Pires Marinho

已歸檔或屬確定裁判的案件的司法保密 811
黃玉葉
Segredo de justiça em caso de arquivamento ou trânsito em julgado 819
Vong Iok Ip

刑事訴訟中上訴期間的起算 831
José Miguel Figueiredo
O Início do Cômputo do Prazo de Recurso em Processo Penal 846
José Miguel Figueiredo

刑事訴訟程序以及暴力犯罪或高度組織犯罪 869
José Carapinha
Processo Penal e Criminalidade Violenta ou Altamente Organizada 878
José Carapinha

澳門特別行政區刑事訴訟程序中的調解 893
Teresa Lancry A. S. Robalo
A mediação no processo penal da RAEM 903
Teresa Lancry A. S. Robalo

為澳門刑事訴訟引入新機制——刑事調解 917
郑嘉瑤
Novo mecanismo a introduzir no processo penal de Macau: mediação penal 923
Cheang Ka Io

《澳門刑事訴訟法典》展望——簡評2013年法典修訂中可能有待完善的內容 933
Luís Pessanha
Perspectivas de Futuro para o Código de Processo Penal de Macau – Breves Notas sobre o que ficou talvez por fazer na Revisão de 2013 945
Luís Pessanha

序

澳門特別行政區的各大法典是當地法制的支柱，是澳門居民權利和保障的重要彙集地。各大法典促成了法律體制逐漸成型，從中亦提取出法制的結構化原則。

因此，慶祝《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒佈20週年，對本澳法律而言至關重要，因為這意味著澳門法律的根基正日漸成熟和穩固。編纂法典，亦希望其能永久生效，這就要求根據時代變遷、演變以及社會發展對法典作出修訂。慶祝《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒佈20週年，正是表明了兩大法典永久生效的訂立目的以及在澳門本地法制中加強鞏固其地位的希望。

在強化的當地法律中，刑法尤顯突出，　這是人們日常生活中最主要的法律。實際上，刑法所准許或制裁的內容在很大程度上塑造了社會行為。同時，刑法彙集並反映了特定社會的主流觀念，根據刑法，可構建出與社會最重要且最受爭議的事件有關的價值框架。

鑒於上文所述，本部研究彙編對當地法律來說是極受歡迎的，並且當之無愧獲得澳門政府的支持。對當地法律作出研究及反思是法律被了解並得以發展的唯一方式。當地法律的維護、發展及完善不僅僅依賴於普通群眾對法律的切實了解，更取決於法律群體對相關領域的熟知。針對當地法律撰寫文章，是對法律作出反思、為其尋求答案、發現問題並完善規定。為此，對於旨在推動當地法律研究的行動，澳門政府會始終予以大力支持。

這些研究是來自不同領域的多家實體的努力結晶。事實上，法學家、學者、律師及司法官均參與了研究，分享其淵博學識及豐富經驗，共同成就了這樣一部研究作品。作者及其工作領域的多樣化賦予了這部作品更為全面及廣闊的法制視野，代表了為所有人期冀的更進步且完善的法律所共同付出的心血。

本部研究非常積極的一面在於中葡兩國作者的合作。事實上，法律反思應從當地所有法律工作者開始，從而受益於不同的文化、教育背景、經驗以及思考法律的多種方式。爲了澳門特區的法律可從多樣性中受益，我們需要鼓勵並

推動法律工作者對法律作出反思。彙聚所有力量，對建設一個更完善的法制起到十分重要的作用。

爲了實現這一希望，我們需要以雙語的形式呈現法律作品。澳門所有的法律工作者都應無阻礙地了解到當地的法律思想，而只有通過雙語形式才得以實現思想的交流。學術及科學方面的中葡雙語作品，應對立法、行政以及法院涉及到的雙語提供一定的幫助。僅在這樣的情況下，才得以實現真正的知識交流，才得以將法律思想傳遞給所有將適用或執行法律的人士。

在立法政策方面，該些研究同樣起到重要的作用。在訂立本地法律方面，重要的是準確認識成文法的規定並了解將要構建的法律所需作出的規定。因此，法律領域的科學研究是當地立法的重要基礎，有助於理解現行法律、完善有關規定並提出更好更清晰的解決方案。當涉及到直接關聯到人們的根本權利的刑法的時候，該些問題顯得尤為突出。因而，科學界及學術界的貢獻對將來和正在進行的立法工作提供了極大的幫助。

最後，祝願本部研究作品取得巨大成功並對澳門當地法律作出實質貢獻。同時，我們亦希望通過該部研究作品可促進法律領域中的科學創作，推動更多的法學家、學者、律師和司法官就其任職的領域對法律作出思考，在當地法律發展方面為當代人及其後代作出應有的貢獻。

澳門行政法務司司長

陳海帆

2016年4月，澳門

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Os cinco grandes códigos da RAEM são os pilares do ordenamento jurídico local e um importante repositório dos direitos e garantias dos seus residentes. São estes grandes códigos que dão natureza e forma ao ordenamento jurídico e que traduzem os princípios estruturantes do sistema jurídico.

Macau é uma Região de estado de direito, a governação é feita conforme a lei, e isto é também o objectivo das acções do Governo da RAEM. Por esse motivo, a celebração do aniversário dos vinte anos do Código Penal e do Código de Processo Penal é muito importante para o sistema jurídico local.

Como se costuma dizer, as acções sancionatórias penais são o último meio, porque a lei penal reúne e reflecte as visões e valores preponderantes da sociedade, as normas da lei penal regulam as regras fundamentais dos comportamentos sociais.

A preservação do direito local e a sua evolução e melhoramento dependem do seu efectivo conhecimento não só da população em geral como da pesquisa e reflexões da comunidade jurídica em particular, desempenhando um papel importante para a aplicação e desenvolvimento da lei. A publicação da presente obra na altura da celebração dos vinte anos da aprovação dos dois códigos acima referidos possui um sentido efectivo.

Estes estudos representam uma comunhão de esforços de várias entidades de distintos quadrantes e do sector jurídico. Para a sua concretização, contribuíram juristas, académicos, advogados e magistrados, cada um dos quais partilhando o seu rico saber e a sua experiência, enriquecendo a obra e contribuindo com uma visão mais completa e alargada para a evolução e melhoramento do ordenamento jurídico.

Um elemento muito positivo destes estudos é, igualmente, a colaboração conjunta de autores chineses e portugueses, com sistemas jurídicos diferentes, beneficiando das

diferentes culturas e formações académicas e das diversas experiências e formas de pensar o direito de Macau. O contributo de todos é muito importante na construção de um melhor sistema jurídico.

A presente produção jurídica é disponibilizada em versão bilingue, beneficiando assim os trabalhadores jurídicos não só de Macau como do exterior. Só assim se permitirá um verdadeiro intercâmbio de saber e só assim o pensamento jurídico pode chegar a todos os operadores do direito.

Estes estudos são, igualmente, importantes numa perspectiva de política legislativa. É que para se legislar sobre o direito local é importante que se saiba exactamente quais as soluções que o direito positivo prescreve e conhecer quais as soluções que o direito a constituir reclama. Portanto, os estudos científicos na área jurídica, particularmente relevantes quando se intervém ao nível do direito criminal, um direito que contende directamente com os direitos fundamentais das pessoas, são um importante alicerce para a produção legislativa e a aplicação jurídica, auxiliando a compreender o direito actual, a melhorar as suas soluções e a propor resoluções atempadas.

Resta-nos, por isso, agradecer sinceramente o contributo dos autores dos presentes estudos para com o direito local. Esperamos, ainda, que os mesmos possam incentivar a produção científica, no plano jurídico, motivando mais especialistas do sector a pensar no melhoramento do sistema jurídico de Macau e a apresentar sugestões construtivas, contribuindo assim para o bem estar da sociedade de Macau.

Macau, Abril de 2016.

A Secretária para a Administração e Justiça

Chan Hoi Fan

感言

在完成此作品及相關的協調工作後， 我們必須藉此表達一些我們的感謝與應有的感激。首先, 最重要的是向所有該些欣然地接受了此挑戰，為參與此作品所作的付出表達謝意 – 要達成想法和建議並非一件易事, 更使之受仔細審查及接受同行的批判, 尤其在澳門特別行政區這一較小及封閉的法律界。因此, 我們十分感謝各位作者的努力、勇氣和決心。

我們希望就行政法務司司長陳海帆對此作品所給予的支持及在其範疇和領域內所作之貢獻,以及欣然地為答允撰寫序語表示衷心的感謝。行政和立法政策不能忽視學術及科學的作品研究，而陳海帆司長展示出其能力、開放性及遠見來理解這一切。

對官樂怡先生, 我們非常感謝其對本計劃的熱誠, 其為促使本計劃得以在適當的時間實現，且符合所有人對此作品質量的期許所付出的努力。官樂怡基金會對本地的法律維護及發展一直秉承及發揮著重要的作用, 充分體現其為著所信奉的理想而奮鬥，付出的努力、決心與堅持。我們同時希望感謝Filipa Guadalupe小姐及澳門法律反思研究及傳播中心的全體人員， 特別是Carlos Canhita先生及Célia Brás小姐, 其孜孜不倦的幫助及努力, 更在整個作品的進展過程中及編輯上展示出其專業精神。

最後, 我們十分感謝澳門基金會的資助, 使本紀念性的研究能夠以澳門特別行政區的兩種官方語言發行出版。澳門基金會對文化及科學作品上的財政鼓勵, 使之不會因經濟條件而不能得以實現。

二零一六年九月, 澳門

PEDRO PEREIRA DE SENA　　JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO

AGRADECIMENTOS

Terminada a obra e a respectiva coordenação, impõe-se-nos efectuar alguns agradecimentos e expressar justos reconhecimentos. Em primeiro lugar, é da maior justiça manifestar público agradecimento a todos os que amavelmente aceitaram o desafio de participar nesta obra com o seu labor – nem sempre é fácil assumir ideias e opiniões e sujeitar-se ao escrutínio e à crítica dos seus pares, principalmente em comunidades jurídicas pequenas e cerradas como é a da RAEM. Agradecemos, portanto, aos autores a sua disponibilidade, bravura e empenho.

Gostaríamos de agradecer penhoradamente à Dr.ª Sónia Chan, Secretária para a Administração e Justiça, pelo facto de ter apadrinhado esta obra e de ter contribuído para a sua dimensão e abrangência, assim como por ter gentilmente acedido a escrever a Nota de Apresentação. As políticas executivas e legislativas não podem ignorar a produção académica e científica e a Dr.ª Sónia Chan tem demonstrado capacidade, abertura e clarividência para o compreender.

Ao Dr. Rui Cunha, agradecemos o entusiasmo que mostrou pelo projecto e o esforço feito para que o mesmo fosse concretizado tempestivamente e com a qualidade por todos desejada. A Fundação a que dá nome tem desempenhado um papel notável na preservação e desenvolvimento do direito local, numa evidente demonstração de que aquilo que releva é o empenho, a determinação e a perseverança na luta pelos ideais em que acreditamos. Agradecemos também à Dr.ª Filipa Guadalupe e à equipa do CREDDM – Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau –, em particular, ao Dr. Carlos Canhita e à Dr.ª Célia Brás, o incansável apoio, a diligência e o profissionalismo demostrados ao longo de todo o processo de desenvolvimento e edição desta obra.

Por fim, agradecemos à Fundação Macau o apoio financeiro que tornou possível a publicação dos estudos comemorativos nas duas línguas oficiais da RAEM. Os seus incentivos financeiros têm permitido que a produção cultural e científica não deixe de se concretizar por razões de natureza económica.

Macau, Setembro de 2016.

PEDRO PEREIRA DE SENA JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO

澳門《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒布二十週年：在成熟期面臨的挑戰

Pedro Pereira de Sena

José Miguel Figueiredo

2016年是喜慶交匯的一年：分別於1996年1月2日和8月15日開始生效的《刑法典》和《澳門刑事訴訟法典》共同迎來了二十週年的慶典。

兩大法典的通過代表了在對澳門的刑法及刑事訴訟法的思考及適用模式方面的深刻變革。一方面，新法典取代舊法典。被烙上時間印記的舊法典，在反應社會現狀的同時，卻未能跟上時代變化的步伐，某些條文規定已經有數世紀的歷史。另一方面，新的《刑法典》和《刑事訴訟法典》帶來了新的價值論範式：作為澳門法制的根本支柱，兩大法典訂立的核心價值彰顯了法典本身的重要性，該些價值必然標誌著澳門的法律身份，正是法律反映出包括社會在內的整體面貌。透過該些法典——奠定澳門法制根基的兩大首要法典，澳門得以擁有一個以人為本的現代化的刑事法律制度，遵循法律傳統，納入並表明尊重人類基本權利且獲得國際認可的原則。

兩大法典涵蓋的價值成為了澳門法律的獨有特色，尤其是在這樣一個地區，多種法律傳統和歷史影響共存，而其中大部分源自於殖民國家（葡萄牙）。澳門在刑事法律層面所具有的特徵受到國內外的批判，這些聲音質疑澳門相關的法規是否與其社會現實相匹配。問題在於現行的刑法及刑事訴訟法是否能恰當地反應澳門社會的現時價值，該些價值必然涉及到由大部分中國人構成的澳門群眾的文化標準，以及葡萄牙人在政治行政領域留下的歷史影響。法規條文與社會變更的適應性，並非僅僅是構成現行刑事法律制度的核心的兩大法典所面臨的問題，可以肯定的是，所有法律都受到時間的挑戰，面對新的社會格局，法律可能未得以及時作出更新，缺少相對應的規定，或現有的規定還不夠充分或不適當。

澳門刑事法律制度歸屬歐洲的羅馬-日耳曼法系，其根源為葡萄牙法律。因該些特徵，澳門法制有時被認為是外來物，脫離了由該法制規範的社會的

特徵，與亞洲傳統尤其是中國的傳統產生衝突，與鄰近地區國家的法制也大相徑庭。在針對澳門適用的刑罰幅度頻繁展開的討論中，一些人認為存在“簡化主義”，而另一些人則從中看到了“以人為本”，《刑法典》引致的爭辯或許是最具說服力的例證。在刑事訴訟方面，可補正性適用《刑事訴訟法典》暗含的人性化原則，比如透過司法權力實行羈押，或暫時中止案件程序，在此背景下，有人認為這樣的法律並非澳門的法律，而是一種“法律移植”，法規從最初適用的社會環境中被抽離出並被“植入”另一不同的環境。對此種刑事法律制度感到不悅者要求對制度作出變更，以靠近在地理和文化方面更為相似的其他社會的法制。近來針對家暴屬於公罪或半公罪以及將同性別人士納入家暴法規的適用範圍對象，有人基於澳門當地的文化和傳統提出爭議。這一爭論反應出一定程度的抵觸，對被視為完全正常且在其他法制中（無論是遙遠的葡萄牙，還是在文化及地理位置上相近的香港、台灣或新加坡）被教條捍衛的法規的抵觸。

相反，有人認為《刑法典》和《刑事訴訟法典》 透過對侵害社會根本法益的行為歸罪，為澳門社會的根本價值框架提供了真正且恰當的保護，法典需要反映出一個以價值多樣性和文化多樣性為特色的社會。由此看來，在對比澳門法制和與其相近的法制之時，澳門歷史和社會發展所具備的獨一無二的特點，加上《基本法》規定及確保的構成自由的要素，證明了規定不同刑罰以及相應刑罰適用的不同目標及標準的正當性。兩大法典已頒布並生效二十年，在其結構方面發生過特徵性變更，這證明了兩大法典中條例法規的時代適應性及其立法者爐火純青的功力。直至目前，對兩大法典僅適時作出輕微的變更，主要是受到國際社會在應對新威脅和新的犯罪形式方面的行動趨向的啟發，又或是不同層面的法律工作者根據其在闡釋和適用法律方面的經驗，逐漸發現有必要作出相應的修改。

社會針對各大法典提出疑問，在闡釋及適用法典方面亦出現困難，但不能將之視為法典本身的不適當，而應認為是任一法制固有的問題。並非僅澳門面臨這樣的現狀，所有社會以及所有法制都在闡釋其法律之時面臨困難，法律專家在對法規的認知方面具有一定的優勢。實際上，對法律的闡釋是邏輯及認知上的一種動態行為，需要相應的專業技能和知識，而僅透過法律的專業學習才得以真正提供所需的能力和知識。此外，在如澳門特區法制的制度中，能強烈感受到法典編纂的極其重要性，各大法典的條文規定是多個世紀法律科學發展的產物，旨在規範社會關係，並且其穩定性高於其他任一法律。對於非法律專業人士在闡釋法典時所提出的疑問及面臨的困難，是可以理解的，但不能因此認為法典中的規定是不適當的。

為表明現行法典主張的規定的適當性，還可提出另一種觀點，即《刑法典》及《刑事訴訟法典》反應出在尊重人權方面受到國際認可的價值，尤其是在很多方面適用的無罪推定原則。換言之，《刑法典》及《刑事訴訟法典》在尊重公民基本權利及國際社會訂立的最重要的原則的前提下，建立其框架結構

並作出加強。由此看來，改善及加強法制則是另一個問題，這不能與相關規定的整體適當性相混淆。作為一個想要在尊重基本人權方面成為領先者的社會，應當對法典主張的規定作出整體修正。

為表明現行法典主張的規定的適當性，亦可著眼於另一事實，即刑事法律制度充分實行，未出現十分明顯的疏漏或困難。實際上，困難可大可小，但刑事調查得出結果、檢察院提出控告或進行歸檔、法院作出判決或宣告無罪、上訴法院通過或否決裁判。這說明了刑事訴訟程序有效，最終結果並不會受到法制的適當性的影響。法制確實會面臨阻礙，尤其在自身組織方面——比如就初審法院作出的判決向更高法院提出上訴的權利受到限制，又或人事資源短缺。然而，若認為匯集當地刑法及刑事訴訟法的結構原則的法典對上述阻礙承擔所有責任，則有失公正，我們並不予以讚同。儘管法典可能存有不足之處，但犯罪率和安全指數很好地說明了法律的實施情況以及是否符合當地實情。

儘管圍繞現行的刑事法制展開了激烈的討論，在本部紀念研究中也反映出潛在的緊張局勢，但這是一種有益的現象，意味著自1996年起開始生效的法規是有生命力的，　對於該些法規，除了法學家，社會上的普通公民亦給與關注。社會對刑事法制某些方面的討論熱度是其他法律領域所無法達到的，為澳門民眾的日常生活帶來更大的影響。我們從頻繁的辯論對抗中感受到緊張的氛圍，在各個層面，從社會不同的視角出發，圍繞公共權力在對其特權的行使中所扮演的角色、基本權利得到的普遍關注或為應對社會安穩所受威脅而頒發的安全命令展開討論。無論如何，這樣的緊張氛圍實際上強化了法典作為澳門法律的身份，這不僅僅是因為從形式上看，法典源自立法權利本身，更是因為法典被其適用對象接受，儘管某些具體的規定仍未獲得讚同，但被視為行為規範的合法根源。

《刑法典》和《刑事訴訟法典》一直隨著時代的變遷、政治發展以及經濟、地理和社會變化作出相應的調整，並一直遵循著引導法律擬定的價值觀。一項對兩大法典的歷史發展過程作出的分析表明，澳門的立法者懂得如何對抗長期來自其他法域的立法衝擊，這樣的衝擊被視為會減弱法學理論及司法見解對法律作出的堅實闡釋、去除立法參與的嚴肅性並使得法例法規任由偶然出現的變動所擺佈。兩大法典頒布已有二十年之久，這一長時間的生效並不會影響對其訂立的規定作出批判性分析。二十年足以使得兩大法典如其所願，遠離最初訂立法典的政治、經濟和社會背景，並得以從這段時期法典的適用中獲取經驗。沒有一成不變的法律，這兩大法典應隨著因社會不可避免的變化而產生的需求得到更新。可以找到新的解決辦法、新的問題需要得到回應、現存的機制的有效性會得到認可……又或者，全都不會實現。如何找到確切的應對方法並且不破壞現行制度中受到《聯合聲明》以及《基本法》保護的的根基和核心內容，這是澳門刑事法律制度在其成熟期所面臨的挑戰。

要著重指出的是，無論法律的規定是如何全面到位，法制不僅僅由法律構成，亦包含了詮釋法律、適用法律並對法律作出反思的法律人士的工作。事

實上，在建設一明確的法制時，應提出重要且可靠的法學理論以引導法律的適用者，從而促進在有關問題上形成逐漸穩固的司法見解，並對實際性和理論性問題作出思考。透過澳門法制來鞏固澳門的自治權，還有很長的一段路要走。因而，最根本的是因地制宜，針對澳門本地的情況發展適合澳門的法理學說，並以表述法規的語言作出相應的思考。在如澳門法制一樣的雙語法制中，首要不可或缺的是立法者用官方的雙語表達出個人意願的能力。然而，法律的制定還不夠充分，其適用者需就相關法律以雙語建立法理學說和司法見解體系。不同語言反應出不同的文化、獨特的體驗和特殊的想法。因而，根據法律的明確及可靠性、立法的統一性原則以及官方語言的同等性，若欲使得中文和葡文的表述具有相同的意義，那麼以其中任一種語言對法律作出反思者須對兩種語言均有一定的了解。否則，將會在對法律的闡釋中出現偏差，並且根據闡述的語言，對澳門法律的理解不可避免地產生分歧。儘管澳門的法律以兩種不同的語言呈現，體現出語言豐富且複雜的表達形式，但澳門的法律是唯一的。本部法理學說作品，旨在於思考與適用澳門法律者之間搭建橋樑，不受其母語或工作語言影響，並使得法律界了解到研究中提出的觀點，這一般是難以做到的。因此，從一開始，我們就計劃以雙語形式呈現該部作品，僅透過此種方式才具有一定的意義並得以實現既定的目標。

若慶祝某一歷史事件的目標並非是真正值得慶祝的，那麼便是徒勞無功。但慶祝《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒布二十週年是有意義的：社會的穩定和平說明了澳門的刑事制度有著扎實穩固的根基。我們希望本部研究作品可以為紀念兩大法典及其訂立者貢獻微薄的力量，其中作出的反思可促進改善及強化澳門的刑法，加固澳門刑法的根本支柱。慶祝兩大法典頒布二十週年的最佳方式應是對其作出討論及反思，以此推動為法典的法規法制撰寫更多的科學性文章。事實上，僅透過此種方式，法典中未得到關注的法規才得以進入人們的視野，立法者訂立的每一個字才具有更強的生命力，並在一個獲得社會了解和認可的獨特體系中，與其他內容一同得到深化和鞏固。

COMEMORAÇÃO DOS XX ANOS DO CÓDIGO PENAL E DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE MACAU: OS DESAFIOS DA MATURIDADE

Pedro Pereira de Sena

José Miguel Figueiredo

O ano de 2016 é um ano de confluência festiva: à comemoração dos vinte anos da entrada em vigor do Código Penal, que teve lugar a 1 de Janeiro de 1996, junta-se a comemoração dos vinte anos da aprovação do Código de Processo Penal, ocorrida em 15 de Agosto do mesmo ano.

A aprovação dos dois Códigos representou uma reforma profunda no modo de pensar e aplicar o direito penal e processual penal em Macau. Desde logo, porque as novas codificações vieram substituir diplomas seriamente marcados e feridos pelo tempo, que reflectiam realidades sociais que, entretanto, se tinham alterado profundamente sem que essa alteração tivesse sido acompanhada ao nível das soluções normativas, algumas das quais seculares. Mas, acima de tudo, porque os novos Código Penal e Código de Processo Penal assumiram expressamente novos paradigmas axiológicos: a relevância dos dois Códigos, enquanto pilares fundamentais do ordenamento jurídico, decorre do conjunto de valores nucleares neles consagrados, os quais marcam inelutavelmente a identidade do direito de Macau e, na medida em que se acredite que o Direito reflecte a colectividade em que se insere, da própria sociedade. Através destes Códigos – os primeiros dos "Grandes Códigos" que alicerçam o ordenamento jurídico local – Macau passou a dispor de um regime jurídico-penal moderno, de feição humanista, em linha com a tradição jurídica em que se insere e que espelha os princípios internacionalmente reconhecidos como respeitadores dos direitos fundamentais do ser humano.

Os valores imbuídos naqueles diplomas proporcionam características próprias ao direito local, em particular quando contextualizado numa região onde coexistem sistemas com múltiplas tradições jurídicas e influências históricas, muitas das quais de origem colonial. As idiossincrasias de Macau a nível jurídico-penal expõem-no a um conjunto de críticas, tanto internas como externas, que questionam a adequabilidade das suas soluções normativas face à realidade social local e regional. A questão é, pois, saber se o direito penal e processual penal vigente é apropriado para reflectir os valores actuais da sociedade de Macau, os quais têm necessariamente de incorporar os padrões culturais da sua população, esmagadoramente chinesa, assim como a marca histórica que a presença portuguesa deixou na identidade deste ente político-administrativo. A questão da adaptabilidade das soluções normativas ao devir social não é exclusiva dos dois Códigos que compõem o núcleo do regime jurídico-penal vigente; por certo que todas as leis vão enfrentando desafios com o passar do tempo, correndo o risco de desactualização face a novas realidades nelas não previstas ou com respostas insuficientes ou inadequadas.

O regime jurídico-penal de Macau é assumidamente um direito de matriz europeia, inserido na família de direito romano-germânico, que tem como fonte imediata o direito português. Com estas características, e por causa delas, ele é por vezes percepcionado como um produto importado, desfasado das características da sociedade que visa regular, conflituante com as tradições asiáticas, nomeadamente chinesas, e um corpo estranho face aos ordenamentos jurídicos vizinhos. O recorrente debate sobre as molduras penais aplicáveis em Macau, em que uns vêem facilitismo enquanto outros vislumbram humanismo, é porventura o exemplo mais eloquente do atrito que o Código Penal ainda suscita. Mas poder-se-á igualmente invocar, a nível processual, a aplicação *correctiva* dos princípios humanistas subjacentes ao Código de Processual Penal que o poder judicial efectua em relação a institutos como o da prisão preventiva, eventualmente por excesso, ou o da suspensão provisória do processo, neste caso reconhecidamente por defeito. Neste contexto, há quem defenda que não se trata de um direito *de* Macau, mas antes um caso de "transplante jurídico", onde as normas jurídicas são retiradas do ambiente social original e enxertadas numa realidade alheia. Há, assim, quem não se reveja no regime jurídico-penal vigente e clame pela sua alteração, aproximando-se porventura de outros ordenamentos geográfica e culturalmente mais próximos. A recente polémica sobre a natureza pública ou semipública do crime de violência doméstica ou a inclusão das relações entre pessoas do mesmo sexo no seu âmbito de aplicação, baseada em argumentos relacionados com a cultura e tradição locais, é demonstrativa de um certo grau de aversão suscitado por soluções tidas como perfeitamente normais e dogmaticamente defensáveis noutros ordenamentos jurídicos, sejam eles distantes como o de Portugal, ou cultural e geograficamente próximos

como os de Hong Kong, Taiwan ou Singapura.

Em sentido contrário, há quem considere – e inserimo-nos nesse grupo – que os Códigos Penal e de Processo Penal dão verdadeira e adequada guarida ao quadro de valores fundamentais da sociedade local, mediante a criminalização das condutas que atentam contra os bens jurídicos essenciais da comunidade, caracterizada por uma carregada diversidade axiológica e cultural, que os Códigos necessariamente reflectem. Neste sentido, o carácter único da evolução histórica e social de Macau, com elementos enformadores de cariz liberal assumidos e garantidos pela Lei Básica, justifica, por exemplo, as diferenças ao nível das penas previstas, assim como das finalidades e critérios para a respectiva aplicação, quando comparadas com ordenamentos jurídicos vizinhos. A prova da adequabilidade das soluções constantes nestes dois Códigos e da mestria com que foram desenhadas é, desde logo, o facto de os mesmos estarem a comemorar vinte anos de aprovação e vigência sem que tenham sofrido modificações estruturais descaracterizadoras. As alterações até agora introduzidas têm sido apenas modificações ligeiras e pontuais, essencialmente ditadas pelas tendências internacionais de combate a novas ameaças e formas de criminalidade, ou alterações cuja necessidade foi sendo identificada por operadores jurídicos de diversos quadrantes através da sua experiência na interpretação e aplicação da lei.

Pode argumentar-se que as dúvidas da sociedade em relação aos grandes códigos e as dificuldades que os mesmos suscitam ao nível da sua interpretação e aplicação não devem ser vistas, de *per se*, como uma desadequação dos próprios códigos, mas como dificuldades inerentes a qualquer sistema jurídico. Esta realidade não é exclusiva de Macau: todas as sociedades e todos os ordenamentos passam por dificuldades na interpretação do seu direito, sendo os juristas os conhecedores privilegiados das normas jurídicas. Efectivamente, a interpretação da lei representa um dinâmico exercício lógico e cognitivo que, as mais das vezes, pressupõe um conjunto de aptidões e conhecimentos técnicos que apenas a formação académica em direito é verdadeiramente capaz de proporcionar. Ademais, em ordenamentos, como o da RAEM, em que a codificação assume um papel fundamental, esta questão faz-se sentir com especial acuidade dado que as soluções normativas constantes dos códigos são fruto de uma evolução secular da ciência jurídica e visam regular as relações sociais com uma vocação de estabilidade maior do que em outro tipo de diploma normativo. São, pois, compreensíveis, as dúvidas e as dificuldades que uma pessoa sem formação jurídica possa ter na interpretação de um código. Tal não significa, porém, que as suas soluções sejam, por si só, inadequadas.

A favor da adequação das soluções preconizadas pelos presentes códigos milita ainda o entendimento segundo o qual o Código Penal e o Código de Processo Penal reflectem

valores internacionalmente reconhecidos ao nível do respeito pelos direitos humanos, nomeadamente o princípio da presunção de inocência nas suas múltiplas facetas. Por outras palavras, o Código Penal e o Código de Processo Penal encontram-se estruturados, densificados e orientados pelo respeito dos direitos fundamentais do cidadão e dos melhores princípios internacionais nesta matéria. Desta perspectiva, que o sistema possa sofrer melhorias e aperfeiçoamentos é uma outra questão, a qual não se pode confundir com a adequabilidade geral das respectivas soluções. Uma sociedade que se pretenda vanguardista e respeitadora dos direitos humanos fundamentais não pode deixar de se rever na generalidade das soluções que aqueles códigos preconizam.

Por fim, pode argumentar-se, ainda a favor da adequabilidade das soluções prescritas nos dois Códigos, com o facto de o sistema jurídico-penal se encontrar em pleno funcionamento, sem brechas ou aporias de maior relevo. Efectivamente, com maior ou menor dificuldade, a investigação criminal colhe resultados, o Ministério Público acusa ou arquiva, o tribunal condena ou absolve e a instância de recurso confirma ou não a decisão. Isto para demonstrar que o procedimento criminal funciona e que o resultado final a que no mesmo se chegue não é mais ou menos positivo por força da adequação ou desadequação do sistema. Por certo que este enfrenta bloqueios, em particular ao nível da sua própria organização – demonstrada pela restrição do direito de recurso em casos de julgamento em primeira instância por tribunais superiores – ou da reconhecida escassez de recursos humanos. Mas não se nos afigura justo ou defensável afirmar que tais bloqueios são da exclusiva responsabilidade dos próprios códigos no seu todo, enquanto repositórios dos princípios estruturantes do direito penal e processual penal locais. Aliás, os índices de criminalidade e de segurança são indiciadores do funcionamento do sistema, mesmo que com eventuais imperfeições, e da sua adequação à realidade local.

Não obstante reconhecer-se a existência de uma tensão latente em torno do regime jurídico-penal vigente, a qual tem reflexo nos presentes estudos comemorativos, não se pode deixar de considerá-la como salutar. Ela é sinal de que os diplomas vigentes desde 1996 são entes vivos, em relação aos quais a sociedade – não só os juristas, mas também o cidadão comum – não é indiferente. A paixão com que certos aspectos do regime jurídico-penal são debatidos na sociedade não tem comparação com outros ramos do direito, com tanto ou maior impacto na vida quotidiana da população de Macau. Eventualmente, a tensão identificada não é mais que o frequente embate, experienciado em todas as latitudes, entre visões diferentes da sociedade, nomeadamente do papel a desempenhar pelo poder público no exercício das suas prerrogativas de autoridade, da adesão a uma visão universal dos direitos fundamentais ou dos imperativos de segurança face às ameaças contemporâneas à paz social. Seja como for, essa tensão contribui para que, de facto, estes

Códigos sejam assumidos como direito *de* Macau, não apenas de um ponto de vista formal, visto que emanaram do poder legislativo próprio, mas sobretudo porque são aceites pelos seus destinatários como fonte legítima de regulação das suas condutas, mesmo que por vezes se discorde de algumas das suas soluções concretas.

O Código Penal e o Código de Processo Penal têm vindo a oferecer salutar resistência ao tempo, à evolução política e às mutações económicas, geográficas e sociais, permanecendo fiéis aos valores que nortearam a sua aprovação. Uma análise atenta do percurso histórico-evolutivo desses Códigos mostra que, felizmente, o legislador de Macau tem sabido resistir ao crónico impulso legiferante de outras jurisdições, o qual reconhecidamente enfraquece o surgimento de uma sólida interpretação doutrinal e jurisprudencial, retira solenidade à intervenção legislativa e coloca os diplomas normativos à mercê de flutuações meramente conjunturais. A longevidade dos Códigos que agora celebram vinte anos de existência não prejudica, porém, uma análise crítica do seu conteúdo normativo. Duas décadas será tempo suficiente para permitir um desejado distanciamento face ao contexto político, económico e social que esteve na génese da sua aprovação e que possibilita o recolher de conhecimentos decorrentes da experiência da sua aplicação. Nenhuma lei é imutável e também estes Códigos podem e devem ser actualizados na medida das necessidades suscitadas pelo inexorável devir da sociedade. Novas soluções podem ser encontradas, novos problemas podem exigir resposta, mecanismos existentes podem ver a sua validade confirmada… ou não. O desafio é encontrar as respostas certas, sem prejudicar a matriz e o núcleo essencial do regime existente, os quais se encontram protegidos pela Declaração Conjunta e pela Lei Básica. Este é o desafio que advém da fase de maturidade em que o regime jurídico-penal de Macau se encontra.

Saliente-se, por outro lado, que um ordenamento jurídico constrói-se não apenas com leis, por mais perfeitas que se apresentem, mas também com o labor de todos os operadores jurídicos que as interpretam, aplicam e sobre elas reflectem. Na verdade, o estabelecimento de um sistema jurídico positivado deve ser acompanhado pela formação de relevantes e seguras correntes doutrinais que guiem o aplicador, fomentando uma linha jurisprudencial tendencialmente estável sobre os problemas e, acima de tudo, que ponderem as questões de natureza prática e teórica. Neste aspecto, há um longo caminho a percorrer para que o sistema jurídico de Macau consolide a sua autonomia. Fundamental se torna, portanto, que o direito seja pensado localmente, que se desenvolva uma produção doutrinária própria e que essa ponderação seja feita nas línguas em que o direito se expressa. Num ordenamento jurídico bilingue, como o de Macau, é indispensável que, como ponto de partida, o legislador tenha o talento para encontrar a forma de exprimir a sua intenção de maneira equivalente nas duas línguas oficiais. Mas a elaboração da lei não

é suficiente: é preciso que os seus aplicadores sobre ela construam um corpo doutrinário e jurisprudencial igualmente bilingue, que seja *integrado* e não meramente paralelo. As línguas revelam culturas diferentes, vivências próprias, ideias específicas. Por isso, se se deseja, em nome da certeza e segurança jurídicas e dos princípios da unidade do acto normativo e da paridade das línguas oficiais, que o direito tenha o mesmo sentido, quer seja expresso em língua chinesa quer o seja em língua portuguesa, é imperativo que haja um conhecimento mútuo entre aqueles que reflectem sobre o direito de Macau em cada uma dessas línguas. Caso contrário, assistir-se-á a um desvio nos caminhos interpretativos percorridos e a um afastamento inexorável entre a percepção do que é o direito de Macau consoante a língua em que opera o seu intérprete, não sendo de todo desejável que exista um direito de Macau *em chinês* diferente de outro *em português*. O direito de Macau é um só, mesmo que tenha expressão em duas línguas tão diferentes, com toda a riqueza e complexidade que tal acarreta. Esta obra doutrinária visa construir pontes entre pessoas que pensam e aplicam o direito local, independentemente da sua língua materna ou de trabalho, e dar a conhecer à comunidade jurídica as ideias produzidas no seu seio e que, amiúde, não são de fácil acesso. Por estas razões, esta obra foi pensada desde o início como um produto bilingue; só assim ela faria sentido e seria apta a atingir os objectivos pretendidos.

Conclua-se sentenciando que as comemorações de uma efeméride seriam, no entanto, estéreis se o seu objecto não fosse verdadeiramente digno e merecedor. Assim não sucede com as celebrações dos vinte anos do Código Penal e do Código de Processo Penal: a estabilidade e a paz social vêm mostrando que o sistema penal de Macau se encontra alicerçado em robustas e sensatas fundações. Esperamos que os presentes estudos possam humildemente contribuir para homenagear a obra e os seus autores e que as reflexões agora apresentadas possam contribuir para a melhoria e consolidação do direito penal de Macau e para uma ainda maior longevidade dos seus pilares fundamentais. A melhor forma de comemorar os vinte anos de existência destes Códigos será falar e reflectir sobre eles, promovendo e fomentando a produção de artigos científicos incidentes sobre as suas normas e o regime que as mesmas instituem. Na verdade, só desta forma se fará luz sobre as regras cerradas na sombria clausura de um Código; só assim se permitirá que cada um dos caracteres vertidos na prensa do legislador se avive e funda com os demais, num corpo identitário próprio, cognoscível pelos seus destinatários.

關於協調工作

1. 採用方法

在此我們向大家介紹於相關工作進展過程中我們所採納的標準，以便讓讀者更加清晰地了解到本書的性質及其出版目的。

協調員的工作目的是邀請多層面的法律工作者對澳門的刑法及刑事訴訟法作出反思，這一目標同樣獲得官樂怡基金會和澳門基金會的支持。該作者群體是在有關兩大法律的不同工作性質領域中的代表，其教育背景、職業、使用語言等方面可各異。 在發出參與本書編寫的邀請之時，我們將作者獲得認可的專業和學術能力作為選擇的標準，但其他未受邀請的法律人士亦毫不遜色，他們同樣可以為本書作出寶貴的貢獻。篩選作者的任務是落在協調員肩上的一份事倍功半的工作，任何較大的疏漏，也只有對他們強加責任。

在刑法及刑事訴訟法領域內， 作者完全享有選擇相關主題的自由，但研究的篇幅受到一定的限制。在不影響主題選擇的自由的情況下，我們提供了一些引起爭議的話題以供參考，一些作者接受了我們的建議，另一些作者因個人喜好自行選擇了話題。因一些作者對本書表現出極大的興趣和熱情，我們決定一名作者可遞交兩篇文章，分別談及刑法和刑事訴訟法。在某些形式問題方面，比如文獻的援引，作者可作出一定程度上的使用。

僅僅出於編輯的原因，我們將紀念研究分為兩卷：卷一關於刑法，卷二關於刑事訴訟法。每一卷都收錄了中葡雙語對應的研究性文章。 為在各個話題之間建立邏輯關聯，僅根據協調員的主觀標準對文章排序，絕非要對文章進行評價衡量或是為了要說明對相應作者的認可程度。

出版這樣一部研究彙編，需要眾多的作者參與以及漫長的翻譯工作，因此，我們要求作者在出版日期的前幾個月遞交有關文章，因此某些文章未考慮到立法、學說以及司法見解方面適當的動態演變，但絲毫未影響到其分析的嚴謹性，相關內容的忽略不能歸責於相應的作者。某些文章的翻譯工作開展較遲，該作者可在了解到翻譯進展情況之後，對其文章進行相應的修改。在此，我們對可能出現的不公正的情況深表歉意。

由作者本人對其文章內容承擔全部責任。在就文章內容提出的某些建議不受影響的情況下，協調員進行了極其正式的校審工作，盡可能與作者交流對話，從而使得本書達到一定程度的統一性。對紀念研究的收錄並不說明協調員或出版社讚成相應作者的觀點。

2. 協調員

Pedro Pereira de Sena本科畢業於里斯本大學法律專業（1993），香港大學知識產權及信息技術權專業研究生（2007）以及倫敦大學公共國際法研究生（2014）。現為阿姆斯特丹大學博士生在讀。現任澳門特區立法會協調員顧問。在其職業生涯中，曾參與有關刑法和刑事訴訟法的多項立法工作，尤其是《有組織犯罪法》、《非法入境、非法逗留及驅逐出境法》、《刑事司法互助法》、《打擊電腦犯罪法》以及《預防及打擊家庭暴力法》的訂立，同時還參與了《刑事訴訟法典》的修訂工作。（sena@al.gov.mo）

José Miguel Figueiredo是法律學士（2008）以及法律與公民科學研究生（2010），現為科英布拉大學法學院博士生在讀。曾在葡萄牙里斯本大學法學院擔任客座講師，於PLMJ 律師事務所擔任實習律師。曾任澳門法律改革及國際法事務局顧問。現擔任澳門特區法務局法制研究處處長。曾參與有關澳門特區基本立法及各大法典的法律提案的制定及跟進，並作出相應的預備性研究；曾參與《刑事訴訟法典》的修訂；此外，還參與由澳門特區簽署的多項國際協議的訂立以及國際性報告的準備工作。 (jose.miguel.figueiredo@gmail.com)

SOBRE A COORDENAÇÃO

1. QUESTÕES DE MÉTODO

A nível procedimental, cumpre-nos apresentar alguns dos critérios por nós adoptados a fim de se tornar mais perceptível a génese desta obra colectiva e os seus propósitos.

A intenção dos coordenadores, prontamente acolhida pela Fundação Rui Cunha e pela Fundação Macau, foi a de convidar um conjunto alargado de operadores jurídicos a reflectir sobre o direito penal e o direito processual penal de Macau. Pretendeu-se que esse conjunto fosse representativo de diferentes vivências desses corpos normativos, seja em função do local de formação académica, da profissão que exercem ou da língua em que se expressam, entre outros. Os critérios adoptados no convite para a participação nesta obra prendem-se, sem dúvida, com o reconhecido mérito profissional e académico dos participantes, mas em nada desmerece muitos outros juristas que, estando ausentes, poderiam de igual forma fornecer valiosos contributos para esta reflexão. Aos coordenadores coube a ingrata função de selecção dos participantes e só a eles pode ser assacada responsabilidade por qualquer omissão mais chocante.

Aos autores foi dada inteira liberdade quanto ao tema a abordar, com as naturais limitações ao nível da dimensão do estudo e, naturalmente, da ligação com a temática penal e processual penal. Sem prejuízo dessa liberdade, foram sugeridos temas, mais ou menos fracturantes ou polémicos, que nalguns casos foram aceites, noutros substituídos em função da preferência do autor. Em virtude do entusiasmo manifestado por vários participantes, foi admitido que, mediante manifestação de interesse nesse sentido, fossem submetidos dois textos pela mesma pessoa, um sobre direito penal e outro sobre direito processual penal. Foi ainda concedida aos autores uma certa margem de disponibilidade no que respeita a algumas questões formais, por exemplo, ao nível do modo de citação das obras.

Por razões puramente editoriais, estes estudos comemorativos são compostos por dois volumes: o Volume I, sobre Direito Penal; e o Volume II, sobre Direito Processual Penal. Cada volume contém as versões chinesa e portuguesa dos mesmos textos. A ordem dos textos corresponde meramente ao critério subjectivo dos coordenadores, que tentaram construir ligações lógicas entre os temas abordados, em nada reflectindo qualquer valoração quanto ao mérito do texto ou o reconhecimento devido ao respectivo autor.

O tempo necessário para a publicação de uma obra colectiva desta natureza, implicando um grande número de autores e morosas traduções, levou a que fosse imposto um prazo limite para a submissão dos textos, o qual antecedeu em vários meses a data de publicação. Deste facto decorre que alguns textos não têm em consideração desenvolvimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais pertinentes, mas que em nada ficam prejudicados quando ao rigor da sua análise e cuja não menção não pode, por si mesma, ser imputada aos respectivos autores. Os autores cuja tradução dos respectivos textos começou mais tarde puderam, mediante solicitação dos próprios sujeita a verificação do estado da tradução, incorporar nos seus estudos actualizações mais recentes. Penitenciamo-nos, desde já, pelas eventuais situações de injustiça relativa que poderemos ter fomentado ou acolhido.

O conteúdo dos textos é da inteira responsabilidade dos seus autores. Sem prejuízo de algumas sugestões de conteúdo, a revisão dos coordenadores foi essencialmente formal, destinada a dar alguma uniformidade à obra, a qual foi feita, sempre que possível, em diálogo com aqueles. A inclusão dos textos nestes estudos comemorativos não significa que os coordenadores ou os editores se revejam nas opiniões neles manifestadas.

2. COORDENADORES

Pedro Pereira de Sena é licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa (1993), Mestre em Direito com especialização em direito da propriedade intelectual e das tecnologias da informação, pela Universidade de Hong Kong (2007), e em direito internacional público, pela Universidade de Londres (2014). Actualmente, é doutorando na Universidade de Amesterdão. A nível profissional é assessor-coordenador da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau. No exercício das suas funções profissionais, participou em vários processos legislativos de natureza penal e processual penal, nomeadamente na redacção da Lei da criminalidade organizada, da Lei da imigração ilegal e da expulsão, da Lei da cooperação judiciária em matéria penal, da Lei de combate

à criminalidade informática e da Lei de prevenção e combate à violência doméstica, bem como no processo de revisão do Código de Processo Penal. (sena@al.gov.mo)

José Miguel Figueiredo é licenciado em Direito (2008), Mestre em Ciências Jurídico-Civis (2010) e Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Profissionalmente, em Portugal, foi assistente-convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e advogado estagiário na PLMJ – Sociedade de Advogados. Em Macau, foi assessor na extinta Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional. Actualmente, é Chefe da Divisão de Estudo do Sistema Jurídico, substituto, da Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça, do Governo da Região Administrativa Especial de Macau. Tem participado na elaboração e acompanhamento de diversas propostas de lei, ao nível dos grandes códigos e demais legislação fundamental da RAEM, e na realização dos respectivos estudos preparatórios; em particular, foi um dos juristas responsáveis pelos trabalhos de revisão do Código de Processo Penal. Colaborou ainda na redacção de vários acordos internacionais a celebrar pela RAEM e na preparação de relatórios para diversas instâncias internacionais. (jose.miguel.figueiredo@gmail.com)

卷一

刑法

PARTE I

DIREITO PENAL

澳門《刑法》、《刑事訴訟法》及司法機構的歷史回顧

João Vieira Guedes[1]

引言

本文寫於澳門《刑法典》頒佈二十週年。因此，有必要做一個回顧，不僅僅回顧《刑法典》頒佈的最近幾十年，也要回顧（儘管很簡略）澳門制裁法在這最近459年的歷史——因為歷史不僅僅是那些“寫”在石頭的東西……

在薄薄的幾頁紙上對近半個世紀的歷史做一個回顧，這不是一件容易的事。因為，首先，關於眾多的司法機構，這就有很多要講的（首先有主持正義的艦隊司令，之後有市政法庭、助理辦案員、檢察官及其他）。其次，因為很難找到關於司法機構的文件或書籍，尤其是關於澳門初期的。而且，現存的資料或書籍要麼是不完整，要麼是有傾向性，所以在分析這些原材料的時候，要求非常細心。

當然不能談及所有的機構。我在本文的第一部分，僅僅選擇講述那些在澳門刑法、刑事訴訟法及司法機構的歷史上留下烙印的，例如艦隊司令、助理辦案員、中國事務檢察處和華人的專屬法院。

儘管本書是爲了凸顯澳門《刑法典》和《刑事訴訟法典》的重要性，但是在本文的第二個部分，考慮到該本紀念書出版之時，正逢澳門《刑法典》頒佈二十週年，我更加強調了《刑法典》的重要價值。

1 澳門旅遊娛樂股份有限公司資深法律專家

一、澳門司法機關的開端

（一）最初的司法機構

澳門史學通常認為葡萄牙在1557年正式佔領澳門。在Charles Boxer看來，葡萄牙佔領澳門，最初起因於“三個葡萄牙逃兵”，他們“偶然間”發現了日本，由此為葡萄牙打開了通向遠東這一嶄新且有利可圖的市場的大門。

然而，鑒於葡萄牙商人在馬六甲海峽和日本之間航程運行的風險——特別是在颱風季節，有必要有一個補給的港口，從而給航行在馬六甲海峽和日本九州之間的商船（“rudes naus e galões”）提供庇護。此外，在日本市場中，絲綢佔到銷售產品的很大比重，因此有必要在中國建立一獲取絲綢的安全據點。

其次，葡萄牙侵佔澳門也歸因於廣東當局和負責中國及日本航線的艦隊司令達成的協定[2]，然而當時中葡雙方政府並未出席該協定的簽訂。

1. 負責中國及日本航線的艦隊司令及市政廳

實際上，自在澳門葡萄牙管治的建立以來，隨之而來的第一個擔任葡萄牙司法及行政角色是負責中國及日本航線的艦隊司令。由國王或印度總督以國王的名義任命一貴族或為葡萄牙王室作出傑出貢獻的人士擔任艦隊司令，該人由此掌控了葡萄牙在遠東地區的貿易。

此外，艦隊司令亦擔任在馬六甲和日本之間現有貿易領地中的皇室代表。他不僅負責日常的管理，也作為一個司法機關管理葡萄牙人和這些領地中的本地的新基督徒。[3] António Manuel Hespanha認為，根據《非洲殖民地首領律令》中規定的管轄權，由艦隊司令管轄葡萄牙在東方的領地。[4]

因此，由艦隊司令在其航程間隙（是在等待可以繼續航行至日本的季風的時候）中管理在澳門的葡萄牙人事務和掌管司法權。[5]

艦隊司令的管轄範圍僅包括澳門的葡萄牙民眾和基督徒，中國人仍處於中國官員的管轄範圍之下。[6]

---

2 Charles Ralph Boxer, Fidalgos no Extremo Oriente第 13頁及後續, Teresa e Manuel Bairrão Oleiro譯，Fundação Oriente e Museu e Centro de Estudos Marítimos de Macau出版，1990年版。

3 Charles Ralph Boxer, 第17頁; Manuel Antônio Hespanha, Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau, 第70頁和第71頁, Fundação Macau出版, 1995年8月版。

4 Manuel Antônio Hespanha, 第71頁; 該作者補充說當商船或者皇家艦隊或者私人船隻的船長控制艦隊或船隻的方向時，他們具有司法管轄權，他們允許採取強制措施。皇家艦隊的船長所擁有的權力還被寫入規章裡（同上）。

5 Manuel Antônio Hespanha, 第70頁。

6 根據C. A. Montalto de Jesus (Macau Histórico第58頁, Maria Alice Morais Jorge譯, 第一版., Livros do Oriente，1990年9月版)所述，在1573年建了關閘之前，在澳門都沒有中國人。只有在建了關閘之後，“有可能是因為只有不定居在那裡，才有可能被允許在澳門工作，普通人更不可能在那裡擁有自己的土地所有權，除非檢察官給予那些由中國官員推薦的人通行證”。被抓到在澳門非法居住的中國人會被用竹

有關未被處以死刑或肢體切割刑罰的罪行，以及在葡萄牙佔領地的安全受到威脅的情況中，艦隊司令享有最終審理和判決權（第二卷，第28章，《曼努埃爾律令彙編》[7]的前言和第一段）。在被處以死刑或肢解刑罰的情況中，因艦隊司令們受果阿管領，因此應向果阿提出上訴。[8]

菲利普菲利普二世（葡萄牙稱菲利普菲利普一世）即位不久，面對在司法機關領域普遍的不滿，他委任一個委員會來調查和解決有關司法適用的問題。[9]經調查之後，在1582年7月28日頒佈了《司法改革法》。Cândido Mendes de Almeida認為“這僅僅是一部刑事和民事訴訟法典而已”[10]，該部法律在根本上涉及到各級法院的訴訟程序、司法上訴以及其他訴訟事宜。[11]

菲利普一世在位期間也開始著手《曼努埃爾律令彙編》的改革，這導致了《菲利普律令彙編》的產生。

關於艦隊司令（Capitães-Mores）的司法管轄權，在《菲利普律令彙編》實行的時期，很少或幾乎沒變，僅僅增加了在叛國、雞奸、搶劫及在船舶上盜竊的案件中不允許上訴的規定（第48章，卷2，第1條），並且只要不違反律令彙編的規定，艦隊司令可以適用“針對其本身制定的憲章或規章”（第2條）以及相關的變更規定。[12]

在1623年廢除了艦隊司令的職位，取而代之的是將軍（Capitão-Geral）職務，其本質是一軍事職位，但是在澳門，兼具總督的職能。

2. 市政廳（O Senado da Câmara）

在1583年或1585年間，主教D. Leandro de Sá召集澳門最重要的市民商討決定城市的組織和管理。[13]

子鞭笞並被視作“壞蛋”和“流浪漢”。被允許居住的中國人原則上都是工匠，他們被要求在日落之前離開澳門。但是，中國人基督徒是例外，他們是可以居住在澳門的（Rosemarie Wank-Nolasco Lamas, History of Macau – A student´s manual, 第22頁, Institute of Turism Education出版, 第一版, 1998年5月版）。

7 《曼努埃爾律令彙編》，見http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l2p138.htm。

8 Manuel António Hespanha,第71頁。

9 Francisco Ribeiro Da Silva, Filipe II e Portugal, 第259頁, 見http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/8271.pdf。

10 Cândido Mendes De Almeida, Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, 第23頁, 第14版, Typographia do Instituto Philomathico, 1870年版, 見http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733。

11 Lei da Reformação da Justiça, António Ribeiro編輯, Lisboa, 1583年版, 葡萄牙國家圖書館電子資源, 見http://purl.pt/15177。

12 《菲利普律令彙編》, 見http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm。

13 Charles Ralph Boxer, 第20頁。根據該歷史學家的觀點，對日期並沒有一個定論。但是，最權威的澳門研究員Luís Gonzaga Gomes在日期和由誰嘗試創設市議會的問題上給出了幾個不同的版本：在一本名為Mosaico的雜誌上，在1950年刊登過一篇文章，題目為《澳門市議會》，該文章的作者澳門市議會是在1583年由主教D. Belchior（或Melchior，根據不同的作者有不同的說法）創立的；在一篇發表在《卡蒙斯協會公報》上的文章，題目為《澳門的初期》，在這篇文章裡說是當地葡萄牙的商人嘗試創立這個機構，在1562年時改名為市議會；另外還在一篇題目為《澳門市》的文章裡表述了和歷史學家Charles Boxer同樣的觀點。這些文章被集中到《Macau - Um Município com História》這本書中，參見António Aresta、Celina Veiga de Oliveira, 第15頁及後續、第45頁、第107頁， Leal Senado de Macau出版, 1997年版。另一方面，Montalto De Jesus研究員還給出了另外一個版本，即由主教D. Belchior Carneiro在1583年

市政廳就在這次決議中產生，並在1586年得到印度總督的認可。

市政廳同葡萄牙其他的市政機構一樣，除地區行政管理職能外，還具備一定的司法權能。市政廳有兩個普通法官，有權審判簡易的刑事和民事案件，這些案件可以上訴至助理辦案員或果阿的上訴法院。[14][15][16]

除普通法官外，市政廳還每月從一個24人的名單中挑選出兩位調解員。[17]

在十九世紀中葉，由於艦隊司令、總督和助理辦案員間的權能衝突，市政廳在Mouzinho da Silveira實行的行政改革中失去了它的政治和司法重要性，而只剩下市政權能。[18]

3. 檢察官

檢察官一職在市政廳設立的同時也被設立。

檢察官除了作為市政廳議員外，還兼具地方當局和中國政府之間，確切地說是地方當局和廣東省政府之間的仲介角色。在1584年，檢察官被中國皇帝授予二品官位，負責在澳門的中國人，有權驅逐破壞公共秩序的中國人，也有權聽取中國群體對葡萄牙人的抗議，反之亦然，扮演類似調解員的角色[19][20]。

檢察官有權審理由中國人所犯的輕微罪刑。在諸如侵害身體的完整性或搶劫葡萄牙人等比較嚴重的犯罪案件中，檢察官負責收集通過誓約方式作出的證詞，罪犯則被移交給廣東省的中國法官來審判。[21]

殺人案件的被告由檢察官扣留，中國官員則會前來澳門進行尸檢調查，調查結束之後被告被押解到廣東受審。若指控成立，則執行判決。[22]

4. 助理辦案員

雖然助理辦案員制度的首個章程是在1587年2月16日確立，但是澳門開設

創立澳門市議會的（第53頁）。

14 António Aresta e Celina Veiga De Oliveira, O Senado – Fontes Documentais para a História do Leal Senado,第19頁, Leal Senado出版, 1998年版。

15 Luís Gonzaga Gomes,第15頁。

16 António Manuel Hespanha, 第76頁。

17 Luís Gonzaga Gomes, 第91頁。

18 António Manuel Hespanha, 第55頁。

19 C. A. Montalto De Jesus, 第58頁。

20 Aureliano Campino Da Rosa Barata, Procuratura do Expediente Sínico, 載於Ditema – Dicionário Temático de Macau, vol. IV, 第1247頁, Leonor Diaz Seabra和 António Rodrigues Baptista彙編, 澳門大學人類社會科學學院葡語系出版, 2011年11月版。

21 C. A. Montalto De Jesus, 第138頁。

22 同上, 同上.

該項制度的日期尚無定論。[23][24]該章程載於菲利普一世頒佈的一部規范非洲東海岸和東方的葡萄牙屬地進行的行政和司法改革範疇裡。

助理辦案員制度是自領地辦案員受到的啓發，協助艦隊司令進行司法程序，尤其是準備訴訟程序，作為司令代表審判民事和刑事案件，並和艦隊司令一起簽署判決書。[25]

在司法管轄權方面，助理辦案員有權審判所有民事和刑事訴訟（中國部份澳門助理辦案員章程第一節——根據現時使用的正字法書寫），另一方面，助理辦案員也有權對屬於其司法管轄範圍內以及艦隊司令管轄權內的所有案件作出最終判決，判決一經作出，無法更改（下述章的第7節）。這些管轄權的設定規定在《菲力普律令彙編》第2卷第47章。根據助理辦案員章程第四節的規定，助理辦案員彙集案卷，準備刑事訴訟程序的進行。一旦庭訊結束，助理辦案員即通知艦隊司令，以備艦隊司令定一個日期， 在“在某一公共場所”來作出判決[26]。如果沒有這樣的公共場所，則在艦隊司令的家裡進行。在上述規定的同一段落裡，還規定判決由助理辦案員作出，並由該助理辦案員和艦隊司令共同簽署。

當有分歧的時候，裁判暫不被宣佈，而由一位擁有實質選票的最年長的市政廳議員來幫助判斷，並由助理辦案員、艦隊司令和該名議員三人書寫並簽署判決書。（第4節）

助理辦案員對其無權管轄的刑事案件，在艦隊司令到場的情況下，可做出批示。根據《律令彙編》規定，不服批示可以上訴至果阿的上訴法院和刑事總辦案員。（第5節）

如果艦隊司令不在澳門，根據規章第六節的規定，助理辦案員審判屬其管轄範圍的刑事案件，視同艦隊司令在場一樣宣判判決。

至於被判處“自然死亡”刑罰的案件以及被告是一般平民的案件的裁判權都屬於助理辦案員。如果被告是鄉紳或貴族或“有其他重要身份的人士”，判決被執行之前要被告知於果阿總督，並聽取其意見。（第13節）

助理辦案員不能審理有關在澳門的中國人的案件；然而，在混合管轄的案件中，助理辦案員擁有完整的審判權（第29節）（但是，若在中國人被謀殺的案件中，中國官員會共同進行偵查。[27]）

在助理辦案員缺席或回避的案件中，由市政廳最年長的議員代為行使助理辦案員的職權（第26節）。另一方面，助理辦案員如果“受到質疑”，被要

23 Regimento da Reiação, 和Ministros da Justiça da India, Titolo do regimento do Ouvidor de Macáo nas partes da China, 第1144 頁及後續, 載於Archivo Portuguez Oriental, 第5卷第3部分, Imprensa Nacional出版, 1866年版, 見http://books.google.com/books?id=y2YqAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-PT&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (作者注釋：在該網站上卷數名是錯誤的，應該是卷7)。

24 設立聽證場所制度的1803年3月26日準照，見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/11/24/p191。

25 Carla Araújo, Ouvidor, 載於Ditema – Dicionário Temático de Macau, vol. IV,第1099頁, Leonor Diaz Seabra和António Rodrigues Baptista彙編, 澳門大學人類社會科學學院葡語系出版, 2011年11月版。

26 用當前的正字法。

27 C. A. Montalto De Jesus, 第138條。

求回避，則對其不能披露案件的任何信息[28]（這是考慮到裁判員的公正性）（第27節）。任何人，無論他的社會地位如何，都可以提出對助理檢察院的懷疑，這些懷疑應該被傳達至最年長的議員，由他決定懷疑是否成立（同上）。在迴避理由尚在處理時，助理辦案員繼續審判該民事或刑事案件，但需由一名市政廳議員作為助理共同進行。如果助理辦案員的迴避理由成立，應由另一位法官接手該案（同上）。如果迴避理由不成立，助理辦案員繼續進行案件的訴訟程序（同上）。

然而，如果提出懷疑的人對助理辦案員的證詞不滿意，想要提交證據來反駁審判員，則必須在提交證據之前繳納四個克魯薩多。如果對助理辦案員的懷疑不成立，繳納的錢則歸澳門監獄的“貧窮犯人”所有（第28節）。

助理辦案員的隊伍架構中還有兩個書記員和一名法警，這兩名書記員也充當筆記公證員的角色（第8節），法警則充當監獄看守的角色，由四個人共同進行（第9節）。助理辦案員可以在法警空缺時進行委任，但需要國王對此委任進行確認（第18節）。

除了一本記載了所有和司法機關費用“或肆意揮霍地用在其他部分”相關的現金判決的記事簿（第20節）外，助理辦案員必須還有一記事簿，由書記員在簿中記載所有審理的民事和刑事案件以及其他需要知曉的事由（第19節）。上面提及的費用僅可由助理辦案員命令安排，並在其家內作出支付。助理辦案員、書記員和法警的工資由馬六甲代理商辦事處支付。（第9節和第30節）

助理辦案員不可以被逮捕，也不可以被傳喚（“被傳訊”），除非果阿的總督或上訴法院下令（第22節），並“助理辦案員犯了某宗罪，艦隊司令應該通過書信將此事通知總督。總督命令中級法院審理，起訴助理辦案員，維護正義。”（第24節）

在澳門，助理辦案員除了司法管轄權外，還可和由在澳門的葡萄牙居民選舉的一個人（被稱為“司令”）一起管理城市，直到下一個艦隊司令到任。（第23節）[29]

助理辦案員的職位和艦隊司令的一樣，是獨立的，明確禁止其他人干預相應事務（第23節）。雖然規定權能分立，但這在實際操作中非常難以實現，因為市政廳、艦隊司令和助理辦案員試圖干涉其他每個人的事務，這導致三個機關之間的關係緊張，甚至連從1606年開始的助理辦案員負責的文案任命也被其他兩個干涉。這種緊張局面在1720年達到頂峰，於是國王詔令宣佈取消澳門的助理辦案員，它的職能轉移給市政法官，或者說，轉移給了市政廳。[30]

28 用當前的正字法。

29 “助理辦案員和由在澳門的葡萄牙居民選舉的一個人（被稱為“長官”）一起，負責管理城市，直到下一個軍事長官的到來”（第23節，最後一部分）。筆者認為上述的“長官”可能是和“地區長官”混淆了，從來沒能夠證明“長官”的存在。

30 在這個時期，市議會已經改名為澳門市政廳。

（二）一個城市，兩個司法管轄權——十八世紀的澳門

正像前面提到的，除葡萄牙人之外，只有皈依了天主教的中國人才可以居住在澳門。但是，關閘建成之後不久，儘管中國人仍繼續被禁止居住在澳門，但已經可以在澳門工作了，這些在澳門工作的中國人仍然屬於中國的管轄範圍內。因此，澳門出現了混合司法管轄權的局面，葡萄牙人和其他天主教徒（奴隸等）受葡萄牙王朝的法律約束，中國人則受中國帝國的法律約束。

但是，這兩種司法管轄權的共同存在存在很多衝突，有廣東省的中國官員多次干涉葡萄牙的司法事務根據Montalto de Jesus的說法，事實上兩者的摩擦不止如此，“這不是很罕見，中國官員本著在澳門挑動爭執的明確意圖，賄賂一些人並將其[派遣]到澳門，這種做法並不少見。當這些人被不當對待時，操縱這些事件的人就通過命令削減給養來宣洩他們的憤怒，這時，市政廳就會帶著禮物去緩解局面。”[31]

不管怎麼說，這種“先給後取”總歸是一種有效的解決方法。[32]

但是，從十八世紀中葉開始，葡萄牙受到國家的權力是絕對的、不可分割的的新的天啟論思潮的影響，澳門的這種狀態也走到了盡頭。由於國家主權的概念不能允許任何的分割或妥協，澳門開始了融入葡萄牙君權的完全一體化進程。[33]

然而，儘管澳門的一些歷史研究人員主張存在混合司法管轄權，事實上，我認為不能說事實上真的有混合司法管轄權，這充其量只不過是一種從屬性質的類混合司法管轄權，或者說這也是一種簡單的從屬性質的司法管轄權，沒有中國政府明示或默示的同意，葡萄牙君權不可能被行使，這一點是毋庸置疑的。[34]

為了證實這一點，根據Montalto de Jesus的說法，在1582年，存在想要向中國官員捐稅的事實（作者稱之為“盤剝”）。一個“老的貪利的福建巨頭，在1582年剛一擔任廣東總督的職務時，便命令官員向其介紹澳門的民間機構、法律機構的及教會機構，並要求他們解釋清楚他們是憑藉何種權利對澳門進行殖民管理。他聲稱皇帝雖然給了他們澳門，沒有給予他們任何關於該地區的司法管轄權。[...]一個假大使[一個叫Penella的法律顧問和兩個義大利耶穌會教徒]被用隆重的儀式接待；又被引導進入總督府的金色大廳，謙恭的外國人將禮物放在老巨頭前面，他十分滿意，接受了裝飾物和水晶，在接受禮物的時候支付給了來使價金。但是之後他們私底下發現，這個巨頭給他們錢時希望可以獲得更多禮物。正如預期的那樣，已沒有必要再多做論證。總督說，那些在澳門的葡萄牙人非常善

31 C. A. Montalto De Jesus第58頁。

32 Charles Ralph Boxer, Estudos para a História de Macau – Séculos XVI a XVIII, 1.º Tomo, 第183頁, 第一版, 東方基金會出版, 1991年10月版。

33 Antônio Manuel Hespanha, 第54頁。

34 支持這個觀點的有：Susana Münch Miranda和Cristina Seuanes Serafim, Organização política e administrativa, 載於História dos Portugueses no Extremo Oriente, 1.º Vol., Tomo I, Em Torno de Ma-cau. Séculos XVI-XVII, 第274頁及後續, Direcção de A. H. de Oliveira Marques, 東方基金會出版，1998年版; 反對這個觀點的有：Charles Ralph Boxer, Fidalgos..., 第266頁及後續。

良忠誠，他們不僅自我約束，還服從中國官員。”[35]

在1635年，Charles Boxer引述編年史作者António Bocarro的論斷，講述如下：“我們和中國皇帝關係保持平和，這也是他想要的。因為在遙遠的印度，葡萄牙人可以聚集起大量的人，令我們不再害怕和中國的關係破裂，因為只有阻礙我們繼續停留在這裡，我們的城市才會被消耗殆盡……向中國發起戰爭對我們從來都沒有好處，因為就算我們在戰爭中凱旋而歸，他們卻能在商貿上令我們一敗塗地……”[36]

在那個論斷之後大約150年，主教總督Dom Alexandre da Silva Pedroso Guimarães, 被之前提到的歷史學家所引用（引，José Caetano Soares），證明如下：“……我們不能強烈反抗任何一個命令，這是絕對不能做的，因為在這個城市的中國人有將近22,000人，所有的基督徒，不管老少，無論膚色是黑是白，加起來也不到6千人，而且這些人都很弱。皇帝一下子在這個城市塞下了這麼多中國人，每個人如果扔一個鞋子到河裡的話，都能掀翻一艘船。”[37]

實際上，並沒有任何的由皇帝簽發的文件允許葡萄牙人在澳門開始植入法律制度，這點在1750年11月10日被海外事務委員會所確認[38]。

無論如何，傳統的史評都斷言，中國對澳門事務的放任不管在17世紀中葉到19世紀中葉期間達到了頂峰。

1644年滿族佔領了中國，創立了朝代“清”。清朝政府害怕當時在中國的外國人會幫助有些群體來反叛清朝[39]，中國皇帝就借著要結束中國當時政治不穩定局面的托詞，公佈了一份皇帝法令，命令所有居住在沿海地區的居民離開海邊，向內陸前進500裡並禁止和外國人的任何接觸。除了這項和其他一些措施之外，爲了控制和預防任何有可能的自澳門開始的造反，同時加強澳門的官員的權力（因為中國對葡萄牙機構的大部份嘗試控制都來自廣東省的官員－ 官員的這種行為很有可能是受命於皇帝[40]），因為中國從來沒有放棄過澳門是中國的組成部份這個認知，葡萄牙在澳門只是“皇帝特批允許停留，而非作為土地的主人而存在”[41]，因此，根據中國的行政制度，這些葡萄牙人都是受中國法律約束的。

因此，利用葡萄牙人在澳門植入法律制度的“無力”和將軍的無能（和市政廳處於無休止的內鬥之中，卻沒有當地力量的幫助），中國政府和市政廳串通在1743年創立了白宮下屬的副市長職位（大廈位於望廈），該職位擁有“處理我們下屬臣民和蠻族事務，兼管防盜監察和海洋保衛工作，而且還要展示我們皇族

35 C. A. Montalto De Jesus, 第52頁和第53頁。

36 Charles Ralph Boxer, Estudos..., 第183頁。

37 同上, 同上.

38 António Manuel Hespanha, op. cit., 第54頁。

39 A. M. Martins Do Vale, Os Portugueses em Macau (1750-1800) – Degredados, ignorantes ou fiéis vassalos d´El-Rei?, 第71頁, Ed. Instituto Português do Oriente, 第1版，1997年7月出版。

40 A. M. Martins Do Vale, op. cit., 第77頁。

41 同上, 第88頁。

的仁慈和友好、解釋闡明我們的制度體制的特殊權能”[42][43]。

據Montalto de Jesus所言，在1774年，中國官員假藉對一個葡萄牙人殺害一個中國人的指控的托詞，決定將中國的懲罰性制度（中國《刑法典》，被稱為Montalto de Jesus）開始在澳門生效並適用[44]。因此，以下規則就被確認下來：任何一個被判處絞刑或斬首的外國人，“地方法官在將整個案件調查展示給王爺或者廣東省總督看，王爺或者廣東省總督要仔細審查該份調查。如果其屬下作出的判決是公正的，地方法官將會收到一份命令，令其和外國代表一起跟進該案直至執行死刑；但是如有減罪情節，罪犯將會被押回其國家接受懲罰”[45]。

Martins do Vale補充了另一個版本[46]。對這個作者而言，中國人想要增強在澳門的權力的機會出現在兩起謀殺案發生之後，其中一起謀殺案的死者是被兩隊巡邏隊[47]所殺，另一個死者則是被總督Teles de Menezes後來所殺，死者的屍體被清除了，被指控者也被送到了東帝汶。這件事再聯繫上其他的因素，讓一群中國官員在望廈，在白宮官員的公堂和在議會廳確定了一系列的法律，這些法律不只是嚴肅宣稱了清政府對澳門的權力，同樣也釋明和統一了在澳門適用的法律，以避免在葡萄牙治理和中國治理之間的衝突[48] – 俗稱為“十二章”[49]。

在中國政府作出的決定裡，有一個載明被指控殺人罪的歐洲人的罪罰如果可能是死刑的話，則犯罪嫌棄人必須交由白宮的中國官員看管等候判決。如果一個歐洲人被指控犯了某項罪，該罪的處罰是流放的話，那麼這個歐洲人就要在靠近澳門的地方接受一個中國法官的裁判。如果所犯的罪的嚴重程度不高，則被告會被議會廳來審判，“然後將案件移交給中國法官，由中國法官來執行”（第5段）[50]。

因此，澳門從一個混合型的司法管轄體系（或傾向於屬下的司法管轄體系），至少在刑法管轄權上，已經轉變成為由中國行使司法管轄權。

有時候，這些事件的發生完全阻礙了新的天啟論在中國的出現。在歐洲，關於國家的定義、權力的集中和最高司法權的天啟論廣泛流傳，而在澳門，則是完全不可能和其他實體、地方或者外國人共享權力[51]。

42 A. M. Martins Do Vale (op. cit., pág. 72) 說，正好相反，在1744年有一位中國官員被派往澳門。

43 金國平, Mandarim da Casa Branca, 第947頁及後續，載於Ditema – Dicionário Temático de Macau, vol. III, Leonor Diaz Seabra和Antônio Rodrigues Baptista彙編, Ed. 澳門大學人類社會科學學院葡語系出版, 2011年11月版。

44 C. A. Montalto De Jesus, 第135頁和第139頁。

45 同上, 第139頁。

46 A. M. Martins Do Vale, 第73頁及後續。

47 一隻由士兵或者警察組成來監察城市的隊伍。

48 同上, 第73頁和第74頁。

49 Verção de doze Capitolos, 載於Correspondência Oficial Trocada entre as Autoridades de Cantão e os Procuradores do Senado, 第4頁及後續, 作者金國平、吳志良, 第一版, 澳門基金會出版, 2000年版。

50 同上, 第6頁和第7頁。

51 根據Jorge Noronha E Silveira的觀點，這種通過7月14日法令創設海外委員會集中權力的運動開始在1640大重建時期（澳門憲法權利歷史學習材料（1820-1974），第15頁，第一版，法律出版社出版，1991年4月版）。這個委員會的職權不僅包括向國王建言獻策海外事務，而且還能審判在這些海外省的爭議（海外委員會規章序言，1642年7月14日，見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/7/31/p166）。但是，

然而，事實上，理論則是另一套……

（三）十九世紀將澳門納入葡萄牙司法管轄的嘗試

在十八世紀末、十九世紀初，開始了結束澳門的混合型司法管轄體制（或傾向於屬下的司法管轄體系）的進程。

將澳門實際上納入葡萄牙司法管轄的實質性第一步是在1783年4月4日D. Maria I批准了Providências Régias，這項措施主要的目的是授予總督必需的權力來管理Leal Senado地區（至當時為止，擁有地方管理的很多權力），使得總督成為澳門至當時為止最高級別的人物[52]。

在這裡有必要提及關於葡萄牙皇室授予市政廳過多的權力這一情況，在致印度王爺的信函裡寫道：“那塊如此重要領土的市議廳，它的大部份代表居然是由逃往那裡的逃兵或者其他和他們相似的人組成的，所有這些人無視政府，除了通過航海和貿易來獲取自己的利益之外毫無視野。他們只考慮奴顏婢膝來讓中國官員少為一些暴政，不停地給中國官員贈送禮物，或者這些禮物還是房產，中國官員想要多少，他們便送多少，完全不顧整個葡萄牙民族的臉面，更無視葡萄牙皇室擁有的不容置疑的國家最高權力【……】在上面提及過的紀念碑上（流傳在市議廳的前廳裡、望廈的中國官員住所前或者白宮裡），無論葡語還是中文，經常寫著以Sunto（廣東省的王爺）和其他中國官員之名（但沒有以皇帝之名）一些全盤推翻基督教和葡萄牙皇室的最高權力的一些命令”[53]。

這樣一種事態直接導致總督管理權力的限縮，權力被過渡給軍事政府，並創設了最高行政法院助理辦案員制度的。就這樣，在1787年，葡萄牙皇室重新建立了助理辦案員制度[54]。

1. 助理辦案員制度的重建和公正委員會的創設

(1)助理辦案員制度

助理辦案員制度在1787年被重建，但是只有到1803年時才收到通過3月26日準照[55]更新過的規章制度。

助理辦案員在刑事案件的權限被更新到1萬rel（第一章）。助理辦案員對實行犯可以和普通的法官合併權限，按照1790年3月5日準照的規定（第5章），

根據澳門司法副秘書長說由於郭阿和市政廳的過錯，在澳門地區的權力集中在葡萄牙統治期間做得並不好（同上, 同上）。

52 Jorge Noronha E Silveira第15頁和第16頁。

53 António Manuel Hespanha, 第 74頁。

54 António Manuel Hespanha, 第 74頁和第75頁。

55 1803年3月26日助理辦案員規章準照，見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/11/24/p186。

在儘量短的時間和空間條件下，根據司法改革法和其他後續的程序規範性法律的規定準備一整套程序。另一方面，在沒有被控方的犯罪裡，按照1781年10月17日判例裡所作的規定，無論被告是平民還是士兵，宣讀公正委員會的判決（同上）。那些嚴重侵犯身體完整、搶劫（“入室暴力盜竊”）或者強姦的犯罪的審判程序由助理辦案員來準備，排除普通法官的干涉，在公正委員會進行審判、作出判決；但是，如果被告被判處死刑，那些筆錄和判決將會被寄送至中級法院（在果阿），在那裡執行死刑（同上）。

這項新制度最重要的革新性的規定是在第6章，助理辦案員可以處理中國人謀殺案，無需中國當局的干涉：“如有中國人被殺，助理辦案員就會抓捕犯罪嫌疑人，以防止給城市居民和中國官員那方的商業帶來風險、混亂和不安；助理辦案員會用最大的確定、勤勉和對真相的探知開始一個程序，並在委員會和總督、市政議員們[市政廳]進行審查，相似的案件都會走這樣的程序；如果要被判處死刑，則被告會被判處普通刑罰，因為這是為了顯得更加有尊嚴，我的僕人要根據我的正義來審判，而不是交到那些愚蠢的人手裏，被那些所謂的中國官員凌辱”。

關於那些僕人（僕役）、卡菲爾人（奴隸）和船員，這些人受第7章的規定和10月7日判例的規定約束，當他們被判處“監禁刑”[56]時，則可以被流放至東帝汶。

那些流浪漢和“沒有上船的人”[57]，他們非法賭博，未婚同居，拉皮條又被抓獲，這些人被逮捕和審判都在公正委員會使用簡易程序（第8章）。如果被告是澳門居民，則可以自由等待審判。審判由公正委員會作出。但是，如果是設立在澳門的中國公司的外國人員工，則由助理辦案員在進行程序時具備必要的“考慮”，以避免無論司法還是政府受此牽連（同上）。

申訴交由助理辦案員根據1789年4月14日準照確定的方式，隨同總督和印度總艦隊司令指派的副手進行分析（第6章）。關於豁免和迴避，前述這些人員還是按照之前的制度來規範（第14章和第17章）。

另一個重要的革新性規定是在那個規定的第18章，將探知中國人為何抵抗葡萄牙人的原因交由助理辦案員辦理。

助理辦案員制度在1836年通過12月7日的法令[58]被廢除，原屬於助理辦案員的職能和職權都過渡給澳門區法官（第20條）。

(2)公正委員會

在創設助理辦案員制度的同時，也創設了公正委員會。公正委員會擁有在要向果阿中級法院上訴的情況下除被告會被判處死刑的案件以及涉及到中國人

56 用當前的正字法。

57 用當前的正字法。

58 1836年12月7日法令，見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/16/88/p215。

死亡之外其他所有的刑事案件的終審審判權，無論是民事的還是軍事的[59]。

公正委員會由總督主持，由助理辦案員作投票和文書記錄，另外還有澳門駐軍司令、月度普通法官、最年長的兩個市議員和市議廳的代理人。

在1836年，過渡性司法組織被頒佈，公正委員會的庭訊轉為公開（第1條和第20條），法官開始擔負起助理辦案員的權責，這在上面已有所述（第20條）[60]。

在1866年，12月1日的法令通過了在莫桑比克省、印度州、澳門和東帝汶的司法管理規程[61]，在這個規則中推行了一些改革，特別是對公正委員會的組成部份。總督成為了這個機構的一員，但是只負責維持庭審過程的秩序和引導工作的進行，只能在打破僵局時干涉做出的決定（第32條，第1段）。除總督之外，一名法官作為文書、三名“第一線、高級別、高資歷”的高級官員、政府委員會的兩名成員和一名法官的首選替代員（第32條，第2段）。

不知是否是由於疏忽還是出於故意，中國事務的檢察官並沒有別列入到公正委員會的成員名單內，這和1803年的準照的規定是截然相反的。

關於職權，公正委員會繼續行使裁判軍事和民事的刑法案件的職權。但是，由於受到和當地平民通婚現象的影響，公正委員會只審判軍人而不能審判他們的配偶，在1871年7月15日頒佈了一個法令將公正委員會分為兩個庭：第一法庭負責軍事犯罪，第二法庭負責民事犯罪，這兩個法庭由5位有投票權的成員組成，並由總督主持（第1條）[62]。

第一法庭由總督、法官文書員、高級官員、在職更久的高級官員、現役軍隊高級官員、行營司令官和海軍基地首領組成（第2條）。

第二法庭由總督作其主席，另由法官、省委員會兩名具投票權的委員、市議廳主席和中國事務檢察官組成（第3條）。

公正委員會在1894年2月20日法令裡被取消，這個法令制定了在海外省的司法管理制度。和平民犯罪相關的案件的管轄權被轉移至普通民事法院（第4條，第1部份），軍人犯罪則由軍事委員會審判（第4條，第2部份）。

（四）中國事務檢察、市議廳和中國管轄權的結束

十八世紀的天啟論中關於國家的定義在十九世紀初期（更具體地說，是自1808年始[63]）引起了葡萄牙憲法運動。在1822年9月23日，葡萄牙頒佈了第一部憲法。

59 1803年3月26日準照，見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/11/24/p186。

60 12月7日法令，同上。

61 12月1日法令，見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/41/90/p532。

62 1871年7月15日法令，見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/46/75/p231。

63 根據Gomes Canotilho教授的觀點（Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 第127頁及後續, 第七版, Livraria Almedina出版），葡萄牙憲法運動開始於1808年Junot將軍領導、一群市民組成的“憲法請命”，那時候還是在法國侵略戰爭期間。

1822年憲法在第20條第3款裡規定將澳門劃入葡萄牙、巴西和阿爾加維聯盟王國[64]的領土範圍，從十八世紀中葉開始，這給葡萄牙確立最高權力的政治注入了新的活力，但是直到19世紀並無成效。

在十九世紀中葉，爲了支付1846年土地的使用租金，澳門被完全納入到葡萄牙的管轄權範圍之內，氹仔和路環被佔領，中國海關被廢除（但是在1862年又被重設），中國官員的刑事管轄權被廢除，這些通通發生在1849年[65]。

受到1822年憲法成立及之後移植而來的最高權力的概念影響，在1852年在葡萄牙頒佈了《刑法典》（最高權力對其市民最根本的因素之一），然後這部法典的效力就延伸到葡萄牙的殖民地，當然也包括澳門。這加深了葡萄牙人想要在澳門建立最高權力制度的幻想[66]。

爲了補充這一點，在1862年8月13日簽署了一份中葡友好商貿協議，這份協議確立了在澳門實行和其他葡萄牙領地相似的規章制度。後來，在1887年12月1日，澳門被葡萄牙確認永久被佔領，這和之前相比，其佔有被加強了，澳門不可能在沒有中國政府同意的情況下被讓手給其他力量[67]。

然而，在1847年，中國官員雖然撤出了澳門，在葡萄牙澳門整體主義十分猖獗，對中國人的特別管轄權仍然保留著。城市的檢察官在司法問題上開始依附於澳門政府，更具體地說，是依附於澳門政府秘書處。這和到那時為止之前發生的正好截然相反，因為這是市議廳的架構之中的。可以肯定的是，檢察官和代理和市議廳斷裂了[68]。

在1852年11月19日，有關刑事程度的代理制度被公佈[69]，這項制度給予了上述組織更大的權限，只有在最嚴重的那些按監理才需要受限於總督的確認。但是，根據António Manuel Hespanha所述，檢察官適用葡萄牙法律抑或中國法律又或者是否“只是根據理智或者時機”來作出相應行為無從得知[70]。

然而，雖然檢察官直接依附於總督，這個制度也並非沒有批評，特別是因為直接依附於總督，會使它的獨立性大打折扣。還有其他的批評源自檢察官的任命是終身制的（補充說，不可能解除其職務，如果要解除其職務，只能解散市議廳），而且檢察官沒有接受過法學教育，這會導致作出決定的標準十分空泛和喪失上訴的管轄權。除此之外，檢察官還和市議廳相關聯，因其是市議廳的稅務議員，這就會產生很多利益上的衝突。

64 1823年9月23日憲法，見http://debates.parlamento.pt/Constituicoes_PDF/CRP-1822.pdf。

65 António Manuel Hespanha, 第56頁。

66 在這個範圍裡，還沒有想到要為殖民地專門制定一部刑事訴訟法典，這種想法曾經被推薦給Levy Maria Jordão，這個人是議員同時也是刑法學家，但是，這種想法一直沒被實現。（Cristina Nogueira Da Silva, Uma justiça “liberal” para o Ultramar? Direito e organização judiciária nas províncias ultramarinas portuguesas do século XIX, 載於Revista do Ministério Público, n.º 103, 2006; 見https://governodosoutros.files.wordpress.com/2010/09/justic3a7a-no-ultramar-revista-do-ministc3a9rio-pc3bablico.pdf）。

67 António Manuel Hespanha, 第56頁。

68 同上，第57頁。

69 找不到一個和中國事務檢察官的刑事訴訟程序相關的規定。

70 António Manuel Hespanha, 書刊頁底註解220條，第57頁和第58頁。

這些不滿的聲音導致了1865年7月8日的第150號法令的頒佈，這個法令對檢察官的制度作出了一些改變[71]。

因此，檢察官的任命變得正式起來，由總督提議，有選舉權的議員中選擇（第1條），在澳門政府給中國事務檢察官制定出新的規則之前，要一直履行由當時正生效的規則規定的權能（第1條/獨立節和第4節）。

在1866年和1867年，檢察官制度改革研究委員會被任命。

這些委員會認為，雖然檢察官制度有些詬病，但是它仍是一項在人民群眾中深受信任的制度，委員會收到的大量案例都說明了這一點。另一方面，檢察官制度成功地將罪犯引渡到中國這一做法劃上了句號（據António Manuel Hespanha所述，在這之前罪犯是交給Chien-Xan的皇家機構的）[72]。但是，委員會推行讓檢察官制度漸漸地被納入到葡萄牙一般管轄權的模式裡，由檢察院來進行干涉，藉助一般司法組織的廣為人知的組成模式；或者說，檢察處被視為擁有和葡萄牙法院相似的一般管轄權的葡萄牙法院，除了專門規範該制度的規則之外，還要受一般法律，尤其是刑事訴訟法律的約束[73]。

在1877年12月20日，中國事務的檢察官制度規則被頒佈[74]。

一般的司法管轄權限仍被保留，檢察官對實行犯，民事的、商事的以及其他都擁有管轄權（第1條）。但是，在有歐洲人和中國人為被告的實行犯裡，檢察官就不具備管轄權，案件就會被轉接到區法官那裡（第1條/獨立節）。

檢察官開始由里斯本任命和罷免，在受過法學教育和具備公共管理經驗的候選人中選擇（第3條和第4條）。不過，如果有正當理由且由政府委員會批准，總督可以中止檢察官的職能（第7條），由總督在政府委員會選擇其替代人。（第9條/獨立節）。

代理也被分為兩個庭：一個是和中國問題相關，一個和法律、管理相關（第11條）。其中第二個包括押送犯人、提取犯人、坐監和訴訟（第11條/第1節）。那些“秘書”（工作人員）在履行檢察官法庭職能時都是配備了書記員和供差遣的官員的（第11條/第2節/第3節/第4節）。

檢察官仍然保留對刑事的實行犯（包括輕微的治安問題）、民事犯罪、機構犯罪和商事問題的管轄權（第14條及後續）。根據規章第83條的規定，輕微治安問題在每天的上午11點到下午1點之間審判。刑事犯罪在每個週一和週三審判，聽證從下午1點開始（第84條第1部分）。

和民事犯罪和商事犯罪相關的聽證分別在週二和週五的同一時間段進行（第84條第2部分）。

聽證會沒有規定結束的時間（第84條最後一部分）。

除了規定的日子，檢察官如果覺得有必要，可以將聽證會定在一周的其他

71 António Manuel Hespanha, 第58頁。1865年7月8日第150號法令，見 http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/40/98/p260。

72 同上，第59頁和書刊頁底注釋第236條。

73 同上，第59頁和第60頁和書刊頁底注釋第239條。

74 澳門中國事務檢察官制度，見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/75/124/p303。

日子裡（第84條/獨立節）

關於刑事訴訟程序，檢察法庭按照以下方式進行：對輕微的治安案件，法庭作為第一級審判，無上訴的權利，且按照簡易程序進行（第21條和第22條），這是1853年8月18日的法律文件規定的審判權[75]。

在實行犯犯罪裡，檢察法庭作為第一級審判（在那些需要起訴到法庭的情況裡），上訴可向區法官提起，由區法官作最終判決（第15條和第16條）。在那些會被判處重監禁、永久監禁、“公共工作”、流刑等犯罪裡，上訴要向公正委員會的民事庭提出，由該庭作第二級也是最後一級審判（第17條）。在這種情況下，由於檢察官已經做了第一級審判了，就不能再參加公正委員會的決議了，那麼這個位置就被一個能夠勝任該職位、被總督在議會上委任的人所替代（第9條/獨立節）（第17條）。

上述犯罪相對應的刑事訴訟程序按照普通程序進行（第21條）。

由於1877年的規章[76]有些規定含糊不清，這個規章被重新審議。因此，在1881年，通過了新的中國事務的檢察規章。然而，根據批准通過該規章的法令報告所述，相較於舊規章而言，新規章的改革並不是很多，只是更明確地規定了檢察法庭具有的管轄權限，決定將《刑法典》也適用於犯罪的住在澳門的中國人身上，將全部的民事和刑事上訴案件的管轄權賦予公正委員會和政府委員會，同時取消了區法官對“臨時重監禁”的刑事案件的管轄權[77]。

在1894年，在海外省的司法管理規章被通過了，這個規章廢除了中國事務檢察制度，原屬於檢察官的權限都被轉移給法官身上（第5條）[78]。

（五）中國人專門法庭

在1897年法令頒佈取消中國事務檢察制度十五年之後，澳門政府認為重建一個針對居住在澳門的中國人的特殊管轄權是有必要的。因此，在1908年，Alves Roçadas總督委任了一個委員會重建專門來處理中國人事務的法庭[79]。

做出這個嘗試的原因是中國人人口數量在當地形成了壓倒性的優勢，這是個很有開拓精神的舉動，但也是一個引來無數爭議的舉動。1897年法令規範了海外省的司法管理制度，但是當時並未考慮到不同地方的特殊情況，這在那些擁護成立中國人專門法庭的人來說，這種無視特殊性的規定給當地的中國人帶

75 根據上述的法律，輕微刑事法庭能審判以下輕微刑罰的案件：（1）低於六個月的徒刑；（2）低於六個月的流放；（低於一個月或者低於2萬rel的罰金刑）；（4）訓斥；（5）審查和（6）最新的司法改革的第1251條和第1262條規定的刑罰。見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/28/4/p286。

76 通過1881年中國事務檢察官制度的法令報告，見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/55/37/p431。

77 用現在的正字法。

78 見http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/80/117/p108。

79 Carla Araújo, Tribunal Privativo dos Chinas de Macau (1917-1927), 第1471頁,載於Ditema – Dicionário Temático de Macau, vol. IV, Leonor Diaz Seabra和António Rodrigues Baptista彙編, Ed. 澳門大學人類社會科學學院葡語系出版, 2011年11月版。

來了強烈的不安全感、商業停滯和澳門商人的外逃[80]。

在1910年底，在當地一份報紙（新生活報）上刊登了第一個法案[81]。

在1911年，澳門政府爲了研究和講介對此的意見，任命了由Camilo Pessanha主持的委員會[82]。

在1912年，委員會完成了研究，對專門給中國人設立一個專門法庭這一事項給出了消極意見。然而，委員會提出了有必要賦予區法官應有審判犯罪的權限，設立一個刑事法庭，由一名預審法官或者一名市政法官來實行審判輕微治安案件和利用簡易程序審理的案件，並且預審刑事訴訟程序。這是根據中國事務檢察官制度廢除制度而作出的。[83]

儘管委員會認為無必要設立中國人專門法庭，但是在1917年，這個法庭仍然被設立了。1917年11月29日3:637法令通過了中國人專門法庭規章，並刊登在1918年4月6日的14號公報上。

和檢察官一樣，法官由里斯本任命。但是，這裡有一個創新之舉，和已經消失的檢察官不同的是，這個法庭的法官是在眾多葡萄牙殖民地的司法官裡選擇，如果曾經在澳門有過功能工作經驗，就會被優先考慮（第3條）。法庭由一名法官、一名檢察院的“代表”、兩名差遣官員和一個中國人助手組成（第2條）。

在刑事訴訟程序裡，中國人專門法庭有權審理以簡易程序進行的（如果雙方當事人不履行上訴權）罪罰低於六個月的監禁、流放和低於500葡幣的罰金的刑事案件（第1條/第1節）。另一方面，原告或者檢察院可以要求以簡易程序進行，只要上訴權被提出放棄（第27條/獨立節）。對被告而言，在被法庭傳喚之後，如果不願意放棄上訴權，就將該案件轉接到輕微治安案件的法律程式，“組織間接罪證”，這也就是說，要接受證人的詢問（同上）。

那些現行犯，如果他們所犯的罪對應的程序是簡易程序的話，只要被抓到法官面前“人贓俱獲”，馬上就由管理機構傳喚證人來作證（第28條）。

如果被告不是現行犯，當法官收到控告或者官方通告之後，可以傳喚被告、召集證人，並通知被告他已經被指控了（第28條/第1章）。在審判的時候，法官會在聽取證人和被告的發言之後作出一個不可上訴的判決（同上）。

在簡易程序裡，指控和辯護並不是必須的。但是，檢察院可以在其認為有必要時時介入程序。另一方面，雙方當事人可以聘用律師來參與到程序中區（第28條/第3節）。

如果警察機關得知了某項犯罪，犯罪或者是不法行為，要做一份相應的筆錄，在筆錄裡要詳細說明犯罪的情形，要盡一切之勤勉義務來確認和找出罪犯。筆錄會被交給有管轄權的法官，如果是現行犯的話，那麼筆錄就和罪犯一起被交給法官，或者也有可能會被“無罪釋放”（第29條）。

中國人專門法庭存在的時間很短。在1927年10月20日，根據14　553號法令

80　同上, 同上.

81　同上, 同上.

82　同上, 同上.

83　同上, 同上.

中國人專門法庭被廢除，和中國人群體相關的問題也交由普通的法庭來處理，儘管在這個過程中，涉及到家庭和繼承的案件仍然參照1909年出版的中國的民俗大典來規範[84]。

這種狀態一直維持到了1948年，當時只要出生在澳門，擁有中國國籍的人都可以擁有葡萄牙國籍，受葡萄牙民法約束，而其他中國人則受中國民法約束[85]。

在這點上值得一提的是，雖然那些法庭會按照中國民俗大典來進行審判，和在其他的葡萄牙殖民地所發生的恰然相反的是，在澳門出生的中國人並不受土著地位的法律規章制度約束，這是1935年11月15日通過的23　288號法令[86]裡的葡萄牙殖民地帝國文件第246條所規定的。Paula　Meneses補充說，在澳門出生的中國人從來不會受到“像其他土著地位人的惡劣對待”[87]。

二、澳門和過渡階段的法典們

（六）澳門《刑法典》

1886年的《刑法典》被認為根植於“舊制度”“一種所有權和鄉村主義的觀點之上”，只是爲了懷舊，而已經不能適應澳門當地的需要和要求，對法典進行維護改變是有意義的[88]。爲了替換這個法典，在1983年（在葡萄牙《刑法典》頒佈一年後），成立了一個委員會來研究澳門的刑法改革。

另一方面，存在其他原因使得製作一部新法典的需要性又再度提高。這些原因都披著科學的外衣，當時對懲罰權利基礎的概念和國家介入的方式已經發生了轉變，以使在對抗違法行為的時候能夠更好地進行保護和反應。

另外還有政治的原因在其中，雖然根據《中葡聯合聲明》，澳門作為一個高度自治的特別行政區（《中葡聯合聲明》第2段）回歸中國後還會保留葡萄牙政府統治期間的生活方式，但是在澳門當地有一部自己的《刑法典》，反映當地的文化、社會和經濟各方面的情況也是有意義的。因此，根據José da Cunha Rodrigues的描述“法典的制定是《中葡聯合聲明》‘實際應用’的一種工具，也是為‘1999年權力交接成就有利的條件’”[89]。

84　同上, 第1475頁；António Manuel Hespanha, 第67頁。

85　Carla Araújo, 第1475頁。

86　Hespanha, António Manuel, 第54頁, 書刊頁底注釋第206條。

87　Maria Paula G. Meneses, O “Indígena” africano e o colono europeu”: A construção da diferença por processos legais, 第84頁, 書刊頁底注釋第26條, 見http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/693_04%2520-%2520Paula%2520Meneses%252023_06.pdf。

88　José da Cunha Rodrigues, Um Código para Macau, 載於澳門大學法學院公報, 第3號, Ano I, 第32頁, 澳門大學法律和司法研究中心出版, 1997年版。

89　同上, 第32頁和第33頁。

另一個原因是社會性質，在接近權力交接時期，制定一部反映澳門的多文化現象的法典變得十分緊急[90]。但是，由於《澳門組織章程》給澳門政府機關很少的自治權力，對委員會有效地同意澳門刑法的改革是不可能的[91]。

在1987年《中葡聯合聲明》簽署之後，《澳門組織章程》在1990年被重新審議，制定一部屬於澳門自己的現代《刑法典》成為一個急迫的需求。因此，在1990年5月17日，立法會通過第2/90號方案，成立了一個澳門《刑法典》和《刑事訴訟法典》製作臨時委員會[92]。

在1990年底，當時司法副秘書長Dr. Sebastião Póvoas向優秀的刑法學家Figueiredo Dias教授推薦了一部在1991年2月末完成的法典草案，這部草案被送到立法會，作為制定將來澳門《刑法典》的基礎[93]。

法典草案幾乎被完全通過，只是在外在形式上作出了個別的改變，並製作了草案中沒有的述有1995年葡萄牙《刑法典》的新方案的附錄[94]。

1995年11月14日的58/95/M號法令序言決議澳門《刑法典》在1996年1月1日生效[95]，但是這一規定被1999年12月20日的《回歸法》第4條第1款第1項廢除了。允許1886年《刑法典》規定的刑事處罰既不減緩，也不加重，但這並不影響有些罪刑的加重。考慮到澳門的特殊性，有些刑罰幅度被大大增加（例如侵犯人身自由和性自主權的犯罪等等）。另一方面，這部法典的頒布也想要傳播一種人性化和創新的概念，反映出對基本權利的尊重、人性和寬容的價值，確認刑法體系的根本價值是為了保護人的尊嚴，通過對罪犯的人格權利的尊重反射出刑法體系的想要罪犯重新融入社會的教育趨勢，呼籲不再二次犯罪。

另一方面，確認了徒刑是最為嚴重的刑罰，或者說，徒刑只有在其他較不嚴重的處罰方式無法達到懲罰目的時才能夠適用[96]。

最後，死刑和永久剝奪人身自由的刑罰或者措施都被明文確定廢除，這十分符合刑法想要幫助罪犯重新融入社會的願望。但是，要注意的是，這樣的規定只在《刑法典》（第40條）裡出現，在基本法裡沒有做出此類規定[97]。

90 同上,和第33頁。

91 Manuel Leal-Henriques, Apresentação da proposta de lei relativa ao Código Penal – Assembleia Legislativa, 1995年7月15日, 第7頁, 載於Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau, vol. I, 法律與司法培訓中心出版, 2013年7月版。

92 2/90號方案，公佈在1990年5月29日第22號澳門政府公報上。

93 Manuel Leal-Henriques, 第7頁和第8頁。

94 同上, 第9頁。

95 序言以及使澳門刑法典通過並生效的法令，見http://images.io.gov.mo/bo/i/95/46/dl-58-95.pdf。

96 Manuel Leal-Henriques, 第57頁。

97 Jorge Godinho已經提醒過要注意基本法對此項原則的不作規定(Revista "Administração", 第19/20期, vol. VI, 1993 – 1.º和 2.º, 第158頁, 見http://www.safp.gov.mo/safppt/magazines/search/index.htm?from_year=&from_month=&to_year=&to_month=&volume=&issue=&articles=&category=0&keywords=&author=Jorge+Godinho&x=7&y=4).。要看對此不作規定更多的意見，參見ANTÓNIO KATCHI, As Fontes do Direito em Macau, 第334 及後續, 澳門大學高級法律研究中心出版。也可參見趙燕芳、趙國強，《死刑與基本法》(第141及後續, 載於《行政》, 第 19/20期, 第六卷, 1993 – 1.º 和2.º) 來看基本法上沒有作出禁止死刑的可能性原因。 (在我們的意見來看，很難接納)

不能有死刑和永久剝奪人身自由的刑罰或者措施這一規定不只在《刑法典》第40條被規定，根據Paulo Cardinal的描述，同樣也出現在澳門民法典規定的基本權利裡（特別是第67條到第82條規定的生命權等）[98]。因此，據Paulo Cardinal的觀點，生命權和和生命權緊密聯繫的禁止死刑的保障是“在憲法層面上被顯而易見地保障著的”，雖然在形式上只能在低於憲法的層面上通過上述的法典來進修規定[99]。但是，為了真正能夠估測這種憲法層面上的保障的存在度，作者認為要求助於持續原則[100][101]。結合《中葡聯合聲明》第2條第4款和相應的附件一和附件三，以及基本法的第5條和第8條的規定，雖然沒有明示確定，但是我們仍然能夠感覺到持續原則的存在。這項原則是經過葡萄牙和中國雙方同意，為的是在過渡期期間，澳門的法律制度不會有大的改變[102][103]。

據Paulo Cardinal所述，另一方面也要通過基本法第40條看看使得《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會、文化權利國際公約》和勞動國際公約的規定繼續適用於澳門的其他材料[104]。因此，雖然在基本法的基本權利裡沒有作出規定，但由於適用《公民權利和政治權利國際公約》的規定和出於保護人的尊嚴的原則，禁止死刑還是在澳門被確認了下來[105][106]。

98 Paulo Cardinal, Direitos Fundamentais em Macau no quadro da Transição, 載於Estudos de Direitos Fundamentais no Contexto da JusMacau – Entre a Autonomia e a Continuidade, 第172頁, 關樂怡基金會出版， 2015年4月版。

99 Paulo Cardinal, Fundamental Rights in Macau: From Territory Under Portuguese Administration to Special Administrative Region of the PRC, 載於Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law, Jorge A. F. Godinho出版, 第24頁, Universidade de Macau e LexisNexis出版, 2010年版, 作者自譯。.

100 José Melo Alexandrino在他的著作O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (法律與司法培訓中心出版, 2013年12月版) 裡描述，並非所有的作者都同意持續性原則（第69條）。

101 Paulo Cardinal, Fundamental Rights..., 第24頁。

102 Paulo Cardinal, Os Direitos Fundamentais em Macau no Quadro da Transição: Algumas conside-rações, 載於 Estudos de Direitos Fundamentais no Contexto da JusMacau – Entre a Autonomia e a Continuidade第164頁, 關樂怡基金會出版, 2015年4月版; José Melo Alexandrino, 第69頁。

103 另一方面，寫在《中葡聯合聲明》的“現行法”的概念應該被理解為廣義，也就是說，除了以法律形式存在的法律（狹義的法律），從整體的邏輯上來說，法律體系的精神被包括其中，而且也是和這些現行的規範是一致的（LEONEL ALVES, A Região Administrativa Especial de Macau e os trabalhos da Comissão Preparatória – do quadro institucional actual à institucionalização da RAEM, 載於澳門大學法學院公報上, 第12期, Ano V, 澳門大學法律研究中心出版，2001年版）。
但是，根據Paulo Cardinal的觀點，持續性原則並非“絕對”，或者說，不應該把它理解為是一種不變的東西，而是一種在特定的限定裡有可能改變的東西，即可以改變，但必須在《中葡聯合聲明》制定的框架裡改變，不然就會存在“被搞錯或者被消失”的危險（Paulo Cardinal, Os Direitos Fundamentais..., 第165頁）。

104 Paulo Cardinal, Fundamental Rights...,第24頁和第25頁; António Katchi, 第338頁及後續頁支持這個觀點。

105 Paulo Cardinal, Fundamental Rights...,第25頁。

106 但是，這個單獨的確認足夠使“安全的法條”運作，甚至有可能（儘管很遙遠）在單行立法上開一個先例，以保護公共秩序和國家安全嗎？（Maria Leonor Assunção, Princípios de Direito Penal e Direitos e Garantias Processuais Penais dos residentes de Macau, no contexto da Lei Básica, 載於《行政》, 第135頁, 第19/20期, 第六卷, 1993 - 1.º和2.º, 見http://www.safp.gov.mo/safppt/magazines/search/index.htm?from_year=&from_month=&to_year=&to_month=&volume=&issue=&articles=&category=0&keywords=&author=maria+leonor+assun%C3%A7%C3%A3o&x=0&y=0）。

然而，如果明示規定禁止死刑，那麼澳門的司法體制就會被給予更大的穩定性和安全性，因為這是澳門的懲罰制度的支柱之一。

雖然在基本法裡並未對此作出規定，但這並不意味著在過渡階段死刑可以被適用，因為這應該是“被建議地天然地包含在基本法規定裡”[107]。

儘管如此，Jorge Godinho教授仍然公然擔心基本法上未作出禁止死刑的規定其實是想在基本法生效期間為重新適用死刑制度留了一扇門[108]。

對無期徒刑也是同理。

最後，引起爭論的一個情況是，澳門《刑法典》是由澳門政府應立法許可而頒布的，而非立法會通過的，因為《澳門組織章程》裡規定這本應該是立法會的職權範圍之內的（第30條第1款第c項），後5月10日的13/90號法令對此作出修改。

澳門政府作出如此選擇所持有的理由是《刑法典》過於龐大（有350條條款），在立法會上討論審議需要花費太久的時間。除此以外，這也和《刑法典》的內容具有很高的技術上和法律上的專業性不無關係[109]。

另一方面，政府辯解道，立法許可要求的範圍只包括刑罰的加長和保安措施及相應的要件（為通過澳門《刑法典》而通過立法許可的8月7日的11/95/M號法律第1條），符合《澳門組織章程》第2條第2款和第4款的明示的意思和擴張理解。根據上述章程的第31條規定，這些條款規定了澳門立法會和總督的合併權限，這也是立法會做出此保留的目的。除此以外，政府在本不需要這樣的立法許可的課題上要求立法許可，這是和政府想要立法會在政治上和相應的立法決定相關聯的意圖有關的[110]。

（七）《刑事訴訟法典》

和《刑法典》一樣，通過一部《刑事訴訟法典》也是有必要的，以使將《刑法典》和《刑事訴訟法典》結合起來，否則新的《刑法典》將會形同虛設，因為當時的《刑事訴訟法典》是1929念得，所以早已不適應澳門《刑法典》所適應的澳門現實情況。另一方面，這部舊的《刑事訴訟法典》只在澳門生效，在葡萄牙早已在1982年就有新的法典生效了。

20/90號方案，即在前通過該方案設立了澳門《刑法典》製作臨時委員會，也再次為製作《刑事訴訟法典》設立了一個臨時委員會，並由《刑法典》製作臨時委員會的同班成員組成，並邀請了Figueiredo Dias教授來製作法典的法案。

根據9月2日的48/96/M號法令[111]（即通過和生效澳門《刑事訴訟法典》的法

107 Maria Leonor Assunção, 第132頁。

108 Jorge Godinho, 第158頁及後續。

109 Manuel Leal-Henriques, 第10頁。

110 同上, 第14頁。

111 序言以及使澳門刑法典通過並生效的法令，見http://images.io.gov.mo/bo/i/96/36/dl-48-96.pdf。

令）的序言，這部法典的目的是保證所有規定的具體方案都和罪行以及國際協議關於權利的自由和保障的指導方針相一致，通過一個出眾有效的刑事調查，既也不脫離當地的實際情況，也能有效地保護當地人民和他們的主要價值，以修護被侵犯的法益。

然而，雖然這些意圖被明示寫在了序言上，（舊）立法會的司法及安全委員會仍然提出對某些做出的選擇和法典裡的一些條款的擔憂[112]。

第一個擔憂源自偵查變得和預審相關，因此授予了檢察院和刑事警察機關更多的權利，縮小了預審法官的重要性，也縮小了他作為尊重權利、自由的保證人的作用，還削弱了對犯罪嫌疑人的保障。委員會建議，如果考慮到當地的現實，即使新的法律執行者沒有有效抓獲，也不能不考慮一個有效的選擇[113]。

另一方面，如果選擇了由檢察院引導必須的偵查，由檢察院根據經過核實的事實來決定是否控告，預審就變成選擇性的程序，這就簡化了程序的結構。委員會認為將檢察院和刑事警察機關的權力擴大，給這些機構偵查的權利，是與真實意圖背道而馳的。委員會認為這將會導致“直接並立刻使權利、自由和人身保護發生衝突的調查措施的無法管轄化”[114]。

委員會還對法案意欲擴大獨任法庭的權限至刑罰可能會達到五年監禁的犯罪這一事實表達了一些擔憂，而當時葡萄牙《刑事訴訟法典》也只是授予獨任法庭到三年監禁的犯罪的權限而已。因此，委員會在其預備報告裡表示，獨任法庭做出一個“技術上正確、實質上公正”決定是缺少保障的，這和多人法庭就不同。根據多人法庭的觀點，在1999年後的法律執行者的知識儲備和法律文化素養不一定能比得上在葡萄牙管理期間的法律執行者，特別是在“由於最高權力的交接，當地履行法律職能的大部份法官都是中國的法學生，這些人沒有經過葡萄牙法律文化的教育，並且在每個具體個案中適用當地法律制度時會有不同的看法見解。所以我們要提出對這種設計的反對，當被告被指控某種嚴重犯罪時，通過一個多人法庭給予被告更好的實現公正的權衡，這是不可避免的事實”[115]。

在最後，關於強制措施和獲得證據的方法適用，委員會也提出對“在犯罪偵查的初步階段的簡化框架裡，警察行為的便利性”[116]的擔憂。

爲了回應委員會明確提出的擔憂，和之前在《刑法典》身上發生的一樣，政府同樣要求立法會准許政府對羈押、住所逮捕和公開私人通訊秘密進行立法[117]。但是，並非所有的擔憂都被回應。

《刑事訴訟法典》最終在1996年9月2日被頒佈，在1997年4月1日開始生效。

根據48/96/M號法令的序言，《刑事訴訟法典》對檢察院、預審法官和審

112 Manuel Leal-Henriques, Relatório preliminar da Comissão de Justiça e Segurança da Assembleia Legislativa de Macau, 載於Anotação e comentário ao Código de Processo Penal de Macau, Volume I, 第3頁及後續, 法律與司法研究中心出版, 2013年12月版。

113 同上, 第5頁。

114 同上, 同上.

115 同上, 同上.

116 同上, 同上.

117 8月12日17/96/M號法律，通過刑事訴訟法典的立法許可，見http://images.io.gov.mo/bo/i/96/33/lei-17-96.pdf。

判法官的權限進行了“嚴格的界定”，另一方面，也給參與程序的其他參與者“真正程序限制性的章程，這個章程要求程序符合要件”，除了關注程序結構的維護和已進行的程序，這些都要和罪行以及國際協議關於人權、自由和人身保護的指導方針相一致，而沒有忽視其主要目的：有效地保護當地人民和他們的主要價值，以修護被侵犯的法益。

《刑事訴訟法典》被推遲頒佈，而不是和《刑法典》同時頒佈的理由是政府不想要再推遲《刑法典》的製作工作，從而導致了《刑事訴訟法典》和《刑法典》的衝突[118]。

《刑事訴訟法典》在公佈之後，曾有過七次修改，其中最近的一次是在2013年，那也是最重要的一次。

118 Manuel Leal-Henriques, Relatório das Sessões de Trabalho Dedicadas ao Futuro Código Penal de Macau, 第19頁, 載於Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau, 第一卷, 法律與司法研究中心出版, 2013年7月版。

CONTRIBUTO PARA UMA HISTÓRIA DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL E DAS INSTITUIÇÕES DE ADMINISTRAÇÃO DE JUSTIÇA DE MACAU

João Vieira Guedes[1]

INTRODUÇÃO

Este artigo sai quando o Código Penal de Macau comemora vinte anos. Assim, valerá a pena fazer uma retrospectiva, não só destas últimas décadas de Código Penal, como também uma retrospectiva (ainda que breve) acerca do Direito Sancionatório de Macau nestes últimos 459 anos – porque a História não é só aquilo que está "escrito" nas pedras...

Não é fácil fazer uma retrospectiva de quase meio milénio em poucas páginas, porque, primeiro, há muito a dizer sobre as diversas instituições de administração de justiça (havia, num primeiro momento, o cargo de Capitão-Mor, enquanto entidade dispensadora de justiça, depois os juízos municipais, a Ouvidoria, a Procuratura, entre outras) e, segundo, porque não é fácil encontrar documentos ou livros relacionados com as Instituições de Administração de Justiça, sobretudo, dos primórdios de Macau. E os documentos ou livros que existem ou são incompletos ou são tendenciosos, pelo que cuidados redobrados são exigidos na análise dessas fontes.

Claro que não se pôde falar de todas as Instituições e, como tal, optei, na primeira parte deste artigo, apenas por referir aquelas que, de uma maneira ou de outra, marcaram a História do Direito Penal e Processual Penal e das Instituições de Administração de Justiça de Macau, tais como a figura do Capitão-Mor, a Ouvidoria, a Procuratura dos Negócios Sínicos e o Tribunal Privativo dos Chinas.

1 Jurista Sénior da S.T.D.M., S.A. – Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A..

Embora o intuito desta edição seja dar relevância tanto ao Código Penal como ao Código de Processo Penal de Macau, pareceu-me ser de maior interesse dar, na segunda parte deste artigo, maior relevância àquele Código, tendo em conta que, no ano em que esta obra comemorativa dá à estampa, o Código Penal de Macau comemora vinte anos.

I. OS PRIMÓRDIOS DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA EM MACAU

1. As primeiras Instituições de Administração de Justiça

A Historiografia de Macau costuma apontar o ano de 1557 como o ano do estabelecimento oficial dos portugueses em Macau. Segundo Charles Boxer, o estabelecimento dos portugueses em Macau deveu-se, num primeiro momento, a "*três desertores portugueses*" que descobriram "*acidentalmente*" o Japão, abrindo portas a um novo e lucrativo mercado no Extremo Oriente.

Porém, dados os riscos que os comerciantes portugueses corriam na viagem entre Malaca e o Japão – nomeadamente, durante a época dos tufões –, sentiu-se a necessidade de ter um porto de premeio de modo a dar abrigo às "*rudes naus e galões*" que faziam a viagem entre Malaca e Kyushu, no Japão. Além disso, com a descoberta do mercado japonês, era necessário assegurar um local seguro na China onde adquirir seda, que constituía a maior parte dos produtos vendidos no Japão.

Num segundo momento, o estabelecimento dos portugueses em Macau deveu-se a um entendimento entre as autoridades de Cantão e o Capitão-Mor da Viagem da China e do Japão[2]. Este acordo, todavia, foi feito à revelia dos governos português e chinês.

1.1. O Capitão-Mor da Viagem da China e do Japão e o Senado

Praticamente desde o estabelecimento dos portugueses em Macau, a primeira figura da administração e da jurisdição portuguesa a surgir foi a do Capitão-Mor da Viagem da China e do Japão. O posto de Capitão-Mor era concedido anualmente pelo Rei ou, em seu nome, pelo Vice-Rei da Índia a um nobre ou pessoa que se tivesse distinguido ao serviço da coroa portuguesa, ficando ele com o monopólio do comércio no Extremo Oriente.

Juntamente com o monopólio do comércio extremo-asiático, o Capitão-Mor acumulava as funções de representante da coroa nos estabelecimentos comerciais existentes entre Malaca

2 Charles Ralph Boxer, *Fidalgos no Extremo Oriente*, págs. 13 e ss., trad. Teresa e Manuel Bairrão Oleiro, Ed. Fundação Oriente e Museu e Centro de Estudos Marítimos de Macau, 1990.

e o Japão, cabendo-lhe não só a sua gestão diária, como também a administração da justiça sobre os portugueses e os cristãos-novos nativos desses estabelecimentos[3]. Conforme explica António Manuel Hespanha, o poder jurisdicional nos domínios portugueses do Oriente pertencia aos capitães dos navios, cujo fundamento se encontrava no poder jurisdicional atribuído pelas Ordenações aos Capitães dos Lugares de África[4].

Portanto, era ao Capitão-Mor que cabia, durante os intervalos das suas viagens (isto é, enquanto esperava pelos ventos de monção para prosseguir viagem até ao Japão), dirigir os assuntos dos portugueses em Macau e administrar a justiça[5].

A jurisdição do Capitão-Mor abrangia apenas *a população portuguesa e cristã de Macau*.

Os chineses estavam sob *jurisdição dos mandarins*[6].

Ao Capitão-Mor cabia conhecer e julgar em última instância os crimes a que não coubessem a pena de morte ou o corte de membros, bem como os casos em que a segurança dos estabelecimentos portugueses era posta em perigo (*Livro Segundo, Título XXVIII,* proémio e primeiro parágrafo das Ordenações Manuelinas[7]). Nos casos em que a

3 Charles Ralph Boxer, *op. cit.*., pág. 17; Manuel António Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, págs. 70 e 71, Ed. Fundação Macau, Agosto de 1995.

4 Manuel António Hespanha, *op. cit.*, pág. 71; o mesmo Autor acrescenta que os capitães de naus ou frotas reais ou de navios privados, enquanto pessoas encarregues da direcção da frota ou do navio, tinham poderes jurisdicionais, sendo-lhes permitido o uso de medidas coercitivas. Os capitães de frota real detinham ainda os poderes conferidos no seu regimento (*idem*).

5 Manuel António Hespanha, *op. cit.*, pág. 70.

6 Segundo C. A. Montalto de Jesus (*Macau Histórico*, pág. 58, tradução do inglês Maria Alice Morais Jorge, 1ª Ed., Livros do Oriente, Setembro de 1990), até à construção da Porta do Cerco em 1573, não havia chineses em Macau. Só a partir da construção da Porta do Cerco é que "[e]*ventualmente, terão sido admitidos em Macau trabalhadores chineses com a condição de nenhum se instalar lá – e ainda menos possuir lá qualquer propriedade de terreno a não ser com autorização do procurador, que passava salvos-condutos àqueles que os mandarins recomendavam*". Os chineses que eram apanhados a residir ilegalmente em Macau eram açoitados com bambus e considerados "*malfeitores*" e "*vagabundos*". Os chineses admitidos eram, em regra, artífices que eram obrigados a abandonar Macau ao pôr-do-sol. Porém, excepção era feita aos chineses cristãos, que podiam residir em Macau (Rosemarie Wank-Nolasco Lamas, *History of Macau – A student´s manual*, pág. 22, Ed. Institute of Turism Education, First edition, May, 1998).

7 *Ordenações Manuelinas*, disponível em: http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l2p138.htm.

pena era a de morte ou de estropiamento, caberia recurso para Goa, a quem os Capitães-Mores estavam submetidos[8].

Pouco depois da ascensão ao trono de Filipe II (I de Portugal), perante o descontentamento generalizado na administração da justiça, este encarregou uma comissão para averiguar e solucionar os problemas relativos à aplicação da justiça[9]. O resultado dessas averiguações foi a Lei da Reformação da Justiça, em 28 de Julho de 1582, que, nas palavras de Cândido Mendes de Almeida, era "*por si só um Código de Processo Civil e Criminal*"[10], onde, basicamente, se tratava do procedimento nos vários tribunais, dos recursos, entre outras matérias processuais[11].

Também durante o reinado de Filipe I procedeu-se à reforma das Ordenações Manuelinas, as quais deram lugar às Ordenações Filipinas.

No que toca aos poderes jurisdicionais dos Capitães-Mores, na época das Ordenações Filipinas, pouco ou nada mudou, acrescentando-se, porém, que não caberia recurso dos casos que julgassem a traição, sodomia, roubo e furto em navio (*Título XLVIII, Livro 2, número 1*), e, desde que não contrariassem as disposições das Ordenações, o Capitão podia aplicar as "*Cartas ou Regimentos que lhes fôr outorgado*" (*número 2*) entre outras alterações[12].

O posto de Capitão-Mor foi abolido em 1623, tendo sido substituído pelo cargo de Capitão-Geral, um cargo essencialmente militar mas que, em Macau, acumulava as funções de governador civil.

1.2. O Senado da Câmara

Entre os anos de 1583 e 1585, o Bispo D. Leandro de Sá convocou os cidadãos mais importantes de Macau para deliberarem sobre a organização e governo da cidade[13].

8 Manuel António Hespanha, *op. cit.*, pág. 71.

9 Francisco Ribeiro da Silva, *Filipe II e Portugal*, pág. 259, disponível em: http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/8271.pdf.

10 Cândido Mendes de Almeida, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, pág. 23, 14ª Ed., Typographia do Instituto Philomathico, 1870, disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733.

11 *Lei da Reformação da Justiça*, edição de António Ribeiro, Lisboa, 1583, edição digitalizada da Biblioteca Nacional de Portugal, disponível em: http://purl.pt/15177.

12 *Ordenações Filipinas*, disponível em: http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm.

13 Charles RAlph Boxer, *op. cit.*, pág. 20. Segundo o Historiador, não existem certezas quanto às datas; porém, o prestigiado Investigador Macaense Luís Gonzaga Gomes dá algumas versões divergentes sobre as datas e a quem coube a iniciativa de criar o Leal Sendo: num artigo publicado na Revista *Mosaico*, em 1950, intitulado "Leal Senado da Câmara de Macau", o

Desta deliberação nasceu o Senado da Câmara, que viria a ser reconhecido em 1586 pelo Vice-Rei da Índia.

O Senado, como aliás outras organizações de tipo municipal em Portugal, além de competências administrativas e governativas locais, tinha também competência em matéria judiciária, tendo dois juízes ordinários, com competência para julgar questões cíveis e criminais sumárias, sendo as sentenças passíveis de recurso para o Ouvidor ou para a Relação de Goa[14] [15] [16].

Além dos juízes ordinários, o Senado da Câmara dispunha de dois Juízes da Paz, que eram escolhidos mensalmente de uma lista de 24 pessoas[17].

O Leal Senado, no âmbito das reformas administrativas levadas a cabo por Mouzinho da Silveira, acabaria por, em meados do séc. XIX, devido aos sucessivos atritos entre os Capitães-Mores e, mais tarde, os Governadores e os Ouvidores, perder importância política e judiciária, ficando reduzido apenas a funções municipais[18].

1.3. O Procurador

Ao mesmo tempo que foi criado o Senado, o cargo de Procurador foi instituído.

Além de ser vereador do Senado, o Procurador servia de intermediário entre as autoridades locais e o governo imperial chinês, mais concretamente, com o Governo Provincial de Cantão, tendo sido investido pelo imperador chinês, em 1584, no cargo de Mandarim de Segundo Grau, com jurisdição sumária sobre os chineses que se encontrassem

---

Autor diz que o Senado de Macau foi instituído em 1583, sob iniciativa do Bispo D. Belchior (ou Melchior, dependendo do autor) Carneiro; num artigo publicado no Boletim do Instituto Luís de Camões, intitulado "Os inícios da cidade de Macau", dá a entender que foram os próprios comerciantes portugueses a tomarem a iniciativa de criar aquilo a que se viria a chamar Senado da Câmara, em 1562; noutro artigo ainda, intitulado "O município Macaense", dá uma versão igual à do Historiador Charles Boxer. Estes artigos estão reunidos em *Macau - Um Município com História*, Org. de António Aresta e Celina Veiga de Oliveira, págs. 15 e ss.; pág. 45; pág. 107, respectivamente, Ed. Leal Senado de Macau, 1997.

Por outro lado, o Investigador Montalto de Jesus dá ainda uma outra versão na qual diz que a iniciativa de criar o Senado de Macau partiu do Bispo D. Belchior Carneiro em 1583 (*op. cit.,* pág. 53).

14 António Aresta e Celina Veiga de Oliveira, *O Senado – Fontes Documentais para a História do Leal Senado*, pág. 19, Ed. Leal Senado, 1998.

15 Luís Gonzaga Gomes, *op. cit.*, pág. 15.

16 António Manuel Hespanha, *op. cit.*, 76.

17 Luís Gonzaga Gomes, *op. cit.*, pág. 91.

18 António Manuel Hespanha, *op. cit.*, pág. 55.

em Macau, tendo poderes para expulsar os chineses que pusessem em causa a ordem pública e o poder de ouvir as queixas da comunidade chinesa contra os portugueses e vice-versa, funcionando como uma espécie de Juiz de Paz[19] [20].

Nos delitos menores, os delinquentes chineses eram sumariamente julgados pelo Procurador. Nos casos de delitos mais graves, tais como ofensas à integridade física ou roubos a portugueses, o Procurador recolhia as declarações feitas sob juramento e os delinquentes eram entregues a um magistrado chinês em Cantão para aí serem julgados[21].

Em caso de homicídio, os réus chineses eram detidos pelo Procurador, vindo os Mandarins até Macau para elaborarem o inquérito sobre o cadáver, sendo, de seguida, o réu enviado para Cantão para julgamento e, se tal fosse o caso, execução[22].

1.4. O Ouvidor

É incerta a data em que foi instituída a Ouvidoria em Macau, porém, sabe-se que esta instituição recebeu o seu primeiro Regimento em 16 de Fevereiro de 1587[23] [24]. Este Regimento estava incluído numa lei promulgada por D. Filipe I, no âmbito de uma reforma administrativa e judicial das possessões portuguesas na Costa Oriental de África e no Oriente.

O Ouvidor, figura inspirada nos Ouvidores senhoriais, tinha como função assessorar o Capitão na administração da justiça, nomeadamente, preparando os processos, julgar como delegados dos Capitães as acções cíveis e penais e assinar, juntamente com o Capitão,

19 C. A. Montalto de Jesus, *op. cit.*, pág. 58.a

20 Aureliano Campino da Rosa Barata, *Procuratura do Expediente Sínico*, *in* Ditema – Dicionário Temático de Macau, vol. IV, pág. 1247, Coord. Leonor Diaz Seabra e António Rodrigues Baptista, Ed. Universidade de Macau, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Português, Novembro de 2011.

21 C. A. Montalto de Jesus, *op. cit.*, pág. 138.

22 *Idem, ibidem*.

23 *Regimento da Reiação, e Ministros da Justiça da India, Titolo do regimento do Ouvidor de Macáo nas partes da China*, págs. 1144 ss., *in Archivo Portuguez Oriental*, fascículo 5.º, 3.ª parte, Ed. Imprensa Nacional, 1866, disponível em: http://books.google.com/books?id=y2YqAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-PT&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (Nota do autor: no sítio está indicado erroneamente que este volume do "Archivo" é o número 7).

24 Alvará de Regimento que restabelece o Lugar de Ouvidor de 26 de Março de 1803, disponível em: http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/11/24/p191.

as sentenças[25].

Em termos jurisdicionais, o Ouvidor era competente para julgar todas as acções cíveis e criminais (§I do Regimento do Ouvidor de Macau nas partes da China – na grafia actualizada) tendo, por outro lado, competência para julgar, em última instância, todas as causas cíveis e criminais que coubessem na alçada deste e do Capitão-Mor, isto é, a alçada estabelecida no Livro 2, Título 47, das Ordenações Filipinas, sendo as sentenças proferidas por estes irrecorríveis (§XII).

De acordo com o §IV do Regimento do Ouvidor, este processava e preparava os "*feitos crime*" e, assim que as audiências estivessem concluídas, o Ouvidor informava o Capitão-Mor para marcarem o dia para, "*numa casa pública*"[26] ou, se tal não existisse, em casa do Capitão-Mor, ser dado despacho do processo. Ainda de acordo com o mesmo parágrafo, a sentença era elaborada pelo Ouvidor e assinada por este e pelo Capitão-Mor.

Havendo dissensão, não era proferida sentença e escolhia-se o Vereador mais velho do Senado da Câmara que tinha voto qualitativo, sendo o juízo que tivesse obtido vencimento reduzido a escrito e assinado pelos três (§IV).

Nas causas crime que não coubessem na alçada do Ouvidor, este dava despacho, na presença do Capitão-Mor, podendo dele se recorrer, nos termos das Ordenações, para a Relação de Goa, para o Ouvidor Geral do Crime (§V).

Caso o Capitão-Mor não estivesse em Macau, de acordo com o §VI do Regimento, o Ouvidor julgava os casos-crime que coubessem na sua alçada, proferindo a sentença como se o Capitão-Mor estivesse presente.

Até aos crimes punidos com a pena de "*morte natural*", e desde que o réu fosse peão (do povo), a alçada pertencia ao Ouvidor. Sendo o réu escudeiro ou nobre "*ou de outra qualidade maior*", antes de a sentença ser executada, era dado conhecimento ao Vice-Rei em Goa, para dele se obter parecer (§XIII).

Ao Ouvidor era proibida a jurisdição sobre os chineses que se encontrassem em Macau; no entanto, nos casos de jurisdição mista, o Ouvidor tinha plena jurisdição (§XXXI) (porém, no caso de assassínio de um chinês, os mandarins juntavam-se ao inquérito[27]).

No caso de o Ouvidor estar ausente ou impedido, este era substituído pelo Vereador mais velho do Senado da Câmara (§XXVI). Por outro lado, o Ouvidor ficava impedido de

25 Carla Araújo, *Ouvidor*, *in* Ditema – Dicionário Temático de Macau, vol. IV, pág. 1099, Coord. Leonor Diaz Seabra e António Rodrigues Baptista, Ed. Universidade de Macau, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Português, Novembro de 2011.

26 Na grafia actual.

27 C. A. Montalto de Jesus, *op. cit.*, pág. 138.

conhecer quaisquer feitos se houvesse "*suspeições*" [28] (uma situação em que se punha em causa a imparcialidade do magistrado) (§XXVII). As suspeições podiam ser levantadas por qualquer pessoa, independentemente da sua condição social, devendo estas ser remetidas ao Vereador mais velho, que devia determinar se seria ou não seria suspeito (*idem*). Enquanto tais averiguações decorressem, o Ouvidor continuava a julgar o caso cível ou criminal, tendo, como adjunto, um outro Vereador da Câmara. Caso o Ouvidor fosse considerado suspeito, este teria de ceder o seu lugar a um outro juiz (*idem*). No caso de não ser considerado suspeito, as diligências continuariam o seu rumo normal (*idem*).

Porém, caso a pessoa que levantou a suspeita não se desse por satisfeita com o depoimento do Ouvidor e quisesse submeter provas contra o magistrado, teria de depositar quatro cruzados antes de submetê-la e, se o Ouvidor fosse ilibado, o dinheiro depositado revertia aos "*presos pobres*" da cadeia de Macau (§XXVIII).

Quanto à organização da Ouvidoria, esta era constituída por dois escrivães que também funcionavam como tabeliães de notas (§VIII) e por um meirinho, que servia de carcereiro e era coadjuvado por quatro pessoas (§IX). O Ouvidor podia nomear pessoas para ocupar os lugares de oficiais de justiça que entretanto vagassem, sendo essa nomeação sujeita a confirmação do rei (§XVIII).

A Ouvidoria era obrigada a ter um livro em que os escrivães reduziam a escrito todos os feitos crimes e cíveis e demais causas que lhe coubesse conhecer (§XIX), além de um outro livro onde eram reduzidas a escrito todas as condenações em dinheiro relacionadas com as despesas de justiça "*ou para outra parte na forma de extravagante*" (§XX). As referidas despesas eram ordenadas apenas pelo Ouvidor, sendo o pagamento feito em casa deste (§XXI). Os salários do Ouvidor, dos escrivães e do meirinho eram pagos pela Feitoria de Malaca (§IX e XXX).

O Ouvidor não podia ser preso nem intimado ("*emprazado*"), a não ser por ordem do Vice-Rei ou da Relação de Goa (§XXII) e "*cometendo o ouvidor algum crime ou execesso, per que pareça ao capitão que deve avisar disso ao V. Rey, o fará per suas cartas, que o V. Rey mandará ver em Relação, para se proceder contra elle como for justiça*" (§XXIV).

Além das competências jurisdicionais, em Macau, o Ouvidor, juntamente com uma pessoa eleita pelos residentes portugueses em Macau – que era designado por "*capitão*" –, ficava encarregado de governar a cidade até à chegada de outro Capitão-Mor (§XXIII)[29].

28 Na grafia actual.

29 "*Outrosi ei por bem e mando que o dito ouvidor governe a dita povoação juntamente até chegar em Agosto o capitão da viagem com a pessoa que os moradores dela elegerem por capitão no tempo que está sem ele*" (§XXIII, última parte). Penso que o referido "*capitão*" corresponderá à controversa figura do chamado Capitão-de-Terra, que nunca foi possível determinar com certeza a sua existência.

Tanto o cargo de Ouvidor como o de Capitão-Mor eram independentes, sendo expressamente proibida qualquer interferência nos assuntos respectivos (§XXIII). Apesar desta separação de competências, muito dificilmente isso se conseguia impor na prática, uma vez que, tanto o Leal Senado, como o Capitão-Mor, como o Ouvidor tentavam intrometer-se nos assuntos de cada um, gerando continuamente tensões entre os três organismos, mesmo com a nomeação, a partir de 1606, de letrados para o cargo de Ouvidor. Estas tensões chegaram ao seu auge, em 1720, quando, por Carta Régia, foi declarada extinta a Ouvidoria de Macau, tendo sido as suas atribuições passadas para os Juízes concelhios, ou seja, para o Leal Senado[30].

2. Uma cidade duas jurisdições – Macau no séc. XVIII

Como se referiu antes, além dos portugueses, apenas os chineses convertidos ao catolicismo podiam residir em Macau. Porém, após a construção da Porta do Cerco, aos poucos, os chineses iam sendo admitidos na cidade para trabalhar – embora continuassem proibidos de aí residir – mantendo-se sob jurisdição chinesa. Em resultado disso, Macau vivia sob *jurisdição mista*, estando a comunidade portuguesa e demais cristãos (escravos, etc.) sujeita às leis da coroa portuguesa e a comunidade chinesa às leis imperiais chinesas.

Porém, o convívio entre as duas jurisdições esteve (muito) longe de ser pacífico, havendo várias ocasiões em que os mandarins de Cantão se intrometiam nos assuntos judiciários portugueses – e não só – chegando ao ponto de, segundo Montalto de Jesus, "[n]*ão raramente os mandarins* [enviarem] *agentes corrompidos com o propósito expresso de provocar disputas em Macau e, no caso de algum desses agentes ser maltratado, os que puxavam os cordelinhos davam largas à sua indignação ordenando o corte de provisões – altura em que o Senado apaziguava os ânimos com um presente*"[31].

De qualquer forma, estes "*dares-e-tomares*" eram, apesar de tudo, uma solução que ia funcionando[32].

Mas, a partir de meados do séc. XVIII, Portugal, inspirado pelas novas teorias iluministas do poder do Estado como algo absoluto e indivisível, iria tentar pôr fim a este estado de coisas, iniciando um processo de integração plena de Macau na soberania da Coroa uma vez que o conceito de soberania do Estado não podia comportar qualquer

30 Nesta época, o Senado da Câmara já tinha mudado o nome para Leal Senado da Câmara de Macau.

31 C. A. Montalto de Jesus, *op. cit.*, pág. 58.

32 Charles Ralph Boxer, *Estudos para a História de Macau – Séculos XVI a XVIII, 1.º Tomo*, pág. 183, 1.ª ed., Edição Fundação Oriente, Outubro de 1991.

partilha ou compromisso[33].

Ora, apesar de alguns investigadores da História de Macau defenderem que havia uma jurisdição mista, em boa verdade, penso que não se pode dizer que havia *de facto* uma jurisdição mista. Quando muito, haveria uma espécie de jurisdição mista *tendencialmente subordinada* – se não uma jurisdição subordinada *tout court* – porque o certo é que a soberania portuguesa não podia ser exercida sem o consentimento expresso ou tácito do governo chinês[34].

A comprovar isto, está o facto de, em 1582, segundo Montalto de Jesus, a propósito do pagamento de tributos a oficiais chineses (a que o Autor chama de "*extorsões*") um "*velho ganancioso magnata de Foquien* [Fujian]*, mal assumiu o cargo de vice-rei de Cantão, em 1582, mandou que se apresentassem as principais autoridades civis, legais e eclesiásticas de Macau para que lhe fosse explicado por que direitos governavam a colónia, porque, alegava ele, o imperador, ao dar-lhes Macau, não lhes outorgara qualquer jurisdição sobre o território*. [...] *A pseudo-embaixada* [um jurista chamado Penella e dois jesuítas italianos] *foi recebida com grande pompa; e, conduzidos à sala dourada do palácio vice-real, os humildes estrangeiros depuseram os presentes ante o velho magnata que, exultante de satisfação, aceitou os adornos e os cristais, na condição de os pagar no acto de entrega, ainda que depois, em privado, desse a entender que o dinheiro se destinava a mais presentes. Como se esperava, não havia necessidade de mais justificações.* Que os portugueses permaneçam em Macau, bons e leais amigos, *disse o vice-rei,* que se governem a si mesmos como até aqui e obedeçam aos mandarins"[35].

O cronista António Bocarro, citado por Charles Boxer, em 1635, diz o seguinte: "*A paz que temos com o Rey da China he conforme belle quer, porque como está tão desviado da India, e (elle) tem hum poder tão avantejado a todo o mayor que os Portugueses puderão lá ajuntar em numero de gente, nunca por mais escândalos que tivéssemos delles ouve hum pensamento de chegarmos a rompimento, porque só com nos tolher o mantimento consumirá a nossa Cidade... nunca nos está bem levantarmos guerra a China, porque só com nos negamos o comercio ainda que alcançáramos grandes vitorias*

33 António Manuel Hespanha, *op. cit.*, pág. 54.

34 Neste sentido, Susana Münch Miranda e Cristina Seuanes Serafim, *Organização política e administrativa*, *in* História dos Portugueses no Extremo Oriente, 1.º Vol., Tomo I, Em Torno de Macau. Séculos XVI-XVII, págs. 274 e ss., Direcção de A. H. de Oliveira Marques, Ed. Fundação Oriente, 1998; em sentido contrário, Charles Ralph Boxer, *Fidalgos..., op. cit.*, págs. 266 e ss..

35 C. A. Montalto de Jesus, *op. cit.*, págs. 52 e 53.

he o maior mal que nos podem fazer..."[36].

Cerca de 150 anos depois daquela afirmação, o Bispo-Governador, Dom Alexandre da Silva Pedroso Guimarães, citado pelo referido Historiador (*apud*, José Caetano Soares), atesta o seguinte: "*... não podemos resistir com força a qualquer ordem, que se houver de não cumprir, porque os Chinas nesta Cidade são perto de 22.000, e todos os cristãos assim velhos como moços e crianças de peito, pretos e brancos não chegarão a 6.000 e muito fracos. O imperador num instante meterá nesta cidade de improviso, tantos Chinas, que lançando cada um neste rio só um sapato faria entupir a barra.*"[37].

De facto, o certo é que não havia nenhum documento imperial que permitisse fundamentar juridicamente os direitos da presença portuguesa em Macau, tal como reconheceu o Conselho Ultramarino em 10 de Novembro de 1750[38].

De toda a forma, a historiografia tradicional afirma que a ingerência chinesa nos assuntos de Macau atingiu o seu auge em meados do século XVII até meados do século XIX.

Com o pretexto de acabar com a instabilidade política vivida na China, por causa da deposição da dinastia Ming em 1644 pela dinastia Manchu, e estando a nova dinastia receosa de que os estrangeiros que estavam na China pudessem apoiar eventuais golpes para repor a dinastia Ming[39], o imperador chinês emitiu um decreto imperial a ordenar que todos os habitantes da zona costeira chinesa se retirassem da costa e recuassem quinhentos *li* para o interior e a proibir quaisquer contactos com estrangeiros.

Além desta e de outras providências e com o intuito de controlar e prevenir qualquer tentativa de sublevação a partir de Macau e, ao mesmo tempo, reforçar o poder mandarínico-imperial (uma vez que grande parte das tentativas de controlo chinês sobre as instituições portuguesas provinham, na sua maioria, do mandarinato de Cantão – com a eventual passividade/conivência do imperador[40]) em Macau, uma vez que a China nunca deixou de considerar o território como parte integrante da China e que os portugueses estavam aqui por "*especial deferência do imperador e não como senhores da terra*"[41] e, portanto, estes, segundo a administração sínica, estavam sujeitos às leis chinesas.

Deste modo, e aproveitando a "*frouxidão*" portuguesa em impor a sua jurisdição em Macau, a impotência do Capitão-Geral (sempre em constante conflito com o Leal Senado

36 Charles Ralph Boxer, *Estudos..., op. cit.*, pág. 183.

37 *Idem, ibidem*.

38 António Manuel Hespanha, *op. cit.*, pág. 54.

39 A. M. Martins do Vale, *Os Portugueses em Macau (1750-1800) – Degredados, ignorantes ou fiéis vassalos d´El-Rei?*, pág. 71, Ed. Instituto Português do Oriente, 1.ª Ed., Julho de 1997.

40 Neste sentido, A. M. Martins do Vale, *op. cit.*, pág. 77.

41 *Idem*, pág. 88.

e sem apoios locais) e com a conivência do Leal Senado, foi criada em 1743, em Macau, a Subprefeitura da Casa Branca (o edifício estava localizado em Mong-Há) com "*especial competência para os assuntos dos nossos súbditos e dos bárbaros, acumulando a inspecção da luta contra o banditismo e a defesa marítima, e procedendo à demonstração das afeições virtuosas da nossa Corte e à elucidação das nossas instituições*" [42] [43].

Segundo Montalto de Jesus, os oficiais chineses, aproveitando-se de uma alegada acusação de assassínio de um chinês por um português, em 1774, determinaram que o regime sancionatório chinês (o *Código Penal* chinês, como lhe chama Montalto de Jesus) passasse a vigorar e a ser aplicado em Macau[44]. Deste modo, foi decretado que, qualquer estrangeiro condenado à pena de estrangulamento ou decapitação, "*o magistrado distrital, depois de completa investigação tinha de apresentar o caso ao vice-rei ou ao governador de Cantão, por quem tal investigação tinha de ser rigorosamente examinada; e se o veredicto dos seus subordinados resultasse justo, o magistrado distrital receberia ordem de prosseguir com o delegado estrangeiro a fim de aplicar a pena de morte; mas em circunstâncias atenuantes o delinquente seria deportado para ser castigado no seu próprio país*"[45].

Martins do Vale acrescenta outra versão[46]. Para este autor, a oportunidade da China fazer sentir a sua autoridade ainda com mais força em Macau aconteceu aquando dum duplo homicídio cometido por duas rondas[47] da cidade e pelo posterior comportamento do Governador Teles de Menezes, que fez desaparecer os corpos dos chineses e deportou os acusados para Timor. Este acontecimento, juntamente com outros factores, fizeram com que os mandarins afixassem em Mong-Há, no tribunal do Mandarim da Casa Branca e no Leal Senado, uma série de leis para, não só afirmar liminarmente a autoridade da dinastia Qing sobre Macau, como também para clarificar e uniformizar a interpretação das leis existentes de modo a evitar conflitos entre as autoridades portuguesas e chinesas[48] – os chamados Doze Capítulos[49].

42 A. M. Martins do Vale (*op. cit.*, pág. 72) diz, pelo contrário, que foi nomeado um Mandarim para Macau em 1744.

43 Jin GouPing, *Mandarim da Casa Branca*, págs. 947 e ss., *in* Ditema – Dicionário Temático de Macau, vol. III, Coord. Leonor Diaz Seabra e António Rodrigues Baptista, Ed. Universidade de Macau, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Português, Novembro de 2011.

44 C. A. Montalto de Jesus, *op. cit.*, págs. 135 e 139.

45 *Idem*, pág. 139.

46 A. M. Martins do Vale, *op. cit.*, págs. 73 e ss..

47 Um destacamento militar ou policial encarregado de fazer a vigilância da cidade.

48 *Idem,* págs. 73 e 74.

49 *Verção de doze Capitolos*, in *Correspondência Oficial Trocada entre as Autoridades de Cantão e*

Dentre as determinações impostas pelo governo chinês constava a de que os europeus que fossem acusados de homicídio cuja sanção pudesse ser a pena de morte, deviam ser apresentados ao Mandarim da Casa Branca para aguardar julgamento. Sendo um europeu acusado de algum crime cuja sanção fosse o desterro, este seria julgado por um "*Juiz China*" e julgado em "*Lugar perto de Macao*". Tratando-se de crimes menos graves, o réu seria julgado pelo Leal Senado "*e depois dar parte ao Juiz china cuja Resposta deve esperar; e enviado o Sen.º o executara*" (parágrafo 5.º)[50].

Deste modo, Macau passou de uma jurisdição mista (ou *jurisdição mista tendencialmente subordinada*) para uma jurisdição chinesa, pelo menos ao nível da jurisdição sancionatória.

Ora, estes acontecimentos contrariavam por completo as novas teorias iluministas, em voga na Europa, acerca da concepção do Estado e de centralização do poder e da jurisdição soberana, que consistiam precisamente na insusceptibilidade de partilha do poder com outras entidades, locais ou estrangeiras, no caso de Macau[51].

Porém, na prática, a teoria era outra...

3. Tentativa de incorporação de Macau na jurisdição portuguesa no séc. XIX

Em finais do século XVIII, inícios do século XIX, começam-se a dar os primeiros passos no sentido de acabar com a jurisdição mista (ou *jurisdição mista tendencialmente subordinada*).

O primeiro passo mais sério para tornar Macau numa jurisdição portuguesa *de facto* foi dado por D. Maria I ao aprovar as Providências Régias, de 4 de Abril de 1783, cujo principal objecto era transferir os poderes necessários para a administração do território do Leal Senado (detentor, até então, de grandes poderes na administração local) para o Governador, de modo a que este passasse a ser a figura cimeira do território, ao contrário

os Procuradores do Senado, págs. 4 e ss., Org. Jin Guo Ping e Wu Zhiliang, 1ª Edição, Ed. Fundação Macau, 2000.

50 *Idem*, págs. 6 e 7.

51 Aliás, este movimento centralizador do poder iniciou-se, segundo Jorge Noronha e Silveira, aquando da Restauração de 1640, com a criação do Conselho Ultramarino, através do Decreto de 14 de Julho (*Subsídios para a História do Direito Constitucional de Macau (1820-1974)*, pág. 15, 1ª Ed., Ed. Publicações - O Direito, Abril de 1991). A este Conselho cabia, não só aconselhar o Rei sobre os assuntos Ultramarinos, como julgar os litígios surgidos nessas partes (preâmbulo dos Regimento do Conselho Ultramarino, de 14 de Julho de 1642, disponível em: http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/7/31/p166). Porém, segundo conta o Professor e antigo Secretário-Adjunto para a Justiça de Macau, durante a administração portuguesa, os esforços de centralização do poder em Macau, não se fizeram sentir, muito por culpa de Goa e do Leal Senado (*idem*, *ibidem*).

do que se passava até então[52].

Vale a pena aqui citar o que foi dito sobre o excessivo poder do Leal Senado pela coroa portuguesa, numa carta ao Vice-Rei da Índia: "*O Senado da câmara daquele importante domínio, composto na maior parte de degredados que ali se refugiaram ou de outros semelhantes a eles, todos ignorantíssimos em matéria de governo e sem outras vistas mais do que procurarem a sua fortuna por meio da navegação e do comércio, só cuidam em fazer menos cruel tirania dos mandarins com humilhações servis e com dádivas que constantemente lhes oferecem, talvez extorquidas da Real Fazenda e submetendo-se a quanto eles querem, sem lhes importar alguma coisa que diga respeito ao decoro da Nação Portuguesa, nem ao incontestável direito de Soberania, que a Coroa de Portugal tem naquele domínio* [...] *Nos ditos padrões [existentes no pátio do Senado e em frente à residência dos mandarins de Mong-Há ou Casa Branca] se acham escritas nas línguas portuguesa e chinesa em nome do referido Suntó [Vice-rei de Cantão] e outros mandarins e não do Imperador umas ordenações nas quais se destrói inteiramente a religião cristã e a soberania da Coroa portuguesa*"[53].

Este estado de coisas foi directamente relacionada com a restrição dos poderes de administração do Governador ao governo militar e com a extinção da Ouvidoria. Como tal, em 1787, a coroa portuguesa restabeleceu a Ouvidoria[54].

3.1. Restabelecimento da Ouvidoria e criação da Junta de Justiça

3.1.1. *A Ouvidoria*

A Ouvidoria foi restabelecida em 1787, porém, só em 1803 é que recebe o seu Regimento actualizado através do Alvará de 26 de Março[55].

A alçada do Ouvidor para os feitos crime foi actualizada para dez mil réis (§I). Nas causas crime tinha competência cumulativa com os Juízes Ordinários, preparando todo o processo de acordo com a Lei da Reformação da Justiça e outras leis posteriores reguladoras do processo e no mais curto espaço de tempo possível, conforme o estabelecido no Alvará de 5 de Março de 1790 (§V). Por outro lado, nos crimes em que não exista parte acusatória,

52 Jorge Noronha e Silveira, *op. cit.*, págs. 15 e 16.

53 António Manuel Hespanha, *op. cit.*, pág. 74, a*pud* Manuel Teixeira.

54 António Manuel Hespanha, *op. cit.*, págs. 74 e 75.

55 Alvará de Regimento do Ouvidor de 26 de Março de 1803, disponível em: http://legislacao-regia.parlamento.pt/V/1/11/24/p186.

seguir-se-ia a ordem estabelecida no Assento de 17 de Outubro de 1781, proferindo-se, nesse caso, a sentença em sessão da Junta de Justiça, fossem os réus civis ou militares (*idem*). Nos casos crimes onde houvesse ofensas graves à integridade física, assalto a propriedades (“*furto com forçamento de casa*”) ou violações, o processo era preparado pelo Ouvidor, sem intervenção dos Juízes Ordinários, sendo o julgamento e a sentença feitas em sede Junta de Justiça; porém, se o réu fosse condenado em pena de morte, os autos e a sentença eram remetidos para a Relação (em Goa) para aí se proceder à execução da mesma (*idem*).

A disposição mais importante e inovadora deste novo Regimento era a que se encontrava no §VI, em que o Ouvidor passou a conhecer os feitos crime de homicídio de chineses, sem intervenção das autoridades chinesas: “*Succedendo porém haver morte de China, trabalhará o Ouvidor, para que o Réo seja prezo, evitando-se assim o risco, perturbações, e incommodos, que se segue á Cidade, e ao Commercio dos seus Moradores, da parte dos Mandarins Chinas; e formando por elle o Processo com a maior exactidão e diligencia, e indagação da verdade em termo Summario, o proporá em Junta com o Governador, e Vogaes na Casa da Camara* [Leal Senado]*, aonde todos serão convocados para similhantes Sessões; e sendo o Réo condemnado em pena ordinaria, se executará a Sentença de Morte, por ser mais decoroso, que os Meus Vassallos sejão julgados por Minhas Justiças, do que entregues á Barbaridade, e insultos dos ditos Mandarins*”.

Relativamente aos *moços* (criados), *cafres* (escravos) e marinheiros, estes segundo o §VII e conforme o Assento de 17 de Outubro, eram condenados em “*visita da cadeia*”[56] podendo ser soltos ou degredados para Timor.

Os vadios e “*pessoas que não embarcam*”[57] que se dedicassem ao jogo ilegal, que vivessem juntos sem estarem casados ou que se dedicassem ao lenocínio e fossem apanhados eram presos e julgados sumariamente, sendo a sentença proferida em sede de Junta de Justiça (§VIII). Sendo os réus residentes de Macau, aguardavam julgamento em liberdade. O julgamento era feito pela Junta de Justiça. Porém, no que toca a funcionários estrangeiros das Companhias Orientais estabelecidas em Macau, ao Ouvidor era determinado que agisse com a necessária “consideração” porém, de modo a que nem a justiça nem o Governo ficassem comprometidos na sua autoridade (*idem*).

Os recursos eram remetidos ao Ouvidor que os analisava na forma estabelecida pelo Alvará de 14 de Abril de 1789. Os recursos eram analisados juntamente com os adjuntos nomeados pelo Governador e pelo Capitão Geral da Índia (§XI). Relativamente

56 Grafia actualizada

57 Grafia actualizada.

às imunidades e impedimentos, estes mantiveram-se iguais ao estabelecido no Regimento anterior (§XIV e §XVII).

Outra disposição importante e inovadora era a que constava no §XVIII daquele Regimento em que era "*recomendado*" ao Ouvidor conhecer as causas movidas pelos chineses contra os portugueses.

A Ouvidoria viria a ser extinta definitivamente em 1836 pelo Decreto de 7 de Dezembro[58], sendo as suas competências e funções passadas para o Juiz de Direito da Comarca de Macau (art. 20.º).

3.1.2. *A Junta de Justiça*

Ao mesmo tempo que foi restabelecida a Ouvidoria, foi criada a Junta de Justiça, com competência para julgar em última instância todos os casos criminais envolvendo civis e militares, à excepção dos casos em que o réu fosse condenado à pena de morte e que não envolvesse a morte de chineses, caso em que caberia recurso para a Relação de Goa[59].

A Junta de Justiça era composta pelo Governador, que a presidia, pelo Ouvidor, primeiro vogal e relator, sendo o Comandante das forças militares estacionadas em Macau, o Juiz Ordinário do mês, os dois Vereadores mais velhos do Leal Senado e o Procurador do Leal Senado os adjuntos deste órgão.

Com a promulgação da Organização Judiciária Provisória em 1836, as audiências da Junta de Justiça passaram a ser públicas (arts. 1.º e 21.º) e o Juiz de Direito passou a assumir as funções do Ouvidor, como se tinha referido (art. 20.º) [60].

Em 1866, através do Decreto de 1 de Dezembro, foi promulgado o Regimento para Administração da Justiça nas Províncias de Moçambique, Estado da Índia e Macau e Timor [61], em que foram promovidas algumas alterações, nomeadamente, no que toca à composição da Junta de Justiça. Nesta medida, passaram a fazer parte deste órgão, o Governador, a quem apenas competia manter ordem durante as sessões e dirigir os trabalhos, podendo apenas intervir nas decisões para desempatar (art. 32.º, primeiro parágrafo), sendo os Vogais um Juiz de Direito, como relator, três oficiais superiores "*de primeira linha, de maior graduação e antiguidade*", dois membros do Conselho do Governo e o primeiro

58 Decreto de 7 de Dezembro de 1836, disponível em: http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/16/88/p215.

59 Alvará de 26 de Março de 1803, disponível em: http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/11/24/p186.

60 Decreto de 7 de Dezembro, *idem*.

61 Decreto de 1 de Dezembro, disponível em: http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/41/90/p532.

substituto do Juiz de Direito (art. 32.º, segundo parágrafo).

Não se sabe se por lapso ou se propositadamente, o Procurador dos Negócios Sínicos não consta entre os membros desta junta, ao contrário do que acontecia com o Alvará de 1803.

Em matéria de competência, a Junta continuava a ser competente para julgar questões penais militares e civis. Porém, devido ao incómodo causado pelo facto de civis estarem a julgar militares e não exclusivamente pelos seus pares, foi promulgado, em 15 de Julho de 1871, um Decreto que determinou a divisão da Junta de Justiça em duas secções: a primeira secção, dos crimes militares, e a segunda secção, dedicada aos crimes civis, sendo ambas as secções compostas por cinco vogais e presididas pelo Governador (art. 1.º)[62].

A primeira secção era composta pelo Governador, pelo Juiz de Direito Relator, pelo oficial mais graduado e também pelo oficial mais graduado e com mais tempo de serviço, pelo oficial mais graduado da armada, também em serviço, pelo comandante do batalhão de linha e pelo chefe da estação naval (art. 2.º).

A segunda secção era composta pelo Governador, como presidente, pelo juiz de direito, por dois vogais do Conselho da Província, pelo Presidente do Leal Senado e pelo Procurador dos Negócios Sínicos (art. 3.º).

A Junta de Justiça foi extinta pelo Decreto de 20 de Fevereiro de 1894, que institui o Regimento da Administração da Justiça nas Províncias Ultramarinas. As competências relativas aos crimes cometidos por civis passaram para a competência dos tribunais civis ordinários (art. 4.º, primeira parte) e os crimes praticados por militares passaram a ser julgados pelo Conselho de Guerra (art. 4.º, segunda parte).

4. A Procuratura dos Negócios Sínicos, o Leal Senado e o fim da jurisdição sínica

As teorias iluministas do séc. XVIII sobre a concepção do Estado acabariam por confluir, no início do séc. XIX (mais concretamente, a partir de 1808[63]), no movimento constitucional português que culminaria com a outorga da primeira Constituição portuguesa em 23 de Setembro de 1822.

A Constituição de 1822 determinou, no art. 20/III, que o "*estabelecimento de*

62 Decreto de 15 de Julho de 1871, disponível em: http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/46/75/p231.

63 O Movimento Constitucional português, segundo Professor Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, págs. 127 e ss., 7ª Ed., Livraria Almedina) iniciou-se, ainda durante as Invasões Francesas, com "*súplica" de Constituição*" dirigida ao General Junot em 1808 feita por um grupo de cidadãos.

Macau" fazia parte integrante do território do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves[64], dando novo elã à política de afirmação da soberania portuguesa, iniciada em meados do séc. XVIII, mas que até ao séc. XIX tinha tido pouco efeito.

Em meados do séc. XIX é (re)iniciada a plena integração de Macau na jurisdição portuguesa, com o fim do pagamento do foro do chão em 1846, a ocupação da Taipa e Coloane, a abolição das alfândegas chinesas (porém iriam ser restabelecidas em 1862) e a abolição da jurisdição criminal dos mandarins sobre a população chinesa, tudo em 1849[65].

Estreitamente ligada à ideia de soberania transplantada para a Constituição de 1822 e seguintes, esteve a promulgação em Portugal do Código Penal (um dos elementos fundamentais de soberania sobre os seus cidadãos), de 1852, e a sua extensão às colónias, incluindo, claro, Macau. Iam ganhando maior consistência as pretensões portuguesas relativamente à questão da soberania sobre o território[66].

A acrescentar a isto, veio o *Tratado de Amizade e Comércio com a China*, assinado em 13 de Agosto de 1862, que reconhece a Macau um estatuto semelhante aos das restantes possessões portuguesas e que, mais tarde, em 1 de Dezembro de 1887, é fortalecido ao ser reconhecida a perpétua ocupação e governo de Macau por Portugal, sem possibilidade do território ser cedido a outra potência sem o consentimento do governo imperial chinês[67].

Entretanto, em 1847, apesar da saída do Mandarim de Macau, e da vaga *integracionista* de Macau em Portugal, a jurisdição especial sobre os chineses manteve-se, tendo, no entanto, o Procurador da cidade, em matéria de justiça, passado a estar sob dependência do Governo de Macau, mais concretamente da Secretaria do Governo de Macau – ao contrário do que acontecia até então, uma vez que estava integrado na estrutura do Leal Senado. Definitivamente, o Procurador e a Procuratura desligavam-se do Leal Senado[68].

Em 19 de Novembro de 1852, publicou-se o regulamento da Procuratura

64 Constituição de 23 de Setembro de 1823, disponível em: http://debates.parlamento.pt/Constituicoes_PDF/CRP-1822.pdf.

65 António Manuel Hespanha, *op. cit.*, pág. 56.

66 Neste âmbito, ainda se chegou a pensar em elaborar um Código Processual Penal especificamente para as colónias, tendo sido encomendado ao reputado criminalista Levy Maria Jordão, porém, tal desiderato nunca chegou a materializar-se (Cristina Nogueira da Silva, *Uma justiça "liberal" para o Ultramar? Direito e organização judiciária nas províncias ultramarinas portuguesas do século XIX*, *in* Revista do Ministério Público, n.º 103, 2006; disponível em: https://governodosoutros.files.wordpress.com/2010/09/justic3a7a-no-ultramar-revista-do-ministc3a9rio-pc3bablico.pdf).

67 António Manuel Hespanha, *op. cit.*, pág. 56.

68 *Idem*, pág. 57.

relativamente ao processo-crime[69], que atribui ao referido órgão uma competência alargada, estando apenas sujeito à confirmação do Governador nos crimes considerados mais graves. Porém, segundo António Manuel Hespanha, não se sabia ao certo se o Procurador aplicava o direito português ou chinês ou se se regia e se socorria "*apenas a regras de bom senso e de oportunidade*"[70].

Todavia, apesar de o Procurador estar sob dependência directa do Governador, esta instituição não ficou isenta de críticas, precisamente por estar directamente dependente do Governador, pondo-se em causa a sua independência. Outras críticas tinham que ver com o facto de a nomeação do Procurador ser vitalícia (a acrescentar a isto, a impossibilidade prática de demiti-lo, na medida em que, para tal, era obrigatório dissolver o Leal Senado), os Procuradores não serem formados em Direito, levando a que os critérios de decisão fossem vagos, a inexistência de jurisdições de recurso, além daquele estar ainda ligado ao Leal Senado na medida em que era o vereador fiscal, o que era gerador de conflitos de interesses.

Todas estas críticas levaram a que fosse promulgado o Decreto-Lei n.º 150, de 8 de Julho de 1865, promovendo algumas alterações àquela instituição[71].

Deste modo, o Procurador passou a ser de nomeação régia, sob proposta do Governador, escolhido de entre os vereadores elegíveis (art. 1.º), ficando, porém, a exercer as funções que detinha de acordo com o Regulamento em vigor na altura, até que o Governo de Macau elaborasse um novo regulamento para a Procuratura dos Negócios Sínicos (arts. 1.º/§único e 4.º).

Em 1866 e 1867, foram nomeadas comissões de estudo sobre a reforma da Procuratura.

As comissões constataram que a Procuratura, apesar de todas as críticas que lhe eram dirigidas, era um órgão que gozava de bastante credibilidade no seio da população – a provar isso, estava o elevado número de casos que recebia – e, por outro lado, a Procuratura tinha conseguido pôr fim à extradição de criminosos para a China (estes, segundo António Manuel Hespanha, eram entregues às autoridades imperiais em Chien-Xan)[72]. Todavia, as comissões recomendaram que a Procuratura fosse progressivamente integrada no modelo de jurisdição ordinária portuguesa, para ser admitida a intervenção do Ministério Público e que se recorresse a modelos de composição conhecidos da organização judiciária comum;

69 Não foi possível encontrar o regulamento relativo ao processo-crime da Procuratura dos Negócios Sínicos.

70 António Manuel Hespanha, *op. cit.*, nota de rodapé n.º 220, pág. 57e pág. 58.

71 António Manuel Hespanha, *op. cit.*, pág. 58; Decreto de Lei n.º 150 de 8 de Julho de 1865, disponível em: http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/40/98/p260.

72 *Idem*, pág. 59 e nota de rodapé n.º 236.

ou seja, o que se propunha era que a Procuratura fosse considerada um tribunal português com jurisdição ordinária semelhante à dos tribunais portugueses e que se observasse, para além dos seus regulamentos, as leis gerais, nomeadamente, em matéria de processo penal[73].

Em 20 de Dezembro de 1877, foi promulgado o Regimento da Procuratura dos Negócios Sínicos[74].

A competência genérica jurisdicional manteve-se, tendo o Procurador competência sobre as causas crime, cíveis, comerciais, entre outras (art. 1.º); porém, nas causas crime em que houvesse réus europeus e chineses, a Procuratura era considerada incompetente, sendo o caso passado para o Juízo de Direito da Comarca (art. 1.º/§ único).

O Procurador passou a ser nomeado e demitido por Lisboa, entre os candidatos formados em Direito e com experiência em Administração pública (arts. 3.º e 4.º), podendo, no entanto, o Governador suspender o Procurador de funções, havendo justa causa e com a aprovação do Conselho do Governo (art. 7.º), sendo o seu substituto escolhido pelo Governador reunido em Conselho (art. 9.º/§ único).

A Procuratura passou a ser dividida em duas secções: a do expediente sínico (1.ª Secção) e a forense e administrativa (art. 11.º) à qual competia, entre outras funções, levar a cabo as diligências, buscas, prisões e autuações (art. 11.º/ § 1.º). Os "*amanuenses*" (funcionários) eram equiparados, quando exerciam funções no tribunal da Procuratura, a escrivães e oficiais de diligências (art. 11.º/§ 2.º/§ 3.º/4.º).

A Procuratura manteve jurisdição sobre as causas-crime – onde estavam incluídas as questões de polícia correccional –, civil e de órfãos e sobre questões comerciais (arts. 14.º e ss.). De acordo com o art. 83.º do Regimento, as causas de polícia correccional eram julgadas todos os dias, entre as onze da manhã e a uma hora da tarde. As causas crime eram julgadas todas as segundas e quartas-feiras, iniciando-se a audiência à uma da tarde (art. 84.º, 1.ª parte).

As audiências relacionadas com causas civis e comerciais tinham lugar às terças e sextas, respectivamente, à mesma hora (art. 84.º, 2.ª parte).

Não havia hora marcada para o encerramento das sessões de audiência (art. 84.º, última parte).

Além dos dias estabelecidos, o Procurador, se assim o entendesse, podia marcar audiência para qualquer outro dia da semana (art. 84.º/§ único).

Em termos de Processo Penal, o Tribunal da Procuratura funcionava da seguinte maneira: para os processos de polícia correccional, o Tribunal julgava em 1.ª instância, sem direito a recurso, tendo a alçada definida nos termos da Carta de Lei de 18 de Agosto de

73 *Idem*, págs. 59 e 60 e nota de rodapé n.º 239.

74 Regimento da Procuratura dos Negócios Sínicos de Macau, disponível em: http://legislacao-regia.parlamento.pt/V/1/75/124/p303

1853[75], e seguia a forma sumária (arts. 21.º e 22.º).

Nas causas crime o Tribunal da Procuratura julgava em 1.ª instância sendo o recurso (nas causas que excedessem a alçada do Tribunal) interposto para o Juiz de Direito da Comarca, que julgava em última instância (arts. 15.º e 16.º). Nos crimes cuja pena era a de prisão maior, prisão perpétua, "*trabalhos públicos*", degredo, etc., caberia recurso à Secção Civil da Junta de Justiça, que julgava em 2.ª e última instância (art. 17.º). Neste caso, como o Procurador havia julgado em 1.ª instância, não participava na deliberação da Junta, sendo substituído por pessoa habilitada para o cargo, nomeado pelo Governador em Conselho (art. 9.º/§ único) (art. 17.º).

A forma de processo para os referidos crimes seguia a forma ordinária (art. 21.º).

Devido a algumas incertezas relativamente à aplicação de algumas disposições contidas no Regimento de 1877[76], foi decidido proceder à revisão deste diploma. Assim, em 1881, foi aprovado o novo Regimento da Procuratura dos Negócios Sínicos. Porém, conforme o próprio relatório do decreto de aprovação afirma, as inovações relativamente ao antigo Regimento não foram muitas, tendo-se apenas definido, de forma mais clara, a competência do Tribunal da Procuratura, a determinar a lei penal aplicável aos crimes cometidos por chineses residentes em Macau no estrangeiro, e a atribuir competência à Junta de Justiça e ao Conselho do Governo para julgar todos os recursos em matéria civil e criminal e a retirada de competência do Juiz de Direito da Comarca para julgar matérias criminais que implicassem "*penas maiores temporárias*"[77].

Em 1894, foi promulgado o Regimento da Administração da Justiça nas Províncias Ultramarinas, que determinou a extinção da Procuratura dos Negócios Sínicos, passando as suas funções judiciais a ser da competência do Juiz de Direito (art. 5.º)[78].

5. Tribunal Privativo dos Chinas

Quinze anos depois do Decreto de 1897 ter declarado extinta a Procuratura dos Negócios Sínicos, o Governo de Macau sentiu necessidade de voltar a restabelecer uma

75 Segundo a referida lei cabia ao tribunal correccional o julgamento dos casos a que correspondessem as seguintes penas correccionais: (i) prisão até seis meses; (ii) desterro até seis meses; (iii) pena de multa até um mês ou até vinte mil réis; (iv) repreensão; (v) censura; e (vi) as penas previstas nos arts. 1251.º a 1262.º da Novíssima Reforma Judiciária. Legislação disponível em: http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/28/4/p286.

76 Relatório do decreto de aprovação do Regimento da Procuratura dos Negócios Sínicos de 1881, disponível em: http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/55/37/p431.

77 Na grafia actual.

78 Disponível em: http://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/80/117/p108.

jurisdição específica para os chineses residentes em Macau. Deste modo, em 1908, o Governador Alves Roçadas nomeou uma comissão para, entre outras coisas, aferir da necessidade, ou não, de se restabelecer um tribunal privativo para os chineses[79].

Essa iniciativa teve como base o facto da população chinesa constituir a esmagadora maioria da população de Macau e, como tal, a mais empreendedora e a que mais entrava em litígio, e o facto de o Decreto de 1897, que promulgou o Regimento da Administração da Justiça nas Províncias Ultramarinas, não ter tido em conta as especificidades locais, provocando, na opinião dos defensores de um tribunal privativo para os chineses, um clima de insegurança e a paralisação do comércio e a fuga de comerciantes de Macau[80].

Em finais de 1910, foi publicado na imprensa local (no jornal Vida Nova) um primeiro Projecto[81].

Em 1911, o Governo de Macau nomeou uma Comissão com o objectivo de estudar e apresentar um parecer, presidida por Camilo Pessanha[82].

Em 1912, a Comissão concluiu o estudo, dando parecer negativo à criação de um Tribunal privativo para os chineses. Porém, a Comissão defendeu a necessidade de se retirar ao Juiz de Direito da Comarca competência para julgar crimes, propondo a criação de uma Vara Crime, um Juízo de Instrução ou um Juízo Municipal, cujas competências seriam julgar os processos de polícia correccional e os crimes que fossem julgados na forma sumária, conforme o regimento da extinta Procuratura dos Negócios Sínicos, e instruir os Processos de Querela[83].

Apesar do parecer negativo da Comissão, o Tribunal Privativo dos Chinas acabaria por ser criado em 1917, com a promulgação do Regimento do Tribunal Privativo dos Chinas, pelo Decreto n.º 3:637, de 29 de Novembro de 1917 e publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 14, de 6 de Abril de 1918.

Tal como acontecia com a Procuratura, o Juiz era nomeado por Lisboa. Porém, a novidade, relativamente àquele extinto órgão, era que este era escolhido no seio dos magistrados judiciais das colónias, tendo preferência o juiz que tivesse servido em Macau (art. 3.º). O Tribunal era constituído por um Juiz, um "*agente*" do Ministério Público, dois

79 Carla Araújo, *Tribunal Privativo dos Chinas de Macau (1917-1927)*, pág. 1471, *in* Ditema – Dicionário Temático de Macau, vol. IV, Coord. Leonor Diaz Seabra e António Rodrigues Baptista, Ed. Universidade de Macau, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Departamento de Português, Novembro de 2011.

80 *Idem*, *ibidem*.

81 *Idem*, *ibidem*.

82 *Idem*, *ibidem*.

83 *Idem*, *ibidem*.

oficiais de diligências e um servente chinês (art. 2.º).

No que toca ao processo criminal, o Tribunal Privativo dos Chinas era competente para julgar na forma sumária – se as partes prescindissem do direito de recurso – as acções criminais nos casos em que as penas aplicáveis fossem, separada ou cumulativamente, prisão, desterro ou multa até seis meses ou de quinhentas Patacas (arts. 1.º/§1.º). Por outro lado, o queixoso ou o Ministério Público podiam requerer o processo sumário, desde que se prescindisse do direito de recurso (art. 27.º/§ único). No caso do réu, se, depois de ser citado, não quisesse prescindir do direito a recurso, seguiam-se os trâmites relativos ao processo de polícia correccional, "*organizando-se o corpo de delito indirecto*" – isto é, mediante a inquirição de testemunhas (*idem*).

Os réus que tivessem sido apanhados em flagrante delito, por crimes cuja forma de processo fosse a sumária, seriam julgados assim que fossem presentes ao Juiz, servindo de "*corpo de delito*" o respectivo auto, seguindo-se a inquirição das testemunhas intimadas pela autoridade administrativa (art. 28.º).

Nos casos em que o réu não tivesse sido apanhado em flagrante delito, depois de se ter recebido a queixa ou participação oficiosa, o juiz citava o réu e convocava as testemunhas, informando-se o réu do que estava acusado (art. 28.º/§1.º). Aquando do julgamento, o Juiz proferia a sentença – que era irrecorrível – depois de ouvir as testemunhas e o réu (*idem*).

Nos processos sumários, a acusação e a defesa oficiosas não eram obrigatórias. Todavia, o Ministério Público podia intervir sempre que assim o entendesse. Por outro lado, as partes podiam fazer-se acompanhar por um advogado devidamente constituído (art. 28.º/§3.º).

Nos casos em que autoridades policiais tivessem conhecimento de algum crime, delito ou contravenção, mandavam lavrar os respectivos autos, que deviam narrar pormenorizadamente as circunstâncias do crime e proceder a todas as diligências requeridas para a verificação e descoberta dos criminosos. Os autos eram remetidos ao Juiz competente, acompanhados dos réus, se tivessem sido apanhados em flagrante, ou se "*puderem ser sem culpa formada* [*sic*]" (art. 29.º).

O Tribunal Privativo dos Chinas acabaria por ter uma vida curta, tendo sido extinto pelo Decreto n.º 14 553, de 20 de Outubro de 1927, passando as questões relativas à comunidade chinesa a ser tratadas pelos tribunais comuns, embora relativamente à matéria de família e sucessões fossem dirimidas segundo o Código dos Usos e Costumes Chineses, publicado em 1909 [84].

Este estado de coisas manteve-se até 1948, quando os chineses de nacionalidade portuguesa passaram a estar submetidos à lei civil portuguesa, ao passo que os chineses,

84 *Idem*, pág. 1475; António Manuel Hespanha, *op. cit.*, pág. 67.

naturais de Macau, mas com nacionalidade chinesa, e os nacionais chineses, passaram a estar sujeitos à lei civil da China[85].

Relativamente a este ponto, é de notar que, apesar de haver um Código de Usos e Costumes chineses pelos quais os tribunais se regiam, ao contrário do que acontecia com as outras colónias portuguesas, os chineses naturais de Macau não estavam sujeitos ao estatuto legal do indigenato, nos termos do art. 246.º da Carta do Império Colonial Português, promulgado pelo Decreto n.º 23 288, de 15 de Novembro de 1935[86]. Acrescentando Paula Meneses que os chineses naturais de Macau nunca estiveram sujeitos "*à inclemência do Indigenato*"[87].

II. MACAU E OS CÓDIGOS DA TRANSIÇÃO

6. O Código Penal de Macau

Com o objectivo de substituir o Código Penal de 1886, em 1983 (um ano depois da promulgação do Código Penal em Portugal), foi constituída uma Comissão com o intuito de estudar a reforma penal de Macau, uma vez que aquele Código já não se adequava às necessidades e exigências do Território, arreigado de "*uma visão proprietária e ruralista*" próprias dum *antigo regime* e que, só por saudosismo, é que faria sentido a sua manutenção[88].

Por outro lado, outras razões avultavam relativamente à necessidade de elaborar um novo Código. Essas razões eram de cariz científico, na medida em que, na altura, se tinham alterado as concepções sobre o fundamento do direito de punir e sobre as formas intervenção do Estado, de modo a melhor tutelar e reagir contra condutas desviantes.

Outra razão tinha que ver com questões políticas, na medida em que, apesar da Transferência de Soberania, Macau, enquanto Região Administrativa Especial, iria manter o seu *modus vivendi* do tempo da Administração portuguesa. Assim, fazia todo o sentido que o Território tivesse um Código Penal próprio e que reflectisse as correntes culturais,

85 Carla Araújo, *op. cit.*, pág. 1475.

86 Hespanha, António Manuel, *op. cit.*, pág. 54, nota de rodapé n.º 206.

87 Maria Paula G. Meneses, *O "Indígena" africano e o colono europeu": A construção da diferença por processos legais*, pág. 84, nota de rodapé n.º 26, disponível em: http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/693_04%2520-%2520Paula%2520Meneses%252023_06.pdf.

88 José da Cunha Rodrigues, *Um Código para Macau*, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, n.º 3, Ano I, pág. 32, Ed. Centro Estudos Jurídicos e Judiciários da Faculdade de Direito da Universidade Macau, 1997.

sociais e económicas, além de que, segundo a Declaração Conjunta, a Macau foi conferido um alto grau de autonomia relativamente à China (parágrafo (2) da Declaração Conjunta). Deste modo, segundo José da Cunha Rodrigues "*a elaboração do Código tem de analisar-se como instrumento de "aplicação efectiva" da Declaração Conjunta e como forma de criar "condições apropriadas para a transferência de poderes em 1999*""[89].

A outra razão era de natureza sociológica, na medida em que, com a aproximação da Transição, urgia que se elaborasse um Código que reflectisse o cariz multicultural de Macau[90]. Porém, dada a pouca autonomia que o Estatuto Orgânico de Macau atribuía aos órgãos do Governo do Território, não foi possível à Comissão concluir, com êxito, o estudo para a reforma penal de Macau[91].

Após a assinatura da Declaração Conjunta, em 1987, e a revisão do Estatuto Orgânico de Macau, em 1990, a necessidade de dotar Macau com um Código Penal próprio e moderno tornou-se premente. Deste modo, em 17 de Maio de 1990, a Assembleia Legislativa, através da Resolução n.º 2/90, constituiu uma Comissão Eventual para elaboração de projectos de Código Penal e Processual Penal[92].

Em finais de 1990, o Secretário-Adjunto da Justiça de então, Dr. Sebastião Póvoas, encomendou ao eminente penalista Professor Figueiredo Dias, um Anteprojecto de Código, que foi concluído em finais de Fevereiro de 1991, tendo sido entregue à Assembleia Legislativa de modo a servir de base para a elaboração do futuro Código Penal de Macau[93].

O Projecto de Código foi praticamente adoptado na íntegra, tirando uma ou outra alteração de cariz formal, ou por opção legislativa, e alguns aditamentos tendo em conta novas soluções do Código Penal Português de 1995, que não tinham sido previstas no Projecto[94].

As traves mestras do Código Penal de Macau – que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 1996 – são, segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 58/95/M, de 14 de Novembro, que aprovou e pôs colocou em vigor o Código[95] – que, entretanto, foi eliminado

89 *Idem*, págs. 32 e 33.

90 *Idem*, pág. 33.

91 Manuel Leal-Henriques, *Apresentação da proposta de lei relativa ao Código Penal – Assembleia Legislativa, 15 de Junho de 1995*, pág. 7, *in Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau, vol. I*, Ed. Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Julho de 2013.

92 Resolução n.º 2/90, publicada no Boletim Oficial de Macau, n.º 22, de 29 de Maio de 1990.

93 Manuel Leal-Henriques, *op. cit.*, págs. 7 e 8.

94 *Idem*, pág. 9.

95 O preâmbulo, juntamente com o Decreto-Lei que aprova e põe em vigor o Código Penal de Macau, disponível em: http://images.io.gov.mo/bo/i/95/46/dl-58-95.pdf.

pelo art. 4.º/1/1) da Lei de Reunificação, de 20 de Dezembro de 1999 – a actualização das sanções criminais relativamente àquelas que estavam plasmadas no Código Penal de 1886 não procedendo, porém, a um abaixamento, nem a um agravamento generalizado, o que não impediu, porém, o agravamento de penas de alguns crimes, tendo em atenção às particularidades de Macau, cujas molduras penais são substancialmente agravadas (p. ex., crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, entre outros). Por outro lado, com a promulgação deste Código, quis-se atribuir uma concepção humanista e inovadora reflectida no respeito pelos direitos fundamentais e pelos valores de humanismo e tolerância, afirmando a dignidade humana como valor fundamental do sistema penal, reflectido na tendência ressocializadora e pedagógica do mesmo, através do respeito pelos direitos de personalidade dos condenados e fazendo apelo ao seu empenhamento para evitar a reincidência.

Por outro lado, procedeu-se à consagração da pena de prisão como último recurso da política criminal, ou seja, a pena de prisão só será aplicada no caso de não ser possível atingir os fins da censura de outra forma menos penalizadora[96].

Por fim, consagrou-se a proibição expressa da pena capital, assim como de penas ou medidas de segurança de carácter perpétuo, o que constitui uma clara referência às finalidades ressocializadoras das penas. Porém, é de notar que tal consagração se encontra apenas no Código Penal (art. 40.º) e não na Lei Básica[97].

Esta omissão, contudo, é colmatada não só pelo art. 40.º do Código Penal, mas também pela "***para-carta***", nas palavras de Paulo Cardinal, dos direitos fundamentais plasmados no Código Civil de Macau (nomeadamente nos arts. 67.º a 82.º, onde estão consagrados, entre outros direitos, o direito à vida)[98]. Deste modo, segundo Paulo Cardinal, o direito à vida e

96 Manuel Leal-Henriques, *op. cit.*, pág. 57.

97 Jorge Godinho já tinha chamado a atenção para essa omissão no seu artigo *A lei Básica e o Direito Penal* (Revista "Administração", n.os 19/20, vol. VI, 1993 – 1.º e 2.º, págs. 158, disponível em: http://www.safp.gov.mo/safppt/magazines/search/index.htm?from_year=&from_month=&to_year=&to_month=&volume=&issue=&articles=&category=0&keywords=&author=Jorge+Godinho&x=7&y=4). Para uma apreciação crítica desta omissão *vide* António Katchi, *As Fontes do Direito em Macau*, págs. 334 ss., Ed. Universidade de Macau – Instituto de Estudos Avançados da Faculdade de Direito. *Vide* também Chio In Fong e Zhao Guoqiang, *A pena de morte e a Lei Básica* (pág. 141 ss., *in* Revista Administração, n.os 19/20, vol. VI, 1993 – 1.º e 2.º) para uma possível razão (de difícil aceitação, na nossa opinião) sobre a omissão da proibição da pena de morte na Lei Básica.

98 Paulo Cardinal, *Direitos Fundamentais em Macau no quadro da Transição*, *in* Estudos de Direitos Fundamentais no Contexto da *JusMacau* – Entre a Autonomia e a Continuidade, pág. 172, Ed. Fundação Rui Cunha, Abril de 2015.

a garantia da proibição da pena de morte que está intimamente ligada àquele direito foram "*inequivocamente constitucionalmente garantidos*", embora, formalmente, só possam ser encontrados a um nível infraconstitucional através dos referidos Códigos[99]. Mas, para realmente se poder aferir da existência desta garantia a nível constitucional, o Autor diz que é necessário recorrer ao princípio da continuidade[100] [101]. Da conjugação do art. 2.º/4 da Declaração Conjunta e o respectivo Anexo I/III, e dos arts. 5.º e 8.º da Lei Básica, embora não esteja expressamente consagrado, consegue-se vislumbrar o princípio da continuidade, que foi acordado e aceite por Portugal e pela China, de modo a que, durante o período de transição, o ordenamento jurídico de Macau se mantivesse sem grandes alterações[102] [103].

Por outro lado, segundo Paulo Cardinal, tem de se olhar para outras fontes por via do art. 40.º da Lei Básica, que determina que as disposições, aplicáveis à Região, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das convenções internacionais do trabalho

99 Paulo Cardinal, *Fundamental Rights in Macau: From Territory Under Portuguese Administration to Special Administrative Region of the PRC*, *in* Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law, Editor Jorge A. F. Godinho, pág. 24, Ed. Universidade de Macau e LexisNexis, 2010, tadução do autor.

100 José Melo Alexandrino diz na sua obra *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau* (Ed. Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Dezembro de 2013) que nem todos os autores reconhecem o *princípio da continuidade* (pág. 69).

101 Paulo Cardinal, *Fundamental Rights...*, *op. cit.*, pág. 24.

102 Paulo Cardinal, *Os Direitos Fundamentais em Macau no Quadro da Transição: Algumas considerações*, *in* Estudos de Direitos Fundamentais no Contexto da *JusMacau* – Entre a Autonomia e a Continuidade, pág. 164, Ed. Fundação Rui Cunha, Abril de 2015; José Melo Alexandrino, *op. cit.*, pág. 69.

103 Por outro lado, o conceito de "*leis vigentes*", ínsitos na Declaração Conjunta, terão de ser entendidos num sentido amplo, isto é, além da vertente formal das leis (leis escritas), elas acumulam em si o espírito do sistema jurídico, a lógica interna, os conceitos e demais elementos que dão coerência a essas normas vigentes (Leonel Alves, *A Região Administrativa Especial de Macau e os trabalhos da Comissão Preparatória – do quadro institucional actual à institucionalização da RAEM*, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, n.º 12, Ano V, Ed. Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2001).
Todavia, segundo Paulo Cardinal, o princípio da continuidade não é um "*absoluto*", ou seja, não deve ser entendido como algo imutável, mas sim, algo passível de transformação, mas dentro de certos limites, isto é, algo que pode ser alterado porém dentro das fronteiras definidas pela Declaração Conjunta, sob perigo de ter "*a sua ratio desvirtuada ou aniquilada*" (Paulo Cardinal, *Os Direitos Fundamentais..., op. cit.*, pág. 165).

continuam a vigorar e a ser aplicáveis em Macau[104]. Deste modo, a proibição da pena de morte está consagrada – ainda que fora do catálogo dos direitos fundamentais da Lei Básica – por virtude da aplicabilidade das normas do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, bem como por virtude do princípio da dignidade humana[105] [106].

Todavia, pensa-se que teria dado maior consistência e segurança à Ordem Jurídica de Macau, se tivesse sido expressamente consagrada a proibição da pena de morte, uma vez que esta constitui um dos pilares do sistema sancionatório de Macau.

Apesar da omissão daquele princípio na Lei Básica, não se poderá concluir que a pena de morte pode vir a ser aplicada durante o período de Transição, porém, teria sido "*aconselhável e natural a sua inclusão*"[107].

Não obstante, não se poderá deixar de partilhar o cuidado expressado pelo Professor Jorge Godinho pelo facto de a proibição da pena de morte estar omissa da Lei Básica parecer deixar a porta aberta à sua reintrodução ainda durante a vigência da mesma[108].

O mesmo raciocínio se aplicará, *mutatis mutandis,* sobre a pena de prisão perpétua.

Finalmente, uma situação que gerou alguma controvérsia foi o facto do Governo de Macau ter optado pelo pedido de autorização legislativa, em vez de ter sido a Assembleia Legislativa a aprovar o Código Penal, uma vez que era da sua competência (art. 30.º/1/c) do Estatuto Orgânico de Macau, alterado pela Lei n.º 13/90, de 10 de Maio).

As razões avançadas pelo Governo de Macau na opção do pedido de autorização legislativa tinham que ver com o facto do Código Penal ser extenso (cerca de 350 artigos) e que a sua análise levaria demasiado tempo a ser debatida. Além disso, teria sido tido em conta o conteúdo do Código Penal tinha uma elevada especificidade técnico-jurídica [109].

Por outro lado, o Governo argumentou que o pedido de autorização abrangia apenas

104 Paulo Cardinal, *Fundamental Rights...*, *op. cit.*, págs. 24 e 25; neste sentido, António Katchi, *op. cit.*, págs. 338 ss.

105 Paulo Cardinal, *Fundamental Rights...*, *op. cit.*, pág. 25.

106 Mas será esta *consagração avulsa* suficiente para funcionar como "*mola de segurança*" ante a possibilidade – ainda que remota – de criar uma excepção em legislação avulsa, radicada em razão de protecção da ordem pública e de segurança nacional? (Maria Leonor Assunção, *Princípios de Direito Penal e Direitos e Garantias Processuais Penais dos residentes de Macau, no contexto da Lei Básica*, *in* Revista "Administração", pág. 135, n.º 19/20, vol. VI, 1993 - 1.º e 2.º, disponível em: http://www.safp.gov.mo/safppt/magazines/search/index.htm?from_year=&from_month=&to_year=&to_month=&volume=&issue=&articles=&category=0&keywords=&author=maria+leonor+assun%C3%A7%C3%A3o&x=0&y=0)

107 Maria Leonor Assunção, *op. cit.*, pág.132.

108 Jorge Godinho, *op. cit.*, págs. 158 ss.

109 Manuel Leal-Henriques, *op. cit.*, págs. 10.

a prorrogação das penas e medidas de segurança e os respectivos pressupostos (art. 1.º da Lei 11/95/M, de 7 de Agosto, que aprova a autorização legislativa para a aprovação do Código Penal) e com o sentido e extensão expressos no art. 2.º/2) a 4) do Estatuto Orgânico de Macau, uma vez que eram objecto de reserva relativa da Assembleia Legislativa, sendo os restantes articulados de competência cumulativa daquele órgão e do Governador, nos termos do art. 31.º do referido Estatuto. Além disso, o facto de o Governo pedir autorização legislativa numa matéria em que não carecia de tal autorização, tinha a ver com o facto deste querer que a Assembleia se associasse politicamente à respectiva decisão legislativa[110].

7. O Código de Processo Penal

Tal como acontecera com o Código Penal de Macau, era necessário prover Macau de um Código de Processo Penal, de modo haver uma articulação entre aquele Código e este, sob pena de o novo Código Penal ser inoperante, uma vez que o Código Processual Penal era de 1929 e, por isso, desenquadrado da nova realidade introduzida pelo Código Penal de Macau. Por outro lado, era um Código que apenas vigorava em Macau, já que em Portugal encontrava-se em vigor, desde 1982, um novo Código.

Assim, através da Resolução n.º 20/90 – a mesma que criou a comissão eventual para elaboração do Código Penal de Macau e composto pelos mesmos membros – uma comissão eventual para elaborar um projecto de Código Processual Penal, tendo sido convidado o Professor Figueiredo Dias para elaborar o Projecto do Código.

O propósito deste Código, segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/96/M de 2 de Setembro[111], que aprovou e colocou em vigor o Código de Processo Penal, seria assegurar que a estrutura, o sistema e todas as concretas soluções prescritas se mantivessem de acordo com as imposições e directivas dos acordos internacionais sobre os direitos liberdades e garantias, sem deixar de ter em conta a realidade local e a efectiva protecção da população local e dos seus valores principais, através de uma investigação criminal célere e eficaz de modo a reparar os bens jurídicos violados.

Porém, apesar das intenções expressas no preâmbulo, a Comissão de Justiça e Segurança da (antiga) Assembleia Legislativa não deixou de apontar algumas preocupações relativamente a algumas opções tomadas e a algumas disposições incluídas no Código[112].

110 *Idem*, pág. 14.

111 O preâmbulo juntamente com o Decreto-Lei que aprova e põe em vigor o Código de Processo Penal de Macau, disponível em: http://images.io.gov.mo/bo/i/96/36/dl-48-96.pdf.

112 Manuel Leal-Henriques, *Relatório preliminar da Comissão de Justiça e Segurança da Assembleia Legislativa de Macau*, *in* Anotação e comentário ao Código de Processo Penal de Macau, Volume I, págs. 3 e ss., Ed. Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Dezembro de 2013.

A primeira teve que ver com a importância que o Inquérito passou a ter relativamente à Instrução, atribuindo-se, em consequência, mais poderes ao Ministério Público e aos órgãos de polícia criminal e diminuindo a importância do Juiz de Instrução e do seu papel como garante do respeito pelos direitos, liberdades e garantias de pessoas suspeitas da prática de crimes, tendo a Comissão sugerido que se tivesse em conta a realidade local, não deixando, contudo, de considerar uma opção válida, embora dando a entender que não seria bem apreendido pelos novos aplicadores do direito[113].

Por outro lado, ao ter-se optado pelo inquérito obrigatório dirigido pelo Ministério Público, a quem caberia decidir se acusava ou não, conforme os factos apurados e tornar a instrução facultativa, simplificando a estrutura do processo, considerou a Comissão que se foi longe de mais ao alargar-se os poderes do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal, a quem o referido órgão pode delegar o inquérito, traduzindo-se, na opinião daquela, numa "*desjurisidicionalização de medidas investigatórias que directa e imediatamente colidem com direitos, liberdades e garantias das pessoas*"[114].

A Comissão também demonstrou algumas preocupações pelo facto de o Projecto pretender alargar a competência do tribunal singular a crimes cuja medida da pena abstractamente aplicável ia até cinco anos de pena de prisão, enquanto no Código de Processo Penal português aos crimes puníveis até três anos de pena de prisão o tribunal singular era competente para julgar. Estaria em causa, defendeu a Comissão no seu relatório preliminar, a pouca garantia que o tribunal singular daria relativamente a uma decisão "*tecnicamente correcta e materialmente justa*", diferentemente do que aconteceria se coubesse a um tribunal colectivo, uma vez que, segundo a mesma, não havia a certeza de que os aplicadores do direito depois de 1999 teriam o mesmo nível de preparação técnica e cultura jurídica que os aplicadores do direito da administração portuguesa, na medida em que "*a maioria dos magistrados a exercer funções no Território, com a transferência de soberania, será constituída por juristas chineses, não formados na cultura jurídica portuguesa e com diferentes perspectivas de base no que diz respeito à concretização do ordenamento local, em cada decisão concreta. Compete-nos contrariar este quadro, inevitável, mediante a atribuição ao arguido da garantia de uma melhor ponderação na realização da justiça, através do julgamento por um tribunal colectivo, sempre que esteja em causa um ilícito de certa gravidade*"[115].

Por fim, relativamente à aplicação de medidas de coacção e da obtenção de meios

113 *Idem*, págs. 5.

114 *Idem*, *ibidem*.

115 *Idem*, *ibidem*.

de prova, a Comissão revelou-se preocupada com a "*facilitação da actuação policial, no quadro da simplificação da fase preliminar da investigação do crime*"[116].

No sentido de dar resposta às preocupações expressas pela Comissão, e tal como tinha acontecido com o Código Penal, o Governo também pediu à Assembleia Legislativa autorização para legislar sobre a prisão preventiva, buscas domiciliárias e quebra do sigilo das comunicações privadas[117]. Todavia, nem todas as preocupações foram atendidas.

O Código de Processo Penal acabaria por ser promulgado em 2 de Setembro de 1996 e entraria em vigor a 1 de Abril de 1997.

De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/96/M, o Código de Processo Penal procedeu a uma "*rigorosa delimitação*" das funções entre o Ministério Público, o juiz de instrução e o juiz de julgamento e, por outro lado, atribuiu a outros participantes no processo "*o estatuto de verdadeiros sujeitos processuais, com poderes de conformação da concreta tramitação do processo*", além de velar pela manutenção da estrutura e pelas soluções avançadas, estando estas em sintonia com as imposições e directivas internacionais relacionadas com os direitos humanos e das liberdades e garantias pessoais sem, no entanto, descurar o seu principal objectivo: a protecção eficaz e consistente dos cidadãos de Macau bem como dos seus valores principais, através de uma investigação criminal célere e eficaz e reparadora dos bens jurídicos violados.

A razão da promulgação tardia do Código de Processo Penal, ao invés de ter sido promulgado ao mesmo tempo que o Código Penal, como seria expectável, teve que ver com facto do Governo não querer atrasar os trabalhos do Código Penal, de modo a fazer coincidir a promulgação deste Código com o de Processo Penal[118].

Após a sua publicação, o Código de Processo Penal foi sujeito a sete alterações sendo a última alteração, introduzida em 2013, a mais substancial.

116 *Idem*, *ibidem*.

117 Lei n.º 17/96/M de 12 de Agosto, Autorização legislativa para aprovação do Código de Processo Penal, disponível em: http://images.io.gov.mo/bo/i/96/33/lei-17-96.pdf.

118 Manuel Leal-Henriques, *Relatório das Sessões de Trabalho Dedicadas ao Futuro Código Penal de Macau*, pág. 19, *in Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau, vol. I*, Ed. Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Julho de 2013.

關於強化澳門《刑法典》主導地位的若干想法

趙國強[1]

在大陸法系刑法理論中，刑法淵源主要包括刑法典、單行刑事法律和附屬刑法（即非刑事法律中的刑法規範）三種表現形式。刑法典因為是一部對刑法規範進行系統整理、編纂後形成的大法典，內含總則與分則，所以也叫普遍刑法，而單行刑事法律和附屬刑法合起來統稱特別刑法。從大陸法系國家或地區的刑事立法實踐來看，學者們普遍認為，作為普通刑法的刑法典是最主要的刑法淵源，相對於特別刑法來說，刑法典在整個刑法淵源中佔有無可置疑的主導地位。有鑑於此，本文試圖結合澳門目前的刑事立法與刑事司法現狀，就如何加強澳門《刑法典》的主導地位談幾點看法，以求教於學界同仁。

一、關於罪刑法定原則與類推解釋

“法無明文規定不為罪，法無明文規定不得處罰”，這是罪刑法定原則的基本含義。罪刑法定原則是一項極其重要的法治原則，澳門基本法第二十九條和澳門《刑法典》總則第一條都對該項原則作出了明確規定。

值得注意的是，從罪刑法定原則的基本內涵出發，學者們一致認為，實行罪刑法定原則，就必須禁止類推，對此，澳門《刑法典》總則第一條第三款也作了明確規定，即“不容許以類推將一事實定為犯罪”，這一規定表明，在澳門，是不允許將刑法沒有規定為犯罪的行為通過類推的方式將其入罪的。由此可見，在立法者已經明確禁止類推的情況下，如何去禁止類推實際上是由司法部門來操作的，具體地說，判斷某種行為是否符合刑法規定的某種犯罪，有賴於司法部門對相關法律條文的解釋，當司法部門在對法律條文進行解釋時，如果其解釋“超越了法律本來預想的範圍，承認把法律適用於類似的事項”，[2]這種解釋就會成為“一種不能

1 澳門大學法學院教授，法學博士，澳門刑事法研究會榮譽會長。

2 【日】大塚仁著《刑法概說（總論）》，馮軍譯，中國人民大學出版社，2003，第68頁。

再被刑法條文可能的文字意思所包含的解釋，是一種為刑罰提供根據的類推，因此是不能允許的”，[3]這就是在刑法理論中被視為違反罪刑法定原則的類推解釋。因此，從理論與實踐的角度考察，要真正做到禁止類推，僅僅依靠立法上的禁止是不夠的，更重要的是，當法官在適用法律過程中需要解釋法律時，一定要注意把握法律條文的真實意思和基本含義，要嚴格遵循科學法則，不能無限制地將其擴大，以至超出了“法律本來預想的範圍”，否則就屬於違反罪刑法定原則的類推解釋。舉例來說，盜竊罪的客體必須是“動產”，假設行為人盜竊的是電力資源即“電”，因“電”具有經濟價值，故將無形的“電”解釋為“動產”就具有合理性，並沒有超出法律條文的真實意思。再舉例說，殺人罪的客體是有“生命的人”，假設行為人殺死的是母親腹中的胎兒，因胎兒並非屬於“有生命的人”，故將胎兒解釋為殺人罪中的客體即“有生命的人”就是不合理的，違背了“人”的基本含義，屬於被禁止的類推解釋。

遺憾的是，在澳門的司法實踐中，卻仍然存在著通過類推解釋來適用刑法的不合理現象，典型的例子就是關於對《有組織犯罪法》（第6/97/M號法律）的適用解釋。對此，我們可以來看一下澳門終審法院第36/2007號判決書表達的觀點。該份判決書認為，“確實，第6/97/M號法律之標題為‘有組織犯罪法’，而且其第2條至第13條涉及在有組織犯罪範疇內所實施的罪行。但該法律也包含與有組織犯罪沒有必然聯繫的其他刑法和刑事訴訟規範，尤其是：不當扣留證件的罪行（第六條）、國際性販賣人口的罪行（第七條）、[4]操縱賣淫的罪行（第八條）、聯群不法賭博的罪行（第十一條）”。顯而易見，該份判決書要表達的意思就是：《有組織犯罪法》規定的罪名雖然是針對有組織犯罪而設，但也同樣適用於一般的共同犯罪和單個人的犯罪。正因為有了澳門終審法院的這一解釋，目前，在澳門司法實踐中，凡是與操縱賣淫有關係的行為，如提供住所或介紹賣淫並從賣淫中“抽成”的行為，不管是一個人犯罪，還是二個人犯罪，全部按《有組織犯罪法》規定的“操縱賣淫罪”定罪量刑。

本人認為，澳門終審法院關於《有組織犯罪法》適用的解釋，就是一種違反罪刑法定原則的、不合理的、被立法所禁止的類推解釋。因為在《有組織犯罪法》中，對“有組織犯罪”這一文字概念是有明確規定的，即“有組織犯罪”就是指“黑社會”，而根據《有組織犯罪法》第一條規定，所謂“黑社會”，就是指為取得不法利益或好處所成立的所有組織，而其存在又是以協議或協定或其他途徑表現出來，特別是從事該條所列多項罪行的犯罪組織。這一關於“有組織犯罪”的定義規定，非常明確地排除了一般共同犯罪，更不用說是單個人的犯罪。既然如此，澳門終審法院硬是人為地將《有組織犯罪法》規定的罪名適用在一般共同犯罪或單個人犯罪身上，這種解釋顯然已經超越了“有組織犯罪”這一文字概念的基本含義，超越了“法律本來預想的範圍”，故屬於“一法律條文擴展至法律中沒有規定的或者是條文文字不再包含的案件”，這樣的解釋當然不屬於合理的、被允許的擴張解釋，而是屬於不合理的、被禁止的類推解釋。尤其是澳門終審法院關於《有組織犯罪法》“也包含與有組織犯罪沒有必然聯繫的其他刑法和刑事訴訟規範”的解釋，

3 【德】約翰內斯.韋塞爾斯著《德國刑法總論》，李昌珂譯，法律出版社，2008，第22頁。

4 該條文涉及的罪名已被廢止，其內容已為《澳門刑法典》第153-A條規定的“販賣人口罪”所包容。

更是沒有道理，人們不禁要問：與有組織犯罪“沒有必然聯繫”的罪名，立法者為什麼要將其規定在《有組織犯罪法》之中？

當然，本人也理解澳門終審法院如此解釋有其不得已的“苦衷”，因為在很多情況下，對那些以一般共同犯罪形式或單個人實施的操縱賣淫的行為如果不按《有組織犯罪法》規定的“操縱賣淫罪”定罪，在澳門就無罪可定。澳門《刑法典》分則雖然規定了“淫媒罪”（第一百六十三條）和“加重淫媒罪”（第一百六十四條），但構成這兩個罪名，客觀上必須是“乘他人被遺棄或陷於困厄之狀況”而促成、幫助或便利他人賣淫，而現實中的賣淫當事人又往往不具備這種“被遺棄或陷於困厄之狀況”的條件，故無法按澳門《刑法典》分則規定的罪名定罪。至於澳門《刑法典》第一百七十一條規定的“作未成年人之淫媒罪”雖無賣淫當事人須處於困厄條件的限制，但賣淫當事人又必須是未成年人，即未滿十八歲，所以也很難按此罪名定罪。然而，本人認為，這些問題都屬於立法不合理的問題，既然是立法不合理，就應當通過修改法律的途徑來解決，而不應當通過使用類推解釋的方式來填補法律的“真空”。事實上，澳門立法者已通過制定懲治洗黑錢罪、懲治販賣人口罪等單行刑事法律，填補了在懲治洗黑錢行為及販賣人口行為方面的立法“真空”，[5]既然這樣，立法者為什麼就不能正視在“操縱賣淫罪”方面的立法“真空”，儘早修訂刑法典呢？[6]否則，司法機關在“無路可走”情況下，繼續使用類推解釋來填補這方面的立法“真空”，無疑有損澳門的法治形象。

二、關於《刑法典》總則與特別刑法

刑法典在刑法淵源中的主導地位，首先表現為刑法典總則對特別刑法的指導作用，質而言之，在刑法典總則尚未通過“但述”方式作出授權性規定的情況下，[7]特別刑法的立法必須嚴格遵守刑法典總則的規定，不得與刑法典總則的規定相抵觸，這已成為大陸法系國家或地區為保護刑事立法整體科學性的一項基本立法規則，同時也是為了防止立法者在制定特別刑法時濫用刑罰權。

從澳門目前的刑事立法現狀來看，其最顯著的特點之一就是特別刑法數量繁多。本人認為，這一刑事立法方式本身是無可非議的，關鍵是當立法者在制定特別刑法時，應當尊重澳門《刑法典》總則的指導地位，而不是想怎麼立就怎麼立，完全不顧澳門《刑法典》總則的規定。遺憾的是，這一基本的刑事立法規則在澳門並沒有得到尊重。

以犯罪障礙未遂的處罰為例。在大陸法系刑法理論中，關於對犯罪障礙未遂

5 因為原來的關於洗黑錢方面的犯罪及販賣人口方面的犯罪也是只規定在《有組織犯罪法》之中。

6 其實，依筆者之見，這方面的立法修訂並不複雜。立法者完全可以將《有組織犯罪法》規定的“操縱賣淫罪”移植到《澳門刑法典》分則中規定，然後將“淫媒罪”（第163條）、“加重淫媒罪”（第164條）都作為“操縱賣淫罪”的加重情節規定即可。

7 比如，澳門《刑法典》總則第十條在明確規定“僅自然人方負刑事責任”之後，又特別規定“但法律另有規定者除外”，這就屬於通過“但述”方式作出的授權性規定，正因為有了這一授權性規定，立法者才可在特別刑法中規定法人犯罪的刑事責任。

是否要比照犯罪既遂減輕處罰，歷來有三種不同的學說：一是“主觀說”，即不減輕處罰；二是“客觀說”，即必須減輕處罰；三是“折衷說”，即可以減輕處罰，也可以不減輕處罰。對此，澳門《刑法典》總則第二十二條第二款作了明確規定，即“犯罪未遂，以可科處於既遂犯而經特別減輕之刑罰處罰之”，且沒有通過“但述”方式作出授權性規定。由此表明，澳門《刑法典》的立法者對犯罪障礙未遂的處罰採用的是“客觀說”，凡構成犯罪障礙未遂的，都要比照既遂犯減輕處罰，不能有例外。但是，２００８年，在修改《選民登記法》的法律（第9/２００８號法律）中，卻對該法律所規定的四種犯罪的障礙未遂，明確規定須科處既遂犯的刑罰，不得減輕處罰。這一規定無疑是與澳門《刑法典》總則第二十二條第二款規定相抵觸的。對此，有人辯解說，既然對犯罪的障礙未遂有不減輕、必須減輕和可以減輕三種不同的學說，那為什麼在特別刑法中就不能採用不減輕的學說呢？這完全是一種偷樑換柱式的辯解，因為這裡所涉及的問題並不是採用哪一種學說的問題，而是特別刑法的規定能否與刑法典總則相抵觸的問題。

很顯然，從上述例子我們可以發現，澳門《刑法典》總則的指導地位在澳門並沒有得到切實的保障。本人認為，在特別刑法的立法中，之所以會出現上述公然違反澳門《刑法典》總則規定的現象，主要原因就在於觀念上的漠視，即立法者尤其是法案的起草者在觀念上根本就無視或者說不認為刑法典總則對特別刑法具有指導作用，這是相當危險的。如果持這樣一種觀念，開了這樣一種先例，澳門《刑法典》總則的規定還有什麼權威性可言呢？如此發展下去，容忍特別刑法完全可以不顧澳門《刑法典》總則的規定，想怎麼立法就怎麼立法，那麼，毫無疑問，澳門刑事立法的統一性和科學性就必然會受到破壞。總而言之，本人認為，此風決不可再長，在處理澳門《刑法典》總則與特別刑法的關係時，立法者尤其是法案起草者必須轉化觀念，切實強化澳門《刑法典》總則的指導地位，這對於完善澳門的刑事立法是極其重要的。今後，如果特別刑法的起草者認為澳門《刑法典》總則的某個規定本身不科學，那就應當先來修改澳門《刑法典》總則的這一規定，而不應當擅自在特別刑法中公然作出與澳門《刑法典》總則相抵觸的規定。

三、關於澳門《刑法典》分則與特別刑法

澳門的特別刑法有一個最顯著的特點，這就是規定了眾多的獨立罪名，從數量上看，特別刑法所規定的獨立罪名已經超出了澳門《刑法典》分則所規定的罪名。[8]由特別刑法所規定的獨立罪名，大多數是澳門《刑法典》分則所沒有規定的罪名，如有關選舉方面的犯罪，但也有少數獨立罪名是澳門《刑法典》分則已有規定的罪名，如勒索罪、偽造文件罪。由此本人認為，正是考慮到澳門特別刑法的這一特點，我們應當特別注意澳門《刑法典》分則與特別刑法之間的協調關係，恰恰在這一點上，有些情況是值得我們重視，並應當設法加以糾正的。

8 據統計，澳門《刑法典》分則約規定了１８０多個罪名，但澳門的特別刑法所規定的獨立罪名則有近２００個。

以犯罪預備的處罰為例。根據澳門《刑法典》總則第二十條規定，犯罪預備是不處罰的，除非法律有特別規定，為此，在澳門《刑法典》分則中，為了處罰某些犯罪的預備行為，立法者作了特別規定，這些處罰犯罪預備的特別規定主要涉及到三類重罪：第一類是某些偽造類犯罪（第二百六十一條），第二類是某些公共危險罪（第二百六十六條），第三類是某些妨害澳門政治、經濟及社會制度的犯罪（第三百零五條）。因此，從澳門《刑法典》分則關於處罰犯罪預備的特別規定來看，只有某些重罪的預備行為才應受到處罰。然而，這一立法指導思想在特別刑法中卻沒有得到遵守，因為個別特別刑法，恰恰對某些顯然屬於輕罪的預備行為作出了處罰規定。比如，在《與動物競跑有關的刑事不法行為》（第9/96/M號法律）中，立法者不僅規定要處罰該法律所規定的四種犯罪的障礙未遂行為，而且還規定要處罰這四種犯罪的預備行為，但這四種犯罪都是輕罪，前三種罪的法定最高刑都在三年徒刑以下，第四種犯罪的法定刑則只有罰金。本人認為，在特別刑法中，對輕罪設置處罰犯罪預備的特別規定，與澳門《刑法典》分則中僅對重罪設置處罰犯罪預備的規定是不協調的，應當予以糾正。

再以對勒索罪的處罰為例。根據《澳門刑法典》分則第二百一十五第一款a）項規定，犯“勒索罪”若數額“屬相當巨額”，或勒索時“攜帶顯露或暗藏之武器”，或勒索者“身為旨在重複犯侵犯財產罪之集團成員，且系由該集團最少一成員協助”而進行勒索的，法定刑為三年至十五年徒刑；但是，根據《有組織犯罪法》（第6/97/M號法律）第三條規定，犯“以保護為名的勒索罪”的，不論屬何種情況，法定刑均為二年至十年徒刑；很顯然，這兩種勒索罪的法定刑是不協調的，試想一下，如果犯罪集團多名成員以收取保護費為名，攜帶或暗藏武器向他人勒索了相當巨額財產時，也按2年至10年徒刑量刑，這與澳門《刑法典》第二百一十五條第一款a）項規定的“勒索罪”相比，豈不是重罪輕判嗎？這種不協調必然也會給法院具體適用法律造成“麻煩”。比如，當黑社會成員以收取保護費為名向他人勒索且勒索數額屬相當巨額或攜帶武器進行勒索時，按包容性質法條競合的法律適用原則，理應優先適用《有組織犯罪法》而定“以保護為名的勒索罪”，但這樣定罪顯屬輕判；但是，如果我們以此為由，反過來適用澳門《刑法典》而定“勒索罪”，這一方面明顯違反了包容性法條競合的法律適用原則，另一方面也會使《有組織犯罪法》第三條關於“以保護為名的勒索罪”永遠不會再被適用，客觀上就會成為一種“擺設”。應當指出，類似的情況還有不少，如在偽造身份證件的犯罪、誣告的犯罪方面，也有這種法定刑不協調的現象，對這些罪名之間的不協調現象，立法者必須加以重視，並通過修改法律加以糾正。

綜上所述，值此紀念澳門《刑法典》頒佈生效二十週年之際，本人認為極需對澳門整個刑事立法進行深刻反思，尤其是需要在觀念上強化澳門《刑法典》的主導地位，同時採取必要的立法措施，對那些有損澳門《刑法典》主導地位的相關規定以及明顯與澳門《刑法典》不協調的相關規定進行修訂，以確保澳門刑事立法體系的統一性和科學性。

ALGUMAS IDEIAS SOBRE O REFORÇO DA POSIÇÃO DOMINANTE DO CÓDIGO PENAL DE MACAU

ZHAO GUOQIANG[1]

Na teoria do Direito Penal do sistema romano-germânico, as fontes legais do Direito Penal assumem três formas: o Código Penal, as leis penais avulsas e as normas subsidiárias de carácter penal (ou seja, as normas penais inseridas em diploma de carácter não penal). O Código Penal é uma codificação sistemática e compilada das normas jurídicas penais e divide-se em Parte Geral e Parte Especial, por isso designa-se Direito Penal Geral. As leis penais avulsas e as normas subsidiárias de carácter penal enquadram-se no chamado Direito Penal Especial. Do ponto de vista da prática legislativa nos países ou regiões do sistema romano-germânico, os autores geralmente entendem que o Código Penal, enquanto Direito Penal Geral, é a principal fonte do Direito Penal e, face ao Direito Penal Especial, assume indubitavelmente uma posição dominante. Por isso, o presente texto procura conjugar a legislação penal e a justiça criminal, a fim de deixar alguns comentários e trocar opiniões acerca da consolidação da posição dominante do Código Penal de Macau.

1. ENTRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA

O princípio da legalidade encerra a ideia de que "não há crime, nem pena sem lei certa" ("*nulla poena nullum crimen sine lege*"). O princípio da legalidade é um dos princípios fundamentais do direito. Tal princípio está expressamente previsto no artigo 29.º da Lei Básica de Macau e no artigo 1.º da Parte Geral do Código Penal de Macau.

É de notar que é com base na essência do princípio da legalidade que os autores

1 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Doutor em Direito, Presidente honorário da Associação de Estudo de Direito Criminal de Macau.

partilham de um entendimento unânime, de acordo com o qual é preciso proibir a analogia para concretizar e densificar o princípio da legalidade. Pelo que o n.º 3 do artigo 1.º da Parte Geral do Código Penal de Macau dispõe que "não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime". Tal disposição demonstra que, em Macau, não é permitido incriminar, por analogia, os factos não qualificados pelo Direito Penal como crime. Ora, estando a analogia já expressamente proibida pelo legislador, cabe às entidades judiciárias defender essa proibição. Concretizando, cabe às entidades judiciárias determinar, através da interpretação normativa das disposições jurídicas, se certos actos se encaixam no tipo-legal de certos crimes. Pelo que, ao interpretar as normas jurídicas, se a interpretação "ultrapassar a barreira prevista na lei e fizer aplicar a norma aos factos análogos"[2], tal interpretação torna-se "uma interpretação que extravasa o sentido literal da norma e constitui uma analogia fundamentadora da pena, pelo que a interpretação feita nesses moldes é proibida"[3]. A interpretação analógica nesses termos constitui uma violação do princípio da legalidade do Direito Penal. Neste sentido, sob o ponto de vista teórico-prático, para proibir efectivamente a analogia, não basta proibi-la por via meramente legislativa. Isto é, quando o juiz precisar de interpretar as normas para as aplicar, é preciso compreender o sentido real, a essência das mesmas e respeitar as regras científicas, ao invés de ampliar infinitivamente o seu sentido para além da "barreira prevista na lei", sob pena de se realizar uma interpretação analógica e, em consequência, se violar o princípio da legalidade. A título de exemplo, o objecto (bem jurídico alvo de protecção) do crime de furto é o património. Suponhamos que, no caso de furto de um recurso energético – "electricidade" –, se encara a mesma como património atento o facto de possuir um valor económico, sem que com tal consideração se vá para além do sentido literal da norma. Vejamos outro exemplo: o objecto do crime de homicídio é a "pessoa com vida". Suponhamos que um feto havia sido morto. Ora, se se considerar que o feto não é tido como "pessoa com vida", não pode ser objecto do crime de homicídio por contrariar o sentido essencial do conceito de "pessoa". Tal interpretação é tida como analógica e, como tal, proibida.

É lamentável que, na prática judiciária de Macau, ainda persistam situações em que as normas penais são aplicadas com recurso à interpretação analógica. Um dos exemplos mais clássicos é o da interpretação da aplicação da Lei da Criminalidade Organizada (Lei n.º 6/97/M). Veremos a opinião adoptada no acórdão do Tribunal de Última Instância proferido no âmbito do processo n.º 36/2007. O referido acórdão entendeu que "é certo que a Lei n.º 6/97/M tem por epígrafe – "Lei da Criminalidade Organizada" – e que os artigos 1.º a 5.º se

2 Otsuka Hitoshi, *Criminal Law: General Part* (trad. Feng Junyi), China Renmin University Press, 2003, p. 68.

3 Johannes Wessels, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (trad. Li Changke), Law Press·China, 2008, p. 22.

referem a crimes praticados no âmbito da criminalidade organizada. Mas a lei inclui outras normas penais e processuais penais que não têm relação necessária com as associações criminosas, designadamente, o crime de retenção indevida de documento (artigo 6.º), o crime de tráfico internacional de pessoas (artigo 7.º)[4], o crime de exploração de prostituição (artigo 8.º) e o crime de cartel ilícito para jogo (artigo 11.º)". Ora, isto quer dizer que as incriminações estabelecidas pela Lei da Criminalidade Organizada referem-se aos crimes organizados, mas também aos crimes em comparticipação e aos crimes singulares. Com base nesta interpretação feita pelo Tribunal de Última Instância, na actual prática judiciária, aplica-se a moldura penal prevista no "crime de exploração de prostituição" para todos os actos relacionados com a exploração de prostituição, como facultar local para tal fim ou angariar clientes e receber "comissões", independentemente de se tratar de um crime singular ou sob a forma de comparticipação.

Entendo que a interpretação dada à aplicação da Lei da Criminalidade Organizada pelo Tribunal de Última Instância configura uma interpretação analógica, irrazoável e proibida, na medida em que viola o princípio da legalidade. E isso porque, na Lei da Criminalidade Organizada, o termo "associações criminosas" é expressamente definido e considera-se "sociedade secreta". De acordo com o disposto no artigo 1.º da Lei da Criminalidade Organizada, a chamada "sociedade secreta" é toda organização constituída para obter vantagens ou benefícios ilícitos cuja existência se manifeste por acordo ou convenção ou outros meios, nomeadamente pela prática, cumulativa ou não, dos crimes elencados no diploma. A definição de associações criminosas exclui expressamente a hipótese de crime sob a forma de comparticipação e, sem dúvida, a de crime singular. Sendo assim, o Tribunal de Última Instância insistiu em aplicar as normas da "Lei da Criminalidade Organizada" aos crimes na forma comparticipada ou crimes singulares, o que configura uma interpretação extensiva que extravasa não só o sentido literal do termo "crime organizado", mas também "a barreira prevista na lei". Pelo que não estamos perante uma interpretação extensiva, que seja razoável e permitida, de acordo com a qual se aplica a norma mesmo aos casos não previstos na lei ou não abrangidos pelo seu teor literal, mas estamos perante uma interpretação analógica, irrazoável e proibida. Ora, não existe nenhuma razão aparente para a interpretação feita pelo Tribunal de Última Instância que dispõe que "a Lei [*da Criminalidade Organizada*] inclui outras normas penais e processuais penais que não têm necessariamente ligação com a criminalidade organizada". Resta-nos perguntar qual o motivo pelo qual o legislador incluiu na Lei da Criminalidade Organizada os crimes que não têm "necessária interligação" com as associações criminosas.

4 Já foi revogada a incriminação prevista nesta norma, cujo teor passou a constar do disposto no artigo 153.º-A (Tráfico de pessoas).

Compreende-se qual foi a dificuldade que o Tribunal de Última Instância teve quando fez tal interpretação. E isso porque se não aplicasse o crime de exploração de prostituição previsto na Lei da Criminalidade Organizada aos actos de exploração de prostituição praticados sob a forma comparticipada ou na forma singular, isso significaria que tais actos não seriam punidos em Macau. Apesar de estarem previstos nos artigos 163.º e 164.º o crime de lenocínio e o crime de lenocínio agravado, para que constituam e assumam a qualidade de crimes terá de se verificar objectivamente "a exploração da sua situação de abandono ou de necessidade" para fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa da prostituição. No entanto, na prática, e na maioria das vezes, não se aplicam os crimes previstos na Parte Especial do Código Penal pelo facto de as vítimas não se encontrarem em "situação de abandono ou de necessidade".

Quanto ao crime de lenocínio de menor previsto no artigo 170.º de Código Penal de Macau, apesar de não estar estabelecida a condição de "a vítima estar em situação de abandono ou de necessidade", é ainda seu requisito que a vítima seja menor de 18 anos, pelo que, e nesta medida, é difícil incriminar a título deste tipo de crime. Estamos, portanto, perante problemas derivados da irrazoabilidade legislativa. Sendo assim, estes problemas devem ser resolvidos por via legislativa, ao invés de se recorrer a uma sua interpretação analógica, para colmatar o vazio legal. Na verdade, para colmatar o vazio legislativo relacionado com os actos de branqueamento de capitais e de tráfico de pessoas, o legislador de Macau formulou várias leis penais avulsas, cujo escopo visa o combate ao crime de branqueamento de capitais e ao tráfico de pessoas[5]. Deste modo, por que motivo o legislador não pode enfrentar o vácuo legislativo do crime de exploração de prostituição no sentido de alterar, com a maior celeridade possível, o Código Penal?[6] A imagem da sociedade de Direito de Macau é lesada pelas entidades judiciárias se, na falta de alternativas, continuarem a recorrer à interpretação analógica para suprir este vácuo legislativo.

2. ENTRE A PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL E O DIREITO PENAL ESPECIAL

O Código Penal apresenta uma posição dominante enquanto fonte legal do Direito

5 E isso porque os crimes, relacionados com o branqueamento de capitais e tráfico de pessoas, estavam originariamente previstos na "Lei de Criminalidade Organizada".

6 De facto, quanto a esta matéria, a alteração legislativa não é complexa. O legislador pode transplantar totalmente o crime de exploração de prostituição, previsto na Lei de Criminalidade Organizada, para a Parte Especial do Código Penal de Macau, tornando o crime de lenocínio (163.º) e o crime de lenocínio agravado (164.º) nas circunstâncias agravantes do crime de exploração de prostituição.

Penal, assumindo a sua Parte Geral uma função orientadora para o Direito Penal Especial. Do ponto de vista substantivo, na falta de regras permissivas, criadas com o recurso ao uso do termo "salvo"[7] na Parte Geral do Código Penal, a legislação do Direito Penal Especial deve respeitar as regras previstas na Parte Geral, sem as contrariar. Isto configura, nos países ou regiões do sistema romano-germânico, uma regra básica de legislação que procura não só defender a ciência unitária da legislação penal, mas também evitar o uso abusivo do poder punitivo do legislador na legislação do Direito Penal Especial.

A actual legislação penal de Macau caracteriza-se, entre outros aspectos, pela abundância de leis penais especiais. Este tipo de legislação penal é inquestionável. A questão é que, ao elaborar uma determinada lei penal especial, o legislador deve respeitar a posição dominante da Parte Geral do Código Penal de Macau, ao invés de ignorar as suas regras de forma arbitrária. No entanto, é lamentável que essa regra básica de legislação penal não seja respeitada em Macau.

No caso de punição da tentativa, no sistema romano-germânico existem três teorias sobre a gravidade da pena aplicável, quando comparada com a prevista para o crime consumado: a primeira, a teoria subjectiva, defende o mesmo grau de pena; a segunda, a teoria objectiva, defende a aplicação de uma pena reduzida; a terceira, a teoria intermédia, defende tanto uma pena igual como uma pena reduzida, consoante as circunstâncias. Neste sentido, o n.º 2 do artigo 22.º da Parte Geral do Código Penal de Macau dispõe que "a tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada", sem recorrer ao termo "salvo" para estabelecer as regras permissivas. Pelo que a teoria adoptada pelo legislador no Código Penal de Macau é a segunda, a teoria objectiva. Ou seja, a tentativa é sempre punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada, sem qualquer excepção. Porém, segundo a Lei n.º 9/2008, que introduziu alterações à Lei do Recenseamento Eleitoral, à tentativa dos quatro crimes previstos no diploma é aplicável a pena correspondente ao crime consumado, sem atenuação da mesma. Não há dúvida de que esta disposição contraria o disposto no n.º 2 do artigo 22.º da Parte Geral do Código Penal de Macau. Perante isto, há quem questione, uma vez que há três teorias que, na hipótese da punição da tentativa, optam pela aplicação de pena igual, de pena atenuada ou de pena atenuável, qual é o motivo para que a teoria da pena igual não possa ser adoptada no Direito Penal Especial. Isto é um argumento falso porque

7 Por exemplo, o artigo 10.º da Parte Geral do Código Penal de Macau dispõe expressamente: "só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade penal", acrescentando também "salvo disposição em contrário". Isto é um dos casos de recurso ao uso do termo "salvo" para estabelecer as regras permissivas, através das quais o legislador pode, no Direito Penal Especial, determinar a responsabilidade penal das pessoas colectivas.

não estamos perante a questão de saber qual a teoria adoptada, mas a questão de saber se há conflito entre as normas do Direito Penal Especial e as disposições da Parte Geral do Código Penal.

É claro que, olhando os referidos exemplos, a posição dominante da Parte Geral do Código Penal de Macau não se encontra efectivamente assegurada. A meu ver, as violações das regras da Parte Geral do Código Penal de Macau residem num factor principal – a ignorância conceptual –, ou seja, do ponto de vista conceptual, o legislador, sobretudo quem apresenta a proposta de lei, ignora ou discorda com a posição dominante da Parte Geral do Código Penal perante o Direito Penal Especial, o que configura um perigo considerável. Se continuarem a assegurar esta concepção e deixarem abrir este precedente, a disposição da Parte Geral do Código Penal de Macau perde a sua autoridade. Se assim for, o Direito Penal Especial pode estar, de forma arbitrária, totalmente alheio à disposição da Parte Geral do Código Penal de Macau. Neste sentido, é indubitável que estão postas em causa a unidade e cientificidade da legislação penal de Macau. Em resumo, a meu ver, esta tendência não é plausível. Quanto à relação entre a Parte Geral do Código Penal de Macau e o Direito Penal Especial, o legislador, sobretudo o proponente da lei, deve alterar a sua concepção, de modo a consolidar a posição orientadora da Parte Geral do Código Penal de Macau, o que se torna fundamental para o aperfeiçoamento da legislação penal de Macau. Se, no futuro, o legislador do Direito Penal Especial não considerar científica determinada norma da Parte Geral do Código Penal de Macau, deve ele proceder à alteração desta norma da Parte Geral, ao invés de criar outras regras contrárias à Parte Geral do Código Penal de Macau.

3. ENTRE A PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL DE MACAU E O DIREITO PENAL ESPECIAL

O Direito Penal Especial de Macau caracteriza-se por um grande número de crimes autónomos. Do ponto de vista do número de crimes, os crimes autónomos previstos no Direito Penal Especial já ultrapassaram os crimes previstos na Parte Especial do Código Penal de Macau[8]. A grande maioria dos crimes autónomos previstos no Direito Penal Especial não se encontra prevista na Parte Especial do Código Penal de Macau, *v.g.*, os

8 De acordo com os dados estatísticos recolhidos, há um pouco mais do que 180 crimes previstos na Parte Especial do Código Penal de Macau. Entretanto, há acerca de 200 crimes autónomos previstos nas leis penais especiais de Macau.

crimes relacionados com as eleições. Porém, há determinados crimes autónomos que estão também eles previstos na Parte Especial do Código Penal de Macau, *v.g.*, crime de extorsão ou crime de falsificação de documento. Pelo que, a meu ver, considerando esta particularidade do Direito Penal Especial de Macau, devemos dar mais atenção à conciliação entre a Parte Especial do Código Penal de Macau e o Direito Penal Especial. Sobre esta questão, situações há que merecem a nossa atenção e, nessa medida, devemos procurar corrigi-las.

Vejamos o exemplo da punição dos actos preparatórios. Segundo o artigo 20.º da Parte Geral do Código Penal de Macau, os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário. Por isso, o legislador previu, na Parte Especial do Código Penal de Macau, as regras especiais quanto às punições dos actos preparatórios de determinados crimes. Tais regras existem para três tipos de criminalidade grave: o primeiro é o de determinados crimes de falsificação (artigo 261.º), o segundo é o de determinados crimes de perigo comum (artigo 266.º) e o terceiro é o de crimes contra o sistema político, económico e social (artigo 305.º). Por isso, a partir da Parte Especial relacionada com as disposições especiais da punição dos actos preparatórios, são puníveis apenas os actos preparatórios de determinados crimes graves. Todavia, não tem sido esta a orientação da legislação do Direito Penal Especial, e isto porque, em determinadas leis penais especiais, se encontram previstas punições criminais para os actos preparatórios de determinados crimes leves. Por exemplo, no "regime dos ilícitos penais relacionados com corridas de animais" (Lei n.º 9/96/M), o legislador não previu apenas as punições para a tentativa por impedimento quanto aos quatro tipos de crimes, mas também as punições para os seus actos preparatórios. No entanto, todos estes crimes são de criminalidade leve. Os primeiros três crimes são puníveis com pena de prisão até 3 anos; o último crime é apenas punível com multa. Ora, parece haver uma certa incoerência entre a disposição especial, nas leis penais especiais, aplicável à punição dos actos preparatórios de criminalidade leve, e a disposição, na Parte Especial do Código Penal de Macau, aplicável à punição apenas dos actos preparatórios de criminalidade grave, o que carece de correcção.

Mais uma vez, o crime de extorsão elucida bem aquilo que temos por propósito demonstrar. Segundo o disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 215.º da Parte Especial do Código Penal de Macau, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 15 anos se: o objecto do crime de extorsão for de "valor elevado"; o agente "trouxer, no momento do crime, de arma aparente ou oculta"; ou o agente for "membro de grupo destinado à prática reiterada de crimes contra o património, com a colaboração de pelo menos outro membro do grupo". Porém, segundo o disposto no artigo 3.º da Lei da Criminalidade Organizada (Lei n.º 6/97/M), "o crime de extorsão a pretexto de protecção" é, independemente de qualquer circunstância, punido com pena de prisão de 2 a 10 anos. É clara a incoerência da punição entre estes dois tipos de crime de extorsão. Imaginemos que, se os membros

de uma associação criminosa, a pretexto de protecção, trazendo arma aparente ou oculta, extorquirem algo de valor elevado, são também eles punidos com pena de prisão de 2 a 10 anos. Comparando esta hipótese com o crime de extorsão previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 215.º do Código Penal de Macau, será que estamos perante uma punição mais leve para uma criminalidade de maior gravidade? Esta incoerência pode suscitar problemas quanto à aplicação da lei ao caso concreto no tribunal. Por exemplo, se os membros de uma sociedade secreta extorquirem um valor elevado com o pretexto de protecção ou com arma, deve dar-se prioridade à aplicação do "crime de extorsão a pretexto de protecção" previsto na Lei da Criminalidade Organizada, conforme o princípio legal aplicável ao concurso de crimes, ainda com a punição leve; porém, com base nisto, se, por um lado, for aplicado o "crime de extorsão" previsto no Código Penal de Macau, isso constitui uma clara violação do princípio legal aplicável ao concurso de crimes e, por outro lado, deixa de aplicar para sempre o artigo 3.º ("extorsão a pretexto de protecção") da Lei da Criminalidade Organizada e, objectivamente, torna-o num mero "ornamento" na lei. É de notar que não é raro este tipo de casos, *v.g.*, o crime de falsificação de documento de identidade, crime de denúncia caluniosa, em que há uma incoerência quanto à punição. A incoerência existente entre estes crimes merece atenção do legislador e deve ser corrigida através de alterações legislativas.

Em resumo, por ocasião das comemorações dos vinte anos do Código Penal de Macau, é necessária uma reflexão profunda sobre a legislação penal em Macau, especialmente no que toca ao reforço, a nível conceptual, da posição dominante do Código Penal de Macau. Para assegurar a unidade e cientificidade da legislação penal, é necessário adoptar medidas legislativas tendo em vista a revisão das disposições legais que demonstrem ser incoerentes com o Código Penal de Macau e prejudiciais à posição dominante do mesmo.

澳門回歸後的刑事政策探討

張異和[1]

聖經說凡事都有定期，天下萬務都有定時，那麼，在刑事科學領域，考慮到刑事犯罪問題的現實重要性和嚴重性，此刻就是刑事政策的時代。

Jorge de Figueiredo Dias[2]

一、問題的提出

近年來本地的一些刑事立法提案常引起社會熱議，連帶引起了對特區的刑事政策的關注。在報章上刑事政策的字眼時而有之，常常是在某一個具體罪名在立法會討論時，會提到刑事政策，而負責法務的官員就立法計畫發表評論時偶也提及刑事政策，但在這些場合，刑事政策仍只停留於字眼，而且多是引用刑法原則或者刑法實體規定，實是將兩者當同義詞在用，例如罪刑法定的刑事政策，不實行死刑的刑事政策，等等。

在中國內地和臺灣，刑法學界對於刑事政策的研究非常關注，研究成果豐碩[3]，但在澳門卻很少有這方面的文章[4]。當然這可能與本來就比較少的法學研究工作者有關，不可能什麼論題都關注到，但另一方面，會不會是與固守著“法是法，政策是政策”的法與政策的界線的想法有關呢？這種觀點認為保持與政

1 澳門大學法學碩士。筆者藉此機會感謝澳門大學圖書館葉文生先生在本人尋找資料時提供的協助。

2 Jorge de Figueiredo Dias, “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”(《刑事政策的新方向及葡萄牙刑法的未來》), Revista da Ordem dos Advogados 43 (1983), pp. 5-40.

3 對刑法教義學或者刑法體系作類似探討的著作有，勞東燕，《刑事政策與刑法體系關係之考察》，《比較法研究》2012年第2期，第77-92頁；陳興良《刑法教義學與刑事政策的關係：從李斯特鴻溝到羅克辛貫通—中國語境下的展開》，《中外法學》，第25期，2013年第5期。許迺曼，《刑法體系與刑事政策》，載許玉秀, 陳志輝合編《不移不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選輯》，新學林2006年出版。

4 趙國強教授在其《論和諧社會中的刑事政策價值取向——對澳門刑事政策的反思》一文中從和諧社會中的刑事政策價值取向的角度分析具體刑法制度，例如輕微違反制度，刑罰延長制度以及刑罰配置制度。但筆者並未找到其他論及刑事政策的文章。

策的距離可以避免讓法律尤其是刑法淪為政策的工具。

但是，笔者认为纯粹的刑法教义学研究並不利於刑法體系的發展，因為朝內看的封閉式體系過於注重刑法規範體系內諸如危害與罪過等內在因素的探討和發展，容易忽視社會性的外在因素對刑事立法和理論的影響。刑法學並非自給自足的一門學科，期待刑法體系僅在理論的指導下發展是不切實際的，本地的實際情況也恰恰證明了這一點，社會需要和相應生成的政策這些外在因素對刑事立法與司法的影響不可忽視。不探討不代表不存在，相反，實際上存在並指導著刑事立法和司法的刑事政策只會限於少部分部門的工作範圍內，沒有進入公共討論的環節內，不具透明度，不具存在感，這又與刑事政策對社會的重要影響不相符合，因此，實有必要對刑事政策進行研究和探討。

本文將先簡要闡述刑事政策的概念及分析它與實體刑法的關係，再梳理制訂刑法典之後尤其是回歸後澳門的刑事立法趨勢，試圖從中一窺背後的刑事政策導向，既而分析可能影響本土刑事政策的因素。

二、刑事政策的概念

刑事政策指的是國家控制和預防犯罪的政策措施[5]，其廣義概念指對犯罪的各種社會反應手段，而不限於刑罰，而狹義概念是指國家運用刑法及其所規定的刑罰和類似的措施的法律政策，僅與刑事法的制定與適用有關[6]，而這一層面上的刑事政策又可作廣義和狹義解，廣義的刑事政策包括防範性措施、懲罰性措施和矯正性措施，而狹義僅指與犯罪化和刑罰有關的刑事立法政策，即包括應當把多大範圍內的行為和何種性質的行為納入刑事規範調整範疇的定罪問題以及對已經被確定為犯罪的行為應當配置何種刑事制裁方法的量刑問題[7]。

現代意義上的刑事政策的誕生有三個背景，一是刑罰目的由簡單的以刑罰懲罰和報應犯罪人轉變至預防犯罪，刑罰成為手段而非目的本身；二是犯罪學的出現和發展，刑事政策與犯罪的原因聯繫在一起，只有研究對犯罪發生的原因及其規律，才能理性地探討如何有效控制與預防犯罪，而這是刑事政策的核心；三是刑法實證化，刑法擺脫自然法和主權者的權力工具的性質，往實證法及具有一致性和邏輯的刑法體系的方向發展，成立犯罪的標準全然來源於實證法即立法者制定的法律，與法外的政治或道德因素無關，這強化了法律以及作為法律制定者的國家的權威，而政治對法律抑或刑法的影響就通過刑事政策實現。[8]

5 關於刑事政策的誕生與演變及刑法變革的闡述，可參見勞東燕，《刑事政策與刑法體系關係之考察》，《比較法研究》2012年第2期，第77-92頁。

6 梁根林，《現代法治語境中的刑事政策》，《國家檢察官學院學報》，2008年第四期，第155頁。

7 梁根林，《現代法治語境中的刑事政策》，《國家檢察官學院學報》，2008年第四期，第155頁。

8 勞東燕，《刑事政策與刑法體系關係之考察》，《比較法研究》2012年第2期，第77-82頁。

刑事政策虽然在百年之前已出现，但卻有很長一段時間在刑法的讨论中很少见到它的踪影。著名德国刑法学家李斯特倡導刑法與刑事政策的分立，認為“刑法僅需要在實在法律規則的前提下進行概念的分析和得出體系上的結論。刑事政策則包括刑法的社會內涵及目的，就不屬於法律人探討的事情。...刑法是刑事政策不可逾越的屏障。”[9]这种意見反对在刑法领域探讨政策，简单来说，即不想刑事法律受到政治的干预，竭力抵御法外价值判断的侵入。

在強調刑法與刑事政策的分立的前提下，李斯特也承認刑事政策對刑事立法和實施法律的指導作用，“刑事政策给予我们评价现行法律的标准，它向我们阐明应当适用的法律，它也教导我们从它的目的出发来理解现行法律，並按照它的目的具体适用法律。刑事政策应当是刑法立法的教师，刑事政策一方面可以找到对现行法律进行批判性评价的可靠标准，另一方面也可以找到未来立法纲领发展的出发点。”

刑事政策具有意向性、靈活性、動態性，追求的是如何更合理、更有效的、更最大化的、更優化的對犯罪作出反應，但也因此與法治國家的基本刑法原則尤其是罪刑法定原則存在一種緊張關係，罪刑法定要求國家刑罰權的行使既要有形式合法性[10]，也要有實質合法性[11]，強調穩定性和明確性，要求刑法更多的是追求公正和安全，因此罪刑法定是一種限制機能，相對於刑事政策的靈活機制，罪刑法定是一種安全機制。[12]

本文将探讨的澳门刑事政策限於最狹义的刑事政策，即与犯罪的惩罚有关的政策，这包括刑事惩罚范围的选择即所谓的入罪出罪（犯罪化和非犯罪化）的问题，以及刑事惩罚程度的选择。刑事政策是政府或者公共權力擁有者的選擇和決策，回歸涉及主權變更，政策制定主體發生了改變，因此將時間範圍限定為回歸之後，但任何關於刑事政策的探討都繞不開回歸前制定的刑法典，所以也會提及刑法典反映的刑事政策。

三、風險社會與刑事政策

作為應對犯罪的手段，刑事政策與各個國家和地區的現實有關，因此有著典型的地域性，但隨著全球化和風險的彌散，似乎刑事政策在大方向上能夠總結出一些特徵。

現代社會以全球化和風險的彌散為特徵，基於此德國社會學家貝克（U. Beck）於1986年提出風險社會的概念，主要指高度發達的科技帶來不確定且日

9 克勞斯・羅克辛，《刑事政策與刑法體系》，蔡桂生譯，中國人民大學出版社2011年版，第10頁。

10 法無明文規定不為罪。

11 罪刑法定要求在刑法法規內容實體規定方面，在罪名的設置上要求把值得處罰、應當處罰的行為規定為犯罪，同時也要求在刑罰的設置上不得規定與罪行、罪責不成比例的殘酷而非常的刑罰。”梁根林，《現代法治語境中的刑事政策》，《國家檢察官學院學報》第16卷第4期，第153頁。

12 梁根林，《現代法治語境中的刑事政策》，《國家檢察官學院學報》第16卷第4期，第156頁。

益增多的危險源，並隨著全球化向其他地方擴散，例如核輻射、環境污染、食品問題、病毒、電子病毒等等。媒體和資訊技術的發展也使得風險和災難導致的恐懼感和不信任感廣為傳播，公眾的不安全感指數上升，這開始支配政策的走向。現代國家的政策更多地以管理不安全風險為目標，控制風險成為佔主導地位的政策需要。

刑法作為傳統上維持秩序和保障權利的主要工具，首當其衝受到了社會和刑事政策轉變的影響，日漸成為應付風險的工具。學術界在總結新近的刑事立法趨勢時指出，刑法數量明顯增多，尤其是表現在特別刑法的創設，單純從特別刑法的体量來看已根本不是特別法了，除了這種“刑罰積極主義”的傾向外，還出現象徵性刑事立法的傾向，也就是制定的目的可能只是為了凸顯社會要求立法者就某種風險現象作出應對，強調政治象徵利益及刑法的規範宣示功能，這些新的刑事立法還帶有法益抽象化、刑罰前置化和罪責功能化的特徵。[13] 在風險社會背景下出現的帶有前述特徵的刑法被某些學派和學者稱為“現代刑法”，需要注意的是，這裡的現代並非指其必然保有較先進的特徵，而只是使用特定的語言符號以便於分析，特別是為了凸顯這類刑法規範模式與傳統刑法在理論體系結構與發展路徑的差異。

傳統刑法被認為是建構在社會契約論的基礎上，個人放棄一部分自由，以換取國家/政府對全體的自由的保障，而僅有對社會契約所保護的自由加以侵害，才構成犯罪行為，這裡法益侵害被認為是犯罪化的消極標準，即無法益侵害，即無犯罪行為。國家權力源於公民權利，是公民權利的讓渡，公民可以對權力設限，因此刑法是從個人權利出發限制、約束權力的法律，這從無罪推定、辯護權、緘默權、比例原則等刑法原則可以看出。

現代刑法的特徵表現為法益保護從消極入罪標準轉換為積極標準，這等於立法者得因有某些法益的存在對特定行為施予刑罰，且法益呈現抽象化的趨勢。預防的目的佔據壓倒性優勢，加重刑罰、強制措施的擴張、污點證人這種刑事訴訟程式中新概念的出現，都是為了預防犯罪。而且刑法被作為教育公眾的工具，提高公眾對於某些領域更加重視，例如環境保護，反對歧視婦女等等，而刑法干預是否適當或公平則很少被考慮。刑法不再被作為最後的手段反而成為解決問題的優先手段。[14]

然而，現代刑法卻因偏離了傳統刑法的一些基本的原則，引起了對刑罰權擴張和對人權保障的擔憂，以抵禦風險為目的的刑事政策對實體刑法的變革引起了不少質疑和批判。

13 古承宗，《風險社會與現代刑法的象徵性》，《科技法學評論》，10卷1期，第115頁，2013年；陳曉明，《風險社會之刑法應對》，《法學研究》2009年第6期，第55-56頁。

14 Winfried Hassemer，《現代刑法的特徵與危機》，陳俊偉譯，《月旦法學雜誌》，第217期，2012年8月，第245-249頁。

四、澳門特別行政區的刑事政策和刑事立法實踐

筆者搜索了行政法務範疇近五年的施政方針，發現當中對刑事政策唯一的提述是在2016年度施政方針中提到優先修改刑法典性犯罪的部分，提到將從比較法和現行刑事政策方面考量，確定修法方向，但對現行刑事政策的具體內容，仍是猶抱琵琶半遮面，並沒有著墨。那麼，也就只有從實際刑事立法中推測背後的刑事立法政策。

（一）刑事立法

澳門刑法典

通常認為澳門刑法典對刑罰的配置反映了輕緩的政策。表現在不設死刑和終身監禁刑，徒刑最高限度為三十年，規定了短期自由刑易科罰金制度[15]，且“在分則各刑罰幅度中，當規定短期徒刑時，較常同時規定罰金，作為另一選擇”[16]，以及緩刑制度[17]。

但是透過當時的立法會會議報告和發言可以看出，若干議員認為刑法典草案未能回應澳門社會的具體需要，尤其在罪行類別和刑罰模式的水準方面，有些罪行未能得到全面處理及一些刑罰不相稱，認為應對澳門的社會需要作研究，且認為應一般性地提高刑罰幅度。

澳門刑法典之後的刑事立法

據筆者觀察，回歸後對刑法典的修改和特別刑法（包括單行刑法和附屬刑法）立法，在以下幾個方面都有擴大刑法範圍和加重刑罰的傾向。[18]

1. 擴張刑法處罰範圍，增加罪名

以單行刑法和附屬刑法的形式給澳門的刑事實體法增加了以下罪名：

回歸後通過的單行刑事法律有《關於遵守若干國際法文書之法律》（第4/2002 號法律）、《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》（第 6/2004 號法律）、《預防及遏止清洗黑錢犯罪》（第 2/2006 號法律）、《預防及遏止恐怖主義犯罪》（第 3/2006 號法律）、《維護國家安全法》（第 2/2009 號法律）、

15 刑法典第四十四條第一款：“科處之徒刑不超逾六個月者，須以相等日數之罰金或以其他可科處之非剝奪自由之刑罰代替之，但為預防將來犯罪而有必要執行徒刑者，不在此限；下條第三款及第四款之規定，相應適用之。”

16 節選自政府為八月七日第11/95/M號法律《為核准＜刑法典＞之立法許可》起草的理由陳述。

17 刑法典第四十八條第一款：“一、經考慮行為人之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇可適當及足以實現處罰之目的者，法院得將科處不超逾三年之徒刑暫緩執行。

18 趙國強教授在其《澳門回歸十年刑事立法的回顧與展望》一文中詳細統計了澳門的單行刑法和附屬刑法以及闡述了澳門回歸十年來刑法典、單行刑法和附屬刑法的發展。可參見《澳門回歸十年刑事立法的回顧與展望》，《澳門研究》2010年第2期，第4-15頁。

《打擊電腦犯罪法》（第 11/2009 號法律）、《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》（第17/2009號法律）、《預防及遏止私營部門賄賂》（第19/2009 號法律）以及《預防及遏止對外貿易中的賄賂行為的制度》（第10/2014號法律），這些法律中都規定了某類犯罪對應的若干罪名。而且透過修改回歸前的單行刑法七月十五日第6/96/M號法律增加了層壓式傳銷罪。

回歸後通過的附屬刑法有《國旗、國徽及國歌的使用及保護制度》（第5/1999號法律）、《區旗、區徽的使用及保護制度》（第6/1999號法律）、《軍事設施保護法》（第4/2004 號法律）《立法會選舉法》（第 3/2001 號法律）《選民登記法》（第 12/2000 號法律）、《行政長官選舉法》（第 3/2004 號法律）、《個人資料保護法》（第 8/2005 號法律）、《道路交通法》（第 3/2007 號法律）。《對外貿易法》（第 7/2003 號法律）、《財產申報法》（第 11/2003 號法律）、《傳染病防治法》（第 2/2004 號法律）以及《食品安全法》（第 5/2013號法律），這些非刑事法律中都規定了一些罪名和相應的刑事責任。

2. 修改犯罪罪狀

例如第6/2008號法律《打擊販賣人口》將原本由單行刑法規範的國際性販賣人口罪納入刑法典中，並改變了罪狀，將從外地販賣人口到澳門的情況納入規管範圍，且規定販賣人口不限於以賣淫為目的，將目的擴大規定為以對他人進行性剝削，勞動或服務剝削，尤其是強迫或強制勞動或服務、使人成為奴隸或類似奴隸，又或切除人體器官或組織的目的。

第9/2008號法律《修改第12/2000號法律〈選民登記法〉》將故意違法登記罪的範圍擴大，將故意導致法人的選民登記被註銷規定為犯罪，在與選民登記有關的賄賂罪中，納入透過第三人進行賄賂的情況。

第5/2012號法律《修改著作權及有關權利之制度》修改了多個犯罪的罪狀，其中剽竊作品罪與假造作品、錄音製品或錄像製品罪都刪除了意圖獲得不正當利益的表述。

3. 提前刑罰處罰階段

例如2008年修訂三個選舉法[19]，就這些法律中規定的某些具體犯罪規定犯罪未遂適用科處既遂犯的刑罰，這構成了刑法典規定的未遂處罰的例外，刑法典規定對既遂犯可處最高限度超逾三年徒刑的犯罪，其未遂方予處罰且可科處與既遂犯相比特別減輕之刑罰[20]，曾在立法會審議時引起爭議，在技術上對原有行文做了一些調整。[21]

又如第11/2009 號法律《打擊電腦犯罪法》規定的兩個罪名，即不當進入

19 第9/2008號法律《修改第12/2000號法律〈選民登記法〉》、第11/2008號法律《修改第3/2001號法律〈澳門特別行政區立法會選舉法〉》及第12/2008號法律《修改第3/2004號法律〈行政長官選舉法〉》。

20 刑法典第二十二條。

21 參見立法會第二常設委員會第3/III/2008號意見書第31頁至36頁。

電腦系統罪和用作實施犯罪的電腦裝置或電腦數據資料罪，都將打擊的對象提前到犯罪預備行為，因進入電腦系統乃為實施其他與電腦有關的犯罪的預備行為，如不當獲取、使用或提供電腦數據資料罪、不當截取電腦數據資料罪、損害電腦數據資料罪等，而如今將一預備行為規定為獨立的罪名，那麼未經許可進入電腦系統且未經許可獲取他人提供載於電腦系統內或電腦數據資料儲存載體內的電腦數據資料就同時觸犯了不當進入電腦系統罪和不當獲取電腦數據資料罪，構成犯罪競合。製造、進口、出口、出售、分發或向他人提供主要為實施同法規定的四個特定電腦犯罪而設計或改動的電腦裝置或電腦程式或用作實施這些犯罪而能進入整個或部分電腦系統的密碼、密碼匙或類似密碼的電腦數據資料，都將構成用作實施犯罪的電腦裝置或電腦數據資料罪，這是處罰準備犯罪工具的預備行為，同樣是對法益提前做出保護，提前處罰階段。

4. 提高刑罰處罰幅度

透過修法提高現行刑法中的法定刑幅度。第一，於2002年和2005年兩次修改七月十五日第6/96/M號法律將貨物欺詐罪的法定刑刑幅由處一年徒刑或科最高一百二十日罰金，分別提高至處三年徒刑或科最高一百二十日罰金，及最終至最高五年徒刑或科最高六百日罰金。第二，第3/2007號法律《道路交通法》針對醉酒駕駛的行為，更改每升血液內酒精含量法定標準，把相應的酒精含量降低，調整相應的處罰，酒精含量最高等級（等於或超過1.2克）的情況由輕微違反改為犯罪，處最高一年徒刑及禁止駕駛一年至三年，對於低於該等級酒精含量的酒駕視為輕微違反，提高罰款金額及增加延長駕駛期間。

第三，通過新禁毒法第17/2009號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》加重對不法生產毒品罪和不法販賣毒品罪的處罰，將前者的法定刑由原來處八年至十二年徒刑及一年至二年徒刑（少量之販賣）改為處五年至十五年徒刑，將後者的法定刑由原來處八年至十二年徒刑及一年至二年徒刑（少量之販賣）改為處三年至十五年徒刑，且對於這些犯罪，如存在加重情節，刑罰幅度的最低限度及最高限度由原來的加重四分之一改為加重三分之一。另外，保留了不法吸食毒品罪，並輕微加重其刑罰幅度，規定處最高三個月徒刑，或科最高六十日罰金。

又如第9/2008號法律《修改第12/2000號法律〈選民登記法〉》對與選民登記有關的受賄罪取消罰金，保留處最高三年徒刑，將以不法手段阻礙或促成登記罪的法定刑由處最高三年徒刑提高至處一年至五年徒刑。將該法規定的誣告罪由原先援引刑法典第329條的處罰（處最高三年徒刑或科罰金）提高至處一年至五年徒刑，因誣告引致被害人被剝奪自由者，處一年至八年徒刑。

5. 增加附加刑種類

具體表現為因應具體罪名增加不同的附加刑。例如為加強打擊黑工，第21/2009號法律《聘用外地僱員法》通過修改第6/2004號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》，對僱用黑工罪規定增加規定了三種不同的附加刑，包

括全部或部份廢止聘用外地僱員的許可並同時剝奪申請新聘用許可的權利，為期六個月至二年；剝奪參與公共工程承攬或公共服務批給的公共競投的權利，為期六個月至二年；或剝奪獲公共實體發給津貼或優惠的權利，為期六個月至二年。這些附加刑可單獨或合併科處。[22]

6. 其他創新

例如第7/2008號法律《勞動關係法》規定僱主因欠薪(輕微違反)而科的罰金可按《刑法典》的規定轉換為監禁[23]，也就是不適用第一百二十五條第一款規定的關於輕微違反的罰金不可轉換為監禁的一般原則。

在前一部分描述性地概括一些刑事立法特徵後，可以看出本澳的刑事立法趨勢與國際範圍內的刑事法擴張和重刑化趨勢是一致的。[24]這是否意味著本地一直以來的輕刑化政策悄悄地被替換了呢?筆者認為暫時不宜下此結論，還需要對刑事政策作進一步的研究，而這很大程度上也取決於決策者將作為研究對象的政策內容及決策過程公開。

（二）影響刑事政策的因素

從現有的刑事立法來看，筆者認為至少有以下幾個影響刑事政策的因素：

(1) 立法會

雖然政府是制定刑事政策的主體且實際行使大部分立法提案權，但是，立法會作為立法機構在刑事政策的落實即具體立法時有修正甚至改變一般或具體刑事政策的機會且具體實例並不少見。

最典型的例子莫過於2009年《修改刑事歸責制度》法案的提出、討論、爭議以至最後政府在無法取得立法會足夠支持的情況下撤回法案。這涉及到一般

22 第6/2004號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第二十六條-A項。

23 第四十七條（將不繳納之罰金轉換為監禁）
一、不自願繳納或在強制下仍不繳納非以勞動代替之罰金者，即使所犯之罪不可處以徒刑，仍須服監禁，而監禁時間減為罰金時間之三分之二；為此目的，不適用第四十一條第一款所載之徒刑之最低刑期。
二、被判刑者得隨時繳納全部或部分被科之罰金，以避免執行全部或部分上款所指之監禁。
三、被判刑者證明不繳納罰金之理由為不可歸責於其本人者，監禁得暫緩一年至三年執行，但暫緩執行監禁時，須規定被判刑者履行某些義務或遵守某些行為規則，而該等義務或行為規則之內容係非屬經濟或財力性質者。如不履行該等義務或不遵守該等行為規則，則執行監禁；如已履行或遵守者，則宣告刑罰消滅。
四、被判刑者因其過錯而不履行應其請求以代替罰金之日計勞動者，第一款及第二款之規定，相應適用之；如不履行日計勞動為不可歸責於被判刑者，上款之規定，相應適用之。

24 對其他法域的刑事立法趨勢之分析，可參見烏爾克希・齊白著，周遵友譯《刑法的邊界—馬普外國與國際刑法研究所最新刑法研究項目的基礎和挑戰》，載《刑法論叢》第16卷,第237 -275頁;黎宏，《日本刑事立法犯罪化與重刑化研究》，載《人民警察》2014年第21期，第10-14頁；高山佳奈子著，謝煜偉譯，《“政治”主導下之近年日本刑事立法》，載《月旦法學雜誌》2009年9月，總第172期，第138-152頁。

刑事責任制度，政府經過多年準備但最終還是無法成功立法，乃因該制度變革影響舉足輕重，政府的降低刑事責任年齡的政策取向並未獲得立法會的認可。

另外一個例子是最近立法會通過的《預防及打擊家庭暴力法》，其最後通過的文本與最初政府的提案顯示了針對家庭暴力的刑事政策有很大的變化，最初法案並沒有將家庭暴力獨立成罪，而是針對不同的家庭暴力行為類型，以刑法典規定的不同的刑事罪名追究，例如虐待罪，普通、嚴重或加重傷害身體完整性罪，而且以後果屬輕微與否作為區分屬半公罪與公罪的標準。最初法案在一般性通過後，經立法會第一常設委員會細則性審議，最終提交大會通過的文本，將家庭暴力規定為獨立的罪名，也就是該法將成為獨立於刑法典的單行刑法，其主要理由是考慮到刑法典的多項罪名未能充分體現在家庭暴力的情況下所需要保護的法益，而這項獨立的法益要有對應的獨立罪名。家庭暴力罪保護的法益被立法者理解為綜合法益，即複雜而多元的法益，包含身體完整性、身心健康、性自由及作為人的尊嚴，保護的是一個人作為廣義的家庭成員的尊嚴和身體完整性，而在落實對它的保護時，也要防止其健康受到攻擊，健康應理解為廣義上的身體精神及情感的平衡狀態。[25]立法者另外將該罪名規定為公罪[26]，認為公罪性質可加強刑法的預防功能，對侵害人進行刑事制裁，對阻嚇其犯罪是一個重要因素，只有公罪化，才能適當的保障法益。

立法會在具體制度上作修正的例子有：制定第3/2007號法律《道路交通法》時將醉酒駕駛行為中最嚴重等級由輕微違反改為犯罪，2008年修訂三個選舉法時犯罪未遂適用科處既遂犯的刑罰在立法會引起了違反刑法原則的爭議，最後經技術上調整後始通過。在制定第21/2009號法律《聘用外地僱員法》時，草案擬將僱用黑工罪法定刑由處最高二年徒刑加重至處最高三年徒刑，以及刪除推定存在勞務關係的規定，但因爭議頗大，最後未能獲得多數議員支持，有關修改未獲得通過。[27]

，議員更可利用自己的提案權影響刑事政策及刑事立法，例如2005年議員提案修改七月十五日第6/96/M號法律，為打擊貨物欺詐提高了貨物欺詐罪的最高法定刑。

(2) 民意

近年來本地政府在制訂政策時加強了與公眾的溝通與互動，這突出表現於諮詢制度的發展，諮詢又分為專業諮詢委員會諮詢和向公眾諮詢兩種，諮詢之

25 參見立法會第一常設委員會第1/V/2016號意見書第50-51頁，可下載於立法會網站。

26 委員會恰當地指出公罪或半公罪的設定並不一定說明其受保護的法益重要與否，或侵犯行為嚴重與否，這與私人、家庭或私隱有關，另一方面，並不能推定發生在親屬或家庭範圍內的罪行都一定是半公罪，參見前引委員會意見書第56頁。

27 第6/2004號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第十六條（僱用）：
一、與不具備法律要求僱員必需持有的檔的任何人建立勞務關係者，不論合同性質及形式、報酬或回報的類別為何，處最高二年徒刑；如屬累犯，處二年至八年徒刑。
二、為適用上款的規定，凡在建築工地上被發現實際從事建築工作的人士，推定存在勞務關係。

盛行甚至被稱為已形成一種諮詢文化。[28]諮詢制度因加強決策民主化和透明度，總的來說對政府決策會有良性的影響。

民意對刑事立法的影響體現在禁毒法的修訂，以及現在熱議中的《動物保護法》法案和《家庭暴力防治法》法案，這兩個法案涉及刑事罪名和刑事規定。

但是隨著民意對政府決策的影響力加大，也應認識到民意具有多樣性[29]、主觀性、易變性、易操控性及非專業性等特點，如何將民意納入到科學性、穩定性和專業性的刑事政策制訂過程中，是需要經過一番研究的。

而另一方面，必須注意到，隨著刑法的目的轉向對抗風險，決策者會看重刑事立法帶來的政治上的象徵性後果，希望帶來問題被認真對待及適當處理的印象，而且當不當行為激發社會怒氣時，容易產生應急性或報復性的刑事立法，目的只在於舒緩公眾怒氣按符公種和恢復刑事司法體系的可信度和威懾力，以上原因容易造成刑法的肥大症。

(3) 國際法

隨着全球化的興起，在刑法領域也像其他領域一樣，出現了法律趨同的現象。由於國際組織的發展，現今出現越來越多的國際公約，有的國家直接將國際法視為國內法，有的國家則將國際公約轉化為國內立法，這樣很多由國際公約確立的規則成為國內法的規則。而促使國際公約的訂立的現實因素一方面是超越領土邊界的風險和犯罪的存在，另一方面是各國在人類安全、尊嚴和經濟發展方面有著共同利益和刑事法治價值趨同。

在澳門在國際法影響下的刑事立法的例子很多，最典型的有第 2/2006 號法律《預防及遏止清洗黑錢犯罪》、第 3/2006 號法律《預防及遏止恐怖主義犯罪》、第 2/2009 號法律《維護國家安全法》、第 11/2009 號法律《打擊電腦犯罪法》、第17/2009號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》、第 19/2009 號法律《預防及遏止私營部門賄賂》[30]以及第10/2014號法律《預防及遏止對外貿易中的賄賂行為的制度》。[31]

但是順應國際立法趨勢並不意味著照抄照搬規定，也並不意味著可以免去論證犯罪化的正當性的要求，要嚴謹設計犯罪構成，也應遵守罪刑相適應及整體刑罰體系均衡的原則，否則會引起扭曲既有刑事法體系的不良後果。[32]

28 潘冠瑾，《以諮詢制度為例討論澳門特區公共政策決策的民主化改革》，《行政》第二十三卷，總第八十九期，2010年第三期，第577-597頁。

29 民意的形成實際是一個利益衝突的展示過程。

30 參見張異和，《澳門私營部門賄賂犯罪化一比較法的視角》，發表於澳門特別行政區立法會關於法律及公民權利的第三輪系列研討會《在“一國兩制”原則下比較法的意義及重要性》，2010年1月。

31 在政府提交的立法理由陳述中都闡述了履行國際條約下的義務是決定立法的動機之一。有關文件可下載於澳門立法會網站。

32 批判性的談國際法和比較法影響下的台灣電腦犯罪立法，可參見李茂生，《刑法新修妨害電腦使用罪章芻議》，《台灣法學雜誌》2004年1月、2月和3月(第54、55和56期)。

（三）幾點思考

1.有必要系統地制定刑事政策

如前所述，刑事政策對刑事立法起指導作用，筆者在這裡簡要介紹一下台灣地區和葡萄牙的刑事政策[33]對其刑事立法的影響。

台灣地區於2004年修改刑法典時首次明確地提出以寬嚴並濟即兩極化的刑事政策作為立法指導方針，而在2009年修改刑法典時又重申該刑事政策，並修正名稱為「寬嚴並進之刑事政策」，做為刑事政策主軸。就重罪部分採取「嚴格之刑事政策」，於刑事司法上從重刑或剝奪其犯罪所得，於刑事執行上則從嚴處遇，以維持法社會秩序及保護國民法益而壓制重大犯罪之再發生。就輕罪部分採取「寬容之刑事政策」，刑事立法上儘量予以「非犯罪化」或「除罪化」，在刑事司法上儘量予以「非刑罰化」，在刑事執行上考量予以「非機構化」，以防止再犯及促成犯罪者再社會化目標。緩起訴處分、職權不起訴處分、易科罰金、緩刑等「轉向制度」或「替代措施」即是「寬容刑事政策」之體現，旨在使用這些轉向或替代措施，以減少短期自由刑執行。[34]

葡萄牙於2006年通過第17/2006號法律《刑事政策框架法》，刑事政策的制定包括擬定在預防犯罪、刑事調查、刑事訴訟以及刑罰和保安措施的執行方面的目的、優先事項和指南。[35]基於需保障法益，刑事政策的目的在於預防和壓制犯罪及彌補犯罪為個人和社會帶來的損失。該法規定政府須每兩年向議會呈交關於刑事政策的目的、重點和指南的法案，在起草這些法案之前政府須諮詢法官高等委員會、檢察官高等委員會、刑事政策部門協調機構、內部安全高等委員會、保安協調辦公室以及律師公會。議會審議政府和總檢察長提交的關於正生效之刑事政策法案的執行情況的報告，以及有權決定是否通過新的刑事政策法案。在其後議會先後通過了第51/2007號、第51/2007號及第51/2007號法律，分別訂定了2007 -2009、2009 -2011及2015 -2017年間的刑事政策。

在第17/2006號法律《刑事政策框架法》通過之後，2007年葡萄牙通過第

33 相關文獻：Carlos Pinto de Abreu, Breves notas sobre a Lei-Quadro da Política Criminal e sobre a primeira lei da política criminal (《關於<刑事政策框架法>以及第一部刑事政策法律的幾點思考》), Julgar, n.º 3, 2007, p. 163-184; Teresa Sousa, O direito penal na encruzilhada: Reflexões em torno da política criminal à luz da ciência política (《處於十字路口的刑法—政治學視角下對刑事政策的思考》), Julgar, n.º 7, 2009, pp. 145-160; Conceição Gomes, As recentes transformações no sistema penal português: a Tensão entre garantias e a resposta à criminalidade (《葡萄牙刑法制度的近期轉變：保障與打擊犯罪的衝突》), Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 1, n.º 1, pp. 22-32, jul./dez., 2009; Thayara Castelo Branco, A política criminal portuguesa: fundamentos gerais e alterações legislativas (《葡萄牙刑事政策：重點及立法修改》), Cadernos UNDB, São Paulo, v. 4, Jan/Dez, 2014.

34 參見中華民國刑法部分條文修正草案總說明。

35 《刑事政策框架法》有個很大的缺陷，即它規範的並非是真正的刑事政策，卻是一部刑事行動政策法，是執行刑事政策的法律，指向的對像是檢察院和刑事員警機關，重點是刑事調查和預防行動，刑事政策的主要目的是避免罪犯重新犯罪，而這部法並沒有涉及青少年犯罪、刑罰執行以及更生的問題。Carlos Pinto de Abreu, Breves notas sobre a Lei Quadro da Política Criminal e sobre a primeira lei da política criminal (《關於《刑事政策框架法》以及第一部刑事政策法律的幾點思考》), Julgar, n.º 3, 2007, p. 171.

48/2007號法律修改了刑事訴訟法典，以及通過第59/2007號法律修改了刑法典[36]，以及之後陸續通過一些比較重要的直接影響刑事司法體系的法律，例如警察機關組織法，為民事和刑事認別目的設立DNA數據庫法，刑事調解法，刑事調查組織法，內部安全法以及設立預防腐敗委員會法。

既然政府有意整體檢討和修改《刑法典》，在作修改之前有必要藉刑事政策的探討和制定，以確定修法的方向。應該對社會犯罪情況作詳盡的實證研究，及研究相對應的兼具本土特色及與國際接軌的刑事政策，且就有關政策向社會諮詢。另外，刑事政策的討論和制定不儘儘有利於修改刑法典的工作，而且對制定各個單行刑事法律也起到指導作用，並可有效避免出現因零散立法而導致各個法律的精神和原則不協調的現象。

2.有必要釐清各主體在制定刑事政策上的權限和責任

如前文所述，葡萄牙的《刑事政策框架法》確立了各機構在訂定和執行刑事政策上的分工和職責。這對特區刑事政策的制定有借鑒意義。雖然基本法第六十四條規定特區政府的職權包括制定並執行政策，但這並非意味著作為特區立法機關的立法會與刑事政策無關，事實上立法會對於具體落實刑事政策的刑法實體規定和刑事訴訟法是有著最終的決定權的，因為旨在實施基本法的第13/2009號法律《關於訂定內部規範的法律制度》規定犯罪、輕微違反、刑罰、保安處分和有關前提及刑事訴訟制度屬於法律保留的範圍，必須由法律訂定。這意味著如果政府在制定刑事政策時未將立法會納入決策的過程，刑事政策沒有經過立法會的充分討論以獲得大部分議員的認可，最終落實刑事政策的法律提案將在立法會審議時將困難重重。政府於2009年提出《修改刑事歸責制度》法案但最終被迫撤回法案就是刑事政策不獲立法會認可的最明顯的事例。

當然，葡萄牙採取的由政府提出刑事政策法案並由議會通過成為刑事政策法的做法只是可作分析研究的機制之一，在現行法律框架下，立法會每年聽取行政長官的施政報告並進行辯論，但施政報告的範圍非常廣闊，包括施政的方方面面，很少提及刑事政策，而刑事政策基於其對社會的影響之重要性，值得作專題辯論，而基本法第七十一條規定立法會可就公共利益問題進行辯論，目前該辯論機制在立法會使用明顯較往年頻繁，雖然該機制的運作程序仍有完善空間以加強該機制的實際效果，但仍不失為立法會在現階段介入刑事政策制定的一個比較便利的途徑。

36 有學者總結了葡萄牙刑法典和刑事訴訟法典改革的具體方向，可參見Conceição Gomes e José Mouraz Lopes, As recentes transformações no sistema penal português: A tensão entre garantias e a resposta à criminalidade (《葡萄牙刑法體系近期的轉變：保障與打擊犯罪之間的緊張關係》), in: Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 22-32, jul./dez. 2009.

REFLEXÃO SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL DA RAEM

Jane Zhang Yihe[1]

Diz o Livro Sagrado que todas as coisas têm o seu tempo, e todas elas passam debaixo do céu segundo o termo que a cada uma foi prescrito. Sendo assim, então, no domínio das ciências criminais – atento o relevo e a gravidade actuais do problema criminal –, o tempo presente é, por excelência, o tempo da Política Criminal.
Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias[2]

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, algumas iniciativas legislativas de natureza penal têm suscitado grande polémica na sociedade, o que sugere que se deva proceder a uma maior reflexão em torno da política criminal da Região[3].

O termo «política criminal» surge amiúde na comunicação social a propósito da apreciação de propostas de lei pela Assembleia Legislativa ou quando o Governo apresenta

1 Mestre em Direito pela Universidade de Macau. A Autora gostaria de agradecer a Manson Ip, funcionário da biblioteca da Universidade de Macau, pela assistência na pesquisa bibliográfica.

2 Jorge de Figueiredo Dias, "Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro", Revista da Ordem dos Advogados, 43 (1983), pp. 5-40.

3 A respeito da dogmática do Direito Penal ou sistema jurídico-criminal *vide* Lau Donyan "Examinação da relação entre a política criminal e o sistema de justiça criminal", *in* Estudo comparativo do Direito, 2012, n.º 2, pp. 77-92; Chen Xingliang, "Sobre a relação entre a dogmática do Direito Penal e a Política Criminal: de Liszt para Roxin – A evolução no contexto da China", *in* Peking University Law Journal, Vol. 25, 2013, n.º 5; Schünemann, "O sistema de justiça criminal e política criminal", *in* Xu YuXiu e Chen Zhihui, coord., "Dedicação inabalável ao Direito e Justiça: textos seleccionados do ensino do Direito Penal por Schünemann", Sharing ed., 2006.

o seu plano legislativo. Nestes casos, a utilização do conceito de política criminal é feita como sinónimo de princípios e normas de Direito Penal. Assim, por exemplo, poder-se-á afirmar ser política criminal o princípio *nulla poena sine lege* ou a não aplicação da pena de morte.

Em contraste com a China Continental e com Taiwan, onde a política criminal tem despertado grande atenção a nível académico, em Macau há pouco debate sobre esta matéria[4]. Este facto poderá ter explicação no limitado número de juristas e académicos da RAEM e na dispersão da sua atenção por outras áreas do Direito. No entanto, a escassa atenção dada à política criminal poderá igualmente radicar na tradicional separação entre o Direito e a Política, a qual mantém uma distância entre os dois e evita que o Direito se torne um mero instrumento da Política.

Face à ausência de estudos aprofundados sobre a política criminal da RAEM, poder-se-á questionar se esta existe de facto, quem a elabora e como é que ela se encontra reflectida ao nível do direito positivo.

O estudo do Direito Penal meramente focado nos aspectos técnicos deste ramo do direito, tais como os relacionados com os conceitos de dano e de culpa, poderá ser redutor para se compreender o verdadeiro âmbito do sistema jurídico-penal e o impacto que factores sociais externos poderão ter sobre a teoria e a legislação penais. Isto porque a ciência criminal não é auto-suficiente, não sendo expectável que se desenvolva meramente com base em construções teóricas, sem ligação com a realidade social envolvente. O sistema jurídico-penal da RAEM deve, pois, articular-se com a realidade prática através de naturais opções políticas, levando a que não só determinadas construções teóricas mas também estes factores externos modelem a legislação e a prática jurídico-criminais.

A ausência de discussão sobre a política criminal da RAEM não significa que ela não exista. De facto, a política criminal é definida institucionalmente por órgãos próprios e tem reflexo na enformação da legislação e na prática da justiça criminal, mesmo que esteja afastada do debate público e que careça de transparência na sua formulação. Esta situação não é compatível com a importância que deve ser reconhecida à política criminal da RAEM, razão pela qual é necessário discuti-la e estudá-la.

O presente artigo visa analisar a política criminal de Macau, começando por apresentar resumidamente a sua conceptualização e examinando a sua relação com o

4 O Professor Zhao Guoqiang analisou o regime das contravenções, da determinação e da prorrogação das penas à luz da política criminal de uma sociedade harmoniosa no seu estudo "Sobre os valores da política criminal na sociedade em harmonia – Reflexão sobre a política criminal em Macau", *in* Revista de Administração Pública de Macau, n.º 75, Volume XX, 2007, pp. 131-157. Além deste, não se encontraram outros estudos de política criminal da RAEM.

direito penal substantivo. Para tal, debruçar-se-á sobre a evolução legislativa do Direito Penal local no período após a transição, sem prejuízo de a mesma ter como base o Código Penal já então vigente. O objectivo é procurar saber qual é a matriz da política criminal da Região e analisar os factores que a determinam.

2. CONCEITO DE POLÍTICA CRIMINAL

O conceito de política criminal abrange a vertente de reacção eficaz e razoável ao fenómeno criminológico, assim como a vertente estratégica de prevenção e controlo desse fenómeno[5]. Num sentido amplo, a política criminal traduz-se nos diversos modos de reacção perante a criminalidade, não se limitando meramente ao aspecto penal. Ao contrário, num sentido restrito, ela reporta-se à criminalização de condutas e ao exercício do poder punitivo do Estado através da aplicação de penas e outras sanções consagradas no Direito Penal[6]. Este último sentido subdivide-se ainda noutros dois aspectos: o primeiro, mais alargado, refere-se ao conjunto de medidas preventivas, punitivas e correctivas disponíveis para exercer a acção penal; o segundo, mais limitado, prende-se tão-só com a política legislativa relacionada com a tipificação dos crimes, quer quanto às condutas por eles abrangidos, quer quanto às penas que lhes são abstractamente aplicáveis[7].

Para o surgimento do conceito de política criminal foi necessário encontrarem-se preenchidos três pressupostos: em primeiro lugar, foi preciso que a função das penas abandonasse um paradigma meramente retributivo, de mera punição, para assumir um carácter de prevenção, geral ou especial. Em segundo lugar, foi fundamental, através da criminologia, compreender os motivos e os padrões associados à prática criminológica, uma vez que só assim se pôde controlar e prevenir efectivamente a criminalidade. Em terceiro lugar, o Direito Penal teve de passar a ser visto como direito positivo, consistente e lógico, afastando-se de concepções que o viam como uma espécie de Direito Natural e um instrumento da vontade absoluta do titular do poder. Os tipos penais passaram a ser, portanto, o fruto de critérios científicos, independentes de factores não jurídicos como

5 Sobre o nascimento e a evolução da política criminal e do Direito Penal, *vide* Lau Donyan "Examinação da relação entre a política criminal e o sistema de justiça criminal", *in* Estudo comparativo do Direito, 2012, n.º 2, pp. 77-92.

6 Liang Genlin, "A política criminal no contexto do direito moderno", *in* Journal of National Prosecutors College, 2008, n.º 4, p. 155.

7 Li Hong, "Sobre a politização da política criminal do Direito Penal", *in* Journal of Tsinghua University (Philosophy and Social Sciences), n.º 5, 2004.

a política e a moral, consolidando-se a primazia do Direito e do Estado-legislador. Desta forma, através da política criminal, potenciou-se a influência da política sobre a esfera jurídica, em particular o Direito Penal[8].

Apesar de o conceito de política criminal ter surgido há mais de um século, ele não tem tido uma forte presença no debate jus-penalista ao longo dos anos, em virtude de alguma relutância em conjugar o Direito e a Política. O mestre penalista alemão Liszt defende uma separação entre o Direito Penal e a política criminal, entendendo que "o Direito Penal, tendo em conta apenas os pressupostos das concretas regras jurídicas, precisa de analisar a sua concepção e deixar uma conclusão sistemática. Entretanto, a política criminal abrange a conotação social e a finalidade do Direito Penal e não cabe aos juristas estudá-la. (...) O Direito Penal constitui a barreira inultrapassável da política criminal"[9]. Esta visão opõe-se ao estudo da política no rumo do Direito Penal; por outras palavras, afasta o Direito Penal da intervenção política e da invasão de juízos não jurídicos. Para Liszt, mesmo advogando a separação entre o Direito Penal e a política criminal, a função desta é possibilitar a aplicação da legislação penal: compete à política criminal fornecer e avaliar os critérios para se apreciar o valor do Direito vigente e revelar o Direito que deve vigorar; cabe-lhe, por seu turno, ensinar-nos também a aplicá-lo em casos particulares, tendo em atenção os seus fins. Em síntese, é legítimo afirmar que a política criminal é a sabedoria legislativa do Estado. A política criminal não nos proporciona apenas os critérios críticos do direito vigente, mas orienta-nos também no âmbito de futuros trabalhos legislativos.

Na realidade, a modelação que a política criminal faz da legislação e da aplicação do Direito Penal tem como propósito sobretudo a procura de uma reacção contra a criminalidade que seja razoável, eficaz, maximizada e optimizada. Neste sentido, pode identificar-se uma potencial fricção entre a flexibilidade que lhe é inerente e certos princípios fundamentais de um Estado de Direito, em particular o princípio da legalidade. Este princípio exige que o poder punitivo do Estado seja revestido de legitimidade formal[10] e substancial[11]. A sua natureza implica, pois, limitações à forma como o Direito Penal procura a justiça e a segurança, sendo assim um mecanismo limitador de certas soluções, mesmo que estas se

8 Lau Donyan "Exame da relação entre a política criminal e o sistema de justiça criminal", *in* Estudo comparativo do Direito, 2012, n.º 2, pp. 77-82.

9 Claus Roxin, "Políticas criminais e sistema de justiça criminal", Cai Guisheng, trad., China Renmin University Press, 2011, p. 10.

10 *Nulla poena sine lege*.

11 O princípio da legalidade exige tanto a incriminação dos actos que merecem punição criminal como a proporcionalidade na aplicação das penas. Liang Genlin, "A política criminal no contexto do direito moderno", *in* Journal of National Prosecutors College, 2008, n.º 4, p. 153.

apresentem como potencialmente eficazes no combate à criminalidade[12].

O presente estudo analisa a política criminal no seu sentido mais estrito, ou seja, na sua vertente de tipificação de condutas, positiva (criminalização) ou negativa (descriminalização), assim como sobre a medida das penas. O critério temporal adoptado, e que limita a análise ao período posterior à criação da RAEM, prende-se com a íntima ligação entre as opções que consubstanciam a política criminal e os sujeitos, titulares do poder político, que as fazem, os quais sofreram uma alteração estrutural com a transferência do exercício da soberania sobre Macau. No entanto, qualquer estudo sobre política criminal não pode afastar-se do Código Penal, o qual foi aprovado antes de estabelecimento da RAEM. Não se estranhe, portanto, que se façam referências a opções de política criminal materializadas com a aprovação do Código Penal.

3. SOCIEDADE DE RISCO E POLÍTICA CRIMINAL

A política criminal reflecte a realidade de cada país e região. No entanto, face ao processo de globalização, a política criminal tende a adoptar algumas características globais.

A sociedade moderna caracteriza-se pela globalização e pela dispersão dos riscos. A sociedade de risco, termo criado pelo sociólogo Ulrich Beck em 1986, significa que o desenvolvimento da tecnologia potencia as fontes de perigo; ou seja, à medida que a globalização se desenvolve, os focos de perigo passam a assumir um âmbito diferente e mais difuso, tal como ilustrado com os perigos inerentes ou decorrentes da radiação nuclear, da poluição ambiental, da segurança alimentar, da saúde pública ou dos vírus informáticos. O desenvolvimento dos *media* e da tecnologia informática permitem a transmissão do medo e da desconfiança, tornando mais elevado o índice de insegurança da população, o que condiciona a direcção das políticas. A gestão e controlo do risco de insegurança é uma preocupação constante dos estados modernos, reflectida nas suas políticas.

O Direito Penal, enquanto instrumento tradicional na manutenção da ordem pública e na defesa do interesse geral de uma comunidade, sofre o impacto imediato causado pela transformação da sociedade, tornando-se assim num instrumento de administração do risco. Esta realidade é identificada por vários académicos que, ao analisar as linhas de evolução da legislação penal moderna, verificam um notório aumento do número de crimes, em grande parte criados através de leis penais avulsas, cujo número ultrapassou já o dos crimes estabelecidos nas codificações penais. Para além desta tendência intervencionista,

12 Liang Genlin, "A política criminal no contexto do direito moderno", *in* Journal of National Prosecutors College, 2008, n.º 4, p. 156.

é igualmente perceptível uma tendência para a adopção de legislação simbólica, cuja finalidade legislativa é apenas a de demostrar que o legislador, a requerimento da sociedade, responde aos riscos, assim como enfatizar o simbolismo da função reguladora do Direito Penal.

O Direito Penal produzido na sociedade de risco é classificado como "direito penal moderno"[13], sendo que o adjectivo "moderno" não se refere propriamente às suas características intrínsecas, antes serve como referência ao circunstancialismo em que o mesmo surge, por contraposição com o Direito Penal dito tradicional.

O Direito Penal tradicional assenta na teoria do contrato social. Um particular renuncia a uma parte da sua liberdade para ter acesso às garantias dadas pelo Estado ou Governo de protecção da liberdade de todos. Pelo que só se incorre num crime quando existe uma ofensa à liberdade protegida ao abrigo do contrato social. Neste sentido, a ofensa a um bem jurídico é vista como o critério conducente à incriminação, não havendo crime sem ofensa a um bem jurídico. Por outro lado, a soberania do Estado reside no povo, o qual pode impor restrições ao poder, nomeadamente ao seu poder punitivo. Nestes termos, o Direito Penal é uma forma de limitação e de restrição do poder estadual a partir do direito soberano dos cidadãos. Esta ideia está presente em diversos princípios de Direito Penal como o princípio do *in dubio pro reo*, o princípio do contraditório, o princípio do direito ao silêncio do arguido e o princípio da proporcionalidade/não excesso.

O Direito Penal moderno caracteriza-se, ainda, pelo facto de adoptar uma postura activa na tipificação de condutas destinadas a proteger determinados bens jurídicos, mesmo que abstractos, de forma preventiva. O que justifica o surgimento de novas figuras no processo penal, como a agravação das penas, a ampliação das medidas de coacção e a "testemunha do Estado" (*State's witness*), as quais visam justamente a prevenção de crimes. Na mesma senda, o Direito Penal torna-se um instrumento pedagógico para o público, chamando a sua atenção para determinados valores merecedores de protecção, como a protecção ambiental e a não discriminação contra as mulheres, entre outras. No entanto, quando o Direito Penal assume esse papel raras são as vezes em que é ponderada a questão de saber se essa intervenção e essa função são justas e adequadas. O Direito Penal deixa de constituir a *ultimo ratio* e passa a assumir a qualidade de primeira medida a adoptar para resolver estas questões[14].

13 Gu Chengzong, "A sociedade de risco e a simbolização do direito penal moderno", *in* Journal of Techonology Law, Vol. 10, n.º 1, 2013, p. 115; Chen Xiaoming, "A resposta do direito penal à sociedade de risco", *in* Chinese Journal of Law, n.º 6, 2009, pp. 55-56.

14 Winfried Hassemer, "Características e crises do moderno direito penal", traduzido por Chen Junwei, *in* The Taiwan Law Review, n.º 217, Agosto 2012, pp. 245-249.

Portanto, devido à conflitualidade com alguns princípios básicos do Direito Penal tradicional, o Direito Penal moderno suscita preocupações quanto à expansão do poder punitivo do Estado e à garantia dos direitos humanos. Iguais dúvidas e críticas são levantadas em relação à política criminal, tendo em vista a forma como influencia o direito penal substantivo de forma a responder aos riscos existentes.

4. POLÍTICA CRIMINAL E PRÁTICA LEGISLATIVA DA RAEM

A análise das Linhas de Acção Governativa do Governo da RAEM na área da Administração e Justiça, nos últimos 5 anos, revela uma única referência a matérias relacionadas com política criminal, nomeadamente a alteração da parte relativa aos crimes sexuais constante do Código Penal. Afirma-se, como linha orientadora dessa revisão, que será tido em consideração o direito comparado e a política criminal vigente, sem se concretizar qual esta seja. Assim, apenas com base na compreensão da legislação de natureza penal em vigor se poderão delinear os contornos da política criminal existente.

4.1. Legislação penal

(1) Código Penal de Macau

O Código Penal de Macau reflecte uma filosofia lenitiva, a qual tem reflexo na benevolência das penas, em particular das aplicáveis aos crimes leves, na não existência de pena de morte e de pena de prisão perpétua, no limite máximo de 30 anos para a pena de prisão, no regime de substituição da pena de prisão de curta duração pela pena de multa[15], no recurso frequente a penas de multa na Parte Especial[16] e no regime de suspensão da pena de prisão[17].

15 Cfr. artigo 44.º, n.º 1, do Código Penal: 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 aplicável, excepto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes, sendo correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 3 e 4 do artigo seguinte.

16 Cfr. Nota justificativa da Lei n.º 11/95/M, que aprovou o Código Penal.

17 Cfr. artigo 48.º, n.º 1, do Código Penal: O tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

No entanto, esta filosofia foi questionada desde logo pelos deputados à Assembleia Legislativa que, nas suas intervenções a propósito da aprovação do Código Penal, entendiam não ser este capaz de responder às necessidades concretas da sociedade de Macau, nomeadamente no que diz respeito às condutas tipificadas como crimes e às modalidades e brandura das penas. Defendeu-se, então, que certos crimes não foram cabalmente tratados e que existia uma desadequação ao nível das penas, aconselhando-se uma maior atenção às reais necessidades da sociedade de Macau e uma elevação generalizada das penas.

(2) Legislação penal avulsa

Desde a transição, as alterações introduzidas ao Código Penal e às leis penais especiais (incluindo as leis penais avulsas e as leis subsidiárias de carácter penal) revelam uma tendência de alargamento do âmbito de aplicação do Direito Penal, visível nos seguintes aspectos[18]:

a) Novas incriminações

Foram consagrados novos tipos de crimes no direito penal substantivo, através de legislação penal avulsa e subsidiária.

Após a transição, foram aprovadas as seguintes leis penais avulsas, as quais prevêem diversos crimes e respectivas penas: Lei relativa ao cumprimento de certos actos de direito internacional (Lei n.º 4/2002); Lei da imigração ilegal e da expulsão (Lei n.º 6/2004); Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais (Lei n.º 2/2006); Prevenção e repressão dos crimes de terrorismo (Lei n.º 3/2006); Lei relativa à defesa da segurança do Estado (Lei n.º 2/2009); Lei de combate à criminalidade informática (Lei n.º 11/2009); Proibição da produção, do tráfico e do consumo de ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (Lei n.º 17/2009); Prevenção e repressão da corrupção no sector privado (Lei n.º 19/2009); e Regime de prevenção e repressão dos actos de corrupção no comércio externo (Lei n.º 10/2014). Foi ainda introduzido o crime de venda em pirâmide através de uma alteração a uma lei penal avulsa – Lei n.º 6/96/M, de 15 de Julho.

As leis penais subsidiárias introduzidas após a transição são as seguintes: Utilização e protecção da bandeira, emblema e hino nacionais (Lei n.º 5/1999); Utilização e protecção da bandeira e do emblema regionais (Lei n.º 6/1999); Protecção das instalações militares (Lei n.º 4/2004); Lei eleitoral para a Assembleia Legislativa da RAEM (Lei n.º 3/2001); Lei do recenseamento eleitoral (Lei n.º 12/2000); Lei eleitoral para o Chefe do Executivo (Lei n.º

18 Cfr. Professor Zhao Guoqiang, o qual analisou estatisticamente, na sua obra "Retrospectiva e perspectiva da legislação penal de Macau 10 anos após o retorno à Pátria", a evolução das leis penais avulsas e as normas penais subsidiárias do Código Penal. *Vide* " Retrospectiva e perspectiva da legislação penal de Macau 10 anos após o retorno à Pátria ", *in* Estudo de Macau, 2010, n.º 2, pp. 4-15.

3/2004); Lei da protecção de dados pessoais (Lei n.º 8/2005); Lei do trânsito rodoviário (Lei n.º 3/2007); Lei do comércio externo (Lei n.º 7/2003); Regime jurídico da declaração de bens patrimoniais e interesses (Lei n.º 11/2003); Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis (Lei n.º 2/2004); e Lei de segurança alimentar (Lei n.º 5/2013). Estes diplomas têm natureza não penal mas prevêem alguns crimes e respectivas penas.

b) Alteração dos elementos do tipo

A título de exemplo:

A Lei n.º 6/2008 (Combate ao crime de tráfico de pessoas) incorporou no Código Penal o crime de tráfico de pessoas, o qual constava de uma lei penal avulsa. Os elementos do tipo de crime foram revistos, passando a abranger o tráfico de pessoas para Macau e estipulando que os fins do tráfico de pessoas, para além da prostituição, incluem a exploração sexual, a exploração do trabalho, nomeadamente trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas análogas à escravatura, ou a extracção de órgãos ou de tecidos de origem humana.

A Lei n.º 9/2008 (Alteração à Lei n.º 12/2000 «Lei do recenseamento eleitoral») alargou o âmbito do crime de inscrição dolosa, fazendo com que não só seja punível qualquer acto que determine o cancelamento da inscrição de uma pessoa colectiva, mas também que se abra a possibilidade de incorrer na prática do crime de corrupção no recenseamento aquele que actue por intermédio de outrem.

A Lei n.º 5/2012 (Alteração ao regime do direito de autor e direitos conexos) alterou os pressupostos de vários crimes, nomeadamente através da eliminação da expressão "com a intenção de alcançar um benefício ilegítimo" dos crimes de usurpação de obra e do crime de contrafacção de obra, fonograma ou videograma.

c) Punição da tentativa e dos actos preparatórios

A título de exemplo:

Em 2008, foram introduzidas alterações às três leis eleitorais[19], pelas quais se passou a aplicar ao crime tentado a pena aplicável ao crime consumado, constituindo, deste modo, uma excepção à regra sobre a punição da tentativa prevista no Código Penal. A referida regra estipula que a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos e é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada[20]. Refira-se, aliás, que as soluções encontradas resultaram de ajustamentos técnicos decorrentes do debate havido aquando da apreciação

19 A Lei n.º 9/2008 (Alteração à Lei n.º 12/2000, «Lei do recenseamento eleitoral»), a Lei n.º 11/2008 (Alteração à Lei n.º 3/2001, «Lei eleitoral para a Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau») e a Lei n.º 12/2008 (Alteração à Lei n.º 3/2004, «Lei eleitoral para o Chefe do Executivo»).

20 Cfr. artigo 22.º do Código Penal.

das propostas de lei na Assembleia Legislativa[21].

Os dois crimes tipificados na Lei n.º 11/2009 (Lei de combate à criminalidade informática) – crime de acesso ilegítimo a sistema informático e crime de dispositivos ou dados informáticos destinados à prática de crimes – abrangem os actos preparatórios. O mesmo acontece relativamente ao crime de obtenção, utilização ou disponibilização ilegítima de dados informáticos, ao crime de intercepção ilegítima de dados informáticos e ao crime de dano a dados informáticos. Com a inclusão dos actos preparatórios nos elementos do tipo, também incorre na prática do crime de acesso ilegítimo a sistema informático e no crime de obtenção ilegítima de dados informáticos, a título de concurso de crimes, quem, sem autorização, aceder a sistema informático e obtiver ou colocar à disposição de outrem dados informáticos que não lhe sejam destinados, contidos num sistema informático ou num suporte de armazenamento de dados informáticos.

Por outro lado, incorre na prática do crime de dispositivos ou dados informáticos destinados à prática de crimes quem produzir, importar, exportar, vender, distribuir ou colocar à disposição de outrem, dispositivo ou programa informático concebido ou adaptado essencialmente para a prática de um dos quatro crimes específicos previstos no mesmo diploma ou, para o mesmo destino, senha, chave secreta ou dados informáticos similares que permitam o acesso à totalidade ou a parte de um sistema informático.

Estamos perante a punição dos actos preparatórios (que consistem na preparação das ferramentas para a prática dos crimes), representando assim uma defesa antecipada dos bens jurídicos e uma punição antecipada.

d) Elevação da moldura das penas

Assistiu-se à elevação das penas previstas para alguns crimes já existentes.

Em primeiro lugar, entre 2002 e 2005, foram feitas duas alterações à Lei n.º 6/96/M, de 15 de Julho, elevando a moldura penal prevista para o crime de fraude mercantil, a qual passou de pena de prisão de 1 ano ou pena de multa até 120 dias para pena de prisão até 3 anos ou pena de multa até 120 dias e, posteriormente, para pena de prisão até 5 anos ou pena de multa até 600 dias.

Em segundo lugar, relativamente ao crime de condução em estado de embriaguez previsto na Lei n.º 3/2007 (Lei do trânsito rodoviário), baixou-se a taxa de alcoolemia presente em cada litro de sangue, ao mesmo tempo que se ajustaram as respectivas sanções. A escala mais alta da taxa de alcoolemia no sangue (igual ou superior a 1,2 gramas por litro) deixou de corresponder a contravenção, passando a corresponder a um crime punível com pena de prisão até 1 ano e inibição de condução pelo período de 1 a 3 anos. A condução em estado de embriaguez sob taxa de alcoolemia inferior a 1,2 gramas por litro

21 *Vide* o Parecer n.º 3/III/2008 da 2.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, pp. 31-36.

constitui contravenção. Neste último caso, considerou-se adequado elevar-se o valor da multa e prolongar-se a duração da inibição de condução.

Em terceiro lugar, através da aprovação da nova lei da droga – Lei n.º 17/2009 (Proibição da produção, do tráfico e dos consumos ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas) –, o legislador agravou a pena aplicável ao crime de produção ilícita de droga e ao crime de tráfico ilícito. No primeiro caso, a pena de prisão de 8 a 12 anos passou para pena de prisão de 5 a 15 anos. No segundo caso, a pena de prisão de 8 a 12 anos passou para pena de prisão de 3 a 15 anos. As penas previstas para ambos os crimes passaram a poder ser agravadas de um terço, em vez de um quarto, nos seus limites mínimo e máximo. Além disso, manteve-se o crime de consumo ilícito de droga, embora se agravasse ligeiramente a sua moldura penal, passando a aplicar-se uma pena de prisão até 3 meses ou pena de multa até 60 dias.

Por fim, a Lei n.º 9/2008 (Alteração à Lei n.º 12/2000, «Lei do recenseamento eleitoral»), deixou de prever a multa que era aplicável ao crime de corrupção no recenseamento, sendo este punido apenas com pena de prisão até 3 anos. Elevou-se a pena aplicável ao crime de obstrução ou incitamento à inscrição por meios ilícitos, de pena de prisão até 3 anos para pena de prisão de 1 a 5 anos. Quanto ao crime de denúncia caluniosa, deixou de se prever a remissão para a pena prevista no artigo 329.º do Código Penal, passando a estatuir-se pena de prisão de 1 a 5 anos e, se do facto resultar privação da liberdade do ofendido, pena de prisão de 1 a 8 anos.

e) Penas acessórias

Foram consagradas novas modalidades de penas acessórias aplicáveis a determinados crimes. Por exemplo, a Lei n.º 21/2009 (Lei da contratação de trabalhadores não residentes) introduziu alterações à Lei n.º 6/2004 (Lei da imigração ilegal e da expulsão), aditando três penas acessórias para o crime de emprego de trabalhadores ilegais: 1) Revogação de todas ou parte das autorizações de contratação de trabalhadores não residentes concedidas, acompanhada da privação, pelo período de seis meses a dois anos, do direito de pedir novas autorizações; 2) Privação, pelo período de seis meses a dois anos, do direito de participar em concursos públicos que tenham por objecto empreitada de obras públicas ou concessão de serviços públicos; 3) Privação, pelo período de seis meses a dois anos, do direito a quaisquer subsídios ou benefícios concedidos por entidade pública. Tais penas acessórias podem ser aplicadas separada ou cumulativamente[22].

f) Outras inovações

De acordo com a Lei n.º 7/2008 (Lei das relações de trabalho), a pena de multa aplicada ao empregador, a título de contravenção, pelo não pagamento de retribuição

22 Cfr. o artigo 26.º-A da Lei n.º 6/2004 («Lei da imigração ilegal e da expulsão»).

é convertível em prisão nos termos do Código Penal.[23] Ou seja, afasta-se o regime de inconvertibilidade previsto para as contravenções no n.º 1 do artigo 125.º do Código Penal.

A análise da recente legislação penal de Macau demonstra que ela é consistente com a tendência internacional de expansão e maximização do Direito Penal[24]. Poder-se-á questionar se se assiste à substituição gradual do princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Mas a resposta a essa dúvida só poderá ser fornecida com base num estudo que tenha como suporte o conteúdo da política criminal subjacente e cuja realização só é possível se os decisores tornarem público o respectivo processo decisório.

4.2. Factores que afectam a política criminal da Raem

No contexto actual, existem três factores que determinam a política criminal da RAEM:

(1) Assembleia Legislativa

Embora o Governo seja quem define a política criminal, nomeadamente através do poder de iniciativa legislativa, a Assembleia Legislativa, enquanto órgão legislativo, tem a oportunidade de influenciar essa política, tanto a nível geral como em aspectos concretos,

23 Artigo 47.º do Código Penal (Conversão da multa não paga em prisão)
1. Se a pena de multa, que não tenha sido substituída por trabalho, não for paga voluntária ou coercivamente, é cumprida prisão pelo tempo correspondente reduzido a dois terços, ainda que o crime não fosse punível com pena de prisão, não valendo, para o efeito, a duração mínima da pena de prisão constante do n.º 1 do artigo 41.º.
2. O condenado pode a todo o tempo evitar, total ou parcialmente, a execução da prisão referida no número anterior pagando, no todo ou em parte, a multa a que foi condenado.
3. Se o condenado provar que a razão do não pagamento da multa lhe não é imputável, pode a execução da prisão ser suspensa, por um período de 1 a 3 anos, desde que a suspensão seja subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro; se os deveres ou as regras de conduta não forem cumpridos, executa-se a prisão; se forem cumpridos, a pena é declarada extinta.
4. O disposto nos n.os 1 e 2 é correspondentemente aplicável ao caso em que o condenado culposamente não cumpra os dias de trabalho pelos quais, a seu pedido, a multa foi substituída; se o incumprimento lhe não for imputável, é correspondentemente aplicável o disposto no número anterior.

24 Para uma análise sobre a tendência da legislação do Direito Penal noutras jurisdições, *vide* Ulrich Sieber, "Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional" (Zhou Zunyou trad.), *in* Criminal Law Review, Vol. 16, pp. 237-275; Li Hong, " Criminalização e maximização da Legislação do Direito Penal", *in* Journal of People's Police, 2014, n.º 21, pp. 10-14; Kanako Takayama, Xie Yuwei (trad.), "A recente legislação do Direito Penal sob direcção política no Japão", *in* The Taiwan Law Review, Setembro de 2009, n.º 172, pp. 138-152.

no momento em que a política criminal toma forma, ou seja, quando é aprovada a legislação que lhe dá corpo. Não é raro isso acontecer na prática.

O exemplo mais paradigmático é a proposta de lei apresentada em 2009 de alteração do regime de imputabilidade criminal, a qual, depois de ser proposta, discutida e debatida, foi retirada pelo próprio Governo por falta de apoio na Assembleia Legislativa. Após vários anos de preparação, o Governo não conseguiu converter em lei a sua proposta, a qual era por si considerada como uma reforma muito relevante. Em suma, a política de baixar a idade de imputabilidade simplesmente não foi acolhida pela Assembleia Legislativa.

Um outro exemplo é a Lei de prevenção e combate à violência doméstica aprovada pela Assembleia recentemente. O texto aprovado é bastante diferente da proposta inicial, demonstrando uma mudança na política criminal relativa à violência doméstica. Na versão inicial, não se autonomizava o crime de violência doméstica, optando-se por manter o modelo originário de dispersão da resposta penal ao fenómeno da violência doméstica por vários crimes distintos consoante o tipo de actos em causa, nomeadamente o crime de maus tratos a membro da família ou os crimes de ofensa à integridade física simples, grave ou qualificada. A versão aprovada pelo plenário tipificou um crime de violência doméstica autónomo. A razão primordial que levou à criação deste crime foi a consideração de que o bem jurídico tutelado nas situações de violência doméstica não consegue ser suficientemente reflectido pelas incriminações até então constantes do Código Penal, em grande parte centradas na integridade física. Nestes casos, há um bem jurídico autónomo ao qual deve corresponder uma incriminação também ela autónoma. O bem jurídico tutelado pelo crime de violência doméstica é entendido como um bem jurídico complexo, plural, abrangendo a integridade corporal, a saúde física e psíquica, a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana no contexto de uma relação familiar ou equiparada[25]. O legislador optou, ainda, por consagrar o crime de violência doméstica como crime público, considerando que a natureza de crime público permite o reforço da função preventiva atribuída ao direito penal. A possibilidade de perseguir criminalmente o agressor ultrapassando a apatia das vítimas poderá ser um factor relevante para dissuadir o agressor de cometer o crime e, assim, considera-se que a atribuição da natureza pública ao crime em questão dá adequada protecção ao bem jurídico[26].

Poder-se-ão apresentar outros exemplos em que a Assembleia Legislativa introduziu

25 *Vide* o Parecer n.º 1/IV/2016 da 1.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, pp. 44-45.

26 A Comissão relembra adequadamente no seu parecer que a atribuição de natureza pública ou semipública a um crime não reflecte necessariamente a maior ou menor importância do bem jurídico tutelado ou a gravidade da conduta ofensiva e não se deve presumir que todos os crimes cometidos no âmbito familiar ou doméstico têm necessariamente de ser crimes semipúblicos – p. 49.

alterações às propostas de lei, alterando as opções de política legislativa iniciais: no decurso da elaboração da Lei n.º 3/2007 (Lei do trânsito rodoviário), a escala mais alta da taxa de alcoolemia no sangue deixou de corresponder a uma contravenção, passando a corresponder a um crime; em 2008 foram introduzidas alterações às três leis eleitorais no sentido de se passar a aplicar ao crime tentado a pena aplicável ao crime consumado, solução que suscitou controvérsia relativamente à violação de princípios penais, e que só foram aprovadas após sofrerem ajustamentos técnicos significativos; aquando da elaboração da Lei n.º 21/2009 (Lei da contratação de trabalhadores não residentes), a proposta de lei previa uma maior punição para o crime de emprego ilegal, aumentando a pena de prisão até 2 anos para pena de prisão até 3 anos. No entanto, por falta de apoio dos deputados não foi aprovado tal aumento, assim como a norma que revogava a presunção de existência de uma relação laboral, o que adensou a controvérsia[27].

O exercício do poder de iniciativa legislativa pelos deputados pode, igualmente, moldar a política e a legislação penal. Por exemplo, em 2005, por iniciativa dos deputados fez-se uma alteração à Lei n.º 6/96/M, de 15 de Julho, pela qual, tendo em vista o combate ao comércio fraudulento, se elevou a moldura penal prevista para o crime de fraude mercantil.

(2) Opinião pública

No passado recente, verificou-se uma maior comunicação e interacção entre o Governo da Região e a comunidade quanto à formulação de políticas públicas, tendo sido criados mecanismos de consulta, quer a um nível restrito de âmbito profissional, quer da comunidade em geral. As consultas tornaram-se tão vulgares que se fala agora na existência de uma cultura consultiva[28]. Os mecanismos de consulta consolidam a democratização e a transparência na formulação das políticas públicas, o que não deixa de ser um factor positivo na concretização das políticas adoptadas pelo Governo.

Relativamente à legislação de natureza penal, a comunidade tem feito sentir a sua

27 Artigo 16.º (Emprego) da Lei n.º 6/2004 (Lei da Imigração Ilegal e da Expulsão)
1. Quem constituir relação de trabalho com qualquer indivíduo que não seja titular de algum dos documentos exigidos por lei para ser admitido como trabalhador, independentemente da natureza e forma do contrato, ou do tipo de remuneração ou contrapartida, é punido com pena de prisão até 2 anos e, em caso de reincidência, com pena de prisão de 2 a 8 anos.
2. Para os efeitos previstos no número anterior, presume-se existir relação de trabalho sempre que um indivíduo é encontrado em obras de construção civil a praticar actos materiais de execução das mesmas.

28 Pan Guanjin, "Uma Análise do Desenvolvimento do Sistema Consultivo da RAEM do Ponto de Vista da Democratização das Políticas", *in* Revista de Administração Pública de Macau, n.º 89, n.º 3 de 2010, Vol. 23, pp. 719-747.

opinião nos tempos mais recentes, mesmo fora dos mecanismos de consulta, a propósito da alteração à lei da droga e de duas iniciativas legislativas que consubstanciam novos tipos penais – a Lei de protecção dos animais e a Lei da prevenção e combate à violência doméstica.

Importa, pois, avaliar qual o impacto da opinião pública nas opções de política tomadas pelo Governo, particularmente porque são detectáveis algumas das suas mais marcantes características – diversidade[29], subjectividade, flexibilidade, facilidade de manipulação e não-profissionalismo. Ao nível da formulação da política criminal, importante seria que esse impacto tivesse como base critérios científicos e profissionais.

Por outro lado, nota-se que, tendo em conta o facto de a finalidade do Direito Penal assentar crescentemente na gestão do risco, os decisores políticos preocupam-se cada vez mais com o simbolismo político associado à aprovação de legislação penal, na esperança de criar a impressão de que têm em séria consideração todos os problemas sociais. Este alastramento do Direito Penal pode dar origem a legislação penal de carácter meramente retributivo, criada com a finalidade de acalmar os ânimos da comunidade em geral e revalidar a credibilidade e autoridade do sistema jurídico-criminal face a situações de "raiva" ou desagrado popular causadas pela prática de factos ilícitos.

(3) Direito Internacional

O fenómeno da crescente globalização potencia um processo de aproximação jurídica visível não só na área jurídico-penal, mas também noutros ramos do Direito. Tendo em conta o desenvolvimento das organizações internacionais, existem cada vez mais tratados internacionais que, por aplicação directa ou por via de transposição para a ordem jurídica interna, se tornaram leis domésticas. Os principais factores que conduzem à celebração de tais instrumentos de direito internacional prendem-se, por um lado, com a existência de riscos e de crimes transfronteiriços, e, por outro, com o reconhecimento da existência de interesses comuns e a partilha de valores jurídico-criminais, nomeadamente aqueles relacionados com a segurança e a dignidade humanas, ou até com o desenvolvimento económico.

Encontram-se em Macau vários exemplos de legislação penal elaborada sob influência do direito internacional. Os exemplos mais clássicos são a Lei n.º 2/2006 (Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais); a Lei n.º 3/2006 (Prevenção e repressão dos crimes de terrorismo); a Lei n.º 2/2009 (Lei relativa à defesa da segurança do Estado); a Lei n.º 11/2009 (Lei de combate à criminalidade informática); a Lei n.º 17/2009 (Proibição da produção, do tráfico e do consumo ilícitos de estupefacientes e de substâncias

29 A própria formação da opinião pública é, de facto, um processo que demonstra um conflito de interesses.

psicotrópicas); a Lei n.º 19/2009 (Prevenção e repressão da corrupção no sector privado)[30]; e a Lei n.º 10/2014 (Regime de prevenção e repressão dos actos de corrupção no comércio externo)[31].

A conformidade da legislação doméstica com o direito internacional não significa necessariamente a transposição directa das respectivas normas, nem dispensa o debate sobre a legitimidade da criminalização de certas condutas. Esta actividade pressupõe um cuidado especial, em nome da coerência interna do sistema penal, quanto aos elementos constitutivos dos tipos penais e ao cumprimento de certos princípios nucleares, como o da proporcionalidade, a fim de evitar o surgimento consequências negativas para a lógica do nosso sistema jurídico-criminal[32].

4.3. Reflexões finais

(1) Necessidade de elaboração de uma política criminal

Como já foi dito, a política criminal influencia o conteúdo da legislação de natureza penal. Os casos de Taiwan e de Portugal[33] isso o demonstram.

Em 2004, aquando da reforma do Código Penal de Taiwan, foi adoptado pela primeira vez o conceito de "política criminal polarizada", o qual foi igualmente seguido na reforma de 2009. Desde então, a política criminal da região desenvolve-se em torna da ideia de polarização entre a severidade e a benevolência, aplicando-se a primeira à criminalidade mais grave, prevendo-se penas severas para os criminosos e

30 *Vide* Jane Zhang Yihe, "Criminalização da corrupção no sector privado de Macau - sob a perspectiva do Direito Comparado", publicada nas 3.as Jornadas de direito e cidadania da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau – sentido e importância do direito comparado no âmbito do princípio «um país, dois sistemas», Janeiro de 2010.

31 Cfr. a Nota justificativa da proposta de lei apresentada pelo Governo, a qual destaca que um dos motivos legislativos é o cumprimento dos deveres estabelecidos na convenção internacional. O respectivo documento está disponível na página da *internet* da Assembleia Legislativa da RAEM.

32 Para um estudo crítico sobre a legislação da criminalidade informática de Taiwan sob a influência do direito internacional e do direito comparado, *vide* LI Maosheng, "Estudo breve sobre o cibercrime", *in* Taiwan Law Journal, Janeiro, Fevereiro e Março de 2004, n.os 54, 55 e 56.

33 Artigos relevantes: Carlos Pinto de Abreu, "Breves notas sobre a Lei-Quadro da Política Criminal e sobre a primeira lei da política criminal", *in* Julgar, n.º 3, 2007, pp.163-184; Teresa Sousa, "O direito penal na encruzilhada: Reflexões em torno da política criminal à luz da ciência política", *in* Julgar, n.º 7, 2009, pp. 145-160; Conceição Gomes, "As recentes transformações no sistema penal português: a tensão entre garantias e a resposta à criminalidade, Sistema Penal & Violência", Porto Alegre, v. 1, n.º 1, pp. 22-32, Jul/Dez, 2009; Thayara Castelo Branco, "A política criminal portuguesa: fundamentos gerais e alterações legislativas", *in* Cadernos UNDB, São Paulo, V. 4, Jan/Dez, 2014.

declarando-se perdidos a favor do Estado os frutos por si adquiridos através da prática do crime. Esta severidade visa manter a ordem social, proteger o interesse público e prevenir o cometimento futuro de criminalidade grave. Quanto aos crimes mais leves, aplica-se uma "política criminal benevolente", a qual tem reflexo legislativo ao nível da despenalização das condutas com menor dignidade penal e ao nível da execução das penas e, tanto quanto possível, na desinstitucionalização, procurando evitar-se a reincidência e promover a ressocialização do infractor. Fazem parte da "política criminal benevolente" os regimes de diversão judicial ("轉向制度") ou as medidas substitutivas ("替代措施"), designadamente os regimes de acusação diferida ("緩起訴處分"), de não-acusação oficiosa ("職權不起訴處分"), de conversão de pena de prisão em pena de multa ("易科罰金") e de suspensão da execução da pena de prisão ("緩刑"), procurando-se assim aplicar menos as penas de prisão de curta duração[34].

Em Portugal, a Lei-Quadro da Política Criminal foi aprovada pela Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, na qual se define que a condução da política criminal compreende a definição de objectivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção da criminalidade, investigação criminal, acção penal e execução de penas e medidas de segurança[35]. A política criminal tem por objectivos prevenir e reprimir a criminalidade e reparar os danos individuais e sociais dela resultantes, tomando em consideração as necessidades concretas de defesa dos bens jurídicos. Estipula que o Governo, na condução da política geral do País, apresenta à Assembleia da República propostas de lei sobre os objectivos, prioridades e orientações de política criminal, denominadas leis sobre política criminal, de dois em dois anos, e que a elaboração das propostas de lei sobre política criminal é precedida de audição do Conselho Superior da Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público, do Conselho Coordenador dos Órgãos de Polícia Criminal, do Conselho Superior de Segurança Interna, do Gabinete Coordenador de Segurança e da Ordem dos Advogados. Esta lei atribui à Assembleia da República, no exercício da sua competência política, competência para aprovar as leis sobre política criminal, depois de ouvir o Procurador-Geral da República acerca da execução das leis ainda em vigor.

A Assembleia da República de Portugal aprovou a Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto,

34 *Vide* a Nota justificativa da proposta, elaborada pelo Ministério do Interior de Taiwan.

35 A Lei-Quadro da Política Criminal é criticada, não sendo, pois, a sua disposição normativa uma verdadeira política criminal sendo, ao invés, uma lei de execução da política criminal, cujos destinatários são o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal, que visa a investigação criminal e a prevenção da criminalidade. A finalidade principal da política criminal é evitar o cometimento de futuros crimes, no entanto, ficam fora deste diploma legal os fenómenos como a delinquência juvenil, a ressocialização e a execução de penas. Carlos Pinto de Abreu, "Breves notas sobre a Lei-Quadro da Política Criminal e sobre a primeira lei da política criminal", *in* Julgar, n.º 3, 2007, p. 171.

a Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho, e a Lei n.º 72/2015, de 20 de Julho, que definem os objectivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2007–2009, de 2009–2011 e de 2015–2017, respectivamente, em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, que aprova a Lei-Quadro da Política Criminal.

No mesmo período, foi efectuada uma alteração ao Código Penal português, pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, e ao Código de Processo Penal, pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto[36]. Foram também aprovadas algumas importantes leis avulsas que têm implicações directas no sistema de justiça criminal, como as leis orgânicas das polícias, a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, o sistema de mediação penal, a Lei de organização da investigação criminal, a Lei de segurança interna e a criação do Conselho de Prevenção da Corrupção.

Com base nestes exemplos, e uma vez que o Governo da RAEM pretende proceder a uma revisão global do Código Penal, dever-se-ia definir previamente a direcção dessa revisão através da análise empírica dos crimes existentes e da discussão e definição de uma política criminal com características locais, tendo em consideração também as tendências internacionais e a opinião pública. A definição da política criminal beneficiará não só o trabalho de revisão do Código Penal, como também a produção de leis penais avulsas, evitando-se a fragmentação do Direito Penal e eventuais conflitos entre o espírito e os princípios subjacentes às diferentes leis de natureza penal.

(2) Necessidade de clarificação das funções e responsabilidades dos diferentes intervenientes na definição da política criminal

Tal como acima referido, a Lei-Quadro da Política Criminal de Portugal estabeleceu a repartição de funções e responsabilidades entre as diferentes entidades que intervêm na definição e execução da política criminal, a qual serve de ponto de referência para a RAEM. Nos termos do artigo 64.º da Lei Básica, compete ao Governo da RAEM definir e aplicar políticas, mas isto não significa que a Assembleia Legislativa, enquanto órgão legislativo da RAEM, fique alheia à política criminal. De facto, a Assembleia Legislativa tem o poder decisório definitivo para estabelecer as normas das leis penais substantivas e processuais, as quais são concretizadoras da política criminal. Isto porque a Lei n.º 13/2009 (Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas),

36 A directriz de reforma portuguesa do Código Penal e do Código de Processo Penal de Portugal foi resumida por vários Autores. *Vide* Conceição Gomes e José Mouraz Lopes, "As recentes transformações no sistema penal português: A tensão entre garantias e a resposta à criminalidade", *in* Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 1, n.º 1, pp. 22-32, Jul/Dez 2009.

ao concretizar a Lei Básica, estabelece que a definição dos crimes, contravenções, penas, medidas de segurança e os respectivos pressupostos e o regime processual penal estão no âmbito da reserva de lei, sendo feitas por lei formal. Se o Governo, ao definir a política criminal, não considera o papel da Assembleia Legislativa e não a incorpora no procedimento de elaboração dessa política, ou seja, se a política criminal não for discutida de forma a obter a concordância da maioria dos deputados, as propostas de leis concretizadoras da política criminal vão encontrar dificuldades na fase da respectiva apreciação. A proposta de lei apresentada pelo Governo em 2009, de alteração ao regime de imputabilidade criminal, e que acabou por ter de ser retirada, é o exemplo evidente de que a política criminal do Governo não foi reconhecida pela Assembleia Legislativa.

É claro que o regime de Portugal, nos termos do qual compete ao Governo apresentar as propostas de lei no âmbito da política criminal e à Assembleia da República aprová-las, é apenas um dos exemplos a estudar e analisar. No regime jurídico vigente na RAEM, em cada ano, a Assembleia ouve e debate o Relatório sobre as Linhas de Acção Governativa apresentado pelo Chefe do Executivo, mas o relatório é muito amplo, abrangendo todos aspectos da governação, e raramente menciona as medidas de política criminal. Considerando a importância da política criminal para a sociedade, esta devia merecer debates temáticos e autónomos. O artigo 71.º da Lei Básica estipula que a Assembleia Legislativa tem competência para debater questões de interesse público e este tipo de debate tem sido recentemente utilizado com maior frequência. Embora ainda seja necessário melhorar a sua vertente procedimental para que possa ter maiores efeitos práticos, este mecanismo apresenta-se como uma forma conveniente para, desde já, a Assembleia Legislativa desempenhar um papel mais interventivo na definição da política criminal da RAEM.

國際法規定行為之入罪

Ilda Cristina Ferreira[1]

一、引言

近二十年來，澳門在刑事實體法方面進行的多數立法政策變更都應歸功於國際法中的成文法[2]在當地的應用。因此，若查閱現今的刑法目錄，即澳門刑事法律框架內所規定的罪目[3]，我們會發現，新型犯罪類型[4]都源於刑事領域的一系列國際公約在澳門境內的適用[5]。

國際社會認為有必要保護普世價值與法律利益，在這樣的認識下，世界逐漸變得紛繁複雜、日新月異，並且國家之間愈趨彼此依賴。全球化和信息化社會帶來的不利影響之一便是在社會邊緣產生的新型犯罪，該種犯罪擅長鑽制度之漏洞，尤以呈指數增長的國際犯罪與跨國犯罪[6]最為顯著，包括非法毒品交

1 香港大學法學院國際公法在讀博士。澳門大學及澳門歐洲事務研究所歐洲事務碩士。里斯本大學法學院法學學士。2015/2016學年受邀擔任澳門大學國際關係專業本科與研究生“國際公法”課程兼職助理教授。2010/2011與2013/2014學年擔任澳門大學葡語法律本科“國際公法”課程老師。電子郵箱：ildacristinaferreira@yahoo.com.mo. 本文系作者獨家提供，任何單位或個人不得剽竊本文之觀點。

2 我們在此所用的詞彙包含了國際法中所有的成文法，即國際條約、國際協定與國際組織單方制定的具普遍約束力的法律文書（例如聯合國安理會按照《聯合國憲章》第七章第23條、第25條及第39至51條規定所做出的決議）等所有法律（存在法）。

3 參見澳門印務局網站所載之刑事立法目錄http://pt.io.gov.mo/Legis/record/40300.aspx. 《澳門刑法典》（1995）已經收錄了若干違法類型，尤其是恐怖主義、犯罪團夥、恐怖組織、公共部門內的賄賂、危害和平及違反人道罪（例如煽動戰爭、滅絕種族、酷刑）。至於單行刑法，可以第5/91/M號法令為例，該法令將販賣及吸食麻醉品及精神科物質入罪，並採取了若干措施打擊藥癮，後被第17/2009號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》所廢止。此外，第6/97號法律建立了打擊有組織犯罪的法律制度，規定了對跨國有組織犯罪、販賣人口與洗錢的刑事制裁。

4 若干例子：資助恐怖主義罪、販賣人口罪、洗錢罪、私營部門內之賄賂罪、網路犯罪。

5 參見澳門印務局網站關於澳門特別行政區已加以適用的刑事領域國際公約名單：http://pt.io.gov.mo/Legis/International/I/I1.aspx.

6 參見《巴勒莫公約》第3條第2款對“跨國犯罪”的定義。關於國際犯罪與跨國犯罪的區別，參見CHERIF BASSIOUNI, “International & Transnational Criminal Law”, Irwin Law出版公司2010年版，第24

易、跨國有組織犯罪、販賣軍火、洗錢、網路犯罪、恐怖主義，以及販賣人口等。

世界各國及其公民在這類犯罪面前脆弱不堪，必須借助集體的堅定合作方能進行有效抗爭。這就需要各方從根本上認識到穩定社會政局、保障經濟和金融資源以及維護國家安全等問題的艱巨性與緊迫性[7]。

國際社會優先選擇透過簽署國際法律文書[8]、建立雙邊、區域及多邊合作機制[9]等具體措施來防止犯罪、打擊犯罪、消滅犯罪。

為使各國履行一定的義務，尤其是“將規定的行為入罪的義務”，在聯合國的支持下，各成員國採用了一系列具強制力的國際公約[10]與法律文書[11]。

中華人民共和國作為締約國亦接受公約和國際法律文書的約束（“條約必須遵守”原則[12]），並決定將這些公約延伸適用於澳門特別行政區（《澳門特別行政區基本法》第138條）[13]，這不僅是因為要履行承諾，而且也因為這些條約

至133頁；ROBERT J. CURRIE, NEIL BOISTER,“An Introduction to Transnational Crimes”, 牛津大學出版社2012年版；ANTONIO CASSESSE將恐怖主義活動納入國際犯罪，參見“Terrorism as an International Crime”, 載於“Enforcing International Law Norms againts Terrorism”, Andrea Bianchi編輯，Oxford Portland Oregon2004年版，第213至225頁。

7 侵蝕民主、道德與正義之體制與價值的犯罪、危害可持續發展与法治的犯罪、威脅國家主權或國際和平与安全的犯罪，尚包括需要予以同等重視的侵犯生命、損害人類尊嚴与共同法益的犯罪（參見各個國際刑法公約中的序言部分）。

8 上世紀九十年代末是國際刑法發展的繁榮期，特別是隨著刑法公約的增加，傳統國際犯罪的規範得到發展及鞏固，作爲國際法消極主體的個人概念得到加強，法人的刑事責任獲得承認和規制，還出現了特設國際刑事法庭（前南斯拉伕問題國際刑事法庭与盧旺達國際刑事法庭）与國際刑事法院（1998年《羅馬規約》）。冷戰的終結、全球化的演變、科技与信息社會的發展以及2001年發生的911恐怖襲擊事件等各種各樣的政治歷史与經濟金融因素共同推動了國際刑法的產生与發展。

9 參見CHERIF BASSIOUNI, “Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms”, Martinus Nijhoff出版社2008年第3版。或者參見KIMBERLY PROST, “International Cooperation in combating serious crime: The role of mutual legal assistance in criminal matters”, 刑事事項上的國際合作課程，犯罪學高級研究所，錫拉庫扎，2004年5月17至27日。

10 例如：《聯合國反腐敗公約》、《聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約》、《制止恐怖主義爆炸事件的國際公約》、《關於預防、禁止和懲治販賣人口特別是婦女和兒童行為的補充議定書》。在區域合作領域，簽署了歐洲理事會《關於洗錢、搜查、逮捕、沒收犯罪所得的公約》、歐洲理事會《打擊人口販賣行動公約》、《網路犯罪公約》、《反腐敗刑法公約》、歐洲理事會《保護兒童免受性剝削与性虐待公約》。可見http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG.

11 《聯合國憲章》第24條与第25條規定，聯合國安理會依據憲章第七章做出的決議對所有成員國均有約束力。中國是聯合國憲章的簽署國，亦是聯合國安理會常任理事國。安理會決定或決議的作出，須以國際和平与安全受到威脅或破壞抑或侵略行爲的存在作爲明確依據。決議可要求成員國採取相應制裁措施（第39條至第51條），亦可要求自然人或法人做出以下行爲，如：1）禁止簽發簽證，限制人員通行自由；2）凍結資產；3）禁止武器、核材料、化學材料及生物材料的供應。參見安理會關於基地組織的第1269（1999）號及第1989（2011）號決議、關於恐怖主義的第1373（2001）號決議、關於利比裡亞的第1521號決議、關於核生化武器擴散的第1540（2004）號決議，以及關於利比亞的第1970（2011）號決議。可見http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/ e http://www.un.org/en/sc/subsidiary/

12 特別是《維也納條約法公約》第11條、第14條、第15條、第26條、第27條、第29條及第31條。

13 《澳門特別行政區基本法》第138條規定，對於中國已締結或尚未締結之國際公約，中央人民政府可在徵詢澳門特別行政區政府的意見之後，決定是否在澳門地區適用。應當注意，我們面對的是僅開放給主權國家的國際公約，其內容不屬於澳門特區可自行處理的對外事務的範圍（基本法第13條第3款及第136款）。基本法第13款第1條規定，中央人民政府負責管理与澳門特別行政區有關的外交事務（國際交往原則）。

在國際上的重要地位。

這些國際法律文書在澳門的適用，一直為刑事政策提出了新的要求[14]，促進立法的進步，從而推動了特區刑事實體法的發展。立法層面的進展體現在兩個方面：一是完善現有的刑事規範，譬如恐怖主義犯罪[15]與販賣人口罪[16]；二是訂立新型犯罪，譬如網路犯罪[17]與資助恐怖主義罪[18]。

為了簡要闡述本文主題，我們的研究範圍限於被納入澳門刑事違法範圍的三種犯罪類型：資助恐怖主義罪、販賣人口罪、私營部門內的賄賂與外貿賄賂罪。我們將揭曉，澳門為適用國際條約而進行的規範調整已達致何種程度，究竟是完全符合了國際要求，還是走到了更前沿，抑或相反，至今仍不如人意？

二、國際法要求定罪的行為

（一）總體框架

資助恐怖主義罪、販賣人口罪、私營部門賄賂與外貿賄賂罪之所以進入澳門犯罪體系，得益於以下國際條約及決議的適用：《制止向恐怖主義提供資助的公約》（CFT）[19]、聯合國安理會根據《聯合國憲章》第七章規定而通過的第1373（2001）號決議[20]、《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》（《巴勒莫公約》）[21]、《關於預防、禁止和懲治販賣人口特別是婦女和兒童行為的補充議定書》（《人口販運協定書》）[22]、《聯合國反腐敗公約》（《梅裡達公約》）[23]。為

14 “這些國際法律文書規定的義務之广，給不得不將國際法義務轉化為國內立法的國家或地區帶來了挑戰。公約在法律淵源當中佔有一席之地，是澳門法律制度不可或缺的結構性元素，一經《澳門特別行政區公報》公佈，隨即自動地在內部法律秩序中生效，且效力優於普通法律。澳門法律制度的該特徵對立法產生了決定性的促進作用，具體體現在：承認並接受了這些權利；認識到了与公約保持一致的必要性以避免被適用之國際法所廢止；在對各成員國均有約束力的監察機製下（無論來自域內或是域外）採取具體措施以保障這些權利。”參見ILDA CRISTINA FERREIRA, “A protecção dos direitos dos menores no quadro das obrigações internacionais da RAEM - i) trabalho infantil, ii) venda de crianças, prostituição infantil, pornografia infantil e iii) tráfico de menores”,載於 “Estudos de Direito da Família e Menores”, 法律及司法培訓中心（待出版）。國際協約效力高於普通法律的優勢原則以及公約的吸納規則分別由澳門民法典第1條第3款和第4條加以規定。也可參見第3/1999號法律《法規的公佈与格式》（第3條、第5條及第6條）。

15 理由陳述書（葡文版）第1至3頁，可見http://al.gov.mo/lei/leis/2006/03-2006/nota_justificativa.pdf.

16 理由陳述書（葡文版）第1至3頁，可見http://al.gov.mo/lei/leis/2008/06-2008/nota_justificativa.pdf.

17 理由陳述書（葡文版）第1至2頁，可見http://al.gov.mo/lei/leis/2009/11-2009/nota_justificativa.pdf.

18 見註14，第8頁。

19 第26/2006號行政長官公告，可見http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2006/26/aviso26.asp#ptg.

20 第17/2001號行政長官公告，可見http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2000/29/aviso17.asp.

21 第30/2004號行政長官公告，可見http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2004/36/aviso30.asp#ptg.

22 第13/2001號行政長官公告，可見http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2010/17/aviso13.asp#ptg.

23 第5/2006號行政長官公告，可見http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2006/07/aviso05.asp#ptg

遵守以上公約及決議，如前文所言，當地的刑事立法政策應致力於完善現有的尚未與國際接軌的刑事規範，並補充新型犯罪行為。

值得矚目的是，隨著上述國際條約的普遍適用，各國均以其國內刑法的配合，在刑事領域承擔起了維護普世價值與法律利益的國際責任，尤其是參照了犯罪類型的範本定義（客觀要素與主觀要素），並嚴格遵守罪刑責相適應原則，即無論是預防性懲罰還是威懾性懲罰，都根據犯罪性質及其可譴責性，規定與之相稱的量刑幅度。此外，各國還拓寬了治外法權原則，更改了法律的空間適用規則，並建立起更為積極有效的刑事司法協助機制，例如減少拒絕引渡的理由、適用“或引渡或起訴”原則、交換情報等[24]。

事實上，通過對以上國際條約的橫向閱讀與整體把握，我們可以从以下行爲中歸納出犯罪類型學或是特徵群：

——定罪之義務。例如：CFT第4條；《巴勒莫公約》第11條第1款；《人口販運協定書》第5條第1款；聯合國安理會第1373（2001）號決議第一段a項；

——罪名之界定。例如：CFT第2條和第3條；《巴勒莫公約》第5條（參加有組織犯罪集團之行為）、第6條（洗錢行為）、第8條（腐敗行為）和第23條（妨害司法）；《人口販運協定書》第3條；聯合國安理會第1373（2001）號決議第一段b項；《梅裡達公約》第15條（賄賂本國公職人員）、第16條（賄賂外國公職人員或國際組織官員）、第17條（公職人員貪污、挪用或者以其他類似方式侵犯財產）、第18條（影響力交易）、第19條（濫用職權）、第20條（資產非法增加）、第21條（私營部門內的賄賂）、第22條（私營部門內的侵吞財產）、第23條（對犯罪所得的洗錢行為）、第24條（窩贓）、第25條（妨害司法）。

——法人的刑事責任。例如：CFT第5條；《巴勒莫公約》第10條（同時適用於《人口販運協定書》）；《梅裡達公約》第26條；

——將共犯、從犯或者教唆犯的行為規定為犯罪：CFT第2條第5款；《巴勒莫公約》第6條第1款b項ii分點；《人口販運協定書》第5條第2款b項；《梅裡達公約》第27條第1款。

——將未遂、中止與預備行為規定為犯罪：CFT第2條第4款；《巴勒莫公約》第6條第1款b項ii分點。

——治外法權與“或引渡或起訴”原則：CFT第7條第4款；《巴勒莫公約》第15條第4款；《梅裡達公約》第44條第13款。

包含上述各類刑事違法行爲的一般模式法（iuris modus commune）由與當地法律秩序相適應的修法加以公佈，促進（一直在促進）刑法在國際範圍內的協調一致[25]。在此應當強調，旨在令刑事制度相容於現行國際規範的立法技術選擇背後，既要考慮到刑事政策的特性與不可迴避的技術複雜性，也須關注法律

24 “國際刑法公約的普遍約束力賦予各國通過國內法律制度保證執行的義務。類似任務包括：將規定的行爲入罪、起訴違法者、將已受到指控或者已被定罪的相關犯罪肇事者引渡至請求國審判或處罰，並向該國針對上述犯罪的刑事調查提供法律協助。此外，國際刑法爲了強化該機製，還針對若干特定的國際犯罪設定了普遍管轄權。” CHERIF BASSIOUNI，同注9，第19頁。

25 參見第3/2006號法律、第6/2008號法律、第19/2009號法律、第10/2004號法律。可見：http://pt.io.gov.mo/Search/default.aspx?t=A&s=d&da=46

原則、系統化要求、立法程序之快捷，還要兼顧刑事制度的結構原理，確保刑事制度的整體性與連貫性。

基於以上因素的存在，須審時度勢考慮不同規範方式。有時，立法者選擇修改《澳門刑法典》以納入新的規範，例如將人口販運規定於刑法典第157條A項；有時，立法者採取單行刑法的方式，例如恐怖主義犯罪和資助恐怖主義犯罪由第3/2006號法律加以規定[26]。

（二）資助恐怖主義犯罪

將資助恐怖主義的行爲入罪，源於聯合國安理會繼美國911事件[27]之後做出的第1373（2001）號決議及《制止向恐怖主義提供資助的公約》[28]在澳門的適用。

26 另一類似例子是第2/2006號法律規定的清洗黑錢罪。該法第3條和第4條了第6/97/M號法律第10條並依據新的國際標準自行訂定了清洗黑錢罪，主要參考了《巴勒莫公約》、《梅裡達公約》以及由“打擊清洗黑錢財務行動特別組織”（法文縮寫為GAFI，英文縮寫為FATF）撰寫的“打擊清洗黑錢四十項建議”（理由陳述（葡文版）第1頁至第4頁，可查詢：http://al.gov.mo/lei/leis/2006/02-2006/nota_justificativa.pdf。該法与第7/2006號行政法規一起確立了反洗錢的法律制度。有關該犯罪，參見JORGE GODINHO, “Estratégias Patrimoniais de combate à criminalidade: O Estado Actual na Região Administrativa Especial de Macau”, 載於I Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direito Processual Penal, Estado Presente e Perspectivas de Evolução, Leonel Alves e Paulo Cardinal編輯, CoimbraEditora出版社2009年版，第139至177頁；JORGE GODINHO, “Do crime de branqueamento de capitais. Introdução e Tipicidade”, Almedina出版社（Coimbra）2001年版；JORGE GODINHO， “Financial Strategies of Crime Control in the Macau SAR”, 載於Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law, Jorge Godinho編輯, UMAC e LEXIS NEXIS2010年版，第267至268頁； ILDA CRISTINA FERREIRA， “Macau Law: An ‘optimal’ or ‘prestigious’ legal source?”, Prof. Ignazio Castelluci編輯, Macau Association for the Promotion of Exchange between Asia-Pacific and Latin America (MAPEAL)（待發表）；JOSÉ CARAPINHA, “Implementação em Macau das medidas preventivas AML/CFT. O Gabinete de Informação Financeira: competências legais e perspectiva operacional”,第301至339頁；JORGE GODINHO, “Branqueamento de capitais e crime principal. Concurso efectivo ou aparente?”第341至363頁；MARIA LEONOR ASSUNÇÃO， “Sobre o papel do Direito Penal no propalado ‘combate’ ao branqueamento de capitais e ao financiamento ao terrorismo. O caso de Macau”,第365至386頁，以上文章均載於法律及司法培訓中心叢書第六卷（葡文版），法律及司法培訓中心2011年出版。JOSÉ CARAPINHA, “Medidas concretas de combate ao branqueamento de capitais”,載於法律及司法培訓中心叢書第十卷，法律及司法培訓中心2014年出版，第17至65頁。

27 恐怖主義犯罪是一種很難定義的犯罪類型，至今仍未有統一定義，因此印度與俄羅斯於1996年提出的《全面打擊國際恐怖主義公約》仍備受爭議（由區分自由戰士與恐怖分子的條款引發的爭議由來已久）。基於911事件的暴力嚴重程度、恐怖分子採用手段的複雜性以及恐怖活動的跨國性，安理會將其定義為《聯合國憲章》第七章所規定的“對國際和平與安全構成威脅”的行爲，繼而要求國際社會履行打擊各種形式的恐怖主義活動的義務。參見CHERIF BASSIOUNI, “International Criminal Law” Transnational Publishers1999年版，第767至795頁；BARDO FASSBENDER, “The UN Security Council and International Terrorism”, 載於Andrea Bianchi, 見注6,第85至102頁；GILBERT GUILHAUME, “Terrorism and International Law”, 載於International Comparative Law Quartely第53卷，2004年6月，第537至548頁；CHRISTOPHER GREENWOOD, “International Law and the War against Terrorism”, 載於Royal Institute of International Affairs, 第 78卷，第2期，2002年4月；BIERSTEKER, THOMAS J., “International Initiatives to Combat the Financing of Terrorism,” 載於Countering the Financing of Terrorism, Biersteker, Thomas J. and Sue E. Eckert編輯，倫敦羅德裡奇出版社2008年版；JOSÉ SARDINHA, O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal, Coimbra Editora出版社1989年版；JOSÉ ALVAREZ, “International Organizations as Law-Makers”, 牛津大學出版社2005年版。

28 該公約於1999年12月9日獲得通過， 擁有132個簽署國與187個締約國。若注意到聯合國目前的成員國總數為193個，便可看出國際社會對打擊該現象所展現的一致性。可查詢：https://treaties.un.org/Pages/

安理會第1373（2001）號決議序言第七段及正文第三段d項與e項呼籲國際社會全面執行關於恐怖主義的13個國際公約[29]，尤其是《制止向恐怖主義提供資助的公約》[30] [31]，在其領土內通過一切合法手段採取更多措施，對犯罪分子進行刑事起訴並懲治，防止並制止任何形式的恐怖主義活動，包括資助恐怖主義行爲[32]與恐怖主義籌備行爲。

第1373（2001）號決議正文第一段a項則規定了防止並制止資助恐怖主義行爲的義務，同段b項規定了定罪義務並給該犯罪行爲下了定義：將下述行為定為犯罪：本國國民或在本國領土內，以任何手段直接間接和故意提供或籌集資金，意圖將這些資金用於恐怖主義行為或知曉資金將用於此種行為。

上述定義的依據是CFT第2條：

“1.本公約所稱的犯罪，是指任何人以任何手段，直接或間接地非法和故意地提供或募集資金，其意圖是將全部或部分資金用於，或者明知全部或部分資金將用於實施：

(a)屬附件所列條約之一的範圍並經其定義為犯罪的一項行為[33]；或

(b)意圖致使平民或在武裝衝突情勢中未積極參與敵對行動的任何其他人死亡或重傷的任何其他行為，如這些行為因其性質或相關情況旨在恐嚇人口，或迫使一國政府或一個國際組織採取或不採取任何行動。”

CFT第4條則賦予了締約國在本國國內法中規定第2條所述罪行為刑事犯罪

ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-11&chapter=18&lang=en.

29 目前關於打擊恐怖主義的公約有16個（區分不同行業）——海洋安全領域、民事航空、劫持人質、提供資助、核材料和爆炸性材料的使用。具體表單可查詢： https://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2_en.xml&menu=MTDSG.

30 發佈該項命令的例子還包括：第1267（1999）號決議正文第四段b項及第七段，第1333（2001）號決議正文第四段及第八段c項，第1368（2001）號決議正文第四段，第1390（2002）號決議正文第四段a項，以及第1540（2004）號決議正文第三段d項。

31 “打擊清洗黑錢財務行動特別組織”（法文縮寫為GAFI，英文縮寫為FATF）撰寫的“打擊清洗黑錢四十項建議”雖是軟法，但為亞太反洗錢和反恐融資小組（APG）所採用，澳門亦是該小組的成員。打擊清洗黑錢財務行動特別組織是一個以建立並促進國內外反洗錢和反恐融資政策為宗旨的國際組織，已獲國際社會廣泛認可，被公認為是在該領域出具世界標準的實體。上述建議（經2014年2月覈實，目前是40個）為多個國際機構所擁戴，特別是聯合國安理會、國際貨幣基金組織、世界銀行及G20組織。

32 正文第一段c項和d項禁止直接或間接將任何資金交由恐怖分子及關聯人員或組織支配，手段包括凍結資金。凍結資產是緊急情況下採取的一項臨時（短期）措施，以防止涉嫌資金被用於資助恐怖主義活動。澳門在這方面的規定事宜，參見第4/2002號法律第1條、第2條、第5條及第22條。由於安理會決議中的懲罰性規範本身不具備可執行性，換言之，決議的遵守依賴於當地具體措施的施行（立法或其他），故上述四個條文旨在確保不可自行實施的規範得以遵守。可查詢: http://bo.io.gov.mo/bo/i/2002/15/lei04.asp. 儘管有上述法律的存在，澳門仍未真正建立起有關凍結資產的制度或機製，顯然不能充分盡到適用安理會第1452（2002）號決議、第1730（2006）號決議以及第1904（2009）號決議的義務，以及向有關防禦機構提供嫌疑情報的義務。亞太反洗錢和反恐融資小組的評估小組於2006/2007年度發現了澳門法律制度中的諸多漏洞，上述漏洞即爲其一，並成爲SR.III的建議對象：“無論是一般法或者特殊法，中國澳門都沒有一套就涉嫌恐怖主義融資的資金或資產進行凍結及解凍、以全面執行安理會第1267及1373號決議的的措施或程序。”可查詢：http://www.apgml.org/documents/docs/17/Macao%20ME2%20-%20FINAL.pdf, 報告第53頁。協調員註解 ：於2016年2月26日，澳門特別行政區政府向立法會提交了名為《 凍結資產執行制度 》第 2/2016/V號法案，其於2016年8月12日獲通過，成為第6/2016號法律。

33 附件羅列了九個公約，可見：http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2006/26/aviso26.asp

並根據罪行的嚴重性質以適當刑罰懲治這些犯罪的義務。

自2002年4月10　日開始生效的CFT由於對恐怖主義動因——資金來源進行了預防，因此在國際反恐怖主義鬥爭中具有不可比擬的價值。安理會依據《聯合國憲章》第七章做出的決議儘管意義重大，但不得不強調其規範維度與適用範圍都是有限的，它僅約束成員國[34]，法律性質不同於公約。

作爲公約締約國，必須使國內法與國際新義務相洽[35]，中國及其兩個特別行政區——澳門[36]與香港[37]，亦不例外。

然而，正如911事件以前許多國家的立法例[38]，曾經受澳門地區保護的法益僅是內部的治安，因而《澳門刑法典》第289條（恐怖主義組織）與第290條（恐怖主義）僅僅針對域內的恐怖主義做了規定，並未涉及國際恐怖主義，這點還可从這兩個條文的體系編排上看出：他們被規定在第四章——危害公共秩序與公共安寧罪。此外，資助恐怖主義的行爲已屬第289條第1款所述之情形，該款規定“為犯罪集團、組織或團體……提供幫助”者將受到懲處（下劃線為筆者所加）。

911事件以後國際法新格局的出現，凸顯了本地立法之不足。在新形勢下，各國有必要同時保障兩種不同法益：域內恐怖主義及內部治安和域外恐怖主義及國際治安，並對資助恐怖主義行爲獨立定罪[39]。

4月10日公佈的第3/2006號法律《預防及遏止恐怖主義犯罪》填補了以上空白。該法廢除了《澳門刑法典》前述第289條與第290條[40]並建立起了與國際反恐怖主義鬥爭相協調相銜接的新型法律框架[41]，令澳門的法律制度符合安理會第

34　見注11

35　SONNENFELD, RENATA, “Resolutions of the United Nations Security Council”, Martinus Nijhoff Publishers e PWN, 1988年版；JOSÉ ALVAREZ, 見注27，第184頁；以及ss., LUCA G RADICATI DI BROZOLOE and MAURO MEGLIANI, “Freezing the Assets of International Terrorists Organizations”, 載於Andrea Bianchi, 見注6，第 85至102頁。

36　CFT於2003年5月19日對中國全部領土生效。2006年6月28日，經由第26/2006號行政長官公告，公約於第26期《澳門特別行政區公報》第二組刊登，開始在澳門內部生效。中國在締結公約時做了一項有關澳門的保留與聲明：“2.中華人民共和國對公約第24條第1款所做的保留適用於香港特別行政區與澳門特別行政區（…）4.對於中華人民共和國澳門特別行政區，以下3項公約不在《公約》第2條第1款a項所指附件的適用範圍之內：（1）《關於核材料的實物保護公約》；（2）《制止危害航海安全的非法行爲公約》；（3）《禁止危害大陸架固定平臺安全非法行爲議定書》”。

37　香港於2012年8月2日接受了《反恐怖主義措施條例》，可見：http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/698FCCAE751E8271482575E F001E1E62/$FILE/CAP_575_e_b5.pdf.

38　例如，2001年11月15日第1062號法律向法國民法典增添了第421條第2款第2項，又如2003年8月22日頒佈的葡萄牙第52/2003號法律廢除了1995年葡萄牙刑法典第300條及第301條。

39　第1373（2001）號決議所設反恐怖主義委員會旨在監察各國對決議的執行情況。參見自2001年起關於中國（包括澳門）的報告：http://www.un.org/en/sc/ctc/resources/1373.html.
最近的一份報告出自2006年，可見：http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/419/06/PDF/N0641906.pdf?OpenElement.

40　兩個條款均來源於葡萄牙1995年刑法典第300條和第301條。

41　第4條懲治恐怖組織在澳門境內實施的恐怖主義行爲，而第6款第1條則懲治個人行爲。第4條第1款複製了《澳門刑法典》原來的第289條。第5條第1款和第6條第2款定罪國際恐怖主義活動，例如針對其他國家、地區或國際公共組織的行爲。第3/2006號法律第4條第1款第2項規定了妨害運輸安全及通訊安全的犯罪，擴展了犯罪手段的範圍；添加了研究或發展核武器、生物武器或化學武器的行爲（第5條）

1373（2001）號決議及其他有關打擊恐怖主義的國際法律文書尤其是CFT[42]所賦予的刑事領域的義務。在體系設計上，立法者選擇通過一部單行刑法建立起一個針對恐怖主義的整體和統一的制度[43]。

在履行國際秩序賦予的定罪義務方面，第3/2006號法律的最大創新之處在於，對資助恐怖主義行爲進行了獨立定罪[44]。對犯罪類型的定義符合國際要件，追隨了CFT第2款和安理會第1373（2001）號決議的規定。

標題為“資助恐怖主義”的第7條如是陳述：意圖全部或部分資助作出恐怖主義行為，而提供或收集資金者，如按以上各條的規定不科處更重刑罰，則處一年至八年徒刑。該規定適用於自然人或組織在域內或域外實施的資助恐怖主義活動的行爲。

預防及偵查資助恐怖主義行爲則要求對經濟金融活動進行控制，以便監視並制止企圖直接或間接用於恐怖分子及關聯人員或組織的任何資金支配行爲。由於犯罪分子亦受益於經濟全球化效應，信息高科技手段唾手可得，我們必須在金融系統中採取與預防及遏止洗錢罪的制度相類似的預防措施，因此第3/2006號法律第11條引用了第2/2006號法律《預防及遏止清洗黑錢犯罪》[45]和第7/2006號行政法規[46]，後者覈准了清洗黑錢及資助恐怖主義犯罪的預防措施[47]。

（三）販賣人口罪

在澳門，販運人口罪曾被規定於第6/97號法律《制定有組織犯罪法律制度》第7條“國際性販賣人口罪”。然而，該法關於販賣人口罪的規定對《人口販運協定書》在澳門的預期適用帶來了不少困難，與現有規定衝突最大的是協定書第3條a項對人口販運的定義：

“‘人口販運’系指為剝削目的而通過暴力威脅或使用暴力手段，或通過其他形式的脅迫，通過誘拐、欺詐、欺騙、濫用權力或濫用脆弱境況，或通過授受酬金或利益取得對另一人有控制權的某人的同意等手段招募、運送、轉

；第6條涵蓋了生物武器或化學武器的使用。立法者還決定應國際義務要求修改刑法的空間適用規則（第3條），本法律亦享有域外適用效力。此外，第6條第3款將恐怖主義犯罪的預備行爲也規定為犯罪，第8條懲罰煽動恐怖主義的行爲，第10條規定了法人的刑事責任。刑事訴訟法也相應進行修改，將恐怖主義與暴力犯罪並列，對其適用一套特殊規則。

42 注15所提及之理由陳述，第四段至第八段提到了第1373（2001）號決議、《巴勒莫公約》以及“打擊清洗黑錢財務行動特別組織”的建議，第2至3頁。

43 注15所提及之理由陳述，第十五段至第十九段，第4至5頁。

44 受到以下文件的啓發：歐盟第2002/475/JHA 號框架決定（如第1條、第2條和第7條）、 葡萄牙2003年8月22日第52/2003號法律（如第2條、第3條、第4條和第6條）、歐盟第2580/2001號條例、歐盟第2003/577/JHA號框架決定等。關於該主題，參見ILDA CRISTINA FERREIRA, “The Macau SAR Legal System – Is the EU a Source of Inspiration to Macau Lawmakers?”, 注26，第63至65頁。

45 可見：http://bo.io.gov.mo/bo/i/2006/14/lei02.asp

46 可見：http://bo.io.gov.mo/bo/i/2006/20/regadm07.asp

47 見注26。

移、窩藏或接收人員。剝削應至少包括利用他人賣淫進行剝削或其他形式的性剝削、強迫勞動或服務、奴役或類似奴役的做法、勞役或切除器官；(…)”[48]。

該定義體現了从各個方面打擊人口販運的原則，但第6/97號法律的規定與之存在諸多不符點，尤其是以下三點：

1. 不懲治从外地販運人口至澳門的行爲；
2. 目的僅限於賣淫；
3. 行爲人採取上述第3條a項所言之手段時，法律不考慮被害人同意與否。

儘管《人口販運協定書》於2010年3月10日方才在國際範圍內對中國（含澳門）生效[49]，在該現象（通常稱爲“舊世界奴隸貿易的現代形式”）成爲國際新議題且具有跨國性質的背景下，澳門特區的立法者已經預見到重新建構販賣人口罪的必要性。

因此，澳門於2008年6月23日出臺了一部新法——《打擊販賣人口犯罪》，與世界共憂患，並符合了國際法上的要求。就立法政策決定而言，需要考慮的不僅是協定書及賦予同樣義務的其他公約[50]適用於澳門的可預見性，更要顧及澳門此前作爲人口販運的潛在過境國和目的國所承受的來自國際社會的壓力[51]。

第6/2008號法律自行將販賣人口及未成年人的行爲定罪，規定了境外司法管轄權，引入了保護及援助受害人的制度，推進了包含預防和打擊措施的全方面戰略[52]。

具體而言，在立法技術方面，立法者決定在《澳門刑法典》中新增一個條文，第153條A項，以“販賣人口”為標題，編排在第四章“侵害人身自由罪”當中，位於奴役罪之後。

該條文規定“為對他人進行性剝削，勞動或服務剝削，尤其是強迫或強制

48 人口販運是對基本人權的嚴重侵害。國際社會意識到保障人格尊嚴不可侵犯之原則，這是高於個人的社會道德法益。參見JÚLIO PEREIRA, “O Crime de tráfico de pessoas. Regime legal numa perspectiva comparada (Portugal, Macau, República Popular da China) e face ao Protocolo das Nações Unidas para a sua Supressão e Punição”, 載於法律及司法培訓中心叢書第一卷（葡文版），法律及司法培訓中心2006年版，第17至38頁；JOSÉ MOURAZ LOPES, Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal, Coimbra Editora出版社2008年版；OLIVIER BRAY, “A luta contra o tráfico de seres humanos”, 載於法律及司法培訓中心叢書第六卷（葡文版），法律及司法培訓中心2011年版，第107至137頁；MANUEL LEAL-HENRIQUES, “Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau – Parte Especial,” 第三冊, 法律及司法培訓中心2014年版，第296至304頁。

49 第13/2002號行政長官公告，可見：http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2010/17/aviso13.asp.

50 例如，以勞動剝削為目的的人口販賣罪行：國際勞工組織第29號《強迫或強制勞動公約》、國際勞工組織第105號《廢除強迫勞動公約》、國際勞工組織第182號《禁止和立即行動消除最惡劣形式的童工勞動公約》。

51 例如，美國2006年人口販運報告將澳門列入二級觀察名單，可見：http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2006/65989.htm 或者經濟、社會及文化權利國際公約權利委員會建議（第113段至第123段），可見：http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1%2fAdd.107&Lang=en. 2010年12月澳門大學所做的一項關於澳門地區人口販賣的研究顯示澳門的人口販賣情況與性剝削有關，可見：http://www.anti-tip.gov.mo/pt/other.aspx.

52 該項目建基於以下國際淵源：議定書、歐盟於2002年6月19日作出的有關打擊販賣人口方面的委員會框架決議（理由陳述第1至3頁）

勞動或服務、使人成為奴隸或類似奴隸，又或切除人體器官或組織的目的，藉以下手段提供、送交、引誘、招募、接收、運送、轉移、窩藏或收容該人者”以販賣人口罪論處。

在販賣未成年人領域，可以肯定，新的刑事規範有助於加強對未成年人的保護：考慮到孩子在犯罪構成要件證明上的脆弱性，在受害人是未成年人的情況下，只要具備行爲要件與犯罪結果即可對行爲人加以定罪及懲處；對販賣未成年人尤其是未滿14週歲的未成年人的行爲，加重刑罰（第2條、第3條及第4條）。

值得注意的是，《澳門刑法典》第153條和第6/2008號法律吸納了切除人體組織罪（議定書第3條）[53]，且未將適用範圍侷限於有組織犯罪，對自然人犯罪亦施以懲處（議定書第4條）。這兩部法律在立法和規範協調方面堪稱是完全符合國際要求的典範[54]。

第6/2008號法律與適用於澳門的其他公約也保持一致，特別是《兒童權利公約》（第34條和第35條）[55]、《<兒童權利公約>關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題的任擇議定書》（第1條、第2條和第3條）[56]，及國際勞工組織《禁止和立即行動消除最惡劣形式的童工勞動公約》（第1條、第3條和第7條）[57]

（四）私營部門賄賂和賄賂外國公職人員或國際組織官員

同上述犯罪一樣，關於賄賂的刑事不法行爲也源於國際法律文件在澳門的適用。《梅裡達公約》在澳門適用之後，賄賂犯罪便成爲了修法的目標。《公約》梳理了賄賂犯罪的現代輪廓，尤其是它具有的跨越國境、跨越公共部門的特點，以及同其他形式的犯罪特別是有組織犯罪和洗錢罪存在緊密聯繫的傳統習性。

毫無疑問，賄賂侵蝕民主機製，危害法治，譬如踐踏公共財產與公共事物妥善管理、透明、公正等各項原則，阻礙國家政治穩定與可持續發展，它已經从一個局部問題演變成了影響所有社會與經濟體的全球問題。

《公約》自2006年2月12日在國際範圍內對中國及澳門生效。該公約區分了締約國必須為規定之行爲進行刑事立法的情形和由締約國自行決定是否將規定之行爲定罪的情形，前者採取的表述是“各締約國均應當採取必要的立法措施…將…規定為犯罪”[58]，後者採取的表述是“各締約國均應當考慮採取必要的

53 參見第2/96/M號法律《制定以捐贈、摘取及移植人體器官及組織為目的之行爲所應遵守之規則》，可見http://bo.io.gov.mo/bo/i/96/03/declei06.asp. 歐洲理事會《打擊人口販賣行動公約》第4條僅規定了摘除器官的行爲。

54 在刑罰方面，相較於第6/97/M號法律規定的八年徒刑，第6/2008號法律對量刑的合理幅度做了調整，依據犯罪嚴重程度，最高處以十五年徒刑。

55 第5/2001號行政長官公告，可見：http://bo.io.gov.mo/bo/i/98/37/resoluar20.asp#ptg.

56 第12/2003號行政長官公告，可見：http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2003/19/aviso12.asp#ptg.

57 第10/2004號行政長官公告，可見：http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2004/17/aviso10.asp#ptg. 有關兒童權利及符合（或不符合）國際法要求之前景分析，參見ILDA CRISTINA FERREIRA, 注14。

58 第15條（賄賂本國公職人員）、第16條（賄賂外國公職人員或者國際公共組織官員）、第23條（對犯

立法措施…將…規定為犯罪”（下劃線為筆者所加）[59]

鑑於澳門現行刑法僅規定了公共部門內的賄賂罪（刑法典第五章[60]），特區立法者通過兩部單行刑法發起一場“配合國際行動，打擊賄賂行爲”的行動：第19/2009號法律《預防及遏止私營部門賄賂》[61]和第10/2014號法律《預防及遏止對外貿易中的賄賂行爲的制度》[62]，實施了公約部分規範。

第一部法律是澳門基於本地經濟和商業活動的活躍[63]而做出的打擊私營部門賄賂的刑事政策決定，迎合了公約對該行爲定罪的期待，而第二部法律則盡到了公約強制要求的將賄賂外國公職人員或國際組織官員的行爲定罪的義務。[64]

《公約》允許各國對私營部門賄賂定罪進行區分，第19/2009號法律順應該趨勢，根據《公約》第21條a項與b項之規定懲處私營部門的受賄與行賄[65]。

第10/2014號法律第4條則對外貿交易中的行賄行爲進行定罪量刑，符合《公約》第16條第1款規定的定罪義務。然而，我們認爲該法差強人意，因爲它未依據第16條第2款建議將外國公職人員和國際公共組織官員的受賄行爲規定為犯罪。

儘管第16條第2款並未將定罪作爲國際法義務，而是為締約國保留了定罪的“可能性”，但我們認爲立法者在此錯失了以更符合潮流更切合實際的法律來規制並打擊各種形式的賄賂行爲（行賄和受賄）的機會。此外，通過仔細閱讀理由陳述也可發現“立法者原意”是“令締約國遵守第16條第1款和第2款所定之義務”，可惜最終制定的法律並非如此。

但該法亦有新穎之處，除了外國公職人員和國際公共組織官員的受賄行爲之外，還涵蓋了中國內地、香港及臺灣的公共組織官員的受賄行爲。

關於量刑幅度，我們有理由懷疑該法規定的最高兩年徒刑的懲罰是否符合公約第30條第1款之立法意圖：“各締約國均應當使根據本公約確立的犯罪受到與其嚴重性相當的制裁。”另一方面，澳門法律卻對清洗黑錢罪的量刑做了保留處理，符合罪狀的不法行爲可被處以最高限度超

罪所得的洗錢行爲）及第25條（妨害司法公正）。

59 第16條第2款（外國公職人員或者國際公共組織官員之受賄行爲）、第18條（影響力交易）、第19條（濫用職權）、第20條（資產非法增加）、第21條（私營部門內的賄賂）、第22條（私營部門內的私吞財產）及第24條（窩贓）。

60 第337條（受賄作不法行爲）、第338條（受賄作合法行爲）、第339條（行賄）、第340條（公務上的侵佔）、第341條（公務上的侵佔使用）及第342條（在法律行爲中分享經濟利益）。

61 可見：http://bo.io.gov.mo/bo/i/2009/33/lei19.asp.

62 可見：http://bo.io.gov.mo/bo/i/2014/52/lei10.asp.

63 理由陳述（葡文版），可見：http://al.gov.mo/lei/leis/2009/19-2009/nota_justificativa.pdf.

64 理由陳述（葡文版），可見：http://al.gov.mo/lei/leis/2014/2014-10/nota_justificativa.pdf.

65 同上，第1頁。

過三年的徒刑（第2/2006號法律第3條第1款）[66]。

三、結論

可以肯定，在過去的二十年裡，本地刑事法律制度的完善絕大程度歸功於要求將特定行爲定罪的大量國際法律文書在澳門的適用。

中國加入並延伸適用於澳門的國際公約，以及對中國全部領土產生約束力的聯合國安理會決議，兩者所規定的新型犯罪種類都體現了世界人民對相關問題的深切關注，明確了大家的共同目標。

使內部法律制度同國際法相匹配的責任無疑促進了澳門刑事實體法的發展。但是，本地刑法制度的調整要求立法者極度謹慎，在依據澳門刑法體系指導性原則來設定理論上合適的、可接納的制裁標準時，需對有關問題加以留意（基本權利）。

在此值得強調的是，過多的單行刑法未必有利於保障傳統上由單一法典體現的法律確定及安定原則——確保刑法制度的統一和連貫。因此，無論是頒佈單行刑法還是修改刑法典，立法者都應當確保法律的整體性不受破壞。

根據上述例子我們可確定地總結道，將資助恐怖主義行為入罪，符合國際條約，被入罪的人口販賣與公約本身訂立的罪狀關聯更大，這是遵循國際公約的極好例證，因而，可為其他國家或地區所借鑒；此外，在私營及外貿領域對腐敗賄賂行為作出相應的刑事規定亦最低程度地遵守了《梅裡達公約》的規定。

為履行國際義務，上述新出現的行為被入罪，這進一步豐富並加強了澳門特區的刑事法律體系，保護了超個人的根本法益和利益，使得澳門特區和中華人民共和國最終可履行國際社會基於團結一致和共擔責任的精神而作出的承諾。

66 類推適用於針對受賄在公共部門內作合法行爲之罪的刑罰。

A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS IMPOSTA PELO DIREITO INTERNACIONAL

Ilda Cristina Ferreira[1]

1. INTRODUÇÃO

A maioria das alterações de política-legislativa criminal que se verificaram, nos últimos 20 anos, na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), no que concerne ao direito penal material ou substantivo, deve-se, em grande parte, ao direito internacional positivo[2]. Com efeito, se olharmos para a actual nomenclatura jurídico-criminal, isto é, ao elenco dos crimes previstos no quadro jurídico-penal da RAEM[3], constatamos que os novos tipos ilícitos

1 Doutoranda em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito, The University of Hong Kong, Hong Kong. Mestre em Estudos Europeus pela Universidade de Macau e Instituto de Estudos Europeus de Macau. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Assistente convidada em tempo parcial das cadeiras de "International Public Law" no curso de Licenciatura e de Mestrado de Relações Internacionais da UMAC, no ano lectivo 2015/2016. Regente da Cadeira de Direito Internacional Público, da Licenciatura em Direito, em língua portuguesa, da Universidade de Macau, em tempo parcial, nos anos lectivos de 2010/2011 a 2013/2014. Endereço Electrónico: ildacristinaferreira@yahoo.com.mo. O presente texto é da exclusiva responsabilidade da autora, não podendo as opiniões nele expressas ser imputadas a qualquer outra pessoa ou entidade.

2 O termo por nós empregue compreende todo o direito internacional positivado, ou seja, o direito emergente (*ius essendi*) de tratados solenes ou acordos internacionais e de actos jurídicos unilaterais com força obrigatória geral emanados de Órgãos Internacionais, tais como: as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas adoptadas no âmbito do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas (cfr. arts. 23.º e 25.º, 39.º-51.º).

3 *Vide* lista da legislação penal vigente na *webpage* da Imprensa Oficial: *http://pt.io.gov.mo/Legis/record/40300.aspx.* Refira-se que o Código Penal de Macau (de 1995) já acolhia alguns destes tipos-ilícitos, nomeadamente o terrorismo, associações criminosas e organizações terroristas, corrupção no

penais[4] são fruto da aplicação de um conjunto de convenções internacionais de natureza penal na ordem interna da RAEM[5].

O reconhecimento da comunidade internacional da necessidade em proteger um *acervo de valores* e *bens jurídicos universais* ou *comuns* tornou-se gradual num mundo cada vez mais complexo, mutável e interdependente, sendo um dos efeitos nocivos do fenómeno da globalização e da sociedade de informação o aparecimento de novas formas de criminalidade nas franjas da sociedade. Criminalidade que se aproveita das fragilidades do sistema e que se caracteriza por um aumento exponencial de ilícitos-penais de natureza internacional e transnacional[6]. Estamos a referirmo-nos, *inter alia,* ao tráfico de droga, ao crime organizado transnacional, ao tráfico de armas, ao branqueamento de capitais, ao cibercrime, ao terrorismo e ao tráfico pessoas.

A exposição e vulnerabilidade dos Estados e dos seus cidadãos a este tipo de criminalidade obrigou(a) uma resposta colectiva, coordenada e firme destinada ao seu efectivo combate, traduzindo, no fundo, a assimilação da sua dimensão e da sua gravidade à estabilidade política e social, aos recursos económicos e financeiros e à segurança dos Estados[7].

---

sector público, crimes contra a paz e a humanidade (ex: incitamento à guerra, genocídio, tortura). No que atine a legislação penal avulsa podemos apontar o Decreto-Lei n.º 5/91/M, que criminaliza actos de tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas e promove medidas de combate à toxicodependência, posteriormente revogado pela Lei n.º 17/2009, sobre a proibição da produção, do tráfico e do consumo ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, ou a Lei n.º 6/97/M, que estabelece o regime legal contra a criminalidade organizada ao punir o crime organizado transnacional, o tráfico de pessoas e o branqueamento de capitais.

4 Alguns exemplos: os crimes de financiamento ao terrorismo, de tráfico de pessoas, de branqueamento de capitais, de corrupção no sector privado e de criminalidade informática.

5 *Vide* lista de convenções internacionais em matéria penal aplicável na RAEM na *webpage* da Imprensa Oficial. Disponível em: ***http://pt.io.gov.mo/Legis/International/1/11.aspx***. De notar que existem outras Convenções com a mesma natureza elencadas noutras categorias, por exemplo: Direitos Humanos, Droga, Relações Externas e Defesa.

6 *Vide* definição de 'infracção transacional' no art. 3.º, n.º 2, da Convenção de Palermo. Sobre a distinção entre crimes internacionais e transnacionais, CHERIF BASSIOUNI, "*International & Transnational Criminal Law*", Irwin Law Inc, 2010, págs. 124-133, ROBERT J. CURRIE, NEIL BOISTER, "*An Introduction to Transnational Crimes*", Oxford University Press, 2012. ANTONIO CASSESSE classifica o terrorismo de crime internacional, "Terrorism as an International Crime", *in* "*Enforcing International Law Norms againts Terrorism*", Andrea Bianchi (Eds), Oxford Portland Oregon, 2004, págs. 213-225.

7 Criminalidade que mina as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça, que compromete o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito, que ameaça a soberania dos Estados e a paz e a segurança internacionais e, não menos importante, que atenta contra a vida e a dignidade humana enquanto valor jurídico universal (*vide* preâmbulos das convenções internacionais de natureza penal).

A resposta da comunidade internacional consubstanciou-se na adopção prioritária de medidas concretas destinadas à sua prevenção, repressão e eliminação *maxime* através da criação de instrumentos jurídicos internacionais[8] e de mecanismos de cooperação de âmbito bilateral, regional e multilateral[9].

Foram, nestes termos, adoptadas sob a égide das Nações Unidas uma série de convenções internacionais[10] e de actos jurídicos com força obrigatória geral[11] com o objectivo de impor

8 Os finais dos anos 90 são o marco do desenvolvimento do direito penal internacional, *inter alia*, com a proliferação de convenções internacionais de natureza penal, o desenvolvimento e consolidação dos crimes internacionais 'clássicos', a consolidação do conceito do indivíduo como sujeito *passivo* de direito internacional, a responsabilidade penal das pessoas colectivas, o aparecimento de Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* (*ITCY* e *ICTR*) e do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma, 1998). Diversos factores histórico-políticos e económico-financeiros contribuíram para a emergência e o desenvolvimento do direito penal internacional, mormente o fim da Guerra Fria, a globalização, o desenvolvimento tecnológico e a sociedade de informação e os atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001.

9 *Vide* CHERIF BASSIOUNI, *Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms"*, 3.ª Edição, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, ou KIMBERLY PROST, "*International Cooperation in combating serious crime: The role of mutual legal assistance in criminal matters*", Curso de *International Cooperation in Penal Matters*, ISISC, Siracusa (17-27 May, 2004).

10 A título de exemplo: a Convenção da ONU contra a Corrupção, a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substância Psicotrópicas, a Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba e o Protocolo Adicional à Convenção da ONU contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças. *Vide http://www.unodc.org/*. De âmbito regional, assinale-se a Convenção do Conselho da Europa (CdE) relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, a Convenção do CdE relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, a Convenção sobre o Cibercrime, a Convenção Penal sobre a Corrupção e a Convenção do CdE para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais. *Vide http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG*.

11 Nos termos dos arts. 24.º e 25.º da Carta da ONU, as Resoluções do CSNU ao abrigo do Capítulo VII da referida Carta são imperativas para os Estados Membros. A China é Parte da Carta da ONU e Membro Permanente do CSNU. As decisões/resoluções devem ser expressamente fundamentadas na ameaça ou ruptura da paz e segurança internacionais ou num acto de agressão. Estas podem impor medidas sancionatórias aos Estados (arts. 39.º a 51.º) ou a indivíduos ou pessoas colectivas, tais como: i) a não concessão de vistos ou a limitação da liberdade de circulação das pessoas; ii) o congelamento de bens; iii) a proibição do fornecimento de armas ou de materiais nucleares, químicos, biológicos. Veja-se, por exemplo, as Resoluções do Conselho de Segurança n.os 1269 (1999) e 1989 (2011) relativas à Al-Qaeda, 1373 (2001) relativa ao terrorismo, 1521 (2003) relativa à Libéria, 1540 (2004) relativa à proliferação de armas nucleares, químicas e biológicas, e 1970 (2011) relativa à Líbia. *Vide http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/* e *http://www.un.org/en/sc/subsidiary/*.

aos Estados-Parte um número de obrigações, em especial, *o dever de criminalizar a conduta prescrita*.

Convenções e actos jurídicos internacionais aos quais a RPC se encontra vinculada (*pacta sunt servanda*)[12] e sobre os quais decidiu a extensão da sua aplicabilidade na RAEM (art. 138.º da Lei Básica da RAEM)[13] dado o compromisso colectivo e a relevância dos mesmos na esfera internacional.

A aplicação destes instrumentos jurídico-internacionais na RAEM criou (cria) novas exigências de política-criminal[14], sendo força motora do desenvolvimento do direito penal substantivo da RAEM ao promover a iniciativa legislativa, ora através do aperfeiçoamento das normas penais vigentes, como é o caso dos crimes de terrorismo[15] e do tráfico de pessoas[16], ora

12 *Vide, inter alia*, arts. 11.º, 14.º, 15.º, 26.º, 27.º, 29.º e 31.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

13 O art. 138.º da Lei Básica da RAEM estatui que cabe ao Governo Popular Central (GPC) decidir a aplicação na RAEM de convenções internacionais em que a China pretende ser ou é Parte. Esta decisão é precedida de um mecanismo de consulta junto do Governo da RAEM. De assinalar que estamos perante convenções reservadas a Estados soberanos e cujo objecto não se enquadra na esfera da autonomia externa da RAEM (conjugação do art. 13.º, parágrafo 3, com o art. 136.º da Lei Básica). Nos termos do art. 13.º, parágrafo 1, da Lei Básica, o GPC é a entidade responsável pelas relações externas da RAEM (princípio do trato internacional).

14 "*A aplicação desses instrumentos jurídicos internacionais também coloca alguns desafios atendendo ao amplo leque de obrigações neles consubstanciadas às quais as jurisdições têm de dar resposta. Estas convenções são ainda elementos estruturantes do ordenamento jurídico da RAEM dado o lugar que ocupam na hierarquia das fontes de Direito. Uma vez publicadas no Boletim Oficial da RAEM, as convenções entram imediata e automaticamente em vigor na ordem jurídica interna e prevalecem sobre o direito ordinário. Esta característica do ordenamento jurídico de Macau influi determinantemente na produção legislativa - no reconhecimento e consagração de direitos e na necessidade de estar conforme com as convenções sob pena de revogação por fonte internacional aplicável e na adopção de medidas concretas destinadas a proteger esses direitos em virtude dos mecanismos de fiscalização - quer internos quer externos - a que os Estados Parte estão sujeitos*". ILDA CRISTINA FERREIRA, "A protecção dos direitos dos menores no quadro das obrigações internacionais da RAEM - i) trabalho infantil, ii) venda de crianças, prostituição infantil, pornografia infantil e iii) tráfico de menores*",* pág. 2, *in* "*Estudos de Direito da Família e Menores*", CFJJ (a ser publicado). O princípio do primado do direito internacional convencional sobre o direito ordinário e a norma de recepção do direito convencional estão respectivamente previstas nos art. 1.º, n.º 3, e art. 4.º do Código Civil de Macau. Ver também a Lei n.º 3/1999, sobre a Publicação e Formulário dos Diplomas (arts. 3.º, 5.º e 6.º).

15 Nota justificativa, págs. 1-3, disponível em: *http://al.gov.mo/lei/leis/2006/03-2006/nota_justificativa.pdf.*

16 Nota justificativa págs. 1-3, disponível em: *http://al.gov.mo/lei/leis/2008/06-2008/nota_justificativa.pdf.*

através da tipificação de novas condutas penais, como é o caso da criminalidade informática[17] e do crime de financiamento ao terrorismo[18].

É nosso intuito desenvolver de forma sumária esta temática tendo, para o efeito, circunscrito a nossa análise a três tipos de ilícito-penal que passaram a integrar o leque de infracções criminais da RAEM: o crime de financiamento ao terrorismo, o crime de tráfico de pessoas e o crime de corrupção no sector privado e no comércio externo. Logramos, ainda, descortinar em que medida a adequação normativa decorrente da aplicação de instrumentos jurídicos internacionais na RAEM foi ao encontro cabal das imposições internacionais ou até mais além ou se, pelo contrário, a RAEM ainda está aquém do que seria desejável.

2. CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS IMPOSTA PELO DIREITO INTERNACIONAL

2.1. Enquadramento geral

Os crimes de financiamento ao terrorismo, de tráfico de pessoas e de corrupção no sector privado e no comércio externo passaram a integrar a ordem jurídico-penal da RAEM em virtude da aplicação da Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (*CFT*)[19], da Resolução n.º 1373 (2001) do CSNU, ao abrigo do Capítulo VII da Carta da ONU[20], da Convenção da ONU Contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo)[21], do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças (Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas)[22], e da Convenção da ONU Contra a Corrupção (Convenção de Mérida)[23], cuja observância condicionou, como já mencionado, a política legislativa-criminal local ao impor o aperfeiçoamento das existentes infracções penais - as quais não davam resposta plena aos

17 Nota justificativa págs. 1-2, disponível em: *http://al.gov.mo/lei/leis/2009/11-2009/nota_justificativa.pdf.*

18 Ob. cit., nota 14, pág. 8.

19 Aviso do Chefe do Executivo n.º 26/2006, disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2006/26/aviso26.asp#ptg.*

20 Aviso do Chefe do Executivo n.º 17/2001, disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2000/29/aviso17.asp.*

21 Aviso do Chefe do Executivo n.º 30/2004, disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2004/36/aviso30.asp#ptg.*

22 Aviso do Chefe do Executivo n.º 13/2010, disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2010/17/aviso13.asp#ptg.*

23 Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/2006, disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2006/07/aviso05.asp#ptg.*

imperativos internacionais - e ao impor a criminalização de novas condutas penais.

Sublinhe-se, neste âmbito, que a assumpção da tutela jurídico-penal internacional de valores e bens jurídicos universais com a aplicação dos citados instrumentos jurídicos *tem-se materializado na harmonização das leis penais internas dos Estados*, em particular, através de uma definição-modelo do tipo de crime (elementos objectivos e subjectivos) e na exigência de que a correspondente moldura penal espelhe a natureza do crime e a sua especial censura, isto é, a imposição de sanções proporcionais, preventivas e dissuasoras. Alteraram-se, ainda, as regras da aplicação da lei no espaço com o alargamento da aplicação do princípio da extra-territorialidade e criaram-se mecanismos de cooperação judiciária em matéria penal mais expeditos, por exemplo, a diminuição dos fundamentos de recusa de extradição ou a aplicação do princípio *aut dedere aut iudicare* ou a troca de informações[24].

Na verdade, de uma leitura transversal – e até integrada – dos referidos instrumentos jurídicos é possível identificar uma tipologia penal comum ou um conjunto de traços característicos entre as diversas condutas, mormente:

- a *obrigação de criminalizar* – ex: art. 4.º da *CFT*; n.º 1 do art. 11.º da Convenção de Palermo; art. 5.º, n.º 1, do Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas e alínea a) do parágrafo operativo 1 da Resolução n.º 1373 (2001);
- a *definição do tipo do crime* – ex: arts. 2.º e 3.º da *CFT*; art. 5.º (participação em grupo criminoso organizado), art. 6.º (branqueamento de capitais), art. 8.º (corrupção) e art. 23.º (obstrução à justiça) da Convenção de Palermo; art. 3.º do Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas; alínea b) do parágrafo operativo 1 da Resolução n.º 1373 (2001); art. 15.º (Corrupção de funcionários públicos nacionais), art. 16.º (Corrupção de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas), art. 17.º (Peculato, apropriação ilegítima ou outro desvio de bens por um funcionário público), art. 18.º (Tráfico de influência), art. 19.º (Abuso de funções), art. 20.º (Enriquecimento ilícito), art. 21.º (Corrupção no sector privado), art. 22.º (Peculato no sector privado), art. 23.º (Branqueamento do produto do crime), art. 24.º (Ocultação) e art. 25.º (Obstrução à justiça) da Convenção de Mérida;
- a *responsabilidade penal das pessoas colectivas* – ex: art. 5.º da *CFT*; art. 10.º

24 "*General enforcement of ICL* [International Criminal Law] *Conventions – contain obligations requiring states to undertake enforcement through their national legal systems. Such undertakings include the duty to criminalize the proscribed conduct, prosecute its violators, extradite the accused or convicted perpetrators of these crimes to states seeking to prosecute or execute sentences of conviction and provide legal assistance to states investigation the commission of these crimes. Furthermore, to strengthen that system, ICL also provides for universal jurisdiction with respect to certain international crimes*", CHERIF BASSIOUNI *in ob. cit*., nota 9, pág. 19.

da Convenção de Palermo (também aplicável por remissão ao Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas); e art. 26.º da Convenção de Mérida;

- a *criminalização da co-autoria, comparticipação e cumplicidade*: art. 2.º, n.º 5, da *CFT*; sub-alínea ii) da alínea b) do n.º 1 do art. 6.º da Convenção de Palermo; alínea b) do n.º 2 do art. 5.º do Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas; e n.º 1 do art. 27.º da Convenção de Mérida;
- a *punição da tentativa e dos actos preparatório*s: art. 2.º, n.º 4, da *CFT*; sub-alínea ii) da alínea b) do n.º 1 do art. 6.º da Convenção de Palermo; alínea a) n.º 2 do art. 5.º do Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas; e art. 27.º, n.os 2 e 3, da Convenção de Mérida;
- *extra-territorialidade e princípio aut dedere aut iudicare:* art. 7.º, n.º 4, da *CFT*; art. 15.º, n.º 4, da Convenção de Palermo; e art. 44.º, n.º 13, da Convenção de Mérida.

Este *iuris modus commune* dos diversos tipos-ilícitos penais contribui(u) para a tão desejada harmonização global das leis penais, estando concomitantemente patente nas alterações legislativas que conduziram à adequação do ordenamento jurídico local[25]. De apontar, neste contexto, as razões de índole político-criminal e de incontestável complexidade técnica subjacentes às opções técnico-legislativas destinadas a compatibilizar o sistema jurídico-penal às normas internacionais vigentes, nomeadamente, preocupações de dogmática jurídica, de sistematização, de celeridade do processo legislativo e de ponderação dos princípios estruturais do sistema penal, em especial a necessidade de assegurar a integridade e a coerência desse mesmo sistema.

Esta amálgama de factores conduziu a soluções normativas distintas, nuns casos o legislador optou pela alteração e inclusão de novas normas no Código Penal de Macau (CPM), como foi o caso do tráfico de pessoas (art. 157.º-A), noutros casos, pela adopção de legislação penal avulsa, como foi o caso do crime de terrorismo e do crime de financiamento ao terrorismo com a Lei n.º 3/2006[26].

25 *Vide* Lei n.º 3/2006, Lei n.º 6/2008, Lei n.º 19/2009 e Lei n.º 10/2014, disponíveis em: *http://pt.io.gov.mo/Search/default.aspx?t=A&s=d&da=46*

26 Outro exemplo análogo, o crime de branqueamento de capitais com a Lei n.º 2/2006. Os arts. 3.º e 4.º desta Lei revogaram o art. 10.º da Lei n.º 6/97/M e autonomizaram o crime de branqueamento de capitais em consonância com os novos padrões internacionais, mormente as Convenções de Palermo e Mérida e as 40 + 9 Recomendações do FATF/GAFI (nota justificativa págs. 1-4, disponível em: *http://al.gov.mo/lei/leis/2006/02-2006/nota_justificativa.pdf.*) Esta Lei, juntamente com o Regulamento Administrativo n.º 7/2006, fixa o regime legal de luta contra o branqueamento de capitais. Sobre este tipo-ilícito penal *vide*, entre outros, JORGE GODINHO, "Estratégias Patrimoniais de combate à criminalidade: O Estado Actual na Região Administrativa Especial de Macau", *I Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direito Processual Penal, Estado Presente e Perspectivas de Evolução*, Leonel Alves e Paulo Cardinal (Eds.), Coimbra Editora, 2009, págs. 139-177, JORGE GODINHO, "*Do crime de branqueamento de capitais. Introdução e Tipicidade*", Almedina, Coimbra, 2001, JORGE GODINHO,

2.2. O crime de financiamento ao terrorismo

A criminalização da conduta de financiamento ao terrorismo decorre da aplicação, na RAEM, da Resolução n.º 1373 (2001) do CSNU, no seguimento dos atentados nos Estados Unidos da América, a 11 de Setembro de 2001[27], e da *CFT*[28].

O parágrafo preambular 7 da Resolução n.º 1373 (2001) e as alíneas d) e e) do parágrafo operativo 3 da mesma Resolução instam a comunidade internacional a adoptar um leque de medidas destinadas a prevenir e a reprimir, por todos os meios, nos seus territórios, quaisquer

"Financial Strategies of Crime Control in the Macau SAR", *Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law*, Jorge Godinho (Eds.), UMAC e LEXIS NEXIS, 2010, págs 267-268, ILDA CRISTINA FERREIRA, "Macau Law: An 'optimal' or 'prestigious' legal source?", Prof. Ignazio Castelluci (Eds.), *Macau Association for the Promotion of Exchange between Asia-Pacific and Latin America* (MAPEAL) (a ser publicado), JOSÉ CARAPINHA, "Implementação em Macau das medidas preventivas AML/CFT. O Gabinete de Informação Financeira: competências legais e perspectiva operacional", págs. 301-339, JORGE GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal. Concurso efectivo ou aparente?", págs. 341-363, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, "Sobre o papel do Direito Penal no propalado 'combate' ao branqueamento de capitais e ao financiamento ao terrorismo. O caso de Macau", págs. 365 -386, todos in *Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea*, Tomo VI, CFJJ, 2011 e JOSÉ CARAPINHA, "Medidas concretas de combate ao branqueamento de capitais", *in Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea*, Tomo X, CFJJ, 2014, págs. 17-65.

27 O crime de terrorismo é um crime de difícil definição não existindo, até aos dias de hoje, uma definição consensual, razão pela qual o texto da Convenção Global contra o Terrorismo Internacional (*Comprehensive Convention on International Terrorism*) proposto pela Índia e pela Rússia, em 1996, continua a ser discutido (o debate entre a linha que divide os *freedom fighters* e o terrorista é longo e antigo). A magnitude da violência dos actos praticados a 11 de Setembro, a complexidade dos meios utilizados e o seu carácter transnacional, levou o CSNU a classificá-los como actos que *constituem uma ameaça à paz e segurança internacionais ao abrigo do Capítulo VII da Carta da ONU,* consubstanciando-se na obrigação internacional de combater todas as formas de terrorismo. CHERIF BASSIOUNI, "*International Criminal Law"* Transnational Publishers, 1999, págs. 767-795, BARDO FASSBENDER, "*The UN Security Council and International Terrorism*", *in* Andrea Bianchi, ob. cit., nota 6, págs. 85-102, GILBERT GUILHAUME, "Terrorism and International Law", *International Comparative Law Quartely*, Vol. 53, Julho, 2004, págs. 537-548, CHRISTOPHER GREENWOOD, "International Law and the War against Terrorism*", Royal Institute of International Affairs*, Vol. 78, n.º 2, April, 2002, BIERSTEKER, THOMAS J., "International Initiatives to Combat the Financing of Terrorism," *in Countering the Financing of Terrorism*, Biersteker, Thomas J. and Sue E. Eckert (Eds), London, Routledge, 2008, JOSÉ SARDINHA, *O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1989, JOSÉ ALVAREZ, "International Organizations as Law-Makers", Oxford University Press, 2005.

28 A Convenção foi adoptada a 09/12/1999, tem 132 signatários e 187 Estados-Parte. Se tivermos em consideração que a ONU tem actualmente 193 Estados-Membros podemos avaliar o nível de adesão e de consenso da comunidade internacional na luta contra este fenómeno. Disponível em: *https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails. aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-11&chapter=18&lang=en.*

actos de terrorismo, incluindo o seu financiamento[29] e actos preparatórios *através do exercício da acção penal e punição dos seus autores* exigindo o pleno cumprimento das 13 Convenções sectoriais sobre o terrorismo[30] e, em particular, a *CFT* [31] [32].

Mas é a alínea a) do parágrafo operativo 1 da Resolução n.º 1373 (2001), que determina

29 A conjugação das alíneas c) e d) do parágrafo operativo 1 proíbe a colocação de quaisquer fundos directa ou indirectamente à disposição de terroristas e pessoas ou entidades com eles conexos, incluindo o seu congelamento. O congelamento de bens é uma proibição temporária e urgente (de curta duração) para impedir, com base numa suspeita, o acesso/movimento de fundos que possam ser utilizados para financiar o terrorismo. Sobre este assunto em relação à RAEM *vide* arts. 1.º, 2.º, 5.º e 22.º da Lei n.º 4/2002 que têm por objectivo dar execução a normas sancionatórias das Resoluções do CSNU que não são exequíveis por si mesmas, isto é, que dependem da adopção de medidas específicas (produção legislativa ou outras) para serem efectivamente cumpridas. Disponível em: *http://bo.io.gov.mo /bo/i/2002/15/lei04.asp*. Não obstante a citada Lei, a RAEM ainda não tem um verdadeiro regime ou mecanismo de congelamento de bens, sendo manifestamente insuficiente no que toca, por exemplo, à aplicação das Resoluções do CSNU n.os 1452 (2002), 1730 (2006) e 1904 (2009), *inter alia* no que concerne ao dever de informar o suspeito e mecanismos de defesa disponíveis. Esta lacuna, entre outras, do ordenamento jurídico da RAEM foi constatada pela equipa de avaliadores do *APG* em 2006/2007 e alvo de recomendação relativamente à SR.III: *"Macao, China does not have freezing and unfreezing measures and procedures both under general or special laws to implement fully UNSCRs 1267 and 1373 in relation to FT funds or assets."*. Disponível em: *http://www.apgml.org/documents/docs/17/Macao%20ME2%20-%20FINAL.pdf,* pág. 53 do relatório.
Nota dos Coordenadores: Em 26 de Fevereiro de 2016, o Governo da RAEM apresentou à Assembleia Legislativa a Proposta de Lei N.º 2/2016/V, intitulada «Regime de execução de congelamento de bens», aprovada na especialidade, em 12 de Agosto de 2016, resultando na Lei n.º 6/2016.

30 São actualmente 16 as convenções (sectoriais) no combate ao terrorismo – área da segurança marítima, aviação civil, tomada de reféns, financiamento, uso de matéria nuclear e de materiais explosivos. Lista disponível em: *https://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2_en.xml&menu=MTDSG.*

31 Com idêntico comando, a título de exemplo, a alínea b) do parágrafo operativo 4 e 7 da Resolução n.º 1267 (1999), o parágrafo operativo 4, a alínea c) do parágrafo operativo 8 da Resolução n.º 1333 (2000), o parágrafo operativo 4 da Resolução n. º 1368 (2001), a alínea a) do parágrafo operativo 4 da Resolução n.º 1390 (2002) e a alínea d) do parágrafo operativo 3 da Resolução n.º 1540 (2004).

32 Também neste sentido as 40 + 9 Recomendações do *Financial Action Task Force* ou Grupo de Acção Financeira Internacional (*FATF/GAFI*) que, embora sejam *soft law,* foram endossadas pelo *Asia Pacific Group on Money Laundering and Terrorism Financing* (*APG*), no qual a RAEM é membro pleno. O *FATF/GAFI* é a instituição internacional que tem por objectivo conceber e promover, quer a nível nacional como a nível internacional, estratégias contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. É reconhecido a nível internacional e consensualmente aceite como *a entidade* que define os padrões nesta matéria a nível mundial. Estas recomendações (actualmente 40, depois da Revisão de Fevereiro de 2014) são aclamadas por diversos organismos internacionais, mormente o CSNU, o FMI, o Banco Mundial e o G-20.

a obrigação geral *de prevenir e reprimir o financiamento ao terrorismo*, e a alínea b) do mesmo parágrafo, que impõe *o dever de criminalizar* e que *define a conduta a incriminar*: "*Tipifiquem como crime* a *prestação ou recolha voluntárias, pelos seus nacionais ou nos seus territórios, por quaisquer meios, directa ou indirectamente, de fundos com a intenção de que sejam utilizados, ou com o conhecimento de que irão se utilizados para a prática de actos de terrorismo*".

Este comando baseia-se no art. 2.° da *CFT* ao estatuir:

"1. Comete uma infracção na acepção da presente Convenção quem, por quaisquer meios, directa ou indirectamente, ilícita e deliberadamente, fornecer ou recolher fundos com a intenção de que sejam utilizados, ou sabendo que serão utilizados, total ou parcialmente, para a prática:

a) De um acto que constitua uma infracção compreendida no âmbito de um dos tratados enumerados no anexo e tal como aí definida[33]*; ou*

b) De qualquer outro acto destinado a causar a morte ou lesões corporais graves num civil ou em qualquer outra pessoa que não participe directamente nas hostilidades numa situação de conflito armado, sempre que tal acto, pela sua natureza ou contexto, vise intimidar uma população ou forçar um governo ou uma organização internacional a praticar ou a abster-se de praticar qualquer acto. (…)".

Já o dever de qualificar como infracções penais no direito interno dos Estados-Parte as condutas previstas no artigo *supra* e de as punir com sanções adequadas que tenham em consideração a natureza grave dessas infracções está estipulado no art. 4.º da *CFT.*

A *CFT* entrou em vigor a 10 de Abril de 2002, assumindo singular valor no actual panorama internacional na luta contra o terrorismo porquanto corresponde a um dispositivo de prevenção do móbil terrorista: o seu financiamento. Sem prejuízo do seu significado, não podemos deixar de sublinhar a dimensão normativa e a latitude das Resoluções do CSNU, ao abrigo do Capítulo VII da Carta da ONU, atenta a sua natureza jurídica relativamente à Convenção, em virtude de esta apenas vincular os Estados-Parte[34].

Os Estados viram-se, assim, compelidos a compatibilizar o seu direito interno com as novas obrigações internacionais[35], e a China não foi excepção, incluindo as suas RAEs de

33 Anexo da Convenção com a enumeração das nove convenções. Disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2006/26/aviso26.asp*

34 *Vide* n/nota 11.

35 SONNENFELD, RENATA, "*Resolutions of the United Nations Security Council*", Martinus Nijhoff Publishers e PWN, 1988, JOSÉ ALVAREZ, *in* ob. cit., nota 27, págs. 184 e ss., LUCA G RADICATI DI BROZOLOE and MAURO MEGLIANI, "Freezing the Assets of International Terrorists Organizations",

Macau[36] e Hong Kong[37].

Todavia, à semelhança de muitas jurisdições antes do 11 de Setembro[38], o bem jurídico protegido na RAEM era a segurança e a paz pública *interna*. Com efeito, os arts. 289.º (Organização terrorista) e 290.º (Terrorismo) do CPM dispunham tão-somente sobre o terrorismo interno não abrangendo o terrorismo internacional, aliás, tal é claro pela sua inserção sistemática no Capítulo V – 'Crimes Contra a Ordem e Tranquilidades Públicas'. Em aditamento, a conduta do financiamento ao terrorismo era subsumível no n.º 1 do art. 289.º ao preceituar que será punido aquele que "*(...) apoiar grupo, organização ou associação terrorista (...)*" (sublinhado nosso).

As deficiências da legislação local tornaram-se manifestas à luz do novo enquadramento jurídico-internacional pós-11 de Setembro, significando a necessidade de tutelar dois bens jurídicos distintos: o terrorismo interno e a paz pública interna *e* o terrorismo externo e a paz pública internacional e de criminalizar autonomamente a conduta de financiamento ao terrorismo[39].

A Lei n.º 3/2006, de 10 de Abril, Lei de Prevenção e repressão dos crimes de terrorismo,

---

in Andrea Bianchi, ob.cit., nota 6, págs. 85-102.

36 A *CFT* entrou internacionalmente em vigor para a totalidade do território chinês em 19/05/2003. A CFT entrou em vigor na ordem interna da RAEM em 28/06/2006, com a sua publicação no BO n.º 26, II Série, através do Aviso do Chefe do Executivo n.º 26/2006. A China fez uma reserva e uma declaração relativamente à RAEM: "2. *A reserva formulada pela República Popular da China ao n.º 1 do artigo 24.º da Convenção será aplicável à Região Administrativa Especial de Hong Kong e à Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (…) 4. No que se refere à Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, não se incluem no anexo previsto no artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Convenção, as três convenções seguintes: (1) Convenção sobre a Protecção Física dos Materiais Nucleares; (2) Convenção para a Supressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima; (3) Protocolo para a Supressão de Actos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental*."

37 Em Hong Kong foi adoptada a *Anti-Terrorism Measures Ordinance* em 02/08/2012. Disponível em: *http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/698FCCAE751E8271482575E F001E1E62/$FILE/CAP_575_e_b5.pdf.*

38 A título exemplificativo, o artigo 421.°-2-2 do Código Penal francês, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.° 1062, de 15/11/2001 ou a Lei Portuguesa n.° 52/2003, de 22 Agosto de 2003, que revoga os arts. 300.º e 301.º do Código Penal Português de 1995.

39 No âmbito da Resolução n.º 1373 (2001) foi criado o Comité Anti-Terrorismo (*Counter Terrorism Committee*) que monitoriza a execução da Resolução em cada Estado. *Vide* relatórios da China desde 2001, incluindo a RAEM, em: *http://www.un.org/en/sc/ctc/resources/1373.html.* O último relatório data de 2006, *disponível em: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/419/06/PDF/N0641906.pdf?OpenElement.*

vem colmatar essa(s) lacuna(s) no que toca à adequação do ordenamento jurídico da RAEM às obrigações de natureza penal decorrentes da Resolução n.° 1373 (2001) e dos instrumentos internacionais aplicáveis no domínio do combate ao terrorismo, em especial, a *CFT*[40], ao revogar os citados arts. 289.º e 290.º[41] do CPM e ao criar um novo quadro jurídico-legal coerente e articulado com a luta internacional contra o terrorismo[42]. Em termos de dogmática sistemática, o legislador optou por uma lei penal avulsa criando um "*regime penal global e unitário do fenómeno terrorista*"[43].

A maior novação da Lei n.º 3/2006, em termos de criminalização de condutas por exigência da ordem internacional é, precisamente, a tipificação autónoma do crime de financiamento do terrorismo[44]. A definição do tipo do crime cumpre os requisitos internacionais e segue de perto a redacção do art. 2.º da *CFT* e da própria Resolução n.º 1373 (2001).

Reza o art 7.º, sob a epígrafe "Financiamento ao terrorismo", que "*Quem disponibilizar ou recolher fundos com intenção de financiar, no todo ou em parte, a prática de terrorismo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força das disposições anteriores*". Este preceito aplica-se ao financiamento de actos de terrorismo interno ou externo praticados quer por indivíduo quer por organização terrorista.

40 Nota justificativa mencionada na nota 15, parágrafos 4-8, págs. 2-3, ao mencionar a Resolução n.º 1373 (2001), a Convenção de Palermo e as Recomendações do *FATF/GAFI*.

41 Ambas as disposições tiveram por fonte os arts. 300.º e 301.º do Código Penal Português de 1995.

42 O art. 4.º pune a prática de actos terroristas domésticos por organização terrorista enquanto o n.º 1 do art. 6.º o acto praticado por um indivíduo. O n.º 1 do art. 4.º reproduz praticamente o antigo art. 289.º do CPM. Já o n.º 1 do art. 5.º e n.º 2 do art. 6.º criminalizam os actos de terrorismo internacional, *i.e.* outro Estado, Região ou organização pública internacional. A Lei n.º 3/2006 alarga ainda o elenco dos crimes-meio no n.º 1 do art. 4.º ao incluir nos crimes contra a segurança das comunicações, as comunicações informáticas na alínea 2); ao aditar a investigação ou desenvolvimento de armas nucleares, biológicas ou químicas na alínea 5); e ao incluir o emprego de armas biológicas ou químicas na alínea 6). O legislador decidiu ainda, em conformidade com as obrigações internacionais, alterar as normas relativas ao âmbito de aplicação da lei penal no espaço (art. 3.º), incluindo a competência extra-territorial. O art. 6.º, n.º 3, criminaliza ainda os actos preparatórios do terrorismo, o art. 8.º pune o incitamento ao terrorismo e o art. 10.º estabelece a responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterou-se ainda o Código de Processo Penal na classificação do terrorismo como criminalidade violenta, aplicando-se um conjunto de normas especiais para esse tipo de crimes.

43 Nota justificativa mencionada na nota 15, parágrafos 15-19, págs. 4-5.

44 Foram fontes de inspiração a Decisão-Quadro da União Europeia 2002/475/JHA (ex: arts. 1.º, 2.º e 7.º), a Lei n.º 52/2003, de 22 Agosto, de Portugal (ex: arts. 2.º, 3.º, 4.º e 6.º), o Regulamento da U.E. 2580/2001, a Decisão-Quadro U.E. 2003/577/JHA. Sobre este tema *vide* ILDA CRISTINA FERREIRA, "The Macau SAR Legal System – Is the EU a Source of Inspiration to Macau Lawmakers?", *ob. cit*., nota 26, págs. 63-65.

A prevenção e a detecção do financiamento ao terrorismo implicam, por seu turno, o controle das operações económico-financeiras a fim de monitorizar e proibir a disposição de quaisquer fundos directa ou indirectamente a terroristas e a pessoas ou entidades com eles conexas. Os efeitos da actual economia global e o recurso fácil à alta tecnologia de informação por criminosos obrigam a adopção, nos sistemas financeiros, de medidas de natureza preventiva análogas ao regime aplicável à prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais, razão pela qual o art. 11.º da Lei n.º 3/2006 remete para a Lei n.º 2/2006, Lei de Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais[45], e para o Regulamento Administrativo n.º 7/2006[46], que aprova as medidas de natureza preventiva dos crimes de branqueamento de capitais e de financiamento ao terrorismo[47].

2.3. O crime de tráfico de pessoas

Na RAEM, o crime de tráfico de pessoas já estava previsto, com a epígrafe 'Tráfico internacional de pessoas", no art. 7.º da Lei n.º 6/97/M, que estabelece o regime legal contra a criminalidade organizada. Porém, a incriminação e a inclusão do tráfico de pessoas naquele diploma legal suscitava dificuldades várias com a expectável aplicação do Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas na RAEM, em especial a alínea a) do art. 3.º que define o crime de tráfico de pessoas, nos seguintes termos:

"A *expressão "tráfico de pessoas" designa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coacção, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração inclui, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a extracção de órgãos (…)*"[48].

45 Disponível em*: http://bo.io.gov.mo/bo/i/2006/14/lei02.asp.*

46 Disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/i/2006/20/regadm07.asp.*

47 *Vide* autores citados na nota 26.

48 O tráfico de pessoas constituiu uma grave violação dos direitos humanos fundamentais. Sobre a consciência da comunidade internacional em tutelar o princípio da inviolabilidade da dignidade do ser humano, como bem jurídico ético-social *supra-individual*, *vide,* entre outros, JÚLIO PEREIRA, "O Crime de tráfico de pessoas. Regime legal numa perspectiva comparada (Portugal, Macau, República Popular da China) e face ao Protocolo das Nações Unidas para a sua Supressão e Punição", *Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea*, Tomo I, CFJJ, 2006, págs. 17-38, JOSÉ MOURAZ LOPES, *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, Coimbra Editora, 2008, OLIVIER

A disposição legal na Lei n.º 6/97/M padecia de vários elementos desconformes com a principal fonte universal de combate ao tráfico de pessoas em todas as vertentes, designadamente o facto de:

i) não punir o tráfico de pessoas vindas do exterior para a RAEM;

ii) estar limitado à prática da prostituição;

iii) ser irrelevante o consentimento da vítima quando utilizados os meios referidos na supracitada alínea a) do art. 3.º.

Pese embora o Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas só ter entrado internacionalmente em vigor para a China, incluindo a RAEM, a 10/03/2010[49], o legislador da Região anteviu a necessidade de reenquadrar o crime de tráfico de pessoas face à nova abordagem internacional do fenómeno – comumente referenciado como "*the modern form of the old worldwide slave trade*" – e à sua natureza transnacional.

Para o efeito, adoptou um novo diploma legal que reflecte essa preocupação global e cumpre com os comandos internacionais: a Lei n.º 6/2008, de 23 de Junho, Lei de combate ao crime de tráfico de pessoas. Refira-se, neste contexto, que pesaram ao nível da decisão político-legislativa não só a previsibilidade da aplicação do citado Protocolo e de outras convenções com obrigações idênticas[50] mas também a pressão internacional que a RAEM, à data, estava a sofrer enquanto potencial jurisdição de trânsito e destino[51].

A Lei n.º 6/2008 criminaliza autonomamente a conduta do tráfico de pessoas e de menores, estabelece a jurisdição extra-territorial da RAEM e introduz um regime de protecção e de apoio à vítima, promovendo uma estratégia multidisciplinar e integrada de prevenção e

---

BRAY, "A luta contra o tráfico de seres humanos", *Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea*, Tomo VI, CFJJ, 2011, págs. 107-137 e MANUEL LEAL-HENRIQUES, "*Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau – Parte Especial*," Vol. III, CFJJ, 2014, págs. 296-304.

49 Aviso do Chefe do Executivo n.º 13/2002, disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2010/17/aviso13.asp.*

50 Por exemplo, relativamente ao crime de tráfico de pessoas para fins de exploração laboral: a Convenção da OIT n.º 29, sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório, a Convenção da OIT n.º 105, sobre a Abolição do Trabalho Forçado, a Convenção da OIT n.º 182, relativa à Interdição das Piores Formas de Trabalho das Crianças e à Acção Imediata com vista à Sua Eliminação.

51 *Vide*, por exemplo, o relatório sobre o tráfico humano dos EUA de 2006 (*TIP reports*) que coloca a RAEM na *Tier 2 Watch List*, disponível em: *http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2006/65989.htm* ou as Recomendações do Comité relativo à aplicação do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (parágrafos 113 e 123), disponível em: *http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1% 2fAdd.107&Lang=en*. Um estudo sobre o Tráfico de Pessoas na RAEM realizado pela Universidade de Macau, em Dezembro de 2010, revela a incidência deste fenómeno em Macau para fins de exploração sexual. Disponível em: *http://www.anti-tip.gov.mo/pt/other.aspx.*

de combate ao fenómeno[52].

No caso concreto, em termos de técnica-legislativa, o legislador decidiu aditar um novo artigo ao CPM, o art. 153.º-A, sob a epígrafe 'Tráfico de pessoas', na categoria 'Ofensas à Liberdade Pessoal', inserindo-o a seguir ao crime de escravatura.

Reza o citado artigo que é punido pelo crime de tráfico de pessoas "*quem oferecer, entregar, aliciar, recrutar, aceitar, transportar, transferir, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração sexual, de exploração do trabalho ou dos serviços dessa pessoa, incluindo, pelo menos, trabalhos ou serviços forçados ou obrigatórios, de escravatura ou práticas análogas à escravatura, ou de extracção de órgãos ou de tecidos de origem humana (…).*

No âmbito do tráfico de menores, podemos afirmar que a nova norma incriminadora vem reforçar a protecção aos menores, ao reconhecer a especial vulnerabilidade das crianças nos elementos constitutivos do tipo do crime bastando os elementos da conduta e da finalidade sempre que a vítima for menor, a par de impor penas mais severas para casos de tráfico de menores e de menores com menos de 14 anos de idade (cfr. n.os 2, 3, 4).

De salientar que o art. 153.º-A do CPM e a Lei n.º 6/2008 são um bom exemplo do cumprimento cabal das exigências internacionais em termos de produção normativa e harmonização[53], indo mais além, ao incluir no tipo do crime a extracção de *tecidos de origem humana* (cfr. art. 3.º do Protocolo)[54] e no facto de o escopo de aplicação não estar reduzido ao contexto do crime organizado punindo a conduta quando igualmente praticada por pessoa singular (cfr. art. 4.º do Protocolo).

A Lei está ainda em sintonia com outras Convenções aplicáveis na RAEM, em particular a Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 34.º e 35.º)[55], o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (arts. 1.º, 2.º e 3º)[56], e a Convenção n.° 182 da Organização Internacional do Trabalho

52 Fontes de origem internacional que serviram de base a este projecto: o Protocolo, a Decisão-Quadro do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos, da União Europeia (nota justificativa págs. 1-3).

53 No que concerne às sanções, houve um reajustamento da moldura penal consentânea com a gravidade do crime, sendo a pena máxima de 15 anos por contraposição aos 8 anos estatuídos na Lei n.º 6/97/M.

54 *Vide* Lei n.º 2/96/M, sobre a Dádiva, colheita e transplantação de órgãos e tecidos de origem humana. Disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/i/96/03/declei06.asp*. O art. 4.º da Convenção do CdE relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos só prevê a extracção de órgãos.

55 Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/2001. Disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/i/98/37/resoluar20.asp#ptg.*

56 Aviso do Chefe do Executivo n.º 12/2003. Disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2003/19/aviso12.asp#ptg.*

(OIT) relativa à Interdição das Piores Formas de Trabalho das Crianças e à Acção Imediata com vista à Sua Eliminação (arts. 1.º, 3.º e 7.º).[57]

2.4. Crime de corrupção no sector privado e o crime de corrupção de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas

À semelhança dos crimes anteriores, que resultaram da aplicação do direito internacional positivo na RAEM, também o tipo-ilícito penal da corrupção foi alvo de modificação com a aplicação da Convenção de Mérida na Região; convenção que reconhece os contornos contemporâneos do crime de corrupção, mormente do seu escopo além-fronteiras e além sector público e a circunstância de estar intimamente associado a outras formas de criminalidade, em especial a criminalidade organizada e o branqueamento de capitais.

Com efeito, a corrupção deixou de ser um problema local para passar a ser um problema global que afecta todas as sociedades e economias ao *minar as instituições democráticas e o Estado de Direito*, pondo em causa, entre outros, *princípios de boa gestão dos assuntos e bens públicos, transparência e equidade* constituindo um obstáculo à estabilidade política e ao desenvolvimento sustentável dos Estados.

A Convenção entrou internacionalmente em vigor para a China, incluindo a RAEM, a 12/02/2006. Nesta Convenção há que distinguir os casos em que existe uma obrigação dos Estados-Parte em adoptar uma norma incriminadora para dada conduta – *"Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas legislativas (…) para tipificar como infracções penais (…)"*[58] e os casos em que a Convenção deixa ao critério dos Estados-Parte a possibilidade de criminalizarem dada conduta – *"Cada Estado Parte deverá considerar a adopção de medidas legislativas (…) para tipificar como infracções penais (…)"* (sublinhado nosso).[59]

É no cumprimento de algumas destas disposições normativas que o legislador da RAEM toma a iniciativa de "*harmonizar o combate dos actos de corrupção com a prática internacional*", considerando que na legislação penal vigente o crime de corrupção apenas

57 Aviso do Chefe do Executivo n.º 10/2004. Disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2004/17/aviso10.asp#ptg.* Para uma análise na perspectiva dos direitos das crianças e da conformidade (ou não) com as obrigações de direito internacional, *vide* ILDA CRISTINA FERREIRA, ob.cit. nota 14.

58 Cfr. art. 15.º (Corrupção de funcionários públicos nacionais), art. 16.º, n.º 1 (Corrupção activa de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas), art. 23.º (Branqueamento do produto do crime) e art. 25.º (Obstrução à justiça).

59 Cfr. art. 16.º, n.º 2 (Corrupção passiva de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas), art. 18.º (Tráfico de influência), art. 19.º (Abuso de funções), art. 20.º (Enriquecimento ilícito), art. 21.º (Corrupção no sector privado), art. 22.º (Peculato no sector privado) e art. 24.º (Ocultação).

estava previsto para o sector público – Capítulo V do CPM –[60], através da adopção de duas leis penais avulsas: a Lei n.º 19/2009 para a prevenção e repressão da corrupção no sector privado[61] e a Lei n.º 10/2014 que estabelece o regime de prevenção e repressão dos actos de corrupção no comércio externo[62].

De notar que enquanto o primeiro diploma legal é uma decisão político-criminal da RAEM de combater a corrupção no sector privado atenta a economia e as actividades comerciais da RAEM, [63] indo assim ao encontro de um desejo expresso na Convenção de se criminalizar essa conduta, já o segundo dá resposta a um imperativo normativo no que atine à incriminação da corrupção de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários públicos de organizações internacionais públicas[64].

No âmbito da discricionariedade que foi conferida aos Estados-Parte no sentido de criminalizarem a corrupção no sector privado, os arts. 3.º e 4.º da Lei n.º 19/2009 dão resposta a essa pretensão e punem respectivamente a corrupção passiva e activa no sector conforme o disposto nas alíneas a) e b) do art. 21.º da Convenção[65].

O art. 4.º da Lei n.º 10/2014, por seu turno, define e pune a corrupção activa no âmbito do comércio externo, observando o disposto no n.º 1 do art. 16.º da Convenção que prescreve o dever de criminalizar essa conduta. Contudo, é nosso entender que este diploma fica aquém do que podia ter sido o seu alcance integral caso tivesse igualmente criminalizado a corrupção passiva de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas, tal como sugerido no n.º 2 do mesmo artigo.

Embora o art. 16.º, n.º 2, não configure uma obrigação *jure gentium* de incriminar em virtude de ter deixado aos Estados-Parte a "*possibilidade de*", mesmo assim, estamos em crer que o legislador perdeu uma oportunidade de estar na linha da frente das jurisdições com a legislação mais moderna e actual neste domínio, combatendo o acto de corrupção em todas as suas vertentes – activa e passiva. Aliás, de uma leitura atenta da nota justificativa, constata-se que a *mens legislatoris* era "dar *cumprimento aos deveres estabelecidos nos n.os 1 e 2 do art. 16.º*", porém, não foi esse o resultado final.

Como novidade, refira-se que o diploma abrange não só os actos de corrupção de

60 Cfr. art. 337.º (Corrupção passiva para acto ilícito), art. 338.º (Corrupção passiva para acto lícito), art. 339.º (Corrupção activa), art. 340.º (Peculato), art. 341.º (Peculato de uso) e art. 342.º (Participação económica em negócio).

61 Disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/i/2009/33/lei19.asp.*

62 Disponível em: *http://bo.io.gov.mo/bo/i/2014/52/lei10.asp.*

63 Nota justificativa, disponível em: *http://al.gov.mo/lei/leis/2009/19-2009/nota_justificativa.pdf.*

64 Nota justificativa, disponível em: *http://al.gov.mo/lei/leis/2014/2014-10/nota_justificativa.pdf.*

65 *Ibid*, pág. 1.

funcionários públicos estrangeiros e de funcionários públicos estrangeiros de organizações internacionais mas também de organizações públicas do Interior da China, Hong Kong e Taiwan.

Quanto às molduras penais, temos dúvidas que as penas previstas, máximo de dois anos, cumpram o intento do art. 30.º, n.º 1, da Convenção quanto ao seu efeito preventivo e dissuasor – "*Cada Estado Parte deverá sujeitar a prática de uma infracção estabelecida em conformidade com a presente Convenção a sanções que tenham em conta a gravidade dessa infracção*". Por outro lado, enquanto crime precedente do crime de branqueamento de capitais, à luz da lei da RAEM, temos reservas quanto à sua punibilidade porquanto é necessário que o facto ilícito típico precedente seja punível com pena de prisão de três anos (art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 2/2006) [66].

EM JEITO DE CONCLUSÃO

Podemos firmar que, nos últimos 20 anos, o aperfeiçoamento do regime jurídico-penal local deve-se maioritariamente à aplicação na RAEM de um universo de instrumentos jurídicos internacionais que impõem a obrigação de criminalizar determinadas condutas.

Novos tipos ilícitos penais que exprimem preocupações globais e objectivos universais vertidos em convenções internacionais às quais a RPC resolveu vincular-se, estendo a sua aplicação à RAEM, e em Resoluções do CSNU às quais a RPC se encontra vinculada quanto à totalidade do seu território nacional.

O ónus de compatibilização do ordenamento jurídico interno com o direito internacional contribui indubitavelmente para a evolução do direito penal substantivo da RAEM. Porém, a adequação do ordenamento jurídico-penal local implica um cuidado extremo do legislador atenta a matéria em causa (direitos fundamentais) impondo critérios de imputação dogmaticamente adequados e admissíveis perante os princípios norteadores do sistema jurídico-penal da RAEM.

De assinalar, neste contexto, que a excessiva proliferação de legislação penal avulsa não abona a favor dos princípios da certeza e da segurança jurídica tradicionalmente consubstanciados num Código – garante da unidade e da coerência sistemática do ordenamento jurídico-penal. Cabe, pois, ao legislador a função de assegurar a sua integridade quer seja através da adopção de legislação especial penal avulsa quer através de alterações ao CPM.

66 Este raciocínio aplica-se *mutatis mutandis* às penas do crime de corrupção passiva para acto lícito para o sector público.

Dos exemplos apresentados, podemos asseverar que a criminalização do financiamento ao terrorismo cumpre os compromissos internacionais, que a incriminação do tráfico de pessoas foi mais além relativamente ao tipo-ilícito definido na própria convenção, sendo um excelente exemplo de conformidade com as exigências internacionais, podendo, inclusive, servir de fonte de inspiração a outras jurisdições, e que a prescrição penal da conduta de corrupção no sector privado e no comércio externo observa os mínimos previstos na Convenção de Mérida.

A criminalização destas novas condutas, por força do cumprimento de obrigações internacionais, enriqueceu e reforçou o quadro jurídico-penal da RAEM, tutelando bens jurídicos fundamentais e de interesse supra-individual, mantendo a Região e, em última instância, a RPC, em sintonia com os compromissos assumidos pela comunidade internacional assentes no espírito de solidariedade e de responsabilidade partilhada.

因年齡的不可歸責性：成熟還是責任？

António Correia Marques da Silva

一、引言

“所有與兒童有關的決策，不論是公共或私人機構以保護的名義作出的，還是法院、行政當局或立法機關作出的，作出決定時所要考慮的首要問題是兒童的利益至上”[1]。

也確實應當如此。澳門的（應當說是全世界的）兒童和青少年都應當有尊嚴地生活。他們生而自由，在尊嚴和權利上一律平等[2]。為保他們能夠有尊嚴地生活，不僅需要修改法律和採取公共政策，也需要私人部門的合作甚至全社會的廣泛參與，目標是使青少年在社會層面和教育層面都取得協調發展。

但是，隨著城市犯罪率的提高，尤其是青少年犯罪的增加[3]，在全世界範圍內逐漸出現了降低刑事問責年齡的呼聲。該論文從社會的各個層面尋找依據，尤其是關於民眾的不安全感的（這種不安全感其實常常是人為創造和加劇的，媒體工作者誇大其詞地對由兒童實施的犯罪進行報道），以論證公權力在抑制犯罪以及預防青少年犯罪上是不力的。

顯然，在對上述問題的探討上存在著嚴重的偏差。首先，很多時候人們錯誤地認為，由青少年實施的犯罪在整個社會佔據相當大的比重，然而事實和統計資料都表明，真實情況並非如此[4]。

1 Souto de Moura, José Adriano：《教育監督：正當性及目的》，載於《兒童和青年雜誌》，第四期，十月 – 十二月號，第19頁。

2 《世界人權宣言》第一條：人人生而自由，在尊嚴和權利上一律平等。他們賦有理性和良心，並應以兄弟關係的精神相對待。

3 參見Luís do Couto, Isabel：《刑事問責年齡的困境》，波爾圖天主教大學法學院2012年法學碩士論文，見第28頁：青少年犯罪一直被認為是在青少年心理發展過程中出現的一種障礙，該問題是人文和社會科學領域多個學科的研究對象和深入調查對象，特別是心理學……在法律層面表現為對刑事法律的違反，根據精神病學理論，青少年犯罪表現為社會行為的錯亂，包括如攻擊、盜竊、逃避、破壞等等的一系列違反社會規範的行為。

4 有人收集了巴西多個州的情況，數據表明，由18歲以下的未成年人實施的犯罪僅占10%，而巴西已經

第二，人們經常將不可歸責與不受處罰混淆，後者意為完全地不負責任。事實上，二者是完全不同的，大多數的法律體系（包括澳門，參見第2/2007號法律－違法青少年教育監管制度）都對二者進行區分，規定有再教育的措施，包括治安和/或司法警告處分、在合適的機構收容、與被害人調解（不論有無彌補損害）、提供社區服務、對其行為作出限制、緩刑等，根據具體的案情選擇適用。

另一個常見的誤區是，在探討設定最低刑事責任年齡（該問題具有隨機性，因為不同個體之間並不是完全相同的）的問題時，人們認為有必要降低刑事問責年齡的原因是他們的辨別力，或者說，犯罪青少年是否知道其所實施的行為是錯誤的[5]。該觀點忽略的問題是，“對行為具有完全的理解能力並想要實施的，可歸責；在這種能力上有欠缺的，不可歸責”[6]，因此，在決定採取哪些措施以便青少年改邪歸正、重返社會時，始終不能忘記的是，他/她還只是個兒童（根據聯合國《兒童權利公約》，所有不滿18周歲的未成年人都被視為兒童），或者說，一個仍處於發展過程中的人。不得不說，在很多案例中，未成年人其實能夠辨別其行為具有違法性，卻無法避免實施該行為，因為年幼（從而缺少生活經驗），他們在意志上有瑕疵和不足，衝動行事，易受他們無法控制的因素的影響。因此，在“想要實施”的構成要件上有瑕疵，他們的情緒操控了他們的認知系統。

正如劳伦斯·施泰因贝格[7]所述：“在青春期早期的幾年間，人的社會心理體系經歷巨大的變化，由於青春期荷爾蒙的變化，喜歡尋求刺激、衝動行事，渴望得到反饋。但是，人類兩個系統（情緒和認知）的成熟過程是不同的。一方面，情緒系統很容易被激活，使人對周遭環境極其敏感，而另一方面，在認知方面又是不成熟的：這就表現為知道與做的區別”。

關於這一問題，我們不能忽略的一點是，司法機關對未成年人採取的措施不僅具有“懲罰”性質，還應當有對其進行社會化再教育的作用，尤其是使其重返社會，包括在工作、教育和文化方面的重返。這是因為，他/她仍是一個處於人格形成階段的人，身體、心理和情緒都待成熟，還不能完全控制其喜好。

因此，比懲罰更重要的是，通過對他們的援助，改變他們的行為，使他們成為人類的未來。別忘了，家庭和社會原因都可能是造成青少年行為偏差的原因。在一個結構失衡、貧窮、不能很好地融入社會的家庭中成長的青少年，更容易實施不法行為[8]。

是青少年犯罪現象最嚴重的一個國家了。參見《不可歸責不等於不受處罰》，載於http://www.rebidia.org. br/noticias /direito/imput_in.html

5 “如果以這個標準進行考察，我們將不得不說，一個七歲的孩子應當受到刑罰處罰——在監獄中——因為他/她已經知道殺人是不對的，在學校裡偷走小朋友的鉛筆也是不對的”，參見《不可歸責不等於不受處罰》，見前注，第6頁。

6 Souto de Moura, José Adriano，前注第19頁。

7 《青少年不如成年人成熟嗎？》，載於《美國心理學家》，第64期，2009年，第583頁。

8 參見陳欣欣的文章，載於《澳門回歸前後的問題與對策》一書，澳門政策研究所編著，1999年6月；轉引自澳門立法會關於《澳門青少年犯罪》的報告，第4頁：“從研究發現，大部份的青少年罪犯都

關於這一問題，有必要參考聯合國預防少年犯罪準則－利雅得准則[9]（本文受篇幅所限，無法對此進行更詳細地介紹）。

因此，我們所要討論的是如何積極地預防犯罪，而不是通過司法途徑，通過以牙還牙的刑罰，對他們的行為進行報復。換句話說，對於青少年偶然實施的不法行為，社會不應當過度反應，不應過於譴責他們和給他們貼標籤[10]。

二、關於立法規定刑事問責年齡的問題

不可歸責性無非就是一個關於能否歸咎某人、能否使其為其所實施的犯罪承擔責任的問題。因此，在展開進一步的討論之前，有必要先給犯罪下定義。

或者說：“對行為具有完全的理解能力並想要實施的，可歸責，在這種能力上有所欠缺的，不可歸責”[11]。

那麼，如何理解犯罪呢？根據法學理論，犯罪是符合構成要件該黨性、具有違法性和有責性、應受刑罰處罰的行為。

如此，我們可否認為不可歸責者（可能因為年齡，也可能因為精神失常）實施了犯罪？嚴格地說，明顯是不可以的。這是因為，根據犯罪的定義，犯罪不僅要求行為具備違法性（行為/結果無價值的判斷），也要求行為人是有罪過的（罪責判斷）。怎樣算是有罪過[12][13]？行為人必須意識到其行為違反法律並且行為人足夠成熟，有能力以正確的方式避免實施此種行為。這是因為，只有在行為人有罪過，實施行為時有意識並受該意志驅使時，才可能受到刑罰處罰，而且刑罰不得超過其罪過的程度[14]。

不可歸責者的行為不具備罪過這一要素，因此，其行為並不構成任何犯罪。的確，他們作出被法律定為犯罪的事實[15]。這是因為，“一個行為違反法律，因而具有違法性，但可能因為行為人是在認識或者意志受到影響的情況下實施的行為，從而並不需要對其施以刑罰處罰，換句話說，對前述行為，行為

有第二代新移民、低下階層、及不完整家庭結構等社會背景，而一般青少年罪犯的學業成績與操行都表現較差，他們通常都有結交不良朋友等情況!”

9 http://www.mj.gov.br/sedh/dca/convriad.htm

10 林愛冰：《青少年犯罪的社會成因》，載於《青年研究學報》第二期（香港：香港青年協會），1998年7月；轉引自簽署澳門立法會的報告。

11 Souto de Moura, José Adriano，前注第19頁。

12 Figueiredo Dias，載於《自由、罪責和刑法》，科英布拉出版社，2005年，第84頁，罪責假設“行為人在實施犯罪之時有能力以符合法律規範的方式行為”。

13 “罪過原則”是刑法的基本原則之一，根據這一原則，“無罪過則無刑罰，刑罰不得超過罪過的程度”。

14 Leal – Henriques, Manuel, Simas Santos：《澳門刑法典，注釋及單行刑法》，1997年，第38頁。

15 這正是第2/2007號法律第一條第二款中所使用的表述。

人是不可被歸責、不可被歸咎的”[16]。正如Anabela Rodrigues Miranda所述[17]：“刑法上的罪過，包括對社會倫理的裁判，包括對實施了符合犯罪構成要件的行為的行為人人格的評判”。

那麼，因年齡的不可歸責性有何含義呢？更明確地說（以刑事政策為中心），在立法規定最低刑事歸責年齡時，應該假定人們從何時起具備分辨能力，有能力理解並希望作出某種行為[18]，從而可能有過錯。根據這種假設（關於不可歸責性的假設），通過“證明行為人處於不健康/不健全的狀態並使其一般的能力受到影響”，“仍然假設其具備有關能力是存有疑問的，應當以正確的、嚴謹的方式處理”[19]。

因此，不可歸責性是一個規範層面的概念；是立法者在秉持正義的理念、調和社會中各種主導力量的基礎上選擇的。因此，法律應當考慮發展心理學中的一些問題，特別是與心智的成熟有關的問題，了解個人如何隨著年齡的增長取得了抽象分析、分辨、進行道德判斷、作出決斷的能力。

因此，因年齡的不可歸責性制度，使尚未達到法律所規定的特定年齡的未成年人免於在刑事訴訟程序中受到審判。這是因為，他們不該承擔刑法上的責任和受到刑事制裁。但這並不意味著他們不必承擔法律責任。

此外，注意此處所指的年齡是指行為人作出行為時的年齡而非被審判時的年齡。這一問題看似過於簡單，但仍有必要強調，雖然可能因此而使筆者遭到取笑。

同時需要再次強調的是，刑事問責年齡並不僅僅是一個立法技術上的問題。作為法律問題（它也是其他社會科學分支研究的對象）時，它涉及到刑事政策，並以犯罪學為基礎。通過刑事問責年齡的設定，可採取一些可以對犯罪控制更為有效的措施，從達到法律規定的最低問責年齡時起，個人開始為其行為承擔刑事責任和受到刑事法律規範的約束。即便如此，仍然有一些情況，雖然行為人的行為符合犯罪構成要件，而且也達到了最低刑事問責年齡，但仍被宣告不受刑罰處罰。這時就不是年齡的原因了，而是法官認為行為人沒有能力認識到其行為的不法性，或者雖然意識到不法性，但沒有能力以合適的方式避免實施該不法行為。

說到這裡，有必要說明的一個問題是，使年幼的行為人免受刑罰處罰、免於被科處徒刑的原因不僅僅是他們缺乏辨別能力——青少年其實往往具有該能力——，更多地是因為刑罰的負面效果，以預防和制裁犯罪的名義，使孩子遭受一個本來為成年人設置的刑罰體系，會產生不好的後果[20]，因此，建議“以一

16 Leal – Henriques, Manuel, Simas Santos：《澳門刑法典注釋及評註》第一卷，2013年，第258頁。

17 《教育監管法評註》，第15頁。

18 De Almeida, Carlota Pizarro：《不可歸責性的幾種模型：從理論到實踐》，Almedina，科英布拉，2000年，第46頁。

19 De Almeida, Carlota Pizarro，前注第45頁。

20 Figueiredo Dias, José：《刑法——總論一》，第595和第596頁：“應當不遺餘力地避免兒童或青少年受到我們的法律中所規定的最嚴苛的處罰方式，避免經歷刑事訴訟程序，這是因為，在進行刑事審判的過程中會給他們帶來極大的傷害，如果適用刑罰，會給未成年人的人格帶來極為嚴重的影響，會給他

套相對靈活的保護性及/或教育性措施代替嚴苛的刑事處罰，根據每一案件的具體情況採取或保護、或教育的措施，甚至也包括處罰性質的措施，預防青少年實施反社會的行為”[21]。

另一個原因是，“犯罪學專家與刑法學專家一致認為：徒刑系統是失效的。剝奪人的自由的刑罰起不到再教育的作用，更不用說使人重返社會了。相反，使犯罪人更加墮落、畸形。不是拯救人，而是摧毀人”。那麼，“既然監獄系統在教育和拯救功能上的不足使刑法學家們倡導以更可行的方式替代監獄，將青少年送入監獄只會起到提高犯罪率而非抑制犯罪的作用”[22]。

最後需要說明的是，不可歸責性的問題與罪過緊密相關，“當我們說起罪過時，我們說的其實是自由”[23]，是選擇的權利，因為“我們所受到的法律和道德方面的教育使我們堅信，對無罪過的人施以刑罰處罰是不公正的”[24]。

因此，各文明國家早就意識到，“法律能夠打擊行為，但無法控制思想”[25]，從而以行為而非行為人作為其刑事法律的基礎。

最後，筆者想引述Carlota Pizarro de Almeida的一段話作為上述問題的結尾[26]：“不論一個社會的法律體系有多麼的堅不可摧，總應留有空隙，考慮人的多樣性，尊重人的多樣選擇——包括那些可能具有違法性、可能受到處罰的選擇。因為這關乎人的選擇自由，不論每個人在作出選擇時的想法如何，人有選擇的自由”。

人的自由是不言自明的。人格尊嚴也是不需要證明的，沒有人會否認人格尊嚴作為一項重要的價值。

既然大家都接受人格尊嚴是根本的、神聖的原則，超越憲法中[27]規定的其他原則，我們應當視每一個人為一個自由的個體，有義務、也有權利就其所實施的行為向其所屬的社會負責。這是法治社會的一項基本方針。只有在家長制的體系下，國家想要監管其子民，把其子民當成未成年人一樣對待，忽視每一個人所本應當享有的自由。

但是眾所周知，在某些情況下，個人並不擁有上述自由[28]。未成年人就屬於這種情況。由於年幼，他們尚不具備有意識地作出決定和處理生活中的問題的必要能力，這種能力是逐漸獲取的。他們甚至可能已經意識到某些行為具有違法性，卻無法避免實施該行為，因為年幼，因為缺少人生經驗，他們在意志

們的成長甚至未來的一生打下烙印”。

21 巴西圣卡塔琳娜州高等法院法官Amaral e Silva：《不可歸責不等於不受處罰》，見前注，第7頁。

22 Amaral e Silva，前注第8頁。

23 De Almeida, Carlota Pizarro：《不可歸責性的幾種模型：從理論到實踐》，Almedina，科英布拉，2000年，第15頁。

24 Santos, J. Beleza：《刑法中不可歸責性》，載於《法學和社會研究期刊》，第五年，1949/1950，第89頁。

25 De Almeida, Carlota Pizarro，前注第46頁。

26 De Almeida, Carlota Pizarro，前注第67頁。

27 這一原則在澳門的體現，見《基本法》第三十條：“澳門居民的人格尊嚴不受侵犯”。

28 但即使這樣，也不意味著可以剝奪他們的人格尊嚴。

上有瑕疵和不足，衝動行事，易受他們無法控制的因素的影響。因此，在“想要”的構成要件上有瑕疵，他們的缺乏自決的能力[29]。這裡所述的自決，或許正是自由的核心。

說到這裡，筆者不得不提起澳門刑事法律中的一個漏洞：澳門沒有為達到16歲但是不足21歲的未成年人和年輕人設置特別的制度，以便據此減輕對他們科處的刑罰。

觀察發現，“鄰近的香港就十四至十八歲者、台灣就十二至十八歲者、內地就未滿十八歲者均設有專門的法律制度規範對其的審判事宜”[30]。

《北京規則》在其第2.3項中也規定，“應努力在每個國家司法管轄權範圍內制訂一套專門適用於少年犯的法律、規則和規定”。

三、第十七屆國際刑法學大會

第十七屆國際刑法學大會於2004年12月12日-19日期間在北京召開[31]，來自全世界各大洲共68個國家和地區的總共一千多人參加，筆者也有幸參加了此次大會；本屆大會由國際刑法學協會（AIDP）[32]主辦，國際刑法學協會中國分會（1998年成立）承辦，中國法學會（CLS）[33]贊助支持；本屆大會的主題是“全球化時代刑事犯罪的挑戰與對策”。

本次大會第一節的主題是“國內法與國際法下的未成年人刑事責任”，與會者達成以下決議[34]：

“考慮到：

未成年人需要社會的特殊保護，尤其需要立法者、社會制度及司法制度的保護；

對年輕人需要適用特別的法律規則；

29 “人們認為，低於該年紀（16歲）的未成年人太缺少人生經驗了，以致他們作出的行為未必真的是他們所希望的。即使做的與想做的不衝突，他們的態度也往往的猶豫的，對價值的態度影響了他們的自決。兒童和青少年極易受到影響。在內心深處，他們可能並不非常清楚自己想要什麼。此外，他們通常也不具備控制情緒的必要的意志力。他們根據自己的喜好生活，無法估計他們的行為”，見Souto de Moura，前注第20頁。

30 參見澳門立法會第一常設委員會第5/III/2009號意見書，第22頁。

31 這是國際刑法學協會成立一百多年來第一次在亞洲舉行的國際刑法學大會。

32 國際刑法學協會是一個非政府性學術團體，在聯合國和歐洲委員會都享有咨詢地位，在國際刑事司法領域具有很高的地位和影響，他們“不僅是一個學術機構，也是一個致力於在各個層面上促進司法和公正的機構”，載於《第十七屆國際刑法學大會文獻彙編》，中國人民公安大學出版社，2005年，第31頁。

33 是法律科學領域的全國性機構，在構建社會主義法治體系的過程中發揮著重大的作用，參見中國法學會會長韓杼滨在第十七屆國際刑法學大會開幕式上的講話，載於《第十七屆國際刑法學大會文獻彙編》，中國人民公安大學出版社，2005年，第26頁。

34 原文為葡語，本文作者根據本決議的法文版本翻譯，法文版本載於《第十七屆國際刑法學大會文獻彙編》，中國人民公安大學出版社，2005年，第50 - 53頁。

對年輕人的保護、他們的和諧發展和社會化極為重要，同時也應當確保社會的安全，重視受害者的利益；
社會對未成年人的干涉應始終把他們的最主要利益考慮在內；
各國不同的國情以及文化、社會、經濟方面的各種差異；
人的青年狀態可以持續到年輕的成年時期（25周歲），因此，立法也可以以適用於未成年人的某種類似方式適用於年輕的成年人；
回顧1995年聯合國通過的未成年人司法北京規則所表達的國際規則和准則，與會者通過如下建議：

一、刑事責任原則的正當理由以及不同年齡的劃分

1. 作為法律的主體，未成年人具有自身的特殊性。正是由於這些特殊性，立法體系應該在犯罪要素的框架內單獨考慮未成年人的法律責任。
2. 完全刑事責任年齡應該設定在18周歲，立法體系應當確定行為人達到何種年齡才可以適用特殊的刑事司法制度。這種刑事司法制度不應適用於犯罪時不滿14周歲的人。
3. 對未成年罪犯應主要採取教育措施或者其他對個人有矯正作用的替代性制裁措施；如需，亦可例外地適用傳統意義上的刑事制裁措施。
4. 對低於14周歲的未成年人，只能適用教育措施。
5. 針對有關個人的需要，可將教育措施或對個人有矯正作用的替代性制裁措施所適用主體的年齡延長至25周歲。
6. 針對18周歲以上的人所實施的犯罪，對未成年人適用的特殊條款可以擴大適用於25周歲以下的人。

二、 未成年人刑事責任的司法確定

7. 未成年人的刑事責任以及由這種責任所產生的後果必須由專門的司法部門確定，該司法部門有不同於成年人的獨立的司法權。這種特殊資格應包括訴訟程序的所有其他參與者。該司法管轄權最低能擴展到與未成年人有關的所有問題。
8. 只有經過多方面的預先調查，並經當事人的質證，才能做出司法決定。
9. 應當特別注意保護受害者的利益，給予他們人道的待遇。

三、制裁以及其他措施

10. 死刑本身產生了與人權有關的某種嚴重問題，對犯罪時未成年的人不得判處死刑。
11. 禁止任何形式的終生監禁、肉刑、酷刑或者其他任何不人道的待遇。監禁最長不超過15年。
12. 只有在例外的情況下才能對未成年人實行審前羈押。審前羈押的決定應該由司法機關做出，必須具有法定的理由，並且做出審前羈押決定之前

必須經過審理。審前羈押過程應盡可能輔以教育措施。對不滿16周歲的未成年人應盡可能不實行羈押。

13. 徒刑作為一種例外的制裁措施，只可對嚴重的罪行宣判，並且可能適用於已對品行做出仔細評估的未成年人。必須嚴格限制徒刑的判處和徒刑的期限。對未成年人的監禁必須在不同於成年人場所執行，必須盡可能採取正式審判和徒刑以外的替代性措施。在主要考慮犯罪人回歸社會的情況下，應優先選擇充分考慮被害者利益的調和措施。

14. 對未成年人適用的教育及保護措施必須符合與對其適用刑罰措施相同的要求和保障。

15. 在任何情況下都應最大限度地遵守均衡原則。

四、國際方面

16. 立法體系、法院、檢察機關以及其他處理未成年人案件的機構，應當按照與兒童權利有關的國際法律文件進行操作。尤其重要的是要確保國內立法、司法及行政決定與該國批准的國際公約與條約保持一致，和有關的國際標準和規範相符合。

17. 在適用有關國際刑事司法合作的法律文件時，必須對未成年人的最重要的利益給予特別的關注。國際合作決不能使未成年人陷入比其在犯罪發生地國所可能受到的處置更為不利的境地。必須特別強調該未成年人的領事保護和難民保護的權利。尤其在有關引渡文件中，必須明確規定尊重未成年人家庭生活的權利。外國未成年人至少必須享有與本國未成年人同樣的權利。”

四、關於刑事問責年齡這一問題的發展歷史的簡介

羅馬法中已經有規定，對青少年進行檢查，以確定其是否應當為其所實施的行為承擔刑事責任。該項檢查是通過對行為人的身體狀況進行評估，確定其是否達到了青春期。在評價行為人的分別能力前，需要先進行此評估。

而且，“可歸責性”一詞的拉丁語原意為：“定罪、歸咎、負責、承擔”。而“可歸責”是該詞最常見的一個意思，指將違法行為與有關的人連接起來的可能性，“使某人為不法行為承擔責任的可能性”[35]。

在國際層面，自二十世紀上半葉以來，國際社會存在著一種認識，認為應當使未成年人免於適用法律中為成年人指定的規則。

35 “但是，有些學者認為，可歸責性是一種假設的狀態，假設行為人神志清醒、意志不受他人控制，這只是一個法律規範意義上的概念。還有一些學者將其理解為刑事能力，行為人有能力受到刑罰處罰。此外，還有一些學者認為，如果行為人理解其行為具有違法性，並在此理解的基礎上作出行為，這就證明其有罪過能力，可被歸責。最後，我們還觀察到了一些更為複雜的見解，這些學者提出了不可要求的概念作為補充，目的是使一般的不可歸責性的適用範圍變得更寬”——De Almeida, Carlota Pizarro，前注第72頁。

關於這一問題，值得一提的是《聯合國少年司法最低限度標準規則》，即《北京規則》，於1985年11月29日，在第40/33號決議中通過。根據這些規則，會員國應盡力創造條件確保少年能在社會上過有意義的生活，並在其一生中最易沾染不良行為的時期使其成長和受教育的過程盡可能不受犯罪和不法行為的影響（1.2）。其中還規定（4.1）：“在承認少年負刑事責任的年齡這一概念的法律制度中，該年齡的起點不應規定得太低，應考慮到情緒和心智成熟的實際情況”。

五、最低刑事歸責年齡——比較法視角

首先需要說明的一點時，不管是在歐洲還是在全球範圍內，都不存在對最低刑事歸責年齡作出規定或者推薦的超越國別的法律規範。

聯合國關於社會福利的歐洲會議（巴黎，1949年）中達成一項共識：“希望歐洲各國，至少發達的西歐各國，在刑法中設定的最低刑事歸責年齡不低於18歲”。

如Figueiredo Dias所述，“只有根據心理學的一般規則可被認為健康的成年人，才需要為其所實施的行為向社會承擔責任”[36]。但是，正如前面筆者所論述的，最低刑事歸責年齡的設定基於刑事政策的標準。

下面我們來看各個國家關於最低刑事歸責年齡的規定（包括其最新的修訂）[37]：

- 德國：18歲[38]；
- 阿根廷：16歲[39]；
- 阿爾及利亞：18歲[40]；
- 奧地利：19歲[41]；
- 比利時：18歲[42]；

36 轉引自De Almeida, Carlota Pizarro，前注第58頁。

37 下列數據部分來源於巴西巴拉那州檢察院公佈的數據（http:www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/.php?conteudo_323），部分直接查閱了有關國家的立法例。

38 根據德國法律，對於18歲到21歲之間的行為人，適用已成年青少年的制度：雖然行為人已滿18歲，但對其進行分辨能力研究，根據研究結果，可能對其適用少年司法系統（14歲）。

39 阿根廷有監管制度。根據第23.849號法律及《憲法》第75條的規定，已滿16歲的青少年實施不法行為，可被剝奪自由和被關進監獄。

40 對於13歲至16歲之間的青少年犯罪人，一般施以教育性質的制裁，但根據心理分析的結果，可能對其科處減輕的刑罰；對16歲至18歲之間的青少年犯罪人，承擔減輕的特別責任。

41 奧地利法律規定，對不滿19歲的犯罪人，採用《少年法院法》，對19歲至21歲之間的犯罪人，科處刑罰，但減輕處罰。

42 刑事歸責年齡為18歲，但是，對於已滿16歲的犯罪人，在處理某些類型的不法行為時可以打破未成年人不負刑事責任的假定，如交通犯罪。

- 巴西：18歲[43]；
- 保加利亞：18歲；
- 加拿大：14/18歲[44]；
- 佛得角：16歲[45]；
- 智利：18歲[46]；
- 中國：16歲[47]；
- 哥斯達黎加：18歲；
- 克羅地亞：18歲[48]；
- 丹麥：18歲；
- 薩爾瓦多：18歲；
- 斯洛伐克：18歲；
- 斯洛文尼亞：18歲；
- 西班牙：18/21歲[49]；
- 美國：12/16歲[50]；
- 愛沙尼亞：17歲[51]；
- 厄瓜多爾：18歲；
- 菲律賓：15歲；
- 芬蘭：18歲；
- 法國：18歲[52]；
- 希臘：18/21歲[53]；
- 危地馬拉：18歲；
- 荷蘭：18歲；
- 洪都拉斯：18歲；

43 《兒童和青少年條例》第104條規定，“對不滿18歲的未成年人，不可歸責”。

44 2002年的《青少年刑事審判法》中規定，對於已滿14歲的青少年犯罪人，只有在其所實施的罪行十分嚴重時，才可通過一般的司法程序對他們進行審判和適用《刑法典》中規定的刑罰處罰，但是，對青少年的處罰永遠不得高於對犯相同罪的成年人的處罰。

45 十一月二十七日第2/2006號立法法令。

46 《青少年刑事責任法》中規定了適用於14歲至18歲之間的青少年的責任體系，通常來說，只有年滿16歲的犯罪人需要承擔責任，對於犯罪人不足16歲的案件，在家事法庭審判。

47 中國法律規定，14歲以上的未成年人犯故意殺人、故意傷害致人重傷或者死亡、強姦、搶劫、販賣毒品、放火、爆炸、投毒等具有暴力性質的犯罪時，應當承擔刑事責任。同時，根據中國勞教制度第3條和第21條，建有勞教場所，可以收容13歲至18歲之間的人。

48 參見：http://www.zakon.hr/z/98

49 西班牙通過第5/2000號組織法案，為18歲至21歲之間的已成年青少年規定了一套體系。

50 在美國的大多數聯邦州，只要犯罪人年滿12歲，就可能被提交與成年人相同的程序，可能被判處包括死刑和終身監禁在內的刑罰。美國沒有批准《兒童權利公約》。

51 對不滿20歲的青少年適用已成年青少年的規定。

52 一般來說，13歲至18歲之間的未成年人不承擔刑事責任，但當顯示行為人具有分辨能力時，對其適用刑罰，但必須減輕處罰。

53 對18歲至21歲的青少年，適用關於已成年青少年的規定，標準與德國相同。

- 匈牙利：18歲；
- 英格蘭、愛爾蘭、威爾士：10歲[54]；
- 意大利：14歲[55]；
- 日本：14歲[56]；
- 尼加拉瓜：18歲；
- 挪威：18歲；
- 巴拿馬：18歲；
- 巴拉圭：18歲；
- 秘魯：18歲；
- 波蘭：17/18歲[57]；
- 葡萄牙：16歲[58]；
- 多米尼加共和國：18歲；
- 捷克共和國：18歲；
- 俄羅斯：14/16歲[59]；
- 瑞典：15歲[60]；
- 瑞士：15歲[61]；
- 台灣：14歲[62]；
- 土耳其：15歲[63]；
- 烏拉圭：18歲。

六、澳門特別行政區關於這一問題的現時規定

根據《澳門刑法典》第18條的規定，未滿十六歲之人，不可歸責，也就是說，所有年滿十六歲的人實施犯罪，會被科以法律規定的處罰；這裡所說的年齡是指實施行為時的年齡，而不是審判時的年齡。

對在年滿十二歲尚未滿十六歲時作出被法律定為犯罪或輕微違反的事實的青

54 對於不滿15歲的未成年人，不得剝奪其自由。

55 根據《刑法典》第97條和第98條的規定，14歲至18歲之間的犯罪人承擔相對責任，具體需要對他們的辨別能力進行評估。

56 根據《刑法典》第41條的規定，對於不滿14歲的人所實施的行為，不可歸責。

57 對不滿18歲的犯罪人，適用關於已成年青少年的規定。

58 對不滿21歲的犯罪人，適用關於已成年青少年的規定。

59 通常，最低刑事歸責年齡為16歲，但是，如果已滿14歲的未成年人實施了嚴重的不法行為，也須承擔責任。

60 對不滿18歲的犯罪人，適用關於已成年青少年的規定。

61 對不滿18歲的犯罪人，適用關於已成年青少年的規定。

62 《刑法典》第14條第一款。

63 對不滿20歲的犯罪人，適用關於已成年青少年的規定。

少年，適用第2/2007號法律中規定的教育監管制度 – 違法青少年教育監管制度。

七、前景

（一）立法層面

筆者認為，僅僅降低最低歸責年齡，並不能夠解決青少年犯罪的問題，“情況不會變好，只會變得更糟糕，會引發更多的暴力和犯罪”[64]，這是因為，把青少年投入監獄，使其與成年罪犯一起生活，他們容易向成年犯罪人學習，有很大可能再犯罪。

不要忘了，青年是社會的一面鏡子，未成年人應當受到保護，保障每一個青少年的人身權利、文化權利和社會權利。為此，立法時應當遵守在澳門生效的國際法律文書的內容。

（二）未成年人司法

在一個法治國家，非經正當程序不能給成年人定罪，且在訴訟過程中要對當事人的辯護權利給予充分的保障，同樣地，除非某一未成年人的行為觸犯了行為時有效的法律，且在對此作出司法裁判時該法律仍然有效，不得對未成年人科以教育措施。此外，不能僅僅因為懷疑未成年人可能會實施被法律定為犯罪或輕微違反的事實而對其採取上述措施，也不能因為未成年人來自貧窮或不健全的家庭，或者因其流落街頭而對其採取措施。

（三）措施的執行

經驗表明，在教育措施以適當的方式存在的地區，特別是採取了有效的收容措施的地區，青少年再次犯罪的比例降低[65]。

在澳門，七月二十五日第40/94/M號法令（剝奪自由處分之執行制度）第七條第二款規定，“亦應將21歲以下16歲以上之青年囚犯與其他囚犯隔離”。

八、結論

如前所述，不可歸責不等於不承擔責任。

不可歸責與不受處罰之間的區別，是一個值得澄清和介紹的問題。這不僅僅是語義學上的問題，那些呼籲降低刑事歸責年齡的人之所以持這種觀點，

64 Amaral e Silva：《不可歸責不等於不受處罰》，前注第10頁。

65 《不可歸責不等於不受處罰》，前注第5頁。

往往是因為對這兩個概念認識不清。事實上，將未成年犯罪行為人送入收容機構，這一措施其實也剝奪了這一不可歸責者的自由，該措施就可以說明，為什麼上述兩個概念是不同的。

可見，因年齡的不可歸責性只是使低於歸責年齡的未成年人免於在刑事訴訟程序中受到審判，使他們不承擔刑事處罰和制裁，但這並不意味著他們完全不承擔法律責任。值得一提的是，最低歸責年齡的設定，不僅僅是一個法律技術上的問題，它也是犯罪學和其他社會科學分支的研究內容。

使年幼的行為人免受刑罰處罰、免於被科處徒刑的原因不僅僅是他們缺乏辨別能力（在某些案例中，青少年其實具有該能力），更多地是因為刑罰的負面效果；以預防和制裁犯罪的名義，使孩子遭受一個本來為成年人設置的刑罰體系，會產生不好的後果；建議以一套靈活的、具有社會教育性質的體系來代替嚴苛的刑罰，根據每一案件的具體情況，對未成年犯罪人採取或保護、或教育的措施。

另一個原因是，剝奪人自由的刑罰起不到再教育的作用，更不用說使人重返社會了。相反，只會使犯罪人更加墮落、畸形。不拯救人，而是摧毀人；將青少年送入監獄，只會起到提高犯罪率而非抑制犯罪的作用。

正如Manuel Cavaleiro de Ferreira在其編寫的教科書中所言[66]，“應當對未成年人設立專門的懲罰體系，應以教育性的措施為主導”。我們同意該學者的觀點，對未成年犯罪人的報復並不是主要目的。

綜上所述，筆者的觀點是，不應當改變現在的最低刑事問責年齡[67]，即使將來需要修改這方面的法律，方向也應當是將最低問責年齡提高到18歲，這樣才符合國際條約的有關規定，也與民法中的成年年齡相符；根據《民法典》第118條的規定，18歲以上者為成年人。

正如Anabela Rodrigues在其《教育監管法評註》一書中所云，“將最低刑事問責年齡與民法中的成年年齡相統一，達到這一年齡，一個人就取得了完整的政治和社會地位”[68]。

66 《葡萄牙刑法》，總論，第二卷，Verbo出版社，第281頁。

67 澳門政府曾經嘗試過，2009年2月12日，政府向立法會提交了題為《修改刑事歸責制度》的法案，以降低最低刑事問責年齡（對於某些暴力性質的犯罪，行為人達到14歲以上即可追究刑事責任），但是後來政府撤回了該法案，原因是議員們之間的分歧很大（參見澳門立法會第一常設委員會第5/III/2009號意見書，2009年8月6日）。

68 第16頁。

IMPUTABILIDADE PENAL EM RAZÃO DA IDADE: MATURIDADE OU RESPONSABILIDADE?

António Correia Marques da Silva

I. INTRODUÇÃO

"Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o ***interesse superior da criança****"*[1].

E, efectivamente assim deve ser, porquanto as crianças e os adolescentes da Região Administrativa Especial de Macau (como aliás os de todo o Mundo) anseiam por uma vida digna. Vida digna essa que passa, mais do que pelas mudanças legislativas, pela adopção de políticas públicas, parcerias privadas e envolvimento global da sociedade civil, no sentido de um desenvolvimento social e educativo harmonioso dos jovens, os quais nascem livres e iguais em dignidade e em direitos[2], prevenindo assim comportamentos desviantes e evitando a necessidade de intervenção precoce dos tribunais.

Mas, assiste-se, hoje em dia, face ao aumento da criminalidade urbana, designadamente a juvenil[3], a movimentos, um pouco por todo o mundo, no sentido de

1 Souto de Moura, José Adriano, *A Tutela Educativa: factores de legitimação e objectivos,* in Revista Infância e Juventude, n.º 4, Outubro-Dezembro, página 19.

2 Artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem*: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade.*

3 Cfr. Luís do Couto, Isabel, *O problema da Idade da Imputabilidade Penal,* Tese apresentada no

exigir o abaixamento da idade de imputabilidade penal. Esta tese colhe apoios em mais ou menos amplos segmentos da sociedade, consequência, sobretudo, do sentimento de insegurança da população (muitas vezes artificialmente criado pelo exacerbar das notícias dos órgãos de comunicação social sensacionalistas sobre crimes praticados por crianças) ante a ineficácia dos poderes públicos não só no combate satisfatório à criminalidade como na adopção de medidas preventivas que actuem sobre as causas do fenómeno.

Sendo certo que existem distorções importantes na abordagem desta questão. Desde logo, porque muitas vezes se pensa, erradamente, que as infracções cometidas por jovens representam uma parcela significativa dos crimes cometidos em determinada sociedade, o que não é confirmado pela realidade dos factos nem pelos dados estatísticos[4].

Depois, porque muitas vezes se confunde inimputabilidade penal com impunidade, ou seja, com total irresponsabilidade. E, na verdade, essa correspondência não existe de todo. E não existe porquanto, na generalidade dos sistemas jurídicos (também na RAEM pela Lei n.º 2/2007 – Regime Tutelar Educativo dos Jovens Infractores), estão previstas medidas de reeducação as quais vão, consoante os casos, desde a advertência policial e/ou judicial ao internamento em instituição adequada, passando pela reconciliação com o ofendido (com ou sem reparação do dano), pela prestação de serviços à comunidade, pela imposição de regras de conduta ou pela liberdade assistida.

Um outro usual equívoco, quando se discute a questão do estabelecimento da idade mínima de imputabilidade penal (aleatória por natureza, porquanto não existem seres humanos absolutamente iguais) é o de reduzir os critérios de escolha dessa idade à questão da capacidade de discernimento, ou seja, averiguar se o jovem sabe ou não que determinado acto por si praticado é errado ou não[5], olvidando que *"a imputabilidade*

âmbito do 2.º Ciclo de Estudos de Direito da Escola de Direito da Universidade Católica do Porto, 2012, página 28: "*A delinquência juvenil tem sido considerada um transtorno psicossocial do desenvolvimento e é objecto de vários estudos e aprofundadas investigações de diversos ramos sociais e humanos, nomeadamente a psicologia.* [...] *No âmbito legal representa a violação de leis penais, já a nível psiquiátrico a delinquência juvenil traduz-se numa perturbação do comportamento social, integrando uma diversidade de actos transgressivos, como agressão, furtos, fugas, vandalismo e qualquer violação das normas socialmente exigidas".*

4 Dados recolhidos em vários Estados brasileiros, um país onde o fenómeno da delinquência juvenil se mostra com maior relevo, apontam para que apenas 10% da totalidade dos crimes ocorridos naquele país sejam da responsabilidade de menores de 18 anos. Cfr. *Inimputabilidade não é impunidade,* http://www.rebidia.org. br/noticias /direito/imput_in.html.

5 *"Pensando-se assim, poderíamos chegar ao absurdo de dizer que uma criança de 7 anos deve receber uma pena criminal – em um presídio – porque ela sabe que matar alguém é errado ou porque sabe que furtar o lápis do amiguinho na escola também é".* Cfr. *Inimputabilidade não é impunida-*

é a plena capacidade de entender e querer e que a inimputabilidade é a falta dessa capacidade"[6] e, bem assim, a questão de saber quais as medidas mais adequadas à recuperação do jovem e à sua reinserção na vida em comunidade, considerando sempre que ele é ainda uma criança (a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança considera crianças todos os menores de 18 anos), ou seja, uma pessoa humana em desenvolvimento. E, neste ponto, não se pode deixar de referir que casos haverá em que o menor até pode, efectivamente, avaliar o carácter ilícito da sua conduta, contudo, não consegue evitar determinado comportamento porque, devido à sua tenra idade (e consequente falta de experiência de vida), a sua vontade enferma ainda de deficiências ou de vícios da vontade, agindo sujeito a impulsos e a factores que ele não pode dominar. Existe, pois, aqui uma deficiência do "querer", as emoções dominam o sistema cognitivo.

É que, como escreve Laurence Steinberg[7]: *"O sistema sócio-emocional da pessoa humana sofre grandes mudanças nos primeiros anos de adolescência, relacionado com as mudanças hormonais da puberdade que resultam num aumento de busca de sensações, activação emocional e procura de recompensas. Contudo, há diferentes ritmos de maturação biológica entre os dois sistemas (emocional e cognitivo). Por um lado, há uma fácil activação do sistema emocional e grande sensibilidade às reacções sociais e, por outro, uma imaturidade do controlo cognitivo: a diferença entre o saber e o fazer".*

E, nesta matéria, não podemos perder a consciência de que as medidas judicialmente aplicadas a um menor têm, mais do que o carácter de "castigo", uma finalidade sócio-educativa, a qual visa prioritariamente a reinserção do jovem na sociedade, do ponto de vista do trabalho, da educação e da cultura, na consciência de que este é uma pessoa ainda em formação da sua personalidade, isto é, de amadurecimento físico, psicológico e emocional em que os apelos do prazer ainda não são plenamente controlados.

Importa pois, mais do que castigar, mudar, através do apoio, comportamentos e formar os homens de amanhã. Sempre sem esquecer a quota-parte de responsabilidade da família e da sociedade no seu conjunto pelas causas na origem dos comportamentos desviantes. Uma estrutura familiar desequilibrada, associada a problemas de pobreza e de exclusão social, potenciam os comportamentos delinquentes dos jovens[8].

---

de, *ob. cit.*, página 6.

6 Souto de Moura, José Adriano, *ob. cit.*, página 19.

7 *Are adolescents less mature than adultes?,* American psychologist, 64, 2009, página 583.

8 Segundo o artigo da autoria de Chan Yan Yan, no livro "As questões e as políticas antes e depois da transferência de poderes de Macau", editado pelo Notable Polivy (Macau) Institute, em Junho de 1999, citado na página 4 do estudo da Assembleia Legislativa sobre «A delinquência juvenil em Macau»: *"Analisado o background dos delinquentes juvenis, estes pertencem, na sua maioria, à 2.ª*

A este propósito, cumpre referir (a dimensão deste artigo não permite referências mais pormenorizadas) os Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Directrizes de Riade[9].

Estamos, então, na esfera da prevenção especial positiva da delinquência e não no âmbito de uma justiça de retribuição, da pena de Talião. Ou seja, a sociedade não deve reagir de forma exagerada em relação aos jovens que ocasionalmente tenham praticado infracções, estigmatizando-os, através da atribuição de rótulos[10].

II. A QUESTÃO DO ESTABELECIMENTO NORMATIVO DA IDADE DE IMPUTABILIDADE PENAL EM RAZÃO DA IDADE

Antes de qualquer outra, importa colocar aqui uma questão prévia e que consiste em estabelecer uma definição para crime. Isto porque a questão da imputabilidade penal mais não é do que a possibilidade de imputar a alguém a responsabilidade pela prática de um crime.

Ou seja: *"A imputabilidade é a plena capacidade de entender e querer e a inimputabilidade a falta dessa capacidade"*[11].

E o que entender então por crime? Segundo a dogmática, crime é o facto típico, ilícito, culposo e punível.

Assim sendo, poder-se-á dizer que os inimputáveis (em razão da idade, mas também em razão de anomalia psíquica) cometeram um crime? Em bom rigor claro que não, porquanto a própria definição de crime exige que a prática do facto ilícito (juízo de desvalor) pelo agente seja culposa (juízo de censura). E, para existir culpa[12] [13], é necessário que o agente esteja consciente de que a sua conduta é contrária ao

geração de novos emigrantes, de classe social média e baixa, inserem-se em famílias desestruturadas, têm maus comportamentos na escola, e relacionam-se com pessoas de má índole!".

9 http://www.mj.gov.br/sedh/dca/convriad.htm.

10 Lin Aibing, *As razões sociais da delinquência juvenil,* Relatório Académico Juvenil n.º 2 (Hong Kong: Associação Juvenil de Hong Kong), Julho de 1998, citado no referido relatório da Assembleia Legislativa de Macau.

11 Souto de Moura, José Adriano, *ob. cit.*, página 19.

12 Figueiredo Dias, em *Liberdade, Culpa, Direito Penal,* Coimbra Editora, 2005, página 84, entende que a culpa pressupõe *"uma capacidade concreta para, no momento do facto, o agente se motivar de acordo com a norma".*

13 Trata-se do «princípio da culpa», um dos princípios fundamentais do Direito Penal segundo o qual

Direito e detenha a maturidade suficiente para se opor de forma correcta à ilicitude do comportamento. Isto porque aquilo que se reprova através da pena criminal está ligado à culpa do autor na formação da vontade que o conduziu à prática de determinado facto e a pena nunca pode ser mais grave do que aquilo que o autor mereça, de acordo com a sua culpabilidade[14].

Logo, faltando o elemento culpa aos inimputáveis, eles não cometem qualquer crime. Isso sim, praticam factos qualificados pela lei como crime[15]. Isto é, *"uma conduta hostil ao direito, portanto ilícita, pode não desencadear a aplicação ao respectivo agente de uma sanção penal se alguma circunstância ou motivo anular o conhecimento ou a vontade do seu autor, ou seja, se a este não puder ser imputável, atribuível, o referido facto"*[16]. Sendo que, no dizer de Anabela Rodrigues Miranda[17]: "*A culpa jurídico-penal consiste num juízo de censura ético-social à personalidade do agente que fundamenta um facto ilícito-típico".*

Em que consiste, então, a imputabilidade penal em razão da idade? Precisamente (em sede de política criminal) no estabelecimento legal de uma idade a partir da qual o indivíduo é passível de ficar sob a alçada das leis penais, presumindo-se que o mesmo é já detentor de capacidade de discernimento, isto é, de entender e de querer[18], logo, de culpa. Presunção essa (de imputabilidade) que apenas pode ser afastada através da *"comprovação de um estado patológico que afecte as suas faculdades normais",* a qual *"deve ser feita de modo certo, seguro, pois a subsistirem dúvidas, permanecerá a presunção de capacidade"*[19].

A imputabilidade é, pois, um conceito normativo; sendo estabelecida de acordo com as opções do legislador, levando em conta os sentimentos de justiça e a correlação de forças dominantes na sociedade. Contudo, o Direito não pode deixar de levar em consideração questões ligadas à *«psiquiatria do desenvolvimento»,* designadamente, as ligadas à maturação da inteligência e às reais capacidades de abstracção, discernimento,

"não há pena sem culpa e a culpa decide da medida da pena».

14 Leal-Henriques, Manuel, Simas Santos, *Código Penal de Macau*, Anotações e Legislação avulsa, 1997, página 38.

15 É esta a terminologia utilizada no n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 2/2007.

16 Leal-Henriques, Manuel, *Anotação e comentário ao Código Penal de Macau,* Volume I, 2013, página 258.

17 *Comentário da Lei Tutelar Educativa,* página 15.

18 De Almeida, Carlota Pizarro, *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática,* Almedina, Coimbra, 2000, página 46.

19 De Almeida, Carlota Pizarro, *ob. cit.*, página 45.

apreciação ética e determinação da vontade, em ligação com a evolução da idade.

Por isso, a inimputabilidade em razão da idade apenas afasta o menor, abaixo de determinada idade legalmente estabelecida, da sua sujeição a um julgamento em sede de processo criminal, por não ser passível de responsabilidade e censura criminais, mas não o faz irresponsável do ponto de vista jurídico.

E, aqui, ainda que possa parecer despiciendo, face aos princípios enformadores do nosso Direito Penal, nunca será demais dizer que a idade relevante é aquela que o jovem tinha à data da prática dos factos e não na data do julgamento.

E, reafirma-se, o estabelecimento da idade de imputabilidade penal não é uma mera questão técnico-jurídica. Nesta questão (entre outros ramos das ciências sociais) entra a política criminal, alicerçada na criminologia, a qual define medidas que têm como objectivo melhorar e tornar mais eficaz o controlo da delinquência, no âmbito das quais se insere a da fixação legal da idade a partir da qual a pessoa se torna penalmente responsável pelos seus actos e passa a estar sujeita às normas do Direito Penal. Isto, claro está, sem prejuízo de o agente do facto típico, mesmo depois de ter completado a idade de imputabilidade penal, poder vir a ser, ainda assim, declarado inimputável, agora não em razão da idade mas por o juiz entender que ele não revela capacidade de entender a ilicitude do facto e de se determinar no sentido de, entendida essa ilicitude, agir de forma a não praticar o facto.

Chegados aqui, importa dizer que a não sujeição de jovens de tenra idade ao direito penal e ao correspondente sistema penitenciário radica, mais do que na ausência de discernimento – que o jovem pode efectivamente ter –, na constatação dos efeitos negativos, para os fins de prevenção e de repressão do crime, que pode ter a submissão de crianças ao regime reservado aos adultos[20], propondo *"como alternativa ao método rígido das penas criminais, um sistema flexível de medidas protectivas e/ou sócio-educativas capazes, conforme o caso, de proteger, educar, e até, punir, melhor, prevenindo práticas anti-sociais*"[21].

Até porque *"criminólogos e penalistas são unânimes: o sistema penitenciário*

20 Figueiredo Dias, José, *Direito Penal* - Parte Geral I, páginas 595 e 596: *"deve evitar-se a todo o custo a submissão de uma criança ou adolescente às sanções mais graves previstas no ordenamento jurídico e ao rito do processo penal, pela estigmatização que sempre acompanha a passagem pelo corredor da justiça penal e pelos efeitos extremamente gravosos que a aplicação de uma pena necessariamente produz ao nível dos direitos de personalidade do menor, marcando inevitavelmente o seu crescimento e toda a sua vida futura".*

21 Amaral e Silva, desembargador do Estado de Santa Catarina, Brasil, *Inimputabilidade não é impunidade, ob. cit.*, página 7.

está falido. A pena privativa de liberdade não reeduca, muito menos ressocializa. Pelo contrário perverte, deforma. Não recupera, corrompe". E, *"se a falência pedagógica e recuperadora do sistema carcerário levou penalistas a preconizarem a substituição do cárcere por alternativas mais viáveis, encaminhar jovens a tal sistema seria concorrer para o aumento e não para a diminuição da criminalidade"*[22].

Uma última nota para referir que a questão da imputabilidade está intimamente ligada à culpa e que *"falar de culpa é falar de liberdade"*[23], de capacidade de escolha. Sendo que *"a nossa formação jurídica e moral leva-nos a considerar não ser justo punir quem não tem culpa"*[24].

Assim, os países civilizados de há muito que alicerçam o seu Direito Penal no facto e não no autor, cientes de que *"o direito pode impor comportamentos, mas não controlar o pensamento"*[25].

E, para concluir este importante ponto, permitimo-nos transcrever, por pensarmos ser uma boa síntese, aquilo que escreve Carlota Pizarro de Almeida[26]: *"Por maior que seja o enraizamento da ordem jurídica na comunidade a que se dirige, sempre terá de sobrar espaço para a infinita diversidade humana e respeito por todas as opções – mesmo aquelas que, traduzidas em actos ilícitos, são punidas. Pois que o respeito se dirige à liberdade de optar, independentemente do sentido em que cada indivíduo opte".*

A liberdade humana é algo de indemonstrável. Mas também a dignidade da pessoa é insusceptível de demonstração e, no entanto, ninguém a põe em causa como valor maior.

Ao aceitarmos a dignidade como princípio basilar, consagrado, primeiro que qualquer outro, na Constituição[27], devemos retirar daí a imposição de que o ser humano terá de ser encarado como um ente livre, que deve, e tem direito a, ser responsável perante a comunidade a que pertence, no que respeita aos actos praticados. Esta é uma orientação fundamental em qualquer Estado de direito. Só um sistema paternalista, que pretenda tutelar os cidadãos como se de menores se tratassem, pode desviar-se da presunção de

22 Amaral e Silva, *ob. cit.,* página 8.

23 De Almeida, Carlota Pizarro, *ob. cit.*, página 15.

24 Santos, J. Beleza, *Imputabilidade penal,* in Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano V 1949/1950, página 89.

25 De Almeida, Carlota Pizarro, *ob. cit.*, página 66.

26 De Almeida, Carlota Pizarro, *ob. cit.*, página 67.

27 Este princípio, no caso da RAEM, encontra-se consagrado no artigo 30.º da Lei Básica: *"É inviolável a dignidade humana dos residentes de Macau".*

liberdade que a todos é devida.

No entanto, casos há em que, reconhecidamente, o indivíduo não dispõe dessa liberdade[28]. É a posição em que se encontram os menores que, por força da sua pouca idade, não dispõem ainda das qualidades necessárias para decidirem conscientemente sobre as situações correntes da vida, só gradualmente as adquirindo. Eles até podem intuir o carácter ilícito da sua conduta, contudo, não conseguem deixar de agir porque, devido à sua tenra idade e consequente falta de experiência de vida, a sua vontade enferma ainda de deficiências ou de vícios de vontade, agindo sujeitos a impulsos e factores que não podem dominar. Existe, pois, aqui uma deficiência do «querer», uma falta de capacidade de autodeterminação[29]. Autodeterminação essa que é, talvez, o núcleo essencial da liberdade.

E, aqui chegados, não poderíamos deixar de referir aquilo que julgamos ser uma deficiência do sistema penal de Macau, o qual consiste no facto de não existir um regime especial para menores e jovens imputáveis maiores de 16 anos, mas menores de 21 anos, em termos de medida das penas especialmente atenuadas.

Veja-se que *«nos territórios vizinhos existe legislação própria que se ocupa do julgamento de jovens com idades entre os 14 e os 18 anos, no caso de Hong Kong, dos 12 aos 18 anos, em Taiwan e para os menores de 18 anos na China Continental»*[30].

E que, as Regras de Beijing, no seu ponto 2.3, estabelecem que: *"Em cada jurisdição nacional procurar-se-á promulgar um conjunto de leis, normas e disposições aplicáveis especificamente aos jovens infractores".*

III. O 17.° CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

O 17.° Congresso Internacional de Direito Penal, no qual tivemos o privilégio de estar presentes, teve lugar em Beijing de 12 a 19 de Setembro de 2004[31], e contou com cerca de

28 O que não lhe retira a dignidade enquanto pessoa humana.

29 *"Entende-se na verdade que abaixo daquela idade* (16 anos) *o menor tem uma experiência de vida de tal modo curta que ele não dá aos seus actos o seu verdadeiro alcance. Se o dá, tem normalmente uma atitude hesitante quanto a valores, o que dificulta a autodeterminação. A criança e o jovem são altamente influenciáveis. No fundo, não sabem bem o que querem. Acresce que, normalmente, não estão dotados da força de vontade necessária para ceder aos impulsos. Vivem segundo um "princípio de prazer" e são imponderados",* Souto de Moura, *ob. cit.*, página 20.

30 Cfr. Parecer n.º 5/III/2009 da 1.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, página 22.

31 Foi a primeira vez que o Congresso da AIDP se realizou na Ásia, em mais de 100 anos de existência da

1000 participantes, oriundos das mais variadas partes do Mundo, num total de 68 países e regiões; subordinado ao tema: *"Challenges of crime in the era of globalization"* e organizado pela Associação Internacional de Direito Penal (AIDP)[32], através do Grupo Nacional da República Popular da China (fundado em 1988), com o patrocínio da Sociedade de Direito da China (CLS)[33].

Este Congresso dedicou os trabalhos da sua 1.ª Secção ao tema: *"A responsabilidade penal dos menores na ordem interna e internacional"*, tendo adoptado a seguinte resolução[34]:

"*Considerando* que os menores constituem os sujeitos de direito dignos de uma especial atenção da parte da sociedade, e especialmente dos legisladores, dos sistemas sociais e dos sistemas de justiça,

Considerando que a idade jovem constitui um elemento necessitando de adaptação das regras de direito ao seu estado de menoridade,

Considerando que a protecção da juventude, o seu desenvolvimento harmonioso e a sua socialização devem ser objecto de uma atenção particular, visando a protecção da sociedade e no respeito pelos interesses das vítimas dos comportamentos delituosos dos menores,

Considerando que a intervenção da sociedade em relação aos menores deve ter sempre em vista os superiores interesses destes,

Conscientes de que existem situações nacionais e diferenças culturais, sociais e económicas nos vários países,

Considerando que as crises da adolescência se podem prolongar pelos jovens adultos até a idade de 25 anos e que, em consequência, eles necessitam de uma adaptação das regras de direito similares àquelas dos menores.

Associação.

32 A AIDP é uma organização académica não governamental com o estatuto de consultora da Organização das Nações Unidas e do Conselho da Europa, com longa e histórica influência no campo do Direito Penal, a nível mundial, que se propõe trabalhar "*não só como uma associação académica, mas como uma associação dedicada a promover a justiça a todos os níveis",* in *The 17th International Congress of Penal Law, Conference – Proceedings,* Press of Chinese People's Security University, 2005, página 31.

33 Organização nacional no âmbito das ciências penal e jurisdicional, com um importante papel no estabelecimento do Estado de direito socialista. Cfr. o discurso de Han Zhubin, presidente da associação, na abertura do 17.° Congresso da ADIP, in *The 17th International Congress of Penal Law, Conference – Proceedings, ob. cit*., página 26.

34 Tradução nossa da versão francesa, publicada in *The 17th International Congress of Penal Law, Conference – Proceedings, ob. cit.,* páginas 50 a 53.

Relembrando as normas e códigos internacionais, tais como exprimidos nas Regras de Beijing sobre a administração da justiça de menores, adoptadas pelas Nações Unidas em 1995,

Adoptou o seguinte:

A) Fundamento do princípio de responsabilidade e de idade

1. O menor é um sujeito de direito que apresenta características próprias. Em razão dessas especificidades, compete ao legislador considerar a responsabilidade do menor de uma maneira autónoma dentro dos limites dos elementos constitutivos da infracção.

2. A idade da maioridade penal deve ser fixada nos 18 anos. Compete ao legislador fixar a idade mínima a partir da qual pode ser aplicado um sistema penal específico. Esta idade mínima não deve ser inferior a 14 anos no momento da prática da infracção.

3. Os menores autores de infracções devem ser submetidos prioritariamente a medidas educativas ou a outras sanções ressocializantes alternativas ou, se as circunstâncias o exigirem, excepcionalmente, penais no sentido clássico do termo.

4. Abaixo da idade de 14 anos, somente são aplicáveis medidas educativas.

5. A execução das medidas educativas ou de outras sanções ressocializantes alternativas poderá, na medida do interesse, ser prolongada até aos 25 anos.

6. Para as infracções cometidas antes dos 18 anos de idade as disposições específicas aplicáveis aos menores podem ser estendidas até à idade de 25 anos.

B) Constatação judiciária da responsabilidade

7. A constatação da responsabilidade e as consequências que daí resultam devem ser feitas por uma autoridade judiciária especializada e distinta da jurisdição dos adultos. A especialização dos órgãos referidos deve incluir todos os outros participantes no processo. Parece sustentável analisar a competência desta jurisdição no conjunto das questões ligadas à pessoa do menor.

8. A decisão desta jurisdição deve ser iluminada por prévias investigações de natureza pluridisciplinar, sujeitas ao debate do contraditório.

9. Uma particular atenção deve ser prestada à salvaguarda dos interesses das vítimas, as quais devem ser tratadas com humanidade.

C) Sanções e medidas aplicáveis

10. A pena de morte, enquanto a mesma constitui um problema grave dos direitos humanos, nunca pode ser pronunciada contra o autor de uma infracção, menor à data do cometimento da infracção.

11. A prisão perpétua sob todas as formas, a tortura ou todos os outros tratamentos desumanos ou degradantes como os castigos corporais devem ser proibidos. A duração máxima da pena de prisão não deve ser superior a 15 anos.

12. A prisão preventiva não pode ter senão um carácter excepcional. A decisão deve emanar de uma autoridade judiciária, estar fundada em motivos previstos pela lei, e ser tomada no final de um debate contraditório. Ela deve, na medida do possível, ser acompanhada de um suporte educativo. Ela não deve, na medida do possível, ser pronunciada em relação a menores de 16 anos.

13. A privação da liberdade deve constituir uma medida excepcional, ligada a infracções graves, e aplicável aos menores cuja personalidade esteja convenientemente avaliada. As penas de prisão e a sua duração devem ser estritamente limitadas. O aprisionamento dos menores deve ter lugar em lugares diferentes dos adultos. Sempre que seja possível, devem ser adoptadas medidas alternativas a um julgamento formal e, neste caso, à privação da liberdade. Na medida em que a reinserção do delinquente constitui a primeira preocupação, deve ser dada preferência a medidas de mediação, que tenham a melhor consideração pelos direitos das vítimas.

14. As medidas educativas e de protecção devem ser decididas nas mesmas condições e com as mesmas garantias que as previstas para a decisão de aplicação de penas aos menores.

15. Em todo o caso, o princípio da proporcionalidade deve constituir o limite máximo.

D) Aspectos internacionais

16. Os instrumentos internacionais relativos aos direitos dos menores devem ser objecto de uma atenta consideração por parte dos legisladores, dos tribunais e das instituições que se ocupam de crianças. Em particular, importa velar pela conformidade das leis, das decisões judiciais e administrativas com os tratados e convenções ratificadas pelo Estado, em conformidade com as normas e códigos internacionais apropriados.

17. A aplicação dos instrumentos internacionais em matéria penal deve zelar pelo respeito dos superiores interesses dos menores. Essa aplicação não pode, em caso algum, conduzir a uma agravação da situação que seria a do jovem no seu país de origem. Uma particular atenção deve ser prestada respectivamente ao direito à protecção consular e à protecção dos refugiados. O respeito do direito a uma vida familiar deve ser objecto de uma cláusula especial, designadamente em matéria de extradição. As crianças estrangeiras devem beneficiar, no mínimo, dos mesmos direitos reconhecidos às crianças nacionais".

IV. BREVE RESENHA HISTÓRICA SOBRE A QUESTÃO DA IDADE DE IMPUTABILIDADE PENAL

Já no Direito Romano, para se averiguar se um jovem era passível ou não de ser sujeito de responsabilidade penal pelos actos praticados, se procedia a uma avaliação física no sentido de determinar se ele já atingira ou não a puberdade. Avaliação essa que se apresenta como precursora do critério do discernimento.

Aliás, é de origem latina o termo imputabilidade, significando*: "imputar, atribuir, meter em conta, lançar em despesa".* E tem sido este o sentido mais comum do termo, ou seja, a possibilidade de estabelecer uma ligação entre a infracção e determinada pessoa, *"a possibilidade de atribuir a infracção a alguém"*[35].

Em termos internacionais, desde a primeira metade do século XX, que existe a consciência da necessidade de afastar os menores das regras de direito previstas para os adultos.

Aqui, são de referir as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing), aprovadas pela Resolução n.º 40/33, de 29 de Novembro de 1985, as quais estabelecem que os Estados Membros se devem esforçar para criar condições que garantam à criança e ao adolescente uma vida em comunidade, com o seu desenvolvimento pessoal e de educação o mais isento possível do crime e da delinquência (1.2). Sendo que (no ponto 4.1) se estabelece que: *"Nos sistemas jurídicos que reconheçam o conceito de responsabilidade penal para jovens, seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual".*

V. IDADES MÍNIMAS DE IMPUTABILIDADE PENAL, EM DIREITO COMPARADO

Uma primeira nota para referir que não existe nenhuma norma de direito supranacional, europeia ou mundial, que fixe ou recomende uma idade mínima de

35 *"Mas, para outros autores, a imputabilidade seria um estado que pressupõe a existência de uma consciência lúcida e uma vontade livre, dentro de um conceito puramente jurídico-normativo da figura. Outros há que a identificam com a capacidade penal, no sentido do agente ter aptidão para beneficiar das penas. E, ainda, há quem defenda que o agente será imputável se compreender que o facto é ilícito e se determinar por essa compreensão, nisso consistindo a sua capacidade de culpa. Por fim, encontramos visões ainda mais complexas, que introduzem complementarmente o conceito de inexigibilidade, abrindo um plano mais vasto que o da inimputabilidade simples"* – De Almeida, Carlota Pizarro, *ob. cit.,* página 72.

imputabilidade penal.

O Seminário Europeu das Nações Unidas sobre o Bem-Estar Social (Paris, 1949) estabeleceu que *"nos países europeus, ou ao menos em países de civilização ocidental, é desejável que, para efeitos penais, a idade da responsabilidade não seja fixada abaixo dos dezoito anos".*

No dizer de Figueiredo Dias[36], *"só o agente adulto e medianamente saudável do ponto de vista psíquico é responsável pelos seus actos perante a comunidade".* Sendo que, contudo, como já deixámos dito, o estabelecimento da idade de imputabilidade penal radica em critérios de política criminal.

Vejamos então as idades de imputabilidade penal nos vários países, obviamente ressalvando eventuais recentes alterações[37]:

- Alemanha – 18 anos[38];
- Argentina – 16 anos[39];
- Argélia – 18 anos[40];
- Áustria – 19 anos[41];
- Bélgica – 18 anos[42];
- Brasil – 18 anos[43];
- Bulgária – 18 anos;

36 Citado por Carlota Pizarro de Almeida, *ob. cit.,* página 58.

37 Com base na publicação do Ministério Público do Estado do Paraná, Brasil (http:www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/.php?conteudo_323) e consulta directa a algumas das legislações nacionais.

38 Dos 18 aos 21 anos, o sistema alemão admite o que se convencionou chamar de sistema de jovens adultos, no qual mesmo após os 18 anos, a depender do estudo do discernimento, podem ser aplicadas as regras do sistema de justiça juvenil (14 anos).

39 O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei n.º 23.849 e o artigo 75.º da Constituição determinam que, a partir dos 16 anos, os adolescentes podem ser privados da sua liberdade se cometerem delitos e internados em penitenciárias.

40 Dos 13 aos 16 anos, o adolescente está sujeito a uma sanção educativa e como excepção a uma pena atenuada a depender de uma análise psicossocial. Dos 16 aos 18 anos, há uma responsabilidade especial atenuada.

41 O Sistema Austríaco prevê, até aos 19 anos, a aplicação da Lei de Justiça Juvenil. Dos 19 aos 21 anos, as penas são atenuadas.

42 A idade de imputabilidade é de 18 anos. Contudo, a partir dos 16 anos admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, por exemplo, os delitos de trânsito.

43 O artigo 104.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina que são inimputáveis os menores de 18 anos.

- Canadá – 14/18 anos[44];
- Cabo Verde – 16 anos[45];
- Chile – 18 anos[46];
- China – 16 anos[47];
- Costa Rica – 18 anos;
- Croácia – 18 anos[48];
- Dinamarca – 18 anos;
- El Salvador – 18 anos;
- Eslováquia – 18 anos;
- Eslovénia – 18 anos;
- Espanha – 18/21[49];
- Estados Unidos da América – 12/16 anos[50];
- Estónia – 17 anos[51];
- Equador – 18 anos;
- Filipinas – 15 anos;
- Finlândia – 18 anos;
- França – 18 anos[52];

44 The Youth Criminal Justice Act/2002 admite que, a partir dos 14 anos, apenas nos casos de delitos de extrema gravidade, o adolescente seja julgado pela justiça comum e lhe sejam aplicadas penas previstas no Código Penal, porém, estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que a aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.

45 Decreto Legislativo n.º 2/2006, de 27 de Novembro.

46 A Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes define um sistema de responsabilidade juvenil dos 14 aos 18 anos, sendo que, em geral, os adolescentes somente são responsáveis a partir dos 16, antes disso os casos são tratados nos Tribunais de Família.

47 A lei chinesa admite a responsabilidade de adolescentes de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. De acordo com os artigos 3.º e 21.º da "Lei de reeducação através do trabalho", existem estabelecimentos educativos destinados a albergar indivíduos com idades entre os 13 e os 18 anos.

48 Cfr. http;//www.zakon.hr/z/98.

49 A Espanha adopta um Sistema de Jovens Adultos, Lei Orgânica 5/2000, para a faixa dos 18 aos 21 anos.

50 Na maioria dos Estados federados, os adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive a imposição da pena de morte ou da prisão perpétua. Os EUA não ratificaram a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

51 Sistema de Jovens Adultos até aos 20 anos de idade.

52 Os adolescentes entre os 13 e os 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento, haverá diminuição obrigatória da pena.

- Grécia – 18/21 anos[53];
- Guatemala – 18 anos;
- Holanda – 18 anos;
- Honduras – 18 anos;
- Hungria – 18 anos;
- Inglaterra, Irlanda e País de Gales – 10 anos[54];
- Itália – 14 anos[55];
- Japão – 14 anos[56];
- Nicarágua – 18 anos;
- Noruega – 18 anos;
- Panamá – 18 anos;
- Paraguai – 18 anos;
- Peru – 18 anos;
- Polónia – 17/18 anos[57];
- Portugal – 16 anos[58];
- República Dominicana – 18 anos;
- República Checa – 18 anos;
- Rússia – 14/16 anos[59];
- Suécia – 15 anos[60];
- Suíça – 15 anos[61];
- Taiwan – 14 anos[62];
- Turquia – 15 anos[63];

53 Sistema de jovens adultos dos 18 aos 21 anos, nos mesmos moldes alemães.

54 A privação de liberdade só é permitida a partir dos 15 anos de idade.

55 De acordo com os artigos 97.º e 98.º do Código Penal, dos 14 aos 18 anos existe uma responsabilidade relativa, sujeita a uma avaliação da capacidade de discernimento.

56 De acordo com o artigo 41.º do Código Penal, os actos dos indivíduos que não tenham 14 anos completos não são punidos.

57 Sistema de Jovens Adultos até aos 18 anos.

58 Sistema de Jovens Adultos até aos 21 anos.

59 A responsabilidade geral é aos 16 anos, contudo, os maiores de 14 anos são responsabilizados em caso de cometimento de delitos graves.

60 Sistema de Jovens Adultos até aos 18 anos.

61 Sistema de Jovens Adultos até aos 18 anos.

62 Artigo 14.º, n.º 1, do Código Penal.

63 Sistema de Jovens Adultos até aos 20 anos.

- Uruguai – 18 anos.

VI. A SITUAÇÃO DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

Nos termos do disposto no artigo 18.º do CP, *a contrario,* são imputáveis do ponto de vista criminal, logo, sujeitos às sanções previstas na lei, todos os indivíduos que tenham completado 16 anos de idade, à data da prática dos factos, e não do julgamento.

Dos 12 aos 16 anos, aqueles que pratiquem actos qualificados como crimes ou contravenções, ficam sujeitos ao regime Tutelar Educativo, aprovado pela Lei n.º 2/2007 – Regime Tutelar Educativo dos Jovens Infractores.

VII. PERSPECTIVAS FUTURAS

Legislativas

Em nossa opinião o abaixamento da idade de imputabilidade, só por si, não resolve o problema da delinquência juvenil, *"nada alteraria para melhor, apenas agravaria a situação provocando mais violência e criminalidade"*[64], atento o factor negativo e criminógeno da sujeição precoce dos jovens ao contacto com um sistema prisional onde iriam conviver e aprender com criminosos maduros e, nalguns casos, várias vezes reincidentes.

De notar que não nos podemos esquecer que uma sociedade se espelha na sua juventude, devendo o menor ser protegido por forma a promover os direitos individuais, culturais e sociais de cada jovem, designadamente, aqueles plasmados nos instrumentos de direito internacional vigentes na Região Administrativa Especial de Macau.

Justiça de menores

Tal como os adultos não podem, num Estado de Direito, ser sujeitos a penas criminais sem a ocorrência de um processo justo e com todas as garantias de defesa, também os jovens não podem ser sujeitos a medidas educativas sem terem praticado um facto considerado ilícito por lei em vigor no momento da prática do facto, e que se mantenha ainda em vigor no momento da decisão judicial. Como não podem ser sujeitos a essas medidas por simples desconfiança de que poderão vir a cometer factos qualificados pela lei como crime

64 Amaral e Silva, *Inimputabilidade não é impunidade, ob. cit.*, página 10.

ou contravenção, nomeadamente, por pertencerem a famílias pobres ou disfuncionais ou por estarem nas ruas.

Execução das medidas

A experiência vem demonstrando que, onde existem formas adequadas de execução das medidas educativas, designadamente da medida de internamento, o índice de reincidência dos jovens no cometimento de crimes se vem reduzindo[65].

Em termos de direito positivo, o n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 40/94/M, de 25 de Julho (Regime de Execução das Medidas Privativas de Liberdade) estabelece que: *"É igualmente garantida a separação dos demais reclusos dos jovens adultos, como tal se considerando os menores de 21 anos e maiores de 16 anos".*

VIII. CONCLUSÃO

Inimputabilidade penal não equivale, como já se deixou dito, a irresponsabilidade.

Esta é uma questão que importa esclarecer e desmistificar, ou seja, a diferença entre inimputabilidade e impunidade. Questão esta que não é meramente semântica mas, pelo contrário, está muitas vezes na génese das posições daqueles que reclamam o abaixamento da idade de imputabilidade penal. No extremo, e na verdade, a possibilidade de, através da aplicação e execução da medida de internamento em instituição, privar o jovem inimputável em razão da idade da sua liberdade, devia expurgar essa confusão.

Assim sendo, a inimputabilidade em razão da idade apenas afasta o menor, abaixo de determinada idade legalmente estabelecida, da sujeição a um julgamento em sede de processo criminal, por não ser passível de responsabilidade e de censura criminal, mas não o torna irresponsável do ponto de vista jurídico. Importando referir que o estabelecimento da idade de imputabilidade penal não é uma mera questão técnico-jurídica, mas sobretudo do âmbito da criminologia e das demais ciências sociais.

A não sujeição de jovens de tenra idade ao direito penal e ao correlativo sistema penitenciário radica, mais do que na ausência de discernimento (que o jovem pode em certos casos efectivamente ter), na constatação dos efeitos negativos, para os fins de prevenção e repressão do crime, que pode ter a submissão de crianças ao regime reservado aos adultos, propondo como alternativa ao método rígido das penas criminais um sistema flexível de medidas sócio-educativas capazes, conforme o caso, de proteger e de educar.

65 *Inimputabilidade não é impunidade,* citado, página 5.

Até porque, em regra, a pena privativa de liberdade não educa, muito menos ressocializa. Pelo contrário, perverte, deforma. Não recupera, corrompe. Logo, encaminhar jovens para tal sistema seria concorrer para um aumento, e não para a diminuição, da criminalidade.

Como ensina Manuel Cavaleiro de Ferreira[66], *"A pena, quanto aos menores, deve ser estruturada, na sua execução, como medida predominantemente educativa".* Sem retribuição e sem vingança implícitas, acrescentamos nós.

Por todo o exposto, somos de opinião que não se deve mexer[67] na actual idade de imputabilidade penal e que, no caso de uma eventual alteração, ela deve ser no sentido de aumentar a idade para os 18 anos, no sentido das convenções internacionais, e de a harmonizar com a maioridade civil que, nos termos do disposto no artigo 118.º do Código Civil, é aos 18 anos.

No dizer de Anabela Rodrigues, no *Comentário da Lei Tutelar Educativa, "fazer coincidir a idade de imputabilidade com a maioridade civil, idade em que se reconhece a plena integração político-social da pessoa"*[68].

66 *Direito Penal Português,* Parte Geral II, Editorial Verbo, *ob. cit.*, página 281.

67 O Governo já fez uma tentativa, apresentando à Assembleia Legislativa, em 12 de Fevereiro de 2009, a proposta de lei intitulada «Alteração ao regime de imputabilidade criminal» para estabelecer um limite mais baixo (14 anos para determinados crimes violentos), mas acabou por retirar a proposta que já havia sido aprovada na generalidade, devido a grandes divergências entre os deputados (ver Parecer n.º 5/III/2009 da 1.ª Comissão Permanente, datado de 6 de Agosto de 2009).

68 Página 16.

澳門法人刑事責任：原則還是例外？

António Manuel Abrantes[1]

一、概述

本文關注的焦點是澳門特別行政區（以下簡稱澳門）的法人刑事責任，筆者將簡明扼要地對澳門現行法律中的法人刑事責任制度進行介紹。由於這一論題較為複雜，全方位地對其進行詳盡的探討自然是不可能的，因此，筆者的論述範圍會限於其中一個特定的問題：在澳門的刑事法律體系中，法人刑事責任制度應當作為原則還是例外？

在展開法律討論之前，筆者將首先對該問題的歷史發展進行回顧，通過對歷史的考察我們可以發現，關於是否對法人追究刑事責任，不同國家、不同時期的法律規定各有不同，但都遵循一個共同的標準：需要在多大程度上對法人行為範圍進行控制。在歷史回顧的基礎上，筆者將從現行澳門刑事立法將法人刑事責任作為例外的現狀出發，論證有必要在將來通過將法人刑事責任納入刑法典的方式使該制度由例外轉變為原則。

二、法人刑事責任：原則還是例外？——歷史循環往復

是否對法人追究刑事責任並不是一個新出現的問題。事實上，這是一個緊緊跟隨著刑法的發展而發展的古老命題。隨著歷史背景的變化[2]，該辯題也呈現出週期性、循環往復的特點。

“社團不可能犯罪（societas delinquere non potest）”的古老法諺準確地詮

1 澳門特別行政區法律改革及國際法事務局顧問高級技術員。澳門特別行政區政

2 在以下關於歷史的闡述中，筆者主要參考的論著包括：JOÃO CASTRO E SOUSA, “*As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado «direito de mera ordenação social*», Coimbra Editora, 1985年，第23-81頁；以及FERNANDO TORRÃO, “*Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*”, Almedina, 2010年，第19-61頁。

釋了在羅馬法時代立法者對於社團犯罪的態度：原則上社團不能成為刑事犯罪的主體。事實上，儘管在帝國時代已經出現了“法人”這一概念的萌芽，但法人也僅僅被視為一種擬制，由構成集體的大部分成員作出的行為被分別考察並歸責於集體。

這種趨勢並沒有持續到中世紀。中世紀的法學家力圖從理論層面尋找依據，使對集體組織進行的處罰正當化。十三世紀，注釋法學派的核心觀點是，組成集體的成員的意志和行為即構成該集體的意志和行為，因此，在滿足一定的前提條件時，組成集體的成員的不法行為構成該集體的不法行為。十四世紀，評註法學派將法人人格獨立原則進一步發展。評註法學派認為，集體組織是一種真實的法律存在，法人擁有意思能力和行為能力，讓法人承擔刑事責任不僅是合理的而且是必要的。同樣地，教會法也逐漸開始對法人團體進行宗教上的和物質上的的處罰，作為對某些宗教組織日益增長的實力的回應。

讓法人承擔刑事責任的趨勢在近代獲得加強。隨著資本主義制度的繁榮，法人組織在規模和影響力上獲得顯著增長，甚至威脅著當時專制國家中的最高統治權力。對法人組織進行控制的需求變得日益強烈，因此，對法人進行刑事處罰成為各國在十六到十八世紀的普遍做法。通過對法人進行處罰，使法人能力被分散，從而不再能夠對抗統治者建立起的封建統治秩序。法人刑事責任成為歐洲各封建君主制國家維護其專制權威的重要政策工具。

十八世紀末，法國發生了大革命，人類進入當代社會，對法人刑事責任的認識也發生了根本性的變化。隨著自由旗幟的高揚，革命中倡導的崇尚個人、反對集體的價值觀被以法律形式確定下來，由此帶來的一個不可避免的結果是，集體組織喪失了其超越於個人的能力和地位，個人成為政治、經濟和社會生活的主要參與者。上述社會變革可以從盧梭的人本主義思想中找到理論依據，特別是根據薩維尼的法人擬制說，法人僅僅是對組成法人的自然人的簡單加總，法人本身並不是一種真實的存在，而只是一種抽象或者理論上的擬制。基於上述新觀點，早期的刑法學家努力構建一個以自然人為中心的刑法體系，同時確立了兩項原則，這兩項原則成為在此後的一段時期內法人刑事責任不受承認的理論基礎：即法人無行為能力和法人無責任能力。概括地說，法人無行為能力理論的中心思想是，法人作為一種法律擬制，本身無法做出行為，只能通過其內部的自然人為法律行為，因此，即使是以該法人的名義作出的不法行為，也只有這些自然人才能為此承擔刑事上的責任；法人無責任能力理論則建立在自由主義的理論基礎上，認為刑罰的核心是對個人道德的指責，刑罰的基礎是自由的和有意識的意志，而只有自然人才擁有自由的和有意識的意志，因此只有自然人才可能成為刑法處罰的對象。這樣，自羅馬法時代以來已經被人們所遺忘的“社團不可能犯罪（societas delinquere non potest）”的古老法諺又恢復了往昔的地位，法人不承擔刑事責任的原則被確立下來。

具有諷刺意味的是，正是上述這些產生於資產階級中的人本主義思想間接地決定了法人組織力量的復興。伴隨著歐洲大陸上各國的工業化進程，在整個十九世紀，公司的影響力不斷上升。從第二次世界大戰後期開始，公司犯罪的現象急劇增加。歐洲大陸各國的立法者仍然堅持法人不承擔刑事責任這一原

則，但是，越來越多的例外情形出現在各國的特別刑法中，特別是在關於經濟犯罪、財政犯罪和環境犯罪的特別刑法中，法人被要求承擔刑事責任。

二十世紀末期開始出現的全球化現象則徹底地動搖了人們對於法人刑事責任的認識。隨著全球化的發展，跨國公司的數量急劇增長，有組織的跨國犯罪網絡出現，在這種情況下，只由個人承擔刑事責任的自由主義模式在應對這樣一個新型的“風險社會”（烏爾裡希·貝克）時顯然是不足夠的和力不從心的，這使歐洲大陸的大多數國家[3]開始將法人承擔刑事責任作為一般原則。比利時（1999）[4]、瑞士（2003）[5]、法國（2004）[6]、奧地利（2006）[7]、葡萄牙（2007）[8]、西班牙（2010）[9]、盧森堡（2010）[10]和列支敦士登（2010）[11]的立法者相繼追隨了荷蘭（1976）[12]在多年前的先驅性做法，在各自的刑法典中[13]確立了法人可以承擔刑事責任的一般原則，這種狀況一直持續至今。

通過觀察可以發現一個有趣的現象，大陸法系的大多數國家在對待法人刑事責任的問題時表現出了循環往復的態度。可以粗略地將發展過程概括如下：

1）在十八世紀末期以前，原則上法人應當承擔刑事責任；

3 與此相反，德國卻堅持法人無行為能力、法人無責任能力、刑罰的個人性等傳統法學觀點，拒絕承認由法人承擔刑事責任 （關於這一問題如想進行更深入的研究，參見THOMAS WEIGEND, “*Societas delinquere non potest? A German perspective*”, 載於 Journal of International Criminal Justice, 6, 2008年，第899-926頁）。另外值得一提的是意大利的情況，意大利的做法似乎是基於一種妥協的立場：儘管在立法層面，立法者根據刑事責任的個人性這一憲法原則，規定法人做出不法行為時須承擔行政責任，但是法學界根據法人所受處罰的性質，認為這種行政責任實際上是一種“事實上的刑事責任”（見2001年6月8日第231號法令，關於這一問題如想進行更深入的研究，參見GIANCARLO DE VERO, “*La responsabilità penale delle persone giuridiche*”, Giuffrè Editore, 2008年）。

4 參見比利時刑法典第5條，如果想對此進行更深入的研究，參見M. NIHOUL, “*La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*”, La Charte, 2005.

5 參見瑞士刑法典第102條，如果想對此進行更詳盡的了解，參見“*La Criminalisation du Comportement Collectif - Suisse*”, 載於DOELDER/TIEDEMANN, “*La Criminalisation du Comportement Collectif/Criminal Liability of Corporations”,* Kluwer Law International, P. 347-368.

6 參見法國刑法典第121-2條，如果想對此進行更深入的研究，參見B. BOULOC, “*La Criminalisation du Comportement Collectif - France*”, 載於前注DOELDER/TIEDEMANN書，P. 235-250。

7 參見奧地利《實體刑事犯罪責任聯邦法》（*Verbandsverantwortlichkeitsgeset*）第12到14章，如果想對此進行更詳盡的了解，參見ANDREA LEHNER, “*The Austrian Model of Attributing Criminal Responsibility to Legal Entities*”, 載於 “*Regulating Corporate Criminal Liability*”, Springer, 2014, P. 79-86.

8 參見葡萄牙刑法典第11條，如果想對此進行更深入的研究，參見GERMANO MARQUES DA SILVA, “*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*”, Editorial Verbo, 2009.

9 參見西班牙刑法典第31條bis條款，如果想對此進行更詳盡的了解，參見MIGUEL PASAMAR, *“La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española*”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII (2013), P. 219-263.

10 參見盧森堡刑法典第34條。

11 參見列士敦士登刑法典第74條。

12 參見荷蘭刑法典第51條，如果想對此進行更詳盡的了解，參見B.F.KEULEN/E.GRITTER, “*Corporate Criminal Liability in the Netherlands*” in *Electronic Journal of Comparative La*w, vol. 14.3, 2010年12月。

13 其中奧地利的做法與其他國家略有不同，奧地利立法者將法人承擔刑事責任這一基本原則規定在特別刑法之中。

2）從十八世紀末大約持續到二十世紀下半葉，原則上法人不承擔刑事責任；

3）從二十世紀下半葉起，原則上法人仍然不承擔刑事責任，但是逐漸放開，出現越來越多的例外情形，主要規定在特別刑法中。

4）法人刑事責任從例外轉變為原則，重新成為一項基本制度，這一現象自二十一世紀開始以來變得尤為突出。

在盎格魯—撒克遜法律體系中，對法人刑事責任的認識也顯現出循環往復的發展歷程，只是在時間段上與大陸法系略有不同。在中世紀和近代早期，立法者承認法人應當承擔刑事責任。隨後，在十七世紀後期，由於受到洛克的自由主義和人本主義思想的影響，由法人承擔刑事責任的制度受到強烈的反對。隨著英國工業革命的開展，從十八世紀末期起，公司的數目大規模增長，法人免於承擔刑事責任的原則被逐漸摒棄，到十九世紀中葉，立法者承認法人應當承擔刑事責任，可以對法人施以刑罰處罰。這種做法一直延續至今，現在，大多數英美法系國家都認為法人可以承擔刑事責任，包括英國[14]、美國[15]和澳大利亞[16]。

最後值得一提的是，中國內地立法機關對待法人刑事責任的態度也表現出與西方國家類似的發展軌跡。起初在中國刑事立法中，單位在原則上不承擔刑事責任，後來調轉過來，承認單位也可以承擔刑事責任[17]。從1949年中華人民共和國成立之時起到1980年，原則上不承認單位可以作為承擔刑事責任的主體。從1980年起，中國逐漸由計劃經濟向市場經濟過渡，由此產生的結果之一就是企業的規模擴大、影響力增強，對這些企業的行為進行控制的需求變得越來越迫切，由此引發了關於可否讓單位承擔刑事責任的激烈辯論。自1987年起，中國立法機關相繼在一些單行刑法或附屬刑法中規定了單位刑事責任，單位可因實施了海關犯罪、走私、逃稅、非法移民、毒品和知識產權犯罪等而承擔刑事責任[18]。1997年中國對刑法進行修訂時，上述內容被吸納進刑法典。1997年刑法的第30條對單位犯罪刑事責任的一般問題作了原則性規定。

通過上述對各國在各個時期的不同立法選擇進行分析可以發現，立法者們遵循著一個共同的原則：是否要求法人承擔刑事責任取決於是否有必要對法人的行為範圍進行控制，在現實中需要根據當時所處的社會經濟環境而定[19]。這意

14 參見C. HARDING, "*Criminal Liability of Corporations – United Kingdom*", 載於DOELDER/TIEDEMANN, *cit*., P. 369-382.

15 參見E.M.WISE, "*Criminal Liability of Corporations – USA*", 載於 DOELDER/TIEDEMANN, *cit*., P. 383-394.

16 參見J.HILL/R. HARMER, "*Criminal Liability of Corporations – Australia*",載於DOELDER/TIEDEMANN, *cit*., P. 71-111.

17 如果想對此進行更深入的研究，參見周振傑："*Corporate Punishment in China: History, Legislation and Future Reform"*, Waseda University Institute of Advanced Studies, 2009, p. 79-102.

18 1987年的《中華人民共和國海關法》（第47條）開創了中國懲治單位犯罪的先河，隨後立法者又頒布了超過十部規定有單位犯罪刑事責任的法律。

19 關於這一問題的討論，參見前注JOÃO CASTRO E SOUSA書, 第24-25頁。

味著，正是法人在每個歷史時期所取得的影響力和權力決定著法人承擔刑事責任是作為原則還是例外，理論和教義只是這種趨勢的附和。由此我們可以得出一個基本的結論：在探討法人刑事責任的問題時，刑事政策的現實需要，即對法人犯罪進行適當處罰的需要，應當作為我們考慮的核心問題，這一現實需要不應被現存的教義和理論上的障礙所束縛，導致法人刑事責任無法貫徹[20]。

三、法人刑事責任在澳門現行刑事立法中被作為一項例外

將澳門的刑事立法置於前述歷史發展框架中進行考察可以發現，與大陸法系的其他大多數國家相比，澳門的法人刑事責任正處於上述第三個、也就是倒數第二個發展階段。原則上，法人不承擔刑事責任，澳門刑法典第10條規定，刑事責任具有個人性，“僅自然人方負刑事責任，但另有規定者除外”。這意味著，根據現行法律，法人不會因觸犯刑法典分則部分規定的罪名而承擔刑事責任，但是該條也同時打開了一個口子：對於“另有規定”的罪名，法人可能成為犯罪主體並承擔刑事責任。

這些例外的情形出現在澳門的特別刑法中，澳門現有15部特別刑法中規定了法人犯罪和刑事責任，涵蓋多種不同的違法行為，包括妨害公共衛生及經濟的違法行為[21]、侵犯工業產權的刑事違法行為[22]、違反關於遵守若干國際法文書的法律的刑事犯罪[23]、在進行對外貿易活動時的不法行為[24]、僱傭非法入境的勞工[25]、清洗黑錢犯罪[26]、恐怖主義犯罪[27]、販賣人口犯罪[28]、危害國家安全的犯罪[29]、電腦犯罪[30]、將社會保障基金供款不正當據為己有[31]、違反食品安全法的犯罪[32]

20 早在2007年進行刑法改革前，FIGUEIREDO DIAS曾在其法學教材中談到，“既然有必要對法人進行刑事處罰的刑事政策具有正當性，根據法學要服從於刑事政策的基本假定，不能因為法人刑事責任在學理上不具有可執行性就將該原則顛覆”（見“*Direito Penal, Parte Geral – Tomo I*”, Coimbra Editora, 第二版，2007年，第297頁)。

21 參見第6/96/M號法律第3條。

22 參見第97/99/M號法令第298條。

23 參見第4/2002號法律第17條。

24 參見第7/2003號法律第22條。

25 參見第6/2004號法律第26-B條。

26 參見第2/2006號法律第5條。

27 參見第3/2006號法律第10條。

28 參見第6/2008號法律第5條。

29 參見第2/2009號法律第8條。

30 參見第11/2009號法律第13條。

31 參見第4/2010號法律第57條。

32 參見第5/2013號法律第26條。

、與土地有關的犯罪[33]、對文化遺產實施的犯罪[34]以及對外貿易中的行賄行為[35]。

儘管並不存在一個為上述法律所普遍遵循的統一規則，但是可以肯定的是，似乎存在一個具有導向性的方針，為現存的大多數特別刑事立法所遵循[36]，即在符合一個表面要件和一個實質要件的前提下，可以對法人進行刑事處罰。一方面，在表面上，要求犯罪行為與法人的內部結構有聯繫，必須屬於下列情況之一：1）犯罪行為是由法人的機關或代表人實施的；或2）犯罪行為是由聽命於法人的機關或代表人的人實施的，且因該機關或代表人故意違反本身所負的監管或控制義務方使該犯罪有可能發生。另一方面，在實質層面，還要求行為人的行為具有功能性，即行為人是以法人的名義及為其利益而實施的犯罪行為。

四、將法人刑事責任由例外轉變為原則的必要性

正如我們所看到的，現行澳門刑事法律中的刑事責任仍然建立在個人性的基礎上，同時允許例外情況的存在，使法人也有受到刑事處罰的可能性。筆者不讚同這種立法模式，筆者認為有足夠的理由將法人刑事責任由例外轉變為原則，有必要在刑法典的總則部分將法人承擔刑事責任確定為一項基本制度。

（1） 事實上，正如我們所看到的，是否對法人施以刑罰處罰取決於在不同的歷史時期、在不同國家的法律制度下對法人的行動範圍進行控制的刑事政策的需要。筆者認為，這種現實需求從來不似今天這般緊迫。我們生活在一個後工業化、全球化的風險社會中，這樣的社會中存在著一些巨大的風險，這些風險是由跨國公司的活動以及有組織跨國犯罪網絡犯罪行為的複雜性所導致的，這些風險的出現迫使刑法必須盡快摒棄以個人為中心的傳統基礎，以一種更為有效的方式保護社會的基本法益，刑法應當要求作為社會經濟生活主要參與者的法人直接地為其實施的罪行承擔刑事責任[37]。另一方面，由法人內部的組成人員來承擔法人犯罪的責任也面臨一些困難，這是因為法人內部的組織結構往往是複雜的，且由法人內部的每位成員承擔責任會導致責任被稀釋，最後的結果是，實際上各位成員都有效地規避了本應當由法人直接承擔的刑事責任，

33 參見第10/2013號法律第194條。

34 參見第11/2013號法律第97條。

35 參見第10/2014號法律第5條。

36 參見第6/2004號法律第26-B條、第2/2006號法律第5條、第3/2006號法律第10條、第6/2008號法律第5條、第11/2009號法律第13條、第10/2013號法律第194條、第11/2013號法律第97條第2款及第10/2014號法律第5條。

37 LEONOR ESTEVES和LUÍS PESSANHA的觀點與筆者相同，參見LEONOR ESTEVES, “Da Necessidade de Construir um «Modelo Geral» de Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos no Direito de Macau”，載於《澳門大學法律學院學報》，第十七年，第三十三期，2013年，第136-137頁；及LUÍS PESSANHA, “Breves Notas sobre a Responsabilidade Penal Fiscal dos Entes Colectivos na RAEM”， 載於《澳門大學法律學院學報》，第十二年，第二十五期，2008年，第234-236頁。

導致“有組織的不負責任”[38]。最後，法人實施犯罪行為時的具體犯罪學特徵也為確立法人承擔刑事責任制度提供了強有力的支持，這些特徵表明，實施犯罪行為的法人本身擁有“犯罪人格”，不能將其混同於法人成員的總和[39]。筆者認為，上述種種原因都表明，有必要將法人刑事責任作為一項原則規定在澳門刑法典中並使其具有廣泛的適用範圍[40]。

此外仍需指出的是，以刑事政策作為導向（不僅在大多數大陸法系和英美法系的立法中佔據主導地位）現在也成為國際法立法時的做法。事實上，根據對澳門有拘束力的多部國際法律文件，澳門也應當對法人實施刑法典中規定的犯罪行為施以刑罰處罰[41]。誠然，這些國際法律文書並未要求法人承擔的一定是刑事責任，有的國際條約中還明確規定，“在不違反締約國法律原則的情況下，法人責任可以包括刑事責任、民事責任或者行政責任”[42]。但是，鑒於在澳門的特別刑法中已經多次出現關於法人刑事責任的規定以履行上述國際義務，既然法人違反特別刑法中規定的犯罪會受到刑事處罰，如果法人違反刑法典中規定的性質類似的犯罪，立法者卻規定不同的處罰方式，這是很難讓人理解的做法。此外，澳門懲罰體系的內部協調也應當成為我們研究該問題時應當認真考慮的要素之一，假設某一犯罪行為不管由自然人實施還是由法人實施，對刑法法益造成的損害是一樣的，如果自然人實施該行為會受到刑罰處罰，而法人實施同樣的行為時卻僅需承擔行政責任，這也將對澳門懲罰體系的內部協調性造成嚴重的損害[43]。因此，為了確保澳門遵守國際義務，我們沒有其他選擇，澳門應當將法人承擔刑事責任的範圍擴大到包括刑法典中規定的罪名。

---

38 這似乎可以作為採納法人獨立承擔刑事責任的模式的理由，在法人獨立承擔刑事責任的模式下，規定法人就自己的不法行為承擔責任，而非其成員的個人責任。LUÍS PESSANHA的觀點與筆者相近，LUÍS PESSANHA認為，由於法人內部組織結構，如果由法人內部個人承擔責任會導致責任被稀釋，因此有必要“背離和突破刑事責任的個人性，以某種方式實現法人的刑事責任”（見前注書，第236頁）。

39 事實上，自蘇哲蘭（SUTHERLAND）的“差別接觸理論”（“associação social diferenciada”）到克勞渥德（Cloward）和奧林（Ohlin）的“失範理論”（teoria da anomia），研究犯罪學的學者頻頻證明，有組織結構的實體所實施的犯罪行為具有獨特的性質，法人能夠通過亞文化，使法人的價值高於每一位成員的個人價值，這一點在法人犯罪中往往發揮著起決定性的作用。如果想對此進行更深入的研究，參見FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, “Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena”, Coimbra Editora, 1997年，第328-338頁。

40 與筆者的觀點類似，LEONOR ESTEVES也提出有必要對發展趨勢進行反思，“在澳門刑法典的總則部分加入法人承擔刑事責任的原則，這樣，如果法人觸犯了刑法典分則部分規定的罪名，可以判處法人承擔刑事責任和接受刑罰處罰”（見前注書，第145頁）。

41 舉例來說，根據澳門特別行政區第5/2006號行政長官公告，於二零零三年十月三十一日在紐約通過的《聯合國反腐敗公約》適用於澳門。該《公約》第26條規定，各締約國均應當採取符合其法律原則的必要措施，確定法人參與根據本公約確立的犯罪應當承擔的責任。據此，在澳門，如果法人實施了刑法典第327條（賄賂作虛假聲明）、第337條（受賄作不法行為）、第338條（受賄作合規範之行為）、第339條（行賄）、第340條（公務上之侵佔）、第341條（公務上之侵佔使用）、第342條（在法律行為中分享經濟利益）、第347條（濫用職權）中規定的犯罪行為，應當確定由法人承擔刑事責任。

42 例如《聯合國反腐敗公約》，參加該公約第26條第2款。

43 LEONOR ESTEVES與筆者的觀點類似，在結合FIGUEIREDO DIAS的觀點的基礎上，LEONOR ESTEVES指出，“受制於傳統法學理論的束縛，某些違反刑法法益、應當受到刑罰處罰的行為，如果由自然人實施，該自然人應當承擔刑事責任，同樣的行為由法人實施，該法人卻只需承擔行政責任，這不僅是說不通的，也是違反社會倫理的，更破壞了刑法體系的內部結構”（見前注書，第140頁）。

最後值得注意的是，對法人刑事責任在刑事政策領域的現實需求在傳統學理上遇到的抵抗也越來越微弱了。一方面，越來越多的人承認，法人的機關或代表以法人的名義及為其利益實施的行為即構成法人本身的行為，在這種情況下，仍然堅稱法人無行為能力已經越來越站不住腳[44]。另一方面，法人無責任能力理論的地位也在越來越多國家的刑事立法中被削弱甚至摧毀，在學術觀點和司法意見中已經確認法人能夠直接地或者間接地承擔刑事責任：在間接刑事責任的模式中，自然人以法人的名義實施、並表明是按照其所代表的法人的意志實施的犯罪行為，歸責於該法人[45]；根據法人直接刑事責任的模式，法人對其自身的過錯承擔責任，這種過錯並不是產生於其成員的個人過錯，而是基於其本身在活動過程中的“虧損過錯”（TIEDEMANN）、“公司政策失誤”（LAMPE）或者“公司活動中的領導失誤”（LAMPE）[46]。

（2） 即使是在現行的法律體系下，認為法人刑事責任在澳門的法律制度中是作為一種例外情況存在的觀點也受到越來越多人的質疑。圍繞刑事責任的個人性原則，已經規定了15種例外情形，涉及超過50個罪名，在這種情況下，我們還能否認為刑事責任的個人性是澳門刑法中的一項基本制度？這本身也是值得懷疑的。

事實上，法人應當為其犯罪行為承擔刑事責任正不可避免地成為澳門特別刑法中的一項基本原則。但是，在現行澳門法律體系中，法人觸犯刑法典中規定的罪名和刑法典之外的罪名會導致不同的結果，這種差異化的對待受到越來越多人的質疑。既然在特別刑法中已經承認法人具有行為能力和責任能力，那麼還有什麼理由否認法人有能力實施刑法典中規定的犯罪行為並需為此承擔責任呢？

值得補充的是，這兩個相互矛盾的規則——特別刑法中法人承擔刑事責任而刑法典中法人不承擔刑事責任——的存在，很可能導致在性質相似的不同犯罪之間表現出明顯的衝突。舉例來說，根據現行澳門法律，法人不會因實施了澳門刑法典第211條規定的詐騙行為而受到刑罰處罰，但是卻可能因為觸犯了特別刑法中規定的電腦詐騙罪（第11/2009號法律第11條和第13條）而承擔刑事責任；又如，法人不會因實施了澳門刑法典第339條規定的行賄行為而受到刑罰處罰，但是如果行賄行為發生在進行對外貿易的過程中，法人卻可能因為觸犯了特別刑法中的規定（第10/2014號法律第4條和第5條）而承擔刑事責任。這種制度上的矛盾既無法在法學理論中找到依據，也不符合刑事政策的考慮，因此，似乎應當對刑法典之內和刑法典之外的罪名進行系統化的整合。對相似的情形進行不同對待的做法實在難以令人信服。

其實，嚴格說來，已經無需再引用上述關於系統化的觀點，因為法人的刑

44 關於這一問題的更詳盡、深入的探討，參見前注GERMANO MARQUES DA SILVA書，第162-164頁。

45 如我們所知，這種模式是澳門立法者在制定涉及法人犯罪問題的特別刑法時佔主導地位的一種立法選擇，由法人承擔刑事責任的犯罪必須符合下列兩個條件之一：1）犯罪行為是由法人的機關或代表人實施的；或2）因故意違反本身所負的監管或控制義務方使該犯罪有可能發生。

46 如果想進一步了解公司自身過錯的各種類型，參見前注GERMANO MARQUES DA SILVA書，第174-196頁。

事責任事實上已經不僅僅適用於特別刑法中規定的罪名。通過第6/2008號法律，在刑法典的分則部分增加了販賣人口的罪名（第153條-A），該法還規定，法人如果實施了販賣人口的行為應當受到刑事處罰，這意味著，根據現行澳門法律，法人刑事責任制度已經適用於刑法典中規定的罪名。

綜上所述我們可以得出結論，法人刑事責任已經成為澳門現行特別刑法中的一個原則，而且正向刑法典中的罪名敞開大門，在這樣的背景下，建立在一種已經過時的邏輯基礎上的刑法典第10條仍然是符合時宜的嗎？承認法人刑事責任具有原則性的地位、在澳門刑法體系中建立起法人刑事責任的基本制度是否更為合適呢？

事實上，由於在刑法典中缺少對法人刑事責任的原則性規定，在關於法人刑事責任的特別刑法中往往出現不必要的矛盾和重複。一方面，在不同的立法中對法人犯罪的懲罰標準有很大差異，有些犯罪中法人刑事責任較為寬鬆[47]，而其他一些犯罪中法人刑事責任更為嚴格[48]，還有一些法律中，甚至沒有對法人承擔刑事責任的條件作出詳細規定[49]。另一方面，有些規定只出現於部分法律中，例如，有些法律中規定，在特定情形下排除法人的刑事責任[50]，有些法律中規定，自然人須就罰金或罰款的繳納與法人承擔連帶責任[51]，至於為什麼有的法律中有這樣的規定而其他的法律中沒有就不得而知了。對法人犯罪處以罰金刑的標準也是十分不恰當的，在有些法律中，對法人各種不同犯罪的量刑範圍作出統一的規定，而不考慮不同犯罪的不同嚴重程度[52]，在另一些法律中，則規定了自動轉化公式，根據觸犯某類罪名時自然人須服徒刑的日數確定法人實施相同

47 第6/96/M號法律規定的法人承擔刑事責任的範圍比其他大多數法律中的規定更為寬泛，只要違法行為是由“成員、代表或其機關據位人以該等實體名義及為集體利益作出”，法人即須對該等違法行為承擔責任（第3條第1款）。而根據第4/2002號法律，法人承擔刑事責任的範圍更加寬泛，對於由其“成員、工作人員或提供服務的人員、代表人或受任人，又或其機關據位人，以其名義且為其利益而作出”的犯罪行為，法人均須承擔刑事責任。

48 第2/2009號法律（第8條第1款）、第4/2010號法律（第57條第1款）和第5/2013號法律（第26條第1款）中規定的由法人承擔刑事責任的標準比其他法律中的規定更為嚴格，法人承擔刑事責任的範圍限於“其機關或代表人以該等實體的名義並為其利益而實施”的犯罪行為，因此，對於聽命於法人的機關或代表人的人實施的犯罪，法人並不承擔刑事責任。

49 參見第7/2003號法律，該法律第22條第1款只規定“上條第一款所指的犯罪，如由法人或無法律人格社團作出，科處最高澳門幣二十萬元罰金。”

50 參見第6/96/M號法律第3條第3款、第97/99/M號法令第298條、第4/2002號法律第17條第3款、第6/2004號法律第26-B條第2款、第4/2010號法律第57條第2款、第5/2013號法律第26條第2款、第10/2013號法律第194條第2款，這些法律中規定，“如行為人違反有權者之明確命令或指示而作出行為”，則排除法人的刑事責任。

51 參見第6/96/M號法律第3條第4款、第97/99/M號法令第298條、第4/2002號法律第17條第3款、第4/2010號法律第58條第1款、第5/2013號法律第27條第1款，這些法律中規定，“違法者為法人時，其行政管理機關成員或以任何其他方式代表該法人的人，如被判定須對有關違法行為負責，須就罰金或罰款的繳納與該法人負連帶責任”。

52 例如，根據第3/2006號法律第10條第4款的規定，法人實施發起、創立恐怖團體的行為，或者實施煽動恐怖主義的行為，都將無差別地被處以罰金刑（罰金以日數訂定，最低限度為一百日，最高限度為一千日），但是事實上上述兩種犯罪的嚴重程度是不同的，如果自然人實施發起、創立恐怖團體的行為，將被處十年至二十年徒刑（第4條第2款），如果自然人實施煽動恐怖主義的行為，將被處一年至八年徒刑（第8條）。

犯罪時須被科處的罰金[53]。

鑒於上述差異的存在，對澳門刑事立法中的法人刑事責任進行系統化的整合是十分急迫的，而整合的第一步就是將法人刑事責任制度規定於刑法典中[54]。LEAL-HENRIQUES曾經說過一段富有啟發性的話，“原則上，立法者會在刑法典內訂明刑法的制度及其框架，並確立有關的政策取向，刑法典是每一民族規定其刑法所保護的法益的規範彙編，是其基本權利的規則寶鑒，在刑法典中我們可以找到社會所接受和採納的制度模式”[55]。

五、結論

關於這一複雜的話題，仍有很多的問題需要補充和探討，本文篇幅有限，難以達到應有的深度。即使如此，筆者認為已經簡明扼要地講明了應當將法人刑事責任制度由澳門刑法中的例外轉變為原則的兩個核心原因：一方面，刑事政策的需要應當克服傳統學理中的障礙，有必要將法人刑事責任的適用範圍擴大到包括刑法典中規定的罪名；另一方面，筆者認為，為法人刑事責任制度在澳門法律制度中建立起穩定的理論基礎是必要的，而要有效地實現這一目的，必須在刑法典中將該制度確定下來。

53 參見第4/2002號法律第18條第1款，該款規定，可對法人“科處作為主刑的罰金，其數額為對有關犯罪所定的徒刑日數的兩倍”。

54 筆者認為，在將這一原則性制度納入刑法典時，立法者可以考慮可否同時將現行特別刑法中的相關規定一併廢除，因為這些特殊規定已經可以被納入刑法典的法人刑事責任制度下。當然，在進行這一工作時，針對法人犯罪的特性而做出的特殊規定仍需要保留（例如，關於量刑範圍和附加刑的規定，等等）。

55 “澳門刑法典注釋及評註”，第一冊（第1條至第38條），法律及司法培訓中心，2013年，第53頁。

A RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOAS COLECTIVAS NA RAEM: REGRA OU EXCEPÇÃO?

António Manuel Abrantes[1]

1. INTRODUÇÃO

Ao longo do presente texto iremos centrar-nos, em linhas breves e sucintas, na configuração actual do regime de responsabilidade penal de pessoas colectivas na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM). A complexidade desta temática não possibilita, naturalmente, uma abordagem exaustiva do tema em todas as suas dimensões, pelo que nos iremos limitar a debater uma questão em particular: deverá este regime assumir a natureza de regra ou de excepção no direito penal da RAEM?

Para o efeito, iremos começar por atender à evolução histórica deste debate, o que nos permitirá perceber que a solução da admissibilidade ou inadmissibilidade da responsabilidade penal de entidades colectivas foi variando em cada sistema jurídico ao longo dos tempos em função de um denominador comum: o da necessidade de controlo da esfera de actuação destas entidades. Posto isto, iremos partir da actual natureza de excepção deste regime no ordenamento jurídico-penal da RAEM para sustentarmos a necessidade da sua transformação em regra no futuro, por via da introdução de um regime geral de responsabilidade penal de pessoas colectivas no Código Penal (CP).

1 Técnico superior assessor na Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça do Governo da RAEM.

2. O ROTATIVISMO HISTÓRICO DA NATUREZA DE REGRA OU DE EXCEPÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DE ENTIDADES COLECTIVAS

O problema da admissibilidade da responsabilização penal de entidades colectivas está longe de ser recente. De facto, este é um debate antigo que foi acompanhando de perto a própria evolução do direito penal, tendo a particularidade de ter sido dotado de um certo rotativismo cíclico, consoante o contexto histórico em causa[2].

A velha máxima *societas delinquere non potest* traduz fielmente a maneira como a questão era analisada à luz do Direito Romano, o qual se baseava na regra da insusceptibilidade da responsabilização colectiva. Com efeito, apesar de na época imperial se ter começado a admitir uma ideia embrionária de personalidade colectiva, esta criação não deixava de ser considerada uma simples ficção, sendo simplesmente imputados à colectividade os actos da maioria dos membros que a constituíam, individualmente considerados.

Essa orientação não foi mantida durante a Idade Média, tendo a ciência dogmática procurado legitimar, no plano teórico, a aplicação de sanções adequadas a estruturas colectivas. No século XIII, a Escola dos Glosadores partiu da ideia central de que a vontade e os actos dos membros de uma entidade colectiva constituíam a vontade e os actos da própria colectividade, para sustentar que as infracções praticadas pelos membros individuais constituíam, verificados certos pressupostos, uma verdadeira infracção colectiva. Este princípio de autonomização da personalidade colectiva foi desenvolvido no século XIV pela Escola dos Comentadores, os quais, considerando a entidade colectiva uma autêntica realidade jurídica com capacidade própria para querer e actuar, sustentavam a legitimidade e a necessidade de aplicação de infracções criminais à estrutura colectiva. De igual forma, também no Direito Canónico se foi gradualmente admitindo a punibilidade de entidades colectivas com penas espirituais e materiais, como forma de responder ao poderio crescente que certas colectividades religiosas começavam a manifestar.

Esta tendência foi acentuada ao longo da Idade Moderna, à medida que o sistema capitalista florescia e as entidades colectivas adquiriam uma dimensão e influência crescentes, susceptíveis de ameaçar o poder supremo dos próprios Estados absolutistas da época. Tornando-se cada vez mais premente a necessidade de controlar a actuação destas entidades, a aplicação de sanções criminais colectivas foi prática comum entre os séculos

2 Na exposição histórica que se segue, acompanhamos de perto JOÃO CASTRO E SOUSA, "*As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado «direito de mera ordenação social*», Coimbra Editora, 1985, P. 23-81, e FERNANDO TORRÃO, "*Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*", Almedina, 2010, P. 19-61.

XVI e XVIII, tendo-se revelado uma importante arma política das monarquias absolutistas europeias para conservar a sua autoridade, ao permitir neutralizar focos de poder aptos a rebelar-se contra o *status quo* por si instituído.

O final do século XVIII, marcado pela Revolução Francesa e pelo início da Idade Contemporânea, determinou uma mudança radical neste entendimento. Ao ser levantada a bandeira liberal, pautada pela afirmação dos valores revolucionários individualistas e anticorporativos, era inevitável que as entidades colectivas perdessem a sua relevância e poder para a pessoa singular, que passou a estar no centro da vida política, económica e social. Estas transformações sociais encontraram sustento teórico nas concepções individualistas de ROUSSEAU e, em especial, na teoria da ficção jurídica de SAVIGNY, segundo a qual a pessoa colectiva era vista como uma simples abstracção ou ficção teórica sem uma existência real efectiva, não passando de uma simples soma das pessoas individuais que a compunham. Em conformidade com estes novos ideais, a ciência dogmática penal cedo se empenhou na construção de um conceito de responsabilidade penal centrado na pessoa singular e afirmou os dois principais obstáculos teóricos que viriam a fundamentar a inadmissibilidade da responsabilização colectiva nos períodos que se seguiram: a incapacidade de acção e a incapacidade de culpa das pessoas colectivas. Em linhas gerais, o dogma da incapacidade de acção baseava-se na ideia central que a pessoa colectiva, enquanto ficção jurídica, era insusceptível de agir por si própria mas apenas através das pessoas singulares no seu interior, razão pela qual apenas estas deveriam ser criminalmente responsabilizadas pelos actos praticados a partir de estruturas colectivas. Por seu turno, o dogma da incapacidade de culpa partia de uma concepção liberal de culpa centrada num juízo de censura ético-pessoal, com fundamento na vontade livre e consciente inerente à natureza humana, para afirmar que apenas as pessoas singulares eram susceptíveis de serem censuradas penalmente. Neste enquadramento, o velho princípio *societas delinquere non potest*, esquecido desde o período romano, recuperou o seu protagonismo de outrora, com a afirmação da regra da inadmissibilidade da responsabilização penal colectiva.

Ironicamente, seriam os próprios ideais individualistas centrados na classe emergente da burguesia que acabariam indirectamente por determinar a renovação do poderio de entidades colectivas, à medida que o processo de industrialização ocorrido na Europa continental, ao longo do século XIX, ia potenciando o crescimento da influência das entidades empresariais. Com o aumento significativo da criminalidade empresarial a partir do final da II Guerra Mundial, os ordenamentos jurídicos continentais mantiveram o princípio da inadmissibilidade da responsabilidade penal colectiva mas, progressivamente, foram levados a introduzir um número crescente de excepções em legislação avulsa, especialmente no domínio dos crimes económicos, fiscais e ambientais.

O fenómeno da globalização, ocorrido a partir do final do século XX, veio abalar em

definitivo este entendimento, ao possibilitar o surgimento de empresas multinacionais e o aparecimento de redes organizadas de criminalidade transnacional. De facto, a manifesta insuficiência e ineficácia do modelo liberal da responsabilidade penal individual para lidar com esta nova "*sociedade do risco*" (ULRICH BECK) marcou o regresso, na maioria[3] dos ordenamentos jurídicos continentais, ao princípio geral da responsabilidade penal de pessoas colectivas. Progressivamente, os ordenamentos jurídicos da Bélgica (1999)[4], Suíça (2003)[5], França (2004)[6], Áustria (2006)[7], Portugal (2007)[8], Espanha (2010)[9], Luxemburgo (2010)[10] e Liechtenstein (2010)[11] foram acompanhando o passo pioneiro que já havia sido

3 Em sentido inverso, a Alemanha mantém-se como resistente à consagração de um modelo de responsabilidade penal de pessoas colectivas, com base nos argumentos dogmáticos tradicionais da sua incapacidade de acção e de culpa, bem como no princípio da pessoalidade das penas (para maiores desenvolvimentos, cfr. THOMAS WEIGEND, "*Societas delinquere non potest? A German perspective*", in Journal of International Criminal Justice, 6, 2008, P. 899-926). Merece ainda uma referência especial a solução de Itália, a qual parece assentar numa posição de compromisso: embora a nível legislativo se encontre estabelecida uma responsabilidade formalmente administrativa em conformidade com o princípio constitucional da responsabilidade penal individual, a natureza das penas aplicáveis tem levado a doutrina a classificar essa forma de responsabilidade como uma efectiva "*responsabilidade materialmente penal*" (cfr. Decreto Legislativo n.º 231, de 8 de Junho de 2001 e, para uma visão mais pormenorizada, GIANCARLO DE VERO, "*La responsabilità penale delle persone giuridiche*", Giuffrè Editore, 2008).

4 Cfr. artigo 5.º do Código Penal belga e, para maiores desenvolvimentos, M. NIHOUL, "*La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*", La Charte, 2005.

5 Cfr. artigo 102.º do Código Penal suíço e, para uma visão mais pormenorizada, "*La Criminalisation du Comportement Collectif - Suisse*", in DOELDER/TIEDEMANN, "*La Criminalisation du Comportement Collectif/Criminal Liability of Corporations",* Kluwer Law International, P. 347-368.

6 Cfr. artigo 121-2.º do Código Penal francês, e, para maiores desenvolvimentos, B. BOULOC, "*La Criminalisation du Comportement Collectif - France*", in DOELDER/TIEDEMANN, *cit*., P. 235-250.

7 Cfr. Secções 12 e 14 da *Verbandsverantwortlichkeitsgeset* (*Lei de responsabilização de pessoas colectivas pela comissão de crimes)* e, para uma visão mais pormenorizada, ANDREA LEHNER, "*The Austrian Model of Attributing Criminal Responsibility to Legal Entities*", in "*Regulating Corporate Criminal Liability*", Springer, 2014, P. 79-86.

8 Cfr. artigo 11.º do Código Penal português e, para maiores desenvolvimentos, GERMANO MARQUES DA SILVA, "*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*", Editorial Verbo, 2009.

9 Cfr. artigo 31.º-bis do Código Penal espanhol e, para uma visão mais pormenorizada, MIGUEL PASAMAR, *"La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española*", Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII (2013), P. 219-263.

10 Cfr. artigo 34.º do Código Penal do Luxemburgo.

11 Cfr. artigo 74.º do Código Penal do Liechtenstein.

dado anos antes pela Holanda (1976)[12] e introduziram, nos respectivos Códigos Penais[13], um regime geral de responsabilidade penal de entidades colectivas, sendo esta a solução que se mantém até aos dias de hoje.

Por aqui se denota a interessante evolução circular do tratamento desta matéria na generalidade dos ordenamentos jurídicos continentais, a qual se pode resumir, em traços largos, da seguinte forma:

1) A regra da admissibilidade da responsabilidade penal colectiva até ao final do século XVIII;
2) A regra da inadmissibilidade da responsabilidade penal colectiva a partir desse momento e até, aproximadamente, à segunda metade do século XX;
3) A manutenção da regra da inadmissibilidade a partir desse momento, mas com a gradual e crescente abertura de excepções, principalmente ao nível do direito penal secundário;
4) A conversão das excepções em regra, com o retorno ao princípio geral da admissibilidade da responsabilidade penal colectiva, especialmente a partir do início do século XXI.

Esta evolução circular verificou-se também nos ordenamentos jurídicos de matriz anglo-saxónica, embora em períodos temporais ligeiramente diferentes face aos ordenamentos jurídicos continentais. Após a admissibilidade geral de responsabilização colectiva no período medieval e no início do período moderno, seguiu-se a negação categórica dessa possibilidade logo em finais do século XVII, influenciada pelo individualismo liberal de LOCKE. Com o início da Revolução Industrial inglesa e o consequente crescimento das empresas a partir do final do século XVIII, o princípio da irresponsabilidade criminal colectiva foi sendo progressivamente abandonado, tendo passado a admitir-se, logo em meados do século XIX, a aplicação de sanções criminais a entidades colectivas. Esta solução manteve-se até aos dias de hoje, sendo actualmente a responsabilidade criminal colectiva aceite como regra na generalidade dos ordenamentos jurídicos de matriz anglo-saxónica, entre os quais se contam o Reino Unido[14], os Estados

12 Cfr. artigo 51.º do Código Penal holandês, e para uma visão mais pormenorizada, B.F.KEULEN/E. GRITTER, "*Corporate Criminal Liability in the Netherlands*" in *Electronic Journal of Comparative La*w, vol. 14.3, December 2010.

13 Com a excepção do ordenamento jurídico austríaco, no qual o regime geral de responsabilidade penal de pessoas colectivas se encontra regulado em lei avulsa.

14 Cfr. C. HARDING, "*Criminal Liability of Corporations – United Kingdom*", in DOELDER/TIEDEMANN,

Unidos da América[15] e a Austrália[16].

Refira-se, por fim, que a evolução deste problema conheceu uma trajectória semelhante no ordenamento jurídico do Interior da China, na transição de uma regra geral de inadmissibilidade da responsabilidade penal colectiva à regra, oposta, de admissibilidade geral dessa responsabilidade[17]. Desde 1949, ano do estabelecimento da República Popular da China (RPC), até 1980, a regra consistia na inadmissibilidade da responsabilidade penal de entidades colectivas. Porém, a partir de 1980, com a transição progressiva de uma economia planificada para uma economia de mercado e o consequente crescimento da dimensão e influência das entidades empresariais, tornou-se imperiosa a necessidade de controlo da sua actuação, dando-se início a um intenso debate teórico em torno da viabilidade da sua responsabilização penal. Esse debate potenciou, a partir de 1987, a introdução de regimes excepcionais de responsabilidade penal colectiva em variadas leis penais, incidentes sobre matérias como a criminalidade aduaneira, o contrabando, a evasão fiscal, a emigração ilegal, a droga e a propriedade intelectual[18]. A fase final desta evolução deu-se com Revisão de 1997 da Lei Penal da RPC, por via da qual foi introduzido, no artigo 30.º desse diploma, um regime geral de responsabilidade penal de pessoas colectivas.

Do exposto resulta um princípio comum a todos os ordenamentos jurídicos analisados e que perpassa todos os períodos históricos mencionados: o de que a opção pela admissibilidade ou inadmissibilidade da responsabilidade penal de entidades colectivas foi sendo primordialmente determinada, em cada época, em função da necessidade ou desnecessidade que existia, à luz do contexto económico-social de cada sistema jurídico, de controlar a esfera de actuação destas entidades[19]. O que significa que, em última análise, foi a influência e o poder que as entidades colectivas lograram atingir em cada período histórico que ditou a natureza de regra ou de excepção da sua responsabilização, com as concepções teóricas e dogmáticas a limitar-se a acompanhar essa tendência. Daqui

cit., P. 369-382.

15 Cfr. E.M.WISE, "*Criminal Liability of Corporations – USA*", in DOELDER/TIEDEMANN, *cit*., P. 383-394.

16 Cfr. J.HILL/R. HARMER, "*Criminal Liability of Corporations – Australia*", in DOELDER/TIEDEMANN, *cit*., P. 71-111.

17 Para maiores desenvolvimentos, cfr. ZHENJIE ZHOU, "*Corporate Punishment in China: History, Legislation and Future Reform*", Waseda University Institute of Advanced Studies, 2009, p. 79-102.

18 O primeiro diploma normativo a admitir a responsabilidade penal colectiva consistiu na Legislação Aduaneira de 1987 (artigo 47.º), após o qual se seguiu a promulgação de mais dez diplomas normativos a consagrar esse regime de responsabilidade.

19 Nesse sentido, JOÃO CASTRO E SOUSA, *cit*., P. 24-25.

retiramos, portanto, a conclusão fundamental de que a necessidade político-criminal existente nos dias de hoje de se punir de forma adequada as entidades colectivas deverá assumir um relevo central na discussão desta temática, não podendo tal necessidade ficar refém da existência de eventuais obstáculos dogmáticos ou conceptuais para a efectivação dessa responsabilidade[20].

3. A NATUREZA DE EXCEPÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOAS COLECTIVAS NA RAEM

Enquadrando o ordenamento jurídico da RAEM no quadro histórico-evolutivo descrito no ponto anterior, diríamos que este se encontra na terceira e penúltima fase mencionada, quando comparado com a generalidade dos restantes sistemas de direito continental. Com efeito, a regra consiste ainda na inadmissibilidade da responsabilidade penal de pessoas colectivas, ao ser determinado pelo artigo 10.º do CP que "*salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade penal*". Isto significa que, à luz do regime vigente, não é admissível a responsabilização penal de entidades colectivas pela prática dos crimes previstos na Parte Especial do CP, sendo contudo aberta a porta a que essa responsabilidade tenha excepcionalmente lugar relativamente aos crimes previstos fora do CP.

Este regime excepcional encontra-se actualmente presente em 15 diplomas normativos avulsos no ordenamento jurídico da RAEM, relativamente a ilícitos tão díspares como os crimes contra a saúde pública e economia[21], crimes contra a propriedade industrial[22], crimes previstos no regime relativo ao cumprimento de certos actos de direito internacional[23], crime de operações ilegais no âmbito do comércio externo[24],

20 Como notava FIGUEIREDO DIAS na doutrina portuguesa ainda antes da Revisão Penal de 2007, "(…) *uma vez legitimado o princípio político-criminal da necessidade de punição criminal de entes colectivos, ele não pode – de acordo com o suposto básico (…) da subordinação da dogmática à política criminal – ser subvertido com a alegação de que um tal princípio é dogmaticamente inexequível*" ("*Direito Penal, Parte Geral – Tomo I*", Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2007, P. 297).

21 Cfr. artigo 3.º da Lei n.º 6/96/M.

22 Cfr. artigo 298.º do Decreto-Lei 97/99/M.

23 Cfr. artigo 17.º da Lei n.º 4/2002.

24 Cfr. artigo 22.º da Lei n.º 7/2003.

crime de emprego de emigrante ilegal[25], crime de branqueamento de capitais[26], crimes de terrorismo[27], crime de tráfico de pessoas[28], crimes contra a segurança do Estado[29], crimes informáticos[30], crime de apropriação ilegítima de contribuições para o Fundo de Segurança Social[31], crimes contra a segurança alimentar[32], crimes relacionados com o domínio de terras[33], crimes contra o património cultural[34] e crime de corrupção activa no âmbito do comércio externo[35].

Não obstante a inexistência de uma regra uniforme seguida nesses diplomas normativos, parece-nos possível afirmar a existência de uma orientação tendencial que tem vindo a ser acolhida na maioria da legislação avulsa existente[36], a qual parte da exigência de um pressuposto formal e de um pressuposto material para que seja afirmada a responsabilidade penal de pessoas colectivas. Por um lado, é exigido, a nível formal, um elemento de conexão com a organização interna da entidade, ao se impor que o crime seja cometido: 1) por um órgão ou representante da pessoa colectiva; ou 2) por uma pessoa sob a autoridade de um órgão ou de um representante, nos casos em que a comissão do crime seja possível em virtude de uma violação dolosa dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. Por outro lado, é ainda imposto, a nível material, que a actuação do agente assuma um conteúdo funcional, ao se exigir que o crime seja cometido em nome e no interesse colectivo.

25 Cfr. artigo 26.º-B da Lei n.º 6/2004.

26 Cfr. artigo 5.º da Lei n.º 2/2006 .

27 Cfr. artigo 10.º da Lei n.º 3/2006.

28 Cfr. artigo 5.º da Lei n.º 6/2008.

29 Cfr. artigo 8.º da Lei n.º 2/2009.

30 Cfr. artigo 13.º da Lei n.º 11/2009.

31 Cfr. artigo 57.º da Lei n.º 4/2010.

32 Cfr. artigo 26.º da Lei n.º 5/2013.

33 Cfr. artigo 194.º da Lei n.º 10/2013.

34 Cfr. artigo 97.º da Lei n.º 11/2013.

35 Cfr. artigo 5.º da Lei n.º 10/2014.

36 Cfr. artigo 26.º-B, n.º 3, da Lei n.º 6/2004; artigo 5.º, n.º 2, da Lei n.º 2/2006; artigo 10.º, n.º 2, da Lei n.º 3/2006; artigo 5.º, n.º 2, da Lei n.º 6/2008; artigo 13.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2009; artigo 194.º, n.º 3, da Lei n.º 10/2013; artigo 97.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2013; e artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 10/2014.

4. A NECESSÁRIA TRANSFORMAÇÃO DA EXCEPÇÃO EM REGRA

Como vimos, o ordenamento jurídico-penal actualmente vigente na RAEM assenta ainda no princípio da responsabilidade penal individual, sendo atribuída a natureza de excepção às soluções que consagram a possibilidade de responsabilização penal de entidades colectivas pela prática de crimes. Discordando desta solução, consideramos que existem bons motivos para que esta solução se torne numa regra no plano do direito a constituir, por via da introdução de um regime geral de responsabilidade penal de pessoas colectivas na Parte Geral do CP.

(1) De facto, se, como já aqui notámos, a opção pela admissibilidade da responsabilização penal de pessoas colectivas foi sendo historicamente determinada em cada sistema jurídico pela necessidade político-criminal de controlar a esfera de actuação destas entidades, diríamos que nunca essa necessidade foi tão premente como nos dias de hoje. Nesta sociedade do risco pós-industrial e globalizada, caracterizada pelos enormes riscos comunitários gerados pela actividade de empresas multinacionais e pela complexidade da criminalidade proveniente de redes transnacionais organizadas, torna-se premente que o direito penal abandone a sua base tradicional antropocêntrica e actue de forma eficaz na protecção dos bens jurídicos fundamentais da comunidade, responsabilizando directamente os principais actores da vida económico-social quando estes se encontrem envolvidos na prática de crimes[37]. Por outro lado, são igualmente conhecidas as dificuldades que se verificam para imputar um crime cometido por uma entidade colectiva aos membros individuais no seu interior, devido à complexidade da estrutura organizativa e à diluição da responsabilidade individual de cada membro, o que gera uma verdadeira "*irresponsabilidade organizada*" de todos eles que só pode ser efectivamente contornada a partir de uma responsabilização directa da entidade colectiva[38]. Por fim, as especificidades criminológicas dos crimes cometidos a partir de estruturas colectivas parecem-nos também

37 No mesmo sentido, cfr. LEONOR ESTEVES, "*Da Necessidade de Construir um «Modelo Geral» de Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos no Direito de Macau*", in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Ano XVII, n.º 33, 2013, P. 136-137, e LUÍS PESSANHA, "*Breves Notas sobre a Responsabilidade Penal Fiscal dos Entes Colectivos na RAEM*" in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Ano XII, n.º 25, 2008, P. 234-236.

38 O que parece aconselhar a adopção de um modelo de responsabilização autónoma da pessoa colectiva, com base numa culpa própria que se desligue ao máximo da culpa individual dos seus membros. Inclinando-se numa direcção idêntica, LUÍS PESSANHA reconhece que a diluição da responsabilidade individual no interior das complexas estruturas colectivas leva a que *"(…) uma responsabilidade penal dos entes colectivos tenha que passar, em alguma medida, por um afastamento ou limitação do princípio da individualização da responsabilidade penal"* (*cit*., P. 236).

um argumento bastante forte no sentido da sua responsabilização penal, na medida em que permitem afirmar uma 'personalidade criminosa' própria da entidade colectiva que não se confunde com o somatório dos membros que a compõem[39]. No nosso entendimento, todos estes factores aconselham a que a responsabilização penal de pessoas colectivas seja amplamente consagrada como regra no CP da RAEM[40].

Ao exposto acresce o facto de esta orientação de política criminal (predominante, como vimos, na generalidade dos ordenamentos jurídicos continentais e de matriz anglo-saxónica) ser actualmente também imposta ao nível do próprio direito internacional. De facto, existem actualmente diversos instrumentos jurídicos internacionais que exortam a RAEM a assegurar a responsabilização de pessoas colectivas quando estas se encontrem envolvidas na prática de certos crimes consagrados no CP[41]. É certo que esses instrumentos não estabelecem a obrigatoriedade da natureza penal dessa responsabilidade, clarificando expressamente que a mesma "*poderá, em conformidade com o ordenamento jurídico do Estado Parte, ser penal, civil ou administrativa*"[42]. Porém, tendo em conta que a via da responsabilização penal é há muito seguida na legislação avulsa da RAEM para cumprir este tipo de obrigações internacionais, seria incompreensível que o legislador adoptasse uma solução diferente face aos crimes previstos no CP para cumprir obrigações com a mesma

39 De facto, desde a teoria da "*associação social diferenciada*" de SUTHERLAND até à teoria da anomia de CLOWARD/OHLIN, a ciência criminológica tem vindo consistentemente a demonstrar as especificidades do fenómeno criminal quanto a crimes cometidos a partir de estruturas organizadas, sendo realçado o peso de um decisivo condicionamento criminógeno que uma entidade colectiva criminosa pode projectar nos seus membros ao fazer prevalecer os valores da subcultura colectiva em detrimento dos valores individuais de cada um. Para maiores desenvolvimentos, cfr. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, "*Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*", Coimbra Editora, 1997, P. 328-338.

40 Partilhando do mesmo entendimento, LEONOR ESTEVES sustenta a necessidade de uma reflexão tendente "(…) à construção do sistema de responsabilidade colectiva a inserir na Parte Geral do Código Penal de Macau, que possibilite a responsabilização e sanção penais dos entes colectivos por aqueles crimes que vêm definidos na sua Parte Especial, susceptíveis de lhes ser imputados" (*cit.,* P. 145).

41 Cfr., a título exemplificativo, o artigo 26.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adoptada em Nova Iorque em 31 de Outubro de 2003 e publicada no BO da RAEM, através do Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/2006, o qual impõe à RAEM que assegure a admissibilidade da responsabilidade de entidades colectivas que se encontrem envolvidas na prática dos crimes previstos nos artigos 327.º (Suborno), 337.º (Corrupção passiva para acto ilícito), 338.º (Corrupção passiva para acto lícito), 339.º (Corrupção activa), 340.º (Peculato), 341.º (Peculato de uso), 342.º (Participação económica em negócio) e 347.º (Abuso de poder) do CP.

42 Cfr., a título exemplificativo, o artigo 26.º, n.º 2, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

natureza. Para além disso, consideramos que a coerência interna do sistema sancionatório da RAEM poderia ser seriamente posta em causa se se viesse a admitir que uma mesma conduta, lesiva de um mesmo bem jurídico com dignidade penal, constituísse crime quando cometido por uma pessoa singular e infracção administrativa quando cometido por uma pessoa colectiva[43]. Assim sendo, não vemos outra opção para garantir o cumprimento das obrigações internacionais a que a RAEM se encontra vinculada que não passe pela introdução de um regime de responsabilidade penal de entidades colectivas também ao nível dos crimes previstos no CP.

Por fim, importa notar que esta exigência de responsabilização que se faz actualmente sentir no campo da política criminal encontra uma resistência cada vez mais ténue no plano dogmático. Por um lado, o argumento da incapacidade de acção das pessoas colectivas torna-se difícil de defender nos dias de hoje, na medida em que se reconhece que a actuação de um órgão ou representante de uma pessoa colectiva no exercício da função que lhe foi confiada consiste numa actuação da própria pessoa colectiva[44]. Por outro lado, a barreira da incapacidade de culpa tem vindo igualmente a ser desconstruída e derrubada num número cada vez maior de ordenamentos jurídicos, com base em construções doutrinais e jurisprudenciais de modelos de responsabilidade directa ou indirecta de pessoas colectivas que permitem afirmar a sua capacidade de culpa: segundo os modelos de responsabilidade indirecta, o juízo de censura penal dirigido à entidade colectiva resulta da actuação das pessoas físicas que agem em sua representação, as quais expressam, por esta via, uma autêntica vontade criminosa da entidade que representam[45]; segundo os modelos de responsabilidade directa, a pessoa colectiva responde por uma culpa autónoma que não deriva da culpa individual dos seus membros, a qual pode assentar, dependendo da construção seguida, numa "*culpa pelo défice da organização*" (TIEDEMANN), numa "*culpa pela política empresarial*" (LAMPE) ou numa "*culpa pela condução da actividade*

43 Em posição concordante, LEONOR ESTEVES sustenta, na esteira de FIGUEIREDO DIAS, que "(…) não seria defensável, nem ético-socialmente, nem no plano interno do sistema penal, fazer responder o ente colectivo, tão somente, no âmbito do direito administrativo contraordenacional, por condutas que ofendem bens jurídico-penais e a que correspondem penas se, acaso fossem perpetradas por sujeitos individuais, com fundamento num «preconceito dogmático»" (*cit*., P. 140).

44 Para maiores desenvolvimentos sobre a superação deste argumento, cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *cit*., P. 162-164.

45 Como se percebe, este foi o modelo predominantemente acolhido pelo legislador da RAEM na legislação avulsa que prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas, ao exigir que o crime seja cometido: 1) por um órgão ou representante da pessoa colectiva; ou 2) na sequência de uma violação dolosa dos deveres de vigilância que sobre estes incumbe.

empresarial" (LAMPE)[46].

(2) Mesmo no plano do direito constituído, consideramos cada vez mais duvidoso que se possa ainda falar no ordenamento jurídico da RAEM de um regime verdadeiramente excepcional quando a esta matéria. De facto, é questionável que se continue a afirmar a existência de uma regra geral de inadmissibilidade de responsabilidade penal colectiva, quando essa regra comporta já 15 excepções, as quais se estendem actualmente a mais de 50 tipos legais de crimes...

Na verdade, estando a responsabilização penal das pessoas colectivas a tornar-se uma inegável regra para os crimes previstos em leis avulsas, parece-nos cada vez mais discutível a existência desta diferenciação de regimes entre os crimes previstos dentro e fora do CP. Sendo reconhecida capacidade de acção e de culpa às pessoas colectivas para cometer os crimes previstos em leis avulsas, por que razão carecem dessa capacidade para cometer os crimes previstos no CP?

A isto acresce que a existência destas duas regras antagónicas – a da responsabilidade na legislação avulsa e a da irresponsabilidade no CP – é susceptível de dar inclusivamente origem a situações marcadamente conflituantes entre crimes de natureza análoga. Com efeito, à luz do regime vigente, uma pessoa colectiva não pode, por exemplo, ser criminalmente responsabilizada pela prática do crime de burla previsto no artigo 211.º do CP, mas já pode ser responsabilizada pela prática do crime de burla informática previsto em legislação especial (artigos 11.º e 13.º da Lei n.º 11/2009); ou ainda, não pode ser criminalmente responsabilizada pela prática do crime de corrupção activa previsto no artigo 339.º do CP, mas já o poderá ser quando esteja em causa o crime de corrupção activa no âmbito do comércio externo previsto em legislação especial (artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 10/2014). Esta disparidade de regimes não parece assentar em qualquer fundamento dogmático ou de política criminal em particular: apenas parece dever-se à opção de colocação sistemática de cada crime dentro ou fora do CP, o que, só por si, dificilmente poderá ser um critério que justifique convincentemente o tratamento diferenciado de situações tão semelhantes.

Aliás, em bom rigor, já nem esse argumento sistemático é susceptível de ser invocado, na medida em que a responsabilidade penal de pessoas colectivas deixou de se encontrar exclusivamente estabelecida para os crimes constantes de legislação avulsa. De facto, a Lei n.º 6/2008 veio recentemente aditar o crime de tráfico de pessoas à Parte Especial do CP (artigo 153.º-A) e estabeleceu simultaneamente um regime de responsabilização penal de pessoas colectivas pela prática desse crime, o que significa que, à luz do regime vigente, já é reconhecida essa possibilidade relativamente a um crime previsto ao nível do CP.

46 Para maiores desenvolvimentos sobre os modelos de culpa existentes, cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *cit*., P. 174-196.

Em suma, concluindo-se que a responsabilidade penal colectiva constitui actualmente uma regra na legislação penal avulsa e que essa porta também já se encontra aberta ao nível do próprio CP, fará ainda sentido a previsão de um princípio com o teor do artigo 10.º do CP, o qual assenta numa lógica de ultrapassada excepcionalidade? Ou seria porventura mais ajustado que fosse reconhecida a natureza de regra dessa responsabilidade e se criasse um regime geral de responsabilização penal colectiva no ordenamento jurídico na RAEM?

Na verdade, a falta deste regime geral previsto no CP tem levado a uma indesejada multiplicação de regimes especiais de responsabilidade penal de entidades colectivas ao nível da legislação avulsa. Por um lado, o critério de imputação varia largamente em diversos diplomas, sendo mais amplo em alguns casos[47] e mais estrito noutros[48], havendo inclusivamente situações em que não se encontra sequer previsto[49]. Por outro lado, existem soluções que só se encontram previstas em determinados diplomas, tais como causas de exclusão específicas da responsabilidade de entidades colectivas[50] ou regras especiais quanto à responsabilidade solidária dos agentes individuais pelo pagamento da pena de multa[51], sem que se perceba qual o fundamento que determina esta diferenciação de

47 A Lei n.º 6/96/M consagra essa responsabilidade com uma amplitude maior que a generalidade dos restantes diplomas, apenas exigindo que o crime imputável à pessoa colectiva seja cometido "*pelos seus membros, representantes ou titulares dos respectivos órgãos, em seu nome e no interesse colectivo*" (n.º 1 do artigo 3.º). Ainda com maior abrangência, a Lei n.º 4/2002 responsabiliza as pessoas colectivas pelos crimes "*cometidos pelos seus membros, trabalhadores ou prestadores de serviços, representantes ou mandatários ou por titulares dos seus órgãos, agindo em seu nome e no seu interesse*" (n.º 1 do artigo 17.º).

48 A Lei n.º 2/2009 (n.º 1 do artigo 8.º), a Lei n.º 4/2010 (n.º 1 do artigo 57.º) e a Lei n.º 5/2013 (n.º 1 do artigo 26.º) prevêem um critério mais estrito do que a generalidade dos restantes diplomas, ao limitar a responsabilidade da pessoa colectiva aos crimes "*cometidos em seu nome e no interesse colectivo pelos seus órgãos e representantes*", não sendo, portanto, suficientes para a responsabilidade colectiva os actos praticados pelos subordinados destes.

49 Referimo-nos ao artigo 22.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2003, o qual apenas se limita a dispor que "*o crime referido no número 1 do artigo anterior quando cometido por pessoas colectivas ou associações sem personalidade jurídica é punido com pena de multa até 200000,00 patacas*".

50 Cfr. artigo 3.º, n.º 3, da Lei n.º 6/96/M; artigo 298.º do Decreto-Lei 97/99/M; artigo 17.º, n.º 3, da Lei n.º 4/2002; artigo 26.º-B, n.º 2, da Lei n.º 6/2004; artigo 57.º, n.º 2, da Lei n.º 4/2010; artigo 26.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2013; artigo 194.º, n.º 2, da Lei n.º 10/2013; e artigo 5.º, n.º 2, da Lei n.º 10/2014, os quais excluem a responsabilidade da entidade colectiva "*quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito*".

51 Cfr. artigo 3.º, n.º 4, da Lei n.º 6/96/M; artigo 298.º do Decreto-Lei 97/99/M; artigo 17.º, n.º 4, da Lei n.º 4/2002; artigo 58.º, n.º 1, da Lei n.º 4/2010; e artigo 27.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2013, os quais estabelecem que "*se o infractor for pessoa colectiva, pelo pagamento da multa respondem, solidariamente com aquela, os administradores ou quem por qualquer outra forma a represente,*

tratamento. O próprio critério de determinação da moldura da pena de multa para as pessoas colectivas está longe de ser consensual, havendo casos em que se opta pela fixação uniforme e tabelada dos limites da moldura penal para todos os crimes sem atender à sua diferente gravidade[52], optando-se noutros casos pela utilização de uma fórmula de conversão automática para dias de multa dos meses de prisão previstos para as pessoas singulares em cada tipo legal de crime[53].

Tendo em conta esta disparidade, parece-nos premente que se proceda à uniformização da construção dogmática do regime da responsabilidade penal das entidades colectivas no ordenamento jurídico da RAEM, a qual só poderá ser obtida a partir da sua introdução no CP[54]. Isto porque, como sugestivamente lembra LEAL-HENRIQUES, "é nos Códigos Penais que os legisladores, em regra, escrevem o sistema, definem o seu travejamento e imprimem a respectiva orientação dogmática, o que faz deles os repositórios por excelência do património jurídico-penal de cada Povo, a sua tábua de regras fundamentais, enfim, a sua Bíblia, onde nós podemos descobrir o arquétipo do sistema que se quis adoptar e impor à comunidade"[55].

5. CONCLUSÃO

Muito haveria ainda a acrescentar sobre esta complexa temática, sendo estas linhas demasiado breves para a discutir com toda a profundidade que merece. Ainda

quando sejam julgados responsáveis pela infracção".

52 Cfr., a título exemplificativo, o artigo 10.º, n.º 4, da Lei n.º 3/2006, o qual estabelece indiferenciadamente a mesma moldura penal de multa (mínimo de 100 dias e máximo de 1000 dias) para o crime de promoção ou fundação de grupo terrorista, punível de 10 a 20 anos de prisão quando se tratem de pessoas singulares (artigo 4.º, n.º 2), e para o crime de incitamento ao terrorismo, punível de 1 a 8 anos de prisão quando se tratem de pessoas singulares (artigo 8.º).

53 Cfr. artigo 18.º, n.º 1, da Lei n.º 4/2002, o qual estabelece que se aplica às entidades colectivas *"(…) a pena principal de multa correspondente ao dobro dos dias de pena de prisão estatuída no respectivo tipo de crime*".

54 Consideramos inclusivamente que, ao introduzir este regime geral no CP, o legislador poderá ponderar a possibilidade de revogar simultaneamente todos os regimes especiais actualmente previstos nas leis avulsas, passando as mesmas simplesmente a remeter para o regime geral de responsabilização do CP. Isto, claro está, sem prejuízo de serem mantidas normas especiais quando essa especialização se justifique (*v.g.* molduras penais, penas acessórias, etc.).

55 "*Anotação e comentário ao Código Penal de Macau*", Volume I (Artigos 1.º a 38.º), Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2013, P. 53.

assim, pensamos ter deixado sucintamente expressos os dois motivos centrais que, na nossa perspectiva, justificam que a responsabilidade penal de pessoas colectivas passe de excepção a regra no direito penal da RAEM. Por um lado, porque a criação deste regime de responsabilização se justifica totalmente também ao nível dos crimes previstos no CP, devendo as necessidades político-criminais que se fazem sentir nesta área prevalecer necessariamente sobre os eventuais obstáculos jurídico-dogmáticos susceptíveis de ser invocados contra esta solução. Por outro lado, porque nos parece indispensável que se procure a estabilização da construção dogmática deste regime no ordenamento jurídico da RAEM, o que só poderá efectivamente ser conseguido com a sua consagração ao nível do próprio CP.

在澳門特別行政區的法律體制下對安樂死的刑事法律思考

Emília Cardoso dos Santos

一、引言

在本篇簡短的研究中，筆者旨在劃定澳門特別行政區法律體制就安樂死問題規定的“禁止”和“允許”之間的界線。問題是，這個由“我們”劃定的界線是否公平？這一界線，若未妨礙“我”的自由，是否限制了個人自由的實現？

在此，筆者先從概念的定義開始論述。

安樂死應該理解為“通過醫療的輔助手段，結束一個處於極度痛苦，且根據當前的醫學知識水平和醫生有依據的預期判斷而認定無法避免死亡結果的末期病人的生命；通過醫療的輔助手段，有預見性地縮短病人的臨終期”[1]。

在安樂死的範圍內，應該區分為不同的情形，其中每一種情形都有可能在面對澳門特別行政區法律體制時具有刑法上不同的價值衡量。因此，應該將安樂死區分消極安樂死、間接積極安樂死和直接積極安樂死。

消極安樂死是指，“為使病人縮短臨終期而作出的不治療或者中止治療的行為，而病人的死亡在客觀上又不可歸責於該不作為（例如，拒絕進行某一外科手術）”[2]。

間接積極安樂死的情況包括 “緩解疼痛或可引發無意識狀態的藥物（例如增加嗎啡的使用量）可加速死亡，而這一結果非蓄意造成，甚至是不希望出現的——不排除這類情況，甚至可認為是安全合理的”[3]。

1 參見Jorge de Figueiredo Dias, “Anotação ao artigo 131.º”，載於Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial, dir. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999年版。

2 Jorge de Figueiredo Dias, “A ajuda médica à morte”: uma consideração jurídico-penal”, 載於Revista Brasileira de Ciências criminais, São Paulo, Ano 21, Vol. 100 (2013),第19頁。

3 *Ibidem.*

直接積極安樂死是指，“通過某一積極的行為（例如，注射致死的針劑），導致病人的死亡或者在一定程度上加速病人的死亡”[4]。

除此以外，還應區分自願安樂死（應當事人之自決權利而實施安樂死）、非自願安樂死（當事人並無表達任何放棄生命的請求）和無意願安樂死（當事人無能力選擇活下去還是死亡）。

二、消極安樂死

（一）違反病人意願的不進行或中止內外科手術或者治療

原則上，違反病人意願的不進行或者中止內外科手術構成殺人罪，理由是醫生有義務防止該結果的發生（《澳門刑法典》第128條及後續和第9條第2款[5]）。

非自願的消極死亡是可處罰的，這不能和不可處罰的自然死亡相互混淆。“在消極安樂死裡，合適的擅自不進行或者中止治療的行為是對病人有利的。當那些限制性的治療行為（自然死亡）使用在病人身上已經不起應有的作用，而只是用來虛假地延長生命表徵，並無改善生命質量時，可以有意識地選擇拒絕治療”[6]。

即使是違反病人的意願的，自然死亡（例如停止使用促使心臟跳動的藥物）也不被視作非典型的不作為殺人罪，理由是當治療再無效用時，醫生的作為義務便告停止[7]。

（二）符合病人意願的不進行或中止內外科手術或者治療

在符合病人意願的不進行或中止內外科手術或者治療的情形中，醫生是不構成殺人罪或者傷害他人身體完整罪（第128條及後續和第137條及後續），理由是病人對內外科手術或者治療的反對也可以停止醫生的醫治義務[8]。這樣的話，如果一個病人拒絕某一治療行為，而醫生卻進行該治療行為，則醫生會構成擅作內外科手術或治療罪（第150條）。

在此範圍內，病人明示表示要中止技術治療，特別是關閉支撐生命的機器

4 Jorge de Figueiredo Dias, 同注釋2，第21頁。

5 所有法條的引用，如無相反說明，均屬於《澳門刑法典》。

6 Maria Elisa Villas-Bôas, “A ortotanásia e o direito penal brasileiro”, 載於Revista de Bioética, 16 (1), 2008年版，第63頁。

7 因此，即使還有其他依據，João Carlos Loureiro仍持有這樣的觀點。參見João Carlos Loureiro , “Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico”, 載於Cadernos de Bioética, N.º 8, 1994年版，第49頁。

8 Teresa Quintela de Brito則支持相反的觀點。參見 Teresa Quintela de Brito, “Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores”, 載於Separata de Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, N. 3, (Julho/Setembro 2002), 第408頁及後續。

時，問題的難度就增加了。曾經就發生了這樣一起事件。Inmaculada Echevarría因肌肉萎縮而癱瘓，住在San Rafael de Granada醫院裡已有10年，2006年10月18日，他向醫院的理事會請求召開一個新聞發佈會，在會上他請求關閉支撐其生命的機器。

在這些案例裡，關閉支撐生命的機器是一種作為還是不作為就成了一個問題。醫生關閉了支撐病人生命的機器，這種行為到底是一種作為（按了按鈕）還是一種不作為（不進行治療行為）？

這個問題具有不可辯駁的實際重要性，因為如果我們將其理解為是一種作為，那麼關閉機器的醫生（為應病人認真、堅決、明示的請求）的行為構成了應被害人請求而殺人罪（第132條）；如果我們將其理解為是一種不作為，那麼醫生關掉機器的行為則構成消極自願安樂死，是不可處罰的（第150條）。

為了得到問題的答案，常見的做法是調整通過作為的不作為的教條範疇[9]。

在應用這個教條範疇中，學界主流的觀點是，中止拯救他人的過程等同於一種積極的行為，這將會導致行為人擔負應被害人請求而殺人罪的責任（第132條）。至於自己中止拯救過程的行為，只有在拯救過程已經超過了試驗階段時才會被認為是積極行為。當拯救過程已經達到了受害人的範圍時尚未被定性為無效用時，拯救過程才算完成[10][11]。因此，關於上面述及的關閉支撐生命的機器的情形，我們理解為這種行為應該被認定為是積極的行為（醫院之所以對病人使用能夠支撐其生命的機器，是因為這是一種有效的醫療行為），所以即使是為應病人認真、堅決、明示的請求，醫生的行為仍然構成了應被害人請求而殺人罪（第132條）。

這就是澳門法律體制確定下來的規則。雖然我們仍會問：病人擁有會導致

9 不同的是，Jorge de Figueiredo Dias運用了保護的法益受到威脅程度的標準。根據規則，如果一個行為人作出一個行為，且該行為創造或者增加引致消極後果的危險，則該行為人應當被追責；如果一個行為人有某一不作為行為，且該不作為並沒有降低危險，該行為人也應當被追責。因此，“在中止甦醒過程的特殊可能性裡，醫生的不作為行為似乎是安全的，因為繼續‘拯救過程’（雖然這已經進入受害人的範圍之內）不能降低死亡的危險；但是對非醫生一方來說是主動的，因為行為人有強制性的治療的義務又必須違反這樣的義務，若以此為依據的話，這種情形則是不可預見的”，參見Direito Penal: parte geral, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007年版，第910頁及後續。

10 對我們而言，在實際案例裡，一個無用的行為往往要求客觀上和主觀上的雙重評價。客觀上的評價應該求助於醫學來得知某一治療方法是否能夠治愈病人或是有效地延長病人的生命。客觀上的評價應該同病人的主觀評價結合起來，使得當符合病人的意願的客觀無用的治療也能夠被進行（例如，對我們來說，比起離開最親近的家人，我們更想要的是延長病人的生命）。

11 鑒於一旦支撐生命的機器成功延長了病人有意識的生命，即使只維持了很短時間，拯救過程即告完成，Carmen Tomás-Valiente Lanuza認為關閉支撐其生命的機器是一種積極的行為。但是，作者在解釋西班牙的法律制度時，認為這應該根據需要進行調整。參見“La disponibilidade de la própria vida en el derecho penal”, Boletín Oficial dl estado, Madrid, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 1999年版。在一開始的時候，Claus Roxin為了認定關閉支撐生命的機器是不作為的行為，也重新定義了通過作為的不作為的教條範疇。參見Problemas fundamentais de direito penal, 3.ª edição. Lisboa, Veja, 1998年版。但是，在他最新的文章裡，作者支持應病人請求而中止技術治療是一種不作為的觀點，但是現在“在社會認知裡，中止一個治療行為意味著後續治療行為的不作為”。參見“A apreciação jurídico-penal da eutanásia”, in Revista Brasileira de Ciência Criminal, n.º 32 (2000), 第20頁及後續。作者的依據給我們帶來了一些疑問。作者現在使用社會認知來作為評斷一個行為是作為還是不作為的評斷標準了？這個標準具備可操作性嗎？答案似乎是否定的。

其死亡的中止內外科手術或醫療的自由（第150條），卻不具備要求關閉支撐其生命的機器的自由（第132條），這樣公平嗎？允許或禁止病人在具體的醫療手術或治療情況中行使其自主決定權，這是否合理？

（三）病人無條件表達其意願

當病人無條件表達其意願的時候，第2條和第150條規定醫生有義務採取所有必要的治療行為來拯救病人的身體和生命，除非出現能夠確定病人的意願是拒絕治療的情勢[12]－在這裡被稱作病人的推定同意。

然而，要注意的是，我們只有在病人具備刑法上同意的能力時才能夠推定其同意[13]。在其他情況裡，或者說，在病人不具備刑法上同意的能力的情況裡，應該由無能力之病人的合法代理人作出同意，代理人可以根據病人的“最佳利益”來決定是否同意某一具體的醫療行為實行。在我們看來，“最佳利益”的概念應當被理解為不僅僅是客觀上的利益（保護病人的生命的權利），而且，或者說是尤其，無能力的病人主觀上的利益或是“關鍵利益”（“這和我們整個人生的特性和價值相關”[14]）。

當存在中止支撐其生命的治療的可能性時，倫理、道德和學說上大的劃分就引致了植物人的狀況。

“植物人狀態是一種對自身對外界毫無意識、有睡眠-覺醒週期、大腦中樞和腦幹功能全部或部分正常運作的狀態。（……）當植物人狀態持續較短時間，被稱之為初期植物狀態；當這種情形持續至少4周，則被稱為持續性植物狀態；當神經變化在大腦處於缺氧狀態後已經持續多於3個月並在頭部創傷後持續12個月時，則被稱為持續性植物狀態（EVP）”[15]。關於持續性植物狀態的預後，確認為“實際上，持續性植物狀態的存活時間是2到5年，3年後的死亡率是82%，5年後的死亡率是92%。能夠存活10年的情況完全是例外情況。有關於處於偶然出現的持續性植物狀態的病人慢慢恢復的報告（……），得出的結論是糟糕的疾病分類學上的分級和不嚴謹的評定打亂了這些病例的正確分析。不過，雖然毫無例外地伴有嚴重的神經上後遺症，確實也有過個別的非常罕見的恢復病例”[16]。

12 在一些法律體制裡，病人可以實行其自主決定權，他們在無法實行自主時接受或者拒絕醫療行為的意願表示被確認為使有效的（指導性的或者約束性的）。事實上，我們找不到根據來限制人們在生和死的問題上的自由決定個人發展的權利，也不能完全確認提前作出的意願表達。難道在當今社會，“我”的無能力作出的明示意願被無視，反而去偏向滿足大家的“更好利益”的“我們”的想法嗎？有一篇關於葡萄牙提前作出的意願表達的法律制度的文章就提出了一些批評，參見“As Declarações Antecipadas de Vontade”, in Lex Medicinae, Ano 11, N.º 21 (2014), 第 135頁至第157頁。

13 這是推定同意有效的要件之一。參見Jorge de Figueiredo Dias, 同注釋9，第492頁。

14 我們選擇Ronald Dworkin作出的“經驗利益”（“和我們將來的經驗質量相關”）和“關鍵利益”（“這和我們整個人生的特性和價值相關”）的區分。參見Ronald Dworkin, Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais (Jefferson Luiz Camargo1993年英語版本的譯本), São Paulo: Martins Fontes.

15 參見Relatório sobre o Estado Vegetativo Persistente do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal.

16 *Ibidem.*

對我們而言，處於持續性植物狀態的人是活著的，他們同樣享有法律上的保護，不因任何“capitis diminutio”而受到損害[1718]。

因此，當要採取任何一項醫療措施時，應該取得處於持續性植物狀態病人的法定代理人的同意或者等待委任一法定代理人。法定代理人應該依據無能力病人的“最佳利益”來作出決定。

然而，我們將關掉支撐生命的機器的行為視為一種積極安樂死，那麼中止維持一處於持續性植物狀態的病人的生命的行為將構成一殺人罪（第128條）。

這樣的規定符合倫理道德嗎？從社會角度看公平嗎？如果一個處於持續植物狀態的病人，因為這樣的現狀毫無意義並且有違他的尊嚴，明確表達了希望獲得幫助以結束其生命的願望，那麼繼續維持其生命又是否公平？對處於持續性植物狀態的病人的家人而言，看到他們的親人被一整套機器捆綁住且逐漸衰弱，甚至不能和他們簡單地交換一個眼神，就這樣日復一日地熬過幾年之後迎接最終的死亡，不會給他們造成很大的精神壓力嗎？在物質資源和人力資源匱乏的歷史時期， 對康復可能性極大的病人，剝奪其物質人力資源（即使是暫時的），這樣做又是否恰當？

在這個範疇裡，我們還應談及對於患病或有不可治愈的嚴重缺陷的新生兒的治療不作為情況。

在我們的理解裡，兒科治療的進行應該遵循成人的治療的倫理價值和道義上、法律上的義務，兩者不應該有本質上的差異，因為一個新生兒的生命價值和一個成人是一樣的。因此，從出生的那一刻起（當“子宮開始有節奏地、緊湊地和頻繁地收縮時，可預見到嬰兒的即將出生”[19]，或者當這些生理反應還未出現的時候，但是開始生產手術時），在刑法上一個人的生命權就被予以保護。從那一刻起，任何侵犯嬰兒的生命和身體完整的行為原則上都會構成殺人罪或者傷害身體完整罪（第128條及後續和第137條及後續）。

然而，“在早產兒和/或不能成活的嬰兒【在Figueiredo Dias的話語裡，不能成活的嬰兒是指那些在腹中死亡或者在出生之後無論如何毫無生存希望的嬰兒[20]】的病例裡，任何的治療手段都無法使嬰兒存活下來，而只是減輕嬰兒的痛苦；因此，任何的治療措施在超過輕易進入‘憤怒治療’的合理界線時停止，

17 在澳門法律體制下，結論似乎明確了，即一個人只有在判定腦死亡的時候，才能被判定為死亡（參見7月3日的2/96/M號法律第12條）。

18 Castanheira Neves持有不同的意見。參見Castanheira Neves，“Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa – comentário crítico à lição “O fim da vida e o direito penal”, Digesta, Coimbra, 2008年版，第605頁及後續。關於處於永久性植物狀態的病人研究的不同理解，參見João Carlos Loureiro, 同注釋7，第31頁及後續。

19 參見Jorge de Figueiredo Dias, 同注釋1，第7頁。

20 參見Jorge de Figueiredo Dias, “Anotação ao artigo 142.º”, 載於Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial, dir. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999年版，第 187頁。

在這種情況下中止治療是可以接受的”[21][22]。

借用Peter Singer的話，結論就呼之欲出（對早產兒或者不能成活的嬰兒作出的無用醫療行為不作為的非典型性殺人罪），同樣地，我們也捫心自問：在這些病例裡，“如果讓新生兒死去是一件好事的話，為什麼殺死他們就成了一件壞事呢？”[23]我們面對新生兒從剛出生到無可避免的死亡之間的強烈痛苦時應該繼續保持逃避的態度嗎？還是應該幫助他解脫痛苦（我們這樣說並沒有想要粉飾殘酷的現實），殺死他？

三 間接積極安樂死

自願間接積極安樂死不受懲罰是一種共識，但是，這種結論所基於的理由卻引發了很多的爭論。

於我們而言，間接積極安樂死是一種治療行為，因為它滿足了第144條規定的客觀要件和主觀要件[24]。醫生遵循職業規則的醫治義務做出的間接積極安樂死被醫學學界認為是一種為了消除或減輕病人痛苦的客觀合適的治療手段。所以，這不構成殺人罪的不法性[25][26]。

21 Helena Moniz, “Eutanásia precoce: dúvidas e interrogações”, 載於As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal: uma perspectiva integrada, org. José de Faria Costa, Inês Fernandes Godinho, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 2010年版。

22 Claus Roxin持有不同的觀點，他認為在那些新生兒沒有取得意識或者嬰兒的痛苦是不可忍受的情景下，可以根據需要判定為治療不作為，參見注釋11，第36頁。Sergio Romeo Malanda的觀點更為甚，他認為，當可以預見性地知道新生兒之後的生命質量將會非常有限時，一旦有父母的許可和司法機關的許可存在衝突，醫生的救助義務便告停止。參見“Responsabilidad penal por la omision de tratamentos médicos a recién nacidos gravemente discapacitados (a la vez, una reflexión sobre el concepto de nacimiento en el ordenamento jurídico español)”, 載於Derecho y Salud, Vol. 14, Núm. 1, Enero - Junio 2006年版，第103頁至第125頁。

23 參見Ética Prática, 第3版, Gradiva, Lisboa, 2012年版，第222頁及後續。作者支持絕對倫理，他得出一個結論“殺死一個人和任其死去在本質上並無任何不同（換而言之，不存在僅基於作為和不作為之間的區分基礎上的不同）”，而且他提出“那些結束生命的消極的手段僅能延長病人的彌留時刻，並不能避免死亡時刻的來臨。在那些將死之人的選擇上，他們採納了並不重要的因素。【所以說，】如果我們可以承認我們的目標是一個快速無痛的死亡的話，那我們就不應該不關注在每種情況中這個目標有無達到。既然病人選擇了死亡，那我們就應該保證採用最好的方法”。

24 根據第144條的規定，要被認定為是治療行為，則需要滿足兩個主觀要件：1）由醫生或依法或許可之其他人結束；2）意圖達到治療目的；和兩個客觀要件：1）按照職業規則進行手術或治療；2）按照當時之醫學知識及經驗，顯示其為適當者。

25 根據治療行為的法律制度，第144條、第150條、第151條，治療行為的進行和傷害身體完整性罪或者殺人罪（第137條及後續和第128條及後續）是不一樣的，但是如果在未經病人作出同意下進行的話，也會構成擅作內外科手術或治療罪（第150條）。

26 這些自願間接積極安樂死的情形可以構成擅作內外科手術或治療罪（第150條）。要注意的是，無能力之人的合法代理人應該依據病人的最佳利益來作出決定，因為原則上非自願間接積極安樂死不具備任一犯罪的不法性。

四 直接積極安樂死

在澳門法律體制下，自願直接積極安樂死構成應被害人請求而殺人罪（第132條）[27]。

這就是在某一歷史時刻上的“確定性停止”[28]。

在“我”決定自己的生死方面，法律中規定了“允許”和“禁止”範圍，而現今，社會不會呼籲改變兩者之間的界線嗎？自決權，意味著“我”自動地擁有決定我要做什麼或者不做什麼，對我的生命需要或者不需要他人的幫助的權利，已經沒有人為此抗議了嗎[29]？我們不應該憐憫那些生命質量已在客觀上降至最低的人們，允許他們充分行使自由權嗎？

我們說有些人的生命質量已經降至最低，並不意味著他們的生命就沒有尊嚴。在此方面Pedro Vaz Patto寫道：“國家在允許實行安樂死的同時，採取中立的態度以尊重病人在有無生命尊嚴（質量）問題上的判斷。然而，國家在特定情況中滿足安樂死的要求（……），這已經證明了國家認可“（生命）沒有尊嚴”的判斷（……） “生命沒有質量，便被認為是沒有尊嚴，這是不能被接受的觀點。【事實上】因為人類的生命總是有尊嚴的，所以（生命） ‘質量’也是始終存在的”[30]。

我們的觀點是，人類的尊嚴原則是當前社會價值學和規範學上的架構性的原則。當我們在使用生命質量這個概念的時候，並不會影響這項原則。我們也不會認為，甚至反對說年輕或者健康的生命比年老和患病的生命更有價值。我們想要表達的是“一些身體機能水平降低”[31]，“只能通過越來越強效的止痛劑

27 原則上，這些非自願和無意願的間接積極安樂死可以構成殺人罪（第128條）。

28 這個表述出自José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal”, 載於Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Duas, Coimbra, Coimbra Editora, 2003年版，第759頁至第807頁。要注意的是，人的生命不是也不應該是被視作是一個絕對的“確定性停止”。我們立刻就想到了消極自願安樂死和人類刑法保護等級的分級。

29 當自決權和消極意義上的自由相一致時，便不運用這個理由，“在這樣的範圍內，允許或者應該允許一個個體成為或者作為一切他們能夠成為或者作為的事，排除他人的干涉”（Teresa Quintela de Brito則持這觀點，參見Teresa Quintela de Brito, “Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?”, 載於Direito penal: parte especial: lições, estudos e casos, p第80頁及後續）。那些歸因於自決權的也不排除積極意義上的自由（這似乎是Castanheira Neves的例子，他認為：“正是人類生命的絕對價值或本質價值，夾雜著人的尊嚴和不可侵犯，排除了每個擁有自己人生的人不能自主地決定自己的人生，也不能構建和支配自己的人生，這是很荒謬的。但是，要注意的是‘支配’這個詞（……）我們使用這個詞語想要表達的是沒有事先準備好的或者是已經全部編制好的某一計劃或者是個人實現的可能性，而不是一種異化，無論是拒絕，抑或是放棄，或者是‘被遺棄’。人生得以支配，意味著我們中的每一人在積極的斷言或者實現時都可以履行自己做決定的權利，這不是為了否定、傷害或者拒絕。因此，無論是否可處罰，自殺便都不具備這種可能性（……））”，參見注釋18，第623頁至第624頁。

30 “A eutanásia em face da Constituição Portuguesa”, 載於Direito e Justiça, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Tomo 2, Vol. 16 (2002),第208頁。

31 José de Faria Costa, “O fim da vida e o direito penal”, 載於Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, org. Manuel da Costa Andrade [et al.], Coimbra, Coimbra Editora, 2003年版，第773頁。

才極可能緩解持續的疼痛”[32]和“可能出現的精神惡化”[33]都是一個人的生命大量喪失其質量的客觀表現。[34][35][36]

五、結論

在我們的研究裡，我們可以看到澳門的法律體制允許自願消極安樂死和自願間接積極安樂死，禁止直接積極安樂死（自願、非自願或者無意願）。

我們重點列出一些直接積極安樂死的情況，並且對澳門特區法制的相關規定的利處提出頗多疑問，因此，即使不完全肯定，我們仍傾向於確立一正當理由，即基於由處於極度痛苦且生命質量降到最低的病人鄭重、堅決和明確提出的安樂死請求，允許其充分行使自決權，幫助其結束生命。

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*.

34 João Carlos Loureiro認為人生質量和人生價值的內涵是不一樣的兩個概念，他在其文章中寫道：“生命的質量缺乏，無論是源於客觀上的評價，比如‘（作為一個生物學上的人）正常的身體機能運作’，還是基於病人對其‘生活滿意度’的判斷，都不等同於人生命的無價值”，“在那些允許安樂死的法律體制裡，對生命無價值的簡單主觀判斷在控制網絡裡並沒有體現出足夠的重要性，因此也拒絕接受更理性的關於自決的一些讀物”。參見“Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida”, 載於 Separata de Boletim da Faculdade de Direito, N.º 80 (2004), Coimbra, 第175頁。

35 其他用於支持直接積極安樂死的論證主要是對家人、對社會的社會仁愛義務和使一些秘密存在的現象合法化的需求。雖然我們堅信這個解決方案的益處，對於前述的兩個論證我們卻不敢苟同。關於第一點，對家人、對社會的社會仁愛義務應該體現在必需的合適的所有人類環境、物質環境和經濟環境的處置來輔助一個具體的情形上，而不是體現在遭受強烈痛苦的人身上。這個論證的成立會引起清除年老的或者殘疾的人的行為。第二點論證僅僅表示，法律的不幹涉只是遵循其他標準，是刑法對刑法法益的輔助保護的單一功能，而不是爲了使一些秘密存在的現象合法化。

36 還要注意的是，我們絕對不能接受經濟原因作為支持安樂死的論證。Javier Gafo似乎曾經建議過：“醫療保健的成本正在大量增加，尤其是中老年人，這點毫無疑問。安樂死可以被看做是一條社會需要的出路嗎？安樂死能被視作是一種可以被容忍的替代品，來減少治療的開支嗎？”參見“El debate ético y legal sobre la eutanásia y las personas com deficiência mental”, 參見Deficiencia mental y final de la vida, ed. Javier Gafo, José Ramón Amor, Jesús Loza Aguirre [et al.], Madrid, Córdoba: Universi-dad Pontificia Comillas: Fundación Promi, 1999年版，第183頁。澳門基本法第25條和第30條也確認了人的尊嚴平等原則。

UMA CONSIDERAÇÃO JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

Emília Cardoso dos Santos

1. INTRODUÇÃO

Neste breve estudo, procuramos delimitar a fronteira traçada pelo ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) entre o proibido e o permitido na questão da eutanásia. Perguntando-nos, a cada passo, se é justa esta fronteira delimitada pelo "nós" e que limita, quando não impede mesmo, o exercício da liberdade do "eu".

Comecemos por definir os conceitos que vamos mobilizar.

Por eutanásia deve entender-se *"o auxílio médico à morte de um paciente já incurso num processo de sofrimento cruel e que, segundo o estado dos conhecimentos da medicina e um fundado juízo de prognose médica, conduzirá inevitavelmente à morte; auxílio médico que previsivelmente determinará um encurtamento do período de vida do moribundo"*[1].

No âmbito da eutanásia, devem distinguir-se várias situações, cada uma delas susceptível de uma diferente valoração jurídico-penal face ao ordenamento jurídico da RAEM. Assim, deve distinguir-se entre a eutanásia passiva, a eutanásia activa indirecta e a eutanásia activa directa.

A eutanásia passiva é aquela em que *"uma omissão ou uma interrupção do tratamento determina um encurtamento do tempo de vida por forma tal que este*

1 Jorge de Figueiredo Dias, "Anotação ao artigo 131.º", in Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial, dir. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

deve considerar-se objectivamente imputável àquela (por exemplo, a renúncia a uma intervenção cirúrgica…)"[2].

A eutanásia activa indirecta abrange os casos em que *"não é de excluir, ou é mesmo razoavelmente seguro, que a medicação atenuante das dores ou indutora do estado de inconsciência (por exemplo, a administração de doses crescentes de morfina) possa ter como consequência não intencionada ou mesmo indesejada o apressar do momento da ocorrência da morte"*[3].

A eutanásia activa directa é aquela em que, *"por meio de um comportamento activo (por exemplo, a administração de uma injecção letal), se produz a morte ou se apressa, em maior ou menor medida, a ocorrência da morte"*[4].

Deve diferenciar-se ainda a eutanásia voluntária (levada a cabo por respeito ao direito à autodeterminação da pessoa humana), da eutanásia involuntária (situação em que não há qualquer pedido de ajuda a deixar de viver) e da eutanásia avoluntária (situação em que não há o substrato de vontade capaz de decidir entre a vida e a morte).

2. EUTANÁSIA PASSIVA

2.1 O não início ou a interrupção de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos contra a vontade do doente

Em regra, a omissão ou interrupção de um tratamento médico-cirúrgico contra a vontade do paciente consubstancia um crime de homicídio, pois sobre o médico recai um dever de garante (artigos 128.º e seguintes e artigo 9.º, n.º 2, do Código Penal da RAEM[5]).

São casos de eutanásia passiva involuntária e, por isso, punível; que não devemos confundir com as situações de ortotanásia, não puníveis. *"Na eutanásia passiva, omitem-se ou suspendem-se arbitrariamente condutas que ainda eram indicadas e proporcionais, que poderiam beneficiar o paciente. Já as condutas*

2 Jorge de Figueiredo Dias, "A ajuda médica à morte": uma consideração jurídico-penal", in Revista Brasileira de Ciências criminais, São Paulo, Ano 21, Vol. 100 (2013), página 19.

3 *Ibidem*.

4 Jorge de Figueiredo Dias, nota 2, página 21.

5 Todos os preceitos sem referência expressa em sentido contrário devem entender-se como pertencentes ao Código Penal da RAEM.

médicas restritivas [ortotanásia] *são lastradas em critérios médico-científicos de indicação ou não-indicação de uma medida, conforme a sua utilidade para o paciente, optando-se conscienciosamente pela abstenção, quando já não exerce a função que deveria exercer, servindo somente para prolongar artificialmente, sem melhorar a existência terminal"*[6].

Entendemos que a ortotanásia (por exemplo, a cessação do uso de drogas que estimulam o funcionamento cardíaco), ainda que levada a cabo contra a vontade do paciente, consubstancia uma omissão atípica no sentido do crime de homicídio, pois o dever de agir do médico cessa perante a inutilidade do tratamento[7].

2.2 O não início ou a interrupção de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos em conformidade com a vontade do doente

Nas situações em que a omissão ou interrupção de intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos esteja em conformidade com a vontade do doente, a omissão do médico será atípica no sentido dos crimes de homicídio ou de ofensas à integridade física (artigos 128.º e seguintes e 137.º e seguintes), pois também a oposição do paciente à intervenção ou tratamento médico-cirúrgico faz cessar o dever de garante do médico[8]. Tanto assim que, caso o doente recuse um acto médico, o médico que, não obstante, o realize, incorrerá na prática de um crime de intervenção médico-cirúrgica arbitrária (artigo 150.º).

Neste âmbito, dificuldades acrescidas são colocadas pela interrupção de tratamentos técnicos de acordo com a vontade expressa do doente, nomeadamente o desligar de uma máquina de suporte de vida. Foi o que ocorreu a 18 de Outubro de 2006, quando Inmaculada Echevarría requereu à Direcção do Hospital San Rafael de Granada, onde se encontrava hospitalizada, autorização para dar uma conferência de imprensa, onde pediu para ser desligada da máquina de suporte de vida a que se encontrava ligada,

6 Maria Elisa Villas-Bôas, "A ortotanásia e o direito penal brasileiro", in Revista de Bioética, 16 (1), 2008, página 63.

7 Neste sentido, ainda que com outra fundamentação, pronunciou-se João Carlos Loureiro, "Metáfora do vegetal ou metáfora do pessoal? Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico", in Cadernos de Bioética, N.º 8, 1994, página 49. Em sentido contrário pronunciou-se Augusto Lopes Cardoso. Cfr. "Eutanásia e suicídio assistido", in Estudos de Direito da Bioética, coord. José de Oliveira Ascensão, Coimbra, Almedina, 2005, páginas 246 e seguintes.

8 Em sentido contrário, pronuncia-se Teresa Quintela de Brito, "Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores", in Separata de Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, N. 3, (Julho/Setembro 2002), páginas 408 e seguintes.

por sofrer de uma doença muscular degenerativa que lhe paralisava os músculos, há dez anos.

Nestes casos, coloca-se a questão de saber se o desligar da máquina de suporte de vida é uma acção ou uma omissão. O médico que desliga o aparelho de suporte de vida ao qual está ligado o paciente, assim lhe apressando a morte, pratica uma acção (o accionar o botão) ou uma omissão (deixa de realizar o tratamento médico)?

Esta questão tem uma relevância prática indiscutível, pois caso se entenda que estamos perante uma acção, o médico que desligar a máquina (a pedido sério, instante e expresso do paciente) pratica um homicídio a pedido da vítima (artigo 132.º), se defendermos estar perante uma omissão, o desligar da máquina pelo médico configura uma eutanásia voluntária passiva, não punível (artigo 150.º).

Para a resolução da questão é comum mobilizar a categoria dogmática da omissão através da acção[9].

Na aplicação desta categoria dogmática, a doutrina dominante entende que a interrupção de processos salvadores alheios consubstancia um comportamento activo que, *in casu*, conduzirá à responsabilização do agente por um crime de homicídio a pedido da vítima (artigo 132.º). Já o acto que interrompe um processo salvador próprio só é qualificado como activo nos casos em que o processo salvador já ultrapassou a fase da tentativa podendo considerar-se como consumado. Entendemos que o processo salvador se encontra consumado em todos os casos em que, alcançando a esfera da

9 Diferentemente, Jorge de Figueiredo Dias utiliza o critério da forma de criação do perigo para os bens jurídicos tutelados pela norma, segundo o qual ao agente deve ser imputada uma acção sempre que ele criou ou aumentou o perigo que vem a concretizar-se no resultado e deve ser-lhe imputada uma omissão sempre que ele não diminuiu aquele perigo. Assim, *"na hipótese especial de interrupção do processo de reanimação, parece-nos seguro que o comportamento do médico é omissivo, porque a continuação do "processo salvador" – apesar de este ter já entrado na esfera da vítima – não podia diminuir o perigo que atingia o moribundo; mas já será activo o desligamento por parte de um não médico, porque aí o caso não pode ser perspectivado a partir de um dever de tratamento que pessoalmente obrigasse o agente e tenha sido violado por este"*, Cfr. Direito Penal: parte geral, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, páginas 910 e seguintes.

vítima, o mesmo não é de qualificar como inútil[10] [11]. Assim, no que ao desligar da máquina de suporte de vida se refere, entendemos que o mesmo será de qualificar como um comportamento activo – a ligação do paciente à máquina de suporte de vida foi considerado como um acto médico útil, daí que tenha sido praticado – pelo que o agente que o leve a cabo, a pedido sério, instante e expresso do paciente, praticará o crime de homicídio a pedido da vítima (artigo 132.º).

É esta a solução normativa consagrada no ordenamento jurídico da RAEM; não obstante, perguntamos: será justo aceitar que o paciente tenha a liberdade de interromper um tratamento ou intervenção médico-cirúrgica que lhe permita deixar de viver (artigo 150.º), mas negar àquele que se encontra ligado a uma máquina de suporte de vida essa mesma liberdade (artigo 132.º)? Será aceitável permitir ou proibir o exercício do direito à autodeterminação do paciente consoante a concreta configuração da intervenção ou tratamento médico-cirúrgico *in casu*?

2.3 O doente não se encontra em condições de manifestar a sua vontade

Nos casos em que o paciente não se encontra em condições de manifestar a sua

10 Para nós, saber se, no caso concreto, estamos perante um acto inútil exige uma avaliação objectiva-subjectiva. Uma avaliação objectiva, pois deverá recorrer-se à ciência médica para saber se um determinado tratamento pode sanar ou prolongar de modo apreciável a vida do paciente. Avaliação objectiva que deve ser matizada por uma avaliação subjectiva do doente, no sentido de que o tratamento objectivamente inútil deve ser realizado quando corresponda aos desejos fundados do doente (por exemplo, parece-nos desejável o prolongamento da vida do enfermo que deseja despedir-se dos seus familiares mais próximos).

11 Considerando que o processo salvador se encontra consumado sempre que a máquina de suporte de vida logre prolongar a vida consciente do paciente, ainda que por breves momentos, também Carmen Tomás-Valiente Lanuza qualifica o desligar da máquina de suporte de vida como um comportamento activo. Porém, a autora, à luz do ordenamento jurídico espanhol, considera o mesmo como justificado por estado de necessidade – Cfr. "La disponibilidade de la própria vida en el derecho penal", Boletín Oficial del Estado, Madrid, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 1999. Num primeiro momento, também Claus Roxin mobilizava a categoria dogmática da omissão através da acção para qualificar o desligar de uma máquina de suporte de vida como um comportamento omissivo – Cfr. Problemas fundamentais de direito penal, 3.ª edição. Lisboa, Veja, 1998. Todavia, no seu mais recente trabalho, "A apreciação jurídico-penal da eutanásia", in Revista Brasileira de Ciência Criminal, n.º 32 (2000), páginas 20 e seguintes, o autor defende que a interrupção técnica do tratamento a pedido do doente é uma omissão, mas agora porque *"o facto, em seu significado social, representa uma suspensão do tratamento, portanto, uma omissão de ulteriores actividades"*. A fundamentação do autor suscita-nos algumas interrogações. O autor utiliza agora como critério de distinção entre a acção e a omissão o significado social do facto? Será este critério operativo? Não nos parece.

vontade, o n.º 2 do artigo 150.º impõe ao médico o dever de praticar todos os actos médicos necessários à salvaguarda do corpo e da vida do paciente, a não ser que se verifiquem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado[12] – apela-se aqui ao chamado consentimento presumido do paciente.

Todavia, atente-se que só podemos apelar ao consentimento presumido do paciente quando o mesmo possui capacidade jurídico-penal para consentir[13]. Nos demais casos, ou seja, nos casos em que o paciente não possui capacidade jurídico-criminal para consentir, deverá apelar-se ao consentimento do representante legal do paciente incapaz, que consentirá ou não na prática de um concreto acto médico em conformidade com os "melhores interesses" do paciente – conceito que, em nosso entender, deve ser preenchido, não só, ou não tanto, pelos interesses objectivos (a salvaguarda do seu direito à vida), mas também, ou sobretudo, pelos interesses subjectivos ou "interesses críticos" (*"relativos ao carácter e ao valor de nossas vidas como um todo"*[14]) do doente incapaz.

Grandes clivagens éticas, morais e doutrinais suscitam as situações das pessoas que se encontram em estado vegetativo persistente quando se coloca a possibilidade de interromper os seus tratamentos de suporte de vida.

Entende-se que *"o estado vegetativo é uma situação clínica de completa ausência da consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral.* (…) *Em termos de desenvolvimento temporal, designa-se o estado vegetativo o*

12 Nalguns ordenamentos jurídicos, aceita-se que o paciente exerça o seu direito à autonomia prospectiva, reconhecendo eficácia (indicativa ou vinculativa) às suas manifestações de vontade de aceitar ou recusar actos médicos num momento em que se encontra incapaz de exercer a sua autonomia. E na verdade, não encontramos justificação para coarctar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade nas questões em torno da vida e da morte, não reconhecendo na sua plenitude as declarações antecipadas de vontade. Porquê preterir a vontade expressa pelo "eu" hoje incapaz e preferir a "nossa" definição do que sejam os seus "melhores interesses"? Encontramos uma apreciação crítica do regime jurídico das declarações antecipadas de vontade em Portugal, no nosso, "As Declarações Antecipadas de Vontade", in Lex Medicinae, Ano 11, N.º 21 (2014), páginas 135 a 157.

13 Este é um dos requisitos de eficácia do consentimento presumido. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, nota 9, página 492.

14 Adoptamos a distinção propugnada por Ronald Dworkin entre interesses de experiência (*"relativos à qualidade de nossas experiências futuras"*) e interesses críticos (*"relativos ao carácter e ao valor de nossas vidas como um todo"*). Cfr. Ronald Dworkin, Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais (tradução da edição inglesa de 1993 por Jefferson Luiz Camargo), São Paulo: Martins Fontes.

quadro clínico inicial, estado vegetativo continuado quando o quadro persiste pelo menos 4 semanas e estado vegetativo persistente [EVP] *quando as alterações neurológicas persistem por mais de 3 meses após anóxia cerebral e 12 meses na sequência de traumatismo craniano"*[15]. Relativamente ao prognóstico no estado vegetativo persistente, afirma-se que *"em termos práticos, o EVP reduz a expectativa de vida para 2 a 5 anos, com uma taxa de mortalidade de 82% aos 3 anos e 92% aos 5 anos. A sobrevivência para além dos 10 anos é absolutamente excepcional. Existem relatórios de recuperações tardias ocasionais de doentes em EVP* (…). *A conclusão é que más classificações nosológicas e avaliações pouco rigorosas perturbam a correcta análise destes casos. Reconhece-se, contudo, que poderá existir um ou outro caso muito raro de uma certa recuperação, embora, invariavelmente com sequelas neurológicas substanciais"*[16].

Para nós, as pessoas que se encontram em estado vegetativo persistente estão vivas, gozam de tutela legal e não estão feridas de qualquer *capitis diminutio*[17] [18].

Pelo que, quando está em causa a prática de um qualquer acto médico entendemos que deve apelar-se ao consentimento do representante legal da pessoa que se encontra em estado vegetativo persistente ou aguardar pela sua nomeação. Representante legal que deve actuar em conformidade com os "melhores interesses" do doente incapaz.

Todavia, para quem, como nós, qualifica o desligar de uma máquina de suporte de vida como um comportamento activo, a interrupção de tratamentos de suporte de vida de uma pessoa que se encontra em estado vegetativo persistente consubstanciará, como dissemos, um crime de homicídio (artigo 128.º).

Será esta solução normativa ética, moral e socialmente justa? Será justo manter uma pessoa que se encontra em estado vegetativo persistente viva, ainda que ela tenha manifestado expressamente a sua vontade de que, em tal caso, a ajudassem a deixar de viver, nomeadamente porque, para si, viver assim não faz qualquer sentido e é atentatório

15 Cfr. Relatório sobre o Estado Vegetativo Persistente do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal.

16 *Ibidem*.

17 Solução que nos parece clara face ao ordenamento jurídico da RAEM que adopta como critério de determinação do momento da morte o critério da morte cerebral (cfr. artigo 12.º da Lei n.º 2/96/M, de 3 de Junho).

18 Diferentemente, Castanheira Neves, "Arguição nas provas de agregação do Doutor José Francisco de Faria Costa – comentário crítico à lição "O fim da vida e o direito penal", Digesta, Coimbra, 2008, páginas 605 e seguintes. Sobre os vários entendimentos que se perfilam relativamente ao estatuto dos doentes em estado vegetativo persistente ver João Carlos Loureiro, nota 7, páginas 31 e seguintes.

da sua dignidade? Não constituirá um fardo demasiado pesado para os familiares da pessoa que se encontra em estado vegetativo persistente verem o seu ente querido preso a uma panóplia de máquinas, a definhar, sem conseguirem estabelecer com ele uma simples troca de olhares, tendo por seguro que, mais dia, menos dia, numa situação que se pode prolongar por longos anos, morrerá? Num momento histórico em que os recursos materiais e humanos são escassos, será adequado privar dos mesmos (ainda que temporariamente) pessoas que também se encontram doentes, mas cujas hipóteses de recuperação são incomparavelmente superiores?

Neste âmbito, devemos ainda fazer uma breve referência à omissão de tratamentos a recém-nascidos com doenças ou mal formações graves e incuráveis.

Entendemos que o exercício da medicina pediátrica se rege pelos valores éticos e deveres deontológicos e jurídicos da medicina exercida em adultos, não devendo as soluções ser substancialmente diferentes, pois o valor da vida humana de um recém-nascido é idêntico ao da de um adulto. Assim, protegendo o direito penal a vida humana a partir do início do acto de nascimento (quando "*se iniciam as contracções ritmadas, intensas e frequentes que previsivelmente conduzirão à expulsão do feto*"[19] ou, quando estas não têm lugar, quando se inicia o processo cirúrgico), após este momento, qualquer lesão da vida ou da integridade física do feto constituirá, em princípio, um crime de homicídio ou um crime de ofensa à integridade física (artigos 128.º e seguintes e 137.º e seguintes).

Todavia, *"no caso de recém-nascidos prematuros e/ou fetos não viáveis* [nas palavras de Figueiredo Dias, fetos inviáveis são aqueles que morrerão no ventre materno ou, de todo o modo, não terão qualquer esperança de vida fora dele[20]] *qualquer tratamento administrado não irá permitir a sobrevivência do feto, mas apenas minorar o seu sofrimento; pelo que, qualquer administração de tratamento para além do razoável facilmente entra no âmbito do "encarniçamento terapêutico", e torna-se admissível cessar esse tratamento"*[21] [22].

19 Jorge de Figueiredo Dias, nota 1, página 7.

20 Jorge de Figueiredo Dias, "Anotação ao artigo 142.º", in Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial, dir. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, página 187.

21 Helena Moniz, "Eutanásia precoce: dúvidas e interrogações", in As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal: uma perspectiva integrada, org. José de Faria Costa, Inês Fernandes Godinho, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 2010.

22 Diferentemente, Claus Roxin admite a justificação de uma omissão de tratamento com fundamento no estado de necessidade, naqueles casos em que o recém-nascido não adquirirá consciência ou que as suas dores representam um peso insuportável – Cfr. nota 11, página 36. Mais longe vai Sergio

Tendo esta conclusão (a atipicidade no sentido do crime de homicídio da omissão da prática de actos médicos inúteis em recém-nascidos prematuros ou fetos não viáveis) por acertada, socorremo-nos das palavras de Peter Singer, e também nós perguntamos: nestes casos, *"se é um bem permitir que recém-nascidos morram, por que motivo é um mal matá-los?"*[23]. Devemos continuar a assistir aterrorizados ao sofrimento profundo do recém-nascido até à sua morte inevitável? Ou devemos ajudá-lo a deixar de sofrer (e digamo-lo sem quaisquer tentativas de colorir a negra realidade) matando-o?

3. A EUTANÁSIA ACTIVA INDIRECTA

A impunidade da eutanásia activa indirecta voluntária é consensual. Todavia, discute-se qual o fundamento desta solução.

Para nós, a eutanásia activa indirecta é um acto médico, pois preenche os requisitos objectivos e subjectivos previstos no artigo 144.º[24] – a eutanásia activa indirecta praticada por médico, com observância dos deveres de cuidado correspondentes às *leges artis*, é considerada pela medicina académica como o tratamento objectivamente indicado para minorar ou eliminar o sofrimento do doente. E, como tal, é um acto atípico face ao tipo

Romeo Malanda, para quem a posição de garante do médico desaparece nos casos de recém-nascidos que previsivelmente terão uma qualidade de vida muito limitada, sempre que exista autorização dos pais ou das autoridades judiciais em caso de conflito. Cfr. "Responsabilidad penal por la omision de tratamentos médicos a recién nacidos gravemente discapacitados (a la vez, una reflexión sobre el concepto de nacimiento en el ordenamento jurídico español)", in Derecho y Salud, Vol. 14, Núm. 1, Enero - Junio 2006, páginas 103 a 125.

23 Cfr. Ética Prática, 3.ª edição, Gradiva, Lisboa, 2012, páginas 222 e seguintes. O autor, argumentando a favor de uma ética consequencialista, conclui que *"não existe qualquer diferença moral intrínseca entre matar e deixar morrer (ou seja, não existe diferença que dependa somente da distinção entre um acto e uma omissão) "*. E, consequentemente, responde à questão formulada, afirmando que *"os meios passivos de por fim à vida resultam numa morte após agonia prolongada. Introduzem factores irrelevantes na escolha daqueles que irão morrer.* [E, por isso] *se formos capazes de admitir que o nosso objectivo é uma morte rápida e indolor, não devemos deixar que seja o acaso a determinar se esse objectivo é atingido ou não. Tendo escolhido a morte, devemos garantir que ela tenha lugar da melhor forma possível".*

24 Segundo o artigo 144.º, para que possamos falar de um acto médico é necessário que se verifiquem dois requisitos subjectivos – i) serem levados a cabo por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada; ii) terem uma finalidade terapêutica – e dois requisitos objectivos – i) a intervenção ser realizada por indicação médica; ii) de acordo com as *leges artis*.

de ilícito do crime de homicídio[25] [26].

4. A EUTANÁSIA ACTIVA DIRECTA

No ordenamento jurídico da RAEM, a eutanásia activa directa voluntária constitui um crime de homicídio a pedido da vítima (artigo 132.º)[27].

Foi este o "definitional stop"[28] encontrado num determinado momento histórico.

Hoje, a sociedade não clamará pela alteração da fronteira entre o proibido e o permitido nas decisões do "eu" sobre a sua vida e a sua morte? O direito à autodeterminação, que confere ao "eu" o poder de, em auto-reflexão, decidir como ser e o que fazer, positiva e negativamente, com ou sem a colaboração do "outro", da sua própria vida, não o reclamará[29]? Não devemos olhar com compaixão para as pessoas com

25 Segundo o regime jurídico dos actos médicos, plasmado nos artigos 144.º, 150.º e 151.º, a realização de um acto médico não consubstancia a prática de um crime de ofensas à integridade física ou de homicídio (artigos 137.º e seguintes e artigos 128.º e seguintes), podendo constituir um crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, caso seja levado a cabo sem o acordo informado do doente (artigo 150.º).

26 Os casos de eutanásia activa indirecta involuntária constituirão um crime de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário (artigo 150.º). Atente-se que o representante legal do incapaz deve agir segundo os melhores interesses deste, razão pela qual, em princípio, a eutanásia activa indirecta avoluntária não preencherá o tipo de ilícito de qualquer crime.

27 Em regra, os casos de eutanásia activa directa involuntária e avoluntária constituirão crimes de homicídio (artigo 128.º).

28 A expressão é de José de Faria Costa, "O fim da vida e o direito penal", in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Duas, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, páginas 759 a 807. Atente-se que a vida humana não é, nem deve, ser perspectivada, como um "definitional stop" absoluto. Pensemos, desde logo, na eutanásia voluntária passiva e na fragmentação dos níveis de protecção penal da vida humana.

29 Não lançarão mão deste argumento todos aqueles que fazem coincidir a autonomia com uma liberdade em sentido negativo, "como âmbito no qual se permite ou deve permitir ao indivíduo ser ou fazer «o que é capaz de ser ou de fazer, sem interferências de outras pessoas»" (assim, Teresa Quintela de Brito, "Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade?", in Direito penal: parte especial: lições, estudos e casos, páginas 80 e seguintes). Nem aqueles que atribuem à autonomia exclusivamente um sentido positivo [parece ser o caso de Castanheira Neves, quando afirma, nota 18, páginas 623 e 624: *" Sendo então absurdo pensar que o valor absoluto ou intrínseco da vida humana, a implicar a sua dignidade e a sua inviolabilidade, excluísse que cada homem que vive pessoalmente a vida humana não pudesse também pessoalmente autodeterminá-la no seu próprio e inalienável poder-ser, que cada um não pudesse construir*

vidas objectivamente reduzidas ao ínfimo da sua qualidade e permitir-lhes que exerçam na plenitude a sua liberdade?

E não se diga que ao afirmarmos que a vida de algumas pessoas está reduzida ao ínfimo da sua qualidade corroboramos a ideia de que também a sua vida não tem dignidade. Assim, Pedro Vaz Patto, que já escreveu: *"Afirma-se que o Estado, ao autorizar a prática da eutanásia, se limita, de forma neutra, a respeitar o juízo do próprio doente quanto à falta de dignidade (qualidade) da sua vida. Mas, ao admitir que se satisfaça o pedido de eutanásia em determinadas situações (…), o Estado corrobora e confirma o juízo relativo a essa «falta de dignidade» (…)* [Ora,] *"não é admissível aceitar que a vida, por falta de «qualidade», possa perder dignidade.* [Com efeito,] *Porque a vida humana é sempre digna, não pode deixar de ter «qualidade»"*[30].

Segundo o nosso ponto de vista, o princípio da dignidade da pessoa humana é axiológica e normativamente estruturante das sociedades hodiernas. E este postulado não é beliscado quando utilizamos o conceito de qualidade de vida. Estamos longe, estamos mesmo nos antípodas, de afirmar que a vida do jovem e saudável é mais valiosa do que a do velho e doente. O que constatamos é que *"a diminuição para patamares mínimos de algumas funções vitais"*[31], a *"altíssima probabilidade de se vir a concretizar um contínuo estado de dor que só possa ser debelado por analgésicos cada vez mais fortes"*[32] e a *"provável degradação mental"*[33] são representações objectivas de uma vida

e dispor da sua vida como sua. Há, no entanto, que estar atento à equivocidade da palavra "dispor" (…). *O sentido com que a usámos pretende significar a possibilidade de um projecto e de uma realização pessoais, não prévia ou universalmente programadas, mas não já o sentido que admita uma sua alienação, seja em negação, seja em repúdio, seja em "abandono". O dispor da vida como sua que a cada um de nós cumpre é um poder-ser para a sua afirmação e realização positivas, não para a negar, violar ou recusar. Daí que não entre o suicídio nessa disponibilidade* (…) *seja ou não ele punível…"*].

30 "A eutanásia em face da Constituição Portuguesa", in Direito e Justiça, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Tomo 2, Vol. 16 (2002), página 208.

31 José de Faria Costa, "O fim da vida e o direito penal", in Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, org. Manuel da Costa Andrade [et al.], Coimbra, Coimbra Editora, 2003, página 773.

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*.

que perdeu muita da sua qualidade.[34] [35] [36]

5. CONCLUSÃO

Ao longo do nosso estudo, constatámos que o ordenamento jurídico da RAEM permite a eutanásia passiva voluntária e a eutanásia activa indirecta voluntária, proibindo a eutanásia activa directa (voluntária, involuntária ou avoluntária).

Assinalámos ainda algumas situações de eutanásia activa directa em que temos muitas dúvidas quanto à bondade da solução do ordenamento jurídico da RAEM. Razão

34 No sentido de que qualidade de vida e valor da vida humana são conceitos distintos, João Carlos Loureiro, "Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida", Separata de Boletim da Faculdade de Direito, N.º 80 (2004), Coimbra, página 175: *" a falta de qualidade de vida, quer resulte de uma avaliação objectiva, tendo como referente o "normal funcionamento (como membro da espécie biológica* homo sapiens*), quer de um juízo do paciente sobre o seu "grau de satisfação da vida", não equivalem a um desvalor da vida humana" Mais: nos sistemas jurídicos que abriram as portas à eutanásia, um simples juízo subjectivo de desvalor da vida não se tem revelado suficiente, em sede de controlo, recusando-se, desta forma, as leituras mais radicais da autonomia".*

35 Outros argumentos esgrimidos a favor da destipificação ou justificação da eutanásia activa directa são o dever de solidariedade social para com os familiares e a própria sociedade e a necessidade de legalizar situações existentes, mas clandestinas. Não obstante estarmos convictos da bondade da solução, não podemos deixar de manifestar a nossa discordância no que respeita a estes dois argumentos apresentados. Relativamente ao primeiro, diga-se que o dever de solidariedade social para com os familiares e a sociedade deve manifestar-se na colocação à sua disposição de todos os meios humanos, materiais e económicos necessários e adequados ao auxílio na situação concreta e nunca na nadificação de seres humanos em profundo sofrimento. A aceitação deste argumento podia conduzir à onto-axiologicamente inaceitável nadificação de seres humanos velhos ou deficientes. A propósito do segundo argumento afirme-se apenas que, sendo função exclusiva do direito penal a tutela subsidiária de bens jurídico-penais, a sua não intervenção rege-se por outros critérios, que não o da legalização de situações clandestinas.

36 Atente-se ainda que rejeitamos em absoluto que razões económicas subjazam à argumentação a favor da eutanásia. O que parece ser sugerido por Javier Gafo, "El debate ético y legal sobre la eutanásia y las personas com deficiência mental", in Deficiencia mental y final de la vida, ed. Javier Gafo, José Ramón Amor, Jesús Loza Aguirre [et al.], Madrid, Córdoba: Universidad Pontificia Comillas: Fundación Promi, 1999, página 183: *"Es indiscutible el gran incremento de los costes de la asistencia sanitária, especialmente en los ancianos. No és este el caminho para considerar a la eutanásia socialmente conveniente? No podria ser vista la eutanásia como un substituto tolerable en lugar de los gastos en cuidados paliativos?".* Entendimento que, a ser propugnado, violaria o princípio da igual dignidade da pessoa humana consagrado nos artigos 25.º e 30.º da Lei Básica da RAEM.

pela qual, ainda que sem certezas, nos inclinamos para propugnar (pelo menos) a consagração de uma causa de justificação que, sustentada num pedido sério, instante e expresso de pessoas que tendo a sua qualidade de vida reduzida a um ínfimo se encontram em sofrimento profundo, permita a ajuda a deixar de viver destas pessoas, permitindo o exercício pleno do seu direito à autodeterminação.

關於性犯罪的法醫學制度的反思——立法的變更[1]

Júlio Miguel dos Anjos[2]

一、引言

在二十一世紀的風險社會，在高度全球化和信息共享的背景下，罪犯往往都是有防備和準備的，他們不停地鑽法律空子，創造了新的犯罪行為方式。正是這樣，越來越需要法律、醫學和科技更有力且更有條理地進行干預。

本文意在指出澳門在性犯罪中出於保護而適用的法醫學制度的問題和空白，並在法律學說和現實生活的實例的基礎上，提出個人觀點。

為此，本篇研究將從法院已審理過的性侵犯和性脅迫案件出發，指出恰當的和不合理的裁判。除此之外，也將列出現今對在性犯罪中存活的和死亡的受害人作出的專家鑑定所使用到的醫學方法，突出其對證明事實和破案起到的作用，也指出其在面對現行法律時所受到的限制。

在國際層面上，法律隨著具體的需求不停地變化和調整，而我們的法律卻在約二十年的生效期中原封不動，這不是法律本身的問題，這引發我們思考，在這樣一種自古至今在任何一種文化或人類群體中都幾乎一致的犯罪的問題上，為何澳門的法律不同於世界其他地方的規定。

在此時選擇這個主題是因為我們的社會正在呼籲修改《澳門刑法典》，呼

1 本文於2014年11月完成，於2016年1月書面潤色。我們要提醒的是，我們在本研究中提出的很多擔憂也同樣困擾著政府當局，在2015年12月向公眾展示了多種關於侵犯性自由和性自決犯罪的法律規定的修改方案，從這些方案中得到本文研究的一些問題的合理解決方案。所以，當您讀到本文時，本文可能帶著一定的滯後性。如果那些相應的法案已經有效提交至立法機關並通過了的話，那本文中的這些問題應該在一定程度上得到解決了。

2 澳門大學法學院兼職教師。我們也想利用這個機會祝願本彙編的籌劃者作出這項偉大的嘗試，以逐步填補這個多年來沒有產出很多澳門法律著作的“學說空白”。同時，希望感謝邀請我們參與到這項偉大的事業，讓我們可以自由地表明我們的擔憂，這些擔憂也是讓我們不再沉默的動力所在。另外，還要感謝為本文作出的細微修改。

籲（重新）引進“非禮罪”[3]，這在一定程度上喚醒了我們的意識，有關性犯罪的法律已經很多年處於蟄伏期，尤其是法醫專家鑒定所受到的限制，在本文中會對此進行論述。所以，我們試圖通過真實的案例對現行的實體法和證明手段提出問題，指出有關保護性犯罪受害人的法醫學制度的不足之處，從而提出完善法律的建議，並對在有關性交的鑑定報告中一直出現的疑問表明我們的想法。

本文將專門就科處刑罰更嚴重的性犯罪——強姦罪和性脅迫罪作出分析[4]，這些性犯罪也需要更廣範圍的法醫鑑定。

二、提出問題

“沒有法醫預審，就沒有好的刑事調查，沒有有意識或明智的處罰，也就無法適當地壓制犯罪。”

Lopes Vieira

強姦罪後果的嚴重性有時會被忽視[5]。聯合國聲明強姦婦女是公共衛生的嚴重問題，因為這影響了受害人的精神健康和身體完整。在Akayesu案被審判之後，當時一位人士在其論文中稱強姦罪構成了一種種族大屠殺[6]。一些數字也支持這種說法：根據官方研究，就所知的[7]，在1992年，在美國每1分20秒就發生一起強姦案[8]。和法律制度的保護同樣重要的是法醫提供的科學的證明。關於此，我們認為最近查清的一個具諷刺意味的慘案已經足夠說明問題了，一個中國年輕人在發現被害人的屍體之後向警察報案，卻在不存在科學證據的情況下，在1996年因被指控犯強姦罪和殺人罪而被判處死刑[9]。

3 見2014年10月7日《澳門日報》的名為《Atentado ao pudor | Governo com consulta pública para inclusão no Código Penal》的文章。

4 “性脅迫罪本身和強姦罪構成了保護性自由的核心。”參見Jorge de Figueiredo Dias, 《Comentário Conimbricense do Código Penal》, 第I卷, Coimbra Editora出版社1999年版, 第445-446頁。

5 有一個證明這點的證據由Alona Hagay-Frey在其《Sex and Gender Crimes in the New International Law – Past, Present, Future》一書中提出, Martinus Hihoff Publishers出版社出版，第59頁，在世界範圍內，“從國際法開端到二戰結束的很長一段時間裡，國際法沒有區分不同類型的性犯罪。強姦在自然本能和戰爭的狂熱時期被認為是常見並且可以接受的。在任何情況下，性犯罪是被赦免的。”（所有在引用的內容標注下劃綫均由筆者作出）。

6 更多詳情見一本全面述及該問題的著作：Irene Piccolo, 《Rape and International Criminal Law》, International Courts Association Press出版社2013年版，第63頁及後續頁。

7 我們之所以說“就所知的”，是因為大部份的案例之前沒有，之後也不再被揭露出來了。在這個方面，“強姦是最少被報導的犯罪。（……）只有10%的強姦罪被報導，這種手法很可能是真實的。”參見Phyllis Gray-Ray Christopher Hensley Edward Brennan, 《Violent rape and bite marks: the use of forensic odontology and ultraviolet lighting》, 載於《Policing: An International Journal of Police Strategies & Management》, 第20卷，第2篇, 1997年版, 第223至234頁。

8 參見郭景元，《現代法醫學》，科學出版社2000年版，第670頁。

9 見新聞：http://www.china.org.cn/china/2014-10/31/content_33925271.htm 。更多外國相同案件，見“5 Real-Life Cases Where DNA Profiling Changed Everything”, 網址為 http://forensicoutreach.com/5-real-life-cases-

讓我們來看幾個案例，以助我們歸納問題，證實我們認為適當的這些問題。

案例一（摘自終審法院製作並判決之第83/2013號案件）

在2012年2月19日，A將B帶往B住處的樓梯間，強行將脫下被害人的長褲及內褲並用手指插入被害人的陰道內不斷抽插。接著，A用腿將被害人雙腿分開後，隨即在沒有使用避孕套，且被害人不自願的情況下，直接將陽具插向被害人的陰道位置。被害人感到痛楚遂不斷扭動身體以阻止被告。約1至2分鐘後，被害人因感到陰道位置非常痛楚而不斷用力反抗，被告這才停止繼續侵犯被害人，而其陽具因而未能成功戳破被害人的處女膜。

案例二（摘自中級法院製作並判決之第457/2011號案件）

在2009年8月29日，C將妓女D推入其車中。因畏懼受到毆打，被害人不再反抗和呼救，因害怕感染性病，被害人從其包中取出一個避孕套並將其交給C。C在戴上避孕套之後，從後面將其陽具插入被害人的陰道。不斷進行10分鐘左右的抽插動作之後，C抽出其陽具，取出避孕套並將它丟在公路邊。

案例三（根據吳月華描述的真實案例改編，《法醫奇案實錄》，第5版，花千樹出版有限公司2003年版，第119至125頁）

在2004年10月31日，Amy向香港警察自首，聲稱在蘭桂坊的家中受到其事實分居的丈夫Mohamed的強姦後正當防衛，造成Mohamed的死亡。警察趕到案發地點，根據肉眼觀察到：1. Mohamed是一個25歲左右的年青人，外國國籍；2. 存在跡象表明他是因窒息而死；3.　在陽具上存在精液的痕跡，被找到時就被發現了；4.　沒有打鬥痕跡，也沒有肢體損傷。在之後的分析中，確認在Amy的陰道內存在Mohamed的精液，還在Mohamed的肛門內發現Wong的精液。

三、應該進行的檢查和專家鑒定[10]

實際上，一個法醫專家鑒定並不是爲了確定存在強姦行為，這並非可以通過醫學診斷便可得出結論的，因為這是一個高度法律性的問題。這樣，我們肯

where-dna-profiling-changed-everything。（最後在線訪問網頁時間為2014年11月。）

10 在這裡我們的參考文獻有：Vincent J. DiMaio e Dominick DiMaio, 《Forensic Pathology, Second Edition》, CRC Press出版社2001年版, 第18章; Cristina Silva, 《Os enfermeiros e a preservação de vestígios perante vítimas de agressão sexual, no serviço de urgência》, 載於《Dissertação de Mestrado em Medicina Legal》, Universidade do Porto出版社2010年版, 第49至51頁及第70至75頁;以及張秦初, 《臨床法醫學與案例分析》, 北京醫科大學出版社1995年版, 第236至243頁。研究者為外國人的所有參考文獻均源自引注的第一個文獻，在該參考文獻中找到每個研究或展示的數據。

定了法律和醫學之間的緊密關係，同時，只有兩者其中之一本身是不可能有效地保護法益的。在隱秘犯罪的案件中，很多時候可能缺乏法醫鑒定或者確定行為人刑罰的法律要素的證明，這有損受害人的利益，也有損人們對法律體制的公信力。

那就以可能要求鑒定人的情景為出發點，專家鑒定限於損傷或者創傷的證據，確定在近期有無性交，並指明找到的痕跡。一個醫生須遵循的必要步驟如下：

首先，試圖獲取被害人的經歷。在第一階段，即訊問階段，建議一位法律心理專家在場，他應遵循所有的技術手段，一方面可以獲取可靠答案，另一方面保護受害人心理狀態[11]。至少應該有四個問題被提出[12]：陽具是否插入陰道？為實行強姦是否動用身體暴力？是否射精？有無使用避孕套？這也同樣適用於肛交或者口交。還應該查明被害人在檢查之前有無清洗、排便或者排尿，這些在待確定案件中可能影響性交的生理證據是否能被保留。另一方面，由於陰道呈豎直狀，容易將液體排出，這會給證據的保留帶來很不利的後果，所以醫生應該要注意收集被害人的內褲以判斷是否存在精液。

第二，在對被害人進行檢查前，要先檢查被害人是否存在可能懷孕的跡象以採取緊急避孕措施[13]。此處還要注意被害人的外表和精神狀態，以及是否有飲酒或者吸毒。但是，要注意的是，精神狀態並不是決定性的，因為有些被害人不會表現出情緒激動，可能看上去很平靜、一點都不擔心。在對被害人的衣物

11 關於這些技術和相應的程序，可見Márcia Cristina Monteiro da Silva Martins,《Crime Sexual Contra Mulheres: Psicopatia e Responsabilidade nas Relações Sociais; Contributo da Psicologia Forense》, 載於《Dissertação de Mestrado em Medicina Legal》, Universidade do Porto 2011年版, 第79至83頁。關於一份法律心理鑒定報告如何應該闡明，參見第59至60頁。在性犯罪中的心理報告和精神病學報告有著極大的重要性，不僅爲了確認受害人的精神狀態（如果受害人能夠作出同意）和侵犯者的精神狀態（為判斷其不可歸責性），還爲了評估在民事賠償範疇內的精神損害，這雖然不是本文的研究對象，但是鑒於這些類型的犯罪往往造成的都是精神損害，而非財產或身體的損害，所以是特別重要的。

12 通過對受害人的訊問應該要獲得的要素都在下文詳盡列出（參見張秦初，同上，第236至243頁；郭景元，同上，第673至678頁；Cristina Silva，同上，第37頁、第49至50頁以及第74頁；以及http://www.lifecentre.uk.com/police_info/gathering_forensic_evidence.html）：
受害人的一般情況：姓名、年齡、職業、教育程度、配偶和家庭狀況、個人特徵、心理狀態、社會關係、月經正常性、是否懷孕（如果是，查明懷孕時間和核實強姦日期）、臉部表情正常性、走路方式、疼痛表現、行為正常性、情感、羞恥、恐懼、憤怒。
強姦的過程：日期、地點、手段（通過暴力、毒品、威脅、欺騙、誘惑）、反抗方式、雙方關係、是否射精。
侵犯者的特點：身高、身材、相貌、毛髮、痣、皺紋、紋身、穿衣方式、反抗過程中在侵犯者身上留下的凹痕和咬痕的地方和強度。

13 緊接著上一條注釋，我們對受害人進行檢查時要考慮到得要素的詳盡列表如下：
身體損傷：爲了實行強姦，經常會對頭部、頸部、嘴部、鼻子和手臂處進行毆打，以阻止被害人的抵抗。所以，這就需要考慮是否有身體損傷、位置、數量、性質、方式、大小、顏色、方向，主要檢查的部位是腿部、胸部、腹部、手臂和手腕。對嘔吐物和胃內物質檢查也可能是有用的。
陰道：陰道形狀、體毛（是否沾有精液）、體毛顏色（是否有精液的顏色）、長度和捲曲度；體毛有無覆蓋外陰唇和內陰唇、色素、尿道、腫脹、血液痕跡、性病（三至八天內有膿液流出；需要核查侵犯罪是否是病源）。
衣物上的撕裂及其他痕跡。如果涉嫌人被認定並以拘留，應該要試圖對犯罪期間明顯使用的衣物、毛髮和陰毛樣本、口腔黏膜樣本和血液樣本進行檢驗，而且還要使用醫學棉籤和擦洗技術對陽具部位進行檢測（應該在實行強姦後24小時內進行）。

作細節分析之後，查明是否存在挫傷、咬痕、撕裂、斷甲、陰毛雜亂，是否有其他人的毛髮或者混合的陰毛，以及生殖器官的擦傷、撕裂和血腫。接下來檢查陰道和宮頸，首先先檢查處女膜，之後用非潤滑的窺器檢查其他。

如果存在咬痕，或一旦被害人提出其身體的任何部位被舔過（一般是在胸部），相應的部位應該用醫用棉籤（或者棉籤）來收集唾液，以作分析。有很多例子證明可以用這種方式來確定DNA。接下來，應對咬痕進行拍攝，拍攝過程中使用米尺，最好有一位司法牙醫參與其中[14]。如果被害人仍存活，還要檢查其宮頸，以檢測是否有性病，但是如果不存在插入到這些地方的行為，則無需從頸口和肛門提取物質。

在案例一中，在山頂醫院對B進行了婦科檢查，查出儘管B的陰道被手指插入，受害人的處女膜仍完整並保持圓形，在她的陰道內無法同時放入兩根手指，表面她應該沒有過性生活。在案例二中，確定D的陰道分泌物和在避孕套上找到的一致，而且避孕套中的精液的DNA和C一致。

當發生強姦致死時，程序就不一樣了，而且更複雜。這些案子更難破，這是因為常常找不到侵犯者，這個侵犯者對被害人而言是個陌生人，無法為警察的調查提供線索[15]。死亡往往是由窒息、砍傷和毆打造成的，很少有摔死的。有時候，會出現傷殘。

第一，總是試圖在被害人的身體上取得指紋，因身體與侵犯者有過肢體接觸。在美國，習慣使用化學物質熏洗皮膚的手段來使損傷顏色變深。法醫應該在開始這個程序之前檢查身體部位。

關於被害人的指甲，建議將其剪下並保留，用來檢查被害人在自我防衛時可能抓侵犯者的衣物留下的痕跡。這被視為一種通過檢驗DNA確定幾個可能的侵犯者的身份的一種手段。另一方面，醫生要尋找纖維、毛髮、血液、玻璃、墨汁或者其他可能源自侵犯者或其武器或其用於轉移屍體的汽車的物質。根據Exline做的一項研究，有10.9%的案件中在性交過程中陰毛被留在女性身上。

下一步是提取陰道、宮頸口和肛門內的物質。如果有精液，就對用醫學棉籤收集到的樣本進行DNA化驗。如果沒有，就做磷酸丁酸A和P30蛋白質（這是在1978年發現的一種來自前列腺的精液特殊糖蛋白）的化驗。如果其中任何一種化驗顯示陽性，即使沒有找到精子，也應該要進行DNA測驗。DNA可以通過精液、核血、軟組織細胞、牙齒、骨頭、指甲、 尿液、毛髮和毛髮提取。如果通過血液樣本檢測出DNA屬於某一涉嫌人，只能通過以下三種可能性其中一種

14 關於這一點，可以看Phyllis Gray-Ray Christopher Hensley Edward Brennan的研究, 同上, 第223至234頁。

15 在這些情況下，警察應該在犯罪現場和前往犯罪現場途中觀察以下幾個方面：
內部空間：傢具、衣物、床墊、床單（以檢查精液的痕跡）、陰毛或血液。
外部空間：檢查附近的地面痕跡、草、武器、精液痕跡、血液。
兩部份共同要觀察的痕跡：
指紋痕跡：手指指紋、手掌紋和腳掌紋；
生物學痕跡：血液、精液、唾液、毛髮、骨頭、牙齒、體毛、陰道分泌物；
物化痕跡：腳印、彈丸、白刃武器、火器、切割或穿孔的物體或工具；
其他：衣物纖維、玻璃碎片、口香糖、郵票、信封、牙刷、杯子、煙頭、衣服、梳子、實施犯罪的工具。

來排除嫌疑：或者是化驗的衣物提取物屬於此人，或者是來自同卵雙胞胎，或者是在DNA的提取或分析中存在錯誤。如果相反，只能得出結論說懷疑對象並非侵犯者。

遊動精子可以在存活的受害人身上找到，甚至在24小時內仍然留在宮頸粘液上，儘管這是很少見的。帶尾巴的不遊動精子可以在2到3天內被發現，因為它們常常被困在宮頸粘液上。但是，正常的情況下，移動精子的極限是6個小時，不遊動精子是26小時。在整個案件中，針對這個方面，法醫的見解應該會隨著發現有一些精子存活在陰道內，有一些存活在宮頸的事實而發生變化。此處有一個重要的推論，即在宮頸部位找到的精子可能不是源於強姦，而是源於2天或3天之前的自願性交。要注意的是，精子的存在只能證明存在性交。

Willott和Allard在聲稱強姦的案件中檢測了1332份陰道醫用棉籤，其中57%都發現了精子。其中在一個宮頸測試中檢測出179小時（7日）後仍是陽性。根據研究，精子的頭部甚至可以在45小時之後在肛門被確認，65小時之後在直腸被確認，6小時後在口腔被確認。要提到的是，在這些情況下，唾液酶和細菌酶都可能迅速地破壞精子。

至於死亡的受害人，曾在死者去世1或2個禮拜後確認了精子[16]。在這種情況下，精子會因為腐爛而破壞，而不是因為排泄或者分泌行為或者陰道細胞動作而破壞。

當抓住現行的強姦犯，卻找不到精子時，問題就出現了。這存在很多原因，可能是因為使用避孕套、沒有射精、排泄、無精癥、月經或者使用殺精劑。在這些情況下，會通過其他物質來判明近期是否存在性交，例如我們前面提過的磷酸丁酸A，它可以在陰道內停留18到24個小時，有時候甚至可達到72小時。由於磷酸丁酸A會在24小時後消失，比起不遊動精子，最好使用磷酸丁酸A來判斷是否在很近期發生過性交，而不遊動精子則會判斷出時間更久一點之前的性交行為。至於P30蛋白質，它不存在於女性的任何體液中，在Graves的一項研究中提出這種蛋白質可能在性交後27小時內（在13到47小時之間）[17]在陰道內被檢測到[18]。

16 裴黎和王海生在其著作《法醫物證案例疑難解析》中報告說，曾在低溫岩洞中找到一具屍體，在該屍體身上找到了3周之前實行的強姦留下的精液。參見《法醫物證案例疑難解析》，中國人民公安大學出版社2007年版，第4頁。

17 關於其他痕跡，我們可以粗略指出相應的存續時間（http://www.lifecentre.uk.com/police_info/gathering_forensic_evidence.html）：
陰道內指印DNA - 12小時內。
皮膚接觸（包括親吻）留下的DNA – 2天內通過對體液、細胞物質和潤滑物的檢測進行認定。
尿液中獲取的痕跡 – 2天內。
唾液及其他口腔物質 – 2天內。
源自避孕套的潤滑物 – 30小時內。
肛門內物質 – 3天內。
頭部上的纖維或其他物質 – 7天內。
精子即使在衣物被清洗之後仍可被檢測到。
這條注釋中的信息是從上面援引的網站中提取的，由於這些痕跡易變的特性，而且也沒有嚴格科學地證實上面指出的結論，所以在此並非意在指明確鑿的數據。

18 Cristina Silva，同上，第61頁。研究在第70至75頁中非常清晰地總結了一位醫生或護士在這些案例中收

總而言之，完整的專家鑒定包括對當事人的訊問、詳細的身體檢查、提取樣本供DNA檢測、身體外傷和內傷的證明文件和照片，包括紫外線檢測來觀察是否有例如精子的蛋白質。藉助陰道鏡進行口腔檢測和生殖器檢測。衣物會被收集以檢測可能留下的痕跡。尿液和血液僅在疑似存在非自願攝入毒品時才會被檢測。

四、醫學證明手段的不足

二十一世紀的罪犯往往都是有防備和準備的[19]。但這不影響應該遵循的羅卡定律的運用，即凡兩個物體接觸，必會產生轉移現象，事實上，侵犯者很清楚這一點，並可能越來越傾向於去阻止這些痕跡被發現，比如使用避孕套或者穿著覆蓋身體全部部位的衣服。避孕套的使用會加大調查的難度，在那些熟人之間發生的強姦案件中，這個事實可能會給人這個行為是獲得同意的感覺[20]。幸運的是，在我們的制度中，法官不會傾向於這樣理解——在案件二中，侵犯者被判強姦妓女D成立，儘管D向他提供了避孕套。

有一位南美的作家說，很多侵犯者不會在強姦行為中射精，事實上，在美國，比起強姦犯，盜賊會受到更多更嚴厲的懲罰，而這一點很少受到刑事申訴。另一方面，該作家表示DNA檢測並不重要，因為90%存活的受害人都認識侵犯她的人，而相應的定罪依據依賴於不存在同意這一點的證明[21]。事實上，在上述的案件三中，Wong的陳述證明是真實的：Amy和Mohamed分開是因為Amy發現Mohamed喜歡男人。在事發當天，Mohamed被Wong捆綁以進行肛交。因為Wong和Amy是非常好的朋友，所以Wong背叛了Mohamed，在進行性行為之後讓Amy進入家中，此時Mohamed仍被捆綁著。在那個時刻，愛情和憤怒驅使Amy趴在Mohamed的身體上，違反他的意願與他性交，並同時用一個枕頭壓在Mohamed的頭上施加壓力。很快地，在高潮之後，Amy發現Mohamed已經死亡。由於害怕，她將令Mohamed不能出聲的枕頭扔掉了，並向警察報案，聲稱被強姦。那麼，可以看出的是，如果法院只是通過驗證DNA來裁判，那麼很有可能對Wong

集和保存痕跡的步驟。

19 “調查人員在大多數強姦和性暴力謀殺案件中往往找不到能將侵犯者定罪的證據。通常情況下，缺乏諸如證人、指紋、精液、毛髮或纖維等證據，而這些可以將侵犯者和犯罪現場聯繫起來。” 參見Phyllis Gray-Ray Christopher Hensley Edward Brennan，同上，第224頁。

20 http://www.nytimes.com/1994/08/22/nyregion/rapists-and-condoms-is-use-a-cavalier-act-or-a-way-to-avoid-disease-and-arrest.html

21 作者以一種女權主義的煽動性語氣論證得津津有味：“DNA對有爭議的案件毫無用處。一個避孕套中可以有3個男人、5只羊和尼斯湖水怪的DNA，它和受害人是否答應了性交這個問題毫無關係（……），對已經經受創傷的受害人進行不必要的測試，無端侵犯他人隱私和正當程序權利。這不僅是對受害人而言的，也對可能捲入其中的經受害人同意的新伴侶而言的。”參見Wendy Murphy, “Most rape cases are about consent, not DNA”, 見 http://womensenews.org/story/rape/110208/most-rape-cases-are-about-consent-not-dna。

因強行肛交予以懲處並且判處Mohamed強姦Amy的罪名成立。事實是，前者是經過同意的，而後者並非違反婦女意願，而是違反男子意願的。因此，Wong最終無罪釋放，因為他證明了他作為Mohamed性伴侶的身份，並且肛交是經過同意的。他證明了雙方保持著頻繁的肛交關係，他的肛門呈漏斗狀、鬆弛並且黏膜較薄。無論如何，這個案件的真相只能通過自認來核實，而不是通過科學手段。

五、積極權利——從比較的角度出發

正如我們所見，如果醫學提供的證據本身並不足以認定存在強姦，那讓我們來看法律上對此是如何規定的。事實是，強姦的法律概念，尤其是構成強姦的行為、判斷有無同意的標準和被害人的年齡，這些都會隨著法律體制不同而有所不同。

由於無論在世界的任何地方，強姦的生理行為的本質從古至今都是一樣的，我們不得不簡單地援引下國際法的規定，在國際法中強姦的概念只在為前南斯拉夫和盧旺達創立特設法庭後才有了顯著的發展[22]。今天，國際刑事法院規約的附件《犯罪要件》對第7條第1款第g項中的強姦做出如下規定：“行為人侵入某人身體，其行為導致以性器官不論如何輕微地進入被害人或者行為人身體任一部位，或以任何物體或身體其他任何部位進入被害人的肛門或者生殖器官”（下劃綫由筆者作出）。

這個概念存在一個大問題，即國外的學說強調犯意或者精神狀態（這在上文中我們沒有重申，是因為這點很容易理解，並和我們制度中犯罪事實的主觀歸責是一致的），以證明侵犯者不僅有意插入，還知道是在未經過受害人同意的情況下進行的。關於此，要判斷是否犯罪既遂，則需要證明侵犯者和受害人的精神狀態[23]。那麼，該罪的構成要件還包括“未經同意”，顯然這是極難證明的，因此在美國來推定受害人同意[24][25]。

在葡萄牙，正如南美的許多州[26]一樣，目前[27]《刑法典》第164條（強姦）第1款作出如下規定：“誰以暴力或嚴重威脅之手段，又或為達到目的而使他

22 參見Irene Piccolo,同上, 第19頁。

23 Deborah Davis e Elizabeth Loftus, “Inconsistencies between the law and psychology of voluntary intoxication and sexual assault”, 載於William O’ Donogue e Eric Levensky的《Handbook of Forensic Psychology》, Elsevier Academic Press出版社2004年版, 第998頁。

24 是什麼引起了令人受傷的問題，例如：“你接受了嗎？”、“你反抗了嗎？”、“這是違反你的意愿的嗎？”？參見Irene Piccolo, 同上, 第28頁。

25 我們不得不提Alona Hagay-Frey的論文，同上，第146頁及後續頁，這為刪除本要素提供了一個合理的理由。

26 見J K Mason, Forensic Medicine for Lawyers, 第三版, Butterworths出版社1995年版, 第293頁。

27 這是對1995年《刑法典》的性犯罪部份作出的兩個本質修改，第一個是在1998年，第二個是在2007年。還要注意的是，在2015年也對這個規則作出了再一次的修改，但是沒有修改文中援引的概念的內容。

人喪失意識後，或將之置於不能抗拒之狀態後：a) 強迫他人與自己或另一人性交、肛交或口交；或者b) 以身體部位或者物體進入陰道或肛門，處以三年至十年徒刑”（下劃綫由筆者作出）。

那麼，這兩個定義代表了性犯罪現代概念的相對先進並具有代表性的一個時期。我們這樣說是因為《澳門刑法典》源於《葡萄牙刑法典》，為葡萄牙的現實作出的思考理應同樣對澳門有用，但是實際上並沒有。我們的法典保留著1995年的《葡萄牙刑法典》的原始版本，正像我們試圖指出的那樣，這表明了立法者作出的匆忙的決定。

六、我們的法律[28]

根據Figueiredo Dias的觀點，不同的性犯罪中受保護的法益是一樣的，即生命和性行為的自決權：“每個成人都有權決定和性相關的行為 [……] 如果以及當這項自由被侵犯時，刑法以一種重要的形式的介入是正當的”[29]。根據作者的觀點，強姦是性脅迫的一種特殊化存在。這些罪行構成一個整體，並可以同樣處理。

但是在澳門，這兩種的處理方式的不同是顯著的：性脅迫的最高刑罰限度是八年（第158條），而強姦的最高刑罰限度是十二年（第157條）。除了存在三分之一的刑罰限度的顯著不同外，更嚴重的一種後果是前者喪失了向終審法院上訴的可能性[30]。顯而易見的，還有另外一點不同是更加明目張膽的：由於強姦罪屬於公罪，這更加保障對法益的保護，而在我們看來，性脅迫和強姦並無差異，但令人不解的是，性脅迫和單純的暴露行為（第165條）都屬於半公罪。

性脅迫這一犯罪類型的核心概念是重要性慾行為，包括用物體觸碰受害人，或者射精或排尿在受害人身上。這裡的物體無需是情趣物品（電動棒、人造陽具），只需以任何物體進入陰道或者肛門即可。作者將性交、肛交和口交（口交並沒有在《澳門刑法典》中被包括其中）定為特殊性行為的級別（例如強姦）[31]。

關於強姦，面對性脅迫，將強姦特殊化的理由是和婦女進行性交可能導致懷孕。強行性交，無論是在個人層面還是社會層面，對婦女的羞恥都帶來了嚴重的打擊。因此，不能理解的是，在1995年第157條第2款的解決方案將強姦

28 說到這裡，我們已經接近Figueiredo Dias睿智的理解了，同上，第444至476頁。要注意的是，我們所追隨的是1999年的版本，這個版本的注釋指向的都是1998年版本的《葡萄牙刑法典》，而這已經和我們現在的制度有所差異了，但是必要的內容尚未改變。關於我們在文中述及的表述的注釋的最終版本是2012年，如上。

29 參見同上，第445條。

30 參見《澳門刑事訴訟法典》第390條第1款第f和g項。

31 參見《澳門刑法典》第172條第1款，只科以低於一年的徒刑。

罪擴展到肛交（肯定不會造成懷孕），這似乎表明立法者作出決定的草率，很明顯他們混淆了這其中的利益[32]。那麼，這樣的一種理由不能在我們的生活中繼續有效，因為使用現代手段已經有可能控制局面了，正如性交嚴重違反性自由的思考在當今已經不是主流思想了。典型的改變使得法律的修改變得有必要，當我們支持這一點時，我們並不是孤軍奮戰。根據當代的概念，將一個炸肉棒或一隻老鼠插入婦女的性器官中並不會比插入一個陽具的嚴重度更低。事實上，Figueiredo Dias和我們持同樣的觀點，只有他提出了捨棄這種特殊化，轉而將所有的這些行為都納入性脅迫的法案。

另一方面，現在關於受害人的性別問題，要特別注意的是，和強姦罪不同的是，性脅迫罪中行為人和受害人都可以是男人或者是婦女。葡萄牙創造了這種雜交產品，令人不解的是，爲什麼在強姦罪中受害人必須是婦女，而在性脅迫罪中就可以是男人。正如作者正確地指出，如果性交可能使一個婦女懷孕並違反其意志成為一名母親，那同樣地，這也可能違反男人的意願使其成為一名父親。葡萄牙法律的新形式並非新事，在那之前德國法律已經作出相應規定了（beischlafsähnlichen行動）[33]。1994年英國法也採取了同樣的態度，允許成立“強姦男性”（並非指男性與男性之間的肛交）[34]。僅以實際案例來進行說明，我們看最新的Chantae Gilman案，他被指控強姦一名睡覺中的男性[35]。那麼，在案例三中，Amy沒有以強姦罪被懲處，而是以殺人罪，因為香港法律並沒有規定婦女強姦男性的罪行，澳門法律也是如此。我們認為這是我們的法律體制中一個明顯的空白。

另一方面，引起的另一個法律問題是探討配偶之間是否可能成立強姦。這個問題是正當的，不僅是因為我們的民法規定了夫妻雙方互負保持性關係的義務[36]，而且還因為《刑法典》中沒有提到配偶關係是強姦罪和性脅迫的加重情節，這似乎可以指明的是，立法者出發的前提是不將配偶之間進行的性行為視為強姦或者性脅迫[37]。事實是，這不是一個最好的解決方法。法律沒有將配偶關係納入加重情節的事實在整部法典中是橫向的[38]。而且，我們的法律是基於“

32 因為我們所依據的1982年的法典“劃清了分水嶺”：在強姦罪中只包含性交，因為這可能會導致懷孕，但是肛交是屬於非禮罪，即今天所謂的性脅迫（所以，不是現在意在加入到《澳門刑法典》的罪行）。

33 葡萄牙的修改“刪除了1995年刑法改革（和《澳門刑法典》相關）的模棱兩可的表述，以單一的模式規定強姦罪，沒有接受不同性別”。參見Figueiredo Dias,同上, 第471頁。

34 J K Mason,同上, 第293頁。

35 http://www.dailymail.co.uk/news/article-2806326/Mother-three-accused-breaking-man-s-apartment-raping-slept-pleads-not-guilty.html

36 參見《澳門民法典》第1533條第1款第a項。反復地拒絕進行性行為是解除婚姻關係（離婚）的法定理由 – 第1635條第1款。

37 這是因為《刑法典》第171條第1款第a項中提到了侵犯者和受害人之間所有可能的家庭關係，但沒提到夫妻關係 – “一、如屬下列情況，則第一百五十七條至第一百五十九條、第一百六十一條至第一百七十條所規定之刑罰，其最低及最高限度均加重三分之一：a) 被害人係行為人之直系血親尊親屬或直系血親卑親屬、收養行為人之人或行為人收養之人、行為人二親等內之血親或姻親，又或受行為人監護或保佐”。

38 例如，加重殺人罪（第129條）是這樣規定的：“二、在顯示出上款所指之特別可譴責性或惡性之情

不得強迫任何人作出某一行為”（《民法典》第72條第5款）的最大限度的。那麼，因此毫無疑問的是，雖然配偶之間要履行這樣的民事義務，任何以暴力、嚴重威脅之手段，又或使婦女喪失意識後，或將之置於不能抗拒之狀態後對婦女進行的性行為都應該視情況不同而定為強姦或性脅迫[39]。肯定的是，在配偶之間的取證就更加困難，因為在夫妻之間保持經常的性行為是正常且可能的。雖然還要證明存在暴力，但是不能將夫妻之間的性交或重要性慾行為和陌生人之間進行的行為自動相提並論，因為可能只是簡單地作為傷害身體完整（《刑法典》第138條）或者虐待（第146條），或者在將來可能成立的婚內強姦。在這種案件中，證明在性器官部位的侵犯是特別重要的。

有一個要點是要知悉法律上性交的定義，以對強姦的法定類型進行判罪。根據有些行為人的看法，性交並不一定要插入處女膜，只需以陽具最小限度地插入陰唇即可[40]。Richard von Krafft-Ebing首次採用科學方式對異常性行為進行研究，他堅信性慾的目的是繁殖。在1886年的《刑法典》中，性交的法律概念爲迎合懲處的實際需求和主流的社會倫理觀念而搖擺不定，要麼理解為法典要求將陽具插入陰道內，要麼傾向於性交的社會倫理觀點，即只需外陰的接觸即可。儘管新《葡萄牙刑法典》和《澳門刑法典》一樣並沒有對該問題進行明確闡述，由Maia Gonçalves引導的思潮對該問題進行了再次思考，支持要求存在男性陰莖插入陰道，即使是部份插入，才可以成立性交。在性方面，大量的排除刑事責任的運動都支持了這種理解，所以，譬如處女狀態的喪失不再是任何犯罪的構成要件了。終審法院於是總結出，只有以陽具插入陰道，即使是部份插入，即使沒有射精時，才成立性交行為[41]。這種觀點和Figueiredo Dias不一致，Figueiredo Dias認為，在今天，性交是指以陽具插入陰道，而非外陰前庭性交或外陰接觸，儘管因此導致懷孕，因為此處並沒有侵犯法益。另一方面，當使用陽具時，只存在口交或肛交。在案例一中，關於受害人B，法官得出的結論是不存在強姦，因為只存在外陰前庭性交[42]。嫌犯因性脅迫被處罰，依據的事實是用手指插入陰道的重要性慾行為。

關於主觀種類，行為人必須至少遇到可能的抵抗並因此使用暴力（這是指行動必須基於最低限度地故意——臨時故意）。如果行為人在採取行為時堅信被害人的反抗不是真的（尤其是只使用言語表示時），不存在故意。關於此，要提及美國的一個經典案例，即Whittaker v. State案。在該案中，法院不確信是否

節中，包括下列情節：a) 行為人係被害人之直系血親卑親屬、直系血親尊親屬、被害人收養之人或收養被害人之人”。

39 關於這點，國際上的學說眾說紛紜，此處，我們要指出最感興趣的那個：共同生活的夫妻之間不存在強姦，事實分局的夫妻之間可能存在強姦。為此，我們看一起中國大陸發生的有意思的案例，一男子戴著面具，在其家中強姦了與其維持穩定的共同生活關係的妻子，該男子甚至沒有被檢察院以強姦罪起訴，見http://www.globaltimes.cn/content/838834.shtml。

40 Vincent J. DiMaio和Dominick DiMaio, 同上。.

41 參見第83/2013號案件。

42 這並不意味著不能存在強姦未遂。因此，本案中，終審法院不得不在判以強姦未遂和判以性脅迫既遂之間，依據更好地保護法益的標準進行選擇。

存在強姦，因為該名婦女在被持槍威脅並多次試圖逃跑後，可以看出生理上她不可能自救，於是被性侵，她卻無法證明到性侵最後時刻她有過抵抗[43]。

七、反抗性侵者的手段

在性犯罪的範疇中，有一些反抗手段特別值得一提。

a) 錯誤。誘姦的心理認定往往不會通過專家鑒定。在我們熟知的案件中，婦女面對性邀請時沒有以明確的方式來表明她的意願[44]。因此，因為如果不是受害人服從不抵抗，性交行為就不可能發生，問題經常存在於經過同意的性交和強迫性交的界線判斷，如以威脅來強迫，無從尋找侵犯的痕跡，那就很難證明了。因為沒有找到具體的司法案例，我們只能在理論上認定我們的法律體制中設立的錯誤制度（《刑法典》第15條）可以作為侵犯者可能逃離法律制裁的手段。這樣，根據Figueiredo Dias的觀點，如果受害人對脅迫手段進行反抗，但是在性交那刻或者性交過程中又不再抵抗，或者在施展威脅手段或者進行某些性行為的準備過程中同意，但是最後又不同意了，這些並不排除強姦成立，但是可以證實存在錯誤或者用於量刑的考慮。

b) 不可歸責性。在一起強姦案件中，也應該要求進行精神病學的專家鑒定，以評估侵犯者是否存在精神病（多次發現精神病和性犯罪是相關聯的），以使法院能夠結合這份評估來判斷侵犯者的不可歸責性，這關乎侵犯者的刑事責任的確定。根據Figueiredo Dias以及其他作者[45]的觀點，患精神分裂癥的嫌犯應該被認定不可歸責的，只要他的犯罪行為是在病發失去理智時作出的。另一方面，多種超性別的表現，譬如花癡或者慕男狂，可能更嚴重的所謂邊緣性人格障礙[46]，這些也可能有些價值，但是在這些情況中，在很大程度上依賴於辯護人的辯護能力。

另一方面，在我們的制度裡，行為人中毒、醉酒也是一個意外不可歸責的理由，只要醫生適當地證明並證實符合所有法律要件（《刑法典》第19條）。但是，法官應該在認定這項依據時要足夠嚴格，因為醉酒經常和性行為結合在一起[47][48]。

43 Cfr. Kathryn Carney, “Rape: The Paradigmatic Hate Crime”, 載於St. John’s Law Review: 第75卷: 第2篇, 2001, 第19篇, 第333頁。

44 有一個典型案件是Mike Tyson案，有一婦女以一種誘惑和勾引的聲音對Mike Tyson說“不要”，這對大多數男人來說，都會被理解為是接受，於是進行了性行為，Mike Tyson因此被認定犯強姦罪而被判刑。

45 Rui Abrunhosa, 由 Márcia Cristina Monteiro da Silva Martins引用, 同上, 第54頁。

46 葡萄牙已經決定患有精神分裂癥和邊緣性綜合癥的強姦犯的不可歸責性了。參見葡萄牙最高法院1007年12月23日編號為SJ199710230008073的合議庭裁判。

47 “約三分之一的強姦犯在實施強姦之前飲過酒”。參見《The Criminal Behavior of the Serial Rapist》, 見 http://www.holysmoke.org/fem/fem0126.htm，這個研究彙編了很多強姦犯招認的事實。

48 但是，在很多的案例中都沒有承認這一點。參見Deborah Davis e Elizabeth Loftus,同上, 第998頁：“在超

然而，當要證實被害人的“喪失意識”的狀態時援引這個依據總是更為簡單，這就無需證明暴力或者嚴重威脅的存在了[49]。

c) 性無能。侵犯者經常自稱性無能來自我辯護，這種性無能可以是心理上的（由寬恕、缺乏性知識、外傷、過度手淫、家庭壓力、夫妻衝突、對女性缺乏信心、同性戀、神經紊亂、抑鬱癥造成）或者生理上的（貧血導致的血管機能障礙、由糖尿病引起的內分泌機能障礙、由創傷、手術或藥物導致的神經功能紊亂）。關於此，當行為人睡眠時，可對其陽具進行手淫和機械的檢測來證實陰莖是否勃起。根據一些中國作者的觀點[50]，只要陽具與腿部的角度低於75度時，便認定行為人性無能，不可能進行性行為。因此，性交在法醫學的概念是以勃起的陽具進入陰道[51]。

八、總結

“對於一個正期待司法和警察機關立即對相關法律作出修訂、期待宗教和家庭組織給予特殊關注的問題，法醫學不能置之不理。”[52]

被社會接受的性行為，會隨著在某一特定時期約束特定文化的價值觀而改變。將婦女們視為強姦罪的唯一可能的受害者，這也不過是性別不平等的一點歷史印記罷了。這樣的一種偏見可能是一把雙刃劍，給婦女加上了永遠的受害人的標籤[53]。另一方面，隨著科技的進步和觀念的轉變，量刑幅度和法律處理應該要適用於不同的較嚴重性犯罪的表現，尤其是以身體的任何部位或物體進入口腔、陰道或肛門。關於有些作者[54]建議的通過主觀要素對犯罪類型的擴張，我們認為問題正是在於有意識的疏忽和或然故意之間細微且不可測的差別，這是一個貫穿所有犯罪類型的問題。因此，懲罰具備或然故意的侵犯者，卻宣告因有意識的疏忽而作出客觀上相同的性行為的侵犯者無罪，對此，我們不認為是恰當的規定，因為在這種情況下，是非常難以知悉一方的真實意願和另一方抵抗的嚴重程度。

另一方面，要質疑的是，在一份有關性交的專家鑒定報告中依照傳統都

過20%的司法管轄區內，醉酒不能作為降低能力的證據”。

49 在美國也是如此：“受害人醉酒作為證據往往是被承認的，在很多司法管轄區，法律上都會將此確定為強姦的證據”。但是，這些行為人提出一個極有意思的論點來辯護，即受害人自願醉酒不應被認為證明其無能力同意或反抗的證明。同上，第999頁及後續頁。

50 張秦初，同上，第236至243頁。

51 參見澳門大學2014/2015學年法律學士課程的法醫學一科課堂講義，打印版，法醫性學，第8頁。

52 Maria Theresa de Medeiros Pacheco, “Aspectos Médico-Legais e Psicológicos da Violência Sexual – O Código Penal Brasileiro”, 載於Confluências – Temas Médico-Legais, Instituto de Medicina Legal de Coimbra於1989年出版, 第235頁。

53 Alona Hagay-Frey, 同上, 第143頁。

54 Alona Hagay-Frey是這樣論述的：“我的回答是在保護性犯罪的受害人和加強對打擊性侵犯者的法律規定的法律空白要由國際法的協議來填補”。參見同上，第151頁。

會出現的疑問屬何種性質：1.　及2.被害人是否處女，並且是否存在近期破處的痕跡（這在社會觀念中是根本性的變化）。越來越少有強姦處女的案件。另一方面，我們並不認為必需存在處女膜的破裂來滿足犯罪要件，因為受害人的性自由已經被侵犯了[55]。前述的終審法院的案件就作出了相反的判決，在該案中，侵犯者進行了性行為，雖然他將陽具插入受害人陰道並進行來回運動，但該行為並未使受害人處女膜破裂，故侵犯者沒有因強姦既遂而被處罰。3.　是否存在其他近期的性交痕跡。這些痕跡可能源自自願性交，也證實了侵犯者不留下痕跡的更加謹慎的趨勢[56]。4. 是否存在暴力的痕跡，如果是，施加暴力的方式是什麼。這些痕跡只有在證明存在性交並且施加暴力和性交這兩種行為皆由侵犯者作出時才有用；另一方面，身體上的暴力並不是犯罪的必要前提，而且越來越少被採用[57]。5. 是否存在不同於年齡低於14周歲、精神錯亂或者心智不全而無法反抗的其他理由。關於這項要件，往往要查明受害人在提出或者認定這些理由時是否存在過錯。

在我們正處於的危機社會，所有的罪犯都在尋找法律空白和證明的科學方式的漏洞，對此，《刑法典》應通過在可懲罰性要件方面的變通作出回應，直到醫學和科學手段革新而能夠保證有效地保護刑法法益，最終有效地保護全人類的舒適安逸。

55　同樣的，“無論陽具有無插入處女膜內，當存在不容置疑的徵象以表明存在肉體接觸（……），就證明符合強姦的所有要件”。參見Pinto da Costa, Publicações Médico-legais, 第326頁, 載於法醫學課堂講義，同上。

56　一份由I. Stone完成的對曾在Parkland Hospital de Dallas醫院做過檢測的451位受害人的研究表明，只有19.3%的案件中發現了遊動精子。參見Vincent J. DiMaio和Dominick DiMaio, 同上。

57　在同一份研究中，提出34%的受害人遭受身體損傷（擦傷、挫傷或撕裂傷），只有18%的受害人的生殖器遭受損傷。

BREVES REFLEXÕES SOBRE O ORDENAMENTO MÉDICO-LEGAL DOS CRIMES SEXUAIS – EM MARÉ DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS[1]

Júlio Miguel dos Anjos[2]

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Na sociedade do risco do século XXI, num contexto de alto grau de globalização e de partilha de informação, o criminoso é tipicamente um criminoso prevenido e preparado, constantemente em busca das lacunas do ordenamento jurídico, criando novas formas de conduta reprováveis. É assim que se exige, cada vez mais, do direito e das ciências médicas e tecnológicas uma intervenção mais intensiva e articulada.

1 Texto datado de Novembro de 2014, com retoques formais em Janeiro de 2016. Fazemos notar que muitas das nossas preocupações levantadas no presente estudo foram também sentidas pelas autoridades governamentais que, em Dezembro de 2015, vieram expor à opinião pública várias propostas de alteração à disciplina legal dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, parte das quais vem sugerir uma boa solução para alguns dos problemas aqui analisados. Assim, o presente texto poderá estar um pouco desactualizado no momento da sua leitura, devendo as questões estar, em certa medida, ultrapassadas caso as respectivas propostas venham efectivamente a ser apresentadas ao órgão legislativo e aí obtenham aprovação.

2 Docente a tempo parcial da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Aproveitamos a oportunidade para felicitar os Coordenadores da presente Colectânea pela ilustre iniciativa de colmatar progressivamente as "lacunas doutrinais" da literatura jurídica de Macau, numa área em que relativamente pouco se tem escrito ao longo dos anos, e também para agradecer o amável convite para participar neste grande empreendimento e expor livremente certas preocupações que têm sido motivo de alguma inquietação nossa, e ainda pela minuciosa revisão do presente texto.

O objectivo do presente texto reside, precisamente, na tentativa de identificar os problemas e as lacunas do ordenamento médico-legal hodierno de tutela dos crimes sexuais em Macau, apresentando algumas perspectivas de índole pessoal, sempre com assento na doutrina e em exemplos práticos da vida real.

Para tanto, o estudo partirá de casos reais de violação e coacção sexual já julgados pelos tribunais, evidenciando as boas e as más decisões, assim como apresentará os métodos médico-científicos hoje empregues no exame pericial às vítimas vivas e mortas de crimes sexuais, realçando o seu contributo para a comprovação de factos e para a decifração de casos, mas também as suas limitações em face do direito tal como está hoje configurado.

Quando, a nível internacional, o direito se encontra em constante mutação e adequação às necessidades concretamente sentidas, a nossa lei permanece intacta volvidos cerca de 20 anos de vigência, o que, não sendo um problema em si, nos faz reflectir sobre as razões da diferença das soluções legais de Macau com o mundo exterior em relação a um crime cuja conduta tem sido praticamente homogénea em qualquer civilização ou agrupamento humano desde tempos remotos.

A escolha pelo tema foi determinada no preciso momento em que a nossa sociedade veio reclamar uma revisão ao Código Penal de Macau, no sentido de se (re)introduzir o crime denominado de "atentado ao pudor"[3], o que de certo modo nos despertou a consciência, há anos em hibernação, sobre os problemas do nosso direito a nível dos crimes sexuais, especialmente tendo em consideração as limitações das perícias médico-legais, como iremos evidenciar ao longo do estudo. Assim, tentaremos levantar algumas questões para o direito substantivo em vigor e também para os meios probatórios, através de casos verídicos adaptados, para demonstrar as insuficiências do ordenamento médico-legal hodierno na tutela dos crimes sexuais e das respectivas vítimas, concluindo com algumas propostas de como poderia ser aperfeiçoada a nossa lei e com algumas considerações acerca dos quesitos tradicionalmente presentes num relatório pericial de conjunção carnal.

A análise incidirá exclusivamente sobre os crimes sexuais considerados mais graves pela pena que lhes é associada, que aliás coincidem com aqueles em que a perícia médico-legal é chamada a intervir na sua maior extensão – os *crimes de violação* e de *coacção sexual*[4].

3 Veja-se, entre outras, a notícia de 7/10/2014 do Jornal Hoje Macau, intitulada "Atentado ao pudor | Governo com consulta pública para inclusão no Código Penal".

4 "Os crimes de coacção sexual em sentido próprio e de violação constituem o núcleo da protecção da liberdade sexual". Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999, pp. 445-446.

2. EXPOSIÇÃO DA QUESTÃO

"*Sem instrução médico-legal nem haverá boa investigação criminal, nem consciente ou sensata punição, nem se reprimirá convenientemente a criminalidade*."
Lopes Vieira

A gravidade das consequências do crime de violação sexual é por vezes negligenciada[5]. Já a Organização das Nações Unidas chegou a pronunciar-se no sentido de que a violência contra as mulheres é um problema grave de saúde pública, pois afecta a saúde mental e a integridade física das vítimas. Recorde-se que, na sequência do julgamento do caso *Akayesu*, chegou a surgir uma corrente defensora da tese de que o crime de violação constitui uma espécie de *genocídio*[6]. Os números também ajudam a sustentar a afirmação: segundo estudos oficiais, já em 1992, conhecia-se[7] uma violação em cada 1 minuto e 20 segundos nos Estados Unidos da América[8]. Igual importância assume, a par com a tutela do ordenamento jurídico, a prova científica que a medicina legal nos oferece. A este respeito, julgamos ser suficientemente elucidativo o lamentável caso caricatural, cuja verdade se veio a descobrir muito recentemente, do jovem chinês condenado à morte em 1996 por um crime de violação e homicídio sem prova científica, quando tinha sido ele quem houvera denunciado o caso à polícia na sequência de ter encontrado o cadáver da vítima[9].

5 Uma prova disso é-nos dada por Alona Hagay-Frey, *Sex and Gender Crimes in the New International Law – Past, Present, Future*, Martinus Hihoff Publishers, p. 59, no âmbito mundial: "*For a long period of time, from the beginnings of international law until the end of WWII, international law was indifferent towards all types of sex crimes. Rape was considered common and acceptable during the heat of natural instincts and battle. In any event, perpetrators of sex crimes were treated forgivingly.*" (Todo o sublinhado aposto nas afirmações citadas no presente texto pertence-nos).

6 Para mais desenvolvimentos, veja-se, entre uma vasta literatura sobre a questão, Irene Piccolo, *Rape and International Criminal Law*, International Courts Association Press, 2013, pp. 63 ss.

7 Dizemos "conhecia-se" porquanto a grande maioria dos casos não era, e continua a não ser, revelada. Neste sentido, "*Rape is one of the most underreported crimes committed (…) It is probably true that only 10 percent of all rapes are reported*". Cfr. Phyllis Gray-Ray Christopher Hensley Edward Brennan, "Violent rape and bite marks: the use of forensic odontology and ultraviolet lighting", *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, Vol. 20 Iss 2, 1997, pp. 223 – 234.

8 Cfr. Guo Jingyuan, *Medicina Legal Moderna*, Science Press, 2000, p. 670.

9 *Vide* a notícia, em http://www.china.org.cn/china/2014-10/31/content_33925271.htm. Para mais casos idênticos, do estrangeiro, *vide* "5 Real-Life Cases Where DNA Profiling Changed Everything",

Vejamos, então, alguns casos que nos ajudam a enquadrar a problemática e a evidenciar as questões que julgamos ser pertinentes.

Caso 1 (*adaptado do caso relatado e decidido no Processo n.º 83/2013 do TUI*).

No dia 19 de Fevereiro de 2012, A levou B às escadas da sua residência, baixou à força as calças e cuecas da ofendida e introduziu os dedos na vagina dela, fazendo movimentos de vaivém. Depois separou com os pés as pernas da ofendida e directamente pôs o seu pénis na vagina dela, sem uso de preservativo e contra a sua vontade. A ofendida sentiu dores e repetidamente fez desvios com o corpo para impedir o arguido. Cerca de 1 a 2 minutos depois, por ter sentido muita dor na zona da vagina, a ofendida insistentemente resistiu à força, e o arguido parou, pelo que o hímen da ofendida não foi penetrado pelo pénis do arguido.

Caso 2 (*adaptado do caso relatado e decidido no Processo n.º 457/2011 do TSI*).

No dia 29 de Agosto de 2009, C puxou D, prostituta, para o seu carro. Receando vir a ser agredida, a ofendida deixou de resistir e gritar por socorro e, em virtude de ter medo de apanhar doenças venéreas, a mesma retirou da sua mala um preservativo e entregou-o a C. Este, depois de pôr o preservativo, introduziu o seu pénis por trás na vagina da ofendida. Tendo efectuado o movimento de vaivém por aproximadamente 10 minutos, o mesmo retirou o pénis e tirou o preservativo e deitou-o ao lado da estrada.

Caso 3 (*ficcionado a partir de um caso real descrito por Ng Yuet Wa, Casos Curiosos de Medicina-Legal, 5.ª edição, Arcadia Press, 2003, pp. 119-125*).

Aos 31 de Outubro de 2004, Amy veio denunciar à polícia de Hong Kong que tinha acabado de causar a morte de Mohamed, seu marido separado de facto, na sua casa sita em Lan Kwai Fong, em legítima defesa na sequência de este a ter violado. A polícia chegou ao local e verificou, a olho nu, o seguinte: 1. Mohamed era um rapaz de cerca de 25 anos, de nacionalidade estrangeira; 2. Havia indícios de que a morte teve como causa a asfixia; 3. Havia vestígios de sémen no pénis, descoberto quando foi encontrado; 4. Não havia sinais de luta, nem lesões corporais. Em posterior análise, veio-se a confirmar a existência de sémen de Mohamed na vagina de Amy, tendo-se também descoberto sémen de Wong no ânus de Mohamed.

disponível em http://forensicoutreach.com/5-real-life-cases-where-dna-profiling-changed-everything. (A última consulta dos sítios informáticos citados no presente texto data de Novembro de 2014.)

3. EXAME E PERITAGEM QUE DEVEM SER REALIZADOS[10]

O que efectivamente se exige de uma perícia médico-legal em juízo não será a determinação da ocorrência da violação, que não é susceptível de resultar de um diagnóstico, pois em causa está uma questão eminentemente jurisprudencial. É assim que afirmamos a relação íntima do direito com a medicina e, simultaneamente, a impossibilidade de cada um deles tutelar efectivamente, *de per si*, os bens jurídicos em causa. É que, nestes casos de crime oculto, pode muitas vezes faltar ou a prova médico-legal, ou a verificação dos elementos legais que determine a punição do agente, com manifesto prejuízo para as vítimas e para a confiança das pessoas no ordenamento jurídico.

Partindo, então, daquilo que se pode exigir de um perito, é pacífico entender-se que a perícia se limita a documentar evidências de lesões ou traumas e a determinar se houve cópula nos tempos recentes, indicando os vestígios encontrados. Os passos a seguir por um médico são essencialmente os seguintes:

Desde logo, procura-se obter o histórico da vítima. Nesta primeira parte, essencialmente interrogativa, é aconselhável a presença de um psicólogo forense, que deve observar todo um conjunto de técnicas que permitam a obtenção de respostas fidedignas, por um lado, e a protecção do estado psíquico da vítima, por outro[11]. Quatro questões, pelo menos, devem ser colocadas[12]: Houve penetração para lá da vulva

10 Tomamos aqui como referência as obras de Vincent J. DiMaio e Dominick DiMaio, *Forensic Pathology, Second Edition*, CRC Press 2001, Chapter 18; Cristina Silva, "Os enfermeiros e a preservação de vestígios perante vítimas de agressão sexual, no serviço de urgência", Dissertação de Mestrado em Medicina Legal, Universidade do Porto, 2010, pp. 49-51 e 70-75; e Zhang Qinchu, *Medicina Legal Clínica – Análise de Casos*, Universidade Médica de Pequim, 1995, pp. 236-243. Todas as referências a investigadores estrangeiros têm por fonte a primeira das obras citadas, para onde remetemos as proveniências de cada um dos estudos ou estatísticas apresentados.

11 Sobre estas técnicas e o respectivo procedimento a observar, pode ver-se Márcia Cristina Monteiro da Silva Martins, "Crime Sexual Contra Mulheres: Psicopatia e Responsabilidade nas Relações Sociais; Contributo da Psicologia Forense", Dissertação de Mestrado em Medicina Legal, Universidade do Porto, 2011, pp. 79-83. Sobre como deve ser apresentado um relatório de psicologia forense, cfr. pp. 59-60. *Os relatórios de psicologia e de psiquiatria assumem especial relevância nos crimes sexuais não só para determinar o estado mental da vítima (se ela estava em condições para dar o consentimento) e do agressor (para aferir a sua imputabilidade), mas também para efeitos de avaliação dos danos morais no âmbito da indemnização civil*, que não constitui objecto do nosso estudo, mas que é particularmente relevante tendo em conta que destes tipos de crime resultam predominantemente danos morais e não patrimoniais ou físicos.

12 Exaustivamente, os elementos que devem ser obtidos através de interrogação da vítima, passam pelo

pelo pénis? Houve violência física para essa prática? Houve ejaculação? Houve uso de preservativo? O mesmo vale para as situações de coito anal ou oral. Também se deverá averiguar se a vítima se lavou, defecou ou urinou antes do exame, o que, em caso afirmativo, poderá influenciar a subsistência da prova física da ocorrência de cópula. Por outro lado, sendo o escoamento vaginal vertical o maior inimigo da prova, o médico deverá ter o cuidado de recolher as cuecas da vítima para verificação da existência de sémen.

Segue-se, em segundo lugar, a examinação da vítima[13], após testes de gravidez com eventual indicação para administração de contraceptivo de emergência. Aqui regista-se a aparência e o estado emocional da vítima, bem como se está sob influência de álcool ou droga. Note-se, todavia, que o estado emocional não é determinante, pois pode haver vítimas que, não se apresentando histéricas, podem parecer calmas e despreocupadas. Depois de uma análise detalhada à roupa da vítima, verifica-se a existência de contusões,

seguinte (cfr. Zhang Qinchu, *ob. cit.*, pp. 236-243; Guo Jingyuan, *ob. cit.*, pp. 673-678; Cristina Silva, *ob. cit.*, pp. 37, 49-50 e 74; e http://www.lifecentre.uk.com/police_info/gathering_forensic_evidence.html):

1. Situação geral da vítima: nome, idade, profissão, grau de educação, situação conjugal e familiar, carácter pessoal, situação psíquica, relações sociais, normalidade da menstruação, gravidez (para, em caso positivo, averiguar o tempo da gravidez e para comprovar a data da violação), normalidade das expressões faciais, forma de andar, manifestação de dor, normalidade do comportamento, emoções, vergonha, medo, fúria.

2. Decurso da violação: data, local, meios (de violência, drogas, coacção, fraude, sedução), formas de defesa, relação entre ambos, ejaculação.

3. Características do agressor: altura, estatura, fisionomia, cabelos, sinais, rugas, tatuagens, forma de vestir, ranhuras ou dentadas no agressor durante a defesa, quais os lugares e intensidade.

13 Na sequência da nota anterior, expomos uma lista exaustiva dos elementos a ter em consideração na examinação da vítima:

1. Lesões corporais: para conseguir a violação, verificam-se muitas vezes agressões à cabeça, pescoço, boca, nariz e braços, para impedir a resistência da vítima. Assim, é preciso ter em conta se há lesões, em que lugares, quantidade, natureza, forma, tamanho, cor, direcção, principalmente nas pernas, seios, barriga, braços e pulsos. Também será útil fazer testes aos vómitos e às substâncias gástricas.

2. Vagina: forma da vagina, pêlos (se estão colados empastados com sémen), cor dos pêlos (se apresentam cor de sémen), comprimento e grau de curvatura; lábios exteriores e interiores, se aqueles cobrem estes, pigmentos, uretra, inchaços, vestígios de sangue, doenças sexuais (dentro de 3 a 8 dias há secreção purulenta; é preciso averiguar se o agressor é a fonte da doença).

3. Rasgos e outros vestígios no vestuário.

Sendo o suspeito conhecido e detido, deve-se procurar examinar todas as peças de roupa aparentemente utilizadas na altura do crime, amostras de cabelo e de pêlos púbicos, amostras da mucosa oral e amostras de sangue, aplicando ainda a técnica de zaragatoa e esfregaço referente à região peniana (que deverá ser efectuada até 24 horas após a violação sexual).

dentadas e lacerações, unhas partidas, pêlos púbicos emaranhados, outros cabelos ou pêlos misturados, bem como escoriações, lacerações e hematomas na genitália externa. A vagina e o cérvix são examinados de seguida, primeiro em relação ao hímen, depois com um espéculo não lubrificado.

Deparando-se com dentadas, ou sempre que a vítima alegue que foi lambida em qualquer parte do corpo (normalmente nos seios), as respectivas áreas devem ser analisadas com uma zaragatoa (ou cotonete) para efeitos de recuperar a *saliva*. São vários os exemplos em que se conseguiu desta forma identificar o ADN. Devem ser de seguida fotografadas as dentadas, com inclusão de régua métrica e, preferencialmente, com a intervenção de um odontologista forense[14]. Estando a vítima viva, é feito ainda um exame ao cérvix para detectar a presença de doenças venéreas, sem, contudo, retirar substâncias da boca e do ânus quando não haja penetração nesses orifícios.

No caso 1, em relação a B, foi realizado um exame no serviço de ginecologia do Centro Hospitalar Conde de S. Januário, onde se revelou que, não obstante a penetração da vagina com os dedos, o hímen da ofendida estava íntegro e apresentava forma circular, e na sua vagina não cabiam dois dedos, devendo ela ser uma mulher sem experiência sexual. No caso 2, confirmou-se a identidade das secreções vaginais de D com o que foi encontrado no preservativo, bem como a correspondência do sémen nele contido com o ADN de C.

Diverso e mais complexo é o procedimento quando se trate de *violação-homicídio*. São casos mais difíceis de decifrar porquanto, normalmente, não se conhece o agressor e este é um estranho à vítima, sem que haja sequela para investigação da polícia[15]. A morte é, em regra, causada por estrangulamentos, esfaqueamentos e lesões

14 A este respeito, pode ver-se, com muito interesse, o estudo de Phyllis Gray-Ray Christopher Hensley Edward Brennan, *ob. cit*., pp. 223 – 234.

15 Nestas situações, a polícia deverá observar os seguintes aspectos no local do crime e na via de acesso ao local do crime:

1. Espaços interiores: estado da mobília, roupa, colchões, lenços (para averiguar manchas de esperma), pêlos púbicos ou sangue.

2. Espaços exteriores: averiguar se à volta houve rastos no solo, ervas, armas, manchas de esperma, sangue.

3. Vestígios a observar em comum:

a) Vestígios lofoscópicos: impressões digitais, impressões palmares e plantares;

b) Vestígios biológicos: sangue, sémen, saliva, cabelo, ossadas, dentes, pêlos, secreções vaginais;

c) Vestígios físico-químicos: pegadas, projécteis, armas brancas, armas de fogo, objectos ou instrumentos cortantes e perfurantes;

d) Outros: fibras de roupas, estilhaços de vidros, pastilhas elásticas, selos, envelopes, escovas de dentes, copos, pontas de cigarro, peças de roupa, escovas de pentear, instrumentos para a efectivação do crime.

contundentes, sendo raros os disparos. Por vezes, ocorrem mutilações.

Em primeiro lugar, há sempre uma tentativa de recolher as *impressões digitais* no corpo da vítima, dado o seu contacto físico com o agressor. Nos EUA, costuma-se recorrer a um método de *fuming* da pele com químicos, o que pode obscurecer as lesões. Por conseguinte, deve o médico forense examinar as áreas corporais em causa antes desse procedimento.

Quanto às *unhas* da vítima, recomenda-se que sejam recortadas e retidas, para examinação de vestígios de tecidos provenientes do agressor na sequência de possíveis arranhaduras realizadas pela vítima na sua defesa. Trata-se de uma técnica que contribuiu para a identificação de um número considerável de agressores por via do ADN. Por outro lado, deve o médico procurar por fibras, cabelos, sangue, vidro, tinta ou outras substâncias que pudessem ser transferidas do agressor, das suas armas ou do veículo utilizado para transportar o corpo da vítima. Segundo um estudo feito por Exline, em 10,9% dos casos há transferência de pêlos púbicos para as mulheres durante a cópula.

O próximo passo é a obtenção de substâncias no interior da *vagina, da boca e do ânus*. Havendo esperma, procede-se a uma análise de ADN ao material recolhido com recurso às zaragatoas. Caso contrário, fazem-se testes de fosfátase ácida e de proteína P30, uma glicoproteína específica do sémen com origem prostática, descoberta em 1978. Se qualquer dos testes for positivo, deve prosseguir-se com a análise de ADN, mesmo sem espermatozoides encontrados. O ADN pode ser obtido através do esperma, células sanguíneas nucleadas, células de tecidos moles, dentes, ossos, unhas, saliva, urina, cabelo e pêlos. Se as propriedades do ADN corresponderem às do suspeito, por via de uma amostra de sangue, de três uma: ou o tecido objecto do teste provém dele, ou provém de um gémeo monozigótico, ou houve erro na recolha ou na análise do ADN. Caso contrário, só se pode concluir que o suspeito não foi o agressor.

Esperma móvel pode ser encontrado nas *vítimas vivas*, ainda que raramente, até às 24 horas seguintes, no muco cervical. Espermatozoides não móveis com cauda podem ser encontrados, no limite, até 2 a 3 dias, normalmente porque presos no muco cervical. O normal, contudo, para um e outro caso é respectivamente de 6 horas e 26 horas. Em todo o caso, a literatura médico-forense varia quanto a este aspecto, o que se deve ao facto de alguns se reportarem à sobrevivência do espermatozoide na vagina e outros no cérvix. Uma importante ilacção que daqui se retira é a de que o *sémen encontrado na zona cervical pode não derivar da violação, mas de cópula voluntária praticada há 2 ou 3 dias*. Note-se, pois, que *a existência de sémen prova apenas e tão-só que houve cópula*.

Willott e Allard examinaram 1332 zaragatoas vaginais em casos de alegada violação e em 57% deles encontrou-se esperma. Um dos testes, feito ao cérvix, foi positivo às

179 horas (7 dias). Segundo o estudo, cabeças de espermatozoides foram identificados nas zaragatoas, até às 45, 65 e 6 horas seguintes, respectivamente nos testes à zona anal, rectal e oral. De referir que, nestes casos, as enzimas salivares e bacterianas podem destruir rapidamente o sémen.

Quanto a *vítimas mortas*, têm sido identificados espermatozoides até 1 ou 2 semanas após a morte[16]. Nestes casos, o esperma é destruído por decomposição, não por escoamento ou acções de secreção ou células vaginais.

O problema surge quando, em casos de flagrante violação, não se encontra esperma. Podem ser razões válidas o uso de preservativo, a ausência de ejaculação, o escoamento, a esterilidade, a menstruação ou o uso de espermicida. Nestes casos, busca-se por outras substâncias que apontam no sentido de cópula recente, como a fosfátase ácida, a que já fizemos menção e que permanece na vagina até 18-24 horas, ocasionalmente até 72 horas. Como a fosfátase ácida tende a desaparecer após 24 horas, é preferível utilizá-la como indicador de cópula recente em relação ao esperma não móvel, que pode reportar-se a uma cópula mais distanciada. Quanto ao P30, que não existe em qualquer líquido corporal das mulheres, refere-se num estudo de Graves que essa proteína é susceptível de ser identificada na vagina em média até 27 horas após a cópula (entre 13 e 47 horas)[17].

Em suma, a perícia completa é constituída por um questionário sobre o ocorrido,

16 Pei Li e Wang Haisheng reportam na sua obra um caso em que se veio a encontrar espermatozoides num cadáver numa gruta com baixa temperatura 3 semanas após a violação. Cfr. *Explicação de Casos sobre Material Probatório em Medicina-Legal*, China People's Public Security University Press, 2007, p. 4.

17 Em relação a outros vestígios, podemos indicar *grosso modo* o respectivo tempo de subsistência (http://www.lifecentre.uk.com/police_info/gathering_forensic_evidence.html):
1. ADN das impressões digitais na vagina – até 12 horas.
2. ADN a partir do contacto de pele (incluindo beijos) – são identificáveis dentro de 2 dias, que passa por uma detecção dos líquidos corporais, material celular e lubrificantes. Caso a vítima não se lave, as áreas importantes do corpo podem ser analisadas com cotonetes até 7 dias.
3. Vestígios retirados das unhas – até 2 dias.
4. Saliva e outras substâncias orais – até 2 dias.
5. Lubrificante proveniente de preservativos – até 30 horas.
6. Substâncias anais – até 3 dias.
7. Fibras ou outras substâncias na cabeça – até 7 dias.
8. Sémen é identificável na roupa mesmo após lavagem.
Ressalve-se que a informação contida nesta nota foi retirada do sítio informático acima citado e que não pretende, de maneira alguma, proporcionar dados precisos, pela sua própria natureza variável e também por não se cuidar de fundamentar cientificamente os resultados apontados.

exame físico minucioso, recolha de espécimenes para estudo de ADN, documentação e fotos das lesões corporais externas e internas, incluindo exame com luz ultravioleta, para visualização de substâncias que contêm proteína como o sémen. Prossegue com exames da cavidade oral e genital, com o auxílio de colposcópio. As roupas são recolhidas para estudo de possíveis vestígios. A urina e o sangue são recolhidos apenas em caso de suspeita de ingestão involuntária de drogas[18].

4. AS INSUFICIÊNCIAS DOS MÉTODOS MÉDICO-PROBATÓRIOS

O criminoso do século XXI tende a ser tipicamente um criminoso *prevenido e planeado*[19]. Sem prejuízo do devido respeito pelo princípio de *Locard*, segundo o qual todo o contacto deixa um rasto, a verdade é que o agressor, ciente disso, pode e tende cada vez mais a impedir que esses rastos sejam de molde a poder identificá-lo, *v.g.*, usando preservativos e vestidos que cubram todas as partes do seu corpo. O uso do preservativo dificulta a investigação e, nos casos de violação entre conhecidos, tal facto dará a sensação de que o acto foi *consensual*[20]. No nosso ordenamento, felizmente, os juízes não tendem a entender desta forma – no caso 2, o agressor foi condenado por violação da prostituta D, mesmo após esta lhe ter oferecido um preservativo.

Uma Autora norte-americana afirma que muitos dos agressores não ejaculam no acto de violação e justifica o facto de haver pouca queixa-crime pela circunstância de nos EUA se punir mais e de forma mais severa ladrões do que violadores. Por outro lado, a Autora evidencia a irrelevância dos testes de ADN ao apontar que 90% das vítimas vivas conhecem os seus agressores e que a respectiva incriminação dependerá da prova de que não houve consentimento[21]. De facto, no dito caso 3, veio a provar-se verídico o

18 Cristina Silva, *ob. cit*., p. 61. O estudo, nas pp. 70-75, sintetiza de forma muito elucidativa os passos a seguir por um médico ou enfermeiro na recolha e na preservação de vestígios nestes casos.

19 "*Investigators in most violent rape and sexual murder cases often lack evidence left by the perpetrator to tie him to the crime. More often than not, evidence such as witnesses, fingerprints, seminal fluid, hair or fiber, which connect the perpetrator to the crime scene are lacking*". Cfr. Phyllis Gray-Ray Christopher Hensley Edward Brennan, *ob. cit*., p. 224.

20 http://www.nytimes.com/1994/08/22/nyregion/rapists-and-condoms-is-use-a-cavalier-act-or-a-way-to-avoid-disease-and-arrest.html

21 Com muito interesse, a Autora argumenta, com um tom feminista revoltante, o seguinte: "*DNA tells us nothing about the issue in dispute. A rape kit could contain the DNA of three men, five sheep and the Loch Ness monster, and it would have nothing to do with whether the victim consented to sex on the*

depoimento de Wong: Amy e Mohamed separaram-se por este ter descoberto que passou a gostar de homens. No dia do incidente, Mohamed deixou-se atar por Wong para a prática de coito anal. Por ser muito amigo de Amy, Wong traiu Mohamed, deixando aquela entrar na casa depois do acto sexual, quando Mohamed estava ainda atado. Simultaneamente por amor e fúria, Amy subiu ao corpo de Mohamed praticando cópula contra a vontade deste, tendo ao mesmo tempo exercido pressão com uma almofada sobre a cabeça de Mohamed. Pouco tempo depois, e após ejaculação, Amy verificou que tinha matado Mohamed. Por medo, deitou fora o material que o manteve quieto e foi queixar-se à polícia de ter sido violada. Ora, como se deixa ver, se o tribunal tivesse apenas decidido por via do ADN, poderia muito bem ter punido Wong pela prática de sexo anal forçado e entender que Mohamed tinha cometido um crime de violação contra Amy. A verdade é que aquele foi consentido e este foi contra a vontade não da mulher, mas do homem. Com efeito, Wong foi absolvido pelo crime de violação anal, por ter conseguido demonstrar que era parceiro sexual de Mohamed e que o coito anal foi consentido, por se ter provado que este mantinha relações anais frequentes, apresentando o ânus uma forma de funil, com menor elasticidade e com a membrana mucosa mais fina. De todo o modo, a verdade deste caso foi apurada *essencialmente* por via da confissão, não através de métodos científicos.

5. O DIREITO POSITIVO – PARTINDO DE UMA PERSPECTIVA COMPARADA

Se, como vimos, a prova oferecida pela medicina não é *per si* bastante para se poder concluir que houve violação, vejamos então o que o direito consagra a este respeito. A verdade é que o conceito *jurídico* de violação – nomeadamente quais as condutas que a constituem, quais os critérios para o juízo de falta de consentimento e as idades das vítimas – varia consoante o ordenamento jurídico.

Dada a natureza praticamente homogénea da conduta *material* de violação em qualquer parte do mundo, desde os tempos remotos até aos dias de hoje, não resistimos em fazer uma breve referência ao direito internacional, no qual o conceito de violação só mereceu desenvolvimento notável após a criação dos Tribunais *ad hoc* para a ex-

night in question (…) *conducting needless tests on already traumatized victims causes gratuitous violations of privacy and due process rights; not only for victims but also for their consensual sex partners, who can get dragged into these cases*." Cfr. Wendy Murphy, "Most rape cases are about consent, not DNA", disponível em http://womensenews.org/story/rape/110208/ most-rape-cases-are-about-consent-not-dna.

Jugoslávia e para a Ruanda[22]. Hoje, o anexo «Elementos do Crime» do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, define, em relação ao art. 7.º/1/g, como violação o seguinte: "*1. O perpetrador invadiu o corpo de uma pessoa mediante uma conduta que resultou na penetração, por insignificante que seja, de qualquer parte do corpo da vítima ou do perpetrador com um órgão sexual, ou do orifício anal ou genital da vítima com qualquer objecto ou qualquer outra parte do corpo*" (sublinhado nosso).

O grande problema neste conceito que a doutrina estrangeira tem colocado em destaque prende-se com o *mens rea* ou o *estado mental* (que não reproduzimos acima por ser de fácil percepção e por ser idêntico à imputação subjectiva do facto criminoso no nosso regime), por via do qual se tem de provar não só a intenção do agressor em penetrar, mas também a consciência de que o estava a fazer sem o consentimento da vítima. Diz-se, a este respeito, que para a consumação do crime é necessário que se verifique o *mens rea* em relação ao agressor e à vítima[23]. Assim, elemento constitutivo do crime é também o "não consentimento", o que, como é óbvio, é extremamente difícil de se provar, tanto mais quanto se presume o consentimento da vítima, nos EUA[24] [25].

Em Portugal, tal como em vários Estados da América do Norte[26], a lei reza hoje[27], no art. 164.º (Violação), n.º 1, do Código Penal, o seguinte: "*Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, é punido com pena de prisão de três a dez anos*" (sublinhado nosso).

Ora, tanto uma e outra definição representam um estádio relativamente avançado representativo da concepção moderna dos crimes sexuais. Dizemos isto porque, tendo o

22 Cfr. Irene Piccolo, *ob. cit.*, p. 19.

23 Deborah Davis e Elizabeth Loftus, "Inconsistencies between the law and psychology of voluntary intoxication and sexual assault", in William O'Donogue e Eric Levensky, *Handbook of Forensic Psychology*, Elsevier Academic Press, 2004, p. 998.

24 O que leva a que se coloquem questões traumatizantes como: "*aceitaste?*", "*lutaste contra?*", "*foi contra a tua vontade?*". Cfr. Irene Piccolo, *ob. cit*., p. 28.

25 Não deixamos de referir a tese de Alona Hagay-Frey, *ob. cit*., especialmente pp. 146 ss., que proporciona uma boa justificação para a eliminação do elemento em apreço.

26 *Vide* J K Mason, *Forensic Medicine for Lawyers*, 3rd edition, Butterworths, 1995, p. 293.

27 Fruto de duas alterações substanciais ao Código de 1995 na parte dos crimes sexuais, a primeira já em 1998, a última em 2007. Note-se, também, que em 2015 foi empreendida uma outra revisão a este bloco normativo sem, contudo, modificar o teor do preceito citado no texto.

Código Penal de Macau por fonte o Código português, as considerações que são tecidas para a realidade portuguesa deveriam igualmente valer para o caso macaense. Mas não. O nosso Código permanece numa versão original adaptada do CP português de 1995, de uma forma que, como tentaremos demonstrar, manifesta uma decisão apressada do legislador.

6. O NOSSO DIREITO[28]

Segundo Figueiredo Dias, o bem jurídico-penal tutelado nos diversos crimes sexuais é unitário – a autoconformação da vida e da prática sexuais da pessoa: "*Cada pessoa adulta tem o direito de se determinar como quiser em matéria sexual [...] Se e quando esta liberdade for lesada de forma importante a intervenção penal encontra-se legitimada*"[29]. Segundo o Autor, a violação é uma *especialização* da coacção sexual. Os crimes constituem uma unidade e são passíveis de tratamento unitário.

Mas a diferença de tratamento para um e outro em Macau é significativa: o limite máximo da pena para a coacção sexual é de *8 anos* (art. 158.º), enquanto *12 anos* é o limite para a violação (art. 157.º). Uma das consequências mais gravosas é, para além da diferença significativa de um terço dos limites, a da *preclusão da possibilidade de recurso* para o TUI no primeiro caso[30]. A outra, como é bom de ver, é ainda mais flagrante: enquanto a violação constitui um *crime público*, conferindo, portanto, mais garantia à efectiva tutela dos bens jurídicos em causa, a coacção sexual, que para nós em nada difere daquela, é miseravelmente um *crime semi-público*, a par dos meros actos exibionistas (art. 165.º)[31]!

O conceito central do tipo criminal de coacção sexual é o de acto sexual de relevo, que abarca toques com objectos ou acções de ejaculação ou urinação sobre a vítima. Não é necessário que o objecto tenha natureza sexual (vibradores, pénis artificiais), bastando a introdução na vagina ou no ânus de qualquer objecto. O Autor identifica a cópula, o

28 Seguimos aqui, de perto, o douto entendimento de Figueiredo Dias, *ob. cit*., pp. 444-476. Note-se que estamos a seguir uma versão de 1999, cujas anotações se referem ao CP português na versão de 1998, já ligeiramente distanciado da nossa regulamentação, mas cujo conteúdo essencial permanece inalterado. A última versão das anotações é de 2012, em relação à redacção que reproduzimos no texto, *supra*.

29 Cfr. *ob. cit*., p. 445.

30 Cfr. art. 390.º, n.º 1, als. f) e g), do Código de Processo Penal de Macau.

31 Cfr. art. 172.º, n.º 1, do CP de Macau, apenas punível com pena de prisão até 1 ano.

coito anal e o coito oral (este último acto não é assim considerado no Código de Macau) com uma categoria a que chama coacção sexual específica (i.e., violação).

Quanto à violação, a razão para a sua especialização em face da coacção sexual imputa-se ao facto de a cópula com mulher poder resultar em *gravidez*. A cópula forçada representaria para a mulher um ataque grave ao seu pudor tanto do ponto de vista individual, como social. Assim sendo, não se percebe a solução do n.º 2 do art. 157.º, que, em 1995, estendeu o crime de violação para os casos de coito anal (de onde nunca resultará a gravidez), o que parece revelar uma decisão precipitada do legislador, aparentemente a confundir os interesses em causa[32]. Ora, uma tal justificação não pode continuar a ser válida nos nossos dias, tanto porque já é possível controlar a situação com os meios modernos, como porque a consideração de que a cópula representa o ataque mais pesado à liberdade sexual não se adequa às representações hoje dominantes. Não vamos, pois, desacompanhados quando defendemos que a mudança de paradigma tem necessariamente de implicar uma revisão da lei, no sentido de que, segundo as concepções contemporâneas, introduzir um croquete ou um rato no órgão sexual de uma mulher não é menos grave do que aí inserir o pénis. De facto, connosco vai Figueiredo Dias, que inclusivamente chegou a avançar com uma proposta de eliminação desta especialização para encaixar todas estas manifestações no crime de coacção sexual.

Por outro lado, e agora em relação ao género sexual da vítima, é bom notar que no crime de coacção sexual, diversamente do que sucede no crime de violação, tanto o autor como a vítima podem ser homem ou mulher. Em Portugal, criou-se um produto híbrido, pois não se percebia por que razão teria a vítima de ser uma mulher no caso de violação, mas já podia ser um homem no caso da coacção sexual. Como correctamente aponta o Autor, se a cópula pode acarretar para a mulher uma gravidez e uma maternidade indesejadas, do mesmo modo pode acarretar para o homem uma paternidade igualmente não almejada. A nova figura do direito português não constituiu criação *ex novo*, antes já desenvolvida pelo direito alemão (*beischlafsähnlichen Handlungen*)[33]. No mesmo sentido vai a Lei britânica de 1994, que veio a admitir o "*male rape*" (que, entenda-se,

32 Pois, o Código de 1982, no qual se baseou o nosso, "separava bem as águas": no crime de violação apenas entrava a cópula, porque aí jogavam considerações de possível gravidez, enquanto o coito anal integrava o crime de atentado ao pudor, hoje chamado de coacção sexual (não, portanto, o crime que agora se pretende introduzir no Código de Macau).

33 As alterações portuguesas "eliminaram o equívoco em que havia caído a Reforma de 1995 [que corresponde ao CP de Macau] e desenharam o crime de violação de forma unitária, sem acepção de sexo". Cfr. Figueiredo Dias, *ob. cit*., p. 471.

não se refere à violação homem-homem via anal)[34]. Apenas para ilustrar a situação com exemplos da vida prática, veja-se o caso recente de Chantae Gilman, acusada de violar um homem quando este repousava[35]. Ora, no caso 3, Amy não foi punida pelo crime de violação, antes pelo crime de homicídio, uma vez que a Lei de Hong Kong, tal como a de Macau, não prevê o crime de violação de homem por mulher. Pensamos, pois, que se trata de uma lacuna patente no nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, uma outra questão jurídica que o caso faz suscitar é a de saber se entre cônjuges pode haver violação. A questão é legítima, não só porque a nossa lei civil prevê como dever conjugal a manutenção de relações sexuais[36], como também porque no CP não se faz menção da relação conjugal como causa de agravação dos crimes de violação e de coacção sexual, o que parece poder indiciar que o legislador parte do pressuposto que não se consideram como violação ou coacção sexual os actos sexuais praticados entre cônjuges[37]. A verdade é que não é essa a melhor solução. O facto de a lei não incluir a relação conjugal como causa de agravação é transversal em todo o Código[38]. Aliás, o nosso direito funda-se numa máxima segundo a qual ninguém pode ser coagido a praticar qualquer acto que seja (art. 72.º, n.º 5, do Código Civil). Ora, assim sendo, não restam dúvidas de que, muito embora sobre os cônjuges impenda um tal dever de natureza civil, qualquer acto sexual praticado contra a mulher por meio de violência, ameaça grave, ou depois de a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir deve ser considerado, consoante os casos, crime de violação ou de coacção sexual[39]. Certo é que, entre cônjuges, a prova torna-se ainda mais difícil,

34 J K Mason, *ob. cit*., p. 293.

35 http://www.dailymail.co.uk/news/article-2806326/Mother-three-accused-breaking-man-s-apartment-raping-slept-pleads-not-guilty.html.

36 Cfr. art. 1533.º do Código Civil de Macau. A recusa reiterada da prática de relações sexuais é causa legítima de dissolução da relação conjugal (divórcio potestativo) – art. 1635.º, n.º 1.

37 Isto porque o art. 171.º, n.º 1, al. a), do CP fala em quase todos tipos de relação familiar possíveis entre o agressor e a vítima, sem, no entanto, mencionar a relação conjugal – "1. As penas previstas nos artigos 157.º a 159.º e 161.º a 170.º são agravadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se a vítima: a) For *ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente, ou se encontrar sob a sua tutela ou curatela*".

38 Por exemplo, no crime de homicídio qualificado (art. 129.º), encontramos a seguinte previsão: "2. É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente: a) Ser *descendente, ascendente, adoptado ou adoptante da vítima*".

39 A doutrina internacional tem divergido a este respeito, cabendo-nos por ora, nesta sede, indicar aquela que mais interesse nos despertou: a de que não há violação entre cônjuges em *comunhão de vida*,

visto ser normal e expectável que, no seio dum casal, se mantenham relações sexuais com certa regularidade. Ainda que se prove a ocorrência de violência, não se poderá estabelecer uma relação com a cópula ou com o acto sexual de relevo com a mesma automaticidade dos factos praticados entre pessoas desconhecidas, pois poderá tratar-se simplesmente de ofensas à integridade física (art. 138.º do CP) ou de maus tratos (art. 146.º) ou, futura e eventualmente, de violência doméstica. Neste tipo de casos, assumirá particular relevância a prova de lesões na parte genital.

Ponto essencial é saber qual o *sentido jurídico de cópula* para efeitos de incriminação pelo tipo legal de violação. Segundo alguns autores, a cópula não implica necessariamente penetração himenal, bastando-se a mínima penetração nos lábios menores pelo pénis[40]. O comportamento sexual desviante foi estudado pela primeira vez, de forma científica, por Richard von Krafft-Ebing, que estava convicto que o propósito do desejo sexual era a *procriação*. No CP de 1886, o conceito jurisprudencial de cópula sofreu oscilações, ao sabor das necessidades práticas de punição e dos conceitos ético-sociais dominantes, ora entendendo-se que o Código exigia penetração do pénis na vagina, ora se inclinando para um critério ético-social de cópula, bastando-se com o *coito vulvar*. Já no domínio do novo CP português, embora este, tal como o de Macau, não tome posição expressa sobre a questão, uma corrente liderada por Maia Gonçalves propôs que se repensasse a questão, propugnando pela exigência de penetração, ainda que parcial, do membro viril na vagina, para que se possa falar de cópula. A favor deste entendimento, aduz-se o amplo movimento de descriminalização em matéria sexual, pelo qual, por exemplo, a perda de virgindade deixou de ser elemento constitutivo de qualquer crime. O TUI conclui, destarte, que só existe cópula quando houver *penetração, ainda que parcial*, do pénis na vagina, mesmo que sem ejaculação[41]. Esta posição vai de encontro à de Figueiredo Dias, para quem cópula é, hoje, penetração da vagina pelo pénis, não o sendo o coito vestibular ou vulvar, mesmo que dele resulte gravidez, porquanto não se lesa aqui o bem jurídico. Por outro lado, só há *coito*, oral ou anal, quando é praticado com o pénis. Ora, no caso 1, em relação à vítima B, os juízes concluíram que não houve

mas já o pode haver entre cônjuges *separados de facto*. Veja-se, a este propósito, a notícia de um caso curioso ocorrido no Interior da China, em que o marido não foi sequer acusado pelo Ministério Público por violação sexual da sua mulher em sua casa, pois, embora mascarado no momento da prática do facto, mantinha uma relação estável de comunhão de vida com a esposa: http://www.globaltimes.cn/content/838834.shtml.

40 Vincent J. DiMaio e Dominick DiMaio, *ob. e loc. cit*.

41 Cfr. Proc. n.º 83/2013.

violação, porque apenas se verificou coito vestibular[42]. O arguido foi punido por um crime de coacção sexual, pelo acto sexual de relevo de penetração dos dedos na vagina.

Quanto ao tipo subjectivo, o agente tem de actuar representando pelo menos como possível a resistência e conformar-se com a utilização da coacção (o mesmo é dizer que tem de actuar com o mínimo grau de dolo – o *dolo eventual*). Se o agente actua convencido de que a objecção da vítima não é séria (mormente quando se exprime apenas por palavras), não há dolo. A este respeito, há a referir um caso clássico dos EUA, *Whittaker v. State*, no qual o tribunal não formou a convicção de ter havido violação porque a mulher, na sequência de ter sido ameaçada com um revólver e de várias tentativas de fuga, viu-se fisicamente impossibilitada de se salvar e assim se submeteu à cópula, não conseguindo provar que houvera resistido até às *últimas consequências*[43].

7. MEIOS DE DEFESA DO AGRESSOR

No âmbito dos crimes sexuais, há alguns meios de defesa que merecem uma nota em particular.

a) Erro. A apreciação psicológica da sedução escapa normalmente à perícia. Quantos, aliás, são os casos nossos conhecidos em que a mulher não exprime a sua vontade de forma inequívoca perante um convite sexual[44]. Com efeito, não sendo possível completar cópula sem que a vítima esteja submissa e inerte, a dúvida coloca-se muitas vezes na linha de fronteira entre a cópula consentida e a forçada, entenda-se, por ameaça, sem vestígios de lesão, difícil, portanto, de se provar. Não tendo encontrado exemplos jurisprudenciais concretos, só podemos afirmar teoricamente que o regime do erro instituído no nosso ordenamento (art. 15.º do CP) pode ser um meio verosímil de o agressor vir a escapar aos muros da prisão. Assim, segundo Figueiredo Dias, caso a vítima tenha resistido aos meios de coacção, mas cesse a sua resistência no momento da cópula ou durante ela, ou tenha assentido nas manobras de coacção ou na prática de

42 O que não significa que não possa haver *tentativa* de violação. Com efeito, no caso o TUI teve de decidir entre uma condenação por tentativa de violação e uma por coacção sexual consumada, seguindo o critério da melhor protecção do bem jurídico em causa.

43 Cfr. Kathryn Carney, "Rape: The Paradigmatic Hate Crime", *in St. John's Law Review*: Vol. 75: Iss. 2, 2001, Article 19, p. 333.

44 Um caso paradigmático é o do Mike Tyson, que foi condenado por violação na sequência de um acto sexual com uma mulher que lhe disse "No" com um tom aliciante e sedutor, dando a entender, para não poucos homens, que se tratava de um modo de aceitação.

certos actos sexuais preparatórios mas não consinta nestes, não se exclui a tipicidade da violação, mas pode relevar para comprovação do erro ou para a medida da pena.

b) Inimputabilidade. Num caso de violação, deve também pedir-se um exame pericial de psiquiatria, de forma a avaliar se existe psicopatologia por parte do agressor (a psicopatia encontra-se as mais das vezes associada aos crimes sexuais), para o tribunal poder, juntamente com essa avaliação, ajuizar da (in)imputabilidade do agressor, no que se refere à sua responsabilidade criminal. Segundo Figueiredo Dias, entre outros Autores[45], os arguidos que padecem da patologia de *esquizofrenia* devem ser considerados inimputáveis, desde que o crime cometido esteja directamente relacionado com a actividade delirante em fase produtiva da doença. Por outro lado, podem também ter algum valor, mas nestes casos em grande medida dependente da capacidade argumentativa do defensor, as diversas manifestações de *híper-sexualidade*, como a *satiríase* ou a *ninfomania*, porventura potenciadas pelo chamado transtorno de personalidade *borderline*[46].

Por outro lado, a intoxicação, *maxime* por álcool, do agente é, no nosso sistema, uma causa de inimputabilidade acidental, desde que devida e medicamente comprovada e se verifiquem todos os requisitos legais (art. 19.º do CP). O juiz deve, no entanto, ser suficientemente rigoroso na apreciação deste fundamento, dada a frequente associação do álcool com a actividade sexual[47] [48]. É, no entanto, sempre mais fácil invocar este argumento quando se verifique em relação à vítima, para efeitos de provar o seu estado "inconsciente", assim se dispensando a prova da violência ou da ameaça grave[49].

c) Impotência. É frequente os agressores defenderem-se alegando impotência sexual, que pode ser psíquica (causada por indulgência, falta de conhecimentos sexuais, traumas, masturbação excessiva, pressão familiar, conflitos conjugais, falta de confiança

45 Rui Abrunhosa, citado por Márcia Cristina Monteiro da Silva Martins, *ob. cit*., p. 54.

46 Já se chegou a decidir em Portugal a inimputabilidade de um violador esquizofrénico e portador da síndroma *borderline*. Cfr. Ac. do STJ de 10/23/1997, n.º SJ199710230008073.

47 "*Approximately one-third of the rapists had consumed alcohol prior to the crime*". Cfr. The Criminal Behavior of the Serial Rapist, disponível em http://www.holysmoke.org/fem/fem0126.htm, estudo que proporciona uma compilação do que confessam os violadores.

48 Aliás, em várias jurisdições nem se admite esta defesa. Cfr. Deborah Davis e Elizabeth Loftus, *ob. cit.*, p. 998: "*In more than 20 percent of jurisdictions intoxication cannot be raised as evidence of diminished capacity*".

49 Assim também sucede nos EUA: "*Evidence of the alleged victim's intoxication is always admissible and in many jurisdictions, by law, will be considered definitive proof of rape*". No entanto, as Autoras defendem, numa argumentação interessantíssima, que a intoxicação voluntária da vítima não deve valer como prova definitiva de incapacidade de consentimento ou resistência. Idem, pp. 999 ss.

na mulher, homossexualidade, nervosismo, depressão) ou orgânica (disfunção dos vasos sanguíneos causando falta de sangue, das glândulas endócrinas em virtude de diabetes, dos nervos devido a lesões, operações ou medicamentos). A este respeito, fazem-se, entre outros, testes de masturbação e de aposição de dispositivos no pénis para verificar se há erecção quando o agente dorme. Segundo alguns Autores chineses[50], sempre que o pénis formar menos de *75 graus* em relação às pernas, considera-se que o agente é impotente, sendo impossível a cópula. Com efeito, cópula no conceito médico-legal é a intromissão do pénis na vagina em erecção[51].

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

"*A medicina legal não poderia despreocupar-se de um problema que está a exigir da justiça, das polícias e das instituições religiosas e familiares, imediata revisão e cuidados especiais*."[52]

Os comportamentos sexuais que são vistos como socialmente aceites variam de acordo com os valores que regem determinada cultura num dado momento. Olhar para as mulheres como únicas vítimas potenciais de crimes de violação não passa de um resquício histórico da desigualdade de géneros já ultrapassada. Um tal preconceito poderá representar uma faca de dois gumes, rotulando-as como vítimas perpétuas[53]. Por outro lado, com os avanços tecnológicos e a mudança de concepções, a *mesma moldura penal* e o *mesmo tratamento jurídico* devem ser aplicados às diversas manifestações *do* crime sexual mais grave, designadamente a penetração oral, vaginal ou anal por qualquer parte do corpo ou objecto. Quanto ao alargamento do tipo criminal por via do

50 Zhang Qinchu, *ob. cit.*, pp. 236-243.

51 Cfr. Sebenta das aulas de Medicina Legal do curso de Licenciatura em Direito da Universidade de Macau do ano lectivo 2014/2015, policopiadas, *Sexologia Forense*, p. 8.
No entanto, devemos dizer que, para além de a lei não exigir a erecção, sempre é possível haver penetração na vagina ou na boca (no ânus já parece menos verosímil) do pénis não erecto, por vezes até com ejaculação! Pelo que não parece ser de exigir a erecção, que aliás tem diversos graus, como pressuposto de verificação de cópula.

52 Maria Theresa de Medeiros Pacheco, "Aspectos Médico-Legais e Psicológicos da Violência Sexual – O Código Penal Brasileiro", *in Confluências – Temas Médico-Legais*, Instituto de Medicina Legal de Coimbra, 1989, p. 235.

53 Alona Hagay-Frey, *ob. cit*., p. 143.

elemento subjectivo, proposto por alguns Autores[54], parece-nos que o problema reside essencialmente na subtil e impraticável distinção da negligência consciente com o dolo eventual, que hoje se encontra em crise, sendo, portanto, uma questão transversal a todos os tipos de crime. Com efeito, não nos parece ser boa solução punir um agressor que agiu com dolo eventual e absolver outro que agiu com negligência consciente na prática do mesmo acto sexual em termos objectivos, sabendo que neste tipo de situações pode ser muito difícil saber a real vontade e a seriedade da resistência da contraparte.

Por outro lado, é de questionar a propriedade dos quesitos tradicionalmente presentes num relatório pericial de conjunção carnal: **1 e 2**. *Se a paciente é virgem e se há vestígio de desvirginamento recente* – com a mudança radical das concepções sociais, há cada vez menos casos de violação de virgens. Por outro lado, *não nos parece que deva ser essencial a ruptura do hímen* para que se preencha o tipo criminal, uma vez que a liberdade sexual da vítima já foi agredida[55]. Em sentido contrário julgou o citado Ac. do TUI, no qual não se veio a punir por violação consumada o agressor que praticou coito vulvar sem ruptura do hímen, tendo embora inserido o pénis na vagina e praticado movimentos vaivém. **3.** *Se há outro vestígio de conjunção carnal recente* – os vestígios podem derivar de *conjunção voluntária*, verificando-se paralelamente uma tendência mais cautelosa nos agressores no sentido de *não deixar vestígios*[56]. **4.** *Se há vestígio de violência e, no caso afirmativo, qual o meio empregado* – estes vestígios só poderão ser aproveitados quando estiver provado que houve cópula e nos dois actos *coincidir o agressor*; por outro lado, a violência física não é pressuposto necessário do crime e é cada vez menos empregue[57]. **5.** *Se houve outra causa, diversa de idade não maior de 14 anos, alienação ou debilidade que a impossibilite de oferecer resistência* – quanto a este quesito, sempre se deve verificar se a vítima teve culpa na formação ou na verificação dessa causa.

54 Alona Hagay-Frey justifica-o da seguinte forma: "*My response is that the legal vacuum in the protection of sex crime victims and enforcement of the laws against sexual offenses mandates the intervention of international law*". Cfr. *ob. cit*., p. 151.

55 Neste sentido, "*Independentemente da penetração do pénis para lá do hímen, quando há sinais indubitáveis de ter havido congresso carnal, (…) estão reunidos os requisitos para o crime de violação*". Cfr. Pinto da Costa, *Publicações Médico-legais*, p. 326, *in* Sebenta das aulas de Medicina Legal, *cit.*

56 Um estudo feito por I. Stone a 451 vítimas examinadas no Parkland Hospital de Dallas demonstra que apenas em 19,3% dos casos se descobriram espermatozoides móveis. Cfr. Vincent J. DiMaio e Dominick DiMaio, *ob. e loc. cit*.

57 No mesmo estudo revelou-se que apenas 34% das vítimas apresentavam lesões (escoriações, contusões ou lacerações), com apenas 18% delas com lesões na genitália.

Na sociedade do risco em que vivemos, todo o criminoso está à procura das lacunas da lei e das insuficiências dos métodos científico-probatórios, ao que devem os Códigos Penais responder através da flexibilização dos requisitos de punibilidade, até que as ciências médicas e tecnológicas evoluam de modo a poder garantir uma efectiva tutela dos bens jurídicos-penais e, a final, do bem-estar de toda a humanidade.

性犯罪行為客體的性別問題

從保護女性權益的角度出發

饒俊彬[1]

一、引言

在法律中確立和保護女性的權益，毋庸置疑，這在每個國家和地區都是應有之義。在澳門的法律體制下，女性權益的確立和保護是透過《澳門基本法》、國際公約以及由澳門立法會制定的一般法來實現的。根據《澳門基本法》第38條2款的規定，“婦女的合法權益受澳門特別行政區的保護。”《澳門基本法》作為全國性法律，是澳門法律體制下法律位階最高的法律[2]。在這裡單獨把婦女作為保護對象予以特別規定，體現了澳門特區對婦女權益的重視和關注。此外，適用於澳門的《消除對婦女一切形式歧視公約》強調男女平等，其中不乏保護基本權利和人身安全的規範。

在一般法中，《澳門刑法典》於1996年1月1日開始生效，至今已歷經二十年。在這二十年間，《澳門刑法典》作為澳門的主刑法，尤其在預防犯罪和保護法益上發揮著重要作用。在《澳門刑法典》的分則中，存在不少以婦女為主要被害人（但不僅只有婦女才能成為被害人）的犯罪[3]。在這

1 澳門大學法學院法學碩士（澳門法實務）在讀學生。

2 詳見劉高龍、趙國強主編：《澳門法律新論》（上卷），社會科學文獻出版社，2011，第51-52頁。

3 侵犯婦女身體完整性的有“虐待未成年人、無能力之人或配偶又或使之過度勞累罪”（第146條），雖然立法者在行為客體的設置上採用“配偶”的表述，然而事實上婦女往往是家庭暴力行為的受害者。侵犯婦女多項人身法益的有“販賣人口罪”（第153-A條），雖然立法者在行為客體的設置上採用“他人”的表述，然而從在澳門生效的關於打擊“販賣人口罪”的國際條約即《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約關於預防、禁止和懲治販

些犯罪中，又以性犯罪為常見的侵犯婦女權益的犯罪。

在性犯罪中，侵犯婦女性自由權的犯罪尤其包括：“強姦罪”（第157條）、“性脅迫罪”（第158條）、“對無能力抗拒之人之性侵犯罪”（第159條）、“對被容留者之性侵犯罪”（第160條）、“未經同意之人工生育罪”（第162條）、“淫媒罪”（第163條）及“加重淫媒罪”（第164條）[4]。

在分析以上犯罪的行為客體時，筆者發現：首先，由於只有婦女才具有生育能力，因此“未經同意之人工生育罪”的行為客體只能是女性[5]。其次，“強姦罪”的規定有別於其他的“侵犯性自由罪”。在行為要素上，“強姦罪”可分別由性交行為或肛交行為構成：在由性交行為構成的“強姦罪”中，只有女性才能成為該罪的行為客體；而由肛交行為構成的“強姦罪”中，無論是男性還是女性均可成為該罪的行為客體[6]。然而，其他的“侵犯性自由罪”在行為客體上均沒有性別限制，兩性都可以成為這些犯罪的行為客體[7]。

故此，這種立法上的差異不禁引起筆者的注意：為什麼對於侵犯同類法益的犯罪，立法者在行為客體的設置上採用不同的表述？這種差異對婦女的保護會有什麼實質性的影響呢？為此，筆者僅作此文以探討刑法在侵犯人身權益的犯罪上應否區分行為客體的性別。

二、性犯罪的立法背景

自人類进入農耕時代以來，男性奪走了女性的經濟領導地位，並逐漸在社會中取得優越地位：一方面財富的增加使得婦女更居於性的附屬地

運人口特別是婦女和兒童行為的補充議定書》的名稱來看，該罪的被害人主要是婦女和兒童。

4 此外，在單行刑法中，“操縱賣淫罪”也是侵犯性自由權且主要以女性為被害人的犯罪，見《有組織犯罪法》（第6/97/M號法律）第8條。

5 第一百六十二條
（未經同意之人工生育）
未經婦女同意，而對其為人工生育行為者，處一年至八年徒刑。

6 第一百五十七條
（強姦）
一、作出下列行為者，處三年至十二年徒刑：
a）以暴力或嚴重威脅之手段與婦女性交，又或為進行性交而使婦女喪失意識後，或將之置於不能抗拒之狀態後，與之性交；或
b）以相同手段強迫婦女與第三人性交。
二、以上款所指之方式與他人肛交或強迫他人與第三人肛交者，處相同刑罰。

7 在這些侵犯性自由罪中，行為客體均採用“他人”或“……之人”的表述。

位，另一方面父系制家庭的建立使得婦女的社會地位受到致命打擊[8]。可以說，“在漫長的歷史時期，婦女在法律上只是作為男人的財產而存在，或者作為法律的客體[9]。”因此，“當人類已經開始認識到生殖與性的關係後，性開始作為人類再生育的手段而被加以重視，性也就開始從屬於生育，不再具有獨立的意義……正因為性負有生育的義務，所以最初婦女的賣淫也是出於宗教義務的動機[10]。”在一個男權社會裡，婦女的性既是一種人類繁衍的工具，也是一種屈於強權、服務於強權的工具。在當時，性在一定程度上失去了它應有的自然性。

直到19世紀末，西方世界經歷了兩次女權主義運動。在這女權主義運動中，“女性提出享有人的完整權利，向男性和女性之間的不平等關係挑戰，向所有造成女性無自主性、附屬性和屈居次要地位的權力結構、法律和習俗挑戰[11]。”在女權主義運動的影響下，西方大陸法系國家對於性犯罪的性質也有了新的認識，實現了由傳統的侵犯公共利益的犯罪向侵犯私人利益的犯罪的轉變[12]。可以說，正是在女權主義運動的推動下，性權利最終得以作為一項基本的人身法益為刑法所確立和保護。

基於經驗主義，人們容易形成這樣的認識：受到性犯罪侵害的被害人基本上都是女性。這主要是因為：其一，從古至今，人類社會裡的確發生了大量的由男性針對女性實施的以“強姦”為主的性犯罪；其二，女性不如男性（無論是身體素質上還是社會地位上），因此在性犯罪中，受到侵害的一方往往是女性。在各種性犯罪中，“強姦罪”對女性的侵害是最為嚴重的：女性往往不僅受到身體上的損害，還有精神上無可復原的創傷以及人身尊嚴的無情踐踏。基於這樣的認識，不少的立法就把“強姦罪”的行為客體限制為女性，從而排除了男性受到強姦的情形。

然而，正如有學者一針見血地指出，“這種強姦罪的建構模式實際上是一種男權主義思維在立法上的反映[13]。”如今，女權主義不斷發展，男權至上逐漸瓦解，科學技術日益進步，醫學水準不斷發達，立法理念亦應與時俱進。事實上，絕大多數大陸法系國家的刑法典都沒有對“強姦罪”

8 【美】威爾·杜蘭特著、台灣幼獅文化譯：《世界文明史》（東方的遺產），華夏出版社，2010年7月第1版，第27頁。

9 周安平著：《性別與法律：性別平等的法律進路》，法律出版社，2007年3月第1版，第47頁。

10 同上，第109-110頁。

11 李擁軍著：《性權利與法律》，科學出版社，2009年8月第1版，第36-37頁。

12 如意大利1996年12月15日頒布的法律將侵犯性自由的犯罪由“侵犯公共道德和善良风俗罪”中调整到“侵犯人身罪”中，詳見黃風譯：《意大利刑法典》，中國政法大學出版社，1998年，第151及171頁。

13 李擁軍著：《性權利與法律》，科學出版社，2009年8月第1版，第104頁。

行為客體的性別作出限制[14]。

可見，澳門刑法典關於“強姦罪”的立法方式顯然不合時宜，有必要作出修改[15]。值得注意的是，作為澳門刑法典淵源的《葡萄牙刑法典》亦沒有對“強姦罪”的行為客體作出性別上的限制[16]，這種立法方式是值得澳門立法者借鑑的。

三、理論分析：澳門現行法的不足

在澳門的法律體制下，性犯罪包括“侵犯性自由罪”和“侵犯性自決罪”。從被害人的角度來看，“侵犯性自由罪”旨在保護一般人的性權益，而“侵犯性自決罪”則旨在保護未成年人的性權益。

澳門立法者在規定強姦罪時，採用的是“區分性立法例”的立法方式，即將異性之間的性交行為與異性或同性之間的肛交行為區分開來，分別規定[17]。因此，在以性交行為構成的“強姦罪”中，行為客體的性別是成立犯罪的一項客觀要素，只有被害人符合“婦女”這一法定要件，才能對有關行為人以“強姦罪”論處。構成“強姦罪”的手段要素分別有：暴力手段，嚴重威脅手段，使他人喪失意識的手段或將他人置於不能抗拒狀態的手段。那麼，如果一名女性以“強姦罪”的其中一種手段方式與一名男性發生性交行為，或強迫該名男性與第三人性交，那麼可以對這名女性以“強姦罪”論處嗎？

“法律解釋是一種了解法律內容的操作方式，在刑法中，所有不超越立法者在法律文本所使用文字其能表達的含義範圍的解釋方式均屬合法；然而，倘若所作的解釋會對事實的行為人造成損害，並透過類推創造了法律，則會被禁止[18]。”

按照罪刑法定原則，基於立法者對“強姦罪”的行為客體作出了性別上的限制，對於該名女性顯然不能以“強姦罪”論處。

14 典型的如《德國刑法典》、《法國刑法典》、《意大利刑法典》和《西班牙刑法典》。

15 事實上，法律改革及國際法事務局和法務局在2015年12月出台的有關“修訂《刑法典》侵犯性自由及性自決罪的規定”的諮詢文件中就有提議“修訂強姦罪的規定”，參見《諮詢文件》第7-9頁。

16 根據《葡萄牙刑法典》第164條“強姦罪”，立法者對行為客體採用的是“他人”的表述。詳見陳志軍譯：《葡萄牙刑法典》，中國人民公安大學出版社，2010年1月第1版，第80頁。

17 趙國強著：《澳門刑法各論》（上），社會科學文獻出版社、澳門基金會，2013年9月第1版，第183頁。

18 MANUEL LEAL-HENRIQUES著，盧映霞、陳曉晴譯：《澳門刑法典注釋及評述》（第一冊），法律及司法培訓中心，2015，第71頁。

當然，這並不意味她不需受到任何刑法的處罰，對於她的行為可以根據男性性器官受到侵害的程度分別以“普通傷害身體完整性罪”（第137條）或“嚴重傷害身體完整性罪”（第138條）論處，又或因應犯罪情節處以“脅迫罪”（第148條）或“嚴重脅迫罪”（第149條）。然而，以刑法機能對此進行分析，這裡顯然存在問題：

首先，行為人實施了刑法規定的犯罪行為，然而卻不能對其處以相應的犯罪，使其不能受到應有的處罰。這不僅是一種對法律本身的自我否定，而且也是一種對同類犯罪的區別執法，顯然有違法律的平等和公正。其次，對“強姦罪”行為客體作出的性別限制，等於是變相肯定了女性強姦男性並不構成犯罪，這就有違刑法的一般預防；而對行為人以“侵犯身體完整性罪”的罪名論處，該罪的刑罰幅度較“強姦罪”要低，因此並不能對行為人科處適當的刑罰，不利於對行為人的矯正，這就有悖於刑法的特別預防。再次，由於“普通傷害身體完整性罪”屬於半公罪，為使行為人入罪尚須被害人的告訴，這並不能有效地保護被害人的權益。最後，這種處理方式在保護法益的角度來看也並不合理：“侵犯身體完整性罪”所保護的是被害人的身體完整性權益，“脅迫罪”所保護的是被害人的人身自由權，而“強姦罪”所保護的是被害人的性自由權。法律無法對有關行為人以“強姦罪”論處，無疑否定了男性的性自由權，顯然有悖刑法的保護法益機能。

然而，除“未經同意之人工生育罪”外，立法者並沒有對其他的“侵犯性自由罪”的行為客體作出性別上的限制。顯然，這種在同類犯罪中的區別立法是不合理的，尤其在將“強姦罪”與“性脅迫罪”[19]的構成要件進行對比後可見一斑：兩罪在手段要素上完全一致，只不過前罪的行為包括“性交行為”和“肛交行為”，而後罪的行為則是“重要性慾行為”。“強姦罪”作為性質最惡劣、處罰最嚴厲的“侵犯性自由罪”，其對社會的危害性和對法益的侵害性顯然要比其他的“侵犯性自由罪”更為嚴重，難道法律對此不應該更重視男女兩性在性自由權上的平等保護嗎？對“強姦罪”的行為客體採用“區分性立法例”，其實際上是否定了男性在不違背其意願下和女性發生性交行為的性自由權。這種立法方式只承認男性享有部分的性自由權，顯然並不能有效地保障男性的性自由權。

另外，在分析性犯罪的犯罪競合的過程中，筆者尚發現這樣一個現象：如果行為人透過“強姦罪”的其中一種手段方式與一個未滿十四歲的兒童發生性交行為，那麼有關行為人的犯罪構成和刑事處罰則因兒童的性

19 第一百五十八條
（性脅迫）
以暴力或嚴重威脅，強迫他人忍受重要性慾行為，或強迫他人與自己或另一人為重要性慾行為，又或為此目的而使他人喪失意識後，或將之置於不能抗拒之狀態後，強迫他人忍受重要性慾行為，或強迫他人與自己或另一人為重要性慾行為者，處二年至八年徒刑。

別而有所不同。

倘若被害人為幼女，那麼該行為人同時構成“強姦罪”和“對兒童之性侵犯罪”[20]，前罪根據《澳門刑法典》第171條4款的加重情節[21]由原來的“三年至十二年徒刑”經加重後變為“四年至十六年徒刑”，而後罪根據第166條3款的規定處“三年至十年徒刑”。 根據刑法理論，“對未成年人的性侵犯罪被強姦罪所吸收[22]。”故對行為人應當定較重的罪，即行為人構成“強姦罪”，可處“四年至十六年徒刑”。然而，倘若被害人為幼男，那麼該行為人只能構成“對兒童之性侵犯罪”，可處“三年至十年徒刑”。根據罪刑法定原則，透過第171條4款的情節加重後的第157條1款的“強姦罪”的行為客體仍然只能是“幼女”，無論如何也不能得出行為人“強姦幼男”的結論。此外，“強姦罪”被刑法視為一種公罪，無須被害人的告訴即可展開刑事程序；而“對兒童之性侵犯罪”是一種半公罪，尚需被害人的告訴才能展開刑事程序[23]。

可見，“強姦罪”所採用的“區分性立法例”，不僅不能有效保護一般男性的性自由權，甚至在保護未成年人的性自決權上造成區別對待，對幼男的保護顯然不足於對幼女的保護。

值得一提的是，根據“淫媒罪”和“加重淫媒罪”的規定[24]，立法者對於行為客體的性別均沒有作出限制。這不僅因為“賣淫”具有對社會風化的不良影響，更在於有利打擊“淫媒”這種不法營利的行為。從另一個層面來講，這足以反映出這樣的一個事實——人的性需求是多樣性的：眾所周知的是傳統意義上男性對女性的性需求，因此女性賣淫者往往佔多

20 第一百六十六條
（對兒童之性侵犯）
三、如行為人與未滿十四歲之人性交或肛交，則處三年至十年徒刑。

21 第一百七十一條
（加重）
四、如被害人未滿十四歲，則第一百五十七條、第一百五十八條及第一百六十二條所規定之刑罰，其最低及最高限度均加重三分之一。

22 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE著：《Comentário do Código Penal》，里斯本，天主教大學出版社，第二 版，2010 年，第 539 頁，轉引自澳門終審法院第57/2013號上訴案之合議庭裁判，第16頁。

23 除非該犯罪引致被害人自殺或死亡，見《澳門刑法典》第172條1款。

24 第一百六十三條
（淫媒）
乘他人被遺棄或陷於困厄之狀況，促成、幫助或便利他人從事賣淫或為重要性慾行為，並以此為生活方式或意圖營利者，處一年至五年徒刑。
第一百六十四條
（加重淫媒罪）
在上條所指之情況下，如行為人使用暴力、嚴重威脅、奸計或欺詐計策，又或利用被害人精神上之無能力，則處二年至八年徒刑。

數。然而，隨著時代的變遷和發展，當今社會亦存在不少的男性賣淫者，以滿足女性對男性的性需求以及同性之間的性需求。正是基於這樣的事實，兩罪的行為客體才沒有限定為女性。故此，無論是男性賣淫者還是女性賣淫者的性自由權，一律受到刑法的平等保護。

“性自由權”作為人的一項基本權利，是指無論男女，每一個人都有願意或拒絕與他人發生與性有關的行為的權利和自由，任何人不能違背他人意志而與其發生與性有關的行為[25]。在當今追求男女平等的社會裏，無論是男性還是女性，都有屬於自己的性自由權，一旦這些權益受到侵犯，都應一律受到刑法的保護。

四、結語

法律一旦不同樣地要求所有人，它就成了空中樓閣；當某一社會成員可以違反它而不受到懲罰的時候，他就是海市蜃樓[26]。如前所述，雖然“強姦罪”所採用的“區分性立法例”側重於對女性權益的保護，然而行為客體的性別限制造成保護被害人的區別對待，從而導致男性和女性在同類犯罪中並不享有平等的性權益。可見，這種立法方式值得反思，如下觀點值得澳門立法者參考：

首先，在當代社會，犯罪的手段層出不窮，犯罪的形式也日趨複雜，立法觀念也應與時俱進。應當承認，只要是違背被害人意願的，女性對男性實施的性交行為亦可以成立“強姦罪”。

其次，刑法其中一個重要機能在於保護法益，人的權益應當不分性別地受到刑法的保護。實現和維護其中一方的權益，不能以犧牲另一方的權益為代價，這正是侵犯人身罪保護人類基本權益的應有之義。法律加強女性權益的保護，旨在避免女性受到不法侵害，以及在受到不法侵害時得到應有的救濟，而非避免女性在犯罪時無法獲得應有的處罰。此外，對女性權益的保護並不會因性別的限制而有所提高，也不會因性別的放寬而有所削弱。因此，在以性交行為構成的“強姦罪”中將行為客體的性別限制為女性，是沒有必要的。

最後，刑法機能的實現是通過立法和司法相輔相成的：立法應儘可能本著平等理念去規範犯罪構成，然在維護個案公正上則可以透過司法予以彌補。在立法上，對行為客體不作性別區分，體現了刑法平等保護被害人

25 趙國強著：《澳門刑法各論》（上），社會科學文獻出版社、澳門基金會，2013年9月第1版，第174頁。

26 （蘇）K.A.莫基切夫主編：《政治學說史》（上冊），李嘉恩譯，中國社會科學出版社，1979，第221頁。

的理念和精神。在司法上，每一個案都是獨特而複雜的，司法工作者正是透過認定犯罪的嚴重性以及被害人受侵害的程度，從而對犯罪行為人訂定不同的處罰。

總之，無論是何種行為構成的“強姦罪”，男性和女性都可以成為該罪的行為客體，這並不會影響法律對任何一方的保護。

A QUESTÃO DO GÉNERO DO SUJEITO PASSIVO NA CRIMINALIDADE SEXUAL A PARTIR DA PERSPECTIVA DA PROTECÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES

Rao Jun Bin[1]

1. NOTA INTRODUTÓRIA

Estabelecer e proteger os direitos das mulheres é, sem dúvida, uma medida adequada em todos os países e regiões. No sistema jurídico de Macau, o estabelecimento e a protecção dos direitos da mulher são efectuados pela Lei Básica de Macau, por convenções internacionais e por leis ordinárias aprovadas pela Assembleia Legislativa de Macau. De acordo com o preceituado no §2.º do artigo 38.º da Lei Básica de Macau, "os legítimos direitos e interesses das mulheres são protegidos pela Região Administrativa Especial de Macau". Sendo uma lei nacional, a Lei Básica de Macau encontra-se no topo da hierarquia do sistema jurídico do território[2]. Esta disposição é uma norma específica, em cujo tipo-legal as mulheres são objecto autónomo de protecção e cujos direitos têm merecido especial atenção no plano jurídico. Além disso, a "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres", aplicável em Macau, enfatiza a igualdade de homens e mulheres, não existindo, portanto, falta de normas de protecção dos direitos fundamentais e da segurança física.

Ao nível das leis ordinárias, há vinte anos foi aprovado o Código Penal (CP) de Macau que entrou em vigor em Janeiro de 1996. Desde então, o CP de Macau, como fonte principal

1 Estudante do curso de mestrado em direito (Prática jurídica em Macau), na Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

2 Liu Gaolong, Zhao Guoqiang, *Comentários sobre Direito de Macau Contemporâneo*, Volume I, Social Sciences Academic Press (China), 2011, pp. 51-52.

do direito penal, tem assumido um papel relevante, especialmente na prevenção de crimes e na protecção de bens jurídicos. Na Parte Especial do Código Penal existe um elevado número de crimes em que a mulher é o ofendido principal (ainda que não sejam só as mulheres que podem figurar como ofendido)[3]. Nestes crimes, a criminalidade sexual assume particular relevo como sendo a área em que é mais comum a ofensa dos direitos e interesse das mulheres.

Na criminalidade sexual, os crimes que ofendem a liberdade sexual das mulheres incluem o crime de violação (artigo 157.º), o crime de coacção sexual (artigo 158.º), o crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (artigo 159.º), o crime de abuso sexual de pessoa internada (artigo 160.º), o crime de procriação artificial não consentida (artigo 162.º), o crime de lenocínio (artigo 163.º) e o crime de lenocínio agravado (artigo 164.º)[4].

Da análise dos sujeitos passivos nos crimes acima referenciados, observa-se que, no crime de procriação artificial não consentida, o sujeito passivo só pode ser feminino pelo simples facto de apenas as mulheres poderem engravidar[5]. Depois, no crime de violação, com as suas características próprias quando comparado com outros crimes contra a liberdade sexual, a conduta é constituída por cópula e coito anal. Se o crime tiver sido cometido por cópula, o sujeito passivo só pode ser feminino; se cometido por coito anal, o sujeito passivo pode ser masculino ou feminino[6]. Nos demais crimes contra a liberdade

3 No artigo 146.º intitulado «Maus tratos ou sobrecarga de menores, incapazes ou cônjuge», crime que pode ofender a integridade física das mulheres – embora o legislador se refira ao sujeito passivo utilizando a expressão "cônjuge", as mulheres são, na maior parte dos casos, as vítimas da violência doméstica. O crime de tráfico de pessoas, previsto no artigo 153.º-A, viola vários bens jurídicos pessoais das mulheres – embora o legislador se refira ao sujeito passivo utilizando a expressão "pessoa", os ofendidos deste crime são principalmente as mulheres e as crianças, tal como assumido pelo tratado internacional em vigor dedicado ao combate ao crime de tráfico de pessoas, o "Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças".

4 Além disso, nas leis penais avulsas, o crime de exploração de prostituição também é um crime contra a liberdade sexual das mulheres, sendo elas os principais ofendidos deste crime [*vide* o artigo 8.º da Lei da Criminalidade Organizada (Lei n.º 6/97/M)].

5 Artigo 162.º
(Procriação artificial não consentida)
Quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

6 Artigo 157.º
(Violação)
1. Quem: a) tiver cópula com mulher por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir; ou b) pelos mesmos meios, constranger mulher a ter cópula com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos. 2. Com

sexual, não há situações em que o sexo do sujeito passivo seja relevante, podendo ambos os sexos ser sujeitos passivos desses crimes[7].

Esta diferença a nível normativo suscita-nos a seguinte questão: porque adoptou o legislador soluções diferentes na configuração do sujeito passivo nos crimes contra o mesmo bem jurídico? Será que esta diferença tem qualquer influência prática na protecção das mulheres? O presente artigo visa saber se, no Direito Penal, é adequado diferenciar o sexo dos sujeitos passivos dos crimes que violam direitos pessoais.

2. CONTEXTO LEGISLATIVO DA CRIMINALIDADE SEXUAL

Desde que os seres humanos entraram na era Agrária, o homem assumiu a posição de liderança económica sobre a mulher, ganhando paulatinamente uma posição social superior: por um lado, o aumento da riqueza tornou mais evidente a subordinação da mulher ao sexo, por outro lado, o estabelecimento da família patrilinear foi um ataque mortal da posição social das mulheres[8]. Por assim dizer, "Durante um longo período, as mulheres eram consideradas, do ponto de vista jurídico, como bem dos homens ou objecto da lei"[9]. Quando as pessoas passaram a estar cientes da relação entre a procriação e o sexo, este começou a ter a sua importância como um meio de reprodução dos seres humano e a subordinar-se ao acto de reprodução, perdendo assim a sua independência [...] como ao sexo passou a caber a obrigação de reprodução, no início, a prostituição foi praticada de forma a cumprir obrigações religiosas"[10]. Numa sociedade patriarcal, o sexo não só é o meio de reprodução dos seres humanos, mas também é um meio de subordinação e de exercício de poder sobre as mulheres. Naquele momento e de certa forma, o sexo perdeu a sua naturalidade.

Até ao final do século XIX, o Movimento Feminista tinha marcado duas vezes a história do ocidente. Durante o Movimento Feminista, "reclamando o gozo completo dos direitos humanos, as feministas desafiaram a desigualdade de género e todos os poderes,

---

a mesma pena é punido quem, nos termos previstos no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro.

7 Nestes crimes contra a liberdade, o legislador refere-se aos sujeitos passivos utilizando as expressões "outrem" ou "outra pessoa".

8 Will Durant, *A História da Civilização (Nossa Herança Oriental)*, HuaXiaPress, 1.ª ed., Julho de 2010, p. 27.

9 Zhou Anping, *Sexo e Direito: evolução jurídica da igualdade entre os sexos*, LawPress China, 1.ª ed., Março de 2007, p. 47.

10 Zhou Anping, *ob.cit.*, pp. 109-110.

leis e convenções que privaram as mulheres da liberdade e que as colocaram numa posição subordinada"[11]. Sob a influência do Movimento Feminista, os países ocidentais de sistema continental adoptaram um novo pensamento sobre a natureza da criminalidade sexual, tendo-a transformado de crimes contra o interesse público em crimes contra bens jurídicos privados[12]. Com base na força do Movimento Feminista, os direitos sexuais passaram a ser constituídos e protegidos pelo Direito Penal como um tipo de direito pessoal fundamental.

É fácil para as pessoas, com base no empirismo, assumir que o ofendido prejudicado pela criminalidade sexual é basicamente a mulher. Tradicionalmente, foram invocadas as seguintes razões: em primeiro lugar, desde sempre existiram inúmeros crimes sexuais cometidos por homens contra mulheres, principalmente o crime de violação; em segundo lugar, as mulheres são vistas como sendo inferiores aos homens, quer fisicamente quer ao nível da posição social, pelo que, nos crimes sexuais, a mulher é sempre a vítima. Por outro lado, é comummente considerado que o crime de violação ofende gravemente as mulheres, quer física quer espiritualmente, o que configura uma violação clara da sua dignidade pessoal. Com base nisso, em vários sistemas jurídicos, o crime de violação foi construído de forma a que os sujeitos passivos sejam apenas as mulheres, impossibilitando que os homens possam ser violados.

Porém, como refere a doutrina, "este modelo construtivo do crime de violação é, de facto, um reflexo do pensamento patriarcal na legislação"[13]. Hoje em dia, com o desenvolvimento imparável do feminismo, o colapso gradual da superioridade do patriarcalismo, o melhoramento contínuo da ciência e o desenvolvimento a nível médico, o pensamento legislativo deve manter-se a par com o tempo. Na realidade, os Códigos Penais de grande número de países do sistema continental não limitam o sexo do sujeito passivo no crime de violação[14].

Assim, a regulação sobre o crime de violação constante do Código Penal de Macau é obviamente antiquada, sendo necessária alterá-la[15]. Tal como acontece no Código Penal português, claramente a fonte do Código Penal de Macau, o qual não limita o sexo do sujeito

11 Li Yongjun, *Direitos Sexuais e Leis*, Science Press, 1.ª ed., Agosto de 2009, pp. 36-37.

12 Por exemplo, a lei publicada em 15 de Dezembro de 1996, em Itália, transformou os crimes contra a liberdade sexual de "crimes contra a moralidade pública e os bons costumes" em "crimes contra as pessoas". *Vide Código Penal Italiano* (trad. Huang Feng), China University of Political Science and Law Press, 1998, pp. 151 e 171.

13 Li Yongjun, *ob.cit*., p. 104.

14 Nomeadamente, o Código Penal alemão, o Código Penal francês, o Código Penal italiano e o Código Penal espanhol.

15 Na realidade, a Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional (DSRJDI) e a Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça (DSAJ) já propuseram "a alteração da disposição do crime de violação" no documento de consulta sobre a "Revisão do Código Penal – Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação sexuais" publicado em Dezembro de 2015. *Vide Documento de Consulta*, pp. 7-9.

passivo de crime de violação[16], o que é digno de ser considerado pelo legislador de Macau.

3. ANÁLISE TEÓRICA: INSUFICIÊNCIA DA ACTUAL LEI DE MACAU

No actual sistema jurídico de Macau, os crimes sexuais incluem os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual. Do ponto de vista dos ofendidos, os crimes contra a liberdade sexual visam proteger os direitos sexuais das pessoas em geral, enquanto os crimes contra a autodeterminação sexual visam proteger os direitos sexuais dos menores.

Ao estatuir o crime de violação, o legislador de Macau adoptou o método de "legislação distintiva", isto é, separou a cópula heterossexual do coito anal heterossexual ou homossexual[17]. Em resultado, para o crime de violação cometido através da cópula, o sexo do sujeito passivo é pressuposto objectivo de constituição do crime. Isto é, para que o crime de violação seja cometido é necessário que o requisito legal de os ofendidos serem mulheres se verifique. Para além deste requisito, há os elementos relativos aos meios através dos quais se pode cometer o crime de violação: violência, ameaça grave, ter tornado a vítima inconsciente ou tê-la posto na impossibilidade de resistir. Assim, se uma mulher pratica, no modo descrito no crime de violação, cópula com um homem ou o constrange a ter cópula com terceiro, é ela passível de ser punida a título de crime de violação?

"A interpretação é um processo de compreensão do alcance da lei, sendo lícitas em direito penal todas as formas de interpretação que não ultrapassem os limites impostos pelo sentido literal possível dado pelas palavras usadas pelo legislador e tendo sempre presente que qualquer ensaio interpretativo que se volva em prejuízo do agente do facto já constitui criação de direito e portanto analogia, de todo proibida"[18].

Ora, segundo o princípio da legalidade, o legislador impôs uma restrição ao sexo do sujeito passivo, por isso aquela mulher não é punível a título de crime de violação.

É claro que isto não significa que não haja lugar à sua punição. Mas será punível a título de crime de ofensa à integridade física simples (artigo 137.º) ou crime de ofensa à integridade

16 De acordo com o artigo 164.º (Violação) do CP português, o legislador adoptou o termo "outra pessoa" quanto ao sujeito passivo. *Vide Código Penal português* (trad. Chen Zhijun), Chinese People's Public Security University press, 1.ª ed., Janeiro de 2010, p. 80.

17 Zhao Guoqiang, *Teorias de direito penal de Macau*, Tomo I, Social Science Academic Press e Fundação Macau, 1.ª ed., Setembro de 2013, p. 183.

18 Manuel Leal-Henriques, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau*, Volume I, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2014, p. 72.

física qualificada (artigo 138.º), consoante o grau de lesão causado ao órgão sexual do homem; ou será punível a título de crime de coacção (artigo 148.º) ou crime de coacção grave (artigo 149.º), com base nas circunstâncias do crime. Analisando a questão do ponto de vista da função do Direito Penal, revela-se a existência de um problema:

Em primeiro lugar, não se aplicam as sanções devidas ao autor pela prática do crime previsto na lei penal, facto que não só nega a própria lei mas também consiste numa diferença quanto à aplicação da lei aos crimes do mesmo género. Daí é evidente o desrespeito à lei em matéria de igualdade e justiça. Em segundo lugar, a restrição do sexo do sujeito passivo do crime de violação implica a impunidade da mulher que viole outro homem, contrariando a prevenção geral do Direito Penal, uma vez que se a agente for punida a título de crime de ofensa à integridade física, a moldura penal é mais baixa do que a do crime de violação. Nessa medida, não há punição adequada aplicada à mulher, nem condições proporcionadas para a sua correcção, o que é contrário à prevenção especial do Direito Penal. Ademais, o crime de ofensa à integridade física simples é um crime semi-público, cujo procedimento criminal depende de queixa do ofendido, o que pode não proteger eficazmente os seus direitos. Por último, do ponto de vista da protecção dos bens jurídicos, não se nos afigura razoável porque o crime de ofensa à integridade física visa proteger o direito à integridade física do ofendido, da mesma forma que o crime de coacção visa proteger o direito à liberdade pessoal do ofendido, enquanto o crime de violação visa proteger o direito à liberdade sexual do ofendido. Pelo que a ausência de punição na lei por crime de violação significa negar o direito à liberdade sexual do homem, o que é desconforme com a função penal de protecção dos bens jurídicos.

No entanto, o legislador não estabelece restrição ao género de sexo do sujeito passivo para os outros crimes contra a liberdade sexual, excepto no crime de procriação artificial não consentida. É evidente que se considera pouco razoável a "legislação distintiva", sobretudo perante a análise comparativa dos pressupostos entre o "crime de violação" e o "crime de coacção sexual"[19]: os elementos constitutivos do tipo de ambos os crimes são idênticos. Para o primeiro crime, o facto ilícito abrange a cópula e o coito anal; para o segundo crime, considera-se facto ilícito o acto sexual de relevo. O crime de violação é um crime contra a liberdade sexual e tem natureza mais perniciosa e a punição é mais gravosa. Entre outros crimes contra a liberdade sexual, a ofensa é mais severa se causada quer à sociedade, quer a bens jurídicos. Será que o Direito não deve proporcionar uma protecção igualitária da liberdade sexual tanto para as

19 Artigo 158.º
(Coacção sexual)
Quem, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

mulheres como para os homens? O método da "legislação distintiva" utilizado no crime de violação é um sinónimo de negação dos direitos de liberdade sexual dos homens que praticam, com a sua vontade, cópula com outra mulher. Este método legislativo apenas reconhece uma parte da liberdade sexual do homem e não consegue proteger de modo eficaz a sua liberdade sexual.

Além disso, ao analisar a hipótese de concurso de crimes sexuais, verifica-se que se o agente, por um dos meios previstos no crime de violação, praticar cópula com um menor de 14 anos, a punição pela prática desse crime varia consoante o sexo do menor.

Se o ofendido for um menor do sexo feminino, o agente incorre na prática de "crime de violação" e de "crime de abuso sexual de crianças"[20]. Para o primeiro crime, a moldura penal abstracta da pena de prisão encontra-se entre os 3 e os 12 anos e passa para 4 a 16 anos, de acordo com as circunstâncias agravantes previstas no disposto no n.º 4 do artigo 171.º do CP de Macau[21]. Já o crime de abuso sexual de crianças é punível com a pena de prisão de 3 a 10 anos, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 166.º. Conforme a teoria do Direito Penal, "dá-se a consumpção do crime de abuso sexual com menor pelo crime de violação[22]". Por isso, o agente deve ser punido por conta do crime mais grave – crime de violação –, com "a pena de prisão de 4 a 16 anos". No entanto, se o ofendido for um menor do sexo masculino, então o agente incorre apenas na prática do crime de abuso sexual de crianças, punível com a pena de prisão de 3 a 10 anos. À luz do princípio da legalidade, o sujeito passivo só pode ser um menor do sexo feminino, mesmo para efeitos do crime de violação do n.º 1 do artigo 157.º, agravado pelas circunstâncias previstas no n.º 3 do artigo 166.º. Pelo que a conclusão nunca pode ser a de que o agente "viola o menor do sexo masculino". Além disso, o crime de violação tem a natureza de crime público, cujo procedimento criminal não depende de queixa do ofendido; já o crime de abuso sexual de crianças é um crime semi-público, cujo procedimento depende de queixa do ofendido[23].

---

20 Artigo 166.º
(Abuso sexual de crianças)
3. Se o agente tiver cópula ou coito anal com menor de 14 anos, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

21 Artigo 171.º
(Agravação)
4. As penas previstas nos artigos 157.º, 158.º e 162.º são agravadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se a vítima for menor de 14 anos.

22 Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2.ª edição, 2010, p. 539, *apud* Acórdão do recurso n.º 57/2013, do Tribunal de Última Instância (TUI) de Macau, p. 16.

23 Salvo quando deste crime resulta suicídio ou morte da vítima, *vide Código Penal de Macau*, art. 172.º, n.º 1.

Deste modo, o método da "legislação distintiva" adoptado no "crime de violação", além de não poder proteger a liberdade sexual dos homens em geral, suscita um tratamento discriminatório na protecção da autodeterminação sexual dos menores, visto que a protecção dos menores do sexo masculino está aquém da dos menores do sexo feminino.

Note-se que, no crime de lenocínio simples e agravado[24], o legislador não impôs nenhuma restrição ao sexo do sujeito passivo. É assim não só porque existe a influência negativa suscitada na moral pública pela prostituição, mas também porque se pretende combater a sua exploração ilícita, através do lenocínio. Por outro lado, esta disposição reflecte o facto de o apetite sexual ser diversificado na sociedade actual: para além do desejo sexual no sentido tradicional, que leva a que haja uma grande quantidade de prostitutas, as mudanças na sociedade levam a que haja também prostitutos, a fim de satisfazerem o desejo sexual das mulheres, bem como o desejo entre pessoas do mesmo sexo. Com base neste facto, os sujeitos passivos nos dois crimes não ficam restringidos às mulheres. Assim, a lei protege igualmente a liberdade sexual tanto dos prostitutos como das prostitutas.

A liberdade sexual assume-se como um direito fundamental humano, pelo facto de cada pessoa, seja homem ou mulher, ter o direito e a liberdade de aceitar ou rejeitar a prática de actos sexuais com outrem. Ora, ninguém pode impor a outrem a prática de actos sexuais contra a sua vontade[25]. Na sociedade onde se procura a igualdade entre homens e mulheres, cada um tem o direito à sua liberdade sexual, independentemente do seu sexo, cada um deve ser igualmente protegido pelo Direito Penal se e quando o seu direito for violado.

4. CONCLUSÃO

Se a lei não impõe as mesmas exigências, de modo igual, a toda a gente, torna-se "uma bola de sabão"; quando um determinado membro da sociedade a viola sem ser punido, a lei é

24 Artigo 163.º
(Lenocínio)
Quem, como modo de vida ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, explorando a sua situação de abandono ou de necessidade, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.
Artigo 164.º
(Lenocínio agravado)
Se, no caso previsto no artigo anterior, o agente usar de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

25 Zhao Guoqiang, *ob. cit.*, p. 174.

uma mera miragem[26] e estar-se-á a fazer tábua rasa dela. Tal como já foi referido, a "legislação distintiva" adoptada no crime de violação tende a proteger os direitos das mulheres, mas a restrição ao sexo do sujeito passivo determina um tratamento diferenciador quanto à protecção do ofendido, privando homens e mulheres do gozo igual dos direitos sexuais em crimes do mesmo género. Desta feita, este modelo legislativo merece reflexão e as seguintes opiniões também merecem a referência do legislador de Macau:

Primeiro, na sociedade actual, as formas do crime são cada vez mais complexas e diversificadas, pelo que, neste sentido, os conceitos da legislação devem actualizar-se com as mudanças sociais. Deve admitir-se a prática do crime de violação por cópula praticada pela mulher contra homem, desde que contrarie a vontade do ofendido.

Segundo, a função essencial do Direito Penal é a protecção de bens jurídicos, devendo os direitos humanos ser tutelados pelo Direito Penal independentemente do sexo. Os direitos e interesses de uma parte não podem realizar-se e salvaguardar-se à custa dos mesmos da outra, sendo esta interpretação a única adequada perante a previsão do crime contra as pessoas que defende os direitos e interesses humanos fundamentais. As leis promovem a protecção dos direitos femininos, visando evitar que as mulheres sofram danos ilícitos e prestar o apoio adequado quando tal aconteça, mas não visa evitar que as mulheres pratiquem crimes sem que tenham punição adequada. Além disso, a protecção dos direitos femininos não vai ser reforçada com a restrição do sexo, assim como também não vai ser reduzida sem a restrição do sexo. Por isso, não é necessário estabelecer a restrição do sexo fazendo com que apenas a mulher possa ser o sujeito passivo no crime de violação através de cópula.

Por fim, a realização da função do Direito Penal é articular o sistema legislativo com o sistema judicial: o sistema legislativo deve incriminar com base na ideia de igualdade e imparcialidade e que é defendida em cada um dos casos através do sistema judicial. No sistema legislativo, não se deve diferenciar o género do sujeito passivo de modo a realizar a ideia e o espírito da protecção igualitária dos ofendidos. No sistema judicial, cada um dos casos é autónomo e complexo. Os profissionais judiciais aplicam, consoante o grau de gravidade do crime e o grau de lesão causada ao ofendido, diversas punições aos agentes do crime.

Em conclusão, independentemente dos meios pelos quais se constitui o crime de violação, o sujeito passivo deste crime tanto deve poder ser do sexo masculino, como do sexo feminino, sem que tal afecte a protecção jurídica de qualquer das partes.

26 Konstantin Andreevich Mokichev, *History of Political Doctrines* (trad. Li Jiaen), Chinese Social Science Press, 1979, p. 221.

澳門刑事法律框架下的家庭暴力

Teresa Lancry A. S. Robalo[1]

"由於各種原因，譬如害怕遭到報復以及出於受害的恥辱，許多女性並未說出她們的經歷(…)"

(費舍斯通豪斯和馬斯，1991)

I. 引言

家庭暴力，根據《澳門刑法典》第一百四十六條第二款也稱為"對配偶施以（……）虐待"，在近幾年中一直處於激烈的公眾討論中。

引起該討論的主要原因是由於立法機關於2011年意圖改變本罪的性質，即將該罪之性質由半公罪改為公罪，但該意見最終又發生了改變。

事實上，政府之後提交第二版法律提案意圖將該等修改引入現行制度中，主要是對侵犯身體完整性的家庭暴力行為根據其所產生後果的輕微與否來分開處理，將後果非屬輕微的上述侵犯行為和其他針對"家庭成員"所為之的其他具體犯罪歸為公罪，而對於後果輕微的侵犯家庭成員身體完整性的犯罪行為則仍維持其半公罪性質。該法律提案於2015年1月13日由立法會以多數票通過。

本文所關心的且貫穿本文始終的中心問題可歸納為一個探討，即家庭暴力行為在所有或任一條件下是否均應為公罪性質的，以允許知悉家庭暴力發生的任何人，如家人、鄰居、同事或者警察機構本身，均可將所知悉的事實告知警察機構從而根據《澳門刑事訴訟法典》第二百四十五條第二款的規定開始進行調查。

由於目前所有該澳門刑法規定（現仍然有效[2]）均顯示與其規定之藍本即1995年版《葡萄牙刑法典》第一百五十二條一致，由此，我們將對該議題在葡萄牙所經歷的發展歷程作一個簡單的綜述。

1 澳門大學法學院助理，刑法學碩士。

2 更具體點兒說是2015年9月，於本文完成之日。

面對澳門對於本議題缺乏法學理論的現況[3]，我們將在本文中介紹葡萄牙自1982年以來本主題所經歷的主要立法修改，以及通過法律規定而明確對受保護的刑事性質法益並給出該類犯罪具備上述半公罪法律性質的理由（*ratio*）。其次，本文將回到我們現有的法律制度上，對2011年的用於公眾諮詢的第一版法律提案及所堅持的但在2013年4月和11月未被立法會通過的法律草案進行討論，重點分析2015年1月* 由立法會以多數票通過的第二版法律提案，以及對該等犯罪的性質提出明確意見和對有關家庭暴力且與司法制度並行的相關解決方案作出預見。

II. 葡萄牙法律制度下的家庭暴力犯罪

為得出葡萄牙法律制度在有關家庭暴力犯罪方面的立法上有所進步的觀點，尤其是為得出我們所提之法律性質上的觀點，參考卡洛斯·凱西米羅·努涅斯，瑪麗亞·拉奎爾·莫塔[4] 和凱薩琳娜·薩·高美士之說[5]，該犯罪於1982年首次被確認於《葡萄牙刑法典》第一百五十三條，其標題為“虐待未成年人、從屬於自己之人或配偶又或使其超負荷勞動罪”。該條內容除規定必須證明是出於“惡意或自私自利”和該犯罪行為為公罪外，還預設家庭暴力行為的重複性或特別嚴重性，儘管考慮了司法見解認為該罪之行為屬於半公罪[6]。

隨著1995年《刑法典》改革，該等犯罪的性質明確地被改為半公罪，除去了對該罪的惡意或自私自利[7]要求且同樣地規定“（……）作為特有要素，精神虐待”[8]。對於有關重複虐待的要求，司法見解也有分歧，一種觀點認為該種情況應為須被證實[9]的實質性要素，而另種觀點則正好相反，認為“對於虐待犯罪

3 引自Penny Chan所著之文章《澳門對家庭暴力被害人的司法保護》，載於《澳門檢察院期刊》，第六期，澳門檢察院出版社，2006年，中文版。

4 卡洛斯·凱西米羅·努涅斯和瑪麗亞·拉奎爾·莫塔著：《<澳門刑法典>第一百五十二條第一款A項與B項：家庭暴力犯罪》，載於《澳門檢察院期刊》，第122期，年31，2010第二季，第133-175頁。

5 凱薩琳娜·薩·高美士著：《對配偶或以類似配偶關係共同生活之人進行身體和精神虐待犯罪》，里斯本，AAFDL, 2002年，第11-26頁。

6 卡洛斯·凱西米羅·努涅斯和瑪麗亞·拉奎爾·莫塔著,上述著作，第134-135頁。

7 法理學說將該等要素命名為特別故意，該等要素也受到Jorge de Figueiredo Dias教授的批評（根據（apud）凱薩琳娜·薩·高美士所言，上述所引之著作（op. cit.），第76-77頁）。因此，在1995年的改革中，刪除必須證明該要素以滿足犯罪要件的要求，轉而僅需要適用《葡萄牙刑法典》第十四條有關“一般故意”的規定（相應規定於《澳門刑法典》第十三條）。

8 卡洛斯·凱西米羅·努涅斯和瑪麗亞·拉奎爾·莫塔著：上述所引之著作（op. cit.），第135頁。

9 例如，請參閱（Vide）1995年3月22日合議庭裁判之規定，第1044/94號第四分庭之上訴，載於《司法部公告》1995第445號，第619頁。

* 協調員注：2016年5月20日，立法會核准了第2/2016號法律——《預防及打擊家庭暴力法》，刊登於2016年6月6日《澳門特別行政區公報》上，並自公佈後滿120日起生效。較法律提案版本而言，該部法律的最終版本呈現出極大的差異，尤其是在第18條中將家暴列為公罪。（參照立法會第五立法會期第一常設委員會第1/V/2016號意見書，pdf版本可查閱http://www.al.gov.mo/lei/leis/2016/2016-02/parecer.pdf

（……）不苛求一個數次及重複（*repetitiva*）的行為”[10]。

1998年，規定於《葡萄牙刑法典》第一百五十二條第二款之犯罪的性質變為“混同或混合的”，對此阿梅裡庫·達帕·科瓦略也將其稱為“妥協的解決辦法”[11]。

正如凱薩琳娜·薩·高美士所述：“儘管虐待配偶的犯罪因其取決於告訴而仍為一種半公罪性質的犯罪，但1998年刑事修正案中使針對第一百五十二條規定配偶或類似配偶之人的刑事程序因受害人意欲進行該程序而變為不再取決於告訴，然而仍保留反對提起刑事程序的權利”[12]。

對於該罪性質的理由（*ratio*）是基於下述理解：“夫妻之間的身體和精神虐待繼續處於不受罰狀態，考慮到行為人對受害人的控制最終導致行為人對受害人實施不被視為犯罪的各種家庭暴力行為”，凱薩琳娜·薩·高美士還補充道，“這一立法修改的目的在於克服被害人因消極抵抗或恐懼而不提起告訴的問題，因為不提起告訴和隨後而來的刑事程序可導致夫妻關係或者類夫妻關係完全破裂，而在很多時候這也不是被害人所想要得到的結果”[13]。

除筆者上述（*supra*）所引之論據外，阿梅裡庫·達帕·科瓦略於1999年解釋虐待配偶罪為半公罪性質的理由是基於以下實際情況“（……）法律不欲奪走被虐待者作最後決定的能力，因法律認為最終應由被虐待者來解決‘其’各種希望之間的矛盾衝突：對施虐者受到懲罰及避免發生可能發生的新虐待行為的希望，和不願拿實際刑事程序以夫妻關係或類夫妻關係完全破裂為結局來冒險的希望”[14]。

因此，簡言之，認為該罪性質為半公罪的理由是基於以下事實，考慮到被害人與施暴者的關係及對其之情感，應由被害人來決定在“其天平”之中哪一砝碼更重，是渴望將施暴者繩之以法，令其對行為負責，還是想原諒施暴者並繼續保持與其之夫妻關係或類夫妻關係。而另一方面，認為該罪性質為公罪的理由（*ratio*）則是因為被害人很少揭發施暴者這一事實，更可能是由施暴者對被害人所作之行為，因此發生於夫妻之間的虐待常常是完全不會受到刑罰處罰的。

站在新聞角度上，發生在家庭之中的暴力其很大特點就是一直存在，這也使得因該等虐待行為而導致的謀殺案數量不斷增長（比如，2011年在葡萄牙有27名被害人死於家庭暴力，而在2012年第一季度就有20名被害人因該同一原因而死亡[15]），這使得葡萄牙立法機關越來越清楚必須以優先考慮作為該犯罪的公罪性質基礎的因素來對法律進行修改。

10 1997年5月21日合議庭裁判，第9710514號上訴，載於《司法部公告》1997第467號，第628頁。

11 阿梅裡庫·達帕·科瓦略著：《對第一百五十二條規定之評價》，載於《科英布拉刑法典評論》，專章部分，第一卷，科英布拉出版社，1999年，第336-337頁。

12 凱薩琳娜·薩·高美士所言，上述所引之著作（op. cit.），第23頁。

13 凱薩琳娜·薩·高美士所言，上述所引之著作（op. cit.），第23頁。

14 阿梅裡庫·達帕·科瓦略著：《對第一百五十二條規定之評價》，載於《科英布拉刑法典評論》，專章部分，第一卷，科英布拉出版社，1999年，第336-337頁。

15 載於: http://www.ptjornal.com/2012090510612/geral/sociedade/violencia-domestica-27-mortos-no-ano-passado-20-nos-primeiros-seis-meses-de-2012.html

為此，第7/2000號法律對上述第一百五十二條規定作出修改，其“最終確定虐待配偶的犯罪為公罪，並確認可對夫妻之間施暴一方科處禁止與被害人接觸的附加刑，包括遠離被害人住所不超逾兩年時間”，引自上述卡洛斯·凱西米羅·努涅斯和瑪麗亞·拉奎爾·莫塔[16]。

然而，如第一百五十二條所規定之犯罪確實自2000年起為公罪性質，家庭暴力犯罪也僅僅只是在2007年才從其他的各虐待犯罪中獨立出來。的確，九月四日第59/2007號法律對於《葡萄牙刑法典》作出修正，自此將家庭暴力犯罪獨立列為現行第一百五十二條，使之與現行第一百五十二-A條[17]中所規定的虐待行為相區分。

還應當指出的是，九月十六日第112/2009號法律建立了一個法律制度以用於防範家庭暴力以及保護和救濟被害人，該制度顯示出立法機關對一事實的認識已經日趨成熟，該事實即為施暴者自身也需要陪伴以使該人與受害人或其他人之間的關係可得以恢復或減小日後再行施暴的危險。事實上，該制度第二條f項就預設了一個“家庭暴力犯罪行為人計畫”，其目的在於“促其改變自己的犯罪行為，有助於防止其再次犯罪”。

該法規定了一系列有關被害人的原則，例如對被害人的尊重和認可原則，意思自治原則，保密原則等，除此之外，還不忘將“被害人地位”這一重要原則列入第四章。在所有可以歸功於本法的優點中，我們在此想重點提出該法第三十九條，其中對進行“恢復性約談”的可行性作出規定[18]。

這一規定在實際上作為一個附加因素而增強了我們的信心，即現行法律對調停手段在我們現在所研究的最親密人際關係框架中的重要性的認識向前邁進了一步。事實上，儘管第21/2007號法律因該罪之性質為公罪的原因而禁止在本情況下開展調解，葡萄牙立法機關卻開始意識到，並不能僅僅因為犯罪屬於某種性質而排除使用該等諸如“恢復性”的解決方法，我們完全同意該抉擇[19]。

最後，值得注意的是葡萄牙受害者支持協會(APAV)面對該法律提案於2008年12月至2009年1月製作了一份意見書，其中提醒立法機關上述之“恢復”是指現行第三十九條適用的結果，而不是指犯罪行為人和被害人之間關係的恢復，而實際上二者之間的關係在發生家庭暴力之後幾乎不可能得到恢復（儘管不應對此作出絕對的否定）。該等觀點似乎也被納入該法之最終版本中，因為現在該法中所明確提到的是“恢復社會和平”和“受害人的利益”。

16 卡洛斯·凱西米羅·努涅斯和瑪麗亞·拉奎爾·莫塔著：上述所引之著作（*op. cit.*），第136頁。

17 如欲瞭解更多有關該犯罪的各構成要素，請參閱（*vide*）卡洛斯·凱西米羅·努涅斯和瑪麗亞·拉奎爾·莫塔著：上述所引之著作（*op. cit.*），第137-155頁。

18 同一法規規定：“在訴訟程序暫時中止期間或在可能的服刑期間，相關條款規定，在得到雙方明示同意後可讓犯罪行為人和被害人進行一次會見，其目的在於恢復社會安寧，由此而必須考慮被害人的合法利益，保證其處於必要的保護之下及有一名為該會見而被任命的刑事調停人在場”。然而該法律規定因9月3日第129/2015號法律而被廢止，而法律自其公佈三十日後開始生效。

19 蘇麗莎著：《恢復性司法，一條通往人權的大道》，里斯本，茹魯阿出版社， 2012年，第199-200頁。

III. 由法規保護的刑事性質法益

早在1999年，阿梅裡庫·達帕·科瓦略就強調說：“該罪之理由（*ratio*）並不在於對社會（……）夫妻關係（……）的保護，而是在於對個人和對人的尊嚴的保護”，其解釋到，“第一百五十二條的理由（*ratio*）是遠遠高於身體虐待的，包括精神虐待（例如，羞辱、辱罵、威脅和對行動自由的短期剝奪等）（……）。因此，應當說因該等犯罪所應被保護的法益為健康——包括身體、精神和心理健康的綜合法益（……）”[20]。該觀點實際上得到了眾多學者的贊同，如凱薩琳娜·薩·高美士[21]或卡洛斯·凱西米羅·努涅斯和瑪麗亞·拉奎爾·莫塔，該等學者均強調對健康和人類尊嚴的保護[22]。

IV. 澳門法律制度中的虐待罪和醞釀中的家庭暴力犯罪

虐待配偶犯罪現[23]（仍）被規定於《澳門刑法典》第一百四十六條第二款中，其法條規定與1995年處於有效狀態的《葡萄牙刑法典》的法律規定相同。正如我們上述（*supra*）所言，觀念上的進步顯示出覺悟的提高，即認為人人皆知的諺語“清官難斷家務事”在觸及更高的價值時就應被摒棄。可以辯解說，相關法益確已受到保護，即我們有旨在保護該法益的入罪規定和可適用於施暴者的一年至五年的有期徒刑。

然而，家庭暴力是一個社會現實（若非如此，則如善牧中心、澳門婦女協會或麗園中心這類收留家庭暴力犯罪被害人及其孩子的庇護所的作用又是什麼）。面對澳門目前的現狀（*status quo*）（直到於2015年1月由立法會以多數票通過的法律提案或其他法律提案生效），要麼寄希望於被害人提出告訴並未放棄使行為人可因其所犯下的罪行而被判罪，要麼可能需要出現一個更嚴重的情況以使檢察院得以負責該案件，如出現謀殺等極端情況（in extremis）。

當我們面對一個高於身體健康的實際上被葡萄牙法理學說和司法見解所摒棄不作為該犯罪構成要件的暴力反復性要求的法益，以及考慮當被害人因與施暴者共同生活而處於特別脆弱的處境，除由施暴者所造成的心理影響外，還同樣造成現所涉及的感情範疇的問題，即當被害人對施暴者越表現出“寬恕”，新的暴力則越有可能發生。

我們還可以威爾遜和科林在其“破窗”理論(“Broken Windows” Theory[24]

20 阿梅裡庫·達帕·科瓦略,，上述所引之著作（*op. cit.*）第332頁。

21 凱薩琳娜·薩·高美士，上述所引之著作（*op. cit.*）第59頁。

22 卡洛斯·凱西米羅·努涅斯和瑪麗亞·拉奎爾·莫塔著：上述所引之著作（*op. cit.*）第147-148頁。

23 更具體點兒說是2015年9月，於本文完成之日。

24 威爾遜和科林著：《破窗》，載於《大西洋月刊》，1982年，摘自《經典犯罪學》（2012），由Jacoby, J., Severance, T.和Bruce編輯，第四版，伊利諾伊，韋夫蘭出版社，2012年，第545和551頁。

)中所論述的犯罪學概念為基礎，認為立法機關有義務在考慮被害人消極抵抗的情況下而預防性地將該家庭暴力犯罪的性質定為公罪。

除表面上的心理學和犯罪學問題以外，還有一個社會學概念可以解釋很多家庭暴力中的女性被害人被禁止告發其配偶或伴侶（我們想到寶拉尼克爾森說到，尤其是在南亞文化習俗中，當家庭暴力的受害婦女萌發結束婚姻的想法時，該被害人的原生家庭並不會真心實意地給予其幫助[25]），根據有關通過第3/2001好行政長官公告而適用於澳門的《消除對婦女一切形式歧視公約》（繼第12/2008號行政長官公告後，對該公約所作的修改也同樣適用於澳門）我們必須對該問題作出一個限定。

儘管這整部文件都很重要，但在此強調履行該公約第五條a項規定：“締約各國應採取一切適當措施改變男女的社會和文化行為模式，以消除基於性別而分尊卑觀念或基於男女定型任務的偏見、習俗和一切其他作法”。

事實上，國際社會（尤其是聯合國），一直以該公約為基礎而給澳門施加壓力以使其採取積極措施來有效地打擊家庭暴力犯罪。值得注意的是，就在2013年3月，一個澳門地區代表團赴日內瓦就一些問題進行討論，而其中就有我們現在所關注的家庭暴力問題[26]。

由於站在立法的觀點上，《澳門刑法典》第一百四十二條第二款自1995年該法典生效之日以來未曾經歷過任何修改，但在最近幾年一直有準備修改其的政治意向。然而，這一修改建議也屢經周折。

2011年9月，一份名為《打擊家庭暴力犯罪法律提案》的第一版法律提案被提出以用於公眾討論，該提案總共有十八條條文，且得到社會工作局（IAS）的支持。

對於上述法律提案有眾多意見均可吸納，尤其是有關認為某些法條條文內容的表述並不清晰或精確的意見，如該提案第三條，第三條內容為：“第一條所規定之身體虐待或者精神虐待是指以經濟、語言、表達或其他方式對受害人進行威脅或羞辱”，或從系統化觀點出發，認為該罪既未在《澳門刑法典》得以獨條方式被明確規定，也沒有在法律提案中對《澳門刑法典》第一百四十六條像對第一百三十六條第三款一樣作出准用解釋。

但我們完全同意將該罪的性質定為公罪。

然而，一年以後所出現的“轉變”使得在改變此事現狀（status quo）上最具希望的意見受挫。事實上，2012年11月開始草擬的上述法律提案第二版就不再觸及該罪的非公罪性質問題，二是預設了一個特別制度以用於救助家庭暴力的被害人。但不管怎樣，還認為在該等類似情況中同樣應考慮如調解等解決方法[27]。

我們認為，如果被害人由於文化習俗的原因認為該等家庭暴力行為應在家庭內部解決而禁止為此而向員警和法院求助，以及如果施暴人天性暴力，那

25 寶拉尼克爾森著：《批判視角下的家庭暴力和心理》，倫敦和紐約，勞特利奇出版社，2010年，第90-91頁。

26 載於《澳門今日》之新聞，2013年3月3日，第3頁。

27 載於： http://hojemacau.com.mo/?p=37772.

麼由於該罪未被定為公罪性質而非常有可能轉而發生更加暴力的行為。無論鄰居、家人、同事、朋友或其他人知道再多家庭暴力的存在，也無法採取什麼行動以將被害人從該情況中解救出來。

2013年4月，一份法律草案被提交旨在終結對保護家庭暴力被害人的立法發展上的漫長等待。然而，該法律草案並未得到有利的投票結果[28]。

然而，我們想強調的是某些措施已被提出。2013年的法律草案不僅僅是想將家庭暴力犯罪仿效葡萄牙所為而從其他犯罪中獨立出來，還將該犯罪之性質明確為公罪（該草案第十三條規定）。另一方面，該草案還預定了一份潛在家庭暴力被害人範圍清單，該清單中不僅僅包含被害人的配偶或前配偶，還包括與之保持事實配偶關係的同性或異性之人，還包括施暴者的直系血親尊親屬或直系血親卑親屬以及其他人等（根據所草擬的該條第1款規定）。

還應強調的是該法律草案所賦予該等犯罪之被害人的權利的寬廣範圍，如草案第二十六條及隨後數條之規定，並根據所草擬的第十六條第三款所規定的內容，在社會工作局的協助下，對保護權給予特別的重視，尤其是有權利擺脫有可能的生命危險和身體被侵害危險，或被害人亦或其他人有獲得自由的權利。

最後，應當提及一個以恢復性約談規定中因包含特殊希望而出名的措施，亦即所提之法律草案第二十七條至第二十九條規定的調解。事實上，該在討論中草案第二十七條規定與葡萄牙第112/2009號法律第三十九條規定極其相似。所草擬的第二十九條規定要求由社會工作局派遣調停人參與恢復性約談，無論是為了公共實體還是為了私人實體均對調停人培訓“開放門戶”[29]。

我們認為正是在這類情況下，無論其犯罪性質究竟為何，很難想像施暴者在服刑完畢後，夫妻又可以重新和諧地在一起生活。由於家庭是我們社會的支撐，“如果相關人等在更加“無菌”，更加中立及有調停人幫助的空間下來解決刑事問題，這可能將極其富有成效”[30]。

這一推斷可能會受到持懷疑態度者的批評，認為其過於“天真”。其認為在統計學上完全可以證實家庭暴力會產生連續不斷的攻擊行為且出現這一情況的夫妻永遠都不可能言歸於好。該觀點在客觀上是合理的。然而，由於我們是在與人交往且正如布萊絲帕斯卡明確地指出“隨心而非隨理性”。因此，非常有可能的是被害人在一切發生後仍決定繼續保持他們的關係。否則就很難理解2009年葡萄牙法律所創造的旨在改變施暴者行為的“家庭暴力背景下的犯罪行為人計畫”。可以說該計畫考慮到了可能的被害人，這的確屬實，但我們不應對可促使夫妻在發生暴力行為後仍在一起這一目的進行否認。

28 2013年11月另一有關現議題的相同法律草案於立法會被討論。

29 然而，對於澳門立法機關而言這是一個非常敏感的方面，其應在未來將刑事調解規定為一種刑事訴訟的可替代解決方案時，對此仔細作出權衡，將有經驗的外國人也納入考慮範圍內，找尋知曉並不適合將調停人培訓這一事宜僅交予公共機構來掌控的理由，並因此對其進行品質監控。

30 蘇麗莎著：上述所引之著作（op. cit.）第199-200頁。

V. 有關《家庭暴力防治法》法律提案。有何權利（*Quid iuris*）？

1) 引言

於2015年1月13日以多數票通過的《家庭暴力防治法》，對該提案的細則性審議在本文完成之際仍未進行。根據這一法律提案，僅僅是對“家庭成員”實施的被定義為“家庭暴力”的犯罪行為是應為公罪性質的。

因此，結合該提案的第二條內容和建議對插入《澳門刑法典》具體部分的各條規定進行修改的內容，所發生的家庭成員之間的對身體完整性造成結果“非屬輕微”的侵犯、身體虐待或精神虐待、“性侵犯和侵犯人身自由”[31]的犯罪之性質應為公罪。

對於“家庭成員”，認為包括行為人的配偶或前配偶，直系血親或姻親，兄弟姐妹，行為人或其配偶的養父母或養子女，與行為人具有監護關係之人，與行為人在類似配偶的狀況下共同生活之人，以及基於年齡、生病、懷孕或身體或精神缺陷而與行為人同住且受其照顧或保護的能力低弱之人，以上均被規定於該法律提案第二條第二款中。

2) 形式上的評價

僅僅在形式上而言，本提案中所用到的立法技術旨在對《澳門刑法典》某些法條作出可能的修改以使現在仍非為公罪性質的犯罪擁有公罪之性質，但並未賦予一個單立刑事規定所導致的調查以行動。而與之相反，葡萄牙立法機關於2007年最終修改了第一百五十二條使得“家庭暴力”[32]入罪（之前的虐待和違

31 寫明於法律提案的對《澳門刑法典》第一百七十一條的修改規定中，如性脅迫犯罪、對無能力抗拒之人之性侵犯罪、性欺詐犯罪、未經同意之人工生育犯罪、暴露行為犯罪及同一刑法典第一百六十七條第一款b項中所規定的對受教育者及依賴者之性侵犯罪。

32 《葡萄牙刑法典》第一百五十二條（根據9月4日第59/2007號法律，2月21日第19/2013號法律進行修改）
家庭暴力罪
1 - 對下列人員，以反復或者非反復的方式，施以包括肉刑、剝奪自由、性侵害在內的身體或者精神虐待的：
a) 配偶或者前配偶；
b)與之保持或者曾經保持類似配偶關係的異性或者同性的其他人，無論是否共同生活；
c)同父同母、同父異母或者同母異父的兄弟姐妹；或
d)與行為人共同居住的無助人，尤其是因為年齡、殘疾、疾病懷孕或者經濟依賴而處於該狀態的人；
如果未構成其他法律規定的處罰更重的犯罪的，處1年至5年的監禁。
2 - 如果欠款所指的行為是針對未成年人實施，或者當著未成年人的面實施，或者施於被害人和行為人的共同居所或者被害人的居所的，處2年至5年的監禁。
3 - 如果第一款所規定的行為導致：
a) 身體完整遭受嚴重傷害的，處2年至8年的監禁；
b) 死亡的，處3年至10年的監禁。
4 - 對實施前述各款規定行為的被告人，可以適用禁止接觸被害人和禁止使用、攜帶武器作為從刑，期間為6個月至5年，此外還應當科處其參加預防家庭暴力特別計畫的義務。
5 - 禁止接觸被害人之從刑可以包括分立居所或者工作場所，並且可以採取遠端控制技術手段對其執行實施監督。
6 - 對被認定構成本條規定之罪的人，在考慮其行為的具體嚴重程度與該行為與其所行使的職能之間的

反安全規定犯罪被列入第一百五十二-A條中[33]）。

這使得該規定所針對之人（整個社會）被警示家暴行為的嚴重性，而整個社會自身對此同樣也有一個一般消極預防目的（即使其為次要目的），隨著觀念改變，該目的可在本法律規定階段得以實現。

3) 實質上的評價

在實質上而言，我們對該草案也有一些意見。

首先是有關草案所規定的“後果非屬輕微”的對身體完整性所進行的侵犯行為，和對同類被害人（家庭成員）所為的身體虐待或精神虐待應被視為“家庭暴力行為”這一事實。

在此，第一個法律解釋問題是向釋法者提出。即我們該如何區分“侵犯身體完整性”和“身體虐待”？因為在第一種情況下犯罪要求必須有一個非屬輕微的後果（在此又產生了一個附屬問題，即如何得知此處是只包含那些後果嚴重的侵犯行為還是同樣也包括那些後果居中的侵犯行為）；而在第二種情況下，是否是任意的身體虐待行為均可被視為是家庭暴力行為？那麼一記耳光是屬於對身體完整性的侵犯還是屬於虐待？那麼應該在哪裡劃出該二者之間的界限，該問題非常重要包括可以在不提起告訴的情況下決定處罰與不處罰之間的區別？

同樣根據該刑事規定的邏輯，考慮到合法性原則反映了拉丁格言罪刑法定（*nullum crimen, nulla poena sine lege*）——其應是預先、書面、嚴謹並明確的（其理據不僅僅是為了保證法條所針對之人的正確與安全，同樣也用於限制國家/地區所固有的刑罰權（*ius puniendi*）的干預），我們的問題是釋法者能如何分辨“後果輕微”的侵犯身體完整性行為和沒有該類後果的侵犯身體完整性行為。根據某一葡文報紙的報導，針對上述法律草案的支持者“一記耳光屬於輕微行為且在此是以被侵犯者意見為主【在是否提起告訴上】。提起訴訟可給一個家庭帶來巨大的影響。將所有的家庭暴力行為均定性為公罪並不是一個上佳的解決方式。而社會工作局對於一些極其輕微的行為如掌擊則有義務介入其中”[34]。

這些聲明均納入該法律提案的解釋性備忘錄，其中可以讀到“家庭成員之

聯繫後，可以禁止其行使親權、監護權或者保佐權，期間為1年至10年。

33 《葡萄牙刑法典》第一百五十二-A條 (9月4日第59/2007號法律增加，10月31日第102/2007號修正案進行修改)
虐待罪
1 - 對歸其照顧、保護，或者其負有指導或教育責任，或者因勞動關係從屬於其的未成年人或者無助人，尤其是因為年齡、殘疾、疾病、懷孕而處於這一狀態的人，及：
a) 以反復或者非反復的方式，施以包括肉刑、剝奪自由、性侵害在內的身體或者精神虐待，或予以殘忍對待的；
b) 利用其實施危險、不人道或者禁止的活動的；或
c) 使從事過量勞動的；
如果未構成其他法律規定的處罰更重的犯罪的，處1年至5年的監禁。
2 - 如果前款所規定的行為導致他人：
a) 身體完整性收到嚴重傷害的，處2年至8年監禁；
b) 死亡的，處3年至10年監禁。

34 載於 http://noticias.sapo.tl/portugues/lusa/artigo/18703794.html, 2015年9月15日最後一次確認。

間發生的輕微且偶爾的侵犯身體完整性行為如“打一巴掌”，已經構成了當前法律條款中的犯罪，其半公罪性質賦予被侵犯者以表示其意圖讓侵犯者負刑事責任的權利”，而又補充說明被害人可能因有諸多原由而不願意提起刑事訴訟，如“害怕報復”，基於“經濟狀況”或“害怕將家庭事務公之於眾”的原由等。

如果一個耳光是一個輕微後果行為，如果被害人害怕對施暴者提起告訴，那麼被害人只能挨打也無可奈何，即使該行為發生在公共場所。那麼就需要思考：如果是打兩巴掌則被害人對此又有什麼權利（*Quid iuris*）呢？如果是踢一腳呢？如果是打一拳呢？亦或面對某一看到該等暴力行為發生之人對該行為的告發，警員的觀點則是只有被害人自己才可以對該等行為提出告訴，因為警員認為該等行為僅僅是“後果輕微”的？

另一個受政治層面和司法層面的解釋支配的方面為，為了適用該法律提案第二條第一款規定，是否有必要證明行為的反復性以使得該罪行可被視為“家庭暴力行為”中的一種。如果能夠確定該問題在葡萄牙法律學說和葡萄牙法律中已經得到解決即家庭暴力犯罪並不需要滿足行為具有反復性這一條件，則我們相信有關這一敏感問題的法律缺漏是應被避免的，及我們謹認為澳門立法機關應利用這一次機會對該規定的解釋作出澄清，即行為的重複性不作為實施該犯罪[35]的法律要件。

在我們看來，澳門立法機關應當已採納葡萄牙立法機關所使用的相同立法技術，設立一個專門法律規定使得諸多行為組成一個新且明顯的犯罪，一如我們以上所提（*supra*），但也應規定在發生嚴重侵犯身體完整性行為情況或至被害人死亡情況下的加重懲罰。

另一方面，通過分析本法案第二條第二款規定和《澳門民法典》第一千四百七十一條規定及第一千四百六十二條規定可知，對於以類似夫妻關係生活之人，包括同性之人，均不處於本法案的保護之下。對於刑法因民法不認可而也不得承認其權利的觀點，我們則認為其在刑法之上是有法益存在的。此外，我們的《基本法》第二十五條也確定了平等原則指出法律面前人人平等。再者，我們也不認為有任何理由將該等因感情紐帶而互相結合處於同居關係的且處於日趨脆弱境地之人排除在法規保護範圍之外，無論該二者是同性還是異性。

4) 有關家庭暴力的被害人

葡萄牙立法機關在告發（必須是有根據的）家庭暴力行為[36]後即賦予所指出的被侵犯人以實際的“被害人地位”從而優先考慮該被侵犯人，與之相反　，澳門立法機於其法律提案中在設計一系列措施對被害人進行保護上未將被害人放至如此重要的地位。即便如此，我們仍認為對該等旨在保護和幫助被害人的具體措施的引入令人稱道。

35　一個犯罪還是“諸多犯罪”，須考慮該待決（*sub judice*）法律提案

36　9月16日第112/2009號法律第十四條及其後繼數條內容之規定。

該法律提案第六條規定，面對“家庭暴力行為”[37]的被害人並得到其同意，社會工作局向其提供幫助，暫時安置於社會服務設施、提供經濟援助、獲得司法援助及衛生護理服務、協助就學與就業或進行家庭輔導。

此外，第九條規定，被害人及其家庭成員可獲得警方保護，尤其是護送到醫療機構或護送返回家庭住所以取回其物品。

為了避免造成二次傷害，且參考葡萄牙模式[38]，澳門立法機關在該同一法律提案第十條中規定：“為減輕被害人可能受到的心理壓力，司法當局或刑事警察機構可依職權或應被害人申請，批准在行為人不在場的情況下詢問被害人（……）”。

對於該提案第十一條中所規定的緊急強制措施，規定法官可對行為人採取一系列措施，如令行為人遷出被害人的家庭居所、禁止行為人接觸被害人、禁止行為人出現在特定地點或常至某些確定的場所、禁止行為人持有武器及禁止其接觸其未成年子女等。

另一值得稱讚的是規定於本法律提案第十六條的一系列的附加刑規定。其中包括，禁止接觸或騷擾被害人、禁止出現在被害人住所附近、禁止攜帶武器或禁止從事特定的職業，亦或，尤其重要的是應參加“防止家庭暴力的特別計畫”或接受“心理輔導”。對應如何適用該等預防性計畫還亟待解釋說明，但我們相信，在立法批准之後，其他細則性規章將會對該規定作出說明。

此外，根據該法律提案第十七條規定，還可以禁止行為人行使親權。

5) 恢復性司法與（*vis-a-vis*）家庭暴力

由於“調解會議”的規定，澳門立法機關不僅僅只使用恢復性司法中最為基礎的措施來完備我們的法律制度[39]，還明顯地贊同引用獨立於犯罪性質的措施，很明顯，刑事法律採取該措施的作用並未給我們的法律制度帶來任何動搖，且刑事程序規則在任何情況下均不得被突破。

上述法律提案第十四條規定稱為“調解會議”，該調解會議可由法官應社會工作局、社會重返機構、嫌犯或輔助人之聲請而在訴訟程序暫時中止期間召開（而根據葡萄牙法律服刑期間也不得召開該會議）。葡萄牙立法機關對此維持援引《葡萄牙刑事訴訟法典》中的暫時中止訴訟程序的規定。

而與之相反的，澳門立法機關選擇引入兩個有關暫時中止訴訟程序的特殊規定，尤其是因為根據《澳門刑事訴訟法典》第二百六十三條第一款規定，檢察院可向預審法官建議中止訴訟程序的犯罪的量刑幅度最高限為三年，而由於許多被視為“家庭暴力行為”的特別犯罪其量刑最高限是超逾三年的，因此如果適用

37 在此應說明，此處不包括身體完整性受到侵犯且後果非屬輕微的家庭暴力被害人，儘管該等被害人在該法律適用中被視為“家庭成員”。

38 9月16日第112/2009號法律第二十二條規定。

39 我們所提之與被害人和解的教育性監護措施，被規定於《違法青少年教育監管制度》第十九條和第十條（第2/2007號法律）。

該一般規定的話則會與法案相關條款的適用產生齟齬[40]。

從澳門立法機關在該法律提案第十二條第二款第八項的規定可知“參與防止家庭暴力的特別計畫或接受相關的心理輔導”的義務是強加給嫌犯的。事實上我們絕對同意在家庭暴力領域中規定該措施，因為該措施至少提高了積極的特別預防以使行為人不要重蹈覆轍，不再趨於作出“家庭暴力行為”。而現在的主要問題是事實上對嫌犯必須適用該等措施。其實該等措施是否成功需取決於嫌犯參與該計畫和心理輔導的意願，應當在嫌犯願意參與該計畫或陪伴的情況而實施該措施。不應為了能夠結束訴訟程序而強迫嫌犯實際參與該計畫以接受任何類別的內心改造。

為此，就算我們贊同將該等措施引入澳門法律制度，我們也不認為未經過嫌犯事先同意而對其設立該等約束是妥當的[41]。

當訴訟程序處於上述暫時中止期間時，法官可以召開“調解會議”，即根據該法律提案第十四條第一款第二部分規定：“旨在協助行為人不再作出家庭暴力行為，使其認識其行為的不正確之處，以及使行為人能真心悔過，並取得被害人原諒”。需要注意的是這一宗旨與第2/2007號法律第十九條第一款所規定的教育性預防措施“與被害人和解”的主張完全一致。如此之引入形式值得欣賞。

在對恢復性司法的重要性作出肯定的道路上更進一步的是，該司法對雙方直接參與人，主要允許被害人表達家庭暴力行為所導致的惡果，要求行為人傾聽並意識到其行為的後果以令其悔過且尋求原諒（我們不能忘記的是當我們提及感情關係時，對被害人而言，與獲得賠償或者知悉其因其行為而獲刑相比，更重要的是聽到行為人真誠的道歉）。另一方面，這一調解會議的規定也顯示出立法機關對這一事宜的情感，而其可成為將該刑事調解引入我們的法律制度的起點。

然而，應將刑事調解從調解會議[42]中區分開來　　。在刑事調解中有三人介入：調解員、行為人和被害人。對於葡萄牙立法機關所找到的這一家庭暴力解決方式，無論是第21/2007號法律所規定的一般模式還是九月十六日第112/2009號法律第三十九條規定的“恢復性約談”均可體現。

澳門立法機關所提議的反映在第十四條之中的“調解會議”以及第2/2007號法律第十九條和第二十條所規定的“與被害人和解”的教育性防範措施，均建立在同一個前提條件上，即應當出席上述會議之人不僅有行為人和被害人，還必須有主持會議的法官出席（或者在“與被害人和解”情況下，有一名社會重返機構人員出席）及其他人出席。例如根據法律規定：“受家庭暴力行為影響的人和其他法官認為適當的其他人”[43]。首先可以確定的是受家庭暴力行為影響之人在參與

40　該等問題無須葡萄牙立法機關解決，《葡萄牙刑事訴訟法典》第二百八十一條第一款所規定的措施要求檢察院可決定暫時中止訴訟程序的量刑幅度最高限為五年，這與《葡萄牙刑法典》第一百五十二條第一款規定如因其他法律規定而不應適用更重刑罰，則家庭暴力犯罪的量刑幅度最高限為五年的規定是相協調的。

41　注意，相比較而言，在葡萄牙，根據9月16日第112/2009號法律第三十一條第一款b項規定，該等措施僅在“通過【其】事先同意”的情況下才可適用於嫌犯。

42　對於該等區別的更多詳細介紹，請參閱（vide）蘇麗莎著，上述所引之著作（op. cit.），第67頁及後繼數頁。

43　該法律草案第十四條第三款建議。

人之中一般是其他家庭成員，因此我們認為“調解會議”相比刑事調解而言，其更像是一次家庭小組會議（family group conferences）。考慮到對代表一般社會的，具體而言是代表本地社會[44]的家庭關係做造成的影響，我們可以理解這一立法選擇。但是我們還是想設想一下，使該問題私人化僅涉及行為人和被害人是否會更好呢，尤其是處理對配偶或對與行為人事實上共同生活之人實施家庭暴力時。

另一個應當提及的方面是法官在調解會議中對調解第三人[45]這一角色扮演的選擇。我們所想到的問題是有關作必要準備的問題。調停人和調解人的作用非常獨特，其必須知曉如何處理家庭暴力行為中行為人和被害人所經歷的深層次個人問題和感情問題。我們愚見認為立法機關應當對挑選經過專門培訓的人士作出規定或規定應當對會加入該等會議的大法官進行事前培訓。

最後，根據該法律提案第十四條第三款規定，經行為人和被害人的事先同意而召開調解會議是極好的，因為即使是當事人雙方也都不可被強迫參加一個這樣的最終必須互相揭露的會議，並且如果當事人中任意一方的參加是違背其意志的，那麼該會議也可能毫無成效。

6) 對該法律提案的最終總結

在一般分析中，我們提到本法律提案既有積極方面也有消極方面。對於其積極方面，我們想強調的是，從本法律提案中，澳門立法機關最終表現出其嚴厲打擊家庭暴力的決心，賦予向“家庭成員”作出的眾多犯罪以公罪的性質。

我們認為立法機關試圖在嚴厲打擊該犯罪事實的必要性和尊重家庭問題中找到平衡，一般而言該等家庭問題即為由於文化原因，認為該等家庭問題應在沒有第三人介入的情況下而得到解決。

另一方面，立法機關賦予“家庭暴力行為”被害人一攬子具體權利和極其重要的保護措施以避免其遭受二次傷害。

最後，創立了“調解會議”，使用該以恢復性司法為基礎的形象來完備該體系，顯示出對符合“家庭暴力行為”概念的犯罪側重於非訴訟程序的解決方法的情感傾向。

至於上述法律提案的消極方面，我們想提醒的是，在正式規定中，對於釋法者而言也很難理解其應存在的範圍。例如，該提案規定對《澳門刑法典》中的兩條法條作出修改，但在最後也未規定需要在刑法中逐一尋找哪些犯罪因構成“家庭暴力行為”而轉而變為公罪性質以代替創造一個新的法條，於其中分別列出家庭暴力犯罪的組成行為及其相應量刑幅度，並明示加重要素或其犯罪自身因結果而加重情況。

另一方面，我們認為所有的家庭暴力情況都應為公罪性質，因為對身體完整性或精神的完好性進行侵犯導致產生輕微後果或非輕微後果的區分，無論是

44 作為舉例，請注意該法律草案的辯解性注明之本身。

45 儘管需要注意的是，上述草案提到第三人在該草案第十四條第四款所述之情況下作為調解人，即“調解會議中應透過協商，要求行為人向被害人道歉及作出被認為必需的行為”。而對於上述調解是否被設計為給予此措施以混合屬性則亟待說明解釋。

對釋法者還是法條使用者而言都是非常成問題的。

還應指出的是法律並未說明法官可如何準備在調解會議上進行調停/調解。

最後，我們不認同法律未將同性關係進行規定的做法，即根據平等原則以及面對所有人的刑事性質上的法益應以平等的方式提供必要保護，而不論其性取向。

VI. 結論

鑒於上述，我們堅定地認為，任何情況下的家庭暴力犯罪均應為公罪性質的犯罪。

不贊同之人主要強調該等解決方式可能與被害人對施暴者仍有感情這一實際上的可能性相抵觸，而被害人處於感情或經濟依賴的境地，非常容易因行為人乞求原諒或表現出悔恨甚至是因為了在法庭上作出虛假聲明而作出的欺騙性行為而妥協退讓。爭辯到，被害人所講之“罪過”歷史實在是太過平常，反而免除了嫌犯的責任。認為賦予該等犯罪以公罪性質不會有任何實質上的作用，僅僅只會在雖可能實現但尤為困難的事實證明方面阻礙制度的運行。

然而，考慮到刑法典對刑事性質法益的附屬性防範功能以及刑罰目的，眾多學者如阿梅裡庫·達帕·科瓦略對此認為所有的刑罰均帶有消極的一般預防目的[46]，而我們也敢於對犯罪其自身之性質進行推理。換言之，如果一個犯罪在任何情況下均具有公罪性質，則不僅僅意味著被列入我們的法律秩序最為重要的範圍之內的利益受到保護，如身體和精神的完整性，以及《基本法》第三十條所保護的人類尊嚴等，同時，最脆弱的被害人可以大概看到其所遭受的暴力的潛在循環的結束。

另一方面，訴訟程序本身的威脅是獨立於被害人對行為人的意願的，行為人若清楚這一事實，則足以受到阻嚇，進而控制其進行攻擊的衝動。

仍需強調的是，在如夫妻之間或事實夫妻之間發生的家庭暴力等尤為棘手的情況下，恢復性措施特別是調解措施的重要意義。

適用刑罰的目的何在？簡言之，是為了避免出現新的犯罪而對已經受到威脅或事實上已經受到影響的法益造成損害。因而，立法機關應在其權限範圍之內充分作為，適當平衡所有的相關利益和價值，不抵觸平等正義並且遵守《基本法》和適用於澳門特區的國際法，以此避免家暴成為現實。

為了明天可以戰勝今天的挑戰，我們必須堅定地建設一個更加美好的社會。因此，法律應持續（continuum）對其適用對象生效，從而始終與人類、法源及法律的主要適用對象建立最大的關聯。[47]

46 阿梅裡庫·達帕·科瓦略著：《刑事權利、總則部分、基礎問題、犯罪通論》，第二版，科英布拉出版社，2008年，第66頁。

47 在本文最後，作為結束本文的最後注釋，必須澄清一點的是，9月16日葡萄牙第112/2009號法律第三十九條，由9月3日第129/2015號法律所廢止，該法律自公佈三十天後開始生效。

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DE MACAU

Teresa Lancry A. S. Robalo[1]

"For various reasons, such as fear of reprisal and the stigma of victimization, many women do not report their experiences (…)"

(Featerstonaught e Maass, 1991)

I. INTRODUÇÃO

A violência doméstica, ainda apelidada de "maus tratos (…) a cônjuge" de acordo com o artigo 146.º, n.º 2, do Código Penal de Macau, tem estado sob as luzes de uma acesa discussão pública nos últimos anos.

O principal motivo de uma tal discussão prende-se com o facto de o legislador ter pretendido alterar, em 2011, a natureza deste crime, passando de semi-público para crime público, opinião que veio a alterar.

De facto, posteriormente o Governo apresentou uma segunda versão da proposta de lei no sentido de introduzir alterações ao regime vigente, nomeadamente através da cisão entre ofensas à integridade física que consubstanciem actos de violência doméstica com consequências leves e não leves, atribuindo natureza pública às segundas e a outros crimes concretos quando cometidos contra "membro da família" e mantendo a natureza semi-pública para as ofensas à integridade física com consequências leves cometidas contra os mesmos. A proposta de lei em apreço foi aprovada na generalidade pela Assembleia Legislativa a 13 de Janeiro de 2015.

1 Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais.

A questão central da qual nos ocuparemos ao longo do presente texto consiste em debater se os actos de violência doméstica devem adoptar natureza pública em toda e qualquer circunstância, permitindo assim que qualquer pessoa que saiba da sua ocorrência, como sejam os familiares, vizinhos, colegas de trabalho ou mesmo os órgãos policiais, possa dar conhecimento dos factos a estes últimos de modo a que o inquérito tenha o seu início, nos termos do n.º 2 do artigo 245.º do Código de Processo Penal.

Por conseguinte, efectuaremos uma breve resenha do desenvolvimento que este assunto tem vido a sofrer em Portugal, visto que a actual disposição penal macaense (que, por ora, ainda se mantém em vigor[2]) em tudo se revela idêntica à que resultava do anterior artigo 152.º do Código Penal português na sua versão de 1995.

Neste contexto, e perante a escassez doutrinária sobre o assunto em Macau[3], apresentaremos as principais alterações legislativas ocorridas em Portugal desde 1982, bem como a definição do bem jurídico-penal tutelado pela norma e a *ratio* da anterior natureza semi-pública do crime. Seguidamente, regressaremos à nossa ordem jurídica debatendo a primeira versão da proposta de lei para consulta pública, de 2011, e os projectos de lei defendidos mas não aprovados na Assembleia Legislativa em Abril e Novembro de 2013, culminando com a análise da segunda versão da proposta de lei aprovada na generalidade pela Assembleia Legislativa em Janeiro de 2015[*], bem como pela apresentação das nossas opiniões sobre a natureza do crime e a previsão de soluções paralelas ao sistema judiciário para as situações de violência doméstica.

II. O CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

Com vista a alcançar uma noção da evolução legislativa ocorrida na ordem jurídica

2 Mais concretamente, em Setembro de 2015, data da conclusão do presente texto.

3 Refira-se o texto da autoria de Penny Chan, "Protecção judicial das vítimas dos casos de violência doméstica em Macau", *in Revista do Ministério Público de Macau*, n.º 6, Edição do Ministério Público de Macau, 2006, em língua chinesa.

* **Nota dos Coordenadores**: Em 20 de Maio de 2016, a Assembleia Legislativa aprovou a Lei n.º 2/2016 — Lei de prevenção e combate à violência doméstica, a qual foi publicada em Boletim Oficial em 6 de Junho de 2016, determinando-se a respectiva entrada em vigor 120 dias após a sua publicação. O texto final da Lei apresenta diferenças significativas face ao texto inicial da proposta de lei. Em particular, o artigo 18.º tipifica o crime de violência doméstica, atribuindo-lhe a natureza de crime público. *Cfr*. Parecer n.º 1/V/2016 da 1.ª Comissão Permanente da V Legislatura da Assembleia Legislativa, disponível em http://www.al.gov.mo/lei/leis/2016/2016-02/parecer.pdf.

portuguesa em torno do crime de violência doméstica e, nomeadamente, da sua natureza jurídica diremos, com Carlos Casimiro Nunes, Maria Raquel Mota[4] e Catarina Sá Gomes[5], que o mesmo foi tipificado pela primeira vez no Código Penal de 1982, sob a epígrafe "maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou cônjuges", no então artigo 153.º. O tipo previa reiteração ou intensa gravidade da conduta, para além da comprovação de "malvadez ou egoísmo" e tinha a natureza de crime público, pese embora a jurisprudência o interpretasse como tendo natureza semi-pública[6].

Com a reforma do Código Penal de 1995, o crime passou a ter claramente uma natureza semi-pública, tendo sido retirada a exigência da malvadez ou do egoísmo[7] e sido igualmente previstos "(…) como elemento típico, os maus tratos psíquicos"[8]. No que se prende à exigência de repetição dos maus tratos, a jurisprudência dividia-se, havendo quem entendesse que tal seria um elemento material a ser comprovado[9] ou quem considerasse que, pelo contrário, "o crime de maus tratos (…) não exige uma conduta plúrima e *repetitiva*"[10].

Em 1998, o crime previsto no então artigo 152.º, n.º 2, do Código Penal português passou a assumir uma natureza "mista ou híbrida", a que Américo Taipa de Carvalho também denominava de "solução de compromisso"[11].

Tal como referido por Catarina Sá Gomes, "apesar de o crime de maus tratos conjugais ter continuado a ser um crime semi-público, porque dependente de queixa, a Revisão Penal de 1998 tornou o procedimento criminal contra o cônjuge, ou análogo, nos termos do art.º 152.º, independente de queixa, quando o interesse da vítima o impuser, reservando, porém, o direito

4 Carlos Casimiro Nunes e Maria Raquel Mota, "O crime de violência doméstica: a al. b) do n.º 1 do art.º 152.º do Código Penal", *in Revista do Ministério Público,* n.º 122, Ano 31, Abril-Junho 2010, pp. 133-175.

5 Catarina Sá Gomes, *O crime de maus tratos físicos e psíquicos infligidos ao cônjuge ou ao convivente em condições análogas às dos cônjuges*, Lisboa, AAFDL, 2002, pp. 11-26.

6 Carlos Casimiro Nunes e Maria Raquel Mota, *Idem*, pp. 134-135.

7 A estes elementos dava a doutrina o nome de dolo específico, sendo criticados por Jorge de Figueiredo Dias (*apud* Catarina Sá Gomes, *op. cit.*, pp. 76-77). Consequentemente, com a reforma de 1995, a necessidade da sua comprovação para o preenchimento do tipo foi eliminada, de modo que apenas se aplicam as regras do "dolo genérico", nos termos do art. 14.º do Código Penal português (correspondente ao artigo 13.º do de Macau).

8 Carlos Casimiro Nunes e Maria Raquel Mota, *op. cit.*, p. 135.

9 *Vide*, a título exemplificativo, o disposto no Acórdão de 22 de Março de 1995, Recurso n.º 1044/94 – 4.ª secção, *in* Boletim do Ministério da Justiça n.º 445 de 1995, p. 619.

10 Acórdão de 21 de Maio de 1997, Recurso n.º 9710514, *in* Boletim do Ministério da Justiça n.º 467 de 1997, p. 628.

11 Américo Taipa de Carvalho, "Comentário ao artigo 152.º", *in Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 336-337.

de oposição à prossecução do procedimento criminal"[12].

A *ratio* de tal natureza prendia-se com a percepção de que "os maus tratos conjugais, físicos e psíquicos continuavam a ser impunes, atento o domínio do sujeito activo sobre o sujeito passivo levando, consequentemente, a uma não criminalização prática de tais comportamentos". Catarina Sá Gomes acrescentava que "tal alteração legislativa visava combater a inércia ou medo da vítima que não apresenta queixa, já que a não apresentação da queixa e consequente procedimento criminal podem conduzir a uma ruptura definitiva da relação conjugal ou análoga, muitas vezes não desejada pela vítima"[13].

A par dos argumentos aduzidos pela autora *supra* citada, em 1999 Américo Taipa de Carvalho clarificava que a justificação para a natureza semi-pública do crime de maus tratos aos cônjuges encontrava-se no facto de "(…) a lei não querer tirar a capacidade de decisão última ao cônjuge maltratado, entendendo que deve ser ele a resolver, em definitivo, o "seu" conflito de interesses: o interesse na punição do maltratante e, assim, eventual prevenção de novos maus tratos, e o interesse em não correr o risco de o efectivo procedimento criminal acabar por se traduzir na ruptura definitiva da relação conjugal ou equiparada"[14].

Assim, e muito resumidamente, a justificação da natureza semi-pública de tal crime baseia-se no facto de, atendendo à relação e sentimentos da vítima quanto ao agressor, dever ser ela a procurar determinar se o que mais pesa nos pratos da "sua balança" é o desejo de levar o agente à justiça, responsabilizando-o, ou o intuito de o perdoar e manter o seu relacionamento conjugal ou equiparado. Por outro lado, a *ratio* da natureza pública de tal crime assenta na constatação prática que a vítima raramente denuncia o agente, muito provavelmente pelo ascendente que ele desempenha sobre ela, pelo que amiúde os maus tratos entre cônjuges ficam absolutamente impunes.

Perante o maior relevo que a violência ocorrida no seio do lar tem tido do ponto de vista noticioso, a que se associa o crescente número de homicídios ocorridos em consequência de tais actos (a título exemplificativo, em 2011 morreram 27 pessoas vítimas de violência doméstica em Portugal e, no primeiro semestre de 2012, já tinham perecido 20 pelo mesmo motivo[15]), tornou-se cada vez mais claro para o legislador português que a lei deveria ser alterada de modo a dar prevalência aos motivos que fundamentam a natureza pública do crime.

Assim, a Lei n.º 7/2000 veio alterar o referido artigo 152.º, a qual "veio consagrar a natureza pública do crime de maus tratos a cônjuge bem como a possibilidade de ser decretada

12 Catarina Sá Gomes, *op. cit.*, p. 23.

13 Catarina Sá Gomes, *op. cit.*, p. 23.

14 Américo Taipa de Carvalho, *op. cit.*, pp. 336-337.

15 *In*: http://www.ptjornal.com/2012090510612/geral/sociedade/violencia-domestica-27-mortos-no-ano-passado-20-nos-primeiros-seis-meses-de-2012.html

ao cônjuge agressor a pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo o afastamento da residência da mesma pelo período máximo de 2 anos", tal como referem Carlos Casimiro Nunes e Maria Raquel Mota [16].

Porém, se é certo que desde 2000 o crime previsto no artigo 152.º tem natureza pública, a violência doméstica foi somente autonomizada dos restantes maus tratos em 2007. Na verdade, a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que veio efectuar uma revisão do Código Penal português, autonomizou a violência doméstica no actual artigo 152.º, distinguindo-a dos maus tratos previstos no actual artigo 152.º-A[17].

Será ainda de referir a Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à protecção e à assistência das suas vítimas, a qual revela já um amadurecimento da compreensão do legislador para o facto de o próprio agressor necessitar de um acompanhamento de modo a que o seu relacionamento com a vítima ou com outra pessoa possa ser retomado e sejam minorados os riscos de uma futura agressão. Na verdade, o artigo 2.º, alínea f), prevê a criação de um "programa para autores de crimes no contexto da violência doméstica", o qual visa "promover a mudança do seu comportamento criminal, contribuindo para a prevenção da reincidência".

A Lei prevê um conjunto de princípios que giram em torno da vítima, como sejam o do seu respeito e reconhecimento, da autonomia da vontade, da confidencialidade, entre outros, não olvidando um relevante "estatuto da vítima" ínsito no seu Capítulo IV. De entre toda a relevância que deve ser atribuída à presente Lei, pretendemos por ora salientar o seu artigo 39.º onde se prevê a possibilidade de ocorrência de um "encontro restaurativo"[18].

Este é, de facto, um motivo extra para reforçarmos a nossa convicção de que a presente lei deu um passo em frente no que se prende ao reconhecimento da importância da mediação no quadro de relacionamentos humanos de extrema proximidade como este de que ora nos ocupamos. Na realidade, e pese embora a Lei 21/2007 impeça o recurso à mediação penal em casos como este – precisamente devido à natureza pública do crime –, o legislador português veio reconhecer que o recurso a tais soluções "restaurativas" não pode ser afastado apenas pelo

16 Carlos Casimiro Nunes e Maria Raquel Mota, *op. cit.*, p. 136.

17 Para mais desenvolvimentos sobre os vários elementos integrantes do tipo de crime *vide* Carlos Casimiro Nunes e Maria Raquel Mota, *op. cit.*, pp. 137-155.

18 Reza o mesmo preceito que "durante a suspensão provisória do processo ou durante o cumprimento da pena pode ser promovido, nos termos a regulamentar, um encontro entre o agente do crime e a vítima, obtido o consentimento expresso de ambos, com vista a restaurar a paz social, tendo em conta os legítimos interesses da vítima, garantidas que estejam as condições de segurança necessárias e a presença de um mediador penal credenciado para o efeito". Note-se que este preceito legal foi entretanto revogado pela Lei n.º 129/2015, de 3 de Setembro, a qual entrou em vigor 30 dias após a sua publicação.

facto de o crime ter uma tal natureza, opção esta com a qual expressamente concordamos[19].

Para finalizar, refira-se que a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) elaborou, em Dezembro de 2008 – Janeiro de 2009, e em face da então proposta de lei, um parecer onde chamava a atenção do legislador para o facto de a "restauração" referida para efeitos do actual artigo 39.º não ser uma restauração da relação entre o agente e a vítima o que, de facto, dificilmente poderá acontecer (apesar de não dever ser absolutamente negado) após actos de violência doméstica. Estes comentários parecem ter sido acolhidos na versão final da Lei em questão, visto que agora se refere expressamente a "restauração da paz social" e o "interesse da vítima".

III. O BEM JURÍDICO-PENAL ACAUTELADO PELA NORMA

Já em 1999, Américo Taipa de Carvalho salientava que "a *ratio* do tipo não está, pois, na protecção da comunidade (…) conjugal (…), mas sim na protecção da pessoa individual e da sua dignidade humana", esclarecendo que "a *ratio* deste artigo 152.º vai muito além dos maus tratos físicos, compreendendo os maus tratos psíquicos (p. ex., humilhações, provocações, ameaças, curtas privações de liberdade de movimentos, etc.) (…). Portanto, deve dizer-se que o bem jurídico protegido por este tipo de crime é a saúde – bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica, mental (…)"[20]. Esta opinião é, de facto, sufragada por diversos autores tais como Catarina Sá Gomes[21] ou ainda Carlos Casimiro Nunes e Maria Raquel Mota, sendo que os últimos destacam a tutela da saúde e da dignidade da pessoa humana[22].

IV. O CRIME DE MAUS TRATOS E A PROJECTADA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA ORDEM JURÍDICA DE MACAU

O crime de maus tratos a cônjuge encontra-se actualmente[23] (ainda) tipificado no artigo 146.º, n.º 2, do Código Penal de Macau, cuja redacção é idêntica à que outrora

19 Teresa Lancry A. S. Robalo, *Justiça Restaurativa. Um Caminho para a Humanização do Direito.* Lisboa, Editorial Juruá, 2012, pp. 199-200.

20 Américo Taipa de Carvalho, *op. cit.*, p. 332.

21 Catarina Sá Gomes, *op. cit.*, p. 59.

22 Carlos Casimiro Nunes e Maria Raquel Mota, *op. cit.*, pp. 147-148.

23 Mais concretamente, em Setembro de 2015, data da conclusão do presente texto.

vigorava no Código Penal português com a redacção de 1995. Como vimos *supra*, a evolução das mentalidades denuncia a consciencialização de que o consabido provérbio que dita que "entre marido e mulher, não se mete a colher" deve ser afastado quando superiores valores se levantem. É certo, poderá rebater-se, que o bem jurídico está já acautelado pois, de facto, temos uma norma incriminadora que o visa tutelar e uma pena de 1 a 5 anos de prisão poderá ser aplicada quem o ofender.

Todavia, a violência doméstica é uma realidade social (pois, se assim não fosse, perguntar-se-ia de que serviriam as casas de acolhimento como o Centro do Bom Pastor ou a Associação de Mulheres de Macau, incluindo o Centro Lai Yuen, que abrigam vítimas de tais crimes e respectivos filhos). Perante o *status quo* actual em Macau (até à entrada em vigor da proposta de lei aprovada na generalidade pela Assembleia Legislativa em Janeiro de 2015, ou outra), ou se espera que a vítima deduza queixa e dela não desista de modo a que o agente possa ser condenado pelo crime praticado, ou será necessário que uma situação mais grave ocorra – *in extremis* uma situação de homicídio – para que o Ministério Público possa tomar conta do caso.

Como nos encontramos perante um bem jurídico que vai para além da saúde física, sendo actualmente o requisito da reiteração afastado pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas para que o tipo seja preenchido e como a vítima se encontra numa situação de especial vulnerabilidade atenta a convivência com o agressor, o ascendente psicológico exercido por este último, mas também o leque de afectos em causa, quanto mais aquela permanecer "à mercê" do agressor, maior será a probabilidade de uma nova agressão ocorrer.

Tomando ainda por base a concepção criminológica que, à semelhança do que defendem Wilson e Kelling na sua Teoria das "Janelas Partidas" ("*Broken Windows*" Theory[24]), entendemos que o legislador tem o dever, atenta a inércia da vítima, de a acautelar atribuindo natureza pública ao crime em questão.

Para além desta constatação de cariz tanto psicológico como criminológico, à qual poderia ser acrescentada uma concepção sociológica que justifica a inibição de várias mulheres vítimas de violência doméstica agirem contra os seus cônjuges ou companheiros (pensamos em Paula Nicolson quando afirma que, nomeadamente na cultura do Sul da Ásia, a própria família da vítima de violência doméstica não apoia de bom grado que esta tenha a iniciativa de pôr fim ao seu casamento[25]), não podemos deixar de fazer um

24 J. Wilson e G. Kelling, *Broken Windows*, The Atlantic Monthly, 1982, excertos *in Classics of Criminology* (2012), Editado por Jacoby, J., Severance, T. e Bruce, A., 4.ª Edição, Illinois, Waveland Press, 2012, pp. 545 e 551.

25 Paula Nicolson, *Domestic Violence and Psychology, a critical perspective,* Londres e Nova Iorque, Routledge, 2010, pp. 90-91.

enquadramento da questão à luz da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, aplicável a Macau atento o aviso do Chefe do Executivo n.º 3/2001 (sem esquecer as suas alterações, também aplicáveis a Macau no seguimento do aviso do Chefe do Executivo n.º 12/2008).

Pese embora a relevância de todo o documento, cumpre salientar o seu artigo 5.º, al. a), nos termos do qual "os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para modificar os esquemas e modelos de comportamento sócio-cultural dos homens e das mulheres com vista a alcançar a eliminação dos preconceitos e das práticas costumeiras, ou de qualquer outro tipo, que se fundem na ideia de inferioridade ou de superioridade de um ou de outro sexo ou de um papel estereotipado dos homens e das mulheres".

De facto, a comunidade internacional (em particular a ONU), tomando por base a mencionada Convenção, tem vindo a pressionar Macau para que tome medidas positivas de combate eficaz à violência doméstica. Saliente-se que, ainda em Março de 2013, uma comissão de representantes do Território se deslocou a Genebra de modo a discutir algumas questões, entre as quais figurava a que ora nos ocupa[26].

Se, do ponto de vista legislativo, o artigo 146.º, n.º 2, do nosso Código Penal não sofreu qualquer alteração desde 1995, data da sua entrada em vigor, nos últimos anos tem-se assistido a uma vontade política no sentido de prover à sua alteração. No entanto, essa iniciativa foi sofrendo avanços e recuos.

Em Setembro de 2011, foi apresentada para discussão pública uma primeira versão da proposta de lei denominada "proposta de lei de combate ao crime de violência doméstica", com 18 artigos, sob a égide do Instituto de Acção Social (IAS).

São vários os comentários que podem ser tecidos em torno da referida versão da proposta de lei, nomeadamente no que concerne à falta de clareza ou rigor na redacção de alguns artigos, como era o caso do artigo 3.º, n.º 3, que rezava que "os maus tratos físicos ou psíquicos indicados no n.º 1 referem-se a ameaças ou intimidações para o ofendido em termos de economia, de palavras, de linguagem ou de outro tipo" ou ao facto de, de um ponto de vista sistemático, não ter sido prevista a tipificação do crime no Código Penal, em artigo avulso, nem uma remissão do intérprete para a lei proposta no artigo 146.º do Código Penal, como se faz por exemplo no artigo 136.º, n.º 3.

Todavia, estávamos inteiramente de acordo com a atribuição de natureza pública ao crime.

Porém, decorrido um ano verificou-se um "volte-face" que deixou os mais esperançosos na alteração do *status quo* algo desapontados. Na verdade, em Novembro de 2012 iniciou-se uma nova etapa onde uma segunda versão da referida proposta de lei

26 Conforme noticiado no jornal *Hoje Macau* no dia 3 de Março de 2013, p. 3.

não buliria com a natureza não-pública do crime, apesar de prever um regime especial com vista a acudir as vítimas de violência doméstica. Admitia-se ainda que, apesar de tudo, soluções como a mediação deveriam ser igualmente ponderadas para casos como este[27].

Somos da opinião que, se culturalmente a vítima sabe dever resolver o assunto em família, o que a inibirá de recorrer à polícia e aos tribunais, e se o agente for agressivo por natureza, a probabilidade de voltar ocorrer uma agressão aumenta sobremaneira devido à não atribuição de natureza pública ao crime. Por muito que os vizinhos, familiares, colegas de trabalho, amigos ou outros constatem a existência de violência, nada poderão fazer para retirar a vítima do ciclo em que se encontra.

Em Abril de 2013, foi apresentado um projecto de lei que visava pôr cobro a uma longa espera em prol do desenvolvimento legislativo que acautele as vítimas de violência doméstica. Todavia, este projecto de lei não obteve votação favorável[28].

No entanto, gostaríamos de salientar algumas das medidas então propostas. O projecto de lei de 2013 visava não só autonomizar o crime de violência doméstica face aos restantes, como se verificou em Portugal, mas também dar-lhe expressa natureza pública (nos termos do proposto artigo 13.º). Por outro lado, estava prevista uma extensão da lista de potenciais vítimas de violência doméstica, onde se incluía não só o cônjuge ou ex-cônjuge da vítima, como também quem com este mantivesse uma relação de facto independentemente de ser do mesmo sexo ou não, bem como o ascendente ou descendente do agressor, entre outros (de acordo com o projectado n.º 1 daquele artigo).

É ainda de salientar o extenso leque de direitos que aquele projecto de lei devotava às vítimas de tais crimes, tais como os referidos artigos 26.º e ss., sendo de dar um especial destaque ao direito à protecção, em particular ao direito ao abrigo em caso de risco de vida, de ofensa à integridade física, ou à liberdade da vítima, ou outrem, nos termos do proposto artigo 16.º, n.º 3), sob a coordenação do Instituto de Acção Social.

Finalmente, será de referir uma medida que se reputa de especial interesse que consiste na previsão de um encontro restaurativo, designadamente através de mediação, nos artigos 27.º a 29.º do mencionado projecto de lei. De facto, o artigo 27.º do projecto em apreço surgia decalcado do artigo 39.º da Lei portuguesa n.º 112/2009. O proposto artigo 29.º sugeria que fosse o Instituto de Acção Social a credenciar os mediadores para participarem no encontro restaurativo, tendo deixado uma "porta aberta" à formação de mediadores quer por entidades públicas, quer por entidades privadas[29].

27 Tal como referido em http://hojemacau.com.mo/?p=37772.

28 De referir que em Novembro de 2013 foi discutido na Assembleia Legislativa outro projecto de lei idêntico ao ora analisado.

29 No entanto, este é um aspecto bastante sensível que o legislador de Macau deverá, no futuro e caso

Somos da opinião que precisamente em casos como este, e independentemente da natureza do crime, não é imaginável que, após a aplicação de uma pena de prisão ao agressor, os cônjuges possam voltar a conviver harmoniosamente. Sendo a família o pilar da nossa sociedade, "seria bastante mais produtivo (…) que os sujeitos procurassem resolver a questão penal num espaço mais "asséptico", mais neutro, com o auxílio de um mediador"[30].

Esta afirmação poderá ser criticada pelos mais cépticos, que a apelidarão de ser demasiado "naïve". Argumentarão que, estatisticamente, é possível comprovar que a violência doméstica redunda num ciclo de sucessivas agressões e que um casal onde ecloda uma tal situação nunca poderá recompor-se. O argumento é objectivamente válido. Sucede, porém, que lidamos com pessoas e que "o coração tem razões que a própria razão desconhece", como sabiamente afirmava Blaise Pascal. Assim sendo, é possível que decidam prosseguir com a sua relação afectiva pese embora o ocorrido. Se assim não fosse, mal se compreenderia o "programa para autores de crimes no contexto da violência doméstica", criado pela Lei portuguesa de 2009, que visa prover uma alteração do comportamento do agressor. Poder-se-á responder que tal programa tem em vista potenciais vítimas, o que também é verídico, mas não devemos negar que possa visar casais que ainda se mantenham unidos após as agressões.

V. A PROPOSTA DE LEI SOBRE A "PREVENÇÃO E CORRECÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA". *QUID IURIS*?

1) Introdução

A 13 de Janeiro de 2015 foi aprovada, na generalidade, a "Lei da prevenção e correcção da violência doméstica", cuja aprovação na especialidade ainda não se verificou atá à data da conclusão do presente texto. De acordo com esta proposta de lei, apenas os actos definidos como de "violência doméstica" cometidos contra "membros da família" deverão passar a assumir uma natureza pública.

Deste modo, e nos termos conjugados do seu artigo 2.º e das propostas de alteração

venha a prever a mediação penal como meio alternativo de resolução de litígios penais, ponderar atentamente, levando as experiências estrangeiras em consideração, procurando saber até que ponto não será melhor deixar a formação de mediadores apenas nas mãos de entidades públicas, controlando assim a sua qualidade.

30 Teresa Lancry A. S. Robalo, *op. cit*., pp. 199-200.

a diversas normas ínsitas na parte especial do Código Penal, constata-se que a ofensa à integridade física cujas consequências "não sejam leves", os maus tratos físicos ou psíquicos a membros da família, a ameaça a estes últimos e as "ofensas sexuais e contra a liberdade pessoal"[31] sobre as mesmas vítimas deverão passar revestir aquela natureza.

Por "membros da família" entendem-se o cônjuge ou ex-cônjuge do agente, os seus parentes ou afins em linha recta, irmãos, pais ou filhos adoptivos do agente ou do seu cônjuge, pessoa com quem o agente tenha uma relação de tutela, pessoa com quem o agente viva numa situação análoga à dos cônjuges e, bem assim, as pessoas de capacidade diminuída que coabitem com o agente e que se encontram sob o seu cuidado ou protecção por razões de idade, doença, gravidez ou deficiência física ou psíquica, tudo nos termos do inciso 2) do artigo 2.º da mesma proposta de lei.

2) Apreciação formal

Numa óptica ainda meramente formal, verifica-se que a técnica legislativa utilizada no sentido de serem introduzidas alterações pontuais nalguns artigos do Código Penal com vista a atribuir natureza pública a crimes que até então não a tenham, não atribui à conduta a censura que uma norma penal avulsa acarretaria. O legislador português de 2007 veio, pelo contrário, alterar o artigo 152.º de modo a passar a incriminar a "violência doméstica"[32] (anterior crime de maus tratos e infracção de regras de segurança, o qual foi

31 Especificados na proposta de alteração ao artigo 171.º do Código Penal como sendo os crimes de coacção sexual, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, fraude sexual, procriação artificial não consentida, actos exibicionistas e abuso sexual de educandos e dependentes nos casos previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 167.º do mesmo diploma.

32 Artigo 152.º do Código Penal português (de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 19/2013, de 21 de Fevereiro)
Violência doméstica
1 - Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:
a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;
b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou
d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;
é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.
2 - No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco

renumerado para 152.º-A[33]).

Ficaria assim o destinatário da norma – a comunidade em geral – alertado para a gravidade da conduta, cumprindo aquela uma finalidade (mesmo que secundária) de prevenção geral negativa que, numa perspectiva diacrónica, seria encontrada nesta fase de previsão legal.

3) Apreciação substancial

Numa óptica substancial, temos alguns reparos a tecer ao referido projecto.

O primeiro prende-se com o facto de prever que tanto as ofensas à integridade física cujas "consequências não sejam leves", como os maus tratos físicos ou psíquicos cometidos sobre as mesmas vítimas (membros da família) devam ser considerados como "actos de violência doméstica".

anos.

3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;

b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

6 - Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos.

33 Artigo 152.º-A do Código Penal português (aditado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, com as alterações introduzidas pela Rectificação n.º 102/2007, de 31 de Outubro)

Maus tratos

1 - Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez, e:

a) Lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, ou a tratar cruelmente;

b) A empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou

c) A sobrecarregar com trabalhos excessivos;

é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se dos factos previstos no número anterior resultar:

a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;

b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

Desde logo, uma primeira dúvida hermenêutica é suscitada ao intérprete. Como poderemos distinguir "ofensas à integridade física" de "maus tratos físicos"? Por que motivo no primeiro caso é necessário que a consequência não seja leve (ao que se levanta uma sub-questão como seja a de saber se estão abarcadas aqui as ofensas com consequências graves ou também aquelas que acarretam consequências moderadas) e, no segundo caso, se quaisquer maus tratos físicos poderão ser considerados actos de violência doméstica? Uma bofetada deve ser uma ofensa à integridade física ou um acto que integre os maus tratos? Onde traçar uma linha fronteiriça, tão importante que possa, inclusivamente, ditar a diferença entre a punição e a não punição em caso de não dedução de queixa?

Ainda nesta lógica de que a norma penal, atento o princípio da legalidade que se espelha no brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege* – a qual deve ser prévia, escrita, estrita e certa (fundamental não só para garantir certeza e segurança ao destinatário da norma, como também para limitar o intervencionismo estadual/territorial ínsito no seu *ius puniendi*), perguntamos como pode o intérprete distinguir entre uma ofensa à integridade física com "consequências leves" da que não as tenha. Segundo noticiado num jornal português, para alguns defensores da referida proposta de lei "uma bofetada resulta num acto leve e aí prevalece a vontade da ofendida [em apresentar queixa]. Iniciar o processo pode ter um grande impacto para a família. Qualificar todos os actos de violência doméstica como crime público não é a melhor solução. Em actos tão leves como uma chapada, é o Instituto de Acção Social que tem o dever de participar"[34].

Estas declarações vão no sentido da nota justificativa da proposta de lei, onde pode ler-se que "os actos de ofensa leve e ocasional à integridade física praticados entre os membros da família, como por exemplo "dar uma chapada", já constituem crimes nos termos da legislação vigente e a sua qualificação como crimes semi-públicos confere ao ofendido o direito de tomar a iniciativa quanto à efectivação de responsabilidades penais", acrescentando-se que a vítima poderá ter muitas razões para não querer dar início ao processo penal, entre as quais "o receio de represálias", motivos de "ordem económica" ou a "preocupação de se tornarem públicos os assuntos familiares".

Se uma bofetada é um acto com consequências leves e se a vítima tiver receio em apresentar queixa contra o agressor, deverá então a vítima submeter-se a levar uma bofetada, mesmo que em público, e nada poderá ser feito. Ao que se pergunta: ***quid iuris*** se forem duas chapadas? Ou um pontapé? Ou um soco? Ou ficará este assunto ao critério do agente da polícia que, perante uma denúncia de alguém que tenha assistido aos actos, recomenda que seja a própria vítima a deduzir queixa pois, no seu entender, os actos

34 *In* http://noticias.sapo.tl/portugues/lusa/artigo/18703794.html, acedido pela última vez a 15 de Setembro de 2015.

relatados acarretam tão-somente "consequências leves"?

Um outro aspecto que fica à mercê da interpretação das instâncias policiais e judiciais consiste em saber se é necessário provar a reiteração para que o crime passe a ser considerado como um dos que se encontram sob a égide dos "actos de violência doméstica", para efeitos do inciso 1) do artigo 2.º da proposta de lei. Se é bem certo que a questão ficou decidida na doutrina e na lei portuguesas no sentido da desnecessidade de qualquer repetição para que o crime de violência doméstica possa estar preenchido, somos em crer que uma lacuna legal quanto a este tópico tão sensível deve ser evitada e que o legislador de Macau deveria aproveitar esta oportunidade para esclarecer o intérprete que – e na nossa modesta opinião – a reiteração não consubstancia um requisito legal para que o crime[35] possa estar consumado.

No nosso entender, o legislador de Macau deveria ter adoptado uma técnica legislativa idêntica à empregue pelo legislador português, com uma previsão geral para as condutas integradoras de um novo e destacado crime de violência doméstica, como salientáramos *supra*, mas também uma agravação pelo resultado para os casos de ofensa grave à integridade física ou morte da vítima.

Por outro lado, e da análise conjugada entre o proposto inciso 2) do artigo 2.º e os artigos 1471.º e 1462.º do Código Civil, ficam de fora do âmbito de protecção legal aqueles, sendo do mesmo sexo, tenham uma relação análoga à dos cônjuges. Ao argumento segundo o qual não pode a lei penal reconhecer direitos a situações não reconhecidas do ponto de vista civil, respondemos que antes e acima da lei penal encontra-se o bem jurídico-penal. Por outro lado, o princípio da igualdade reconhecido pela nossa Lei Básica no seu artigo 25.º dita que todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, não vemos por que motivo devam ser excluídos do âmbito de tutela da norma as pessoas que coabitem e que se encontrem numa situação de vulnerabilidade acrescida atentos os laços afectivos que as unem, independentemente de serem ou não do mesmo sexo.

4) Um olhar sobre a vítima de violência doméstica

Ao contrário do que fez o legislador português ao atribuir um efectivo "estatuto de vítima" a quem seja indicado como tal após denúncia (que não seja infundada) da prática do crime de violência doméstica[36], colocando-a no cimo das suas preocupações, o legislador de Macau foi mais discreto na sua proposta de lei ao prever um conjunto de medidas direccionadas à protecção da vítima. No entanto, consideramos que a introdução

35 O crime ou "os crimes", atendendo à proposta de lei *sub judice*.

36 Nos termos dos artigos 14.º e seguintes da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

de medidas concretas com vista à sua protecção e assistência não pode deixar de ser aplaudida.

Prevê o artigo 6.º da proposta de lei que, caso esteja perante uma vítima de um "acto de violência doméstica"[37] e haja o seu consentimento, o Instituto de Acção Social proporciona-lhe, entre outros, acolhimento temporário em instalações de serviços sociais, assistência económica, acesso a apoio judiciário e a cuidados de saúde, acesso ao ensino ou ao emprego ou aconselhamento familiar.

Por seu turno, e nos termos do artigo 9.º, a vítima e os membros da sua família receberão protecção policial nomeadamente para se deslocarem a instituição médica ou à própria casa de morada de família para retirarem os seus pertences.

De modo a prevenir a vitimização secundária, e seguindo o modelo português[38], o legislador de Macau veio prever, no artigo 10.º da mesma proposta que, "para aliviar a pressão psicológica que o ofendido possa sofrer, as autoridades judiciárias ou os órgãos de polícia criminal podem, oficiosamente ou a requerimento do ofendido, autorizar que a sua inquirição seja feita sem a presença do agente (…)".

No que diz respeito às medidas de coacção urgentes, prevê o artigo 11.º do mesmo instrumento que o juiz poderá ordenar um conjunto de medidas aplicáveis ao agente, desde a sua saída da casa de morada de família do ofendido, à proibição de o contactar, de permanecer em certas áreas ou frequentar certos locais, de ter armas em seu poder ou ainda, e entre outras, de contactar com os seus filhos menores.

Uma outra solução que merece o nosso aplauso consiste na previsão de um conjunto de penas acessórias no proposto artigo 16.º. Entre elas, encontra-se a proibição de contactar ou importunar o ofendido, de permanecer em áreas próximas da sua casa, de deter armas ou exercer certas profissões ou ainda, com especial importância, o dever de participar num "programa especial de prevenção de violência doméstica" ou de se submeter a um "aconselhamento psicológico". Fica por esclarecer em que termos devem ocorrer aqueles programas de prevenção, mas estamos em crer que, após a sua aprovação legislativa, outro diploma regulamentador virá esclarecer o sentido desta previsão.

Acrescente-se ainda que o agente pode ser inibido do exercício do poder paternal, nos termos do artigo 17.º da proposta de lei.

5) Justiça Restaurativa *vis-a-vis* violência doméstica

Com a previsão da "reunião de reconciliação" veio o legislador de Macau não

37 Onde, esclareça-se, não se englobam nomeadamente as vítimas de ofensas à integridade física cujas consequências não sejam leves, mesmo que se trate de um "membro da família" para os efeitos da lei.

38 Artigo 22.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

só apetrechar o nosso ordenamento jurídico com mais uma medida baseada na Justiça Restaurativa[39], como também deixar bem clara a sua concordância com o recurso a uma tal medida independentemente da natureza do crime, tudo sem bulir, claro está, com a função exercida pelo Direito Penal no nosso ordenamento jurídico e as regras processuais penais que não podem ser ultrapassadas em caso algum.

O artigo 14.º da referida proposta de lei prevê a chamada "reunião de reconciliação", que pode ser convocada pelo juiz, a requerimento do Instituto de Acção Social, dos serviços de reinserção social, do arguido ou do assistente apenas durante a suspensão provisória do processo (e não, também, aquando do cumprimento da pena conforme previsto na lei portuguesa). O legislador português manteve o recurso às normas respeitantes à suspensão provisória do processo ínsitas no respectivo Código de Processo Penal.

Ao invés, o legislador de Macau optou por introduzir duas normas especiais a respeito da suspensão provisória do processo, nomeadamente por causa do limite máximo da moldura penal para que o Ministério Público possa propor a suspensão ao juiz de instrução que, nos termos do artigo 263.º, n.º 1, do Código de Processo Penal de Macau é de 3 anos, o que estaria desajustado relativamente a vários crimes em especial que passam a ser considerados "actos de violência doméstica", cujo limite máximo é superior àquele[40].

Sucede que o legislador de Macau prevê, no inciso 8) do n.º 2 do artigo 12.º, que é oponível ao arguido o dever de "participar em programa especial de prevenção de violência doméstica ou submeter-se ao respectivo aconselhamento psicológico". É verdade que estamos absolutamente de acordo com a previsão desta medida em sede de violência doméstica, pois que ao menos potenciará a prevenção especial positiva de modo a que o agente não volte, tendencialmente, a cometer "actos de violência doméstica". O problema principal está no facto de uma tal medida dever ser imposta ao arguido. De facto, o sucesso de uma tal medida está dependente da vontade do arguido em participar dela devendo, por isso, submeter-se a um tal programa ou acompanhamento se essa for a sua vontade. O arguido não deve ser obrigado a uma

39 Referimo-nos à medida tutelar educativa de reconciliação com o ofendido, prevista nos artigos 19.º e 20.º da Lei Tutelar Educativa de Jovens Infractores (Lei n.º 2/2007).

40 Problema com o qual não teve de lidar o legislador português, na medida em que o n.º 1 do artigo 281.º do Código de Processo Penal prevê um limite máximo de cinco anos para que o Ministério Público determine a suspensão provisória do processo, o que se encontra em sintonia com o n.º 1 do artigo 152.º do Código Penal que prevê, caso não deva aplicar-se uma pena mais grave por força de outra disposição legal, um limite máximo de cinco anos para o crime de violência doméstica.

espécie de reforma moral interior para, com a sua participação física num tal programa, poder conseguir o arquivamento do processo.

Deste modo, se bem que concordemos com a introdução de uma tal medida no ordenamento jurídico de Macau, não consideramos oportuna a sujeição do arguido à mesma sem o seu prévio consentimento[41].

Aquando da mencionada suspensão provisória do processo pode, então, o juiz convocar uma "reunião de reconciliação" que, nos termos da segunda parte do n.º 1 do artigo 14.º da proposta de lei, "se destina a apoiar o agente a não repetir a prática de actos de violência doméstica, fazendo-lhe sentir o desvalor da sua conduta, e proporcionar o arrependimento sincero deste e o perdão do ofendido". Saliente-se que este propósito é em tudo idêntico ao pretendido na medida tutelar educativa de "reconciliação com o ofendido", conforme o n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 2/2007. A introdução desta figura é, pois, de louvar. Trata-se de mais um passo a caminho do reconhecimento da importância da Justiça Restaurativa para as partes directamente envolvidas, permitindo sobretudo à vítima que expresse o mal que a conduta lhe causou, ao agente que a oiça e que venha a entender o alcance dos seus actos, que se arrependa e peça perdão (não esqueçamos que, para a vítima, e sobretudo estando nós a reportar-nos a relações de índole afectiva, será certamente mais importante ouvir um pedido sincero de desculpas por parte do agente do que receber uma indemnização ou sabê-lo preso pelos actos cometidos). Por outro lado, a previsão desta reunião de reconciliação demonstra a sensibilidade do legislador para esta temática, o que poderá ser um ponto de partida para a introdução da mediação penal no nosso ordenamento jurídico.

Deve, no entanto, distinguir-se a mediação penal da reunião de reconciliação[42]. Na mediação penal intervêm três pessoas: o mediador, o agente e a vítima. E foi esta a solução encontrada pelo legislador português quer de um modo genérico na Lei n.º 21/2007, quer ainda no "encontro restaurativo" previsto no artigo 39.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, para os casos de violência doméstica.

A "reunião de reconciliação" ora proposta pelo legislador de Macau no referido artigo 14.º, bem como a medida tutelar educativa de "reconciliação com o ofendido" prevista nos artigos 19.º e 20.º da Lei n.º 2/2007, assentam no pressuposto de que devem estar presentes nas referidas reuniões não apenas o agente e a vítima, mas

41 Note-se, a título comparativo, que em Portugal uma tal medida apenas pode ser aplicada ao arguido "mediante [o seu] consentimento prévio", segundo a alínea b) do n.º 1 do artigo 31.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

42 Para mais desenvolvimentos sobre esta distinção *vide* Teresa Lancry A. S. Robalo, *op. cit*., pp. 67 e ss.

também o juiz, que as deve presidir (ou um elemento dos serviços de reinserção social, no caso da "reconciliação com o ofendido") e outras pessoas como, nos termos da proposta de lei, "as pessoas que sejam afectadas pelos actos de violência doméstica e outras pessoas cuja presença o juiz considere conveniente"[43]. Sendo certo que, em princípio, as pessoas afectadas pelos referidos actos serão outros membros da família dos intervenientes, consideramos que a "reunião de reconciliação" se aproximará mais dos *family group conferences* do que da mediação penal. Atendendo ao impacto que as relações familiares representam para a sociedade em geral e, em concreto, para a comunidade local[44], entendemos a opção legislativa mas não podemos deixar de questionar se não seria melhor deixar a questão em privado de modo a apenas abranger o agente e a vítima, nomeadamente quando se trate de actos cometidos contra cônjuge ou pessoa com quem o agente viva em união de facto.

Um outro aspecto que deve ser referido é o da escolha do juiz para desempenhar o papel de terceiro moderador[45] nesta reunião de reconciliação. A dúvida que nos surge prende-se com a questão da necessária preparação. O mediador e o moderador desempenham uma função muito peculiar ao terem de saber lidar com problemas pessoais e sentimentais profundos que estejam a ser vivenciados tanto pelo agente como pela vítima de actos de violência doméstica. Na nossa modesta opinião, o legislador deveria ter previsto a escolha de alguém com uma formação específica nesse sentido ou a necessidade de formação prévia dos magistrados que venham a intervir no âmbito dessas reuniões.

Por último, uma nota positiva à submissão da realização da reunião de reconciliação ao consentimento prévio do agente e do ofendido, conforme previsto no proposto n.º 3 do artigo 14.º da proposta de lei, pois nem as partes podem ser obrigadas a participar numa tal reunião em que acabam por ter de se expor mutuamente, nem a mesma poderá ser minimamente frutífera caso uma delas nela tenha de participar contra a sua vontade.

6) Balanço Final da Proposta de Lei

Em termos de análise geral, temos a referir que a presente proposta de lei

43 Proposto n.º 3 do artigo 14.º da proposta de lei.

44 Atente-se, a título exemplificativo, à própria nota justificativa da proposta de lei.

45 Apesar de, note-se, a referida proposta se reportar ao terceiro como mediador quando, no n.º 4 do artigo 14.º da proposta, se diz que "na reunião de reconciliação solicita-se, mediante mediação, que o agente apresente desculpas ao ofendido e pratique os actos considerados necessários". Fica por esclarecer se a referência à mediação é intencional de modo a atribuir à medida uma natureza híbrida, ou não.

apresenta aspectos positivos e negativos. Quanto aos primeiros, gostaríamos de salientar que, com a presente proposta de lei, veio o legislador de Macau demonstrar a sua intenção de combater de forma mais intensa a violência doméstica, atribuindo natureza pública a diversos crimes quando cometidos contra "membros da família".

Consideramos que o legislador procurou encontrar um equilíbrio entre a necessidade de combater esta realidade criminal de modo mais intenso e o respeito pelas questões familiares que, logo por motivos culturais, devem ser resolvidas sem a intervenção de terceiros.

Por outro lado, veio atribuir à vítima de "actos de violência doméstica" um catálogo de direitos concretos e medidas de protecção bastante relevantes de modo a evitar a vitimização secundária.

Finalmente, ao criar a "reunião de reconciliação", apetrechou o sistema com mais uma figura baseada na Justiça Restaurativa e demonstrou a sua sensibilidade para a importância da resolução extraprocessual de questões como a prática de crimes que se integrem na noção de "actos de violência doméstica".

Quanto aos aspectos negativos da mencionada proposta de lei, salientamos a dificuldade, em termos formais, para o intérprete em compreender o seu devido alcance, tendo-se, por exemplo, previsto as alterações ao Código Penal em dois artigos e não no seu final, bem como a necessidade de procurar, avulsamente, na lei penal quais os crimes que passam a ter uma natureza pública por consubstanciarem "actos de violência doméstica" em vez de ter sido criado um artigo único onde se individualizassem as condutas integrantes do crime de violência doméstica e a respectiva moldura penal, para além de elementos agravantes ou da própria agravação pelo resultado.

Por outro lado, consideramos que todos os casos de violência doméstica deveriam assumir natureza pública, pois a distinção entre ofensas à integridade física ou psíquica que acarretem consequências leves ou não levanta dúvidas sérias tanto ao intérprete como ao aplicador da norma.

Será ainda de referir que a lei não esclarece como poderá ser o juiz preparado para mediar/moderar uma reunião de reconciliação.

Finalmente, discordamos do facto de a lei não ter integrado na sua previsão os relacionamentos homossexuais, desde logo por um princípio da igualdade e necessária tutela dos bens jurídico-penais de modo idêntico face a todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual.

VI. CONCLUSÃO

Por tudo o que acabámos de expor, concluímos afirmando a nossa convicção no sentido de que o crime de violência doméstica deveria assumir uma natureza pública em todo e qualquer caso.

Quem discorda, salientará por certo que tal solução chocaria com a possibilidade prática de uma vítima emocionalmente vinculada ao seu agressor, quiçá numa situação de dependência emocional ou económica, ceder com facilidade a um pedido de desculpas e aparente remorso ou mesmo a actos de chantagem para que produza falsas declarações em juízo. Argumentará o quão comuns são as histórias de "quedas" contadas por estas vítimas, de modo a ilibarem o arguido. Defenderá, pois, que a atribuição de natureza pública não terá qualquer efeito prático e apenas servirá para obstruir o sistema com casos cuja prova dos factos se revelará árdua, se não mesmo impossível.

Todavia, atendendo à função do Direito Penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais e, bem assim, aos fins atribuídos às penas onde autores como Américo Taipa de Carvalho defendem que as mesmas terão igualmente uma finalidade de prevenção geral negativa[46], ousamos transpor o raciocínio para a própria natureza do crime. Dito por outras palavras, se o crime passar a ter natureza pública em todos os casos, não só saem acautelados interesses que se inserem no quadro dos mais relevantes na nossa ordem jurídica, como sejam a integridade física e psíquica, sem olvidar a dignidade da pessoa humana tutelada pelo artigo 30.º da nossa Lei Básica, entre outros, como as vítimas mais fragilizadas poderão vislumbrar um fim para o potencial ciclo de violência em que se encontrem.

Por outro lado, a própria ameaça de um processo independentemente da vontade desta última fará com que o agressor, ciente desse facto, se atemorize o suficiente de modo a controlar os seus impulsos agressivos.

Tudo sem deixar de realçar o apreço que as medidas restaurativas, nomeadamente a mediação, representam para nós em contextos especialmente delicados como os casos de violência doméstica entre cônjuges ou unidos de facto.

Pergunta-se o que se pretende com a aplicação de uma pena. Pretende-se, em suma, evitar a prática de novos crimes que afectem o bem jurídico já ameaçado ou efectivamente afectado. Se assim é, o legislador deve fazer tudo o que estiver ao seu alcance, balançando devidamente todos os interesses e valores em jogo e nunca abalroando o justo equilíbrio e respeito pela Lei Básica e legislação internacional aplicável a Macau, como é evidente, de modo a evitar que a violência doméstica seja uma realidade.

46 Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 66.

A construção de uma sociedade melhor, na esperança de que o amanhã supere os desafios hodiernos, é um projecto do qual não podemos abdicar. O Direito deve, pois, visar num *continuum* a vida daqueles a quem se aplica, procurando ser sempre o maior aliado do Ser Humano, sua fonte e seu principal destinatário. [47]

47 Como nota final e posterior à conclusão do presente texto, cumpre esclarecer que o artigo 39.º da Lei portuguesa n.º 112/2009, de 16 de Setembro foi revogado pela Lei n.º 129/2015, de 3 de Setembro, a qual entrou em vigor 30 dias após a sua publicação.

盜竊罪——未遂和既遂

Júlio Pereira[1]

引言

盜竊乃普世認定的罪行，亦為其中一種受刑罰懲戒已有頗悠久歷史的行為，這種背景難免令人以為有關這罪行的倘有爭論，例如未遂和既遂，理應因早在學理層面形成共識或藉司法見解所發揮的指導作用而成為過去；且即使憑藉兩者的貢獻都不足以解除爭議，以法律一錘定音的力量總可將爭議消除。然而，盜竊作為眾多侵犯所有權或更廣義地講侵犯財產及財產關係的罪行之首，其悠久歷史卻催生了極其眾多的學理爭辯，當中也涉及未遂及既遂這課題，而法規對罪狀的描述則不一定能在這些爭辯中發揮主導作用。

盜竊罪之所以屬社會上廣受爭議的問題，原因在於其既關係著財產的形成及分配，也涉及財產的所有權和享用權，當中無可避免地觸及財富的受益者與被排除者之間的衝突。如何為此罪狀下定義，便成了立法者就社會的政治取向上對不同法益的界定及其價值衡量的一種明確表態，這些取向視乎當前社會所處狀況而有所不同，尤其是貧乏或富足、戰爭或和平、平常或災難等狀況。這些因素加上其他眾多因素，足以令財產利益與其他價值相比時的重要性可輕可重。試看中世紀時代，對侵犯所有權的輕微犯罪施以極重的刑罰；又如上世紀上半葉，與侵犯人身的犯罪相比，針對侵犯所有權的犯罪，其刑罰則是不成比例地重。

這些現象令到所有侵犯所有權的犯罪，特別是在普遍國家均屬最為多發且對社會安寧造成極大困擾的盜竊罪，長期成為議論焦點，驅使學說和司法見解不時更換立場，務求因應這種罪行的發生及其對社會的影響而有感的需要，適當地處理這難題。

在這層面上，歷世紀辯論仍未有共識方案的一個老問題就是盜竊的既遂

1 助理檢察總長。

時刻，關於這問題在很多國家都曾有過針鋒相對的觀點，澳門特別行政區也有同樣情況，正如2013年5月22日（第24/2013號案）及2014年9月30日（第67/2014號案）的合議庭裁判，正是反映出初級法院及中級法院的立場，與終審法院的立場有分歧[2]。

分歧的產生，並非因1995年刑法典而起，因為一直在澳門生效至1995年12月31日的葡國1886年舊刑法典，針對此罪狀所下的定義[3]，用Caeiro da Matta 的說法，是一種“不大稱意”的界定[4]，理由與法國1810年刑法典所出現的情況一樣，法典對罪狀的描述[5]導致有必要透過學理或司法見解進行再界定，以闡釋罪狀中“subtrair”(竊取)一字的含義，而按照Maia Gonçalves的說法，就是將這字的本義加上必要的擴充[6]。

盜竊的定義，一直以來都是以Paulus所下的定義為基礎 – “詐欺地竊取（subtracção）他人之物”[7]，但來到現今世代，這定義已陸續呈現種種疑難，這些疑難既與“物”的界定相關 - 正如能源這類財產的出現、以及隨著經濟型生活形態掛帥而掀起的所有權與財產的去人身化[8]、且強烈趨向去物質化而逐漸轉為數碼平臺[9] - 也與“subtracção”(竊取)這概念跟這些新興事物不大搭配有關。雖然存在這些困難，但也不致令盜竊罪的上指定義失去重心。

Paulus所下的定義，關鍵元素為“contrectatio”，其意思隨世紀而變異，時為廣義，時為狹義，但在葡國法中則一直以“subtracção”[10]（竊取）來理解。在1886年刑法典以前，這個拉丁詞彙被直接譯成“contrectação”[11]，且時至今日仍具有同一含義[12]。按照Pascoal José de Melo Freire 所下的定義，就是“有人用

2 上指裁判所審理的問題屬搶劫罪範圍。然而，既遂時刻這問題，無論在盜竊罪或搶劫罪均存在，因為兩者皆通用同一判斷準則。在這些裁判所涉及的案件中，判斷未遂或既遂所奠基的事實都是罪犯在“竊取”（物件）後立即被追截。

3 第421條：“觸犯盜竊罪者為詐欺地竊取非屬其所有的物件...”。

4 Caeiro da Matta, José著«Do Furto (esboço histórico e jurídico)», Coimbra, Imprensa da Universidade 出版, 1906年, 第154頁。

5 第379條（生效至1994年）：Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol.

6 Maia Gonçalves, Manuel Lopes著«Código Penal Português», 第4版, 第705頁。

7 Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possesionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere – Digesta Iustiniani, 47.2.1.3, 根據拉丁文本Mommsen版 - http://droitromain.upmf-grenoble.fr./Corpus/d-47.

8 Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo, 合著«Diritto Penale, Parte Speciale, II», Zanichelli Editore出版, 第6版，第2頁。

9 關於物的定義，參閱Saragoça da Matta著«Subtracção de Coisa Móvel Alheia, Os efeitos do Admirável Mundo Novo Num Crime Clássico», 見於«Liber Discipulorum Para Jorge de Figueiredo Dias», Coimbra Editora出版, 2003年, 第1000頁及續後頁，特別是第1009頁及續後頁。

10 Caeiro da Matta, José的前述著作, 第142頁, 註（1）反對將此兩字相對應。

11 Melo Freire, Pascoal José著«Instituições de Direito Criminal Português», 載於«BMJ», 第 155期, 第143頁及續後頁。

12 “Contrectação” 在法學觀點上, 是指竊取他人占有或持有的東西, 見«Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa», 第2冊, C. L., 第1070頁。

手將屬他人管控或占有之物取去、並為將之占有而變動其所處位置而作出的行為”[13]。這個“subtracção” （竊取）的定義，仍未受學說的影響，特別是拿破崙刑法典核准後的法國學說，但不能為我們解決疑難，因為圍繞“contrectatio”字義和引申含義的矛盾，皆轉到“subtracção” （竊取）去。所以，為了更深入地分析本文所要探討的課題，有必要談談“contrectatio”這概念的演變，其對應的“subtracção” （竊取）也因此承襲了約兩千年以來有關“contrectatio”這拉丁詞彙的無數學理演繹；而在專門探討未遂及既遂這課題之前，我們也會談談盜竊罪背後所要保護的法益，這對該待探討的問題具有重要意義。

Contrectatio/Subtracção （竊取）

contrectatio 在羅馬法中乃盜竊罪的關鍵，意指不法竊取他人之動產物。根據Caeiro da Matta引述Hélie 的講法，*contrectatio* 關係著兩個時刻:就是拿取他人之物（*rei alienae apprehensio*）及將其移離（*amotio de loco ad locum*）兩個時刻[14]。

盜竊既被等同為*contrectatio*，學說和司法見解就隨著世紀而不斷塑造後者的涵義，以便能將之調節成與彼等認為應以盜竊罪懲罰的行為。事實上，當時一直奉行至啟蒙時期的觀點是：要對付那些衝擊歐洲的饑民蠻族等壞份子，就要將盜竊行為等同為對一物件的簡單觸碰。由於當時已形成*furtum est contrectatio*（盜竊就是竊取）這觀念，於是便產生了一個有關盜竊既遂的最廣義概念，且被普遍但不恰當地稱之為“*contrectatio*論”。接續而生的觀點則有所收窄，認為此行為需體現為將物件捏取或抓住（*apprehensio*拿取說），之後又在這基礎上補充了新要求 - 將物件實質移動（*amotio*移離說），或甚至是將物件置於其持有者的監控範圍以外（*translatio* 轉移說或 *ablatio*轉控說），又或更甚至是盜竊者將物件置於安全地方（*illatio*安置說）。這樣，不同模式的行為全被納入*Contrectatio*這概念範圍，前提都是行為人意圖從物主或其占有人的管控範圍取去物件並將之置於行為人之管控範圍以內。以下用一種盜竊常見情況來展示這些不同理論，例子為某人進入他人家中以竊取一物，以不同學派來解讀這盜竊行為的既遂，便會有下列結果：行為人在該住所內發現該物件並用手觸摸之（*contrectatio*觸碰說）；然後將之抓住（*apprehensio*拿取說）並放入口袋（*amotio*移離說）；隨即將之攜離該住所（ *ablatio*轉控說），並將之藏於靠近行為人家的某一安全地方（*illatio*安置說）。

這些不同理論主要來自學說及司法見解因應刑事政策而啟發的觀點，特別是從十四世紀的後釋法學派或批判法學派的時期開始，這種趨勢繼隨十五世紀興起的人文主義而擴大其影響力，至十八世紀進入高峰期，有關懲罰的法律

13 Melo Freire, Pascoal José的前述著作, 第143頁。

14 Caeiro da Matta, José的前述著作, 第91頁; 也可參閱D’ Ors, Álvaro著«Derecho Privado Romano», 第6版, Pamplona出版, 1986年, 第368頁。

依據及刑罰的正當性都成為深入研討的對象。

眾多法學大師在這方面皆貢獻良多，尤需一提的是Bártolo de Sassoferrato (1313-1357) ，其對何謂“*contrectare*”的提問作答為：“*de loco ad locum amovere*”(移離所處位置)，即認同amotio 移離說的理據[15]，從而復現久被遺忘的羅馬司法見解的要求[16]。

另一位同樣應特別一提的大師是Benedikt Carpzov （1595-1666），其將Bártolo 給“*contrectatio*”的定義延伸，認為 “*amotio*”（移離）僅在行為人順利將物件“*o locus ad quem*”、即將物件移至其預計用作犯罪後匿藏之處方算完成。這學者於是被認為支持“ablatio轉控說”的界定 ，而事實上所反映的則是“*illatio*安置說”的觀點，因為學者本身主張“*contrectatio*”的完成，必需是竊賊按照其計劃將物件*extra illum locum*移離罪行發生地[17]。於是，由Carpzov帶出的一項重要區別就是真假contrectatio之分，隨後更發展成正式盜竊與非正式盜竊的區別。真*contrectatio*是指在ablatio rei （將物轉控的過程中）上文所強調的各項要件均齊備，而假*contrectatio*則是指在該過程中各項要件未齊備（iter criminis犯罪歷程 - 未完成），以及指*translatio ad alium usum contra voluntatem domini* （在違背物主意願下將物他用）的情況[18]。Carpzov 認為僅可對真的*contrectatio*實施死刑。

眾多法學大師的諸般努力，無非為阻擋針對盜竊罪所定的嚴刑 - 包括殘暴的身體傷害和死刑。通過這些努力，務求將這罪行拆分，從而減少實施死刑的個案，他們傾盡努力鑽研羅馬法的文獻及其相關評注，分析不同模式的盜竊有其不同特點，將未遂形態分開，務求在當時毫無爭議的*furtum est contrectatio* (盜竊就是竊取) 大前提下收窄*contrectatio*的定義，因應罪行接近終極完成之程度而判斷刑罰的輕重幅度。

主要從十九世紀開始在歐洲盛行的法典編纂，有助優化盜竊罪的定義，將過去視作非正式盜竊的行為獨立成不同罪狀，對於本文所探討的問題便出現了極為深入的學理探索。

可見，*contrectatio* 與 subtracção 字義的發展，主要受刑事政策的影響。

法益

澳門刑法典將盜竊罪（第197條）置於第二編（侵犯財產罪）的第二章（侵犯所有權罪），罪狀的界定由第一款規範，其表述如下：“存有將他人之動產據為己有或轉歸另一人所有之不正當意圖，而取去此動產者，處最高三年徒

15 Battaglia, Federico著«Furtum est Contrectatio, La Definizione Romana Del Furto E La Sua Elaborazione Moderna», Cedam出版, 2012年, 第105頁。

16 D’ Ors, Álvaro 著«Derecho Privado Romano», 第6版, Pamplona出版, 1986年, 第368頁。

17 Battaglia, Federico的前述著作, 第140頁及續後頁。

18 Battaglia, Federico的前述著作, 第9頁及續後頁。

刑或科罰金。”（譯者註：澳門刑法典對“subtrair”一字的中譯為“取去”），相同的罪狀界定見於葡國刑法典第203條第1款。

從編排系統來看，盜竊罪所專門保護的法益似是所有權，這也符合大部分學說的觀點。然而，如果發揮工具作用 - 主要令使用與享益得以正當進行 - 的掌控權被剝奪，所有權便毫無價值可言。當百萬富翁遭遇海難後爬上完全無法與外界聯繫的荒島，就不能支配或享受依法屬其所有的財產，對他來說他的財產便所值無幾。因此，部分學說亦主張盜竊罪專門保護的對象為：解作單純事實關係的對動產物之持有[19]、或在主體關係中對物件維持“安穩範圍”的占有[20]、或解作對物件有事實支配的持有或單純占有、又或指在法律層面有最起碼體現的針對物件的享益而具有的支配權[21]。

所以，有兩派主張，一派認為保護的對象為掌控（占有或持有），另一派則認為此對象為一種法律狀況（所有權，或用涵蓋面更廣的說法就是所有權及其他物權或享益債權）[22]。

然而，有人卻主張，直接保護的法益為占有，而間接保護的法益則為所有權，這在兩種關係分屬不同主體時便會發生[23]，也有人主張受保護的法益同時為物件的所有權及享益權的關係[24]，更有人主張盜竊所針對的主要為所有權、其次為占有[25]。

我們認同Gaetano Pecorella 的講法，認為將盜竊罪的保護限縮於法律狀況層面這論調過於簡單[26]，但他所維護的、認為保護對象為占有或持有這主張也同樣簡單。如果說盜竊行為總是針對一種不論有否與所有權結連的占有或持有之事實狀況，那麼有關物件的所有權或其他物權亦總難免會受到影響。所以，關於“他人之物”這要件，便不應將其保護對象單純放在“對物的事實支配”上，因為在這假設中當物件正由第三人正當占有時，便會令其所有人也會成為犯罪的積極主體。此外，上文提及的最後幾個觀點，在此姑且稱之為中間立場，其優點在於為盜竊罪存在複數消極主體這原則開路[27]，讓不論是單純的占有人或持有人，抑或是所有人，均可行使告訴權。

19 Manzini, Vicenzo著«Trattato di Diritto Penale Italiano», 第 9冊, 第4版, Torino出版, 第7頁。

20 Pagliaro, Antonio著«Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, III», Giuffre Editore出版, 2003年, 第 40頁及續後頁。

21 Costa, José de Faria, 載於«Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, tomo II», Coimbra Editora出版, 1999年, 第 30頁。

22 關於這兩派學說, 參閱Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo的前述著作, 第50頁及續後頁; 也可參閱Pecorella, Gaetano的前述著作, 第357頁及續後頁。

23 Conde, F. Muñoz著«Derecho Penal, Parte Especial», 第10版,Tirant lo Blanch出版, 1995年, 第 237頁。

24 Mantovani, Ferrano著«Diritto Penale, Parte Speciale», 第 2冊,第 5版, Cedam出版, 2014年, 第72頁。

25 參閱Pecorella, Gaetano的前述著作, 第357頁。

26 參閱Pecorella, Gaetano的前述著作, 第360頁。

27 參閱Pecorella, Gaetano的前述著作, 第361頁。

未遂和既遂

正如上文提及，盜竊罪的既遂時刻，正是學說就這犯罪爭論不休的一個課題，其答案隨歷史演變而不同，且與contrectatio和subtracção的定義變化有著緊密關係。既然盜竊罪的實質都蘊含在這兩字的定義內，圍繞這兩者定義的學說爭論於是扯到埋怨拿破崙刑法典沒有為subracção下定義而信任所謂 “法院的良好判斷”這做法上去[28]，不過Andre Vitu對“法院良好判斷”這講法從其對法國司法見解的批評所見，倒有點諷刺。事實上，法國法院長期參照十九世紀的一個裁判 -“L’Arrêt Beaudet”[29]，根據該裁判，法律上所講的盜竊僅發生於：“當作為罪行標的之物，在其正當持有者不知情及違背其意願下，從被其占有轉移至被犯罪者所占有；而所謂subtrair（竊取）則必需抓住、取去、奪走”。這觀點到上世紀初由Émile Garçon再演繹，認為subtracção（竊取）係指“invito domino”(變更主宰)之侵占。因此，真正的subtracção（竊取）只會發生在行為人對物件行使真正的占有、即齊備體素與意素的占有。

這個觀點其實係將ablatio轉控說再收窄，起初曾獲得司法見解的認同，後來卻被排斥，其地位由介乎amotio移離說與ablatio轉控說之間的傳統概念所取代，Andre Vitu對此感慨，認為這一變更不大符合subtracção (竊取)的定義[30]。

學說和司法見解的這些分歧同樣存在相同法律體制的其他國家，例如西班牙，學說領域對盜竊罪的既遂時刻有相對共識，認為這時刻與行為人對竊取物獲得最起碼、倘有或霎那支配的時刻相一致[31]。誠然這觀點獲得主流司法見解所認同，但對於這時刻的發生也偶有不同解讀。Vives Antón就曾批評一九七八年四月十六日最高法院在裁判中斷定竊賊得以支配竊取物的時刻為介乎逃走與被捕獲之間的時間差[32]，但這個裁判立場也獲得西班牙學說的支持，按照後者，一旦行為人理論上可支配竊取物 - 可消耗之或毀丟之，縱使實際沒有這樣做 - 據為己有便應視為實現[33]。

Antolisei也同樣認為行為人的“占去”（物件）要獲得自主的支配權才算成就，單純竊取而沒有這種占有方面的自主，以未遂處罰，但他也承認amotio移離說得到意大利學說和司法見解的支持，但仍表示對amotio移離說這準則有更換的期望[34]，可是，這期望直到今日起碼仍未在司法見解中實現。

28 Merle, Roger/Vitu, Andre 著«Traité de Droit Criminel Droit Penal Sepecial», 1982年, 第 1812頁。

29 “Il n’y a vol, dans le sens de la loi, que lorsque la chose object du délit passe de la possession du légitime détenteur dans celle de l’auteur du délit, à l’insu et contre le gré du premier; pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir”.

30 Merle, Roger/Vitu, Andre的前述著作, 第1829頁。

31 主流司法見解認為：在現行犯的情況，如對行為人的追截係在竊取之後立刻發生，則屬犯罪未遂；如在竊取與追截之間有任何時間差，即使是最短暫的，也屬犯罪既遂。

32 Vives Antón, Tomás S. 編«Comentarios ao Código Penal de 1995», 第2冊, Tirant lo Blanch出版, 1996 年, 第1123頁。

33 Rodrigues Deveza, J. Maria著«Derecho Penal Español, Parte Especial», 第11版, Dykinson出版, 1988年, 第421頁。

34 Antolisei, Francesco 著«Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, I», 第9版, Giuffre出版, 1986年, 第253頁及續

那麼，回到Andre Vitu的慨嘆，是否用法律為subtracção （竊取）下個定義就可解決這難題呢？不能，因為只要對subtracção（竊取）不硬加其本身沒有的意思、特別是硬將等同於“占去”的意義加在這字身上，實在沒有任何用字或言詞比subtracção更能表達盜竊行為的特點。其實subtracção（竊取）一字，不論本義或一般用語上都是解作隱秘地[35]、遮遮掩掩或隱蔽地取去（東西）。以下例子正是企圖對盜竊罪作更準確界定的一次失敗嘗試 - Zanardelli 法典(1889)第402條規定：“誰占去他人動產物以獲得利益，將之從所處位置取去...”- 企圖藉此對盜竊行為下一準確定義，將其與空間準則相連接，在所謂amotio移離說和ablatio轉控說之間確定既遂之時間點。然而，這種界定卻反過來成為一個不準確因素，理由不僅在於如何在該兩種理論中擇一有分歧，且空間準則也不能適用於所有情況，因為如認為物件所處位置係指受害人管控可及的範圍，便明白有可能發生無需變更物件所處位置的盜竊[36]。

上述情況後來被直至現在仍生效的Rocco法典（1930）所變更，該法典第624條將盜竊罪改寫為：“誰占去他人動產物，從其持有者竊取...” 。這樣看來，意大利立法者最終也認為subtracção（竊取）這字乃表達盜竊行為的最佳用字，並維持對“占去”的表述，subtracção（竊取）反映的是實施犯罪的時刻，而“占去”則代表犯罪既遂的時刻，一旦僅發生subtracção（竊取）而無“占去”，則iter criminis (犯罪歷程)仍處未遂[37]。然而，牽連兩個時刻，一為實施一為既遂，卻帶出聚焦於這兩時刻究竟係同時出現還是接續出現的新問題，而法律的表述方式，不論是Zanardelli法典 （“誰占去他人動產物...將之從所處位置取去...”）抑或是Rocco法典（“誰占去他人動產物，從其持有者竊取...”），皆令人覺得兩者是同時發生的，但主流學說卻不認同這觀點。

從澳門刑法典看這問題

要在澳門刑事立法中分析這一問題，就必須或起碼宜參詳葡國的情況，原因並非僅在於彼此的法律文化背景相近，同時也基於彼此的制度相同，無論在1886年刑法典及現行刑法典的框架下都是相同，正如上文所強調，澳門刑法典為盜竊罪所規範的要件完全與葡國刑法典所定的相同。

澳門刑法典並沒有明文要求需要占去物件，僅指出存有將他人動產物據為己有之不正當意圖而將之竊取（譯者註：法典的中譯為“取去”）。

應否定出這要求？不應該，因為立法者的意圖為將盜竊行為的重點放在subtracção（竊取）上。

後頁。

35 Manzini, Vicenzo的前述著作, 第152頁。

36 見Manzini, Vicenzo的前述著作, 第152頁, 以及Antolisei, Francesco的前述著作Parte Speciale, 第248頁。

37 Manzini, Vicenzo的前述著作, 第152頁及續後頁。

“subtracção”（竊取）並不是“占去”，但竊取一物但卻無從對之實施一種足以令竊取者從持有者取去該物的事實掌控是不可能的。我們之所以用事實掌控這表述而不用“占去”的講法，乃基於“占去”為一動態過程，這過程在盜竊罪中由物件被竊取開始，至犯罪者將物件安放妥當而完結。然而，這一動態過程所關乎的並非是犯罪既遂，而是與犯罪行為在何時終極完成或終結有關。

因此，犯罪的既遂或未遂的判斷標準應為：行為人是否已對物件擁有一種事實掌控、足以令物件的正當擁有者或持有者無從對之行使相同掌控。又既然盜竊罪是一種形式犯，行使事實掌控的時間長短與否便不重要。

假設，行為人存有不正當據為己有的意圖，從某珠寶店櫥窗拿取一個載有多件金器的盤子，但這一動作卻導致金器跌落地上，驚動了店主將它們收回[38]，行為人尚未對有關物件擁有真正的事實掌控，只是實現了取出物件的動作，但卻未能在這些物件上形成取替性的掌控，只有空洞的力量，不足以在物件上建立一種與其正當擁有者或持有者的占有或持有不可相容的管控關係，這種不可相容性以事實掌控的轉移為前提，而轉移則體現在subtracção（竊取）這行為內，是即時實現的，也正如法律條文用字本身所反映的。

按照舊法典，為判斷盜竊既遂的時刻而採用的標準，在學說和司法見解之間並沒有明顯爭議。Caeio da Matta非常肯定地認為，法典雖有錯誤的界定，但採取的是介乎contrectatio說 (這裡指變更物件的所在位置至terminus ad quem行為人預定之處而構成對占有的侵犯)與ablatio轉控說之間的觀點[39]，故當行為人從物主的財產活動範圍竊取了物件時便應視為犯罪既遂[40]。Beleza dos Santos也主張類似觀點，他認為subtracção（竊取）就是“侵犯持有者對犯罪標的物之看管或支配所擁有的事實掌控，以及由行為人取代之。”[41] Eduardo Correia 則持不同立場，但其理據則顯示學者本身也有疑惑，這從其對此問題所發表的觀點反映出來: “ 當竊賊仍未將物件袋袋平安，<u>似乎</u>還不能稱犯罪已既遂”[42]（底線為本文後加）。這位科英布拉大師致力尋求或維護足以解答所有刑法實踐問題之準則是人所共知的。正當防衛中的actualidade（現實性）原則，令不少學者特別是Beleza Santos不將犯罪既遂的時刻視為盜竊罪中 actualidade（現實性）的終極時刻，而是以現行犯（flagrante delito）的時刻為準。對於這課題Eduardo Correia則認為，從關係著盜竊罪之“拿取”概念不足以提煉出所有可能發生的結果（照原文），建議採取較嚴格的標準來界定既遂，但這標準卻沒有獲學說或司法見解所認同。

如果要在舊法典的基礎上就前述有關既遂時刻的理論指出葡國法院所傾

38 參閱載於«BMJ»第321期第316頁及續後頁的葡國最高法院1982年11月23日（第36777號案）裁判。

39 Caeiro da Matta, José的前述著作, 第141頁及續後頁。

40 Caeiro da Matta, José的前述著作, 第152頁及第153頁。

41 Leal Henriques/Simas Santos於其 «Código Penal Anotado», 第2冊, 第3版, 2000年, 第619頁引述的« RLJ» 第58年, 第252期。

42 Correia, Eduardo 著«Direito Criminal, II», （重印） 1971年, 第44頁, 註腳 1。

向的立場，可以說並沒有一致的標準，法院立場在amotio移離說與ablatio轉控說兩者中間搖擺，但較明顯傾向前者 - 有關最高法院的主流觀點，參閱前文述及的裁判（載於«BMJ»第321期第316頁及續後頁的23/11/1982 裁判）。

上指司法見解並沒有隨1982年刑法典的生效及其續後修改而有所改變，這種觀點可以說是受盜竊罪屬即時執行的犯罪之原則所導向，當行為人從物件占有者或持有者的占有中將之竊取及占有，形式上已屬既遂，無須講求行為人將竊取物安置妥當或穩妥，即使是短暫的也不講求，這些要件關乎的是犯罪者的行為在何時終結，而不是犯罪的既遂 – 參閱最高法院的眾多裁判，諸如：13-01-1988，卷宗編號39281，載於«BMJ»第373期，第279頁及續後頁; 21-07-1987，載於 «BMJ»第 369期，第376頁及續後頁; 22-05-1997，載於«STJ V,2»，第224頁及續後頁; 22-10-1998，卷宗編號726/98； 06-06-2001，卷宗編號1073/01-3; 30-03-2000，卷宗編號27/2000, 載於«STJ,VIII,1»，第243頁及續後頁; 29-03-2001，卷宗編號 110/01-5； 06-06-2001，卷宗編號1073/01.3。至於中級法院的司法見解，也沒有偏離這觀點，參閱波爾圖中級法院的下列裁判：06-02-2013，載於«RP XXXVIII,1»，第316頁及續後頁，以及里斯本中級法院的下列裁判：12-05-2015，卷宗編號 571/14.4GBMTJ.L1-9。

我們相信葡國的司法見解觀點最能切合葡國刑法典第203條第1款的行文以及入罪背後所要保護的法益。法律以盜竊罪來防犯的是占有者或持有者的正當占有或持有被侵害，而非專門防犯自盜竊者行為而生的違反法律狀況被穩固下來。此外，這一觀點與吸收盜竊罪之占取後使用暴力罪的行文最為相配[43]，那些主張在竊取後必需有一段時間以令行為人的自主支配權得以穩固的學說觀點在處理占取後使用暴力罪時便會遇上大難題及落入左右為難的困局。這個難題在意大利也曾被廣泛討論，該國刑法典第628條第2段規定，對於在竊取後隨即施行暴力或威嚇，以確保其本人或他人對竊取物的占有，又或為尋求其本人或他人不被懲處者，施予法典就搶劫罪所定的刑罰。將竊取後的緊接時間與維護對竊取物的占有兩者相連，反映出這種占有正是竊取的即時後果，正如Antolisei所認同的觀點，他主張既然暴力或威嚇並非發生在竊取之前、而是在竊取之後，對於盜竊後的緊接時間應理解為延續時間，不會超越現行犯的終結時間[44]。這觀點也是意大利司法見解的立場[45]。

為了迴避上指難題，Musco和 Fiandaca[46]主張，暴力和威嚇必須在竊取後的緊接階段內實施，但需在竊賊對他人物件的不法取得仍未穩定、對物件的自主操控尚未穩妥之前實施。這觀點與Mantovani相同[47]。然而，這樣的立場，除了難以理解外，明顯地在時間上有其不確定性，這不確定的程度令這觀點對刑法

43 按照Conceição Ferreira da Cunha的講法, 就是運用搶劫手段來保護盜竊得來的財物，故竊取後使用暴力罪吸收了盜竊罪及對應於用作保存或不返還竊取物而運用的手段之犯罪 – 參閱«Comentário Conimbricense ao Código Penal, II», 第193頁。

44 Antolisei, Francesco的前述著作 (Parte Speciale), 第329頁。

45 Ciafardini, Luciano/Russo, Nicola 著«Codice Penale Operativo», 第2版, Simone Editori出版, 2002年, 第 628頁。

46 前述著作, 第134頁及續後頁; 也可參閱Conceição Ferreira da Cunha的前述著作, 第197頁。

47 前述著作, 第106頁及續後頁。

適用而言不管用或甚至是不能接受。

對於澳門刑法典而言，在法律表述層面，情況跟葡國法完全相同，這不是單純基於本文提及的兩者法規相同，還加上在舊法典生效約一百年的期間，彼此都由相同的司法體系來處理有關問題。可以說，透過在同一法律制度下針對這些問題進行的長時間討論和分析，彼此都孕育了同一種或十分近似的文化及常規。

雖然彼此有這些相近之處，但終審法院認為僅構成犯罪未遂的情況，在葡國會以犯罪既遂來判處的可能也屬合理[48]。

有關這問題的不同理論，反映示出解答核心問題的困難，如何能找出一個可避免博弈式公正的恰當指引，這正是導致學說和司法見解之間出現分歧的原因，何況大家都明白學者每每喜歡使用諸如“最起碼的穩定”、“安穩範圍”之類的用語，Antonio Pagliaro提供了一個很好的例子，他認為盜竊罪係當物件離開了原持有人的安穩範圍而進入犯罪者的安穩範圍時，盜竊罪方既遂，這講法看似支持不法占有需有一定穩定性。然而，這學者隨即又指其認為竊取與占去（物件）僅在極罕有的情況下方會不同時發生，且僅接受在漸進形成故意的盜竊中方會有此假設情況出現[49]。可以說，Pagliaro毫不猶豫地背書了葡國主流司法見解的立場。

難題所在的另一面是如何正確理解所謂作用於物件上的事實掌控，針對這一點我們不能不認同Rodrigues Devesa 及受到Vives Antón 批判的西班牙最高法院的觀點，事實掌控並不單純蘊含於行為人的作為（做什麼），也蘊含於被掠奪財物者落入由行為人主宰的脆弱境況時行為人的可作為（可做什麼）。

我們作一假設，如果在終審法院所審理案件中的嫌犯行為，係在逃走過程中為免被抓獲犯罪的物質證據而將物件拋落海中，又或基於相同動機而在逃走至轉入某角落時將竊取物成功藏入一牆壁內，但之後卻因有第三人發現有關物件而將之據為己有，又或單純因嫌犯已不能正確辨別其藏匿物件之處而再無法復得。從既遂的角度分析，這些行為與實際被該法院審理的行為並沒有什麼分別，但我們感到疑惑的是：在這個假設中，竊取物不會被追回，而嫌犯僅會被判處犯罪未遂。

最後，還要談談的是，從這既遂即時論所牽引的問題中，有關正當防衛或犯罪中止方面的情況是怎樣？

關於正當防衛權的問題，未曾真實發生，在此只是進行理論探討而已。

法律容許作出某一形式上歸入一罪狀的事實，此乃“為擊退對行為人或第三人受法律保護之利益正在進行之不法侵犯...必要方法” – 澳門刑法典第31條。

採取正當防衛的其中一項要件，也是唯一因與犯罪既遂有緊密關連而值

48 然而，在此一提的是，在16/10/2008第08P221, JSTJ000案件的裁判中，最高法院曾提出異於犯罪瞬間既遂的觀點，認為必須在行為人的管控範圍有“趨近穩定的狀態”。不過，這問題並非與法院審理的案件直接相關，純屬理論層面的探討。

49 Pagliaro, Antonio著«Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, III» , Giuffre出版, 2003年, 第 81頁及續後頁。

得我們在此探討的要件，就是侵犯的actualidade（現實性），理由在於：因應法律規定，一旦侵犯已非正在進行，正當防衛的採用便受禁止，僅餘的就是在符合所需前提下採取緊急避險。

有意見認為，正當防衛僅可在犯罪的實施階段中採用，一旦iter criminis（犯罪歷程)發展至既遂狀況，便受禁止。然而， 學說卻將形式上的既遂（當罪狀的各項要件均齊備）與物質上的既遂分開 - 後者又稱為終極完成或終結(即行為人達致預期結果之時，對衡量不法性具有意義但卻無關罪狀的構成)，且對侵犯的現實性維持至這一最後時刻有相對共識。Roxin甚至為此而舉例，指當竊賊攜同竊取物在逃而被受害人追截，雖然犯罪已既遂但針對所有權的侵犯仍正在進行，這現實性一直維持至竊賊將盜得物安置妥當為止[50]。對於這情況Jescheck也強調，當竊賊攜同盜得物逃走而被受害人追截時，犯罪已既遂但尚未完結[51]。又即使是F. Antolisei，其就犯罪於何時既遂的觀點在上文已提及，但就正當防衛權的行使需符合“現實性”這要件上卻提出與既遂觀點相抵觸的立場，這學者舉例指當竊賊急忙逃走而被受害人追截時，犯罪雖既遂但仍有採取正當防衛的可能[52]。

Figueiredo Dias 認為，如某人為了防止另一人攜同竊取物逃走而對其開槍致其嚴重受傷，這種做法屬於正當防衛，且還指出這判斷不應因對盜竊罪的既遂時刻所主張的立場而有所影響[53]。

有關犯罪中止的不可能方面又怎樣？

首先要指出的是，在類似終審法院所審理個案中出現的罪犯被追截的情況下，根據澳門刑法典第23條第1款的規定，這個難題是不會存在的，因為犯罪中止僅在出於自願的情況下方有意義，當竊賊被受害人或第三人追截，便無中止可言。根據這第1款條文的最後部分，如果自願這要件成立，盜竊罪的行為人直至犯罪完滿終結前，仍可放棄其所實施的罪行[54]，但當犯罪行為已完滿告終或終結時，犯罪中止便不可能。行為人如願意則唯一可做的就是在第一審的審判聽證開始前，將竊取物交還或以相應價值彌補受侵害者的損失，且未有對第三人造成不正當損害，這樣行為人的刑罰將會得到特別減輕 – 澳門刑法典第201條第1款。

50 Roxin, Claus 著«Derecho Penal Parte General I» (Luzón Peña, Garcia Conlledo 及Vicente Remesal譯), Civitas出版, 1997年, 第621頁及續後頁。

51 Jescheck, Hans-Heinrich 著«Tratado de Derecho Penal, Parte General», 第2冊 (Mir Puig 及Muñoz Conde譯), Bosch出版, 1981年, 第705頁及續後頁。

52 Antolisei, Francesco著«Manuale di Diritto Penale, Parte Generale», 第9版, Giuffre出版, Milano, 1982年, 第256頁。

53 Figueiredo Dias, Jorge de 著«Direito Penal, Parte Geral», 第1卷, 第2版, Coimbra Editora出版, 2007年, 第413頁及續後頁。

54 有關這問題，參閱Simas Santos/Leal Henriques合著«Código Penal Anotado», 第1冊，第4版, 2014年, 第352頁及續後頁。

總結

誠然，學說和司法見解之間有一定分歧確實存在，但理由與是否有良好判斷力無關，而是基於法院的重任就是運用一些能足以顯示以最客觀及符合平等要求來適用法律的準則來主持公正，如果這些要件未被遵守，那講求罪狀原則和法律面前人人平等原則的意義便殘餘無幾了。

有關盜竊罪的既遂時刻這專門課題，學說經常在法律屬性的標準或邊際空泛的概念（占有的侵占、自主支配、進入竊賊的安穩範圍、針對有關物件有最起碼可接受的享益情況出現..等等）之間遊走，當將法律適用在實際情況時這些標準或概念便會導致極大分歧，法院寧願採取較易拿捏準繩的自然學派準則，例如拿取物件、將之從所處位置或從其所有人、占有人或持有人的管控範圍移離，這些準則雖不足以解決所有難題，但可讓決定的作出較易被法規的受眾所預見，以及達致較客觀和較低射幸性的公正。

然而，有必要承認的是，上文引述的有關盜竊罪既遂時刻的任一方案，除了較極端（contrectatio觸碰說及illatio 安置說）的觀點外，在學說領域皆有廣泛支持，從而反映出解決問題的困難所在。

正於上文所談及，法學大師和法官在漫長歷史中擔當著重要角色，以符合法律適用的具體條件來將法律條文的意義呈現出來。刑事政策的界定並非由法院負責，它們應由專門的法律工具載明或透過法律體制的整體來呈現，如果法院不採取以目的論主導的介入或有時甚至是帶創意的介入，刑事政策的執行必然會嚴重受阻。這就是說，同一法律，在不同的地方，在完全遵守有關法律解釋及適用的原則下，容許有不同的方案。

關鍵所在就是將法律置於其真實的適用背景下 - 澳門，一個非常依賴旅遊業、特別是博彩業的特別行政區，流動人口的比例甚高，社會紐帶起的作用較低，從而十分依賴制度的機動操作，以維持理想生活型態或最低限度令社會安定維持可接受的水平。所以，在這一視角下引用Musco 和Fiandaca 的說法有重要意義：盜竊的危險主要在於竊取行為非常陰險，是一種令人防不勝防的侵犯財產的方式[55]。

55 Musco/Fiandaca 的前述著作, 第54頁。

CRIME DE FURTO: TENTATIVA E CONSUMAÇÃO

Júlio Pereira[1]

INTRODUÇÃO

Constituindo o furto um crime de previsão universal e uma das condutas que mais precocemente mereceram a censura e a repressão penais, seria à partida de supor que eventuais controvérsias à volta de problemas como a tentativa e a consumação fossem temas do passado, ultrapassados pelo consenso doutrinal, pela capacidade orientadora da jurisprudência ou, quando tais contributos não bastassem, pelo poder assertivo da lei. Acontece porém que a longevidade do crime de furto, o primeiro do vasto elenco de crimes contra a propriedade ou, numa perspectiva mais ampla, dos crimes contra o património e as relações patrimoniais, propiciou um enorme acervo de debates doutrinais, também sobre esta temática em particular, nos quais nem sempre o elemento descritivo das normas tem tido o papel determinante.

O crime de furto situa-se no cerne das questões socialmente mais conflituantes pela sua associação à produção e distribuição dos bens, sua propriedade e gozo das respectivas utilidades, com os inevitáveis choques entre os beneficiários da riqueza e os que dela são excluídos, representando muitas vezes a configuração do crime uma clara expressão das opções político-sociais no que concerne ao elenco e à valoração dos diferentes bens jurídicos. As opções do legislador são diferentes em função nomeadamente da escassez ou da abundância de bens, da situação de guerra ou de paz, de normalidade ou de catástrofe, factores que entre muitos outros conferem maior ou menor relevância aos

1 Procurador-Geral Adjunto.

interesses patrimoniais em confronto com outros valores. A título de exemplo veja-se a situação vivida na Idade Média, com a previsão de penas duríssimas para pequenos crimes contra a propriedade ou à desproporcionalidade das penas impostas nos crimes contra a propriedade, quando em confronto com as previstas nos crimes contra as pessoas, na primeira metade do século passado.

Tais circunstâncias propiciaram que os crimes contra a propriedade e designadamente o crime de furto, que na generalidade dos países constitui o crime de ocorrência mais frequente, com um enorme impacto na paz social, tivessem ao longo do tempo sido objecto de diferentes abordagens, obrigando a doutrina e também a jurisprudência a recorrentes mudanças de rumo e tentando adequar o tratamento desta problemática às necessidades socialmente sentidas face à ocorrência e impactos do crime.

Uma das velhas questões que neste âmbito se suscita e para a qual séculos de discussão não permitiram ainda solução consensual refere-se precisamente ao momento consumativo do furto, sobre o qual subsistem em muitos países e também em Macau acentuadas divergências como, no que se refere à RAEM, se pode constatar pelos acórdãos de 22 de Maio de 2013 (P. n.º 24/2013) e de 30 de Setembro de 2014 (P. n.º 67/2014), que ilustram as divergências entre o Tribunal Colectivo do Tribunal Judicial de Base e o Tribunal de Segunda Instância, por um lado, e o Tribunal de Última Instância por outro[2].

O problema não emerge do Código Penal de 1995 porque já o velho código português de 1886, que vigorou em Macau até 31 de Dezembro 1995, tinha na sua configuração típica[3], nas palavras de Caeiro da Matta, uma formulação "pouco feliz"[4], desde logo porque, à semelhança do ocorrido em França com o código penal de 1810, o tipo dele constante[5] exigia uma reformulação operada por via doutrinal e jurisprudencial para dar significado à palavra *subtrair*, no contexto do mencionado crime com, segundo Maia Gonçalves, uma necessária ampliação do seu significado etimológico[6].

2 Os mencionados acórdãos tratam a questão no âmbito do crime de roubo. Todavia este problema coloca-se, tanto nos crimes de furto como de roubo, exactamente nos mesmos termos. Em ambas as decisões o problema da tentativa ou da consumação teve subjacentes situações em que os autores dos crimes foram perseguidos imediatamente após a subtracção.

3 Art.º 421.º: "Aquele que cometer o crime de furto, subtraindo fraudulentamente uma coisa que lhe não pertença..."

4 Caeiro da Matta, José, *Do Furto (esboço histórico e jurídico),* Coimbra, Imprensa da Universidade, 1906, pag. 154.

5 Art.º 379.º (vigente até 1994): "Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol."

6 Maia Gonçalves, Manuel Lopes, *Código Penal Português*, 4.ª edição, pag. 705.

A noção de furto teve sempre na sua base a ideia traduzida na definição dada por Paulus de uma "subtracção fraudulenta de coisa alheia"[7], noção esta que nos tempos modernos foi evidenciando dificuldades associadas quer à noção de coisa, com a emergência de bens como por exemplo a energia ou a despersonalização da propriedade e do património[8] iniciada com a concentração da vida económica e fortemente potenciada pela sua desmaterialização e progressiva transferência para plataformas digitais[9], quer com o conceito de subtracção, menos apto a lidar com estas novas realidades. Não obstante essas dificuldades a referida definição não perdeu ainda a sua centralidade no contexto do crime de furto.

A definição de Paulus, tem como elemento central a "*contrectatio*", cujo significado tem variado ao longo dos séculos, com conteúdo ora mais amplo ora mais restrito, podendo porém dizer-se que no direito português sempre teve o sentido de subtracção[10]. Previamente ao código de 1886, numa evidente colagem ao termo latino era traduzida por "*contrectação*"[11], que ainda hoje tem o aludido significado[12], e que Pascoal José de Melo Freire definia como "o acto pelo qual alguém tira com a mão uma coisa que está no domínio ou posse doutrem, e a muda de seu lugar para o efeito de se apoderar dela"[13]. Esta definição de subtracção, ainda não influenciada pela doutrina, designadamente a francesa, subsequente à aprovação do código penal napoleónico, não nos resolve porém o problema dado que a controvérsia sobre o sentido e alcance da "*contrectatio*" se transferiu para a "*subtracção*". Importa por isso, para uma análise mais fundada sobre o tema que nos propomos abordar, fazer uma breve referência à evolução do conceito de "*contrectatio*", que corresponde a "*subtracção*", palavra esta que assim se faz herdeira da polissemia que cerca de dois mil anos de desenvolvimento doutrinal conferiram ao termo latino. Antes de nos debruçarmos especificamente sobre a tentativa e a consumação aludiremos também,

7 *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possesionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere* – Digesta Iustiniani, 47.2.1.3, de acordo com a edição de Mommsen do texto latino – http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-47

8 Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo, *Diritto Penale, Parte Speciale, II*, Zanichelli Editore, 6,ª ed., pag. 2.

9 Sobre a noção de coisa v. Saragoça da Matta, Subtracção de Coisa Móvel Alheia, Os Efeitos do Admirável Mundo Novo Num Crime Clássico, in *Liber Discipulorum Para Jorge De Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pag. 1000 e ss e designadamente 1009 e ss.

10 Caeiro da Matta, José, *ob. cit.*, pag. 142, nota (1) contesta tal correspondência.

11 Melo Freire, Pascoal José, *Instituições de Direito Criminal Português*, BMJ n.º 155, pag. 143 e ss.

12 Contrectação significa sob o ponto de vista jurídico subtrair algo da posse ou do domínio de outrem – v. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, vol. II*, C.L., pag. 1070.

13 Melo Freire, Pascoal José, *ob. cit*., pag. 143.

pela sua importância para esta temática, à questão do bem jurídico tutelado pelo crime de furto.

CONTRECTATIO/SUBTRACÇÃO

A *contrectatio* constituia no direito romano a essencialidade do furto e traduzia-se numa subtracção ilícita de coisa móvel alheia. Segundo Caeiro da Matta, citando Hélie, a *contrectatio* envolvia dois momentos: a apreensão de coisa alheia (*rei alienae apprehensio*) e a sua remoção (*amotio de loco ad locum*)[14] .

Identificando furto com *contrectatio*, a doutrina e a jurisprudência foram ao longo dos séculos moldando o significado do último termo para o ajustar à conduta que queriam ver punida com o crime de furto. Praticamente até à chamada Idade das Luzes entendia-se que a melhor forma de conter os famintos e as hordas de delinquentes que inundavam a Europa era identificar a conduta furtiva com o simples toque numa coisa. E como então se entendia que *furtum est contrectatio*, assim surgiu a mais lata concepção sobre a consumação do furto, imprópria mas generalizadamente designada pela teoria da *contrectatio*. A esta foram-se sucedendo posições mais restritivas, exigindo-se que a conduta fosse corporizada no apanhar ou agarrar a coisa (*apprehensio*), posição esta depois complementada com nova exigência, de uma deslocação material da coisa (*amotio*) ou ainda da sua colocação fora da esfera de custódia do seu detentor (*translatio ou ablatio*) e até mesmo com a exigência de colocação da coisa pelo ladrão em lugar seguro (*illatio*). O conceito de *contrectatio* foi assim abarcando estas diferentes modalidades de conduta, pressupondo que tivessem como propósito retirar a coisa da esfera de domínio do seu proprietário ou possuidor e colocá-la no domínio do agente. Ilustrando as várias teorias com uma situação muito comum de furto, por exemplo de alguém que entra em casa alheia para aí subtrair um objecto, a conduta furtiva seria pelas diversas escolas apreciada, no que respeita à sua consumação, nos seguintes termos: o agente dentro da residência depara com o objecto sobre o qual coloca a mão (*contrectatio*); de seguida agarra no mesmo objecto (*apprehensio*) e guarda-o na sua algibeira (*amotio*); logo depois sai com ele da residência (*ablatio*) e vai guardar o objecto em local seguro próximo da sua morada (*illatio*).

Estas diferentes teorias resultaram essencialmente de inovações da doutrina e da

14 Caeiro da Matta, José, *ob. cit*., pag. 91. V. ainda D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 6.ª edição, Pamplona, 1986, pag. 368.

jurisprudência, por razões de política criminal, com especial ênfase a partir do século XIV com a escola dos pós-glosadores ou comentadores, tendência que foi ganhando terreno com o movimento humanista que se iniciou no século XV e atingiu o seu apogeu a partir do século XVIII, com profundos debates sobre os fundamentos do direito de punir e sobre a legitimidade das penas.

Muitos foram os contributos de diversos jurisconsultos, merecendo porém especial destaque Bártolo de Sassoferrato (1313-1357) que à pergunta sobre o significado de *contrectare* responde: *de loco ad locum amovere*, assim assinalando os fundamentos da teoria da *amotio*[15], pela recuperação de uma esquecida exigência da jurisprudência romana[16].

Grande destaque merece também Benedikt Carpzov (1595-1666) que, partindo da definição de *contrectatio* dada por Bártolo, vai mais longe acrescentando que a *amotio* só está completa quando o agente tenha alcançado com a coisa o *locus ad quem*, isto é, o local previsto para refúgio após o cometimento do crime. Daqui decorre que se atribua a este autor a formulação da teoria da *ablatio*, que na verdade corporiza a da *illatio*, já que o mesmo sustenta a necessidade, para a completude da *contrectacio*, da deslocação *extra illum locum*, para fora do local da ocorrência do delito, em conformidade com o planeado pelo ladrão[17]. Daqui parte Carpzov para uma distinção da maior importância, entre a *vera contrectatio* e a *ficta contrectatio*, que mais tarde estatariam na origem da distinção entre furto próprio e furto impróprio, respectivamente. A *vera contrectatio* é aquela que se traduz numa *ablatio rei* em que ocorrem todos os requisitos acima assinalados. A *ficta contrectatio* ocorre nos casos de *ablatio rei* sem os referidos elementos (incompletude do *iter criminis*) bem como nos casos de *translatio ad alium usum contra voluntatem domini*[18] . Carpzov sutentava que só aos casos de *vera contrectatio* poderia ser aplicável a pena capital.

O esforço dogmático destes e outros jurisconsultos teve por impulso a barbaridade das penas previstas para o crime de furto, que incluiam terríveis lesões corporais e a pena de morte, procurando por esta via promover a sua mitigação e reduzir os casos de aplicação da pena capital, através de um redobrado esforço exegético dos textos de direito romano e respectivos comentários, caracterizando diversas modalidades de furto, autonomizando a tentativa, procurando uma noção mais restritiva de *contrectatio*, no pressuposto então

15 Battaglia, Federico, *Furtum est Contrectatio, La Definizione Romana Del Furto E La Sua Elaborazione Moderna*, Cedam, 2012, pag. 105.

16 D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 6.ª edição, Pamplona, 1986, pag. 368.

17 Battaglia, Federico*, ob. cit.,* pag. 140 e ss.

18 Battaglia, Federico, *ob. cit.,* pag. 9 e ss.

indiscutido de que "*furtum est contrectatio*" e advogando o doseamento da pena em função do grau de aproximação da conduta delitiva ao crime finalizado.

O movimento de codificação surgido na Europa designadamente a partir do século XIX contribuiu para uma melhor definição do crime de furto, autonomizando em diferentes tipos condutas que eram tratadas como furto impróprio e gerou um enorme aprofundamento dogmático das questões de que estamos tratando.

Resulta do exposto que a evolução do significado de *contrectatio* e *subtracção* teve essencialmente a ver com razões de política criminal.

BEM JURÍDICO

O Código Penal de Macau insere o crime de furto (art.º 197.º) no capítulo II (crimes contra a propriedade) do título II (crimes contra o património). A previsão típica do crime é formulada no n.º 1 do referido artigo nos termos seguintes: "Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa", formulação idêntica à do n.º 1 do art.º 203.º do Código Penal português.

Da inserção sistemática parece resultar que o valor específico protegido pelo crime de furto é a propriedade, posição que de resto está de acordo com grande parte da doutrina. Todavia o direito de propriedade não tem qualquer valor se despojado dos poderes de facto relativamente aos quais exerce uma função instrumental que é a de legitimar designadamente o seu uso e fruição. De pouco vale o património ao milionário que, tendo naufragado e alcançado terra em ilha remota e desabitada sem qualquer possibilidade de comunicação com o exterior, não pode dispor ou gozar dos bens que de direito lhe pertencem. Por isso também parte da doutrina aponta como objecto de protecção específica do crime de furto a detenção de coisa móvel como mera relação de facto[19], a posse em nome da manutenção da "esfera de paz" nas relações intersubjectivas[20] ou a detenção ou mera posse como disponibilidade material da coisa; como disponibilidade da fruição das utilidades da coisa com um mínimo de representação jurídica[21].

Temos pois duas correntes uma das quais aponta como objecto de tutela o poder de

19 Manzini, Vicenzo, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Vol. IX, 4.ª ed., Torino, pag. 7.

20 Pagliaro, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, III*, Giuffre Editore, 2003, pag. 40 e ss.

21 Costa, José de Faria in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pag. 30.

facto (posse ou detenção) e outra um estado de direito (a propriedade ou, numa dimensão mais lata, a propriedade e outros direitos reais ou pessoais de gozo)[22].

Há porém quem identifique como bem jurídico directamente tutelado a posse e indirectamente a propriedade quando as mencionadas relações sejam encabeçadas por diferentes titulares[23] ou simultaneamente a relação de propriedade e de gozo da coisa[24] e ainda quem sustente que o furto agride principalmente a propriedade e subordinadamente a posse[25].

Concordamos com Gaetano Pecorella quando este refere que a tese segundo a qual a tutela do crime de furto se cinge às situações de direito padece de excessiva simplificação[26]. Mas a tese que defende que o objecto de tutela é simplesmente a posse ou detenção parece padecer de simplificação idêntica. Se é certo que a acção furtiva se dirige sempre contra uma situação de facto, a posse ou detenção, associada ou não a um direito de propriedade, certo é também que o direito de propriedade ou de outro direito real que incida sobre a coisa são sempre afectados. Daí o requisito da altruidade da coisa, algo que não seria de exigir se o objecto de tutela fosse simplesmente a sua disponibilidade material, hipótese em que também o proprietário da coisa, legitimamente na posse de terceiro, poderia ser sujeito activo do crime. Para além disso, as últimas posições apontadas, que designaremos como intermédias, têm a vantagem de abrir o caminho ao princípio do pluralismo dos sujeitos passivos do crime de furto[27], permitindo o exercício do direito de queixa tanto ao mero possuidor ou detentor como ao proprietário.

TENTATIVA E CONSUMAÇÃO

O momento consumativo do crime é, como já foi referido, uma das questões mais controversas no âmbito da dogmática sobre este crime e que ao longo do tempo tem tido diversas respostas, intimamente associadas ao significado que foi sendo atribuído às noções de *contrectatio* e de *subtracção*. Centrando-se a materialidade do crime de furto

22 Sobre ambas as teorias v. Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo, *ob. cit*., pag. 50 e ss e também Pecorella, Gaetano, *ob. cit.*, pag. 357 e ss.

23 Conde, F. Muñoz, *Derecho Penal, Parte Especial*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, 1995, pag. 237.

24 Mantovani, Ferrano, *Diritto Penale, Parte Speciale, II*, 5.ª ed., Cedam, 2014, pag. 72.

25 V. Pecorella, Gaetano, *ob. cit*., pag. 357.

26 Pecorella, Gaetano, *ob. cit.,* pag. 360.

27 Pecorella, Gaetano, *ob. cit.*, pag. 361.

nessas noções, a controvérsia doutrinal que à volta de ambas se gerou foi a ponto de se lamentar que o código napoleónico não tenha fixado uma noção de subtracção, confiando alegadamente no "bom-senso dos tribunais"[28]. A alusão ao bom-senso dos tribunais por parte de Andre Vitu está eivada de algum sarcasmo, como se depreende das críticas que faz à jurisprudência francesa. De facto os tribunais franceses tiveram durante muito tempo como referência um acórdão do século XIX, "L'Arrêt Beaudet"[29], segundo o qual só há furto, no sentido da lei "quando a coisa, objecto do delito passa da posse do legítimo detentor para a do autor do delito, sem o conhecimento e contra a vontade do primeiro; para subtrair é necessário agarrar, retirar, arrebatar". Esta posição foi no princípio do século passado reformulada por Émile Garçon que reconfigurou a subtracção como uma usurpação, *invito domino*, da posse. E por isso só haveria verdadeira subtracção exercendo o agente sobre a coisa uma verdadeira posse, reunindo *corpus* e *animus*.

Este ponto de vista, que se situa no âmbito mais restritivo da *ablatio*, tendo inicialmente colhido a aceitação da jurisprudência, viria depois a ser rejeitado em proveito da noção tradicional , entre a *amotio* e a *ablatio*, com o lamento de Andre Vitu, que considera esta inversão menos conforme com a noção de subtracção[30].

Estas divergências entre doutrina e jurisprudência existem também em outros países da mesma família jurídica. Em Espanha, por exemplo, há um relativo consenso doutrinal sobre o momento consumativo do furto que coincidirá com aquele em que o agente alcança uma disponibilidade mínima, eventual ou fugaz sobre o objecto subtraído[31]. Posição esta que é maioritariamente acolhida pela jurisprudência mas no âmbito da qual surgem ocasionalmente diferentes interpretações sobre a ocorrência desse momento. Neste contexto Vives Antón critica o acórdão do Supremo Tribunal de 16 de Abril de 1978 ao decidir que a disponibilidade da coisa subtraída se alcança no lapso que decorre entre a fuga e a detenção do ladrão[32], posição que de resto é sustentada por parte da doutrina espanhola segundo a qual a apropriação se deve dar por verificada logo que o agente possa

28 Merle, Roger/Vitu, Andre, *Traité de Droit Criminel Droit Penal Special*, 1982, pag. 1812.

29 "Il n'y a vol, dans le sens de la loi, que lorsque la chose object du délit passe de la possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit, à l'insu et contre le gré du premier; pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir".

30 Merle, Roger/Vitu, Andre, *ob. cit*., pag. 1829.

31 A posição maioritária da jurisprudência é no sentido de que, nos casos de flagrante delito, haverá tentativa se a perseguição do agente se iniciar imediatamente após a subtracção e crime consumado se entre a subtracção e a perseguição decorrer algum lapso temporal, ainda que mínimo.

32 Vives Antón, Tomás S. coor., *Comentarios ao Código Penal de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, 1996, pag. 1123.

teoricamente dispor da coisa subtraída, consumindo-a ou destruindo-a, ainda que o não faça[33].

Também Antolisei, para quem o apossamento por parte do agente exige a aquisição de uma disponibilidade autónoma, sendo a simples subtracção sem essa autonomia possessória punida a título de tentativa, reconhecendo embora que a tese da *amotio* tem o beneplácito da doutrina e da jurisprudência italianas manifesta a expectativa de mudança de rumo relativamente a tal critério[34], expectativa que, diga-se, não foi até hoje satisfeita pelo menos pela jurisprudência.

Será que, voltando ao lamento de Andre Vitu, uma definição legal do conceito de subtracção resolveria o problema? Não porque não existe palavra ou expressão que melhor caracterize a acção furtiva do que o termo "subtracção". Isto desde que não insista em dar à palavra o sentido que ela não tem e nomeadamente em lhe atribuir significado equivalente ao de apossamento, sendo certo que a palavra subtracção significa, tanto etimologicamente como na linguagem comum, retirar clandestinamente[35], subrepticiamente ou de forma oculta. Um bom exemplo da tentativa falhada de dar conteúdo mais preciso ao crime de furto é a do código Zanardelli (1889) que no art.º 402.º precrevia: "Quem se apossar de coisa móvel alheia para obter lucro, retirando-a do lugar onde se encontra..." pretendendo assim dar uma noção precisa da acção furtiva, vinculando-a a um critério espacial e consagrando o momento consumativo entre as chamadas teorias da *amotio* e da *ablatio*. Constatou-se porém que esta fórmula era antes um factor de imprecisão não apenas pelas divergências sobre qual das doutrinas consagrava mas também pelo facto de o critério espacial não dar resposta a todas as situações, sabido que pode haver furto sem mudança de lugar da coisa, quando por este se entenda o âmbito onde chegue a esfera de domínio do lesado[36].

Esta situação veio a ser alterada pelo código Rocco (1930), ainda vigente, que no art.º 624.º passou a definir o crime nos termos seguintes: "Quem se apossar de coisa móvel alheia, subtraindo-a a quem a detiver...". Isto é, também o legislador italiano acabou por reconhecer que o termo subtracção era o que melhor definia a acção furtiva, mantendo a referência ao apossamento, representando a subtracção o momento executivo do crime e o apossamento o momento consumativo, de tal forma que ocorrendo apenas subtracção sem apossamento, o *iter criminis* não ultrapassaria a tentativa[37]. Só que a alusão a dois

33 Rodrigues Deveza, J. Maria, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 11.ª ed., Dykinson, 1988, pag. 421.

34 Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, I, 9.ª ed., Giuffre, 1986, pag. 253 e ss.

35 Manzini, Vicenzo, *ob. cit*., pag. 152.

36 V. Manzini, Vicenzo, *ob. cit*., pag. 152 e Antolisei, Francesco, *ob. cit*, (Parte Speciale), pag. 248.

37 Manzini, Vicenzo, *ob. cit*., pag. 152 e ss.

momentos, o momento executivo e o momento consumativo, gera novos problemas centrados na questão da sua simultaneidade ou sucessão. A redacção da lei, tanto no código Zanardelli (quem se apossar de coisa móvel...retirando-a do lugar onde se encontra…) como do código Rocco (quem se apossar de coisa móvel alheia, subtraindo-a a quem a detiver...) dá a ideia de simultaneidade. Porém importante parte da doutrina não sustenta este ponto de vista.

A QUESTÃO À LUZ DO CÓDIGO PENAL DE MACAU

Apreciar esta questão no âmbito da legislação penal de Macau exige ou pelo menos recomenda ter em consideração o que se passa em Portugal, não apenas pela afinidade de culturas jurídicas mas também pela identidade de regime, quer no âmbito do código de 1886, quer do actual que, como foi salientado, prevê o crime de furto em condições idênticas ao código português.

O Código Penal de Macau não exige expressamente o apossamento da coisa, aludindo apenas à subtracção de coisa móvel alheia com ilegítima intenção de apropriação.

Deveria fazê-lo? Não porque o legislador pretendeu colocar o acento tónico da acção furtiva na subtracção.

Subtracção não é apossamento mas não é possível subtrair uma coisa sem que sobre a mesma se possa exercer um poder de facto que permita retirá-la a quem a detém. Preferimos a expressão poder de facto à de apossamento porque este é um processo dinâmico que, no caso do furto, se inicia com a subtracção da coisa e se completa com a sua colocação em lugar seguro por parte do agente do crime. Todavia, este processo dinâmico tem a ver, não com a consumação do crime mas com a sua finalização ou exaurimento.

Neste contexto, a existência de crime consumado ou crime tentado deve ter por critério a existência ou não de um poder de facto do agente sobre a coisa que torne incompatível o exercício de idêntico poder por parte do legítimo possuidor ou detentor. E sendo o furto um crime de consumação formal, não é relevante o tempo durante o qual tal poder tenha sido exercido.

Se por exemplo o agente, com intuito de ilegítima apropriação, retira da montra de uma joalharia um mostruário com objectos em ouro mas nesse acto os objectos caem no chão, alertando o respectivo dono, que os recupera[38], não chega a haver um real poder de facto sobre a coisa porque o agente, tendo logrado removar os objectos, não conseguiu

38 V. ac. de 23 de Novembro de 1982 (Proc. n.º 36.777) do STJ de Portugal, BMJ n.º 321, pag. 316 e ss.

porém criar sobre os mesmos um poder alternativo gerando-se como que um vazio de poder sobre a coisa, sem que tenha chegado a verificar-se sobre a mesma uma relação de domínio incompatível com a posse ou detenção do legítimo possuidor ou detentor. Essa incompatibilidade pressupõe uma transferência do poder de facto e sendo essa transferência consubstancial à subtracção, ela concretiza-se de forma imediata, como de resto decorre da própria letra da lei.

No domínio do velho código o critério a adoptar para efeitos da determinação do momento consumativo do furto não suscitou divergências assinaláveis entre a doutrina e a jurisprudência. Caeiro da Matta afirmava peremptoriamente que o código, embora com errada formulação, adoptava um critério intermédio entre as teorias da *contrectatio* (aqui entendida como violação da posse pela mudança de lugar da coisa para o *terminus ad quem*) e da *ablatio*[39], devendo dar-se o crime por consumado quando se realiza a subtracção da coisa à esfera de actividade patrimonial do proprietário[40]. Entendimento semelhante era o de Beleza dos Santos para quem a subtracção consiste "na violação do poder de facto que tem o detentor de guardar o objecto do crime ou de dispor dele e a substituição desse poder pelo do agente"[41]. Eduardo Correia sustenta posição diferente, mas em termos que evidenciam dúvidas por parte do próprio autor, como se depreende da forma em que enuncia a questão: "enquanto a coisa não está na mão do ladrão em pleno sossego não parece que possa dizer-se que haja consumação"[42] (sublinhado nosso). É conhecido o empenho do grande mestre de Coimbra em encontrar ou preservar critérios unitários aptos a dar resposta à totalidade das questões práticas de direito penal. O princípio da actualidade da legítima defesa levou a que vários autores, com destaque para Beleza dos Santos, advogassem no caso do crime de furto e como momento final da actualidade, não a consumação mas o flagrante delito. E neste contexto é que Eduardo Correia sustenta que da ideia de apreensão inerente ao crime de furto não são extraídas todas as suas virtualidades (sic), sugerindo critério mais rigoroso para a consumação, o qual nunca foi porém aceite, nem pela doutrina nem pela jurisprudência.

Se pretendessemos apontar o critério seguido pelos tribunais portugueses à luz do velho código, tendo por referência as apontadas teorias sobre o momento da consumação, poderíamos dizer que o critério não é unitário, oscilando entre as teses da *amotio* e da *ablatio*, com clara prevalência para a primeira – V. sobre a posição dominante do STJ o já

39 Caeiro da Matta, José, *ob. cit*., pag. 141 e ss.

40 Caeiro da Matta, José, *ob. cit*., pag. 152 e 153.

41 RLJ 58-252, ap. Leal Henriques/Simas Santos, *Código Penal Anotado*, 2.º vol., 3.ª ed., 2000, pag. 619.

42 Correia, Eduardo, *Direito Criminal, II* (Reimpressão), 1971, pag. 44, nota 1.

citado acórdão deste tribunal (Ac. de 23-11-1982, BMJ n.º 321, pag. 316 e ss.).

Esta jurisprudência não foi alterada com a entrada em vigor do código de 1982 nem com as alterações subsequentes, a qual, pode dizer-se, se tem orientado pelos princípios de que o crime de furto é de execução instantânea, que formalmente se consuma quando o agente subtrai a coisa da posse do possuidor ou detentor e a coloca na sua própria posse, não sendo necessário que coloque o objecto furtado em pleno sossego ou estado de tranquilidade, ainda que transitório, respeitando estes requisitos ao exaurimento e não à consumação do crime – V. entre muitos outros os acórdãos do STJ de 13-01-1988, P. n.º 39281, BMJ 373, pag. 279 e ss.; de 21-07-1987, BMJ 369, pag. 376 ss.; de 22-05-1997, acs. STJ V, 2, pag. 224 ss; de 22-10-1998, proc. 726/98; de 06-06-2001, P. 1073/01-3; de 30-03-2000, P. 27/2000, acs. STJ VIII, 1, pag. 243 e ss; de 29-03-2001, P 110/01-5; de 06-06-2001, P 1073/01.3. A jurisprudência das Relações não se tem afastado também deste paradigma como se pode verificar pelos acórdãos da Relação do Porto de 06-02-2013, acs. RP XXXVIII, 1, pag. 316 ss ou da Relação de Lisboa de 12-05-2015, P. 571/14.4GBMTJ.L1-9.

Cremos que a posição da jurisprudência portuguesa é a que melhor se coaduna com a redacção do n.º 1 do art.º 203.º do Código Penal Português e com a a protecção do bem jurídico que se encontra subjacente à incriminação. O que a lei pretende com o crime de furto é evitar que a posse ou detenção legítimas do possuidor ou detentor sejam lesadas e não propriamente evitar a consolidação da situação anti-jurídica alcançada com a conduta do agente. Para além disso esta é a posição que melhor se concilia com a redacção do crime de violência depois da apropriação, o qual consome o crime de furto[43]. As posições doutrinais que sustentam a necessidade de uma dilação temporal subsequente à subtracção para a consolidação de uma disponibilidade autónoma deparam com uma dificuldade de vulto e caem em enormes incongruências no tratamento do crime de violência após a apropriação. Este problema foi também amplamente discutido em Itália, cujo código penal no segundo parágrafo do art.º 628.º prevê a aplicação da pena prevista para o crime de roubo para quem recorra à violência ou ameaça imediatamente após a subtracção, para assegurar para si ou para outrem a posse da coisa subtraída ou para procurar, para si ou para outrem a impunidade. A associação entre a imediatez após a subtracção e a defesa da posse do objecto subtraído indicia que a posse é consequência imediata da subtracção, como reconhece Antolisei ao sustentar que a violência ou ameaça não precede o furto mas é subsequente, devendo a imediatez após a subtracção ser entendida como uma

43 Trata-se, segundo Conceição Ferreira da Cunha, da defesa do bem furtado através do meio de roubo, consumindo este crime, de violência após a subtracção, o crime de furto e o correspondente ao do meio utilizado para conservar ou não restituir as coisas subtraídas – V. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, II, pag. 193.

continuidade que não supere o termo do flagrante delito[44]. Esta é também a posição da jurisprudência italiana[45].

Procurando fugir a esta dificuldade Musco e Fiandaca[46] defendem que a violência ou ameaça têm que ser exercidas numa fase imediata à subtracção mas de precariedade da aquisição ilegítima da coisa de outrem, antes que se consolide o poder autónomo do ladrão sobre a coisa, posição esta que coincide com a de Mantovani[47]. É porém evidente que tal posição, para além de dificilmente perceptível, padece de tal grau de indeterminação temporal, que a torna imprestável ou mesmo intolerável para efeitos de aplicação da lei penal.

Ora, relativamente ao Código Penal de Macau a situação, sob o ponto de vista da redacção da lei, põe-se exactamente nos mesmos termos do direito português. Não apenas porque são idênticas as normas aqui referenciadas, mas porque esta temática foi tratada pela mesma jurisdição, ao abrigo do velho código, durante cerca de 100 anos. Isto é, geraram-se uma cultura e uma *praxis* idênticas ou muito próximas, pelo debate e análise durante longo tempo destes problemas ao abrigo de idêntico regime jurídico.

Não obstante as mencionadas afinidades, as situações que o TUI considererou constituirem apenas crime tentado poderiam com razoável probabilidade ser em Portugal punidas como crimes consumados[48].

As diversas teorias sobre este problema, evidenciam a dificuldade de dar uma resposta à questão essencial que é a de encontrar uma linha directora coerente, que evite uma justiça aleatória. E esta é exactamente a razão da divisão existente entre a doutrina e a jurisprudência. Até porque nem sempre é bem perceptível o que os autores pretendem dizer com expressões como "mínimo de estabilidade", "esfera de paz", etc. Um bom exemplo é-nos dado por Antonio Pagliaro. Considera este autor que o crime de furto se consuma quando a coisa sai da esfera de paz do titular originário e entra na esfera de paz do agente do crime. Com o que parece suportar a ideia de que se exige uma situação de estabilidade da posse ilegítima. Todavia, logo de seguida, considera que são muitos raros os casos em que a subtracção e o apossamento não são contemporâneos, só admitindo esta

44 Antolisei, Francesco, *ob. cit. (Parte Speciale),* pag. 329.

45 Ciafardini, Luciano/Russo, Nicola, *Codice Penale Operativo*, 2.ª ed., Simone Editori, 2002, pag. 628.

46 *Ob. cit*., pag. 134 e ss. V. também Conceição Ferreira da Cunha, *ob. cit*., pag. 197.

47 *Ob. cit*., pag. 106 e ss.

48 Refira-se todavia que, em acórdão de 16-10-2008, processo 08P221, JSTJ000, o STJ pronunciou-se num sentido não coincidente com a consumação instantânea do crime, advogando a necessidade de uma "tendencial estabilidade" na esfera de domínio do agente. Todavia esta questão não se prendia directamente com o caso em apreço pelo tribunal, constituindo mera reflexão teórica.

hipótese para os furtos do dolo de integração progressiva[49]. Isto é, Pagliaro subscreveria, sem qualquer hesitação, o entendimento dominante da jurisprudência portuguesa.

O problema reside ainda em saber qual o entendimento correcto de poder de facto sobre a coisa. E neste particular não podemos deixar de subscrever o entendimento de Rodrigues Devesa bem como do Supremo Tribunal espanhol, criticado por Vives Antón. O poder de facto não consiste apenas no que o agente faz mas também no que possa fazer numa situação de fragilidade do titular espoliado que fica dependente da decisão do agente.

Vamos supor que, nas condutas apreciadas pelo TUI, os arguidos, no processo de fuga, tinham lançado os objectos ao mar para não serem apanhados com a prova material do cometimento do crime; ou que, pelo mesmo motivo, ao virar de uma esquina, durante a fuga, tinham logrado esconder os objectos subtraídos numa parede, os quais nunca mais foram encontrados porque um terceiro os descobriu e deles se apropriou ou simplesmente porque os arguidos não conseguiram voltar a reconhecer o sítio exacto onde os haviam escondido. Sob o ponto de vista da consumação não há diferença entre estas condutas e as que foram apreciadas. Questionamo-nos porém sobre se em tais circunstâncias, em que os bens subtraídos não teriam sido recuperados, os agentes seriam punidos simplesmente a título de tentativa.

Que dizer, para terminar, sobre os problemas que a tese da consumação imediata levanta no que respeita à legítima defesa ou à desistência?

No que se refere ao direito de legítima defesa este problema verdadeiramente nunca existiu, não passando de mera discussão teórica.

A lei permite a prática de um facto que, integrando formalmente um tipo de crime, constitua um "... meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro" – art.º 31.º do CPM.

Um dos requisitos da possibilidade da legítima defesa, e o único que aqui nos interessa abordar pela estrita conexão com a consumação, é o da actualidade da agressão. Isto porque, face ao disposto na lei, uma vez que a agressão não seja actual, fica vedado o recurso à legítima defesa, restando o recurso à acção directa caso se verifiquem os necessários pressupostos.

Há quem entenda que a legítima defesa só pode ser exercida na fase de execução do crime e que tal passa a estar vedado logo que o *iter criminis* atinja o estádio da consumação. Tem porém a doutrina separado os conceitos de consumação formal (quando estão reunidos todos os elementos do tipo) e de consumação material, também designada por finalização ou exaurimento (momento em que o agente alcança os resultados pretendidos que,

49 Pagliaro, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Speciale*, III, Giuffre, 2003, pag. 81 e ss.

interessando à valorização do ilícito são alheios à estrutura do tipo) sendo relativamente consensual que a agressão se mantém actual até este último momento. Roxin dá até como exemplo a este respeito o caso do ladrão em fuga com o objecto subtraído, perseguido pela vítima, considerando que a agressão à propriedade se mantém actual, não obstante o crime estar consumado, actualidade que persiste até que o ladrão coloque a bom recato o objecto furtado[50]. Também Jescheck ilustra esta situação com o caso do ladrão que foge com a objecto furtado, sendo perseguido pela vítima, situação em que, diz o autor, o furto está consumado mas não terminado[51]. Mesmo F. Antolisei, cujas posições sobre o momento da consumação foram *supra* expostas, colide com elas neste contexto quando, a propósito do requisito da actualidade para o exercício do direito de legítima defesa, refere como exemplo da possibilidade deste exercício não obstante a consumação do crime de furto, o caso em que o ladrão foge com a presa e é perseguido pela vítima[52].

Figueiredo Dias refere o caso de alguém que dispara e fere gravemente outrem para evitar que este fuja com as coisas subtraídas, sustentando que a acção estará coberta por legítima defesa, acrescentando que a solução não deve ser prejudicada pela posição que se tome sobre o momento da consumação do crime de furto[53].

E que dizer sobre a impossibilidade de desistência?

Diga-se desde já que esta difuldade se não coloca nos casos de perseguição semelhantes aos apreciados pelo TUI dado que, nos termos do art.º 23.º, n.º 1, do CPM a desistência só é relevante quando seja voluntária, o que não ocorre com a "desistência" do ladrão que esteja a ser perseguido pela vítima ou por terceiros. Verificado que seja este requisito o agente do crime de furto poderá desistir de prosseguir na sua execução até à fase do seu exaurimento, nos termos da parte final do n.º 1 do mesmo artigo[54]. Uma vez finalizado ou exaurido o crime fica prejudicada a possibilidade de desistência, restando ao agente, se assim o entender, devolver a coisa subtraída ou reparar o ofendido pelo respectivo valor, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início do julgamento em 1.ª

50 Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General* I, (tradução de Luzón Peña, Garcia Conlledo e Vicente Remesal) Civitas, 1997, pag. 621 e ss.

51 Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* vol. II (trad. De Mir Puig e Muñoz Conde), Bosch, 1981, pag. 705 e ss.

52 Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 9.ª ed., Giuffre, Milano,1982, pag. 256.

53 Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pag. 413 e ss.

54 V. sobre esta questão Simas Santos/Leal Henriques, *Código Penal Anotado*, I, 4.ª edição, 2014, pag. 352 e ss.

instância, hipótese em que o agente verá a pena especialmente atenuada – art.º 201.º, n.º 1, do CPM.

CONCLUSÃO

Constata-se, pois, uma certa divisão entre a doutrina e a jurisprudência por razões que nada têm a ver com o bom-senso ou a falta dele mas com a especial função dos tribunais que é administrar a justiça com critérios que evidenciem que a lei se aplica com o máximo de objectividade e em condições de igualdade. De pouco valeriam os princípios da tipicidade e da igualdade dos cidadãos perante a lei se os mencionados requisitos não fossem observados.

Ora, especificamente no que se refere ao momento consumativo do crime de furto, a doutrina envereda frequentemente por critérios de natureza jurídica ou por conceitos de contornos tão vagos (usurpação de posse, disponibilidade autónoma, passagem para a esfera de paz do ladrão, ocorrência de um mínimo plausível de fruição das utilidades da coisa, etc.) que são susceptíveis de gerar uma amplíssima diversidade na aplicação da lei às situações concretas. Os tribunais priveligiam antes o recurso a critérios naturalísticos de maior precisão como a apreensão da coisa, a sua remoção do local onde se encontra ou do local que delimita a esfera de domínio do seu proprietário, possuidor ou detentor, critérios que, não dando resposta a todas as dificuldades, permitem uma decisão mais previsível para os destinatários da norma e uma justiça mais objectiva e menos aleatória.

Há no entanto que reconhecer que qualquer das acima mencionadas soluções quanto ao momento consumativo do furto, excepto no que respeita às posições mais radicais (*contrectatio* ou *illatio*), encontra amplo suporte na doutrina, o que afinal constitui reflexo da dificuldade inerente a esta questão.

Como tivemos oportunidade de verificar, os jurisconsultos e os juízes tiveram ao longo da história um importante papel na conformação da letra da lei com as condições concretas da sua aplicação. Não competindo aos tribunais a definição de políticas criminais, que devem constar de instrumentos legais específicos ou ser depreendidas do ordenamento jurídico no seu conjunto, a sua execução seria fortemente prejudicada sem uma intervenção teleologicamente orientada e por vezes até criativa dos tribunais. O que significa que, uma mesma lei, em diferentes locais, pode permitir, em pleno respeito pelos princípios da sua interpretação e aplicação, diferentes soluções.

O essencial é situar a lei no seu exacto contexto: Macau, Região Administrativa Especial, muitíssimo dependente do turismo e em particular da indústria do jogo, com elevada percentagem de população flutuante e, consequentemente, baixo nível de coesão

social, do que resulta uma grande dependência dos mecanismos institucionais para manutenção de padrões desejáveis ou pelo menos aceitáveis de segurança e paz social. E neste contexto será particularmente importante ter em conta as palavras de Musco e Fiandaca: a perigosidade do furto é sobretudo um reflexo da acentuada insidiosidade da conduta de subtracção, a qual constitui uma forma de agressão patrimonial contra a qual é assaz difícil organizar uma eficaz defesa preventiva[55].

55 Musco/Fiandaca, *ob. cit.*, pag. 54.

澳門刑法中的違令罪

方泉*

無論在刑事法律還是司法實踐中，違令罪都是本澳出現較為頻繁的罪名。在法律淵源上，違令罪除出現在澳門《刑法典》第312條之外，還散見於各單行刑法及附屬刑法條文。在司法實踐中，由於涉及對“令”的不同理解，違令罪的認定存在一定爭議。由於“令”主要涉及行政當局等有權限主體的公務行為，以致違令罪所涵蓋的犯罪圈面積較大，貌似與刑法的正當性及謙抑性要求存在一定的緊張關係。

一、《刑法典》第312條規定的違令罪

《刑法典》第312條的違令罪包括普通違令罪和加重違令罪。第一款規定，有法律規定，告誡在該情況下係以普通違令罪予以處罰者，或雖無法律規定，但該當局或公務員有作出相應告誡者，不服從由有權限之當局或公務員依規則通知及發出之應當服從之正當命令或命令狀的行為，構成普通違令罪，處最高一年徒刑，或科最高一百二十日罰金。第二款規定，如有法律規定，告誡在該情況下係以加重違令罪予以處罰者，則構成加重違令罪，刑罰最高為二年徒刑或二百四十日罰金。

違令罪的要件以“令”為核心，具體說來，按照葡國學者的見解，所謂命令或命令狀，須依照法律的規定發出，這既包括命令內容的合法性，亦要求發出程式或手續的合法性。[1] 總之，有正當合法的命令或命令狀，又有明確的告誡，在此前提下仍違反的行為即可構成違令罪。其中，有法律明確規定構成加重違令罪的，加重處罰。此外，需要區分的是，違令罪與輕微違反或行政違法不同，違令罪是犯罪。違令罪亦與《刑法典》第311條抗拒及脅迫罪不同，兩者都以反抗職務行為為客觀要件要素，但後者的行為方式以“暴力或嚴重威脅”

* 澳門科技大學法學院教授，法學博士，澳門刑事法研究會理事長

1 Leal Henriques, M. Simas Santos, Código Penal de Macau, Macau,1997, p. 896

為限，可以視為本罪的某種加重情形。

關於對“令”的正當合法屬性的判斷，亦是司法判決中認定違令罪的關鍵。以澳門中級法院一宗有關違令罪的上訴案件為例。[2] 2012年某日下午，澳門治安警察局警員在某酒家附近執行一項反賣淫行動時，發現嫌犯A不斷徘徊及停留，及對途經上述地點的男途人作出拋媚弄眼的動作，因此上前向嫌犯展示警員之身份，並要求嫌犯出示有效的身份證明檔。當時，嫌犯向警員出示了一本中華人民共和國護照，但警員懷疑嫌犯在上述進行賣淫活動，於是將嫌犯帶回警局作進一步調查。在警局內，經警員再三向嫌犯解釋被調查的原因，要求嫌犯按治安警察局之規定填寫身份資料聲明書及套取指紋程式，以作辨識身份之用，並需於完成相關程式後拍照存檔，但均遭嫌犯拒絕。之後，警員告誡嫌犯可能觸犯《刑法典》第312條的違令罪，但嫌犯仍極不合作以及不作出回應警方提出之任何問題。初級法院刑事法庭依據《刑法典》第312條第1款b)項，判決嫌犯A違令罪，判處三個月徒刑,緩刑一年。　A不服判決，向澳門中級法院提起上訴。上訴人A認為自己在沒有涉嫌任何犯罪之前提下被要求提供資料並被迫逗於警區屬非法措施，並非正當命令。中級法院援引葡國學者迪亞斯（Dias）的觀點認為，判斷一個命令是否正當應依據合法性原則，即發出命令者的權限以及命令的內容是否合法。本案中，治安警察為執行第6/97/M號法律第35條的實體，具有必然的正當性，且完全合法。上訴人當構成違令罪。至於賣淫行為屬於輕微違反或行政違法行為，與判斷命令是否正當並無關聯。

二、特別刑法中的違令罪

除《刑法典》外，特別刑法中多處都規定有違令罪，包括普通違令罪和加重違令罪。在單行刑法部份，關於普通違令罪，第6/97/M號法律《有組織犯罪法》第35條規定，被驅逐出境的非本地居民在兩年期限內再次入境的，構成普通違令罪。第6/2004號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第31條規定，嫌犯若不據實回答司法當局提出有關問題，構成普通違令罪。等等。關於加重違令罪，第11/2009號法律《打擊電腦犯罪法》規定，違反該法所規定之預防措施所涉命令或批示的行為構成加重違令罪。第17/2009號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》第17條規定，拒絕遵從有權限的當局或公務員的相關命令，且事先被警告有關刑事後果者，構成加重違令罪。等等。

在附屬刑法部份，規定有普通違令罪的如第5/94/M號法律《請願權的行使》，該法第17條規定，無理缺席有關聽證等行為構成普通違令罪；第11/2003號法律《財產及利益申報法律制度》第26條規定，不遵守由終審法院院長或廉政專員發出的提交申報書的命令的行為，構成普通違令罪。第5/2011號法律《預防及控制吸煙制度》第28條規定，不遵從有關監察命令的行為，構成普通違令

2　參見澳門中級法院第239/2013號上訴案判決

罪。第10/2012號法律《規範進入娛樂場和在場內工作及博彩的條件》第12條規定，不服從驅逐令或有關禁止進入娛樂場司法裁判或行政決定的行為，構成普通違令罪。澳門第10/2013號法律《土地法》第193條規定，非法佔用屬公產或私產的土地，且不服從行政長官依法發出的騰空土地的命令者，構成違令罪。同時規定普通違令罪和加重違令罪的如第2/93/M號法律《集會權及示威權》規定，違反本法規之規定舉行集會或示威的行為可構成普通違令罪，在集會或示威中攜有武器可構成加重違令罪。第5/2013號法律《食品安全法》第14條規定，拒絕讓執行職務的監察人員按本法有關規定進行監察的，構成普通違令罪；不遵守按本法有關規定而命令採取的措施的，構成加重違令罪。僅規定加重違令罪的如第8/89/M號法律《視聽廣播業務之法律制度》第77條規定，節目負責人或其署任人不遵守法庭的決定，允許觀看及聽取有關的節目或播出答覆，構成加重違令罪。第7/90/M號法律《出版法》第30條規定，違反有關刑事程式的規定，或出版已被法院命令停刊的定期刊物的行為，構成加重違令罪。第71/99/M號法令《核數師通則》第106條規定，故意不執行CRAC在行使其權限時發出之指令者，構成嚴重違令。第3/2001號法律《立法會選舉法》、第3/2004號法律《行政長官選舉法》分別規定，違反立法會選舉管理委員或行政長官選舉管理委員會發出的指引的行為，構成加重違令罪。第3/2007號法律《道路交通法》第92條規定，在禁止駕駛期間與公共道路上駕駛車輛的行為，構成加重違令罪。第11/2013號法律《文化遺產保護法》第96條規定，不遵守本法規定的有關命令的行為，可構成加重違令罪。

此外，特別刑法中的某些罪名雖然不被稱作違令罪，但與違令罪的罪狀相符，刑幅相當，實際上是違令罪的特別法，或可稱作“準違令罪”。例如，在單行刑法中，第6/96/M號法律《妨害公共衛生及經濟之違法行為之法律制度》第27條規定的違反財貨之徵用罪以及第6/2004號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第21條規定的非法再入境罪，都屬此列。同樣，附屬刑法中也存在此類“準違令罪”。例如，第2/2004號法律《傳染病防治法》第30條規定的違反防疫措施罪。還有一些條文沒有明確使用“違令罪”字樣，但顯然亦應構成違令罪，如第16/96/M號法令《酒店業及同類行業之新制度》第68條規定，酒店即同類場所執照持有人未按有關通知要求封閉場所，則須承擔違反公共當局正當命令之刑事責任。第4/2004號法律《軍事設施保護法》第14條規定，不服從澳門駐軍人員按本法規定發出的應當服從的命令者，行為人處最高一年徒刑或科最高一百二十日罰金。

三、第312條第一款b）項規定帶來的問題

由前述可知，《刑法典》第312條與大量出現在特別刑法中的違令罪條文實質上是一般法和特別法的關係，即特別刑法將《刑法典》所規定的違令罪中的“令”具體化、特定化了。不過，由《刑法典》第312條第一款b）項規定可知，普通違令罪不以法律的特別規定為必要，加重違令罪則特別要求“有法律

規定”。易言之，對普通違令罪，只要行為符合《刑法典》第312條第一款所規定的要件，即可認定罪名成立；加重違令罪所違反的“令”須有特別刑法中的明確規定方可認定。如第3/2001號法律《立法會選舉法》所規定的加重違令罪，其中的“令”特指立法會選舉管理委員或行政長官選舉管理委員會發出的指引，違反此“令”，即構成加重違令罪。 以初級法院的一宗案件為例。[3] 2013年立法會選舉期間，立法會選舉管理委員會先後公佈的第11/CAEAL/2013號指引規定，在投票當日，未經選舉管理委員會事先批准，禁止使用具錄影和拍照功能的手提電話或其他電子媒體方式記錄選民本人或第三人的選票，違者處以加重違令罪。甲於2013年09月15日9時10分，在鏡平學校(中學部)投票站的投票意向區內進行投票期間，使用手提電話拍攝投票的情況及結果，隨後被他人截停，甲的手提電話內顯示出三張關於投票意向書之照片。法院判定甲違反《立法會選舉制度》第58條第3款及立法會選舉管理委員會第11/CAEAL/2013號指引，構成一項加重違令罪，判處三個月的徒刑，暫緩兩年執行。

不過，如我們所見，儘管普通違令罪的成立並不以“令”有特別法律規定為必要，但特別刑法還是有多處對普通違令罪的“令”的描述。如第5/2011號法律《預防及控制吸煙制度》第28條所規定的普通違令罪中的“令”，由該條第三款第（二）項描述為“命令吸煙者停止吸煙，……”等具體內容。又如第10/2012號法律《規範進入娛樂場和在場內工作及博彩的條件》第12條規定的違令罪，其中的“令”是指驅逐令或有關禁止進入娛樂場司法裁判或行政決定。按照《刑法典》第312條第一款b）項的規定，即使沒有此處第12條的規定，禁止進入娛樂場的司法裁判或依法發出的行政決定顯然屬於正當合法的命令或命令狀，違反的行為仍可認定為普通違令罪。那麼，由此產生立法上的一個問題就是：第312條第一款b)項的規定是否使得a）項的規定並無必要？對普通違令罪的“令”的法律規定有無原則性立法標準？相應地，司法判決時也是如此，法院在認定普通違令罪時，是否直接依據《刑法典》第312條的規定即可，還是必須在浩繁的特別刑法中，找到有關“令”的特別規定？毋庸贅言，若僅從邏輯上分析，第312條第一款b）項的規定顯然遮蔽了a)項的規定。如此一來，既會令a）項規定虛無化，亦會使違令罪的犯罪圈面積極其闊大，可將行政當局的所有公務行為（當然須得正當合法）都置於刑法保護之下，這顯然會影響刑法的謙抑性，並動搖其正當性基礎。

四. 違令罪的罪質分析

“違令”一詞的本來含義就是“不服從”。無論是在世俗社會的政治法律語境中，還是在宗教傳統語境中，不服從都是某種“原罪”。近代以來，隨著父權主義政治倫理的崩塌，人權、自治觀念的勃興，對不服從行為的正當性辯

3 參見澳門初級法院第CR4-13-0168-PSM號判決

護日益增多，特別是自盧梭開始的公民不服從行為，伴隨甘地的非暴力不合作運動及馬丁·路德·金的黑人解放運動，更令諸多學者從各種理論路徑，包括從道德權利、憲法權利、道德義務、憲法義務等角度，論證不服從行為的正當性。如羅爾斯認為，公民不服從是訴諸良心的政治行為，具有正當性。[4] 即便如此，現代刑法中仍有不少將不服從行為入罪的立法例。這是因為“公民不服從”的政治性與刑事立法的正當性並不衝突。現代刑事立法以損害法益為其正當性原則。法益，即刑法所保護的利益。自十九世紀以來，在大陸法系，法益侵害說逐步取代權力侵害說，成為有關犯罪實質的主流學說。法益說對於刑事立法提出的要求就是，要將某個行為入罪，必須基於該行為損害了某種法益。狹義上，法益的主體僅為人，即人的生活利益。及至晚近，對法益的理解逐漸采廣義說，法益可以分為個人法益、社會法益和國家法益。簡言之，設立殺人罪，因其損害了人的生命法益，設立盜竊罪，因其損害了財產法益。設立火警罪，引起損害了公共安全，設立叛國罪，因其損害了國家安全。那麼，本澳的違令罪到底罪質為何，或者說違令行為所損害的法益為何？

《澳門刑法典》分則五編的標題分別代表了五類受刑法保護的法益，即人身、財產、和平及人道、社會生活、本地區安全。違令罪被放在第五編第三章“妨害公共當局罪”。不過，公告當局及其公務行為本身並非法益，或者說，刑法不能單單用以保護公共當局的權威，只有當公共當局的行為包含了某種法益時，不服從命令的行為才可以入罪。例如，美國加州《交通法典》（California Vehicle Code）第2800.1條亦規定，故意違反交警的命令將構成輕罪，例如強行通過已被交警封閉的事故現場道路（緊急避險除外）的行為，違者可被處以六個月以下監禁。又如臺灣地區刑法第149條公然聚眾不遵令解散罪。此類立法顯然意在保護公共秩序或公共安全法益，並非僅僅依據一個對公共當局法令行為的一般性定義，單純為維護公共當局的權威。然而，根據澳門《刑法典》第312條b）項的規定，某些被認定為普通違令的行為實際上除了損害了公共當局的權威之外，並未損及其它法益。

除了厘清本罪所保護的法益性質，與“令”有關的程式性規定亦須加以考量。由前文所述女嫌犯拒絕表明身份的案例可知，只要在被警員問及個人資料而拒絕提供，經告誡仍拒絕提供，那麼，無論行為人已經實施了行政違法行為、輕微違反行為抑或犯罪行為，除去接受相應的行政處罰、刑罰外，都還會另外構成違令罪。可是，警員對於行為人拒絕表明身份真的無計可施而只能以構成違令罪為威嚇麼？現有法律規定並非如此，根據澳門《刑事訴訟法典》第233條第二款規定，在此種情況下，刑事員警機關可以強迫涉嫌人逗留於警區不超逾六小時。易言之，帶回警局強迫逗留已是某種後續措施，此時一定要施以違令罪的刑事責任，則其並未“保護”任何法益，它保護的僅僅是“令”的權威性，而後者並不直接屬於法益。此外，需要注意的是，本澳的違令罪亦不同於類似近代以來首先由法國所設立的違警罪，後者類似行政違法之類較輕罪更輕微的損害法益的行為。

4 John Rawls，A Theory of Justice，（Oxford: Oxford University Press)，1999， p. 319

不過，與拒絕表明身份的情形相比，一些有法律規定的“令”，尤其是加重違令罪的“令”的確關乎某種法益。如前述立法會選舉期間的違令罪案件，指引的內容本身關乎選舉公平這一法益，同時，對於指引中有關破壞選舉公平的行為並無相應處罰。因此，以加重違令罪作為損害法益行為的後果是適當的，易言之，此時，（加重）違令罪保護了法益，因而刑罰是正當的。可見，某些違令罪的設立的確保護著某種法益，而將違令罪門檻降低至危及其正當性的應該是第312條第一款b）項的規定。它使得犯罪圈門戶大開，極易出入人罪。

結論：刪除第312條第一款b）項規定且合併表述違令罪

綜上所述，本澳刑法對違令罪的設立須檢視其正當性和謙抑性。首先，從刑事立法的正當性看來，第312條第一款b)項的規定導致所有公共當局的行為（當然須是合法的）均可由刑罰維護其權威性，這導致犯罪圈的部分內容，亦即其中並未損害法益的違令行為入罪是不具有正當性的。還有兩種情況則是，行為具有損害性，但已經有相應罰則，或行為雖不具有損害性，但程式法已經為公共當局規定了進一步的對應措施（如前文所述《刑事訴訟法典》第233條第二款的規定），則將有關違令行為入罪亦是不具有正當性的。其次，基於刑事立法的謙抑性，始於貝卡利亞的宣導，在可以實現規範保護目的的前提下，刑罰應當儘量輕微。[5] 對違反所有的“令”的行為皆予處罰，且加重違令罪最高處三年徒刑的規定並不能滿足刑事立法的謙抑性要求。

由此，筆者認為，應當將刪除第312條第一款b）項內容，然後將兩款合併，不區分普通違令罪及加重違令罪，條文可表述為“有法律規定，經告誡仍不服從由有權限之當局或公務員依規則通知及發出之應當服從之正當命令或命令狀者，構成違令罪，處最高一年徒刑或可一百二十日罰金”。與此對應地，特別刑法在將“令”具體化時，應當以行為具有法益損害性且並無其他罰則為限。如此，既可明確《刑法典》與特別刑法的一般法與特殊法的關係，又能保障違令罪條文亦其保障法益的規範目的而獲得正當性。

5 貝卡利亞著，《論犯罪與刑罰》，黃風譯，大百科全書出版社，1993年，第42頁

O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA À LUZ DA LEI PENAL DE MACAU

Fang Quan[1]

Em Macau, o crime de desobediência é um dos crimes mais comuns tanto no âmbito normativo da lei penal como no âmbito da *praxis* forense. No que diz respeito ao seu enquadramento legal, o crime de desobediência encontra-se previsto no artigo 312.º do Código Penal (CP) de Macau, mas também em leis penais avulsas, dita legislação extravagante, e demais normas subsidiárias de carácter penal. Sendo que, na prática forense, não é unânime o entendimento acerca da "ordem", existindo, pois, alguma controvérsia quanto à constituição do crime de desobediência. Desde logo, porque a "ordem" diz respeito a actos praticados, no exercício de funções públicas, pelas entidades administrativas competentes, fazendo com que o crime de desobediência atinja um maior universo jurídico-criminal. O que nos leva a crer que tal amplitude potencia uma situação de tensão entre a legitimidade e a subsidiariedade do Direito Penal.

1. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA CONSAGRADO NO ARTIGO 312.º DO CP

O artigo 312.º do CP, vulgo crime de desobediência, regula tanto o crime simples como o crime qualificado. Ora, se *ex lege*, o caso concreto couber na previsão legal do crime de desobediência simples, dispõe o n.º 1 do referido artigo que quem faltar à obediência devida a ordem ou mandado legítimos, regularmente comunicados e

1 Professor da Faculdade de Direito de Universidade de Ciência e Tecnologia de Macau, Doutor em Direito, Director da Associação de Estudo de Direito Criminal de Macau.

emanados de autoridade ou funcionário competentes para a emanação de tais ordens, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias. Por seu turno, o seu n.º 2 estatui uma pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias para os casos de crime de desobediência qualificada.

O conceito de "ordem" constitui o âmago do tipo-legal do crime de desobediência. Segundo o entendimento de vários autores portugueses, tais ordens ou mandados deverão ser sempre emitidos de acordo com as disposições legais. Isto significa que têm de ser lícitos, não só quanto ao seu teor, mas também quanto ao procedimento ou formalidade que a lei exija para a sua emissão[2]. Em suma, comete crime de desobediência todo aquele que faltar à obediência devida, à ordem ou mandado legítimos, desde que regularmente comunicados. Ora, a pena será necessariamente mais gravosa nos casos de crime de desobediência qualificada. Importa distinguir o crime de desobediência das contravenções ou infracções administrativas, uma vez que ao primeiro lhe é atribuído o qualificativo de crime. O crime de desobediência é, no seu cerne, diverso do crime de resistência e coacção, que se encontra previsto no artigo 311.º do CP. A objecção aos deveres é pressuposto objectivo do tipo de ambos os crimes, todavia, o *modus operandi* do último crime traduz-se em violência ou ameaça grave, circunstâncias tais que podem assumir uma agravante do primeiro crime.

O juízo acerca da natureza da legitimidade e da legalidade da "ordem" é uma componente essencial para a decisão judicial. A título *exemplificativo*, tenhamos presente um caso julgado no Tribunal de Segunda Instância de Macau[3]. O caso retrata uma situação, ocorrida no ano de 2012, no âmbito de uma operação de combate à prostituição levada a cabo por agentes da Polícia de Segurança Pública nas proximidades de um determinado hotel, na qual se apurou que a entretanto constituída arguida deambulava pela zona circundante, lançando olhares "insinuadores" a um comum cidadão do sexo masculino, no passeio do dito local. Pelo que os agentes policiais, provada a sua qualidade, lhe pediram que se identificasse mediante a apresentação de bilhete de identidade. A então arguida identificou-se com o passaporte da República Popular da China. De seguida, e uma vez suspeita de que se dedicava à actividade de prostituição, encaminharam-na ao posto policial a fim de se proceder à realização de diligências com intuito investigatório. Aí encontrados, os agentes da PSP informaram a arguida do motivo da investigação e, depois, solicitaram-lhe que preenchesse a

2 Leal Henriques, M. Simas Santos, *Código Penal de Macau*, Macau, 1997, p. 896.

3 *Vide* acórdão n.º 239/2013 do Tribunal de Segunda Instância de Macau.

Declaração de Identidade e fosse sujeita ao processo de recolha de impressões digitais, para efeitos de identificação, indicando-lhe ainda que, após os respectivos processos, seria também necessário proceder ao seu registo fotográfico para efeitos de arquivo. Solicitações essas recusadas peremptoriamente pela arguida. De seguida, as autoridades advertiram-na que, no caso de recusa, incorreria no crime de desobediência estatuído no artigo 312.º do CP. Não obstante tal advertência, a arguida de forma reiterada continuou a recusar-se a colaborar com as autoridades, não respondendo a quaisquer perguntas a si dirigidas. Para os devidos efeitos, o Tribunal Judicial de Base condenou a arguida pela prática de um crime de desobediência previsto e punível pelo artigo 312.º, n.º 1, al. b), do CP de Macau, com pena de prisão de três meses, suspensa na sua execução por um ano. Inconformada com a decisão, a arguida veio dela recorrer para o Tribunal de Segunda Instância, alegando que a sua conduta não preenchia o requisito objectivo do tipo legal de crime, a acrescer o facto de a autoridade policial não poder proceder à sua identificação e, nessa medida, tal comportamento era ilegal, porque a "ordem" era ilegítima. O Tribunal de Segunda Instância adoptou o entendimento do Prof. Dr. Figueiredo Dias que considera que, para julgar e se determinar se uma ordem é legítima, importa apurar se o emissor da ordem terá ou não competência para o efeito e se o teor da ordem estará conforme ou não com o princípio da legalidade. No caso concreto, a polícia era detentora da legitimidade necessária, enquanto entidade executora do disposto no artigo 35.º da Lei n.º 6/97/M e, também era legal a ordem por si emanada. Atento o exposto, a conduta da arguida encontrava-se prevista no âmbito normativo do crime de desobediência. A ordem emanada da polícia é evidentemente legítima, independentemente da prostituição ser uma infracção de natureza administrativa ou contravencional.

2. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA NO DIREITO PENAL ESPECIAL

Além do Código Penal, o crime de desobediência, quer simples quer qualificada, também se encontra previsto em leis penais especiais: de acordo com o artigo 35.º da Lei n.º 6/97/M (Lei da Criminalidade Organizada), cometem um crime de desobediência simples os não residentes a quem tenha sido aplicada a medida da expulsão do território e que venham a reentrar no território no prazo de dois anos; o artigo 31.º da Lei n.º 6/2004 (Lei da Imigração Ilegal e da Expulsão) dispõe que o arguido está obrigado a responder com verdade às perguntas que lhe forem feitas pela autoridade judiciária, sob pena de incorrer na prática do crime de desobediência. Quanto ao crime de desobediência qualificada, por força do disposto na Lei n.º

11/2009 (Lei de Combate à Criminalidade Informática), a recusa do cumprimento das ordens e despachos relacionados com medidas cautelares previstas no mesmo diploma constitui crime de desobediência qualificada; segundo o artigo 17.º da Lei n.º 17/2009 (Proibição da produção, tráfico e consumos ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas), quem se opuser a ordens emanadas por autoridade ou funcionário competentes, depois de advertido das consequências penais da sua conduta, incorre num crime de desobediência qualificada.

No âmbito das normas subsidiárias de carácter penal, o artigo 17.º da Lei n.º 5/94/M (Exercício do Direito de Petição) prevê que a falta de comparência injustificada a determinados actos, designadamente audição, constitui crime de desobediência; à luz do disposto no artigo 28.º da Lei n.º 5/2011 (Regime de prevenção e controlo do tabagismo), quem não obedecer à ordem de fiscalização emanada incorre no crime de desobediência simples; por força do disposto no artigo 12.º da Lei n.º 10/2012 (Condicionamento da entrada, do trabalho e do jogo nos casinos), é punido a título de desobediência simples quem não cumprir a ordem de expulsão de casino ou decisão judicial ou administrativa que interdite a entrada em casinos; o artigo 193.º da Lei n.º 10/2013 (Lei de terras) prevê que quem ocupar ilegalmente terrenos do domínio público ou do domínio privado e não obedecer a ordem de desocupação, determinada pelo Chefe do Executivo nos termos da lei, é punido pelo crime de desobediência. Existe toda uma panóplia de diplomas legais incorporados em disposições que regulam tanto o crime de desobediência simples como o crime de desobediência qualificado, tais como, por exemplo, a Lei n.º 2/93/M, de 17 de Maio (Direito de Reunião e de Manifestação), que dispõe que quem violar a disposição relacionada com reuniões e manifestações é punido pelo crime de desobediência; as pessoas que sejam portadoras de armas em reuniões ou manifestações incorrem na prática do crime de desobediência qualificada; o artigo 14.º da Lei n.º 5/2013 (Lei de segurança alimentar) prevê que incorre no crime de desobediência simples quem se opuser às acções de fiscalização a efectuar, nos termos previstos no mesmo diploma, pelo pessoal de fiscalização no exercício das suas funções; e constitui crime de desobediência qualificada o incumprimento das medidas determinadas nos termos previstos no diploma. Já de entre os diplomas onde apenas se prevê o crime de desobediência qualificada contam-se, por exemplo, a Lei n.º 8/89/M (Regime da Actividade de Radiodifusão), cujo artigo 77.º estatui que constitui crime de desobediência qualificada o não acatamento pelos responsáveis da programação, ou por quem os substitua, de decisão judicial que ordene o visionamento ou audição do programa ou a transmissão de resposta; o artigo 30.º da Lei n.º 7/90/M (Lei de Imprensa) prevê que constituem crimes de desobediência qualificada as violações às disposições processuais de natureza penal, bem como a

publicação periódica cuja suspensão haja sido judicialmente decretada; o artigo 106.º do Decreto-Lei n.º 71/99/M (Estatuto dos Auditores de Contas) dispõe que comete crime de desobediência qualificada quem dolosamente não cumprir as instruções da Comissão de Registo dos Auditores e Contabilistas (CRAC) proferidas no exercício das suas competências; a Lei n.º 3/2001 (Lei Eleitoral para a Assembleia Legislativa da RAEM) e a Lei n.º 3/2004 (Lei eleitoral para o Chefe do Executivo) prevêem respectivamente que, quem não cumprir as instruções dadas pela Comissão dos Assuntos Eleitorais da Assembleia Legislativa (CAEAL) ou pela Comissão de Assuntos Eleitorais do Chefe do Executivo (CAECE) incorre no crime de desobediência qualificada; o artigo 92.º da Lei n.º 3/2007 (Lei do Trânsito Rodoviário) prevê que quem conduzir um veículo na via pública durante o período de inibição efectiva de condução é punido por crime de desobediência qualificada; o artigo 96.º da Lei n.º 11/2013 (Lei de Salvaguarda do Património Cultural) prevê que é punido pelo crime de desobediência qualificada quem não cumprir as ordens elencadas no diploma.

Além disso, no âmbito da lei penal especial, existem crimes que não são intitulados como crimes de desobediência, pese embora tenham a mesma tipicidade e moldura penal. De facto, estes crimes são integrados em legislação especial que regula crimes de desobediência, mas a estes designamo-los "semi-crimes de desobediência". A título exemplificativo, entre as leis penais avulsas, integra-se nesta categoria o não cumprimento da requisição de bens, que está previsto no artigo 27.º da Lei n.º 6/96/M (Regime jurídico das infracções contra a saúde pública e contra a economia) e a reentrada ilegal, prevista no artigo 21.º da Lei n.º 6/2004 (Lei da Imigração Ilegal e da Expulsão). Por outro lado, encontram-se previstos os semi-crimes de desobediência nas normas subsidiárias de carácter penal, de entre as quais: o artigo 30.º (Infracção de medida sanitária preventiva) da Lei n.º 2/2004 (Lei de prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis); e, apesar de não ter a designação de crime de desobediência, o artigo 68.º do Decreto-Lei n.º 16/96/M, que regula o novo regime de actividade hoteleira e similar, prevê a imputação de responsabilidade criminal, a título de desobediência, a todos aqueles que, notificados por mandado legítimo da autoridade pública no sentido de procederem ao encerramento imediato dos seus estabelecimentos, ainda assim não os encerrem; já o artigo 14.º da Lei n.º 4/2004, que regula a protecção das instalações militares, prevê que quem faltar à obediência devida a ordem do pessoal da Guarnição, emitida ao abrigo do disposto do mesmo diploma, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

3. QUESTÕES INERENTES À ALÍNEA B) DO N.º 1 DO ARTIGO 312.º

Atento o exposto, trata-se no fundo de uma dialéctica entre lei geral e lei especial, aquela que norteia a relação entre o artigo 312.º do CP e os outros crimes de desobediência previstos nas leis penais especiais. Isto é, a lei penal especial determina com maior rigor o alcance do preceito "ordem" que se encontra previsto no crime de desobediência. No entanto, atento o teor da alínea b) do n.º 1 do artigo 312º do CP, o crime de desobediência simples não carece de uma "disposição legal", ao invés do crime de desobediência qualificada. Por outras palavras, para preencher o tipo-legal do crime de desobediência simples, basta reunir os pressupostos previstos no n.º 1 do artigo 312.º do CP; já para o do crime de desobediência qualificada, a "ordem" carece de ser determinada por uma disposição legal especial. Senão, vejamos o crime de desobediência qualificada previsto na Lei n.º 3/2001 (Lei Eleitoral para a Assembleia Legislativa da RAEM): tais "instruções" referem-se especificamente a instruções emanadas pela CAEAL ou CAECE. Segundo a lei, quem não cumprir as instruções aí previstas incorre no crime de desobediência qualificada. Debruçar-nos-emos sobre um caso que foi julgado no Tribunal Judicial de Base[4]. Durante o ano eleitoral de 2013, foi publicada a Instrução n.º 11/CAEAL/2013, emanada pela CAEAL, por força da qual, no dia das eleições, sem autorização prévia da CAEAL, seria proibido o uso de qualquer telemóvel com função de captura de imagem em fotografia ou vídeo ou outros meios electrónicos que permitissem registar o boletim de voto do próprio eleitor ou de outrem. Pelo que, aquele que não cumprisse tal desiderato incorreria no crime de desobediência qualificada. O Tribunal condenou o Réu pela prática do crime de desobediência qualificada, que se traduziu numa pena de prisão de 3 anos, suspensa na sua execução por dois anos, por ter julgado e dado como provada a violação do disposto no n.º 3 do artigo 58.º da Instrução n.º 11/CAEAL/2013 da CAEAL.

À semelhança do já exposto, relembramos que, para que haja crime de desobediência simples, a "ordem" não carece de uma disposição legal especial. Todavia, na esfera das leis penais especiais, encontram-se descrições expressas que dizem respeito à tal "ordem". Por exemplo, a Lei n.º 5/2011 que regula o Regime de prevenção e controlo do tabagismo, no seu artigo 28.º, n.º 3, alínea 2), densifica o conceito de "ordem" neste contexto, quando prevê a possibilidade de se "ordenar ao fumador que se abstenha de fumar". Outro exemplo é o do crime de desobediência previsto no artigo 12.º da Lei n.º 10/2012 (Condicionamento da entrada, do trabalho

4 *Vide* sentença proferida no âmbito do processo n.º CR4-13-0168-PSM, que correu termos no Tribunal Judicial de Base.

e do jogo nos casinos), tal "ordem" traduz-se numa ordem de expulsão de casino ou numa decisão judicial ou administrativa que interdite a entrada em casinos. Ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 312.º do CP, a violação desse tipo de ordens ou decisões judiciais, desde que legal e legitimamente impostas, é susceptível de consubstanciar um crime de desobediência simples, ainda que não haja disposição especial prevista no artigo 12.º. Desta feita, emerge daqui uma questão legislativa: será que o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 312.º, só por si, dispensa o disposto na alínea a) do n.º 1 do mesmo artigo? Quando a norma jurídica fizer referência expressa à "ordem", existe uma directriz legislativa orientada por princípios? O mesmo se diga relativamente a imposições ditadas pelo tribunal. Ora, quando o Tribunal julgar provada a prática de um crime de desobediência simples, o seu juízo esgota-se no disposto do artigo 312.º do CP ou incidirá antes, entre as leis penais especiais, na busca da disposição legal especial que regule e determine o alcance da "ordem"? Do ponto de vista lógico, é evidente que o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 312.º se sobrepõe ao disposto na alínea a) do n.º 1 do mesmo artigo. Nesta medida, o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 312.º não só torna menos visível o disposto na alínea a) do n.º 1 do mesmo preceito aqui em análise, como também permite alargar o universo jurídico-criminal, fazendo com que a tutela penal abranja todos os actos (claro está, legais e legítimos) relativos ao exercício das funções públicas. Se assim for, está posta em causa a subsidiariedade do Direito Penal e a sua legitimidade.

4. ANÁLISE À NATUREZA PENAL DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

A própria palavra "desobediência" significa não-acatamento, quer do ponto de vista da linguagem político-jurídica, corrente na sociedade leiga, quer na linguagem religiosa e tradicional, em cujo âmbito o não-acatamento é sinónimo de "pecado". Hodiernamente, e apoiado pelo crescente apogeu dos direitos humanos e da sua auto-determinação, resultado do colapso com o paternalismo político-moral, tem vindo a ganhar cada vez mais força a defesa da legitimidade do não-acatamento. De resto, existem inúmeros exemplos, de entre os quais destacamos desde a desobediência civil defendida por Jean-Jacques Rousseau até ao Movimento de não-cooperação e a Resistência não violenta liderados por Gandhi, ao Movimento Abolicionista liderado por Martin Luther King. Tais movimentos conferiram aos académicos argumentos mais do que bastantes em defesa da legitimidade do não acatamento, inspirados, claro está, em direitos morais e sobretudo constitucionais. Aliás, na esteira de John Rawls, encaramos

a desobediência civil como um acto público, consciente e, por isso, legítima[5]. Apesar disso, o Direito Penal moderno, conta ainda com várias normas incriminadoras dos actos de desobediência. E isso porque a política não entra necessariamente em conflito com a legitimidade criminal-legislativa da desobediência civil. Contemporaneamente, a *ratio* incriminadora incide na lesão do bem jurídico, que, por seu turno, é tutelado pelo direito penal. Desde o Século XIX, dentro do sistema continental, que a Teoria da lesão ao bem jurídico tem vindo a dar lugar à Teoria da ofensa ao direito subjectivo e, tornou-se, além do mais, doutrina maioritária. Ora, para a legislação incriminadora, a Teoria do bem jurídico pressupõe que não há crime sem ofensa ao bem jurídico. Em sentido estrito, o titular do bem jurídico é uma pessoa, que representa o interesse comum das demais. Pelo que é tendência crescente o conceito de bem jurídico assumir um sentido amplo. Pois bem, o bem jurídico divide-se em bem jurídico individual, bem jurídico supra-individual e bem jurídico do Estado. Por exemplo, no crime de homicídio, a *ratio* da incriminação recai sobre a ofensa ao bem jurídico "vida"; a do crime de furto sobre o bem jurídico " património"; o crime de incêndio sobre a "ofensa à segurança pública"; o crime de traição à pátria sobre a "ofensa à segurança nacional". Neste sentido, importa saber, em Macau, qual a natureza penal atribuída ao crime de desobediência ou o bem jurídico que está em jogo.

Os cinco Títulos da Parte Especial do Código Penal de Macau representam cinco bens jurídicos que gozam de tutela penal correspondente, de entre os quais: a pessoa, o património, a paz e a humanidade, a vida em comunidade e o Território. O crime de desobediência está previsto no Capítulo III (Crimes contra a autoridade pública) do Título V. Todavia, não são bens jurídicos a própria autoridade pública e os actos praticados no exercício das suas funções. Ou seja, o Direito Penal não pode proteger a autoridade pública, salvo se um determinado bem jurídico estiver incorporado em actos por si emanados. Só neste último caso a desobediência pode ser penalmente alvo de incriminação. Por exemplo, o artigo 2800.1 do *California Vehicle Code* também prevê que constitui um crime de desobediência o incumprimento intencional de ordem dada pelo agente policial; entre outros, conta-se o caso em que o infractor entra à força num local cujo acesso foi vedado ao tráfego, sendo punível com pena de prisão até 6 meses, salvo em caso de estado de necessidade. Outro exemplo demonstrativo é o crime de desobediência à ordem de dispersão, no caso de reunião em local público, que está previsto no artigo 149.º do Código Penal de Taiwan. A *ratio essendi* deste tipo de incriminação penal traduz-se na protecção do bem jurídico da ordem pública ou segurança pública e já não na supremacia da autoridade pública, em virtude da

5 John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 319.

definição geral da ordem emanada por aquela. Porém, segundo o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 312.º do CP, constituem crimes de desobediência determinados actos que, apesar de ofenderem a autoridade imposta pelas autoridades públicas, nunca colocaram em causa bens jurídicos tutelados pelo regime normativo.

Para além de clarificar a natureza dos bens jurídicos tutelados pelo crime de desobediência, é preciso tomar em consideração as disposições processuais relacionadas com a "ordem". No caso acima referido em que a arguida se recusava a identificar-se, a simples recusa à solicitação dos dados pessoais constitui uma infracção administrativa, contravencional ou crime se as forças policiais lhe atribuírem a correspondente cominação, sem prejuízo das sanções administrativas e criminais. No entanto, face à recusa em se identificar perante a autoridade, importa saber se resta apenas às autoridades intimar o infractor comunicando-lhe a práctica de um crime de desobediência. À luz da lei vigente, a resposta tem-se por negativa. Segundo o disposto no n.º 3 do artigo 233.º do CPP de Macau, as forças policiais podem compelir os suspeitos a permanecerem no posto policial por tempo não superior a 6 horas. Ou seja, a condução dos suspeitos ao posto policial é um tipo de medida ulterior à efectivação da responsabilidade penal do crime de desobediência. No entanto, tal medida ainda não "protege" nenhum bem jurídico, à excepção da supremacia da "ordem" dirigida pela autoridade, mas que ainda não se considera um bem jurídico. Note-se que, em Macau, o crime de desobediência é diverso da contravenção que foi implementada pela primeira vez em França. A contravenção diz respeito aos actos que violam os bens jurídicos, mas são menos gravosos tal como as infracções administrativas.

Contudo, comparado com a recusa de identificação, de facto, é inerente a existência de um determinado bem jurídico a algumas ordens, especificadas na disposição legal especial, sobretudo nos crimes da desobediência qualificada. Tal como o referido caso em que o crime de desobediência foi cometido no decurso da eleição para a Assembleia Legislativa, o teor da instrução, só em si, já tem a ver com o bem jurídico da justiça eleitoral. Assim sendo, na ausência da correspondente punição para a prática dos actos mencionados na Instrução, que prejudicam a justiça eleitoral, para reagir contra os actos lesivos do bem jurídico, considera-se idónea a punição a título do crime de desobediência. Por outras palavras, neste último caso, a punição é legítima uma vez que o crime de desobediência (qualificada) tem em vista a protecção do bem jurídico. Pelo que o tipo-legal de alguns crimes de desobediência visa, de facto, proteger um determinado bem jurídico. O disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 312.º assume a lesão à legitimidade como pressuposto objectivo do crime de desobediência. Assim, a incriminação por este tipo de crimes tende a proliferar atento

o vasto universo jurídico-criminal.

CONCLUSÕES: ELIMINAÇÃO DO DISPOSTO NA ALÍNEA B) DO N.º 1 DO ARTIGO 312.º; INCORPORAÇÃO NORMATIVA QUANTO AO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

Em suma, o Direito Penal de Macau, ao prever o crime de desobediência, tem de aferir da sua legitimidade e subsidiariedade. Em primeiro lugar, do ponto de vista da legitimidade legislativa do Direito Penal, o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 312.º confere uma certa protecção normativa à supremacia de todos e quaisquer actos, desde que, naturalmente, legais, praticados pelas autoridades públicas. Razão pela qual, carece de legitimidade uma parcela considerável do universo jurídico-criminal. Por outro lado, importa sublinhar ainda mais duas situações: a) ou o acto é lesivo e já tem uma correspondente punição ou o acto não é lesivo para a autoridade pública mas, por força da lei processual, existe uma medida correspondente (*vide* o disposto no n.º 3 do artigo 233.º do Código de Processo Penal de Macau); neste caso, também carece de legitimidade a incriminação do acto de não acatamento à ordem; e b) com base na subsidiariedade do Direito Penal, inspirada por Beccaria, a pena deve ser minimizada[6], desde que seja cumprida a finalidade de protecção da ordem jurídica. A subsidiariedade do Direito Penal é violada tanto pelo disposto normativo que pune qualquer acto que não cumpra a ordem, como pelo dispositivo que pune, a título de crime de desobediência qualificada, com a pena de prisão até 3 anos.

Por conseguinte, consideramos necessária não apenas a eliminação do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 312.º, mas também a incorporação do disposto no n.º 1 e n.º 2. Isto é, sem fazer aqui uma distinção entre o crime de desobediência simples e o crime de desobediência qualificada, a previsão da norma pode traduzir-se no seguinte: "quem faltar à obediência devida a ordem ou mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competentes, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias se houver disposição legal que comine, no caso, a punição da desobediência". Destarte, a lei penal especial, ao determinar a "ordem", deve apurar se se verifica a ofensividade ao bem jurídico e/ou a ausência da outra punição penal. Assim, além de se tornar mais

6 Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (trad. Huang Feng), Encyclopedia of China Publishing House (ed.), 1993, p. 42.

clara a relação entre lei geral e lei especial, que é como quem diz, entre o Código penal e a lei penal especial, faz da legitimidade um requisito, seja para reforçar o teor da norma jurídica a que se reporta o crime de desobediência, seja para cumprir a finalidade legislativa de protecção de bens jurídicos.

犯罪集團和黑社會：在澳門特別行政區刑事法律體制中的差異和——致性

Mário Pedro Seixas Meireles

前言：本文是對標題中列明的內容作出的極其簡要的研究。爲了理解文中的結論、與“犯罪集團”的犯罪類型有關的概念及其與廣義上的“有組織犯罪”的關係，我們不能從理論學說的教條層面對相關重要的內容展開分析。雖然受到一定的限制，僅能概括性地作出研究，但較這一不利之處而言，我們相信會從中收穫更多。因此，我們決定針對此話題作出進一步探索。最後，對於受邀參加對澳門特別行政區《刑法典》及《刑事訴訟法典》頒佈20週年的紀念性研究，我們深感榮幸。

一、總體框架

目前在中華人民共和國澳門特別行政區（以下簡稱澳門特區）的法律中，出現了多種對有關“犯罪集團”罪行類型的定義，在刑法制度中明顯可見重複的規定。在本質上，它是當時澳門在葡萄牙管治下設立的制度。

《澳門刑法典》[1]第五章（妨害公共秩序及公共安寧罪）第四編（妨害社會生活罪）第288條規定了犯罪集團罪，除了抽象的量刑幅度，該法條類似於1982年葡萄牙《刑法典》第299條的規定， 3月15日的第48 /95號法令對該規定作出相關變更。《澳門刑法典》第288條規定：“1，發起或創立以實施犯罪為目的，或活動系為著實施犯罪之團體、組織或集團者，處三年至十年徒刑。2，參加該等團體、組織或集團者，或對其給予支援，尤其系提供武器、彈藥、犯罪工具、保衛或集會地方者，又或對招募新成員提供任何幫助者，處相同刑罰。3

1 由11月14日第58/95/M號法令核准。該法令廢止了1886年9月16日命令核准的1886年《刑法典》，刊登在1886年12月14日第49號《澳門政府公報》的副刊上，除第141條到176條（第二卷第二編——危害國家安全罪）的效力維持到1999年12月19日——參見第9條。

，領導或指揮以上兩款所指之團體、組織或集團者，處五年至十二年徒刑。4，如行為人阻止該等團體、組織或集團存續，或對此認真作出努力，又或為使當局能避免犯罪之實施，而通知當局該等團體、組織或集團之存在者，得特別減輕以上各款所指之刑罰，或得不處罰該事實。”

在1995年《刑法典》生效以前，1886年的《刑法典》在其第263條中針對犯罪組織作出規定，將其稱之為“匪徒團夥”[2]。

2月4日第1/78/M號法律訂立了一刑事法律制度（亦稱刑事訴訟制度），並將其命名為“匪徒團夥”；在其第1條中闡明：“在本地理區域範圍內被稱為‘黑社會’的匪徒團夥……受制於以下訂立的刑事制度”。

因此，從1978年開始，澳門針對（匪徒）犯罪組織訂立了雙重懲罰：一種來自1886年的《刑法典》，其第263條規定了相關罪行；另一種來自2月4日第1/78/M號法規，試圖通過該法規儘可能廣泛地涵蓋（如果不能全部涉及到）有關該類犯罪的所有制度。

新的《刑法典》在其288條中為懲罰有關犯罪，明確訂立了實質性規定，在該法典生效之後不久，通過7月30日第6/97/M號法律———《有組織犯罪法》，開始更新有關“黑社會犯罪”的刑事制度。

由此可見，在1978年之前，澳門針對犯罪組織一直重複作出規定並重複訂立懲處措施，這是澳門本身的模式，我們需要對此作出更仔細的研究。當前相關制度仍生效，　根據第1/78/M號法律的緒論，可將這一特點（重複規定）理解為一明確的政治刑事動機，並且有史可溯，該動機產生於相關犯罪在澳門所表現出的特殊規模、強度及象徵性意義。

為理解澳門現行的有關制度，對其在司法刑事層面如何處置“犯罪組織”的歷史分析至關重要，而這一分析也可用以支撐我們將要得出的結論。

二、第1/78/M號法律的刑事法律制度中——歹徒組織

該法律中的第1條似乎表明其是一部針對“歹徒組織”制度的專屬法律，該條規定　“在本地理區域稱為「黑社會」（葡文名為《ASSOCIAÇÕES OU SOCIEDADES SECRETAS》，……）的歹徒組織，受下列各條訂定的刑事制度管制”。這個規範，乍一看，好像廢除了1886年《刑法典》第263條的規定，因其適用於所有和歹徒組織相關的犯罪；然而，該法最後一條明文確認了不取消“未列明但與其所載有關連的其他犯罪行為在刑法上的規定……”，鑒於第1條規定得如此言之鑿鑿，這一條的澄清是非常必要的。

2　規定如下：《為實施犯罪，並且其組織或其存在顯示出是經由協定或其他任何事實的任何團體的成員，除團體的成立者或者在其中領導或指揮的成員外，將被判處二到八年的單獨重監禁刑罰，或者是短期流放的刑罰。團體的成立者或者在其中領導或指揮的成員，將被處以二到八年的單獨重監禁或者是短期重監禁的刑罰。§唯一。向這些團體或向這些團體的組成部分自願提供武器、彈藥、犯罪工具、窩藏或提供會議場所的人，將被當做從犯來懲處。》

從另一個角度來講，我們可以從上述的第1條的規定提煉出另外一個專屬性規定，即澳門地區的任何“歹徒組織”都被視為“黑社會”，因此，法律在概念层面上作了一個絕對的匹配認定，但是該法第3條[3]明文界定了“法律上宣告為黑社會的組織”，對社會上存在的現象在法律上定性為犯罪。從法律技術的層面看，這樣的定性是存在爭議的，但同時又具備象徵性意義，撇去政治刑事理性和自愿主義的傾向不談，似乎這種“法律認定為黑社會組織”的行為可以有效地減少現實生活中黑社會犯案似的[4]。雖然可能和立法者的立法意圖有分歧，但這條明示的規定確實沒有排除其他黑社會形式的存在，這就導致了只對明文列出的黑社會種類進行處罰，其他形式的則在法外逍遙。

第2條將“黑社會”定義為：“[…]非法組織其組成具穩定性，以犯罪為目的及經由協議或其他任何事實即如從事下開所指的一項或多項而顯示其存在者[…]”，然後正如前述，列舉了一長串的罪行清單。在第4條規定了通過隸屬於，或是充當任何層級之指揮或領導者，或是僅僅通過支持，以前述各種形式實施犯罪的“本法律所禁止之任何組織”的行為人的處罰。

結合本法第1條和第2條的規定，儘管是“概括性”的、補充性的規範（一般性規範，發揮“兜底條款”的作用），我們可以確定的是，《刑法典》第263條對歹徒組織的懲罰規定實際上是被廢除的，是完全缺乏“可適用空間”的；因此，《刑法典》中規定的歹徒組織這一概念被“同化”成“黑社會”的概念，並且在新法中作出和1886年《刑法典》第263條相同的處罰規定。[5]

對犯罪集團相關的犯罪的重複規定令該項制度變得複雜，有時候在具體的適用中就會造成一些疑問。

3 “通常被稱為下列各稱的組織，現宣告其為黑社會：a. 十四K; b. 和安樂即水房或汽水；c. 和勝義即勝義；d. 友聯。”

4 該政治刑事的意圖在第1/78/M號法律的序言中表述得非常清楚。序言裡寫著“本地裡區域的典型歹徒組織，在澳門稱為‘黑社會’者，其活動在當地有復熱趨勢，控制著從事娼妓、毒品、勒索及其他非法活動的下層社會”，這“自然引起本地區居民和當局的關注”。

5 由此，我們可以遵守由澳門上級法院作出的裁判，為了打好以1886年《刑法典》第163條為基礎的第1/78/M法律規定的歹徒組織罪以及關於此產生的學說的理論框架的基礎，儘管該條文沒有應用到每個具體案件中，但是該條文明確規定在第1/78/M號法律中；澳門高等法院的判決就是這方面的例子，1993年10月13日第024-A號合議庭裁判，澳門高等法院，1993，第256頁及後續頁（這個僅限於有足夠的支援對歹徒組織罪進行起訴之批示的證據進行分析）；1995年10月31日第374號合議庭裁判，澳門高等法院，1995，卷二，第749頁及後續頁；1996年5月29日第451號合議庭裁判，澳門高等法院，1996，卷一，第404頁及後續頁。（這個案件在判決過程中就分析了明文規定在第1/78/M號法律的制度被廢止的可能性，1995年澳門《刑法典》生效，第1/78/M號法律也仍然生效，正如本文中我們主張的一樣，雖然新法典的第288條也生效了，並且與檢察院在對這些案件卷宗中主張的相反，我們認為這個法律應該被適用，我們著重指出以下：“因此，除非本法[第1/78/M號法律]被完全架空，否則不得不得出這樣的結論：和《澳門刑法典》相較而言，這個單行法律是特別法，[…]是和具體情況相適應的）；1998年7月27日第882號合議庭裁判，澳門高等法院，1998，卷二，第331頁及後續頁（這個案件探討了第1/78/M號法律和第6/97/M號法律的合憲性問題等，參見第348頁：“[…]當塑造和犯罪團夥相應的類型時[…]”，因此，根據我們在本文中的理解那樣，這些法律的作用僅限於“塑造和犯罪團夥相應的類型”，並且要補充的是，《刑法典》第288條在澳門具有代表性。抑或下面中級法院的合議庭裁判，儘管適用了第6/97/M號法律中的明文規定，採用的仍是和明文規定在《刑法典》第288條的犯罪集團罪的學說：2007年7月29日第196/2004號合議庭裁判，澳門特別行政區中級法院裁判彙編，卷二，第1159頁及後續頁。

在澳門境內的“歹徒組織”犯罪似乎已被 “黑社會”完全吸收，儘管第1/78/M號法律被命名為“歹徒組織”，除了前面引述的第1條，在其餘條款中沒有出現任何“歹徒組織”的字眼，而只提到了黑社會。

當1995年《刑法典》生效時， 2月4日第1/78/M號法律第4條的規定加大了抽象的量刑幅度（為使第1/78/M號法律和《刑法典》第288條在抽象的量刑幅度達到一致）， 7月30日的第6/97/M號法律（《有組織犯罪法》）第43條明確廢止了1/78/M號法律。這意味著，在一段較短的時期內，關於“犯罪集團”的刑事法律制度， 2月4日第1/78/M號法律和1995年“新”《刑法典》的第288條是同時有效的。

《刑法典》的生效同時，第1/78/M號法律被修改，可以說這部單行法又“重新生效”了。雖然是次修正只是修改了部分內容，但仍可以默認它的完全有效。新《刑法典》本身也對“犯罪組織”作出了懲罰規定，（注意我們得出的結論是，1886年《刑法典》第263條規範已經被默示廢止，）可以就第288條這個新規範的（有效）適用範圍提出疑問。如果對比第1/78/M號法律第4條修改後的規定和第288條的規定，我們可以發現，前者關於適用於“歹徒組織”的犯罪行為人的刑罰幅度被修改，是爲了和第288條對“新”犯罪集團犯罪的刑罰幅度相一致，即科處三至十年徒刑，如有加重情節，則科處五到十二年徒刑。

1886年《刑法典》第263條和1995年《刑法典》第288條之間存在典型區別，這是毫無疑問的。然而，當將這種典型的區別和第1/78/M號法律聯繫到一起的時候，我們認為就其和第263條之間的關係並不會改變。事實上，雖然“犯罪集團”犯罪的規定都是分段式規定，我們認為前述的關於黑社會犯罪的單行法律並無進步，在其第4條中缺乏《刑法典》第288條第1款規定的 “發起或創立”犯罪組織也屬於犯罪。這種“共存“時期是很短暫的，自《澳門刑法典》（1996年1月1日生效）生效以來的混亂局面持續了約一年半後，隨著7月30日第6/97/M號法律被制定，這種複雜局面不復存在，這部法律在澳門地區現在依然有效。

三、7月30日第6/97/M號法律的刑事法律制度——《有組織犯罪法》

現在在澳門特區，《有組織犯罪法》規定了黑社會的刑事法律制度（以及刑事訴訟制度），與《澳門刑法典》第288條對“犯罪集團”罪的規定同時有效。

第6/97/M號法律接受了“黑社會”的概念，這一點無需解釋（無疑是繼受第1/78/M號法律所採用的傳統）。黑社會的概念規定在該法第1條第1款：“為著本法律規定的效力，為取得不法利益或好處所成立的的所有組織而其存在是以協議或協定或其他途徑表現出來，特別是從事下列一項或多項罪行者，概視為黑社會[…]”，並列明了一長串罪行（儘管列舉得十分詳盡，但是注意該條的表述，應該仍然理解為是例舉的），並且在第2款，闡述了判斷是否為黑社會

無需滿足的條件，明示排除了判斷黑社會成立可能需要滿足的條件[6]，並排除了作為犯罪行為的形式上的要求，黑社會犯罪本質上具備非正式性或秘密性的特徵，以使他們的行為在現實生活中不會被察覺。[7]雖然如此，這個法律的原始版本並沒有忽視法人這一可能性，規定了法人的刑事責任（參見第14條）和刑罰（參見第18條第3款），但是該刑事責任對應的犯罪僅限於第10條規定的罪行（不法資產或物品的轉換、轉移或掩飾），刑罰則規定在第19條中，規定當法院判決“有關成員”罪名成立時，第1條所指依法成立的社團或公司即告解散。[8]然而，4月3日第2/2006號關於“預防及遏止清洗黑錢犯罪”的法律，廢止了第6/97/M號法律的第10條、第14條及第18條第3款，對那些和該法中心主題沒有直接聯繫的內容進行清除。

第6/97/M號法律的第2條闡明了“黑社會的罪”，實施第1款規定的“發起或創立黑社會者”或在第2款規定的“參加或支持黑社會，尤其是下列情況，[…]”及列舉的一長串的被列入該罪核心規定的典型行為：“[…]a）提供武器、彈藥、犯罪工具、保管及集會地點者；b）籌款、要求或給予金錢或幫助招募新成員，特別是引誘或作出宣傳者；c）保管黑社會冊籍、冊籍或帳冊的節錄部分、會員名單或黑社會儀式專用的服飾；d）參加黑社會所舉行的會議或儀式者；或e）使用黑社會特有的暗語或任何性質的暗號者”，則構成黑社會罪。

通過對比第6/97/M號法律第2條的規定和《澳門刑法典》第288條的規定，我們可以發現兩者在典型行為上的表述完全一致（動詞“創立”和“發起”或者“參加”這些表述的使用），但是在適用的刑罰上卻存在顯著差異；第288條

6 第6/97/M號法律第1條第2款表述如下：“上款所指黑社會的存在，不需：a）有會址或固定地點開會；b）成員互相認識和定期開會；c)具號令、領導或級別組織以產生完整性和推動力；或d)有書面協定規範其組成或活動或負擔或利潤的非配。”

7 《等級社會已成為傳奇生存的一種觀念和一個種類。在現實中，城市的歹徒幫派準備和發動夜間的突襲，他們不緊密聯繫，卻不可分。》E. GARÇON，Code penal annoté，卷一，Paris，Sirey，第636頁，apud FIGUEIREDO DIAS，1982年葡萄牙《刑法典》中的《犯罪集團》（第287條和第288條），Coimbra Editora出版社1988年版，第21頁；其學說在於這些犯罪“實體”的非正式性；例如，BELEZA DOS SANTOS引用說是為了這個確切的目的，“O Crime de Associação de Malfeitores”，載於Revista de Legislação e Jurisprudência，1970年，第2594號，第115頁；MANZINI，Trattato di diritto penale italiano, secondo il códice del 1930，第二版，卷六，第158頁，證明團體的外在組織形式是無關緊要的，不要求（如犯罪要素）一個非處於雛形階段的組織具有固有的犯罪協議。》

8 第19條規定如下：“第一條所指依法成立的社團或公司，在法院裁判中將其有關成員判罪時即解散。”在我們看來，該規範就其性質和其內在一致性有很多問題：事實上，如果一方面，法人（無論是否具有法律人格）因犯第10條的罪名而承擔刑事責任，犯這些罪對應的刑罰規定在第18條第3款中，第19條規定了具有法律人格的法人（法律上規定“依法成立“）的某一成員犯了罪，但罪名無法確定的所有情形會自動帶來的刑事法律後果，即推定嫌犯是犯了第2條規定的罪行，以該罪名判其刑罰。第1條定義了什麼是黑社會，但是沒有闡明犯了什麼罪行，這就應該要看第2條的規定；要解釋的是，黑社會解散是犯了規定在[本]法的任何罪行（甚至這都沒有明文規定，雖然這是唯一合理的解釋）的自動結果。所以，要思考第14條第1款和第18條第3款中的限制具備何種意義。最後，如果法律規定了“合法成立的黑社會”的任何成員（黑社會的“秘密性”似乎和其合法成立的公開性是矛盾的，雖然這是立法者想要覆蓋那些犯罪目的是秘密的，但是卻披著合法成立的假象的情形）犯罪帶來的自動後果，那麼這是除本法規定的對法人的處罰之外的又一例外情況。我們認為，如果這個規範換種說法，一切將會變得更加簡單，比如，如果規定成以犯本法所規定的罪行為唯一目的的法人如果犯罪，即告解散。法人成員犯罪和該法人因此解散是有連帶作用的，法人無法從中脫身，無論法人成員和法人是何關係，也不管法人在此罪行中扮演何等角色。第19條的簡略規定顯而易見地引起了較大的問題。

規定，“發起或創立[…]之團體、組織或集團者，處三年至十年徒刑”，“領導或指揮[……]團體、組織或集團者，處五至十二年徒刑”，而在第6/97/M號法律中，針對等同於第288條規定的情況，針對“創立”、“發起”、“參加”者處五到十二年徒刑，針對“執行領導或指揮職務”者處八到十五年徒刑。要注意兩者之間重要的又唯一的一點不同，在第6/97/M號法律中，該領導和指揮職務存在“黑社會的任何級別”中，因此簡化了以在一個集團內部“領導”或“指揮”的身份的推斷（這沒有規定在《刑法典》的第288條中，這種領導和指揮身份和作為一個整體的集團、團體或組織是一體的，而不是分級關係）；但是第6/97/M號法律在第2條第4、5款中規定了兩項加重情節，規定倘招募、引誘、宣傳或索款行為是向十八歲以下的人士作出者或倘以上各款所規定的罪行由公務員作出，則第1款所規定刑罰上下限加重三分之一，但這在第288條中並沒有規定。

這意味著，就目前而言，第1/78/M號法律與無論是1886年《刑法典》還是1995年《刑法典》的關係相反的是，第6/97/M號法律和《刑法典》在類似罪行的適用刑罰方面沒有明顯的不同[9]，但在刑事法律後果上存在一個巨大差異，急需在兩個規定之間做一個仔細的闡述。

四、犯罪集團和黑社會概念上的一致與差異[在相應的“犯罪類型”上]

正如我們所看到的，澳門特區的立法者對1886年《刑法典》中第263條“歹徒組織”的概念和最先規定在第1/78/M號法律的“黑社會”的概念是完全一致的，這一點毫無疑問；也就是說，（雖然從理論層面上看，“犯罪集團”的罪的主觀因素和客觀因素之間的關係較為複雜，本文也不對此發表評論，這是因為該話題的要求和本文的實質不符，[10]）這承認了在歹徒組織概念和黑社會概念之間的客觀一致性，正如第1/78/M號法律的第1條中確定的“在本地理區域歹徒組織被稱為黑社會”一樣。

當承認這兩個概念的對等時，立法者提出，從犯罪種類層面上，那些犯罪團體錯綜複雜的犯罪行為都具備相同的特徵。

第6/97/M號法律繼受了“黑社會”的命名方式，如果說使用該命名是為了

9 為保證第1/78/M號法律規定的刑罰與《刑法典》關於犯罪集團的規定一致，2月4日第1/78/M號法律第4條被修正，參見11月14日第58/95/M號法令的第8條。

10 我們僅做一個簡單的轉述，這個轉述是關於當我們應對這種犯罪時會出現的必需和必要的理論條件，以及犯罪組織本身自認犯罪的觀點，因為《[…] 僅僅“集團”的存在是不夠的，至少有一群人以實施犯罪為目的而做出的單純協議或決議——否則會必然引起犯罪集團和共犯之間的混淆[…]只有集團（所有參與者都有一個共識，即在他們之間或多或少存在一個協約，這個共識造就了一種自動的、不同於並高於所有成員單人的意願和利益總和的實況）。另一方面，在心理和社會層面，意願的共識造成了以團體的名義和利益持續進行可歸罪的法律行為的自治核心。因這簡單的現實情況，這個核心帶來了如此令人難以容忍的威脅，使得立法者相信用特別嚴厲和具威嚇力的刑罰來鎮壓這種組織是有必要和公正的（當然也要適度）》，FIGUEIREDO DIAS, As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º), Coimbra Editora出版社1988年版, 第32和33頁。

規定一個不同於第1/78/M號法律的犯罪現象，那將是多麼不合理。[11]因此應該要在這個框架下理解第6/97/M號法律的刑事法律制度，並應該還要在客觀描述何為“黑社會”的第1條和描述犯罪種類及其典型要素的第2條之間做一個明確的區分。

《澳門刑法典》的第288條將上述的兩個重點併入到一個條文中，不再客觀地刻畫在學界和實際裁判中什麼是犯罪集團，而是利用一種足夠全面和寬泛的模式予以規定，以便可以兼容多樣的、複雜的此種犯罪。

指引這項簡單工作的一個根本問題是：第6/97/M號法律和《刑法典》第288條之間在“犯罪集團”（被1886年《刑法典》命名為“歹徒組織”）和“黑社會”的涵義上是否存在某些不同？我們的結論是否定的。

一方面，正如所見，是立法者自己將第1/78/M號法律第1條的規定和第6/97/M號法律第1條的規定一致化的，雖然在定義什麼是黑社會時，法條在一開始就採用了一種寬泛的說法 ，“[…]為了取得不法利益或好處所成立的所有組織[請注意這裡， “組織”這個表述隨即也出現在了《刑法典》第288條的敘述性用語中][…]”，但是隨後又闡明了 “[…]特別是從事下列一項或多項罪行者，[…]”，因此，不能不得出的結論是，黑社會所渴望得到的好處或不法利益的目的必須和犯罪的行為有關聯，因為只有這樣才能得出黑社會能夠犯罪的結論，甚至可以以該罪判處五至十二年的刑罰[12]。如果某個人沒有實施犯罪，不能僅僅因為他希望得到好處或不法利益，就認定該人犯有“黑社會”罪。這樣，規定在第288條中的犯罪類型也包含了同樣的要求，雖然劃分得更為細緻，但僅僅規定發起、創立或參加以實施犯罪為其目的或活動的團體、集團或組織者會犯“犯罪集團”罪而被判處刑罰。（從概念上講，肯定的是實施犯罪的目標就是為了得到第6/97/M號法律明文使用的 “好處或不法利益”）。

《刑法典》對“犯罪集團”的規定和第6/97/M號法律對“黑社會”的規定在用以判斷某人犯罪的行為要求上是客觀一致的，這點我們已經探討過了。也就是說，通過“發起”、“創立”或“參加”（當不存在任何加重情節時）或執行“領導或指揮職務”（當存在加重情節時）這些行為構成犯罪時，我們不得不承認，針對這同一禁止行為存在重複規定。

然而，第6/97/M號法律第2條第4款和第5款中規定的加重情節不存在重複

11 要考慮的是，例如，當斷定“理由陳述（Exposição de motivos）”（單行刑事法律彙編的《有組織犯罪法》，澳門特別行政區立法會2002年版, 第275到278頁）：“在本法規內，選擇了將黑社會罪從《刑法典》第二百八十八條所訂定的犯罪集團罪抽出而給予獨立定義，在描述犯罪時引入組織性的、人類學的以及來自本地社會環境的要素，正與第一/七八/M號發了第二條過分狹窄的定義相反，它包括任何具有黑社會特色的犯罪集團。” 要補充的是，這我們在文中的主張相一致，也就是說，在黑社會罪和犯罪集團罪之間存在概念的連續性。（我們想到，這種表述是源於第1/78/M號法律第1條的明確規定）“依循《刑法典》第二百八十八條的明確方向，就不需要具備一種組織模式或顯示方式，只需要存在一具穩定性和長期性的組織架構，目的在從事犯罪活動。”

12 “犯罪集團”罪的類型像刑事保護的提前進行，刑法法益只有在黑社會實施犯罪時才會被侵犯，僅僅是黑社會希望得到好處或不法利益是不夠的（那些[罪行]是獲得[好處或不法利益]的必要媒介）。這就需要刑事法律原則的輔助和補充作用。當其他部門法無能為力的時候，刑事法律才能“產生作用”；社會中存在的不法問題不僅僅靠刑事法律來處理，而應該是當其他部門法不能應對時，刑事法律才發揮作用。

規定，《刑法典》第288條的法定類型中並沒有這樣的規定；另一方面，我們發現一個部分重合的重複規範，即《刑法典》第288條第4款規定的特別減輕刑罰或不處罰事實和第6/97/M號法律第5條中的特別制度的情形有部分重合，後者針對阻止該等團體、組織或集團存續，或對此認真作出努力，或通知當局該等團體、組織或集團之存在的行為人的減刑或不處罰提供更多方案。

從另外一個關鍵的角度來看，關於犯罪的法律後果的重複規定上有非常顯著的分歧，因為面對相同的犯罪行為，《刑法典》中規定的刑罰比第6/97/M號法律中的刑罰更輕。

第一個重點，即“在《刑法典》第二百八十八條關於犯罪集團罪行的說明的基礎上，把屬於黑社會[……]的行為獨立定為罪的合理性與效力”，從而提出一個和重複規定有關的根本問題，在《有組織犯罪法》立法工作相關的意見書中，做出如下斷言：“此做法往往由於缺乏技術嚴謹性而令致在解釋及實施有關該罪的規則時遇上困難，無疑這個做法由於向居民傳達了一個尤其重於意識方面的信號，而使居民認為已在有關規則內反映了實況，從而認同立法者已顧及到將規則與實況的距離拉近，並被視為有著重要象徵意義的合理性，這一來，便達到了關於該罪的刑罰所擬達至德防範目的”。[13]在政治刑事層面上又有一個問題被提出，沒有堅實的法律技術論據來支持這樣的重複規定，仿佛兩個打擊有組織犯罪的刑事法律制度同時有效就意味著雙重功效，或者可以減少至少一半這種犯罪現象似的。

然而，從澳門特區公佈的司法判決來看[14][15]，《刑法典》第288條中規定的

13 MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “關於在“澳門立法會司法及保安委員會委員與司法政務司及保安政務司辦公室代表為編制一項用以修改或廢止有關黑社會刑事制度的2月4日第1/78/M號法律的法規舉行的會議”上所探討問題的概論”， 單行刑事法律彙編《有組織犯罪法》，澳門特別行政區立法會2002年版, 第481頁。

14 例如，在終審法院第34/2009號案件，2009年11月27日，可見於www.court.gov.mo/pt，在兩種罪行之間做了一個合法獨立入罪的法律構造，認為“就訂定第6/97/M號法律第2條第1、第3和第2款以及第1條規定和處罰的發起、創立、領導、指揮或隸屬黑社會罪的罪狀而言，黑社會的概念要件為：存在一組織、以取得不法利益或好處為目的而成立、且以實施犯罪的途徑來運作”。同時，“以取得不法利益或好處為目的，並不是《刑法典》第288條規定和處罰的發起、創立、領導、指揮犯罪集團罪或犯罪集團成員罪的要件。其要件僅為穩定存在的一組織，其目的或活動為實施犯罪”；但是我們認為，正如筆者在本文中論述，通過這兩種典型模式實施犯罪是非常常見的，企圖在犯罪行為中達成違法或非法的目的，獲取不法利益，這是必需的，也是不可避免的；奇怪的是，在這個判決中，爲了加強犯罪集團罪和黑社會罪的區別，將後者轉換為了前者，這在我們看來是沒有必要的，因為這種轉換只是適用對嫌犯更有利的法律的簡單結果；和第1/78/M號法律的範圍相似的是，在第6/97/M號法律的範圍中，從澳門特區上級法院的判決中可以觀察到該法律第2條通過分析“犯罪集團”的概念（規定在澳門《刑法典》第288條中）而得出的教理依據；2002年12月12日第146/2002號案件，見www.court.gov.mo/sentence/pt，（在案件摘要中講解罪行得構成要素，準確地說，是犯罪集團罪的構成要素）；2003年2月13日第175/2002號案件，見www.court.gov.mo/sentence/pt（《maxime》，第49頁等，分析是否存在得以得出“集團”存在的結論所依據的事實，結論是事實不足，所以在這個具體的案件中被判定為是單純的共同犯罪）；2004年7月29日第196/2004號案件，見《澳門特別行政區中級法院裁判彙編》，第二冊，第1159頁及後續頁。

15 在葡萄牙憲法法院關於規定在第6/97/M號法律中的 “黑社會”罪的類型的裁判中也可以觀察到同樣的爭議，例如1999年3月9日第147/99號案件的判決，見www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos，或1999年3月10日第168/99號案件，見www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos（最後這個案件中有一個有趣的司法構造，確認在第6/97/M號法律中的黑社會罪和《刑法典》第288條的犯罪集團罪之間的自主權，以下

犯罪集團罪和第6/97/M號法律中的黑社會罪的共存現象被確認並演變成共識，兩種規定在法律體系中一直有效。

如果說在第1/78/M號法律、1886年《刑法典》的第263條以及1995年的《刑法典》之間的關係中，存在統一抽象的量刑幅度的疑慮，那麼這個疑慮在第6/97/M號法律和《刑法典》第288條的關係中就不存在了。

概而言之，我們認為，立法者沒有明示廢止第288條，允許其在法律體制中繼續有效，也就允許了針對同一個行為的兩種犯罪類型的雙重有效性。在此過程中，要想到刑法的基本原則，譬如體現在《刑法典》第2條的那些原則（儘管這條規範被明確規定針對的是那些在時間上有效繼承的法律的情況，並不針對有兩個規範同時有效的那些情況），尤其是適用更加有利的法律的原則，也就是說，在具體情形中，當存在不同的刑罰幅度的規範時，除了在絕對例外的情況下，對嫌犯適用稍輕的處罰，即適用《刑法典》第288條。

我們肯定的是，第6/97/M號法律並沒有被廢止，它是完全有效的。在每個具體的案件中，由解釋者統一其法律制度，並使它同第288條的規定相容；這意味著，例如，明文規定在第6/97/M號法律第2條第4、5款的加重情節應該在每一個具體地案件中被適用：或者按照該條的第1款或第2款的規範，或是參照《刑法典》第288條第1款或第2款的規定予以適用。[16]儘管，正如我們所認為的那樣，只有在絕對例外情況中，才被允許適用第6/97/M號法律的第2條第1款和第2款。

五、簡單的最後總結

第6/97/M號法律規定了“黑社會”罪的法定類型，該法仍是完全有效的，只是需要受到一個必要的限制，即當實現對嫌犯適用更加有利的法律的原則時，該法不予適用。從這個意義上講，所有該法規定的犯罪類型[17]（除了上述的黑社會犯罪的適用限制外，但是，規定加重情節的第2條第4、5款仍然得以

摘自該上訴判決：“[…] 這個新的入罪舉措[…]廣泛地涉及到了《刑法典》，持續性和穩定性的要求都有所不同。因此，在這個具體的案件中，上訴法院沒有放棄黑社會罪的“組織”要素而進行判罪（這和《刑法典》第288條的規定沒有不同）；我們不同意引述的該上訴法院（高等法院）判決中的內容，因其所倚之依據在法律字面上找不到任何的支持（與之相反的是，事實上，我們認為《刑法典》的法定類型比第6/97/M號法律中更缺乏“定數”，因此前者更加寬泛），所以只能通過自身的學說構造來理解這個論點，除非有更好的想法，否則在法定類型中無法得到足夠的支持。

16 “整體適用（aplicação em bloco）”更有利的刑事法律制度推定在時間上具獨立的有效性，即在法的繼承中，立法者的判斷是在某一特定法律制度生效的歷史時刻成型的，它的內在一致性應該被整體地遵守。正如我們得出的結論，這不是一種顯而易見的情形，因為立法者意圖維持刑事法律效果，滿足這種需求的制度同時有效，而不違反刑事法律的基本原則，司法權也不會干涉立法者的專屬權能，這是爲了糾正恰是立法者造成的異常情況，並緊急地保持一致性，同時保證法律基本原則被遵守。

17 規定的其他罪行大約有九個，正如徐京輝在“關於打擊有組織犯罪法政策的研究和分析——澳門相應的立法和司法實踐”一文中指出，該文載於《Administração》，第58號，第十五卷，2002-4.º，第 1297頁。

適用）以及所有其他相關的實體性和程序性的規定都完全有效，雖然就 “黑社會”罪和“犯罪集團”罪之間關係而言，我們不應該損害這部規定了很多黑社會罪的法定類型的《有組織犯罪法》的內在一致性。

立法者不想捨棄《刑法典》中對犯罪集團的核心規定。假如在第1/78/M號法律的範圍內，由於可適用刑罰的等同性，兩個制度同時適用沒有問題，因為始終選擇適用特別法。隨著第6/97/M號法律的生效，對於同一種犯罪，可適用的量刑幅度變得明顯不同，解釋者應該根據適用對嫌犯更加有利的法律的原則來決定適用的法律，結果是在絕大多數情況下都會適用《刑法典》第288條。為了避免在適用上出現不可避免的爭議，澳門特區的立法者應該選擇下列兩種解決方案之一：1）很簡單地，廢止《刑法典》第288條的規定；或2）修改兩部法律的規定，使得兩者規定一致，即仿效在第1/78/M號法律和原先規定在1886年《刑法典》中的歹徒組織罪，後來規定在現時生效的《刑法典》第288條的犯罪集團罪的規定這兩項規定的關係，減少重複規定的部分，保持第288條的象徵意義（限制其作用只能在這種程度上發揮），從而賦予《有組織犯罪法》規範該類犯罪的地位，這樣就不會扭曲刑法的基本原則，而這恰恰是政治刑事中所希望的。

ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E ASSOCIAÇÃO OU SOCIEDADE SECRETA: DIVERGÊNCIAS E CONVERGÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL DA R.A.E.M.

Mário Pedro Seixas Meireles

Breve nota prévia: neste brevíssimo estudo, cujo objecto surge em título descrito, não podemos desenvolver, sob o ponto de vista dogmático, matérias que seriam importantes para a total compreensão das conclusões a que chegamos e têm desde logo a ver com o conceito do tipo legal de crime da "associação criminosa" e a sua relação com o conceito mais amplo de criminalidade organizada. Ainda assim, cremos que os ganhos da síntese a que nos obriga a limitação imposta para este trabalho superam as desvantagens de tal impossibilidade, razão por que decidimos avançar no tema, naturalmente honrados pelo convite que nos foi formulado para contribuir para os Estudos Comemorativos dos 20 anos do Código Penal e do Código de Processo Penal da R.A.E.M.

1. ENQUADRAMENTO GERAL

No território da actual Região Administrativa Especial de Macau, da República Popular da China (doravante R.A.E.M.), a previsão legal do tipo de crime "associação criminosa" tem contornos complexos, desde logo pela *aparente duplicação* que se pode observar relativamente ao seu regime jurídico-penal.

É um regime que, no essencial, foi estabelecido quando o Território estava sob administração portuguesa.

No art. 288.º do Código Penal de Macau[1] mostra-se previsto o crime de associação criminosa, que se insere no Título IV (Dos crimes contra a vida em sociedade), Capítulo V (Dos crimes contra a ordem e tranquilidade públicas) e, com excepção da moldura penal abstracta, tem uma redacção igual ao art. 299.º do CP português de 1982, com as alterações aí introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

É a seguinte a redacção do art. 288.º do Código Penal de Macau: "1. Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos. 2. Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos. 3. Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de 5 a 12 anos. 4. As penas referidas nos números anteriores podem ser especialmente atenuadas ou o facto deixar de ser punível se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação de grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes".

Antes da entrada em vigor do CP de 1995, o regime jurídico-penal relativo às associações criminosas estava previsto no âmbito do CP de 1886 no seu art. 263.º, intitulado de associação de malfeitores[2].

A Lei n.º 1/78/M, de 4 de Fevereiro, veio estabelecer um regime jurídico-penal (mas também processual-penal) das "Associações de Malfeitores", assumindo a própria lei esta designação e esclarecendo logo no seu art. 1.º que "[a]s associações de malfeitores conhecidas nesta área geográfica por associações ou sociedade secretas [...] ficam sujeitas

1 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 58/95/M, de 14 de Novembro; este diploma revogou assim o Código Penal de 1886 aprovado pelo Decreto de 16 de Setembro de 1886, publicado no suplemento ao *Boletim Oficial* de Macau, n.º 49, de 14 de Dezembro de 1886, com excepção dos arts. 141.º a 176.º (Título II do Livro Segundo – Dos crimes contra a segurança do Estado), que permaneceram em vigor até 19 de Dezembro de 1999 – cf. o seu art. 9.º.

2 Com a seguinte redacção: «*Aqueles que fizerem parte de qualquer associação formada para cometer crimes e cuja organização ou existência se manifeste por convenção ou por quaisquer outros factos, serão condenados à pena de prisão maior celular de dois a oito anos ou, em alternativa, à pena de degredo temporário, salvo se forem autores da associação ou nela exercerem direcção ou comando, aos quais será aplicada a pena de dois a oito anos de prisão maior celular, ou, em alternativa, a de prisão maior temporária. § único. Serão punidos como cúmplices, os que a estas associações ou a quaesquer divisões d'ellas fornecerem sciente e voluntariamente armas, munições, instrumentos do crime, guarida ou logar para reunião*».

ao regime penal constante dos artigos seguintes".

Portanto, a partir de 1978, passou a existir no Território de Macau uma [aparente?] *duplicação punitiva* das associações criminosas (de *malfeitores*): uma decorrente do Código Penal de 1886, com o crime previsto no art. 263.º e a outra da Lei n.º 1/78/M, de 4 de Fevereiro, sendo certo que com este diploma se pretendeu abarcar, na maior amplitude possível (se não mesmo totalmente) todo o regime relativo a tal fenómeno criminoso.

Com a Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho – intitulada *Lei da Criminalidade Organizada* – procedeu-se à actualização do regime penal relativo ao "crime de associação ou sociedade secreta", pouco tempo depois de estar em vigor o, à data, novo Código Penal, que continha, precisamente, a norma substantiva punitiva do fenómeno, como referimos, o art. 288.º.

Podemos assim constatar que a *duplicação normativa/punitiva* a que nos referimos relativamente às associações criminosas se mantém neste território desde 1978, no que se pode afirmar ser uma sua dimensão própria e que merecerá a nossa atenção mais detalhada, por ser o regime actualmente em vigor, podendo contextualizar-se esta característica, de acordo desde logo com o preâmbulo da Lei n.º 1/78/M, numa motivação político-criminal clara, historicamente enquadrada, derivada da especial dimensão/intensidade/simbologia deste fenómeno criminoso no Território de Macau.

A análise histórica do tratamento jurídico-penal da "associação criminosa" neste Território é crucial para a compreensão actual do seu regime e, no nosso caso particular, para sustentar as conclusões a que iremos chegar.

2. DO REGIME JURÍDICO-PENAL DA LEI N.º 1/78/M – ASSOCIAÇÕES DE MALFEITORES

O art. 1.º deste diploma parecia inculcar uma *ideia de exclusividade* do seu regime relativamente às "associações de malfeitores", na medida em que se previa que "[a]s associações de malfeitores conhecidas nesta área geográfica por associações ou sociedades secretas [...] ficam sujeitas ao regime penal constante dos artigos seguintes". Esta norma, numa primeira análise, parecia revogar a norma do art. 263.º do CP de 1886, na medida em que impunha a sua aplicação a todo o fenómeno criminoso relacionado com as associações de malfeitores; todavia, o último artigo deste diploma, vinha afirmar, de forma expressa, a não revogação "[d]as normas penais incriminadoras de outras condutas que nele não estejam previstas mas correlacionadas com elas [...]", num esclarecimento aparentemente necessário tendo em conta a forma peremptória como o art. 1.º se mostrava redigido.

Noutra perspectiva, do art. 1.º referido podíamos retirar uma outra ideia de exclusividade, que é a seguinte: qualquer que fosse a "associação de malfeitores" existente no Território de Macau era tratada como "associação ou sociedade secreta": portanto, sob o ponto de vista conceitual, a lei fazia uma operação de absoluta equiparação, o que não se mostrava prejudicado pelas "sociedades legalmente consideradas secretas" expressamente identificadas no seu art. 3.º[3], numa identificação fenomenológica/criminológica, questionável sob o ponto de vista técnico-jurídico, mas de valor essencialmente simbólico, relevando de razões de política-criminal, de pendor voluntarista, como se, por si só, a sua "nomeação" legal fosse factor de efectiva diminuição da sua actuação no mundo real[4]; esta expressa identificação não excluía, atenta a redacção da norma, a existência de outras associações ou sociedades secretas, muito embora pudesse ter o efeito contrário ao desejado pelo legislador: a de limitar a punição somente às que eram expressamente enunciadas.

O art. 2.º dava-nos uma definição de "associação ou sociedade secreta" como as "[…] organizações clandestinas formadas, com propósito de estabilidade, para cometerem infracções penais e cuja existência se manifeste por convenção ou quaisquer outros factos, designadamente pela prática, cumulativa ou não, dos seguintes ilícitos […]" enumerando, como já referimos, um extenso rol de crimes. No art. 4.º estavam previstos os agentes da prática do crime através da sua pertença, exercício de funções de direcção ou chefia em qualquer grau ou meros apoiantes, por diversos modos, das "associações proibidas por esta lei".

Conjugando os arts. 1.º e 2.º desta Lei – e não obstante a norma "generalizadora" e de alcance subsidiário (norma genérica e que fazia as funções de "norma de segurança") – podemos afirmar que, efectivamente, a norma do Código Penal que previa a punição da associação de malfeitores – o art. 263.º – foi na prática revogado, dada a total ausência de "espaço normativo sobrante"; com efeito, não só se procedeu à "assimilação" do conceito de *associação malfeitores* constante do Código Penal para passar a equivaler a "associação ou sociedade secreta" e a ser punido como tal no novo regime legal, como a previsão típica abarcou a fenomenologia criminológica susceptível de sua subsunção na norma do art.

3 "São desde já declaradas associações ou sociedades secretas as usualmente designadas por: *a)* 14 Kilates (十四K); *b)* Wo On Lock, aliás Soi Fong, aliás Gasosa (和安樂即水房或汽水); *c)* Wo Seng I, aliás Seng I (和勝義即勝義); *d)* Iau Lün (友聯)".

4 Esta atenção político-criminal está bem patente no preâmbulo da Lei n.º 1/78/M onde se afirma que se quis reagir ao "[…] *recrudescimento, em Macau, das actividades das associações de malfeitores, típicas desta área geográfica, aqui conhecidas, ainda que com alguma propriedade, por «associações ou sociedades secretas* […]*, dominando o sub-mundo da prostituição, da droga, da extorsão e de outras actividades marginais* […]", o que, "*traz naturalmente preocupada a população e as autoridades do Território*".

263.º do Código Penal de 1886[5].

Esta dupla previsão normativa do fenómeno criminoso relacionado com as associações criminosas não deixava de ser uma causa de complexidade, podendo colocar dúvidas relativamente ao regime a aplicar em certas situações em concreto.

O fenómeno criminológico da "associação de malfeitores" no Território de Macau parece ter sido absorvido por completo pela fórmula regional designada por "associação ou sociedade secreta" e, não obstante a Lei em análise ser auto-designada de "Associações de Malfeitores" e, feita a *absorção* ao conceito de "associação ou sociedade secreta", com excepção do citado art. 1.º, não surgiam quaisquer referências às associações de malfeitores, mas tão-só ao de associação ou sociedade secreta.

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1995 procedeu-se à alteração do

5 Neste sentido podemos observar decisões proferidas pelos tribunais superiores de Macau, no sentido de fundamentarem o enquadramento teórico do crime de associação de malfeitores previsto na Lei n.º 1/78/M com base no art. 263.º do Código Penal de 1886 e da doutrina a propósito deste produzida, embora não aplicando este artigo a cada caso concreto, mas o constante da Lei n.º 1/78/M; são disto exemplo os Acórdãos Tribunal Superior de Justiça de Macau, de 13/10/93, Processo n.º 024-A, in *Tribunal Superior de Justiça de Macau*, 1993, págs. 256 e ss. (este circunscrito à análise de indícios suficientes susceptíveis de sustentarem um despacho de pronúncia pela prática do crime de associação de malfeitores); de 31/10/95, Processo n.º 374, in *Tribunal Superior de Justiça de Macau*, 1995, tomo II, págs.749 e ss.; de 29/05/1996, Processo n.º 451, in *Tribunal Superior de Justiça de Macau*, 1996, tomo I, págs. 404 e ss. (este com a particularidade de analisar a eventual revogação do regime constante da Lei n.º 1/78/M, tendo em conta a entrada em vigor do Código Penal de Macau de 1995, concluindo pela sua manutenção em vigor, como aliás defendemos em texto, afirmando que, não obstante a entrada em vigor do novo art. 288.º e ao contrário da tese sustentada pelo Ministério Público no recurso interposto nesses autos, deve ser tal diploma o aplicado, de que realçamos as seguintes palavras: "Assim, e sob pena de esvaziamento total da Lei em apreço [a Lei n.º 1/78/M], não pode deixar de considerar-se que este diploma avulso, sendo especial em relação ao C. Penal de Macau [...] é o que se ajusta à situação concreta [...]"); de 27/7/98, Processo n.º 882, in *Tribunal Superior de Justiça de Macau*, 1998, tomo II, págs. 331 e ss. (este com a particularidade de apreciar, entre outras, a questão da constitucionalidade das Leis n.º 1/78/M e n.º 6/97/M, nas suas palavras, *cit.*, pág. 348: "[...] ao modelar o tipo correspondente à associação criminosa [...]", portanto, expressamente reconhecendo que tais leis, como é nosso entendimento neste nosso pequeno trabalho, mais não fazem do que "modelar o tipo correspondente à associação criminosa", e, acrescentamos nós, que se mostra por sua vez tipificado no Código Penal, no caso de Macau, no art. 288.º; ou os seguintes Acórdãos do Tribunal de Segunda Instância, que aplicam a doutrina relativa ao crime de associação criminosa constante do art. 288.º do Código Penal, embora apliquem o regime constante da Lei n.º 6/97/M; de 29/7/2004, Processo n.º 196/2004, in *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.*, tomo II, págs. 1159 e ss.

art. 4.º da Lei n.º 1/78/M de 4 de Fevereiro, com a alteração/agravação da moldura penal abstracta (de modo a torná-lo coerente com a moldura penal abstracta prevista no art. 288.º do Código Penal), tendo este diploma vigorado até à entrada em vigor da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho (Lei da Criminalidade Organizada), que o revogou expressamente através do art. 43.º. Significa isto que, durante um curto período, o regime jurídico-penal da "associação criminosa" foi fruto da coexistência entre a Lei n.º 1/78/M, de 4 de Fevereiro, e o art. 288.º do "novo" Código Penal de Macau de 1995.

Esta alteração à Lei n.º 1/78/M, em simultâneo com a entrada em vigor do Código Penal, permitiu fazer um juízo de "revigoramento" da vigência de tal diploma avulso, na medida em que sofreu um actualização parcial (mas que, sob o ponto de vista tácito, podia ser interpretado como uma confirmação global da sua vigência), o que, em face do novo Código Penal, igualmente com uma norma própria a prever a punição das "associações criminosas", permite (atenta a conclusão a que chegámos relativamente à revogação tácita da norma do art. 263.º do Código Penal de 1886) perguntar pelo âmbito [útil] de aplicação desta nova norma, a do art. 288.º. Feita a confrontação entre a actualização ao art. 4.º da Lei n.º 1/78/M e o art. 288.º constatamos que aquele artigo actualizou as penas aplicáveis aos autores do crime de pertença a uma "associação de malfeitores" de modo a coincidir com a moldura penal constante do art. 288.º para o "novo" crime de associação criminosa, que passou a estar previsto no Código Penal e a ser punido com as penas de 3 a 10 anos de prisão ou, se agravado, de 5 a 12 anos de prisão.

Não há dúvida relativamente à diferença típica entre o art. 263.º do Código Penal de 1886 e o art. 288.º do Código Penal de 1995. No entanto, esta diferente tipicidade, quando relacionada com o regime legal presente na Lei n.º 1/78/M, cremos não ter permitido alterar o juízo conclusivo a que chegámos na sua relação com o art. 263.º. Com efeito, não obstante a forma mais depurada/sincopada como é apresentado o crime de "associação criminosa" cremos que em pouco adiantou relativamente ao crime de associação ou sociedade secreta do diploma avulso referido, faltando no recorte típico do seu art. 4.º, os verbos "*promover* ou *fundar*" que estão previstos no n.º 1 do art. 288.º. Foi breve o período em que esta "coexistência" se deu, pois cerca de pouco mais do que um ano e meio volvidos desde a entrada em vigor do Código Penal de Macau (que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1996) foi aprovada a Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho, que ainda hoje vigora no Território de Macau.

3. DO REGIME JURÍDICO-PENAL DA LEI N.º 6/97/M, DE 30 DE JULHO – LEI DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

É hoje na R.A.E.M. a lei que enquadra o regime jurídico-penal (e também processual penal) da associação ou sociedade secreta e vigora em simultâneo com o art. 288.º do Código Penal de Macau, que prevê o crime de "associação criminosa".

A Lei n.º 6/97/M acolhe, sem necessidade de explicação (certamente assumindo a *tradição* introduzida pela Lei n.º 1/78/M), o conceito de "associação ou sociedade secreta", que define no art. 1.º, n.º 1, do seguinte modo: "Para efeitos do disposto na presente lei, considera-se associação ou sociedade secreta toda a organização constituída para obter vantagens ou benefícios ilícitos cuja existência se manifeste por acordo ou convenção ou outros meios, nomeadamente pela prática, cumulativa ou não, dos seguintes crimes [...]", enunciando um extenso rol de crimes (apesar da sua exaustividade, deve entender-se, atenta a sua redacção, que o seu enunciado é exemplificativo) e, no seu n.º 2, enuncia critérios *negativos*, na medida em que, de forma expressa, afasta circunstâncias que poderiam ser eventualmente exigidas para se poder estar perante uma associação ou sociedade secreta[6], afastando exigências formais pouco compatíveis com um fenómeno, na sua essência, caracterizado pela informalidade/clandestinidade, formas de naturalmente agir no mundo real sem ser detectada[7]. Ainda assim, este diploma, na sua redacção originária, não descurava a possibilidade de poderem estar em causa pessoas colectivas, com ou sem personalidade jurídica, na medida em que previa no seu regime, quer a sua

6 É a seguinte a redacção do n.º 2 do art. 1.º da Lei n.º 6/97/M: "Para a existência da associação ou sociedade secreta referida no número anterior não é necessário que: *a*) Tenha sede ou lugar determinado para reuniões; *b*) Os membros se conheçam entre si; *c*) Tenha comando, direcção ou hierarquia organizada que lhe dê unidade e impulso; ou *d*) Tenha convenção escrita reguladora da sua constituição ou actividade, ou da distribuição dos seus lucros ou encargos".

7 «[A]s sociedades hierarquizadas tornaram-se uma concepção e uma espécie de sobrevivência romântica. Em realidade, os bandos de malfeitores das cidades preparam e realizam os ataques nocturnos, formam-se com laços mais frouxos e menos desmontáveis», E. GARÇON, *Code penal annoté,* I, Paris, Sirey, pág. 636, *apud* FIGUEIREDO DIAS, *As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*, Coimbra Editora, 1988, pág. 21; é consistente na doutrina a noção da *informalidade* destas "entidades" criminosas; por exemplo, BELEZA DOS SANTOS cita, a este exacto propósito, in "O Crime de Associação de Malfeitores", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 70, n.º 2594, pág. 115, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, secondo il códice del 1930,* vol. 6.º, pág. 158, que afirma «a forma da associação concretamente revista é indiferente; não se exige (como elemento do crime) *uma organização que não seja a rudimentar inerente à convenção criminosa*».

responsabilidade penal (cf. art. 14.º), ainda que circunscrita aos crimes previstos no art. 10.º (intitulado *Conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos ilícitos*), quer a sua punição (cf. art. 18.º, n.º 3), enunciando, no art. 19.º, a dissolução judicial de associações ou sociedades legalmente constituídas previstas no art. 1.º quando "algum ou alguns dos respectivos membros" tiver sido condenado[8]. Entretanto, a Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril, relativa à "Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais" veio revogar os arts. 10.º, 14.º e 18.º, n.º 3, da Lei n.º 6/97/M, no que permitiu uma depuração deste diploma, expurgando-o de matérias que não se mostravam directamente relacionadas com a temática central do diploma.

O art. 2.º da Lei n.º 6/97/M enuncia o "crime de associação ou sociedade secreta", praticando-o, como se descreve no n.º 1, "Quem promover ou fundar uma associação

8 O art. 19.º tem a seguinte redacção: "As associações ou sociedades secretas a que se refere o artigo 1.º legalmente constituídas são dissolvidas na decisão judicial que condenar algum ou alguns dos respectivos crimes"; esta norma suscita, no nosso entender, muitas dúvidas, relativamente à sua natureza e à sua coerência interna: com efeito, se por um lado a responsabilidade penal das pessoas colectivas (com ou sem personalidade jurídica) se mostrava restrita aos crimes previstos no art. 10.º e as penas aplicáveis pela prática de tais crimes se mostravam previstas no art. 18.º, n.º 3, o art. 19.º enuncia uma consequência jurídico-penal, de natureza automática, para todas as circunstâncias em que um membro de uma pessoa colectiva com personalidade jurídica (nos termos da lei "*legalmente constituída*") tenha sido condenado pela prática de um crime, mas que não surge identificado, presumindo-se que seja o crime enunciado no art. 2.º; é que o art. 1.º define o que é uma associação ou sociedade secreta, mas não enuncia qual o crime praticado, sendo que se perspectivará que deva ser o que se mostra previsto no art. 2.º; a interpretar-se que a dissolução da pessoa colectiva que constitui a associação ou sociedade secreta será uma consequência automática pela prática de qualquer crime previsto [nesta] lei (o que nem sequer se mostra expressamente previsto, muito embora seja a única interpretação razoável); perguntar-se-á então qual o sentido para a restrição que se mostrava prevista nos arts. 14.º, n.º 1, e 18.º, n.º 3, se, afinal, a lei previa uma consequência automática, e ainda por cima a mais drástica, para as situações em que qualquer membro de uma "associação ou sociedade secreta legalmente constituída" (o que, por si só, parece ser uma contradição nos termos, na medida em que o "secretismo" parece ser incompatível com a publicidade decorrente da sua constituição legal, muito embora se possa perceber ser a intenção do legislador abarcar aquelas situações em que o propósito criminoso é secreto, ainda que disfarçado pela sua constituição legal) pratica o crime previsto nesta Lei, então estaríamos perante uma situação de excepção à excepção relativa à punição das pessoas colectivas previstas neste diploma. Cremos que tudo seria mais simples se a norma tivesse outra redacção, como por exemplo, se se afirmasse a pena de dissolução para aquelas situações em que a pessoa colectiva foi constituída com o fim exclusivo da prática dos crimes previstos na presente lei. É que há um efeito de contágio entre o crime praticado pelo membro da pessoa colectiva e extinção desta sem que esteja minimamente assegurada, tipicamente, qual a relação exigida do seu membro com a pessoa colectiva e qual o papel desta na prática de tal crime. A fórmula sincopada como o art. 19.º se mostra redigido, na sua aparente clareza, suscita-nos assim as maiores dúvidas.

ou sociedade secreta" ou no n.º 2, "Quem fizer parte de uma associação ou sociedade secreta ou a apoiar, nomeadamente [...]", enunciando um rol extenso exemplificativo de condutas típicas susceptíveis de ser integradas na previsão nuclear típica do crime: "[...] *a*) fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões; *b*) angariando subscrições, exigindo ou concedendo fundos ou qualquer auxílio para que se recrutem novos membros, designadamente, aliciando ou fazendo propaganda; *c*) tendo a guarda ou o controlo de livros, extractos de livros ou contas da associação ou sociedade secreta, de relação de membros ou de trajes especificamente adequados às cerimónias rituais da associação ou sociedade; *d*) participando em reuniões ou cerimónias rituais de associação ou sociedade secreta ou; *e*) utilizando senhas ou códigos de qualquer natureza, característicos de associação ou sociedade secreta".

Fazendo a comparação entre a norma do art. 2.º da Lei n.º 6/97/M e a norma do art. 288.º do Código Penal de Macau podemos concluir ser praticamente coincidente a sua redacção no que diz respeito à conduta típica (a utilização dos verbos "fundar" e "promover"ou a utilização da expressão "fizer parte"), havendo, no entanto, uma muito significativa divergência no que diz respeito às penas aplicáveis; com efeito, enquanto no art. 288.º, "[q]uem promover ou fundar grupo, organização ou associação [...] é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos", sendo que "[q]uem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações [...]" será punido com pena de prisão de 5 a 12 anos, já na Lei n.º 6/97/M para situações equivalentes às previstas no art. 288.º, a pena de prisão aplicável é de 5 a 12 anos (para quem "fundar"/"promover"/"fizer parte") ou de 8 a 15 anos (para quem "exercer funções de direcção ou chefia", com uma nota relevante e única dissonante quanto à descrição típica entre ambas as normas e diz respeito à circunstância de estas funções de direcção ou chefia poderem ser punidas enquanto tal "em qualquer grau da associação ou sociedade secreta", portanto, facilitando a conclusão por essa condição de "direcção" ou "chefia" no seio de uma associação (o que não se mostra previsto no art. 288.º do Código Penal, que incute a ideia de essa condição de chefia e direcção dizer respeito à associação, grupo ou organização como um todo e não às suas diferentes *subdivisões*); mas a Lei n.º 6/97/M tem ainda duas outras circunstâncias agravantes que não se mostram previstas no art. 288.º, e que se mostram previstas no art. 2.º, n.^{os} 4 e 5, e agravam as penas previstas em um terço, nos seus limites mínimos e máximos, e dizem respeito ao recrutamento, aliciamento, propaganda ou a exigência de fundos ser dirigida a menores de 18 anos ou à circunstância de os crimes em causa serem praticados por funcionário.

Significa isto, para já, que, ao contrário do que sucedia na relação entre a Lei n.º 1/78/M e o Código Penal, quer de 1886, quer de 1995, em que não havia diferença

relevante quanto às penas aplicáveis a crimes de natureza semelhante[9], agora subsiste uma enorme diferença ao nível das suas consequências jurídico-criminais, agudizando-se assim a necessidade de se fazer a destrinça entre ambas as previsões.

4. DA CONVERGÊNCIA/DIVERGÊNCIA CONCEITUAL ENTRE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E ASSOCIAÇÃO OU SOCIEDADE SECRETA [ENTRE OS "TIPOS DE CRIMES" RESPECTIVOS]

Como vimos, o legislador neste Território tornou inequívoco haver uma identidade absoluta entre o conceito de "associação de malfeitores", prevista no art. 263.º do Código Penal de 1886 e o conceito de "associação ou sociedade secreta", previsto legalmente, num primeiro momento, na Lei n.º 1/78/M; quer isto dizer – ainda que seja complexa, sob o ponto de vista teórico, a relação entre elementos objectivos e subjectivos do tipo de crime "associação criminosa" e cujo lugar próprio para avaliar não pode ser este, dada a exigência do tema ser incompatível com a natureza deste trabalho[10] –, que se assumiu uma identidade objectiva entre o conceito de associação de malfeitores e a associação ou sociedade secreta; recordando o que se afirma no art. 1.º da Lei n.º 1/78/M, "[a]s associações de malfeitores [são] conhecidas nesta área geográfica por associações ou sociedades secretas".

9 A Lei n.º 1/78/M foi, aliás, alvo de uma expressa alteração de forma a garantir a compatibilidade das penas previstas com as que se previam no Código Penal para o crime de associação criminosa – cf. art. 8.º do D.L. n.º 58/95/M, de 14 de Novembro, que procedeu à alteração do art. 4.º da Lei n.º 1/78/M, de 4 de Fevereiro.

10 Limitamo-nos a uma breve transcrição que permite colocar a questão nuclear do necessário e essencial pressuposto dogmático quando estamos a lidar com este tipo de crime e diz respeito à concepção da associação enquanto realidade criminosa em si mesmo considerada, pois «[…] não basta à existência de uma "associação", por menos estruturada que ela possa ser, o mero acordo ou a decisão conjunta de uma pluralidade de pessoas com vista à prática de crimes – sob pena de irremediável confusão entre o tipo de crime de associações criminosas e a figura da co-autoria […] só haverá associação ali, onde o *encontro de vontades dos participantes* – um qualquer *pacto* mais ou menos explícito entre eles – tiver dado *origem a uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros.* Onde, noutros termos, no plano das realidades psicológicas e sociológicas, derivar do encontro de vontades um centro autónomo de imputação fáctica das acções prosseguidas em nome e no interesse do conjunto. Centro este que, pelo simples facto de existir, represente uma ameaça tão intolerável que o legislador reputa necessário e justo (*sc.* proporcional) reprimi-la com as penas particularmente drásticas cominadas […]», assim, FIGUEIREDO DIAS, *As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.º e 288.º)*, Coimbra Editora, 1988, págs. 32 e 33.

Ao afirmar esta equivalência, o legislador coloca a questão da identidade *objectiva* do fenómeno criminológico com implicações ao nível do tipo objectivo de crime que depois prevê, na medida em que a pertença a tais *entidades criminosas* supõe assim existir uma identidade das suas características.

A Lei n.º 6/97/M veio assumir a designação de "associação ou sociedade secreta", não havendo quaisquer razões para depreender que, com tal designação, tivesse querido prever uma realidade objectiva diferente da que era antes abarcada pela Lei n.º 1/78/M[11].

É com este enquadramento que deve ser interpretado o regime jurídico-penal constante da Lei n.º 6/97/M, devendo fazer-se uma separação clara entre os seus arts. 1.º, que descreve, sob o ponto de vista objectivo, o que se deve entender por "associação ou sociedade secreta", e 2.º, que descreve o tipo de crime em si mesmo considerado, com todos os seus elementos típicos.

No Código Penal de Macau, o art. 288.º concentra estes dois tópicos num só artigo deixando a caracterização do que seja, sob o ponto de vista objectivo, a associação criminosa, para a doutrina e para a jurisprudência, portanto, numa fórmula abrangente e suficientemente lata para permitir a sua *adaptação/subsunção* à diversa – e complexa – fenomenologia relacionada com tal criminalidade.

A questão fundamental a colocar, e que norteia este singelo trabalho, é a seguinte: será que entre a Lei n.º 6/97/M e o art. 288.º do Código Penal há, afinal, alguma diferença no que diz respeito, sob o ponto de vista objectivo, entre o que seja "associação criminosa" (designada pelo Código Penal de 1886 por "associação de malfeitores") e a "associação ou sociedade secreta"?: cremos que não.

Por um lado, foi o próprio legislador que procedeu à sua identificação absoluta na Lei n.º 1/78/M, como vimos, no seu artigo 1.º; por outro lado, no art. 1.º da Lei n.º

11 Convém ter em consideração, por exemplo, a "Exposição de motivos" (in *Lei da Criminalidade Organizada da Colectânea de Leis Penais Avulsas*, A.L.R.A.E.M., 2002, págs. 275 a 278) quando se afirma: "No presente diploma optou-se por definir o crime de associação ou sociedade secreta [...] autonomamente face ao crime de associação criminosa do artigo 288.º do Código Penal, integrando na descrição típica do crime elementos organizatórios, antropológicos e emergentes do meio social envolvente, de modo a que, ao invés do que resultava da definição demasiado restritiva do artigo 2.º da Lei n.º 1/78/M, a norma abranja qualquer associação criminosa com as características de sociedade secreta" e depois se acrescenta, em linha com o que advogamos em texto, isto é, na continuidade conceitual entre o crime de associação ou sociedade secreta e de associação criminosa (que, recordemos, já decorria da remissão expressa feita pela Lei n.º 1/78/M no seu art. 1.º) "[a] descrição típica, seguindo o caminho expresso no artigo 288.º do Código Penal não impõe nem um modelo organizatório nem um modo de revelação, bastando-se com a existência de uma estrutura organizatória, dotada de certa estabilidade ou permanência, destinada à prática de crimes, independentemente da prática dos crimes subjacentes."

6/97/M, quando se define o que seja associação ou sociedade secreta, embora se afirme num primeiro momento – de modo, reconheça-se, algo vago – que se trata de "[…] toda a organização [notamos aqui, com o termo "organização" desde logo a utilização de um dos termos descritivos utilizados no art. 288.º do Código Penal] constituída para obter vantagens ou benefícios ilícitos […]", mas depois esclarecendo-se que a sua existência se manifesta "[…] nomeadamente pela prática, cumulativa ou não, dos seguintes crimes […]"; nesta medida, não pode deixar de se concluir que as vantagens ou benefícios ilícitos que a associação ou sociedade secreta almeja têm de estar conectados à prática de crimes, pois só essa exigência típica pode permitir a conclusão de que alguém possa praticar tal crime[12], ainda para mais punível de forma tão rigorosa, com uma pena mínima de 5 a 12 anos. Não é sustentável afirmar que alguém possa praticar o crime de "associação ou sociedade secreta" somente por pretender alcançar *vantagens ou benefícios ilícitos* sem implicar, umbilicalmente, a prática de crimes. E, neste sentido, o tipo de crime previsto no art. 288.º contém precisamente a mesma exigência, embora enunciada de forma mais sincopada, na medida em que apenas prevê que será punido pela prática do crime de "associação criminosa" quem promover, fundar ou fizer parte de um grupo, associação ou organização *cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes* (sendo certo que o objectivo na prática de crimes é, por definição, o alcançar de, utilizando os termos usados expressamente na Lei n.º 6/97/M, *vantagens ou benefícios ilícitos*").

Há assim plena coincidência objectiva entre o que seja a "associação criminosa" prevista no Código Penal e a "associação ou sociedade secreta" prevista na Lei n.º 6/97/M e, tendo em conta a redacção relativa à conduta exigida para se poder concluir ter alguém praticado o crime, tal como já abordámos, isto é, através do "promover", "fundar" ou do "fizer parte" – se estivermos perante a prática do crime sem qualquer circunstância agravante – ou do exercer "funções de direcção ou chefia" – se estivermos perante as circunstâncias agravantes – então teremos de concluir que estamos perante uma dupla previsão normativa para o mesmo tipo de comportamento proibido.

Porém, já não constatamos esta *duplicação normativa* quando em causa estão os comportamentos agravantes previstos nos n.os 4 e 5 do art. 2.º da Lei n.º 6/97/M, na medida

12 O tipo de crime "associação criminosa" funciona como uma antecipação da tutela penal e o bem penalmente jurídico protegido é somente atingido quando em causa, no "projecto" da associação ou sociedade estiver a prática de crimes, não bastando o almejar de *vantagens ou benefícios ilícitos* (aqueles [crimes] são o meio necessário para o alcançar destes [vantagens ou benefícios ilícitos]). A esta conclusão conduzem, desde logo, os princípios do direito penal [ontológicos] da subsidiariedade e fragmentariedade; o direito penal só "actua" quando outros ramos do direito são insuficientes; os problemas da *ilicitude* numa sociedade não são combatidos somente pelo direito penal e só devem sê-lo quando os outros ramos do direito forem insuficientes para o fazer.

em que não constam da redacção do tipo legal previsto no art. 288.º do Código Penal; e, por outro lado, constatamos uma *duplicação normativa parcial* no que diz respeito à atenuação especial da pena ou à circunstância de o facto não ser punível nas circunstâncias previstas no n.º 4 do art. 288.º do Código Penal e o regime especial previsto no art. 5.º da Lei n.º 6/97/M, na medida em que esta última norma revela mais soluções para os agentes que impeçam ou se esforcem seriamente por impedir a continuação da associação ou sociedade secreta ou comuniquem às autoridades a sua existência.

Noutra perspectiva, que diríamos decisiva, esta *dupla previsão normativa* diverge, de modo muito substancial, no que diz respeito às consequências jurídicas do crime, dado que as penas previstas para os mesmos comportamentos no Código Penal são mais brandas do que as previstas na Lei n.º 6/97/M.

Sob o tópico primeiro denominado "[r]azoabilidade e eficácia da criminalização autónoma da conduta de pertença a sociedade secreta [...] face à descrição do crime de associação criminosa que consta do art. 288.º do Código Penal", colocando assim a questão fundamental relativa à coexistência entre duas previsões normativas, afirma-se num parecer elaborado a propósito dos trabalhos legislativos relativos à Lei da Criminalidade Organizada, o seguinte: "[e]sta estratégia que se salda, de quando em quando, em dificuldades no domínio da interpretação e aplicação da norma que descreve o crime, devido ao défice de rigor técnico que patenteia, tem vindo, não obstante, a ser considerada de razoável importância simbólica, dada a mensagem (sobretudo no plano da emoção) que transmite à população, que, julgando ver reflectida na norma a realidade, reconhece a preocupação do legislador de aproximação a essa mesma realidade."[13] A questão é assim colocada num plano exclusivamente político-criminal, sem argumentos técnico-jurídicos consistentes a alicerçar a *dupla previsão normativa* a que nos temos vindo a referir, como se a vigência em simultâneo de dois regimes jurídico-penais de combate à criminalidade organizada significasse uma dupla eficácia ou reduzisse pelo menos a metade tal fenómeno.

Todavia, esta coexistência entre o crime de associação criminosa do art. 288.º do Código Penal e o crime de associação ou sociedade secreta, previsto na Lei n.º 6/97/M, tem sido unanimemente afirmada e, sob o ponto de vista das decisões judiciais proferidas no

13 Assim, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, "Breve reflexão sobre as questões objecto de análise nas Reuniões em que participaram os Senhores Deputados membros da Comissão de Justiça e Segurança da Assembleia Legislativa de Macau e representantes dos Gabinetes dos Secretários Adjuntos para a Justiça e Segurança, tendo por finalidade a elaboração de um diploma legal que venha a alterar ou revogar a Lei n.º 1/78/M, de 4 de Fevereiro, referente ao regime penal das sociedades secretas", in *Lei da Criminalidade Organizada da Colectânea de Leis Penais Avulsas*, A.L.R.A.E.M., 2002, pág. 481.

Território de Macau[14] [15], é sempre dada como adquirida, vigorando assim no seu sistema

14 Por exemplo, no Processo n.º 34/2009 do Tribunal de Última Instância, de 27 de Novembro de 2009, disponível in www.court.gov.mo/pt, faz-se uma construção jurídica legitimadora da autonomia entre os dois crimes, afirmando-se que "[p]ara efeitos de tipificação dos crimes de promoção, fundação, direcção, chefia ou pertença a associação ou sociedade secreta, previstos a puníveis pelos artigos 2.º, n.os 1, 3 e 1.º da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho, os elementos do conceito de associação ou sociedade secreta, são a existência de uma organização, constituída com o fim de obter vantagens ou benefícios ilícitos, que actue por meio de prática de crimes", enquanto que "[n]ão é elemento dos crimes de promotor, fundador, chefe, director ou membro da associação criminosa, previstos e puníveis pelo artigo 288.º do Código Penal, o fim de obtenção de vantagens ou benefícios ilícitos. Os elementos são apenas a existência de organização com estabilidade, cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes"; cremos, porém, tal como deixámos já expresso em texto, que é comum a ambas as formulações típicas a actuação através da prática de crimes, sendo que com estes se almejam, necessária e inevitavelmente, objectivos/vantagens ilegítimas/ilícitas; curiosamente neste aresto, em reforço da afirmação da diferença entre os crimes de associação criminosa e de associação ou sociedade secreta, faz-se a convolação deste último para o primeiro, o que, a seguir-se o que pugnamos, não seria necessário, pois tal seria pura e simplesmente fruto da aplicação da lei mais favorável ao arguido; à semelhança do que sucedeu no âmbito da Lei n.º 1/78/M, também no âmbito da Lei n.º 6/97/M, se pode observar em decisões dos tribunais superiores da R.A.E.M. uma justificação dogmática do crime previsto no art. 2.º desta última lei com base na análise do conceito de "associação criminosa" (portanto, do crime previsto no art. 288.º do CPM); de 12/12/2002, Processo n.º 146/2002, in www.court.gov.mo/sentence/pt (resultando desde logo do seu sumário a explanação dos elementos constitutivos do crime, precisamente, os da associação criminosa); de 13/2/2003, Processo n.º 175/2002, in www.court.gov.mo/sentence/pt (*maxime*, págs. 49 e ss., onde se avalia se há factos que permitam concluir pela existência da "associação", concluindo-se pela sua insuficiência, pelo que se trata no caso concreto de uma relação de mera comparticipação criminosa); de 29/7/2004, Processo n.º 196/2004, in *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.*, tomo II, págs. 1159 e ss.

15 E o mesmo exercício argumentativo se pode observar em decisões proferidas por parte do Tribunal Constitucional português a propósito do tipo de crime "associação ou sociedade secreta" previsto na Lei n.º 6/97/M, como sucede na decisão proferida no Processo n.º 147/99, de 9 de Março de 1999, in www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos ou no Processo n.º 168/99, de 10 de Março de 1999, www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos (este último contém uma construção jurídica interessante no sentido da afirmação da autonomia entre o crime de associação ou sociedade secreta previsto na Lei n.º 6/97/M e o crime de associação criminosa previsto no art. 288.º do Código Penal, colhendo-se o seguinte, em citação da decisão recorrida: "[…] a nova incriminação tem […] uma maior amplitude e abrangência relativamente à do Código Penal sendo diferentes as exigências de permanência e estabilidade. Daí que este crime autónomo – associação ou sociedade secreta – mais se aproxime do fenómeno da co-autoria, exigindo-se-lhe menos do que o artigo 288.º do Código Penal quanto à sua estrutura organizativa […].", e prosseguindo na sua fundamentação conclui que no caso concreto o tribunal recorrido não prescindiu, para a condenação pela prática do crime de associação secreta, do elemento "organização" (em nada o distinguindo do constante do art. 288.º do Código Penal);

jurídico.

Se na relação entre a Lei n.º 1/78/M e o art. 263.º do Código Penal de 1886 e, depois com o Código Penal de 1995, houve a preocupação de uniformizar as penas abstractas previstas, já o mesmo não se passou na relação entre a Lei n.º 6/97/M e o art. 288.º do Código Penal.

Cremos, de modo sintético, que o legislador, ao não revogar de forma expressa o art. 288.º, permitindo a sua vigência no ordenamento jurídico, permitiu uma dupla vigência de dois tipos de crimes para um mesmo comportamento; ao fazê-lo, exige-se que se recordem princípios basilares do direito penal, como sejam, por exemplo, os que se mostram reflectidos no art. 2.º do Código Penal (ainda que esta norma esteja expressamente feita para as situações em que há uma efectiva sucessão de leis no tempo e não já para aquelas situações em que há duas normas vigentes em simultâneo), nomeadamente o princípio da aplicação da Lei mais favorável, quer dizer, da que, em concreto, levar à solução menos grave para determinado arguido, o que, em face da diferença existente quanto à moldura abstracta, salvo em situações absolutamente excepcionais, levará à aplicação, em concreto, da norma constante do art. 288.º do Código Penal.

O que afirmamos não implica qualquer revogação da Lei n.º 6/97/M, estando assim todo o seu regime legal plenamente em vigor. Cabe ao intérprete, em cada situação em concreto, harmonizar o seu regime jurídico e compatibilizá-lo com o que se dispõe no art. 288.º; significa isto, por exemplo, que as circunstâncias agravantes constantes do art. 2.º, n.os 4 e 5, da Lei n.º 6/97/M, deverão, em cada caso concreto, ser calculadas em função da norma que se entender dever aplicar em cada situação: ou a do n.º 1 ou do n.º 2 desse artigo ou por referência ao n.º 1 ou n.º 2 do art. 288.º do Código Penal[16], muito embora,

não podemos concordar com o teor da citação que este Ac. faz da decisão do tribunal recorrido (o Tribunal Superior de Justiça) na medida em que tal argumentação não tem a mínima sustentação na letra da lei (com efeito, ao contrário do que é afirmado, cremos que o tipo legal do Código Penal é muito menos "determinista" do que o previsto na Lei n.º 6/97/M e portanto mais amplo), só se compreendendo a sua argumentação através de uma construção dogmática própria que, salvo melhor opinião, não colhe no tipo legal sustentação suficiente.

16 A questão da "aplicação em bloco" dos regimes jurídico-penais concretamente mais favoráveis supõe uma vigência autónoma no tempo, isto é, uma sucessão de leis, em que o juízo do legislador é plasmado num determinado regime jurídico a vigorar num dado momento histórico, cuja coerência interna deve ser respeitada como um todo. O que, como concluímos, não é manifestamente o caso, pois há uma vigência em simultâneo de regimes que geram esta necessidade de salvaguardar o efeito jurídico-penal pretendido pelo legislador, sem que tal implique entanto uma violação de princípios basilares do direito penal, nem a intromissão, por parte do poder judicial, nas funções que são exclusivas do legislador; do que se trata é de corrigir uma situação anómala criada precisamente pelo legislador e a que urge dar coerência e garantir simultaneamente o respeito por princípios essenciais

como defendemos, só em situações absolutamente excepcionais seja permitido concluir pela aplicabilidade do art. 2.º, n.os 1 e 2, da Lei n.º 6/97/M.

5. BREVE BALANÇO CONCLUSIVO

A Lei n.º 6/97/M, no que extravasa a previsão do tipo legal de crime de "associação ou sociedade secreta", mantém toda a sua vigência intocada, apenas sofrendo a limitação necessária que deixámos sugerida de modo a permitir a salvaguarda em concreto do princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido. Neste sentido, todos os tipos de crime aí previstos[17] – com a limitação que resulta do que expusemos *supra* relativamente ao crime de associação ou sociedade secreta, mas, ainda assim, salvaguardando os dois números (4 e 5) do art. 2.º que prevêem circunstâncias agravantes da conduta principal – mantêm a sua plena validade, bem como toda a demais previsão normativa nela constante, quer de natureza substantiva, quer de natureza processual. O que, não obstante a posição por nós assumida relativamente à relação entre os crime de "associação ou sociedade secreta" e o de "associação criminosa", não deve pôr em causa a coerência interna da Lei da Criminalidade Organizada, que em muito extravasa o tipo legal de crime de associação ou sociedade secreta.

O legislador não quis prescindir da previsão nuclear constante do Código Penal relativamente à associação criminosa e, se no âmbito da Lei n.º 1/78/M, dada a equiparação entre as penas aplicáveis, não houve razões para colocar em causa a aplicação em simultâneo de ambos os regimes, optando-se invariavelmente pela aplicação daquele diploma especial, já com a vigência da Lei n.º 6/97/M, tornou-se flagrante a diferença das molduras aplicáveis, razão por que, para crimes idênticos, o intérprete deve decidir de acordo com o princípio da aplicação da lei mais favorável, o que, na esmagadora maioria das vezes, deverá levar à opção pelo regime constante do art. 288.º do Código Penal. De modo a evitar este exercício de compatibilização, inevitavelmente polémico, o legislador da R.A.E.M. deverá optar por uma das seguintes duas soluções: 1) pura e simplesmente, revoga a norma do art. 288.º do Código Penal; ou 2) equipara as penas aplicáveis em ambos os diplomas, à semelhança do que sucedeu na relação entre a Lei n.º 1/78/M e o crime de associação de malfeitores

do direito.

17 E são cerca de nove os demais crimes aí previstos, como faz notar CHOI KENG FAI, "Estudo e análise da política sobre o combate à criminalidade organizada – a respectiva legislação e a prática judicial de Macau", in *Administração*, n.º 58, vol. XV, 2002-4.º, pág. 1297.

prevista no Código Penal de 1886 e, depois, no crime de associação criminosa, prevista no art. 288.º do Código Penal, minimizando as consequências da *dupla previsão normativa* e mantendo no Código Penal o art. 288.º com a sua carga simbólica (circunscrevendo a sua utilidade a essa dimensão), dando à Lei da Criminalidade Organizada o pleno protagonismo que é político-criminalmente desejado, sem entorses a princípios basilares do direito penal.

危險的可歸責者——法律的回應

Manuel Leal-Henriques

1. 大綱

針對某種法定罪狀中包含的行為並對此行為（可歸責）可能承擔責任者，法律規定科處刑罰，其根本目的在於保護受到違法行為侵犯的法益並使行為人重新融入社會（《刑法典》第四十條第一款），該目的可一般稱為“禁止從事有關業務”的保安處分相輔相成。如果犯罪行為人嚴重濫用從事之職業、商業或工業，或明顯違反其從事之職業、商業或工業之固有義務，且恐其將作出其他同類事實，則禁止其從事有關業務（第九十二條[1]）。

如不法行為由不能歸責者作出，如因精神失常而不可歸責（第十九條第一款），立法者的回應跟之前的截然不同，不能對因不具備精神條件而未能理解刑罰目的者科處刑罰。

面對這些人，刑法中另作規定，可以是單純的業務之禁止（如行為人最終因不可歸責性而被判無罪，然而，儘管沒有顯其為一名特別危險人士，但仍恐其將作出其他同類事實）－第九十二條－又或者可以是一項收容措施（如顯示行為人具特定的危險症狀，而且承認實踐該措施不但能讓行為人康復，還能安定社會）－第八十三條。

當行為人涉及雙重因素的話，情況便會變得更加複雜和尖銳：可歸責者對其行為負責，他們因此可受到刑罰並明白刑罰的意義；同時，因其罪行以及過去的犯罪記錄而視為危險分子，所以需要採取不同於刑罰的措施挽救。

這種針對刑事犯罪性質不法行為而訂立的制度——適用於不同領域的刑罰和保安處分並在該制度中共存，這樣確有其善意之處，不過卻有更為複雜的問題，即可歸責之行為人，若可受到刑罰，且屬尤其危險並須服刑者，那麼基於

1 從此處起，沒有明確指示法規的條文規定均屬刑法典規範之條文。

判處刑罰的事實理由對其實施另一種刑事處分，是否可行且正當？若答案是肯定的，那麼以何種名義實施另一種處分？

因此，我們正在面對分別是刑事處分的兩個學說：「一元論」和「二元論」。面對同一事實和同一個行為人，二元論制度認為法制容許同時適用刑罰和保安處分；一元論制度則不接受同時適用兩種措施。

本文不宜對上述兩個制度的優劣表態，更不會作詳細講解。筆者留意到大部份學說，在認同一元論優點的同時，亦研究一元論的變體，認為透過刑罰可雙管齊下，即對犯罪進行刑事處罰並解決犯罪行為人的危險性問題；而其他學說則堅持認為僅透過刑罰和保安處分兩大途徑才得以解決相關情況。

總而言之：爲了解決行為人危險這一問題，一方面我們應在刑罰制度中找到相應的解決對策和機制；另一方面，應在刑罰制度外尋找解決方案（專門糾正犯罪危險性的措施）。就整體而言，我們可以系統歸納得出解釋如下：

I　－　緊密刑事方面的措施：

-簡單加重刑罰制度- 即面對可歸責者的危險性而適用的特定刑罰。為此在處分時還會加重刑罰，這一措施旨在讓明顯屬危險的行為人重返社會而設。

- 無期刑罰制度 - 即對犯罪負責的行為人需面對一個沒有固定時限的刑罰，直到懲教人員認為行為人已經準備好重返社會生活，而且不會再作出危險行為，交由這些部門決定行為人何時視為康復且可以安全釋放。

- 相對不定期刑制度- 刑罰期間在有罪判決中預先由法官決定，而執行階段則由懲教部門負責，同時由刑罰執行法官進行監督，在相關的限制內決定具體何時完成康復措施和不再具危險性，從而釋放行為人。

-延長刑罰制度 - 在刑罰執行期間要求刑罰執行法官介入，考慮其重返社會的可能性，從而決定行為人是否應該繼續受到監禁。若答案是肯定的，刑罰執行法官需在合適的時候以固定的時段和根據實施對象的需要，延長其刑罰。

I I－單純具預防性質和重返社會性質的措施

- 保安處分制度

反思被列入第一核心的措施（那些同樣使用刑事處罰作為糾正危險性的措施），我們得提醒這樣的做法並非從一開始便沒有困難，尤其在法律上，面對不忠於社會共存法規的行為人，有急切需要康復措施的要求，因為他們同時危害到有關安全的核心價值，基於行為人的罪過及其具體目的　－保護法益和幫助行為人重返社會－　的刑事處罰而言，根本無用武之地。

上述制度儘管會引致一些不便之處，從法官手上（判刑法官或刑罰執行法官）移除對刑罰的最終決定權，交由懲教機關處理，不過這不但顛覆制度，而且未有為其實施對象留下任何保障。

因此今天有關這一部分的回應，只剩下兩個最常用的模式，就是審視相對

不定期刑的模式（葡萄牙的例子）和延長刑罰的模式（澳門的例子）。

即使排除了一些模式，但困難依然存在，我們將再有機會詳述。

對危險性而言，我們選擇獲採納列入第二組的措施，然而這危害到一元論以回應犯罪的原則，亦不同於主流學說的意見，因為這是基於同一個複雜的事實而對同一個行為人實施雙重處分：其一，是作為對應犯罪的刑罰；其二，是旨在糾正行為人在犯罪行為和犯罪紀錄中所表露的危險而作出的保安處分。

2. 批判

2.1. – 葡萄牙的例子

繼以上有關現時最適當的模式的短述，是時候介紹那些跟我們體系相近的模式，這也是在本文引起我們關注的問題。

我們先從他們其中之一 - 葡萄牙的模型 - 開始。眾所周知，該模式採用相對不定期刑。

正如我們之前強調一樣，對於該制度而言，受到司法監督對刑罰限制的確定（於有罪判決中決定）是它的試金石，僅交由懲教機構（但受到刑罰執行法官的監督），在相關限制內決定何時結束該刑罰，而行為人只能在被視為不再危險的情況下大釋。

換而言之，在這種方式下，除法官之外，根本沒有其他人可以處理行為人及將其釋放。

因此，根據ANABELA MIRANDA RODRIGUES的理解，認為相對不定期刑是一個真正「基於罪過的刑罰，面對犯罪人的（加重）罪過可承受的最大刑罰，該刑罰具最大的無法超越期間」。因此，「如撇除其罪過而只剩下自然的危險性，那麼，根本不存在任何可以將刑罰延長或施加保安處分的正當理由[2]」。

一切彷彿如審判法官下令：被告將受到一個位於最小值和最大值之間的彈性譴責。現在，執行機關必需在這彈性範圍內作管治。儘管嫌犯並未完全根治其危險性，有責任在徒刑最大期間完結後釋放嫌犯。對於這個情況，應繼續通過行政渠道和監獄圍牆外對其實施相關康復措施。。

立法者希望透過這一類的解決方案，迴避一些針對制度弱點的嚴肅批評，例如：簡單刑罰加重和無期刑罰。 不僅因為司法機關必須掌有在整個程序上控制局面的能力，而且還因為相對不定期刑的前提仍然是建基於罪過之上，所以，基本沒有考慮到這個做法是會危害以一元論處分的教條。

在葡萄牙這個見解甚至在第117/1號法案的理由陳述內得到嚴正宣布，以下是值得一提的部分：

2 *A Pena Relativamente Indeterminada na Perspectiva da Reinserção Social do Recluso* (Jornadas de Direito Criminal do CEJ, Fase I, 第293頁)。

- *(…)不能透過普遍監獄制度真正防止某些罪犯的犯罪危險性，因此，需要設立一些期間更長的收容措施，當中更能具體表現安全的理念。*
- *另一方面，「面對某些犯罪或其危險性對生命的嚴重影響，針對這些罪犯的社會康復服務不能預先設定一個確實的實施期間」*
- *因此，建議設立相對不定期刑，有罪判決中限制法院只能確定收容的最低和最高期間，而罪犯應遵守的剝奪自由的時間最終且只會在執行階段中得到確實(……)。*
- *這項保安處分的期間不是單純基於被判罪人的自然危險性，實際上它是基於一個具有教育意義的刑事處分，這對應一個針對行為人的純刑法，不是針對一個道德已死的行為人，而係一個負責的行為人。因此，保安處分是有助糾正行戈火和重新融入社會。*

儘管這樣的解釋似乎清楚，也許具說服力。然而，法律界未有完全拜服它的優點，堅持認為立法者通過設立這個制度，只不過是試圖保護刑事處分的一元論原則。相對不定期刑是旨在掩飾真正的二元論，對危險歸責者採用一通常被稱為「刑罰」的懲罰。然而，當中一部分是保安處分，旨在打擊行為人的危險性，而不是他犯罪中的罪過。

對這個偽裝我們稱之為“標籤詐騙”，因此它意圖利用與事實不符的「名稱」和「命名」，目的只是為了試圖挽救不願遭廢棄的一元論原則，因此嘗試逃避由兩元論制度提出的批評。

故此，FIGUEIREDO DIAS教授以其洞察力解釋，葡萄牙制度實質上曾經是一個「混合刑罰和保安處分的制度：由符合犯罪事實的刑罰以至懲罰的限制，都可以基於”人格上的罪過”而加重；剩餘的保安處分都是建基於罪犯危險性的持續。對此該制度可以為其賦予具”趨向一元論”的性質」[3]。

換而言之，葡萄牙的制度都採用了實際的一元論制度，「其『實際'目的是在於僅對囚犯採用一種處罰...，儘管判處處罰已經不是一項刑罰，而是一項保安處分[4]」。

其他同樣出色但比較極端的刑法學家認為，「根本無法調和一元論的概念」[5]與相對不定期刑的模式。因此，結論必然是，儘管有「標籤詐騙」作偽裝，但其實由一九八二年起《刑法典》已經成為二元論者。「刑罰」這個命名的而且確足以欺騙那些對法律形式之本不太細心的人[6]」。

3 *Direito Penal – Parte Geral* (第105頁)。

4 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal* (第八十三條的前言)。

5 M. GOMES DA SILVA, *Actas do Código Penal Português, 1965* 年(第171頁)。

6 A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal – Parte Geral* (第75頁)。

2.2. – 澳門的例子

透過拙文探討過相對不定期刑後，現在我們再來看看由澳門立法者制訂的刑罰延長體制中的各個方面如何相互影響。

這一模式部分源自一九三六年葡萄牙的監獄條例（五月二十八日第26643號令），這種影響後來則透過一九五四年至一九七二年之間數次刑法改革而漸進減少，而這一模式當中有下列要點，也是當時所宣告的內容：

－由審判法官規定訂明行為人因其犯罪事實應受的刑罰，故其行為完盡；

－由執行法官作出延長（最多為兩次三年的時間），此情況為刑罰到期之時，由於行為人有危及他人的跡象而需作出（第七十七條）。

雖然澳門《《刑法典》》起稿人（Figueiredo Dias教授）最初選擇採用葡萄牙的（相對不定期刑）體制，但可以肯定當時的政府卻決定採立刑罰延長的制度，除了鑒於當時在這一地區內生效的法例不便更改之餘，據稱另一原因是延長這一手段同相對不定期刑體制「大致相同」。

若然如此，也一如當時所公布的原因，即無法理解為何會改變時會這樣勉強……

筆者愚見是兩種制度迥異，也並非像當時所指有相同之處。

相比之下即可得出兩者相異的結論，因為相對不定期刑制度中由審判法官裁定上文提到的罪行，同時也包括行為人危害他人的行為，使有罪判決涵蓋這兩個方面，並為此訂定一種符號兩者要求的刑罰，使監獄當局在刑罰施行的階段僅需要決定行為人不再危及他人後應何時適合重獲自由。

至於刑罰延長體制則有所不同，鑒於審判法官僅需按實情及需判刑時作裁決，並訂下刑罰，著令執行法官按法律的規定和條件決定是否有延長的須要，處理行為人的危險行為。

因此FIGUEIREDO DIAS強調，與延長制度相比之下相對不定期刑的制度更佳，「不論是因為相對不定期刑在整個個案中時間最長，更能捍衛被判刑人的權利並提供更多的保障；還是因為從執行的角度來看事情都變得更簡單直接，也更有助於相關內容的普及」[7]。

此外，還可得出能實行代任制度的結論（優先處理危險行為個案，處理的時間將在服刑期間內扣除），延長制度則沒有這種優勢。

在這樣的背景下，也考慮到在這些工作上的限制，應把握時機嘗試找出澳門立法者採立該制度時的定位，其背景是對適用於危險歸責者身上的刑事處分、具一元或二元性質的學說論述。

一如筆者在另一部著作中有機會作出過相關評論[8]，其實早已得出結論：葡萄牙的模式似是指出一些作者稱為「實際一元論」或「類似一元論」的情況。筆者以為澳門採納的模式未必可以在這樣的標準下得以探討。

事實上不論其名稱，筆者未知如何將之套入一元論的制度當中，按罪名輕重服刑的終端之中和新裁判得以作出後才有司法意義，此裁判並非由審判法官

7 *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*，第558頁。

8 *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau*， 第二冊，(第七十七條)。

作出，而是由執行法官宣布犯罪事實的危險，加長囚禁期並使之誨過，藉此清楚訂明因罪過事實和「危險行為」作出處罰兩者之間的分別，後者為前者之補充，且看來似乎只能視為保安處分。

也就是說透過這一制度只會在服刑階段會因為行為人的危險舉措而另開「新的章節」，由「新的法官」監督，為處理這些危險措施提供了條件。

MARIA JOÃO ANTUNES也曾清楚介紹過這一點，她指出在新的澳門體制下，「以務實的角度來看，延長刑罰……即執行保安處分」，因為「一方面行為人持續的危險犯罪行為是延長的正當理由；另一方面若對行為人刑罰增加至最嚴厲的處分，即屬執行保安處分」。

這位科英布拉大學名師繼續指出「適用任何刑罰前提以外的罪過均為其本身不可摒棄的限制，也就正如第四十條第二款所承認和規定的『在任何情況下，刑罰均不得超逾罪過之程度』」[9]。

最後，筆者以為《刑事訴訟法典》第四百六十五條中所設計的執行制度對拙文的結論提供了支持。

因此筆者自問為何事情都拘泥於「形式」而非一次過探討事物的「實質」，且承認對危險歸責者刑罰延長制度的確有二元性質：罪過限度以內處以刑罰，否則處以保安處分。

9 O Código Penal de Macau a Partir das Características Fundamentais do Sistema Sancionatório (Jornadas de Direito Penal – Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 第一年第三期，1997年，第88頁).

AGENTES IMPUTÁVEIS PERIGOSOS – A RESPOSTA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Manuel Leal-Henriques

1 – ENQUADRAMENTO

À prática de condutas enquadráveis num tipo legal de crime e levada a cabo por quem é susceptível de assumir responsabilidade pelos seus actos (imputáveis) responde a lei com a aplicação de censuras chamadas" penas" que têm como finalidades essenciais dar protecção aos bens jurídicos agredidos pela infracção e proporcionar a reintegração dos respectivos agentes na sociedade (art.º 40.º, n.º 1, do Cód. Penal), às quais pode ser associada, em complementaridade, uma "medida de segurança", globalmente designada por interdição de actividade, sempre que o agente haja revelado, com a perpetração do crime, grave abuso de profissão, comércio ou indústria ou grosseira violação dos deveres inerentes e seja de recear que possa vir a reincidir no cometimento de crimes da mesma espécie (art.º 92.º)[1].

Tendo o ilícito sido consumado por quem não é capaz de culpa, como sucede com os inimputáveis por anomalia psíquica (art.º 19.º, n.º 1), a resposta legislativa já terá que ser diferente, pois não se podem aplicar penas a quem não tem compreensão das respectivas finalidades e, portanto, condições psíquicas para se deixar motivar por elas.

Para esses, reserva a lei um outro tipo de reacções criminais, que tanto podem consistir em simples interdição de actividade (se o agente vier a ser absolvido por falta de

1 De ora em diante, os dispositivos legais invocados sem indicação de diploma pertencem ao Código Penal.

imputabilidade e houver o receio fundado de repetição de actos similares sem se mostrar especialmente perigoso) – art.º 92.º, citado – como numa medida de internamento (se o agente revelar sintomas de particular perigosidade e for reconhecido que só sob esse regime será possível recuperá-lo e tranquilizar a comunidade) – art.º 83.º.

A situação torna-se mais complexa e aguda quando se cruzam no mesmo agente factores bivalentes: alguém que é imputável e portanto responsável pelos seus actos – podendo, por conseguinte, sofrer uma pena e compreender o seu alcance – e ao mesmo tempo perigoso (em função do crime ou crimes cometidos e do seu passado criminal), necessitando, por isso, de medidas de recuperação, diferentes daquela.

Reconhecida a bondade de um tal programa reactivo às insubordinações de natureza criminal – coexistência de penas e de medidas de segurança, com campos de actuação distintos – levanta-se a questão mais intrincada que consiste em saber se um agente imputável, portanto susceptível de culpa e receptivo à aplicação de uma pena, é ainda admissível e justificável, no caso de o mesmo se mostrar especialmente perigoso e necessitado de tratamento penitenciário, sobrecarregá-lo com uma outra reacção criminal tendo por base os mesmos factos que determinaram a sujeição à pena e, em caso afirmativo, a que título.

E assim caímos nos braços das doutrinas designadas "monistas "e "dualistas" das reacções criminais, as primeiras a ditar que quando o sistema permite aplicar cumulativamente ao mesmo agente e pelos mesmos factos uma pena e uma medida de segurança, esse sistema será dualista; se, ao contrário, não aceita essa aplicação simultânea, já será monista.

Não cabendo neste lugar expor, e muito menos desenvolver, os proveitos e desvantagens de um ou outro dos sistemas, não resisto, no entanto, a noticiar que uma boa e significativa parte da Doutrina, reconhecendo virtudes nas teses monistas, vem, contudo, ensaiando variantes destas que vão no sentido de que é possível, através das penas, atingir os duplos objectivos – reagir penalmente ao crime e resolver o problema da perigosidade do seu autor –, enquanto outra parte permanece fiel à ideia de que só com recurso às duas ferramentas – penas e medidas de segurança – é viável dar resposta adequada a tais situações.

Enfim: para atacar a perigosidade do agente temos, de um lado, propostas ou mecanismos que devem ser encontrados dentro do próprio sistema das penas (através de arranjos de diversa configuração ou desenho); do outro, respostas que devem buscar-se fora do sistema das penas (por via de soluções especificamente vocacionadas para a correcção da perigosidade criminal) e que, na sua globalidade, poderemos esquematizar do seguinte modo:

I – Medidas no âmbito estritamente penal:

– sistema da simples agravação da pena criminal – segundo o qual a perigosidade do agente imputável deve ser combatida através da própria pena aplicada àquele, que, para tal fim, sofrerá um agravo no momento da sua aplicação, precisamente para permitir a implementação de medidas destinadas à recuperação do autor do facto em função da perigosidade manifestada;

– sistema da pena indeterminada – de acordo com o qual se deve atribuir ao agente que responde pela prática de um crime uma pena sem limites fixos, até que os serviços penitenciários o reconheçam preparado para enfrentar a vida social sem perigo de recaída em condutas perigosas, competindo àqueles serviços determinar quando deve esse agente ser dado como recuperado e, portanto, apto a ser restituído, sem risco, à liberdade;

– sistema da pena relativamente indeterminada – em que os respectivos limites de duração da pena são previamente fixados pelo juiz logo na sentença condenatória, sobrando apenas para a fase da execução, e a cargo das instituições penitenciárias, e sob a tutela do Juiz de execução de penas, a determinação exacta e concreta, dentro daqueles limites, do momento em que o agente deve ser posto em liberdade, por haver cumprido, com êxito, o plano de recuperação, deixando assim de ser perigoso;

– sistema da prorrogação da pena – que preconiza a intervenção do juiz de execução das penas, durante o cumprimento da sanção aplicada ao agente, para decidir se é ou não de prosseguir na sua permanência em regime de clausura, com vista à sua ressocialização, e, no caso afirmativo, estabelecer, no momento oportuno, o prolongamento da pena imposta, que será sempre por períodos certos e de acordo com as necessidades do destinatário.

II – Medidas puramente preventivas e ressocializadoras:

– sistema das medidas de segurança

Reflectindo sobre as ***medidas integradas no 1.º*** **Núcleo** (as que usam a pena criminal também como meio de correcção da perigosidade) é de relembrar que um tal recurso não será, à partida, isento de dificuldades, sabido como é que as penas criminais vêm concebidas na lei com base na culpa do agente e com finalidades bem definidas – protecção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade –, mostrando-se inservíveis, portanto, para responderem a exigências que têm que ver com necessidades que, imediata e prioritariamente, reclamam medidas de recuperação de agentes associais, infiéis às regras de convivência comunitária, pondo em perigo os seus valores fundamentais

ligados à segurança.

Isto sem prejuízo dos inconvenientes arrastados por alguns dos sistemas acabados de enunciar, que retiram ao juiz (seja juiz de julgamento, seja juiz de execução de penas) competências decisórias na fixação do *terminus* da pena e as entregam às entidades penitenciárias, subvertendo o sistema e deixando sem garantias os destinatários das medidas.

Daí que, hoje, e no âmbito deste segmento de respostas, sobrem como modelos mais utilizáveis os que se revêem na pena relativamente indeterminada (caso português) e na prorrogação da pena (caso de Macau).

Mesmo com esta redução, as dificuldades não se diluem, como teremos oportunidade de constatar mais adiante.

Optando-se, e em relação à perigosidade, pelas ***medidas do 2.º Grupo,*** então pôr-se-ia em causa o princípio monista das respostas à criminalidade, tão caro a uma fatia bem representativa da Doutrina, uma vez que, tomando por base um mesmo e único complexo factual, se iria fazer recair sobre o mesmo agente uma dupla reacção: uma, através da pena, enquanto solução para a prática do crime; outra, por meio de uma medida de segurança, destinada a corrigir a perigosidade do agente considerado e destinadas a corrigir a sua perigosidade, revelada através do facto, em conjugação com o seu passado criminal.

2. – ABORDAGEM CRÍTICA

2.1. – O caso português

Enquadrado o problema que nos concita aqui a atenção, e após curtos e contidos apontamentos sobre as coordenadas em que se movem os modelos mais em voga, é tempo de nos demorarmos um tanto sobre aqueles que mais próximos estão de nós.

Comecemos pelo mais sedimentado deles – o modelo português – que adoptou, como se sabe, o da ***pena relativamente indeterminada.***

Este sistema – tal como destacámos antes – tem como pedra-de-toque o facto de manter sempre sob controlo judicial a fixação dos limites da pena (estabelecidos logo na sentença condenatória), relegando apenas para o domínio das instituições penitenciárias (mas sob o controlo do juiz de execução das penas) a determinação do momento exacto, mas sempre dentro daqueles limites, em que o agente deve ser restituído à liberdade por ter deixado de ser perigoso.

Ou seja: por esta via ninguém mais, que não um juiz, poderá pôr ou dispor do agente e da sua liberdade.

Donde o juízo de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, ao considerar que a pena relativamente indeterminada é uma verdadeira «pena de culpa que terá que possuir um máximo de duração inultrapassável, correspondente ao máximo de pena suportada pela culpa (agravada) do delinquente», pelo que, «se expiada a culpa, persistir a perigosidade naturalística, nada pode justificar a prorrogação da pena ou aplicação de uma adicional medida de segurança»[2].

Tudo se passa, pois, como se o juiz da condenação decretasse: «o arguido vai sujeito a uma censura elástica, entre um mínimo de e um máximo de, e agora as autoridades executivas têm que se governar dentro dessa elasticidade, com a obrigação de pôr o arguido em liberdade no termo do prazo máximo da prisão fixada, ainda que não recuperado da sua perigosidade, recuperação que, nesse caso, deve continuar a ser feita por via administrativa e fora dos muros de uma prisão».

Com uma solução deste tipo pretendeu o legislador subtrair-se às críticas mais sérias e acesas que recaíam sobre sistemas tão vulneráveis como os da simples agravação da pena e da pena indeterminada, não só porque passou a conservar nas mãos do poder judicial, ao longo de todo o percurso, o controlo da situação, mas também porque, radicando no pressuposto de que a pena relativamente indeterminada assentava ainda na culpa pela prática do facto, não dava o flanco à ideia de que, no fundo, se estaria a pôr em causa o dogma do monismo das reacções criminais.

Isto mesmo recebeu proclamação solene em Portugal na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 117/1, que assim ponderou, nas partes que interessa destacar:

- *(…) a perigosidade criminal de certos delinquentes não pode ser realmente prevenida nos quadros da prisão normal, pelo que haverá que prever formas de internamento mais dilatado onde a ideia de segurança logre uma efectiva expressão.*
- *Por outro lado, «à tarefa de readaptação social desses delinquentes… não pode marcar-se antecipadamente um prazo certo de realização, em face dos tipos de criminalidade ou da gravidade das formas de vida a que a perigosidade nesses casos se refere.*
- *Daí o propor-se uma pena relativamente indeterminada, devendo o tribunal limitar-se na sentença condenatória a fixar o mínimo e o máximo de duração do internamento e devolvendo-se para a fase da execução a determinação do quantum exacto de privação da liberdade que o delinquente deverá cumprir (…).*

2 *A Pena Relativamente Indeterminada na Perspectiva da Reinserção Social do Recluso* (Jornadas de Direito Criminal do CEJ, Fase I, pág. 293).

- *Não se trata, pois, de uma medida de segurança com uma duração a fixar só em função da mera perigosidade naturalística do condenado, mas verdadeiramente de uma reacção penal educativa, correspondente a um puro direito penal referido ao agente, não a um agente eticamente morto, mas a um agente responsável e, por isso mesmo, capaz de uma correcção e reintegração social.*

A despeito de tais explicações surgirem claras e porventura convincentes, a comunidade jurídica não ficou de todo rendida aos seu méritos, teimando em reconhecer que afinal o legislador, com tal sistema, mais não fez do que tentar proteger o princípio monista das reacções criminais, servindo-se da pena relativamente indeterminada para camuflar um verdadeiro dualismo, aplicando ao agente imputável perigoso uma só espécie de sanção, que globalmente designou por "pena", ainda que parte dela não passe de uma medida de segurança destinada a combater a perigosidade do agente e já não a culpa com que agiu na prática do crime.

A este disfarce chamou alguma doutrina de "burla de etiquetas", por se pretender jogar apenas com "nomes" e "designações", quando no fundo não era essa a realidade, e tudo isto para se tentar salvar um princípio monista de que não se queria abdicar e assim fugir às críticas que o sistema dualista despertava.

Daí ter o Prof. FIGUEIREDO DIAS afirmado, com a sua profunda visão, que o sistema português era, ***substancialmente***, um «misto de pena e de medida de segurança: de pena até ao limite da sanção que concretamente caberia ao facto, eventualmente agravada já em função da "culpa da personalidade"; de medida de segurança na parte restante, comandada pela persistência da perigosidade do delinquente», sistema a que se poderia atribuir a natureza de «tendencialmente monista»[3].

Ou seja: o sistema português terá assim adoptado um ***sistema monista prático***, «cujo objectivo "prático" reside em submeter o recluso a um só tipo de sanção…, apesar de parte da sanção imposta já não ser uma pena, mas uma medida de segurança»[4].

Outros penalistas não menos ilustres mas porventura mais radicais, entendem, porém, que o modelo da pena relativamente indeterminada «é inconciliável com a concepção monista»[5], pelo que «a conclusão inevitável (é) a de que, a partir de 1982, o Código Penal passou a ser dualista, apesar da "*burla de etiquetas*", isto é, da designação

3 *Direito Penal – Parte Geral* (pág. 105).

4 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal* (Nota Prévia ao art.º 83.º).

5 M. GOMES DA SILVA, *Actas do Código Penal Português, 1965* (pág. 171).

"pena" que pode enganar o menos atento à substância das figuras jurídicas»[6].

2.2. – O caso de Macau

Elaborado este modesto ensaio quanto à pena relativamente indeterminada, vejamos agora como se equacionam as coisas em relação ao sistema da prorrogação da pena, abraçado pelo legislador de Macau.

Este modelo, que retoma em parte o figurino anteriormente adoptado em Portugal pela Reforma Prisional de 1936 (D.L. n.º 26643, de 28 de Maio), sucessivamente suavizado pelas Reformas do Código Penal de 1954 e de 1972, assenta – como se proclamou a seu tempo – nas seguintes coordenadas:

> – é ao juiz de julgamento que cabe estabelecer e fixar a pena correspondente ao facto criminoso praticado pelo agente, aí se esgotando a sua acção;
> – é ao juiz de execução que cabe proceder à prorrogação (pelo máximo de 2 períodos sucessivos de 3 anos cada) se, ao expirar da pena (ou da 1.ª prorrogação), for de concluir pela sua necessidade devido aos sintomas de perigosidade apresentados pelo agente (art.º 77.º).

A despeito de o Autor do Anteprojecto do Código Penal de Macau (Prof. FIGUEIREDO DIAS) ter optado, inicialmente, pelo sistema escolhido por Portugal (o da pena relativamente indeterminada), o certo é que o Governo de então preferiu o da prorrogação da pena, por ser o que na altura vigorava na Região e não considerar conveniente mudar, até porque – alegava-se – a solução da prorrogação era «substancialmente semelhante» ao da pena relativamente indeterminada.

Se era assim – como se proclamava –, não se compreende o porquê de tanta relutância na mudança…

Com o devido respeito, devo dizer que não é verdade que os dois sistemas se assemelhem, como se fez correr na altura.

E não se assemelham desde logo porque no *sistema da pena relativamente indeterminada* é ao *juiz de julgamento* que compete decidir não só sobre o crime ou crimes em causa, como também sobre a perigosidade do agente, englobando na sentença condenatória os dois aspectos, estabelecendo para o efeito uma pena abrangente que responda às duas exigências, deixando apenas para as autoridades penitenciárias, na fase executiva da pena, a determinação do momento em que o agente já se encontra apto a

6 A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal – Parte Geral* (pág. 75).

regressar à liberdade, por haver sido dado como recuperado da sua perigosidade.

Ora no *sistema da prorrogação da pena* já não é assim, porquanto o juiz do julgamento apenas decide do facto, e se houver que condenar, estabelece a pena que lhe cabe, relegando para o *juiz de execução* a decisão sobre se é necessário prorrogá-la, nos termos e condições da lei, para permitir o tratamento da perigosidade manifestada pelo agente.

Daí que FIGUEIREDO DIAS tenha sublinhado que o sistema da pena relativamente indeterminada se mostra mais vantajoso se comparado com o da prorrogação, «quer porque a pena relativamente indeterminada, possuindo em todo o caso um máximo de duração inultrapassável, se revelaria mais favorável à protecção dos direitos e garantias do condenado; quer porque, também aqui, tornaria as coisas mais fáceis e lineares do ponto de vista da execução e se revelaria mais favorável à socialização»[7].

Além disso – conclui – potenciaria a implementação do *regime de vicariato* (tratamento prioritário da perigosidade, cujo tempo de duração será descontado no cumprimento da pena), vantagem que o sistema da prorrogação não faculta.

Posto isto – e dadas as restrições impostas à dimensão destes trabalhos –, é tempo de tentar situar o regime adoptado pelo legislador de Macau no contexto das doutrinas sobre o carácter monista ou dualista das reacções criminais aplicáveis aos agentes imputáveis perigosos.

Como tive oportunidade de o afirmar em outro escrito[8] – e dando como adquirido que o modelo português parece apontar para aquilo que alguns Autores designam por "monismo prático" ou "tendencialmente monista" – não se me afigura que o figurino adoptado em Macau (da prorrogação da pena) se possa amoldar ao mesmo padrão.

Na verdade, não vejo como encaixar num sistema monista, qualquer que seja a sua designação, uma figura que só passa a ter existência jurídica no *terminus* do cumprimento da pena de culpa correspondente ao facto praticado e se profere nova decisão, por um juiz que já não é o do julgamento, mas o de execução de penas, agora a dá-lo como perigoso, e a alongar-lhe o tempo de permanência em clausura, com o único fim de o regenerar, assim se estabelecendo uma separação nítida entre a sanção da culpa pelo facto e a "sanção" pela perigosidade, que acresce àquela, e que me parece só poder ser vista como medida de segurança.

Ou seja: através deste sistema, só na fase da execução da pena é que, face a sintomas de perigosidade manifestados pelo agente, se abrirá um "novo capítulo", sob a tutela de um

7 *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime* (pág. 558).

8 *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau, Vol. II* (art.º 77.º).

"novo juiz", justamente para permitir o tratamento dessa mesma perigosidade.

Assim também o disse de modo transparente e com melhores palavras MARIA JOÃO ANTUNES, quando proclamou que no novo ordenamento de Macau, «de um ponto de vista substancial, a prorrogação da pena…traduz-(se) na execução de uma medida de segurança», já que, «por um lado, é claramente a subsistência da perigosidade criminal do agente que justifica a prorrogação; por outro, estamos seguramente perante a execução de uma medida de segurança quando se atinge a pena correspondente à medida máxima da culpa do agente».

E acrescenta a Ilustre Docente coimbrã: «a culpa para além de pressuposto de aplicação de qualquer pena é também limite irrenunciável da mesma, como reconhece o art.º 40.º, n.º 2, ao determinar que "a pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa»[9].

De resto, o regime de execução desenhado no art.º 465.º do Cód. Proc. Penal reforça, em meu juízo, as conclusões firmadas e aqui ora expostas.

Por isso eu me pergunto por que razão permanecer no "formalismo" das coisas e não assumir de uma vez por todas a sua "substância", reconhecendo que o sistema de prorrogação da pena para agentes imputáveis perigosos tem natureza verdadeiramente dualista: ***pena***, até ao limite da culpa; ***medida de segurança***, para além dela.

9 *O Código Penal de Macau a Partir das Características Fundamentais do Sistema Sancionatório* (Jornadas de Direito Penal – Boletim da Faculdade de Direito de Macau, Ano I, n.º 3, 1997, pág. 88).

對與非法勞工建立勞務關係罪之簡評

Joana Maria Dente[1]

一、引言

正值澳門特別行政區（RAEM）《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒佈二十週年之際，這兩部法律作為刑法體制的一個整體被紀念。因此，雖然本文並不直接指向其中任何一部法典，但仍在對這兩部法典的研究範圍之內。

我們決定從該角度對“與非法勞工建立勞務關係罪” 作出分析，第6/2004號法律《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》第16條對該項罪行作出相關規定和懲處。刑法和勞動法在該方面產生交集，引起了我們著手研究的興趣。事實上，無論是就個人興趣而言，還是從研究角度來看，勞動法律是我們最大的關注點，因此我們試圖在刑法領域裡確立和勞動有關的研究主題。

在澳門特別行政區，由於僱用關係為僱用雙方（即僱員和僱主）帶來的利益和特性，和勞務關係相關的問題一直凸顯出特別的重要性。對僱員來說，無論從總體的職位水平和事業拓展的可能性還是從某些領域誘人的工資水平看，澳門是一個充滿機遇的地方。而對僱主來說，鑒於在招聘勞工時所面臨的物理性和法律方面的障礙，以及在某些領域專業工作者的需求難以得到滿足，澳門是一個存在一定困難的地方。

因而，無論是需要勞動力的僱主，還是渴望得到一份工作、成就一番事業又或獲得更高薪水的僱員，對他們而言僱傭非法勞工是有誘惑力的。然而，澳門特區並不允許這樣的勞工在澳門工作，亦不會批准僱主進行非法僱傭。在意見書中寫道：“澳門的社會、政治及經濟特色，一直對世界各地人士有一定的吸引力。然而，由於澳門地方小加上人口稠密，政府採取了嚴厲的移民政策，以確保本澳社會的和諧及經濟得以持續發展”[2]。

爲了在僱主和勞工的需求以及澳門特區可提供的機會之間尋求平衡，對非

1 獲科英布拉大學法學院法學學士學位、澳門大學法學院法科學碩士學位。澳門葡文學校法律老師。

2 立法會第二委員會關於《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》法案的第3/II/2004號意見書，下文簡稱意見書，第2頁。

法勞工僱傭的打擊應繼續被視為勞動市場的一種管控機制。事實上，鑒於被非法僱傭的勞工處於極其弱勢的地位，容易受到僱主的剝削，對非法僱傭的打擊顯示出其人道主義的一面；然而，即便如此，僱傭非法勞工在勞動法領域確實是重要的問題，因而也具有經濟及社會重要性。

二、對象

本文研究的重要對象是第6/2004號法律第16條第1款，該款規定和懲處了與非法勞工建立勞務關係罪，為方便起見，在此轉述：

“與不具備法律要求僱員必需持有的文件的任何人建立勞務關係者，不論合同性質及形式、報酬或回報的類別為何，處最高二年徒刑；如屬累犯，處二年至八年徒刑”[3]。

首先，需要清楚該種罪行如何構成，我們將在下文闡述。其次，需要對有關犯罪未遂和過失行為的可處罰性以及主刑和附加刑作出分析及反思。鑒於本次研究的性質，我們將簡要概述有關內容，但仍不失該研究主題所必需的嚴謹性。

三、客觀不法罪狀

當我們在分析有關與非法勞工建立的勞動關係的罪狀是如何構成的時候，我們注意到被學說習慣稱為的“客觀不法罪狀”：“在任一客觀不法罪狀類型中，都有可能發現以下要素：行為人、行為以及相關法益。為此，所有被訂定的罪狀，在對其作出主觀說明時，應明確罪狀的行為人、罪狀構成的行為，並在條件允許的情況下，明確指出或暗含說明受到保護的法益”[4]。因此，我們會對與非法勞工建立勞務關係罪中涉及到的每一個要素進行分析。

（一） 法益

我們首先來分析法益。通過對法益的認識，可更易理解客觀不法罪狀的其他組成要素。對“法益”清晰的認識是十分重要的，因為無論是在法規被適用或是作出變更之時，這樣一種認識都有助於更好地理解法規。

3 這個條文面對4月30日的第2/90/M號法律《關於訂定秘密移民措施》舊的第9條並沒有發生實際的改變，後第2/90/M號法律由第6/2004號法律廢除並取代了。實際上，在“僱用”的標題下，該條文是這麼規定的：“一、與不具備法律要求僱員必需持有的文件的任何人建立勞務關係者，不論合同性質及形式、報酬或回報的類別為何，處最高二年徒刑；如屬累犯，處二年至八年徒刑。二、為適用上款的規定，凡在建築工地上被發現實際從事建築工作的人士，推定存在勞務關係。”

4 Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, 第I卷, 第2版, Coimbra Editora出版社, 科英布拉, 2007年版, 第295頁。

因此，首先要強調的是，在這種情況中，通過歸罪來保護法益似乎是“本澳社會一種和諧且可持續的經濟發展”。事實上，雖然在立法會關於第6/2004號法律的法案意見書中並沒有明確表示這就是受保護的法益，但是採取嚴格的移民政策就是旨在確保“和諧且可持續的經濟及社會發展”[5]，也正是因此，法律訂立了該歸罪規定來保障這一點得以實現。

讓我們對此一步一步進行分析：第6/2004號法律旨在打擊非法移民，這是毫無疑問的，所以在第1條“標的”中規定了該法“訂定對非本地居民的拘留及驅逐出境的法律制度，以預防及打擊非法入境及非法逗留，並訂定相關的刑事制度及刑事訴訟制度”。因此，在本法中規定並懲處的罪行就必須被列入該法的總體目標之內。，因此，我們也不得不承認第16條的規定是爲了打擊非法移民。

要補充的是，是否如立法機關明確強調的那樣，打擊非法移民可以保護當地的可持續且和諧的經濟發展。事實上，在訂定移民的條件時，在澳門特別行政區有能力承受和支持的基礎之上，立法者要考慮到社會和經濟的發展：制定要求高還是低、移民手續複雜還是簡單、旨在簡化還是增加移民難度。所以，如果有人不符合法律上規定的條件而非法移民，或者說，如果是一個非法移民，那就是在規避立法者以社會和諧和可持續發展之名制定的要求。

可能會就相關 “法益”是否是有關非法勞工尊嚴的個人法益而提出質疑，正如我們在上文提到的，原則上，非法僱員較僱主而言處於弱勢地位，僱主可為自身利益提供侵犯僱員生理、心理及工作尊嚴的工作條件或報酬。

儘管存在相關的疑問和關聯，答案似乎是否定的，接下來我們將一一列舉其中的原因。第一，正如我們之前所說，因為這是由一部打擊非法移民的法律作出的歸罪規定，這個打擊並沒有直接關聯到個人利益，而是關聯到超個人或群體利益，例如社會發展和經濟有序發展。

第二，是因為在《刑法典》之外、輔助刑法的零散法例中訂立這一歸罪規定，從原則上反映出受保護的法益非個人法益。實際上，一般來講，在輔助刑法的法例中規定的罪行“在根本上與關乎社會權利及經濟組織的憲法法律秩序有關”[6]。本文探討的情況正是這樣，實際上，更受重視的是社會和經濟的有序發展，而不是僱員個人的任何利益。

第三，因為我們認為這一罪行的“受害者”並非是清楚其處境的非法勞工，其本人甚至促成或同意該種僱傭，而是作為整體存在的澳門特區。另一方面，即使這項罪行屬公罪，也難以被設定其他性質，對罪行的調查取決於勞工個人作出的投訴以及（或）指控，，這正是因為澳門特別行政區這個群體才是該違法行為的受害人。

因此，綜上所述，可以說非法僱用者是在推動非法移民，這違背了立法者認為澳門特別行政區的和諧和可持續的經濟發展所必需的要求。所以，我們公認為第6/2004號法律第16條的歸罪規定保護了“澳門特別行政區和諧和可持續的經濟發展”的法益。

5 意見書，第2頁。

6 Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral…, 第121頁。

（二）正犯

在所有的法定罪狀類型中我們都能找到關於犯罪“正犯”或“行為人”，或者說可能採取法定犯罪舉動或者犯罪行為的實體的規定。在本文探討的情況中，在正犯層面上並沒有施加特殊要求，這種違法行為可以由任何個人作出。這可以從該歸罪規則一開端所使用的代詞“誰”就是形式上的證明，該表述沒有附加其他要求，只是說“誰建立勞務關係”，這意味著行為人可以是任意一個個人。這項罪行可以由任何主體實行，和那些對正犯有相應的特殊要求的特別犯罪相比，這是一種普通犯罪，故只要滿足相應規範確立的明確要件或要求即成立犯罪[7]。

正犯要素還使我們質疑，是否存在處罰實施這項罪行的法人的可能性，從本質上說，即法人有沒有可能實施這種違法行為。如果成立的話，歸責模式仍然是由個人來承擔刑事責任，正如在《刑法典》第10條規定的那樣：“僅自然人方負刑事責任，但另有規定者除外”。

所以，查明是否“另有規定”允許法人承擔刑事責任這一點很重要。答案是肯定的：第6/2004號法律第26-B條規定“如出現下列任一情況，則法人，即使屬不合規範設立者，以及無法律人格的社團及特別委員會，須按本條規定對第十六條所規定的犯罪負責”（第1款）。因此，除了自然人的責任之外，法人實施與非法僱員建立勞務關係罪也要承擔刑事責任，這是恰當的，因為一般而言，僱用實體往往是一個法人。

法人實施與非法僱員建立勞務關係罪要承擔刑事責任這一制度的目的還意在強調了很多因素。第一個因素是，雖然上述行為自2004年起就被處罰，但是法人違法的刑事責任是在2009年通過第21/2009號法律《聘用外地僱員法》被確認下來的。這部法律第40條增加了《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》的條文，在這些增加的條文中可以找到我們上面分析的第26-B條。

第二個因素是爲了描述法人的歸責制度。根據第26-B條第1款的規定，以該等實體的名義及為其利益而實施第十六條所規定的犯罪的是：（1）法人機關或代表人（第1項）；或者（2）聽命於上項所指機關或代表人的人，只要該犯罪是由於有關機關或代表人故意違反本身所負的監管或控制義務而得以實施（第2項）。

最後，要強調的是，法人的責任在“行為人違反有權者的明示命令或指示而作出行為”（第2款）時會被排除，而且法人的責任“不排除有關行為人的個人責任”（第3條）。

（三） 行為

法定行為可歸納為：正犯與不具備法律要求僱員必須持有的文件的任何人建立勞務關係。我們要強調構成這一行為的幾個要素，以使我們更好地理解實施犯罪行為的時間點：

1. 第一，行為人必需建立了勞務關係。要注意的是，這裡使用的“勞務

7 例如在《刑法典》第246條規定和懲處的公務員所實施之偽造罪，該罪只能由根據《刑法典》第336條的規定認證的公務員觸犯。

關係”的概念意在將任何的勞動法律關係都納入到法定行為的範疇之中，無論在法律上有無簽訂勞務合同或者是否存在真正的勞務關係。重要的是存在事實上的勞務關係，或者說，存在某一個人為行為人工作，聽命於他們，受他們管理。這樣，這個人就符合“不論合同性質及形式、報酬或回報的類別為何”（第16條第1款）。

這種認定要求存在法律上的勞務關係，這在第16條第2款推定存在勞務關係的規定中能找到支持：“凡在建築工地上被發現實際從事建築工作的人士，推定存在勞務關係”。

2. 第二，勞務關係必需是與“不具備法律要求僱員必須持有的文件的任何人”建立的。

接下來要強調的是，法律表面上沒有為本罪中的僱員訂定特殊的身份要件，只是說“任何人”。但是，這個條文應該和第6/2004號法律第1條的規定相協調，第1條規定該法是“訂定對非本地居民的居留及驅逐出境的法律制度，以預防及打擊非法入境及非法逗留，並訂定相關的刑事制度及刑事訴訟制度”（由筆者加粗）[8]。這似乎意味著犯罪行為必須是與“非本地勞工”建立勞務關係[9]，因為第6/2004號法律的標的是打擊非法移民，而這項歸罪規則就是在這部法律中予以規定的。

這個認定有助於我們理解何為規定中所指的“法律要求僱員必須持有的文件”。實際上，根據之前得出的結論，我們認為所指的文件是指非本地勞工能在澳門特別行政區作為僱員被僱用所需要具備的文件。總而言之，就是身份證明文件和第21/2009號法律《聘用外地僱員法》第4條第1款中所指的“僱員身份的逗留許可”[10]的證明文件。基本上，這些就是本規則和本法規意欲打擊的僱用非法勞工中涉及到的文件（或者更合適地說，是不持有這些文件）。

在這個角度上，例如僱用未達工作年齡的本地勞工、非第7/2008號法律《勞動關係法》第26條及後續條款[11]要求的文件持有人都不算違法行為。

8 在第1條的評論中，關於法律的標的，立法會的意見書是這樣表述的：“為了清楚界定本法案的適用範圍，新增了一條關於其標的的規定，訂明將來的《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》只適用於非澳門特別行政區居民。”- 意見書第7頁。

9 非本地勞工不是根據這個條款予以懲處的。但是，非本地勞工可以因導致僱員沒有持有法律要求的必需文件的情況被處罰，例如，根據第6/2004號法律的規定，非法進入澳門特別行政區或者偽造相應的證件。還要特別注意到和我們正分析的這個條文的特別聯繫，第21/2009號法律《聘用外地僱員法》第32條第5款第1項規定：“僱主作出下列行為，按違法行為所涉及的每一僱員，處罰款$5,000.00（澳門幣五千元）至$10,000.00（澳門幣一萬元）：（一）不持有有效的聘用許可而接受外地僱員提供工作”。

10 根據第2/90/M號法律舊的第9條規定，在本判決中，嫌犯被判以“非法工作”，是因為僱用了三個沒有持有相應證件的僱員：這些人持有已經到期的港澳通行證以及偽造的澳門居民身份證。見澳門中級法院2004年7月1日第132/2004號判決書，可索引至《澳門特別行政區中級法院裁判彙編》2004年第二卷，印務局，澳門，2013年版，第821至823頁。

11 這些條款規範了僱用未達工作年齡的勞工的情況。

3. 面臨犯罪行為，可以總結為這是一個“單純行為犯罪”。事實上，只需建立勞務關係既遂，無需審查任何結果，即可成立犯罪：如果“罪犯通過單純進行某種特定的舉動便滿足了犯罪要件，則屬單純行為犯罪”[12]。

四、未遂與過失

（一）在這個方面，有趣的問題是探知實施與非法勞工建立勞務關係的犯罪未遂被處罰的可能性。首先要強調的是，我們可能會遇到犯罪未遂的情況，“行為人作出一已決定實施之犯罪之實行行為，但犯罪未至既遂者”——《刑法典》第21條第1款。這表明存在“已開始著手實施部份的不法行為而未遂者”[13]。

可能會存在下列情形，例如，如果僱主通過電話聯繫非法僱員，令其出現在某一地點開始工作，僱員出現在約定的地點，但是沒有接受僱主提出的條件且沒有開始工作。又或者，僱主撰寫了一份合同用於與非法僱員書面簽署，但是由於僱員被驅逐離開澳門特別行政區而未能簽署。

在這些情況下，行為人是否應因未遂而被處罰就有所疑問。為解答該疑問，則要看《刑法典》第22條第1款的規定：“有關之既遂犯可處以最高限度超逾三年之徒刑時，犯罪未遂方予處罰，但另有規定者除外”。因此，因為第6/2004號法律的條款並未對未遂作出規定（不存在“另有規定”），而且原則上該罪的最高限度不會超逾三年之徒刑（原則上，該罪被處以兩年以下徒刑），可以得出的結論是，原則上，實施與非法勞工建立勞務關係的犯罪未遂不被處罰。

我們說“原則上”是因為未遂在行為人是累犯時可被處罰，因為在累犯的情況中，行為人可被處以最高限度超逾三年之徒刑（根據第16條第1款最後部份的規定，刑期可為二至八年）。

（二）另一個同樣重要的問題是行為人“過失”建立勞務關係的可處罰性。過失是“行為的另一種形式，往往是由於缺乏注意導致損失、或者將法律保護的某一法益置於危險之中”[14]。

從這個意義上來講，可以質疑以下情形是否應該被處罰，例如僱主僱用了一名非法勞工，但由於該非法勞工向其出示的是虛假文件，所以僱主並不知其是非法勞工，但該僱主有義務發現這些文件是虛假的。

針對此，要看《刑法典》第12條的規定：“出於故意作出之事實，或法律有特別規定時，出於過失作出之事實，方予處罰”。這意味著，如果法律沒有明文規定，出於故意作出之事實方予處罰，出於過失作出者不予處罰[15]。正如第

12 Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral…, 第306頁。

13 Manuel Leal-Henriques, Manual de Formação de Direito Penal de Macau…, 第137頁, 作者沒有使用斜體。

14 Manuel Leal-Henriques, Manual de Formação de Direito Penal de Macau…, 第118頁, 作者沒有使用斜體。

15 自此可以得出一個結論：“在《澳門刑法典》的系統中，過失佔據次要的地位，只有當法律明文規定以該名義懲處時，才對事實進行審查”；見Manuel Leal-Henriques, Manual de Formação de Direito Penal

6/2004號法律並未規定過失犯罪的可處罰性，可以得出的結論是：過失與非法勞工建立勞務關係者不予處罰。只有故意作為時才予以處罰——關於這點，參看《刑法典》第13條的規定。

五、適用的刑罰

接下來，重要的是闡明與非法勞工建立勞務關係犯罪可適用的刑罰。第一，關於主刑，或者說，關於“由立法者確立的為壓制法律規定的多種犯罪而‘明確直接並自動獨立適用’的懲罰”[16]，即根據第6/2004號法律第16條第1款的規定，當行為人為自然人時，可被處以“最高二年徒刑；如屬累犯，處二年至八年徒刑”。

另一方面，如行為人為法人時，則可科處最高360日的罰金，第6/2004號法律第26-B條第4款規定：“就第十六條所規定的犯罪，對第一款所指的實體科處最高三百六十日的罰金”。

關於“附加刑”，即指“法官可以要求適用主刑時一起適用的刑罰，旨在加強主刑的效力”，或者說“由法官支配的，能夠補充主刑無法完全覆蓋的其他方面的強化措施”[17]，應該強調的是，第6/2004號法律第26-A條規定可以適用以下的附加刑：

全部或部份廢止聘用外地僱員的許可並同時剝奪申請新聘用許可的權利，為期六個月至二年；

剝奪參與公共工程承攬或公共服務批給的公共競投的權利，為期六個月至二年；

剝奪獲公共實體發給津貼或優惠的權利，為期六個月至二年。

要注意的是，上述對附加刑的規定是從2009年開始出現的，通過第21/2009號法律《聘用外地僱員法》予以規定。該法第40條增加了《非法入境、非法逗留及驅逐出境的法律》的規定，即第26-A條的規定。

同樣要注意的是，因為是附加刑，所以這些刑罰是和主刑一起適用的，可以單獨或合併科處。第6/2004號法律第26-A條第2款規定：“上款所指附加刑可單獨或合併科處。”

最後一個重要問題是明確這些附加刑只適用於自然人還是也能適用於法人。問題在於第6/2004號法律第26-A條規定了附加刑，而法人的責任只在下一個條文即第6/2004號法律第26-B條中得以規定，可以理解為法人的責任全都通過第26-B條予以規定，第26-A條的規定只適用於自然人，除非第26-B條明確指向適用上一條。

儘管存在疑問，我們認為法人也可以適用第26-A條規定的附加刑，因為這些刑罰和法人的人身性是相容的。沒有一種附加刑對自然人的人身性有要求，如果

---

de Macau…, 第118頁, 作者沒有使用斜體。

16 Manuel Leal-Henriques, Manual de Formação de Direito Penal de Macau – 第2版, 澳門法律及司法培訓中心2009年版, 第229頁。

17 Manuel Leal-Henriques, Manual de Formação de Direito Penal de Macau…, 第259頁。

立法者沒有反對將這些附加刑適用於法人，我們認為沒有理由不適用這些刑罰。

因此，我們的理解是，在第26-B條中，立法者無須再規定指向適用第26-A條，因為這沒有必要。不一樣的是，關於主刑，必須在第26-B條第4款規定主刑制度，因為那些適用於自然人的主刑和法人的人身性並不相容：法人不能適用第16條所指的徒刑，因此立法者不得不在第26-B條第4款規定適用法人的主刑。

六、結論

根據前文所述，我們概括作出以下結論：

（一）關於勞務關係的問題在澳門特別行政區有著特別的重要性，因為澳門對僱員來說是一個重要的勞動市場，對僱主來說存在一些特殊性和困難。

（二）澳門特別行政區不具備接受所有有興趣在這裡工作的人的物理、經濟和社會條件，也無法滿足僱主的用工需求，僱用非法勞工對僱主和僱員來說都是十分有吸引力的。

（三）在這種背景下，第6/2004號法律第16條第1款確立了與非法勞工建立勞務關係的犯罪，條文規定：“與不具備法律要求僱員必需持有的文件的任何人建立勞務關係者，不論合同性質及形式、報酬或回報的類別為何”。

（四）歸罪規定保護的法益是澳門特別行政區和諧和可持續的經濟發展。

（五）關於正犯，與非法勞工建立勞務關係的犯罪可以由任何個人實施，這就使得該罪為所謂的“普通犯罪”。但是該罪也可以由法人實施，即使屬不合規範設立者，以及無法律人格的社團及特別委員會（第6/2004號法律第26-B條第1款）。

（六）關於行為，與不具備法律要求僱員必需持有的文件的任何人建立勞務關係就構成了法定行為。在這種行為中，應該強調的是：（1）將任何的勞動法律關係納入到法定行為的範疇之中；（2）法定行為必須是與非本地勞工建立勞務關係；（3）文件是指非本地勞工能在澳門特別行政區作為僱員被僱用所需要具備的文件。

（七）通過法定行為，可以得出的結論是這是一種單純行為犯罪。

（八）實施與非法勞工建立勞務關係犯罪未遂或過失犯罪都不予處罰，除非在未遂的情況中，行為人是累犯。

（九）如果實施不法行為的行為人是自然人，處最高二年徒刑；如屬累犯，處二年至八年徒刑。還可以可能適用某一種或多種第6/2004號法律第26-A條第1款規定的附加刑。

（十）如果實施不法行為的行為人是法人，科處最高三百六十日的罰金。我們認為也可能適用於法人某一種或多種第6/2004號法律第26-A條第1款規定的附加刑。

BREVE INCURSÃO PELO CRIME DE CONSTITUIÇÃO DE RELAÇÃO DE TRABALHO COM TRABALHADOR ILEGAL

Joana Maria Dente[1]

1. INTRODUÇÃO

Comemorando-se, na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), os 20 anos do Código Penal e do Código de Processo Penal, é o ordenamento jurídico-penal, como um todo, que se encontra em celebração. Por esse motivo, ainda que o presente estudo não incida directamente sobre um daqueles Códigos, entendemos que o mesmo não deixa de se enquadrar no âmbito material dos presentes estudos.

Foi nessa perspectiva que decidimos empreender uma breve incursão pelo *crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal*, previsto e punido no artigo 16.º da Lei n.º 6/2004, a chamada Lei da Imigração Ilegal e da Expulsão. O interesse por este tema partiu do cruzamento que o mesmo faz entre o direito penal e o direito do trabalho. Na verdade, a área jus-laboral é aquela que suscita o nosso maior interesse, em termos pessoais e de investigação, razão pela qual procurámos um tema da área penal que lhe pudesse estar relacionada.

Sendo que as questões relativas às relações laborais apresentam uma particular importância na RAEM, dado o interesse e as especificidades que a contratação suscita para ambas as partes, trabalhador e empregador. Para o trabalhador, a RAEM é vista como um local de oportunidades, tanto ao nível das ofertas em geral e da possibilidade de progressão na carreira como ao nível salarial convidativo em algumas áreas. Para o empregador, a

1 Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Professora de Direito na Escola Portuguesa de Macau.

RAEM é vista como um local de relativas dificuldades, dados os entraves físicos e legais à contratação e as dificuldades em encontrar mão-de-obra especializadas em certos sectores.

Por conseguinte, o recurso à contratação de trabalhadores ilegais não pode deixar de se mostrar tentadora, tanto para empregadores, necessitados de mão-de-obra, como para trabalhadores, ávidos de um emprego, de uma carreira ou de um melhor salário. Sucede que a RAEM não comporta todos os interessados em aqui exercer funções, nem todas as pretensões dos empregadores. Assim mesmo: «As características sociais, políticas e económicas de Macau têm servido, ao longo dos tempos, como um pólo de atracção para pessoas das mais diversas origens. Contudo, as limitações físicas e a pressão demográfica existente na sociedade local impõem a adopção de uma rigorosa política de imigração que possa garantir a harmonia e a sustentabilidade do desenvolvimento económico e social»[2].

Na busca de um equilíbrio entre aquilo que empregadores e trabalhadores procuram e aquilo que a RAEM pode oferecer, o combate à contratação de trabalhadores ilegais não pode deixar de ser visto como um mecanismo de controlo do mercado de trabalho. Efectivamente, ainda que o combate à contratação de trabalhadores ilegais possa assumir uma faceta humanitária, dada a situação extremamente débil e frágil daqueles que são contratados ilegalmente, facilmente explorável pelas entidades empregadoras, não deixa de ser verdade que a questão assume relevância jus-laboral e, portanto, importância económica e social. Reveste, por isso, profundo interesse analisar o tema da contratação de trabalhadores ilegais, aqui na perspectiva da sua relevância jurídico-criminal.

2. OBJECTO

Objecto essencial do presente estudo é o artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 6/2004, que prevê e pune o *crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal*, o qual, por comodidade expositiva, aqui se transcreve:

> «*Quem constituir relação de trabalho com qualquer indivíduo que não seja titular de algum dos documentos exigidos por lei para ser admitido como trabalhador, independentemente da natureza e forma do contrato, ou do tipo de remuneração ou contrapartida, é punido com pena de prisão até 2 anos e, em caso de reincidência, com pena de prisão de 2 a 8 anos*»[3].

2 Parecer da 2.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, Parecer N.º 3/II/2004, incidente sobre a proposta de lei intitulada «Lei da Imigração Ilegal e da Expulsão», de ora em diante *Parecer*, p. 2.

3 Artigo praticamente inalterado face ao artigo 9.º da anterior Lei n.º 2/90/M, de 30 de Abril, a Lei da

Aquilo que, antes de mais, importa perceber é como se encontra construído o tipo legal de crime enunciado, o que faremos no ponto seguinte. De seguida, importa analisar e reflectir sobre a eventual punibilidade da tentativa e da conduta negligente e sobre as penas principais e acessórias aplicáveis. Tudo feito com a brevidade que a natureza do presente estudo reclama, ainda que sem ignorar o rigor científico que o tema merece.

3. TIPO OBJECTIVO DE ILÍCITO

Vejamos como é constituído o tipo legal de crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal, detendo-nos sobre aquilo que a doutrina costuma chamar de tipo objectivo de ilícito ou tipo de ilícito objectivo: «Em qualquer tipo de ilícito objectivo é possível identificar os seguintes conjuntos de elementos: os que dizem respeito ao *autor*; os relativos à *conduta* e os relativos ao *bem jurídico*. Com efeito, todos os tipos incriminadores devem, na sua revelação objectiva, precisar quem pode ser autor do respectivo tipo de crime; qual a conduta em que este se consubstancia; e, na medida possível, dar indicação, explícita ou implícita, mas sempre clara, do(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s)»[4]. Analisemos, por isso, cada um dos elementos em causa por referência ao crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal.

3.1. Bem jurídico

Optamos por começar a análise relativa ao bem jurídico, na medida em que a sua identificação torna mais fácil a compreensão dos demais elementos integrantes do tipo objectivo de ilícito. Note-se também que uma ideia clara sobre o bem jurídico é muito importante, na medida em que uma verdadeira consciencialização sobre o mesmo permite

Imigração Clandestina, que a Lei n.º 6/2004 veio revogar e substituir. Efectivamente, sob a epígrafe «Emprego», aquele artigo prescrevia o seguinte: «1. Quem constituir relação de trabalho com qualquer indivíduo que não seja titular de algum dos documentos exigidos por lei para ser admitido como trabalhador, independentemente da natureza e forma do contrato, ou do tipo de remuneração ou contrapartida, é punido com pena de prisão até dois anos e, em caso de reincidência, com pena de prisão de dois a oito anos. […] 2. Para os efeitos previstos no número anterior, presume-se existir relação de trabalho sempre que um indivíduo indocumentado é encontrado em obras de construção civil a praticar actos materiais de execução das mesmas».

4 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 295.

uma melhor interpretação da norma, quer quando a mesma está a ser aplicada quer quando se conceba a sua modificação.

Isto dito, comece por se salientar que, neste caso, o bem jurídico protegido pela incriminação nos parece ser o *desenvolvimento económico harmonioso e sustentável da RAEM*. Efectivamente, apesar de não se dizer expressamente que este é o bem jurídico protegido pela norma incriminadora, no parecer da Assembleia Legislativa sobre a proposta de lei da qual veio a resultar a Lei n.º 6/2004, diz-se que adopção de uma rigorosa política de imigração visa garantir «a harmonia e a sustentabilidade do desenvolvimento económico e social»[5], pelo que também há-de ser essa a garantia que oferece uma norma incriminadora prevista nessa lei.

Mas vamos por partes: não há dúvida de que a Lei n.º 6/2004 visa o combate à imigração ilegal, como resulta, desde logo, do artigo 1.º, relativo ao seu objecto, nos termos do qual a lei em causa «aprova o regime legal de detenção e expulsão de não-residentes para prevenir e combater a imigração ilegal e aprova o respectivo regime penal e processual penal». Nesta medida, um crime que se encontre previsto e punido nesta lei tem de se enquadrar no objectivo geral da mesma, pelo que também se tem de admitir que a norma do artigo 16.º procura combater a imigração ilegal.

Acresce que, combatendo a imigração ilegal, se está a proteger o desenvolvimento económico sustentável e harmonioso como expressamente realçou o órgão legislativo. Efectivamente, ao estabelecer as condições em que as pessoas podem imigrar, o legislador tem em conta aquele desenvolvimento: a formulação de mais ou menos exigências, de mais ou menos formalidades para que a imigração seja possível, visa facilitar ou dificultar a imigração, com base naquilo que a RAEM tem capacidade para sustentar e suportar. Pelo que se alguém imigra ilegalmente, fora das condições legalmente estalecidas, *i.e.* se é imigrante ilegal, está a tornear as exigências que o legislador estabeleceu em nome do crescimento harmonioso e sustentável.

Poder-se-á questionar se o bem jurídico em causa não é antes um bem jurídico individual relacionado com a dignidade do trabalhador contratado ilegalmente, na medida em que, como já se antecipou anteriormente, um trabalhador contratado ilegalmente está, em princípio, colocado numa situação de vulnerabilidade em face do empregador, que este pode aproveitar em seu benefício, oferecendo condições de trabalho ou de remuneração atentatórias da dignidade física, psicológica e laboral do trabalhador.

Apesar da dúvida e da sua pertinência, a resposta parece-nos negativa, por várias razões que, de seguida, expomos. Em primeiro lugar, porque, como dissemos, está em causa uma norma incriminadora prevista numa lei que visa o combate à imigração ilegal,

5 *Parecer*, p. 2.

sendo que este combate não está directamente relacionado com bens individuais mas antes com bens supra-individuais ou colectivos, como o desenvolvimento e a organização económica.

Em segundo lugar, porque a previsão de uma norma incriminadora fora do Código Penal, em diploma extravagante, ao nível do chamado direito penal secundário, em princípio, não deixa de reflectir que o bem jurídico protegido é um bem jurídico não individual. Efectivamente, entende-se que, em regra, os crimes integrantes do direito penal secundário «se relacionam essencialmente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos *direitos sociais e à organização económica*»[6]. Assim nos parece acontecer no presente caso, onde, efectivamente, está em causa mais a organização social e económica e menos um qualquer bem integrante da esfera individual do trabalhador.

Em terceiro lugar, porque entendemos que a "vítima" deste crime não será o trabalhador ilegalmente contratado, o qual, aliás, conhecedor da sua situação, até promove ou consente na sua contratação, mas sim a RAEM enquanto colectividade. Basta pensar-se que, ainda que este crime assuma natureza pública, dificilmente se concebe que pudesse vir a revestir outra natureza, colocando a investigação da prática do mesmo na dependência de queixa e/ou acusação particular do trabalhador, precisamente porque é a RAEM-colectividade quem sai lesada com a infracção.

Assim sendo, em suma, pode dizer-se que aquele que contrata ilegalmente um trabalhador está a promover a imigração ilegal, a qual contraria as exigências que o legislador considerou essenciais para que o crescimento económico da RAEM seja harmonioso e sustentável. Logo, parece-nos pacífico que a norma incriminadora do artigo 16.º da Lei n.º 6/2004 protege o bem jurídico do *desenvolvimento económico harmonioso e sustentável da RAEM.*

3.2. Autor

Em todos os tipos objectivos de ilícito encontramos a previsão relativa ao *autor* ou *agente* da prática do crime, ou seja, a entidade que se mostra passível de praticar o comportamento típico ou conduta típica criminosa. No presente caso, e não se colocando exigência especiais ao nível da autoria, a infracção pode, desde logo, ser praticada por qualquer pessoa individual. Esta constatação encontra suporte formal na norma incriminadora que começa pelo pronome «quem», sem mais exigências, dizendo apenas «*quem constituir relação de trabalho*», o que significa que pode ser autor qualquer pessoa individual. Na medida em que pode ser abstractamente praticado por qualquer sujeito,

6 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*…, p. 121.

estamos perante um *crime comum*, por contraposição aos crimes específicos, que colocam determinadas exigências para a respectiva autoria, de tal forma que apenas preenchem a respectiva previsão as pessoas que atestem determinados requisitos ou exigências[7].

O elemento relativo à autoria coloca-nos, ainda, a questão de saber se é possível a punição de pessoas colectivas pelo cometimento deste crime, no fundo, a questão de saber se a infracção em causa pode ser praticada por uma pessoa colectiva. Nesta matéria, a regra continua a ser a da responsabilidade meramente individual da responsabilidade criminal. Assim mesmo, nos termos do artigo 10.º do Código Penal: «Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade penal».

Importa, por isso, ver se existe alguma *disposição em contrário* que permita a responsabilidade das pessoas colectivas nesta hipótese. A resposta é positiva: o artigo 26.º-B, da Lei n.º 6/2004, determina que as «pessoas colectivas, mesmo que irregularmente constituídas, as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais são responsáveis, nos termos do presente artigo, pelo crime previsto no artigo 16.º» (n.º 1). Assim sendo, para além da responsabilidade das pessoas singulares pode ainda ser apurada a responsabilidade das pessoas colectivas pela prática do crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal, o que se mostra concretamente pertinente, uma vez que, na generalidade das situações, será uma pessoa colectiva a entidade empregadora.

A propósito da responsabilidade penal das pessoas colectivas pelo crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal importa ainda salientar vários elementos. O primeiro, para dizer que, apesar de a mencionada conduta já ser punida desde 2004, a responsabilidade penal das pessoas colectivas pela infracção apenas veio a ser consagrada em 2009, através da Lei n.º 21/2009, a chamada *lei da contratação de trabalhadores não residentes*. Esta lei, no seu artigo 40.º, procedeu a alguns aditamentos à *lei da imigração ilegal e da expulsão* e, entre eles, encontra-se precisamente o artigo 26.º-B, que analisámos *supra*.

O segundo para descrever o regime de imputação de responsabilidade às pessoas colectivas. Ora, nos termos do artigo 26.º-B, n.º 1, as pessoas colectivas serão responsabilidades quando a conduta do artigo 16.º for praticada, em seu nome e no interesse colectivo: **(i)** pelos seus órgãos ou representantes (alínea 1); ou **(ii)** por uma pessoa sob a autoridade destes, quando o cometimento do crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação dolosa dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem (alínea 2).

7 Assim sucede, por exemplo, no crime previsto e punido no artigo 246.º do Código Penal, o crime de *falsificação praticada por funcionário,* o qual apenas pode ser praticado por quem possa ser qualificado de funcionário nos termos do artigo 336.º do Código Penal.

Para finalizar, importa destacar que a responsabilidade das pessoas colectivas é excluída «quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito» (n.º 2) e ainda que a responsabilidade das pessoas colectivas «não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes» (n.º 3).

3.3. Conduta

A conduta típica consiste em o autor constituir relação de trabalho com qualquer indivíduo que não seja titular de algum dos documentos exigidos por lei para ser admitido como trabalhador. Destaquemos alguns elementos integrantes desta conduta, que nos permitirão perceberem melhor quando é que a infracção criminal em causa é cometida:

3.3.1. Em primeiro lugar, é necessário que o agente constitua uma *relação de trabalho*. Note-se que o conceito utilizado, «relação de trabalho», indicia pretender que integrem o âmbito da conduta típica quaisquer relações fácticas de trabalho, independentemente de, juridicamente, termos ou não um contrato de trabalho ou de termos ou não uma verdadeira relação laboral. O que importa é que haja uma relação de trabalho de facto, ou seja, que alguém se encontre a trabalhar sob autoridade e direcção de outrem, no caso, do agente. Assim mesmo, o próprio tipo menciona que o mesmo está preenchido «independentemente da natureza e forma do contrato, ou do tipo de remuneração ou contrapartida» (artigo 16.º, n.º 1).

Esta constatação, a de que aquilo que se exige é que exista uma relação fáctica de trabalho, encontra suporte no disposto no n.º 2 do artigo 16.º, o qual estabelece uma presunção de relação de trabalho: «presume-se existir relação de trabalho sempre que um indivíduo é encontrado em obras de construção civil a praticar actos materiais de execução das mesmas».

3.3.2. Em segundo lugar, é necessário que a relação de trabalho em causa seja constituída com *qualquer indivíduo* que não seja titular de algum dos documentos exigidos por lei para ser admitido como trabalhador.

Desde logo, saliente-se que a lei, aparentemente, não estabelece especiais requisitos pessoais quanto ao trabalhador em causa, falando em «qualquer indivíduo». No entanto, esta norma deve ser compatibilizada com o disposto no artigo 1.º da Lei n.º 6/2004, nos termos do qual a presente lei «aprova o regime legal de detenção e expulsão de **não-residentes** para prevenir e combater a imigração ilegal e aprova o respectivo regime penal e processual penal» (realce nosso)[8]. O que parece significar que a conduta típica se tem de

8 Em comentário a este artigo 1.º, relativo ao objecto da lei, o Parecer da Assembleia Legislativa diz precisamente que por «razões de clareza do âmbito de aplicação da futura lei, foi aditado um artigo

se traduzir na constituição de uma relação de trabalho com um *trabalhador não residente*[9], pois é naquele diploma, com aquele objecto, que se encontra a norma incriminadora.

Esta constatação ajuda-nos a perceber quais possam ser os «documentos exigidos por lei para ser admitido como trabalhador» a que a norma se refere. Efectivamente, em conformidade com a conclusão antecedente, parece-nos que os documentos em causa terão de ser aqueles que o trabalhador não residente carece de reunir para poder ser contratado como trabalhador na RAEM. O que inclui, essencialmente, os seus documentos de identificação e o documento comprovativo da «autorização de permanência, na qualidade de trabalhador»[10] a que se refere o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2009, a Lei da contratação de trabalhadores não residentes. Serão, fundamentalmente, estes documentos (ou melhor, a falta deles) que estão em causa nos casos de contratação de trabalhadores ilegais, que a presente norma e o diploma em que a mesma se insere pretendem combater.

Desta perspectiva, parece, por exemplo, que não pratica a infracção em causa aquele que contrata um trabalhador residente menor de idade, que não seja titular dos documentos exigidos pelos artigos 26.º e seguintes[11] da Lei n.º 7/2008, a Lei das relações de trabalho.

3.3.3. Em face da conduta típica, pode concluir-se que está em causa um *crime de mera actividade*. Na verdade, basta a constituição da relação de trabalho para que exista consumação, não sendo necessária a verificação de qualquer resultado: se «o tipo incriminador se preenche através da mera execução de um determinado comportamento

com o respectivo objecto. Através da sua redacção fica claro que a futura lei só pode ser aplicada a não-residentes da RAEM» - *Parecer*, p. 7.

9 O trabalhador não residente não é punido ao abrigo desta norma. No entanto, pode ser punido pela situação que conduziu à situação de inexistência de documentos exigidos por lei para ser admitido como trabalhador, como, por exemplo, a sua entrada ilegal na RAEM ou a falsificação dos respectivos documentos, nos termos da Lei n.º 6/2004. A destacar, também, com especial ligação à norma que estamos a analisar, o facto de a Lei n.º 21/2009, a Lei da contratação de trabalhadores não residentes, prescrever, no artigo 32.º, n.º 5, alínea 1), que: «É punido com multa de $5 000,00 (cinco mil patacas) a $10 000,00 (dez mil patacas), sem prejuízo de outras medidas que ao caso couberem, o não residente que: [...] 1) Preste trabalho na RAEM sem que esteja autorizado a aqui permanecer na qualidade de trabalhador».

10 Em decisão proferida ao abrigo do anterior artigo 9.º da Lei n.º 2/90/M, o arguido foi condenado pelo crime de "emprego ilegal" precisamente pelo facto de ter contratado 3 trabalhadores que não dispunham daqueles documentos: os mesmos eram titulares de salvos-condutos já expirados e de Bilhetes de Identidade de Residente (BIR) falsificados. Veja-se, neste sentido, o caso exposto no Acórdão do TSI, de 1 de Julho de 2004, Processo n.º 132/2004, disponível na *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Segunda Instância da Região Administrativa Especial de Macau, 2004, Tomo II*, Imprensa Oficial, Macau, 2013, pp. 821-823.

11 Os quais regulam o «contrato de trabalho de menores».

estaremos em face de crimes de mera actividade»[12].

4. TENTATIVA E NEGLIGÊNCIA

4.1. Questão interessante nesta matéria é a de saber se a tentativa da prática do crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal é ou não passível de punição. Antes de mais, realce-se que estamos perante uma situação reconduzível à tentativa «quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumar-se» – artigo 21.º, n.º 1, do Código Penal. Nestas hipóteses, verifica-se, assim, uma «realização, apenas parcial, começada e não acabada, de um determinado tipo de ilícito»[13].

Assim acontecerá, por exemplo, se o empregador contacta telefonicamente o trabalhador ilegal para que este compareça em determinado local para iniciar a sua prestação de trabalho, o trabalhador comparece no local acordado, no entanto, acaba por não aceitar as condições oferecidas e não inicia a sua prestação de trabalho. É também o que acontecerá, noutro exemplo, na hipótese de o empregador redigir um contrato para celebrar por escrito com o trabalhador ilegal, mas que não chega a ser assinado porque o trabalhador, entretanto, abandona a RAEM.

Em todos estes casos, questiona-se se o agente deve ser punido por tentativa. Na resposta a esta questão, vale o disposto no artigo 22.º, n.º 1, do Código Penal: «Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 3 anos». Assim sendo, como nas demais normas da Lei n.º 6/2004 não se prevê a punibilidade da tentativa (logo, não existe «disposição em contrário») nem como, em princípio, o crime não é punível com pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos (em princípio, é punível com pena de prisão até 2 anos), podemos concluir que, em princípio, a tentativa da prática do crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal não é punível.

Dissemos «em princípio» porque a tentativa já poderá ser punida no caso de o agente ser reincidente, uma vez que, nestas hipóteses de reincidência, o agente é punível com pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos (entre 2 a 8 anos, nos termos da parte final do n.º 1 do artigo 16.º).

12 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*…, p. 306.

13 Manuel Leal-Henriques, *Manual de Formação de Direito Penal de Macau*…, p. 137, sem o itálico do Autor.

4.2. Outra questão igualmente importante prende-se com a eventual punibilidade da *negligência* do agente ao nível da constituição da relação de trabalho. A negligência constitui «uma outra forma de conduta, usualmente definida como a falta de cuidado conducente à ofensa, ou à colocação em risco de um bem jurídico protegido por lei»[14].

Neste sentido, pode questionar-se se, por exemplo, deve ser punido aquele que contratou um trabalhador ilegal, sem saber que o mesmo estava ilegal, porque este lhe apresentou documentos falsificados, mas que o empregador tinha obrigação de perceber que não eram verdadeiros.

A este propósito, vale o disposto no artigo 12.º, do Código Penal: «Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência». O que significa que, se a lei não o previr expressamente, o crime só é punível a título de dolo e já não também a título de negligência[15]. Ora, como na Lei n.º 6/2004 não se prevê a punibilidade da negligência, pode-se concluir que aquele que pratica negligentemente o comportamento de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal não será punido. Só será punido aquele que actuar dolosamente – a este respeito, *vide* o disposto no artigo 13.º do Código Penal.

5. PENAS APLICÁVEIS

Importa, de seguida, explicitar as penas aplicáveis ao crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal. Em primeiro lugar, no que respeita à *pena principal*, ou seja, à «sanção consagrada pelo legislador para *utilização, de forma expressa e directa, e de modo autónomo e independente*, na censura de diversos tipos de crime previstos na lei»[16], cumpre dizer que o agente que seja pessoa singular é punível «com pena de prisão até 2 anos e, em caso de reincidência, com pena de prisão de 2 a 8 anos» – artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 6/2004.

Por outro lado, o agente que seja uma pessoa colectiva é punível, a título principal,

14 Manuel Leal-Henriques, *Manual de Formação de Direito Penal de Macau…*, p. 118, sem o itálico do Autor.

15 De onde se extrai a conclusão de que «no sistema adoptado pelo Código de Macau a negligência ocupa um papel secundário, na medida em que só determina a censurabilidade do facto quando a lei expressamente prevê a punição a esse título»; *vide* Manuel Leal-Henriques, *Manual de Formação de Direito Penal de Macau…*, p. 118, sem o itálico do Autor.

16 Manuel Leal-Henriques, *Manual de Formação de Direito Penal de Macau – 2.ª Edição*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2009, p. 229.

com pena de multa até 360 dias: «Pelo crime previsto no artigo 16.º é aplicável às entidades referidas no n.º 1 a pena de multa até 360 dias» – artigo 26.º-B, n.º 4, da Lei n.º 6/2004.

Relativamente às *penas acessórias*, que se traduzem nas «penas que o juiz pode aplicar ***conjuntamente*** com uma pena principal, visando reforçar o efeito desta», ou seja, em «medidas de reforço, postas à disposição do juiz para lhe permitir cobrir áreas que a aplicação de uma pena principal não logra realizar por inteiro»[17], deve salientar-se que as mesmas se encontram previstas no artigo 26.º-A da Lei n.º 6/2004, nos termos do qual podem ser aplicadas as seguintes penas acessórias:

(1) Revogação de todas ou parte das autorizações de contratação de trabalhadores não residentes concedidas, acompanhada da privação, pelo período de seis meses a dois anos, do direito de pedir novas autorizações;

(2) Privação, pelo período de seis meses a dois anos, do direito de participar em concursos públicos que tenham por objecto empreitada de obras públicas ou concessão de serviços públicos;

(3) Privação, pelo período de seis meses a dois anos, do direito a quaisquer subsídios ou benefícios concedidos por entidade pública.

Note-se que a previsão de penas acessórias apenas veio a acontecer em 2009, através da Lei n.º 21/2009, a chamada *lei da contratação de trabalhadores não residentes*. Esta lei, no seu artigo 40.º, procedeu a alguns aditamentos à *lei da imigração ilegal e da expulsão* e, entre eles, encontra-se precisamente o artigo 26.º-A.

Note-se igualmente que, sendo acessórias, estas penas são aplicadas juntamente com a pena principal, acrescem à pena principal, podendo ser concretamente aplicadas uma ou várias. Assim mesmo, nos termos do artigo 26.º-A, n.º 2, da Lei n.º 6/2004: «As penas acessórias referidas no número anterior podem ser aplicadas separada ou cumulativamente.»

Uma última questão que importa levantar é a de saber se estas penas acessórias são aplicáveis apenas às pessoas singulares ou se também são aplicáveis às pessoas colectivas. A dúvida está em que as penas acessórias se encontram previstas no artigo 26.º-A e a responsabilidade das pessoas colectivas só vem prevista no artigo seguinte, o artigo 26.º-B, da Lei n.º 6/2004, podendo-se entender que tudo o que está para trás do artigo que consagra a responsabilidade das pessoas colectivas, só se aplica às pessoas singulares, a menos que o artigo 26.º-B remeta expressamente para lá.

Apesar da dúvida, a resposta parece-nos que deve ir no sentido de considerar que às pessoas colectivas também podem ser aplicadas as penas acessórias previstas no artigo

17 Manuel Leal-Henriques, *Manual de Formação de Direito Penal de Macau*…, p. 259.

26.º-A, desde logo, porque as mesmas são compatíveis com a personalidade colectiva. Nenhuma das penas acessórias em causa pressupõe a personalidade singular, logo, se o legislador não impediu a aplicação das mesmas às pessoas colectivas, parece-nos que nada obsta a que lhes possam ser aplicáveis.

Assim sendo, entendemos que, no artigo 26.º-B, o legislador não teve de remeter para o artigo 26.º-A, porque se afigurar desnecessário. Diferentemente, e relativamente à pena principal, teve de estabelecer, no artigo 26.º-B, n.º 4, o seu próprio regime, porque as penas previstas para as pessoas singulares não eram compatíveis com a personalidade colectiva: não podiam ser aplicadas as penas de prisão a que o artigo 16.º faz referência, daí que o legislador tivesse de regular as penas principais no artigo 26.º-B, n.º 4.

6. CONCLUSÕES

Em face do exposto nos parágrafos antecedentes, cumpre-nos, em jeito de síntese, formular as seguintes conclusões:

6.1. As questões relativas às relações laborais apresentam uma particular importância na RAEM, pelo facto de a Região ser um importante mercado de trabalho para os trabalhadores e levantar algumas especificidades e dificuldades para os empregadores.

6.2. A RAEM não apresenta condições físicas, económicas e sociais para acolher todos os interessados em aqui exercer funções, nem todas as pretensões de contratação dos empregadores, pelo que a contratação de trabalhadores ilegais é tentadora tanto para empregadores como para trabalhadores.

6.3. Neste contexto, o artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 6/2004, consagra o crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal, nos termos do qual: «Quem constituir relação de trabalho com qualquer indivíduo que não seja titular de algum dos documentos exigidos por lei para ser admitido como trabalhador, independentemente da natureza e forma do contrato, ou do tipo de remuneração ou contrapartida».

6.4. O bem jurídico protegido pela norma incriminadora é o desenvolvimento económico harmonioso e sustentável da RAEM.

6.5. Em termos de autoria, o crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal pode ser praticado por qualquer pessoa individual, o que faz dele um dito *crime comum.* Mas pode igualmente ser praticado por pessoas colectivas, mesmo que irregularmente constituídas, associações sem personalidade jurídica e comissões especiais (artigo 26.º-B, n.º 1, da Lei n.º 6/2004).

6.6. Quanto à conduta, constitui comportamento típico o daquele que constituir

relação de trabalho com qualquer indivíduo que não seja titular de algum dos documentos exigidos por lei para ser admitido como trabalhador. Neste comportamento, cumpre destacar o seguinte: (i) integram o âmbito da conduta típica quaisquer relações fácticas de trabalho; (ii) a conduta típica tem de se traduzir na constituição de uma relação de trabalho com um trabalhador não residente; (iii) os documentos em causa terão de ser aqueles que o trabalhador não residente carece de reunir para poder ser contratado como trabalhador na RAEM.

6.7. Em face da conduta típica, pode-se concluir que está em causa um crime de mera actividade.

6.8. A tentativa da prática do crime de constituição de relação de trabalho com trabalhador ilegal e a negligência não são puníveis, excepto, no caso da tentativa, se o agente for reincidente.

6.9. Se o agente da prática da infracção for uma pessoa singular, o seu comportamento é punível com pena de prisão até 2 anos e, em caso de reincidência, com pena de prisão de 2 a 8 anos. Poderão ainda ser-lhe, eventualmente, aplicadas alguma ou algumas das penas acessórias previstas no artigo 26.º-A, n.º 1, da Lei n.º 6/2004.

6.10. Se o agente da prática da infracção for uma pessoa colectiva, o seu comportamento é punível com pena de multa até 360 dias. Entendemos que também poderão ainda ser, eventualmente, aplicadas alguma ou algumas das penas acessórias previstas no artigo 26.º-A, n.º 1, da Lei n.º 6/2004.

卷二

刑事訴訟法

PARTE II

DIREITO PROCESSUAL PENAL

２０１３年之修訂——其闡述及批判性分析

Manuel Leal-Henriques

1. 啟篇

漫漫長途，歷經艱難，終於迎來了“修正”後的刑事訴訟法典——這一萬眾期待的修訂案．

在有限時間內的緊急行動後，８月２６日第９／２０１３號法律得到了廣泛報導．

在等待著一個“身穿打滿補丁髒衣服的孩子”的時候——因為法典的修訂已廣為人知，——“撲向我們懷裡“的卻是一個全新的“孩子”，這對迫切期待著的人來說是一種挑戰．

返回法律層面上，　可以說原本應予了我們一單純的法律“修訂”，最後卻饋贈了我們一“改革“，儘管其有限及局部的屬性，這仍然對法律體系的原則造成了衝擊．

而這對於所有人——如本人——期待著立法者“解決“某些本地學者積極提出的問題——而現在卻並未解決——以及不觸碰一些沒有實際爭議的事宜——而終是接觸了——造成了一定程度上的失望，亦使到這一現代先進、作為文明躍步的一個重要記號、為國際社會所贊揚及澳門特區引以為傲的法典解體．

又或者法典像是沒有被一著名的刑法學者如FIGUEIREDO DIAS教授所構想及編寫一般！

事實上，在法典上所作的修正——時間也會證明——必然會在司法上引起一連串嚴重的結果．

如我們在其他作品所提到，立法者，作為修法指揮棒的擁有者，其放棄了以正常速度“加速”，並漠視其在前進路上所帶來的破壞及危險，直入體系的內部及四處干預，藉此震撼了本法典的根基．

結論：在向我們保證了一單純的“修訂”，一個簡單、有依據及必要的修改後，最終卻贈送我們一份“改革“．這一改革，由於其局部性質及脫離全文的特性，不可避免地動搖了法典的某些基本原則．

有時我們會忘記，立法、修法及適用法律是以對立法技巧及其針對的資料的認知為前提，而編制或參與法典——因其作為一個民族歷史和生活的文明匯編——這就意味著需要更多，或者說，為了法律體系免受根本及不可復原的損害，需要的是一個對於法律體系指導主線的全面掌握．

成為立法者絕非偶然，僅在其有準備、有能力及值得的情況下方能為之．

2. 研究雛形

有關由於本次修法在法典上作出的改變，為了可以掌握修法的脈絡，我們著重於分析第９／２０１３號法律的立法者所修改的規定，儘管為一迅速及單純闡述性的分析．

這次的修改——總合為１０４處——包含了廢止、添加、修改之本義、期間的改變、術語更改以及章節的重新編號．

撇開那些對於本文目的不太顯要的部分，本人將會集中於在體系方面上值得注意的地方，這樣我們就能以應有及必要的嚴謹，“趕上”立法者“所到”以及“能到”之處．

正正就是從這方面進行我們的探索研究，以便能更好及儘可能引領本地法律界採集於第９／２０１３號法律提案改變所結出之成果．

為了更好處理相關資料，本人在此把規定劃分為三群或三區塊，如下：

－第一區塊：

－　一般規定；訴訟主體；訴訟行為；證據（第一條至第一百七十五條）；

－第二區塊：

－　強制措施；偵查；預審；審判（第一百七十六條至三百六十一條）；

－第三區塊：

－　特別訴訟程序；上訴；執行（第三百六十二條至四百九十九條）．

３．在第一區塊的修法（第一條至第一百七十五條）

在第一次審查中，我們可以確認在這區塊修法的範圍小以及意義不大，分別劃成三個領域：

－廢止（１）：

－第一條第二款c項－其規範之事宜轉至a項，現在在引援具體法津規定的情況下，指出那些行為被視作恐怖主義、暴力犯罪或有高度組織之犯罪，並擴大有關定義之範圍；

－添加（１）：

－　第九十四－A條－ 准許某些期間的延長（如在第六十七條、第二百九十七條及第四百零一條第一款及第三款的期間），只要顯示出書面、長篇和複

雜的訴訟行為的翻譯和轉錄之必要性；

－修改之本義（１１）：

－　第十二條－　基於１２月１９日第９／１９９９號法律所建的新司法組織，進行術語之更改，亦即只要請求金額超逾司法組織法律所訂定之金額，即使無當事人之申請，合議庭有權受理有關訴訟，藉此擺脫貨幣貶值之相關問題；

－　第十九條－　除了術語上的改變外，為了允許在其中一名嫌犯無出席的情況下分開訴訟程序，亦添加了d項；

－　第五十一條－　加強了有關指定辯護人的規定，僅在例外的情況下方能指定適當之人為之，亦為了配合其他新制度條文而作出相應調整，尤其是增加了第三款；

－　第五十三條－　在嫌犯為未成年或盲人的案件中，擴大辯護人強制援助的範圍，亦藉增加d項及在最簡易訴訟程序上的改變，來加強嫌犯的地位；

－　第六十一條－　由於民事訴訟法典第二百七十一條的修改，以“誘發參與”一詞來取代“叫喚”，同時亦於g項增添了簡捷程序；

－　第六十六條－　增長期間以及廢止第五款，其相關事宜轉為被第十二條所規範；

－　第七十九條－　確認之前１０月８日第５５／９９／M號法律第六條第二款所作之期間的更改，同時亦於第三款中增加了辦事處在利害關係人申請下向其提供副本的義務（查閱卷宗）；

－　第九十三條－　增加了c項規範之事宜：有關非本地居民或沒有逗留許可的嫌犯的訴訟行為；

－　第一百條－　取代了第五款第b項最後部分；提到“圖文傳真或其他遠距離資訊傳送方法”而非電報或電傳；有關重要的訴訟行為，須向辯護人、輔助人及民事當事人之律師作出通知，如屬其他情況，則須向嫌犯、輔助人及民事當事人或其辯護人或律師作出通知；於第八、九和十款亦增添了規範事宜；

－　第一百零四條－　在第一、二、三、四和五款額外加上事宜，而之前第三、四和五款的事宜轉為第六、七和八款管轄；

－　第一百六十二條－　在第一款最後部分，以“在下午九時至上午七時”一詞取代“不在日出前亦不在日落後”，為了該瑕疵落在單純不當情事範圍內，亦增添了“否則無效”．

我們來看看在第一區塊（第一到第一百七十五條）所作的改變，就如我們一開始所提到，可以察覺到，除了某些地方外，這次修改並不值特別的讚揚．

事實上，由於這次修法，儘管某些具體方面變得較為清晰以及對法律界某些部門的要求作出了回應，但根本上並沒有改善，如在不到場的合理解釋方面（第一百零四條），甚至建立了一個複雜的制度令其遵守更為困難，而在一些受人批評的領域上，如司法保密及訴訟行為的公開、在司法詢問、搜查、搜索以及電話監聽時嫌犯的權利等，則保持完全（或幾乎）沉默[1]．

1　這方面，查閱本人之澳門刑事訴訟法典之注釋及評論（第一百七十二條及後）

4．在第二區塊的修法（第一百七十六條至第三百六十一條）

一開始我們就先強調，在這一區塊中有更深入的修改——　儘管不受人稱讚，在之後我們將會提到——　其範圍我們將會運用第一區塊的模式來闡述．如下：

－廢止（０）：

－添加（０）：

－修改之本義（１５）：

－　第一百八十一條－　增加了第四款，目的為了方便在提供身份資料及居所之書錄後與嫌犯進行連繫；

－　第二百三十七條－　在拘留方面，以“在嫌犯無出席而進行審判”來取代“缺席審判”，然而如果嫌犯根據第三百一十五條第二款聲請或同意聽證在無其出席之情況下進行，即無有罪判決之通知；

－　第三百一十一條－　以“另一辯護人”一詞代替“適合之人”；

－　第三百一十二條－　基本上修改了第四款，其訂定了在審聽押後的情況下，聽取在場人士（證人、輔助人、鑑定人及民事當事人）之可能性，即使因此導致更改第三百二十二條所指的調查證據次序亦然；

－　第三百一十三條－　於第一款中改變了所引用的規定（第三百一十四條至第三百一十六條，而非第三百一十五條至第三百一十六條）；亦由於內容之改變，增加了第六款（對無合理解釋之不到場之處罰）；

－　第三百一十四條－　實際上，為嫌犯於聽證上缺席建立了一個新制度；

－　第三百一十五條－　基本上為形式上的改變，同時亦增添了第五款（在特別情況下嫌犯之缺席）；

－　第三百一十六條－　於第一款（以“不可能將指定聽證日期的批示通知嫌犯”來取代“嫌犯不合理的缺席”）及第二款（以“聽證在無嫌犯出席的情況下進行”來取代“在不出庭情況下審判”）有輕微的修改；

－　第三百一十七條－　對規範進行了一實際修改，被減少為只援引第三百一十四條的規則，其適用範圍亦局限於第三百一十六條第一款所規範的情況（其引用現在只限於當因為某些原因，不能通知應出現及出席聽證之嫌犯）

－　第三百三十七條－　於第三款b項最後部分，取消了“明顯且不能以其他方式澄清”一段；

－　第三百三十八條－　於第一款b項最後部分，取消了“明顯且不能以其他方式澄清”一段；

－　第三百四十四條－　轉為確認為一般強制規定，即聽證中以口頭作出的聲明必須記載於記錄內，不論其法院之組成（獨任庭或合議庭），否則無效；

－　第三百四十五條－　由於第三百四十四條之修改而作出新編寫，現在提及有關聽證的記錄方式；

－　第三百五十五條－　於第二款添加了“經審查及衡量”（對在聽證中調查的證據一個具體及合資格的理由說明部分）

－ 第三百六十條－ 增添了第二款，為了規範新的事宜（判決無效之爭辯方式）·

在這第二區塊的修法中我們有很多東西需要詳述及反思·

如我們一開始於開篇所道，在這一區塊中—— 保持我們對其應有尊重的情況下—— 立法者從一個極端走向另一極端·

一方面，立法者在大部分本地法律人士討論及提出顯著建議的問題上並沒有盡其努力，於法律上亦無一字眼談及有關問題·

如在強制措施方面，除了在第一百八十一條（身份資料及居所之書錄）作出了一個實際上毫無意義的補充外，並沒有作出其他的修改，像是在第一百九十三條（在某些罪行的羈押），不但因為其所引發之疑問，還因為從其規定之解釋中衍生出對個人自由及手握審判權者的一個無理據、在我們所生活的文明社會中不可想像的攻擊·

同樣的事件亦發生在預審階段，對在聽證期間於控告書或起訴批示上描述事實之實際及非實際之改變，以及對其他因其疑問、理解及實踐值得一個立法之澄清、平息社會對其之躁動之問題上，仍然需要 ——當該情況一直維持著—— 一些緊急的調整和法律／訴訟／刑事上的處理·

這僅為了談及一些更為敏感的話題·

然而，本人最主要的批評在於立法者在第三百三十七條和第三百三十八條所作之修改，或許正是被一些來自不認識體制根基的“建議”所“動搖”，以及以在葡萄牙相似的修法為依據，這次修法確實地對體制的本質造成了衝擊，同時亦沒有為立法者帶來榮譽·

讓本人不厭其煩地再道一遍，法典不僅僅為一規則的集合體，它不是一個可以儲存所有我們想保留或保儲的“容器”·

一本法典 ——我們所有人都應該知道—— 是基於原則、指引、哲學以及協調去“強迫”建立一個持久及謹慎的監督，為了使這個“家”不因其根基被削弱而下陷·

立法者在預先選擇想應用於法律體系的模式後，應該遵守該選擇，根據所選的指導方針“編寫”法典，使到這一“編寫”能忠實地反映出先前立法政策之所想所規·

在刑事訴訟方面——此外都在比較法最新提案的方向上—— 訂定了該法典除了其他基本原則外，以審檢分立或三權分立原則為其結構性的基礎·根據該原則整個程序應分階段概述，每一階段均獨立於其他階段，具有不同的目的以及由不同的實體所領導：偵查，一般而言為強制性的，由檢察院負責，其主要以跡象為決定依據；預審，為非強制性的，由預審法官負責，其限於檢查及控制檢察院在偵訊結束後所作之決擇，同樣亦基於跡象要素；以及審判，需要審理和決定控告書及起訴批示之內容，由另一法官進行，其以確實之證據作審判·

這樣規劃的模式使我們不可避免地得到如此結論“一個完整及全面的調查及對事實的澄清只能被一個脫離書面訴訟行為及協議的內容、以及能夠從嫌犯及證據方法中獲得個人見解的法官才能達到·”

誰精確地發現如此，正是奉獻其一生給予法典的FIGUEIREDO DIAS教授[2]·

然而這一“三權分立”顯示了每一個構成刑事訴訟的階段都需要被其自我的“證據”方法所支撐，這正正是為了保有其自主性以及達到所有法院判決的目的——獨立無私的公正·

這樣，只有少數及十分例外的理由—— 並且一直處於法院控制下——才能允許那些領導每個訴訟階段的實體突破嚴謹的原則，要不然就造成了一個不可接受的“混亂”情況，即審判轉變為先前階段的單純轉載，在此主要是偵查階段，由於司法保密限制之緣故，在採集證據要素中，嫌犯通常不會被納入考慮，然而，嫌犯正正因為這些證據而被帶到法庭上·

因此，在葡萄牙和澳門法典的舊版本中僅允許審判法官在於聽證中調查之證據和之前所得到的有明顯矛盾或分歧時，以及法院沒有其他激烈性和攻擊性較弱的方法的情況下，方能採用之前所得之證據·

亦即: 先前的法律文本，為了保持體制的單純性，反對這類修法，並且僅在於聽證中口頭調查之證據和之前所得到的有明顯矛盾或分歧時，以及法院沒有侵略性較低的方法，如人證、對質及檢查等的情況下，法官方能採用之前所得之證據，且僅用於幫助澄清有關矛盾或分歧，以便法官對在聽證中口頭調查之證據形成其心證，而非用於作為證據·

然而，第９／２０１３號法律的立法者，在忽略或者違反這些約束、無視法典的啟示“理論”的情況下，在第三百三十七條和第三百三十八條上“清除”了“明顯且不能以其他方式澄清”這一段，使到法官在這領域上擁有了自由裁量權，並且在實際上無人能阻，這樣嫌犯就變得毫無保障，且直接被一個只基於被不具有無私及獨立地位的實體在偵查收集來的單純跡象的決定而威脅其個人自由·

而令人驚訝的是其所引用的理據正正是更好了解真相的必要性以及一個好的案件判決！

敝人十分想知道如何通過如此彎曲無比的路才達到這個結論！！！

因此，本人判斷這些深度改變與“修正”無關，它恰恰是一個純正並且明確的體系，其不但違背了立法者先前所宣告的，亦違反了在這領域上的“遊戲”規則·

這並不是說不允許立法者改變法律體系—— 可以隨其意願改變—— 然而卻不能在改變之前不先正面承認此變化，並且向社會解釋改變的原因以及如何改變·

５．在第三區塊的修法（第三百六十二條至第四百九十九條）

在這區塊上，立法者正在十分深入（在特別訴訟程序方面）、非常微弱和

2 訴訟法，第一冊，第１９８頁·

實際上毫無意思（在上訴領域）、以及一定無效（在執行部分）之間徘徊·

讓我們以領域作區分：

－在特別訴訟程序領域（１３處修改）：

－　第三百六十二條－　增加了“或僅可科罰金”，轉為允許在現行犯被拘留且不論誰進行該拘留的情況下，適用簡易訴訟程序；

－　第三百六十三條－　由於第三百六十二條的修正以及簡捷訴訟程序的建立而作出相應的調整；

－　第三百六十五條－　添加了第二款，其開展了在嫌犯不遵守強制命令及行為規則的情況下，檢察院在簡捷程序中提出控告的可能性；

－　第三百六十七條－　取代在第一款第b項所規範之事宜——為新的——消除原來在該項所記載的（證人之缺席，現正被第三百一十二條管轄），增加了第d項以及增添了第二款的內容（在嫌犯缺席情況下仍進行聽證）；

－　第三百七十條－　由於現在在任何的情況下聽證卷宗的記載都為強制性（第三百四十四條），刪除了原本的第二款以及第四款的最後部分，同時亦改變了其編號；

－　第三百七十一條－　增加了在第b項所管轄之事宜；因此改變了第b 項的撰寫，其內容轉由第c項規範，現在提及到因健康理由阻礙聽證在拘留後３０日內展開；移除原來第c項的最後部分——現在第d項——　“或高度組織之犯罪”；以及移除第二款最後部分（“引致將有關卷宗送交檢察院，以作出適當之處理”），現在記載在第一款；

－　第三百七十二－A條至第三百七十二－G條－　有關簡捷訴訟程序之新事宜；

－　第三百七十三條－　擴大了第一款的范圍，即擴大了可在最簡易訴訟程序被審理的犯罪（處以不超逾三年徒刑，而非之前所述之二年徒刑）；以“非剝奪自由”一詞取代“非拘留性質”；在第二款及第三款增添了管轄事宜；

－　第三百七十四條－　現在僅保持了先前記載於第二款，現於第一款的內容，從該規則中刪除所有有關其他訴訟主體的參與（輔助人、聲明想成為輔助人之檢舉人、以及沒有成為輔助人之被害人），而聽取意見只局限於受害人、具有正當性之民事方式被訴之人（新的第二款），並可以同時聽取嫌犯之意見（第三款）；

－　第三百七十五條－　在第一款以“剝削自由”一詞取代“徒刑”及“收容”；在無修改實際內容的情況下，重新撰寫第二款；以及廢除原來管轄駁回檢察院聲請之第三款，其內容轉為被第三百七十七條所規範；

－　第三百七十六條－　新事宜；

－　第三百七十七條－　實際上為新的事宜（取代了先前具有“聽證和判處”標題之規定，轉而管轄部分之前被第三百七十五條所規範的內容，即有關駁回檢察院之聲請部分，因此，亦廢除了舊版本的第三款及第四款）；

－　第三百七十八條－　全新的事宜（之前為同一規則，其標題為，主要關注到嫌犯及其辯護人之到場為了預審法官能聽取其意見，然而該行為已不存在於新的制度中）

－ 第三百七十九條－ 新事宜（先前的規定以“移送卷宗以採用其他方式”為標題，其陳述到在這種情況下，檢察院之聲請將會失去效力，而檢察院不受該聲明之約束）

－在上訴領域（７處修改）：

－ 第三百九十二條－在第三款增加了管轄事宜（加強對於“reformatio in pejus“ 原則的保證）；

－ 第四百零一條－在第一款中，提出上訴的期間從之前十日增加到二十日；以不同的方式整理計算期間之有關事宜，而現在以項之形式展現；同時亦在第一款第c項上從“在場”一詞開始新增一段；在第三款中，期間從之前十日增加到二十日，同時亦從“如屬” 一詞 開始新增一段；

－ 第四百零五條－賦予裁判書製作人審理撤回上訴之職權，其之前屬於評議會；

－ 第四百零七條－為部分新規定，其確定了裁判書製作人兩個不同決定之可能性（簡易決定和單純的初端決定）；在第二款擴大有關期間（從十日到二十日）

－ 第四百零九條－實際上為一新事宜，由於在第四百零七條裁判書製作人權力之擴大，僅僅保留了第d項，其相應之前的第c項；

－ 第四百一十條－在第一款最後部分從“或其”開始增加，刪除了之前要求全體一致通過的第二款，因此亦改變其編號；

－ 第四百一十一條－ 基本上為形式上之改變；

－在執行領域（１處修改）：

－ 第四百九十六條－因為已經在第三百七十八條第一款中記載，所以從第d項取消了有關提及在最簡易訴訟程序的判罪．

在此我們對於第三區塊規則（第三百六十二條至第四百九十九條）作出一個批判性的審查，可以注意到最大的修改在於最簡易訴訟程序，因此，本人首先對其進行反思．

眾所周知，這一類型的特別程序，儘管其數不盡的好處（是使到刑事訴訟通過共識完結，並且無科以剝削自由的懲罰的一個最為理想的方式），從來沒有在澳門被使用過．

然而，立法者在沒有注意到該措施的致命之處的情況下，決定以是由於該程序之規格而阻止其使用為前提——我們是這樣認為的——來修法．

即使認為這是不成功的原因，我們依然期待著，在這個領域修法後，將會使原來現行的法本更大規模地簡化，然而立法者並無為之．

在這次修法中，立法者加入了很多複雜的訴訟行為，使到原來易懂、簡單和線性的法律變得錯綜複雜和晦澀難解，令到原本的制度成為一個複習的形式網，本人認為這一修法——或者是我自己弄錯——將會使該制度之應用更為困難．

即——而這我們之前已經研究過——如果這程序毫無收獲不是因為法律一直以來給予它的面貌（因為法律旨於方便其應用），而是因為其他的原因的話，那執法人員的阻礙亦應為原因之一．

事實上，就像RUI DO CARMO MOREIRA FERNANDO[3] 所提醒到，這一類特別程序慣性地一直聯繫著“專業常規”；“‘調查邏輯’ 和‘正義邏輯’之間的沖突”；“等級功能”，“司法官的主動”；“與調查的距離以及與程序主體的接觸”·

他同時亦指出可以為體系所作出之改善和更好地利用程序之優勢：“為了能縮短法律計劃和其應用之現實，首先每一位司法官都應在每天履行其職責時遵守檢察院在刑訴的新面貌的基本原則，撇開之前安於現狀的態度，以系統對外為其操作邏輯”·

總結：我們可以確切和大膽地認為，系統在這一方面的失敗，並不歸咎於法律本身，而是歸咎於如果看待及面對其之方法，因此在這個程序上任何修法都沒有理據，尤其是這次令人沮喪的修改·

這還是在我們沒有提到因為修法而違反了基本法（第八十五條第二款），由於其剝奪了預審法官的權限·

因此，應該是檢察院高層負責與其下屬訴說什麼為是正確的，亦即不視這一個措施為一個自由裁量行為方法，而是一個真正不能亦不應捨棄的權力－義務，儘管這意味著更多的努力以及工作·

繼續進行我們的反思過程，這次本人決定停在上訴領域·

在這裡，比起作為，我更加批評其不作為·

這樣，本人認為立法者在第三百九十條保持沈默是不能理解，而更為嚴重的是當我們注意到其不干擾的理據：需要進一步的研究！

這是一條在所有層面都被到高度爭議的條例——然而在比較法範圍裡這條例已被廣泛和充分地研究過，在澳門亦在實踐中被頻繁地測試過—— 其不單單值得立法者一次的修改，至少為了結束不必要的司法分歧意見，以及解決一些造成個人權利障礙的情況·

第三百九十條成為了一個嚴格的上訴篩選漏斗，繼續以一個無畏及鎮靜的態度統治著我們的法律社會，沒有意願（或者沒有勇氣）與現實及經驗（很多都令人悲痛）作出調整，讓它們繼續發展和保持·

而從例子就能看出，像是立法者頑固地維持對於何為“非終止案件之決定”的不適當的解釋；堅持沿用“可科處之刑罰”而非“科處之刑罰”作為上訴終審法院受理的限制標準；對於由中級法院在上訴反對初級法院宣示無罪裁判的有罪合議庭裁判（所謂的出奇不意之判刑）；等等·

最終：立法者在如此重要的事宜上有不保持沉默的義務，然而他一直知道，在立法時也知道（或者應該知道），但還是保持沉默，因此，無論對社會還是對法律人士，立法者都沒有做好其工作·

最後，仍然在上訴的範圍內，對第四百條作出一簡短的說明——另一條重要和核心的以及充滿“戰爭” 的規則，然而，再一次，立法者以死寂般的沉默作回應，對來自四方八面要求改正這些明顯錯誤的聲音充耳不聞，

上訴之依據是上訴者用於嘗試說明其對被爭議之決定不同意原因的工具，

3 檢察院面對中小型犯罪……（檢察院雜誌，第８１號，２０００年，第１４７至１５０頁）·

因此是合法要求立法者不對其可能向司法機構引用上訴的權利加上過度的約束和限制，以便能補正該決定的瑕疵．

而如果有瑕疵頻繁地出現——本人甚至可以說可能會一直發生——將會是在事實事宜上的瑕疵而非在法律事宜的瑕疵．

事實上——除了立法者所有人都承認——，就如ANA　BRITO[4]所強調，“刑事訴訟被認為是一個安全的空間，在這裡法官應該保證尋找真理，為一個由刑事訴訟規則構成的空間．．．，亦是一個最好和最有可能以最小的錯誤而達到結果的空間；如果真的作出該事實錯誤，這將會難以彌補”．

這就意味著，由於事實錯誤為最能動搖上訴者權利的錯誤，在法律方面應該提供一個解決框架而非阻止該錯誤之引用，亦即應該確定對於事實事宜無任何限制的上訴，當然摒除在在第二審級審判上訴案件這一明顯的例子（在這通常只審理法律事宜）．

然而，面對著這一個明顯的情況——儘管立法會一直加強改變的必要性，其提到“如果在審判事實事宜之錯誤導致嫌犯錯誤的判處，該錯誤應該能夠成為上訴更高法院之依據”，堅持“現時對於事實事宜上訴之形式限制並沒有理據，這也沒有在民事訴訟範圍內發生”，因此上級法院應該“在上訴中有重審所有提出過的事實事宜的自由，而上訴者亦應該能夠陳述所有被上訴所針對的法院審理不當的事實事宜”——，然而，立法者繼續保持無聲和原地不動，漠視一切的一切，再一次，以所謂的需要進一步的研究來自我保護！

儘管其本身已有不可爭議的重要性，但當我們提到公民權及政治權的國際公約第十四條第五款（由於基本法第四十條亦在澳門適用）時整個過程才會變得完整，其確定了一個無任何限制的第二審級審判權的存在．

6．總結

最終：由於超出或不作為——當然不作為的情況多於超出的情況——澳門特區的立法者通過這所謂“修正”（第９／２０１３號法律）解決不當或者沒有解釋一些重要的問題．

非常遺憾失去能夠在理解和適用法律上幫助的機會．

4　在刑事訴訟之上訴：提出上訴．在事實事宜上之上訴（司法研究雜誌－里斯本－２００８年９月１日，第９號特別，第三百八十二頁）

A REVISÃO DE 2013 – APRESENTAÇÃO E ANÁLISE CRÍTICA

Manuel Leal-Henriques

1. – PÓRTICO

Após um parto difícil e prolongado, conheceu finalmente a luz do dia a muito prometida e esperada "revisão" do Código de Processo Penal.

Deu cobertura ao desembaraço a Lei n.º 9/2013, de 26 de Agosto, através de uma operação de urgência já no limite de tempo de gestação.

Quando se aguardava – porque assim foi abundantemente propalado aos quatro ventos – uma "criança" com vestes apenas remendadas e sujeitas a tratamentos de limpeza, eis que nos cai nos braços um "ser" praticamente novo, a desafiar as legítimas expectativas de quem tão ansiosamente o aguardava.

Descendo à linguagem jurídica, bem poderemos dizer que nos prometeram uma mera "revisão" e nos presentearam com uma "reforma", ainda que circunscrita e pontual, mas mesmo assim, agressora de princípios estruturantes do sistema.

E isto é de certo modo frustrante para todos aqueles que – como eu – esperavam que o legislador "resolvesse" certas questões suscitadas enérgica e lealmente pelos operadores de direito locais – e que não resolveu – e não tocasse em matérias isentas de conflitualidade prática – como tocou –, assim se desestruturando um Código moderno, avançado e reconhecido como um avanço civilizacional de referência, aplaudido pela comunidade internacional e motivo de grande orgulho para a RAEM.

Ou não tivesse ele sido pensado e escrito por um Penalista de eleição como é o Prof. FIGUEIREDO DIAS!

Na verdade, o que foi feito ao Código – e o tempo o confirmará – vai necessariamente

acarretar graves sequelas na administração da Justiça.

Como tivemos já oportunidade de o evidenciar em outros escritos, o legislador, de posse da batuta legiferante, deixou-se "embalar" pela velocidade adquirida e, alheio aos estragos que ia produzindo pelo caminho, entrou pelo sistema dentro, sacudiu-o, intervindo aqui e acolá, sem atentar em que poderia pôr em perigo, como pôs, os alicerces que sustentavam a construção.

Enfim: depois de nos ter garantido uma mera "revisão", simples arranjos onde fosse justificável e necessário, acabou por nos brindar com uma "reforma", a qual, por ter sido apenas sectorial e descontextualizada do todo, redundou num texto inexoravelmente abalado em alguns dos seus princípios informadores essenciais.

Às vezes esquece-se que fazer leis, corrigi-las, adaptá-las, pressupõe conhecimento das técnicas legísticas e das matérias sobre que se actua, e que fazer Códigos ou intervir neles – porque constituem repositórios civilizacionais da história e da vida de um Povo – pressupõe isso e muito mais, ou seja, um completo domínio das linhas de orientação que presidem ao sistema, para que o mesmo não sofra dano de fundo e quiçá irreparável.

Não se pode ser legislador por mero acidente, mas apenas quando e se se está preparado para o poder e merecer ser.

2. – ESBOÇO EXPLORATÓRIO

Para princípio de análise sobre o que mudou no Código com a intervenção legislativa havida, importará certamente fazer um exercício, ainda que apressado e meramente enunciativo, das normas que foram submetidas ao bisturi do legislador por via da Lei n.º 9/2013, a fim de que possamos tomar o pulso à dimensão dessa mudança.

As mexidas – num total de 104 – oscilam entre revogações, aditamentos, alterações propriamente ditas, alteração de prazos, alterações terminológicas e renumeração de Capítulos.

Pondo de parte o que porventura é menos significativo para os fins deste trabalho, irei concentrar-me naquilo que, de mais importante em termos de sistema, considero merecer atenção, para que possamos "apanhar", com o rigor devido e necessário, até onde "foi" e "poderia ter ido" o construtor da lei.

É nessa linha, pois, que se situa este ensaio exploratório, que intenta preferencialmente levar até à comunidade jurídica local o que é possível colher-se da proposta legislativa constante da Lei n.º 9/2013.

Nessa perspectiva, e com vista a uma melhor arrumação das matérias em equação, proponho-me estabelecer um método de exposição centrado em três conjuntos ou

blocos de preceitos, cujo figurino pode mostrar-se como segue:

– 1.º Bloco: Disposições gerais; Sujeitos do Processo; Actos Processuais; Prova (art.os 1.º a 175.º);

– 2.º Bloco: Medidas de Coacção; Inquérito; Instrução; Julgamento (art.os 176.º a 361.º);

– 3.º Bloco: Processos Especiais; Recursos; Execuções (art.os 362.º a 499.º).

3. – INTERVENÇÃO LEGISLATIVA NO ÂMBITO DO 1.º BLOCO (ART.os 1.º A 175.º)

Numa primeira resenha, poderemos começar por afirmar que, de um modo geral, as alterações introduzidas no Código foram aqui bastante reduzidas e de curto significado, na medida em que se limitaram a três áreas:

– revogações (1)**:**

– al. c) do n.º 2 do art. 1.º – cuja matéria passou para a al. a), indicando-se agora, por referência a preceitos concretos do ordenamento jurídico, as condutas a integrar no conceito de terrorismo ou de criminalidade violenta ou altamente organizada, alargando-se o respectivo leque;

– aditamentos (1)**:**

– art.º 94.º-A – a permitir a prorrogação de certos prazos (os dos art.os 67.º, 297.º e 401.º, n.os 1 e 3) sempre que se mostre necessário proceder a traduções e transcrições de actos processuais escritos, extensos e complexos;

– alterações propriamente ditas (11)**:**

– art.º 12.º – procedeu a alterações terminológicas em função da nova Organização Judiciária saída da Lei n.º 9/1999, de 19 de Dezembro, passando o tribunal colectivo a intervir, sem necessidade de requerimento das partes, quando o valor do pedido exceder o fixado pelas leis de organização judiciária, assim se libertando de problemas de desvalorização da moeda;

– art.º 19.º – para além de alterações terminológicas, acrescentou a al. d) para permitir a separação de processos em caso de ausência de algum arguido;

– art.º 51.º – reforça as regras de nomeação de defensor, que só excepcionalmente pode recair sobre pessoa idónea, ajustando-se as demais disposições do preceito ao novo regime, nomeadamente com a introdução do n.º 3;

– art.º 53.º – essencialmente alarga a obrigatoriedade de assistência de defensor

ao arguido aos casos de cegueira e de menoridade, reforçando-se, com a nova al. d), a posição do arguido em função das alterações introduzidas no processo sumaríssimo;

– **art.º 61.º** – substituiu a referência ao "chamamento à demanda" por "intervenção provocada", em virtude das alterações nesse sentido feitas no art.º 271.º do Cód. Proc. Civ. e aditou na al. g) a alusão ao processo simplificado;

– **art.º 66.º** – aumentou prazos e revogou o n.º 5, cuja matéria passou a ficar regulada pelo art.º 12.º;

– **art.º 79.º** – confirmou a alteração do prazo feita antes pelo n.º 2 do art.º 6.º do DL n.º 55/99/M, de 08 de Outubro, acrescentando-se, ao n.º 3, a obrigação de a Secretaria fornecer cópias aos interessados que as requeiram (acesso aos autos);

– **art.º 93.º** – acrescentou a matéria da al. c): actos processuais relativos a arguidos não residentes ou sem autorização de permanência na Região;

– **art.º 100.º** – substituiu a parte final da al. b) do n.º 5; em vez de telegráfico ou por telex passou a constar "por telefax ou por qualquer meio telemático"; impôs a notificação ao defensor do arguido e aos advogados do assistente e da parte civil de actos essenciais praticados no processo e ainda àqueles ou aos respectivos defensores e advogados nas demais situações; acrescentou as matérias dos n.os 8, 9 e 10;

– **art.º 104.º** – aditou as matérias dos n.os 1, 2, 3, 4 e 5, passando a n.os 6, 7 e 8 os anteriores n.os 3, 4 e 5;

– **art.º 162.º** – substituiu no n.º 1, parte final, a expressão "antes do nascer nem depois do pôr do sol" por "entre as 21 e as 7 horas" e acrescentou-se "sob pena de nulidade", para evitar que o vício caísse no domínio da mera irregularidade.

Olhando para a intervenção havida no seio deste 1.º Bloco de normas (art.os 1.º a 175.º), e tal como se referenciou a princípio, constata-se que, tirando alguns aspectos pontuais, ela não merece especiais aplausos.

Sendo certo, na verdade, que um ou outro ponto concreto se tornou porventura mais claro e se deu resposta a algumas das reivindicações de certos sectores da comunidade jurídica, no essencial pouco se melhorou, pois que, por exemplo em ***matéria de justificação de faltas*** (art.º 104.º) até se criou um sistema complexo que dificulta a respectiva observância e se silenciou por completo (ou quase) em áreas apontadas como críticas, tais como as do ***segredo de justiça e publicidade dos actos processuais,*** dos ***direitos do arguido aquando do interrogatório judicial***, das ***revistas e buscas, das escutas telefónicas*** etc.[1]

1 Ver, a propósito, a minha *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau* (art.os 172.° e segts).

4. – INTERVENÇÃO LEGISLATIVA NO ÂMBITO DO 2.º BLOCO DE NORMAS (ART.os 176.º A 361.º)

Começaria por assinalar que, neste segmento, já se detecta uma intervenção mais profunda – e que nem sempre será de aplaudir como a seu tempo iremos assinalar – e cuja dimensão passaremos desde já a enunciar, nos mesmos moldes usados para o 1.º Bloco de normas.

Assim:

– **revogações** (0)

– **aditamentos** (0)

– **alterações propriamente ditas** (15)**:**

– **art.º 181.º** – acrescenta o n.º 4, no sentido de facilitar futuros contactos com o arguido, após prestação de termo de identidade;

– **art.º 237.º** – substitui a referência, em matéria de detenção, ao "julgamento à revelia" por "julgamento na ausência do arguido", não havendo lugar à notificação da sentença condenatória se o julgamento na ausência ocorrer a pedido do próprio ou com o seu consentimento, nos termos do n.º 2 do art.º 315.º;

– **art.º 311.º** – substitui a expressão "pessoa idónea" por "outro defensor";

– **art.º 312.º** – essencialmente intervém no n.º 4, que passou a prever a possibilidade de, no caso de adiamento da audiência, se ouvirem as pessoas presentes (testemunhas, assistentes, peritos e partes civis) ainda que com alteração da ordem de produção de prova fixada no art.º 322.º;

– **art.º 313.º** – altera no n.º 1 a referência aos preceitos invocados (art.os 314.º a 316.º, em vez de 315.º e 316.º), em função de alterações feitas nos respectivos conteúdos, acrescentando-se o n.º 6 (sanções para a falta injustificada de comparecimento);

– **art.º 314.º** – cria, na prática, um regime novo para o caso de falta do arguido à audiência;

– **art.º 315.º** – procede a alterações essencialmente formais, com acrescento do n.º 5 (ausência do arguido em casos especiais);

– **art.º 316.º** – ligeiras alterações nos n.os 1 (substituição da expressão "o arguido faltar injustificadamente" por "não for possível notificar o arguido do despacho que designa dia para a audiência") e 2 (substituição do segmento "será julgado à revelia" por "a audiência será realizada na sua ausência");

– **art.º 317.º** – alteração substancial do preceito, que fica reduzido a remissões para normas do art.º 314.º, circunscrevendo-se o seu âmbito de aplicação às situações previstas no n.º 1 do art.º 316.º (a sua vocação limita-se agora aos casos em que, por uma razão ou por outra, não se conseguiu notificar o arguido para a audiência a que deveria

comparecer para ser julgado);

– **art.º 337.º** – eliminou, na parte final da al. b) do n.º 3, o segmento "sensíveis que não possam ser esclarecidas de outro modo";

– **art.º 338.º** – eliminou, na parte final da al. b) do n.º 1, o segmento "sensíveis que não possam ser esclarecidas de outro modo";

– **art.º 344.º** – passa a consagrar, como regra geral obrigatória, a documentação de todas as declarações prestadas oralmente em audiência, independentemente da forma de composição do tribunal (singular ou colectivo) e sob pena de nulidade;

– **art.º 345.º** – redacção nova em razão do que passou a estar estatuído no art.º 344.º, referindo-se agora à forma de documentação da audiência;

– **art.º 355.º** – adita no n.º 2 o segmento "e exame crítico" (fundamentação específica e qualificada da prova produzida em audiência);

– **art.º 360.º** – acrescenta o n.º 2, com matéria nova (forma de arguição das nulidades da sentença).

Muito há a dizer e reflectir sobre a intervenção legislativa havida no campo deste 2.º Bloco de normas.

Começaria, em jeito de síntese introdutória, por assinalar que neste segmento o legislador – e salvo o devido respeito – foi de um extremo ao outro.

Por um lado, abandonou o seu afã legislativo em relação a áreas em que a maioria dos operadores judiciários locais discutiu e apresentou sugestões de peso e nem uma palavra de lei pronunciou sobre o que lhe era lembrado fazer.

Assim aconteceu, desde logo, em matéria de **medidas de coacção,** procedendo a um aditamento praticamente insignificante no art.º 181.º (termo de identidade e residência) e nada mais, quando é certo que o art.º 193.º (prisão preventiva em certos crimes), não só pelas dúvidas que suscita, como ainda porque se trata de um preceito que, na interpretação que dele vem sendo feita, constitui um atentado injustificável à liberdade individual e às competências de quem tem por função julgar, impensável numa sociedade com os padrões civilizacionais como são aqueles em que vivemos.

Assim sucedeu, igualmente, ao nível da **Instrução,** carecida – enquanto perdurar – de alguns ajustamentos urgentes e ainda do tratamento jurídico/processual/penal a conferir às **alterações substanciais e não substanciais no decurso da audiência, dos factos descritos na acusação ou na pronúncia** e sobre as quais pairam dúvidas, entendimentos e práticas que justificavam plenamente uma clarificação legislativa para se pôr termo a quezílias sérias que em nada prestigiam as Instituições, deixando a comunidade inquieta.

Isto para falar apenas em pontos decerto mais sensíveis.

Mas a minha crítica mais acesa dirige-se para o que o legislador fez no círculo dos

art.os 337.º e 338.º, porventura "embalado" por "sugestões" vindas de proveniências desconhecedoras das balizas impostas pelo sistema e estribado numa intervenção similar ocorrida em Portugal, deveras atentatória da genuinidade daquele e que não honra quem a fez.

Não me canso de lembrar que um Código não é um mero aglomerado de normas, não é um "contentor" onde se armazena tudo quanto se quer preservar ou manter em guarda.

Um Código – todos o devíamos saber – é enformado e sustenta-se por princípios, orientações, filosofias e coordenadas que "obrigam" a uma vigilância permanente e cautelosa para que a "casa" não vá abaixo por fragilização dos seus alicerces.

Definido previamente que modelo se pretende dar ao sistema, há-de o legislador, em obediência a essa opção, "escrever" os Códigos de harmonia com a linha orientadora escolhida, de modo a que essa "escrita" possa espelhar fielmente o pensamento e os critérios superiormente assumidos em termos de política legislativa.

Ora na área processual penal – de resto na linha das mais modernas propostas do direito comparado – ficou definido que o respectivo Código tomaria por base estruturante, e entre outras mais proposições fundamentais, o **princípio do acusatório** ou da **separação de poderes**, segundo o qual todo o procedimento deverá ser esquematizado por fases, cada uma autónoma das demais, com finalidades distintas e conduzidas por entidades diferentes: o **Inquérito**, em regra sempre obrigatório, a cargo do M.º P.º, que dele decidirá com base em meros indícios; a **Instrução**, sempre facultativa, sob a tutela do Juiz de Instrução, que se limita a testar e controlar a escolha feita pelo M.º P.º no final do Inquérito e servindo-se igualmente de elementos indiciários; e o **Julgamento**, que há-de apreciar e decidir do merecimento da acusação ou do despacho de pronúncia, dirigido por um Juiz próprio, que julgará com assento em provas de certeza.

Um modelo assim desenhado conduz-nos inevitavelmente à conclusão de que «uma investigação e um esclarecimento do facto sujeito a julgamento que se queiram totais e completos só poderão ser alcançados pelo juiz se, por um lado, ele não estiver ligado ao conteúdo de actos e protocolos escritos e se, por outro lado, puder adquirir uma impressão pessoal do arguido e dos meios de prova».

Quem assim o atesta, e com toda a firmeza, é quem deu vida ao Código, o Prof. FIGUEIREDO DIAS[2].

Ora esta "separação de poderes" implica que cada uma das fases em que se estrutura o processo penal se há-de nutrir dos seus meios "probatórios" próprios, exactamente para que fique preservada e intacta a sua autonomia e seja possível chegar-se à justiça

2 *Direito Processual*, I, pág. 198.

independente e isenta que uma decisão judicial pressupõe.

Daí que só razões contadas e excepcionalíssimas – e sempre sob estrito controlo judicial – possam permitir que quem dirige cada uma das fases processuais abra qualquer brecha no rigor do princípio, sob pena de cairmos numa "confusão" inadmissível, em que o julgamento se transforma numa mera reedição do que se passou nas fases anteriores, principalmente na fase do inquérito, onde os arguidos, por mor dos constrangimentos impostos pelo segredo de justiça, não são em regra tidos nem achados na recolha dos elementos indiciários que os levaram à barra do tribunal.

Por isso é que a versão anterior dos Códigos de Portugal e de Macau apenas autorizavam que o juiz de julgamento pudesse socorrer-se de elementos antes obtidos para o processo ***quando as provas produzidas durante a audiência estivessem em flagrante contradição ou discrepância com as alcançadas anteriormente e não houvesse à disposição do tribunal outro meio menos radical e agressivo para ultrapassar tais desarmonias.***

Ou seja: o texto precedente, avesso a intromissões desse tipo com vista a manter a pureza do sistema, entregava nas mãos do juiz a possibilidade de trazer para a audiência versões anteriores do facto ou factos em causa, ***não para as utilizar como prova***, mas exclusivamente para ***o ajudar a esclarecer*** o que se mostrava em contradição ou discrepância com o que estava a ocorrer no acto de julgamento a fim de se habilitar a formar a sua convicção sobre o mérito ou demérito da prova produzida oralmente em audiência, se lhe não fosse possível utilizar outro expediente menos invasivo, como por exemplo, através da prova testemunhal, de acareações, de exames, etc.

Ora o legislador da Lei n.º 9/2013, ignorando ou passando por cima destes condicionalismos e fazendo tábua rasa da "filosofia" inspiradora do Código, foi ao texto dos art.os 337.º e 338.º e "limpou" pura e simplesmente a expressão ***"sensíveis que não possam ser esclarecidas de outro modo"***, entregando assim ao juiz um poder discricionário nessa matéria, praticamente insusceptível de ser travado e sindicado, deixando os arguidos sem qualquer protecção e assim expostos a uma decisão que os pode privar da sua liberdade por "mérito" de uns simples indícios recolhidos por exemplo durante o Inquérito perante entidades investigatórias que não gozam do mesmo estatuto de isenção e de independência que é próprio dos julgadores.

E o que é de pasmar é que se invocou como fundamento para aquilo que foi feito a necessidade de melhor esclarecimento da verdade e boa decisão da causa!

Muito gostaria de saber como chegar lá por este tortuoso caminho!!!

Daí que em meu juízo estas profundas alterações nada têm de "revisão", constituindo antes uma autêntica e claríssima "reforma" do sistema, contra tudo quanto o legislador previamente anunciou e contra o que deveriam ser as regras do "jogo" nesta

matéria.

Isto não quer dizer que o legislador esteja impedido de mexer no sistema – que poderá mudar quando muito bem entender e assim o quiser –, o que não pode é mexer nele sem assumir frontalmente essa ruptura, explicando à comunidade porque o faz e em que termos o vai fazer.

5. – INTERVENÇÃO LEGISLATIVA NO ÂMBITO DO 3.º BLOCO DE NORMAS (ART.os 362.º A 499.º)

A mão do legislador, neste segmento, oscilou entre o *muito profundo* (na vertente dos Processos Especiais), o *muito tímido* e praticamente insignificativo (no domínio dos Recursos) e *seguramente nulo* (na parte das Execuções).

Vejamos por sectores:

– **no âmbito dos processos especiais** (13 intervenções):

– **art.º 362.º** – acrescentou-se a expressão "ou só com pena de multa" e passou a admitir-se o uso do processo sumário com base em detenção em flagrante delito, independentemente de quem tenha procedido a essa detenção;

– **art.º 363.º** – ajusta-se o texto à nova redacção dada ao art.º 362.º e à criação do processo simplificado;

– **art.º 365.º** – adita-se o n.º 2, que abre a possibilidade de o M.º P.º deduzir acusação em processo simplificado no caso de o arguido incumprir as injunções e regras de conduta a que ficou sujeito;

– **art.º 367.º** – substitui-se no n.º 1 a matéria da al. b), – que é nova –, suprimindo-se o que dela dantes constava (falta de testemunhas, agora tratada no âmbito do art.º 312.º), aditando-se a al. d) e acrescentando-se ainda o que consta do n.º 2 (realização da audiência mesmo na ausência do arguido);

– **art.º 370.º** – elimina-se o anterior n.º 2 e a parte inicial do n.º 4, em virtude de a documentação dos actos da audiência passar a ser obrigatória em todos os casos, nos termos do art.º 344.º, alterando-se consequentemente a respectiva numeração;

– **art.º 371.º** – acrescenta-se a matéria da al. b); altera, em consequência, a redacção da anterior al. b), que passou a al. c), reportando-se agora a motivos de saúde impeditivos da realização da audiência no prazo de 30 dias a contar da detenção; remove a parte final da anterior al. c) – agora al. d) – "ou ao carácter altamente organizado do crime"; e suprime-se a parte final do n.º 2 ("e implica a remessa dos autos ao M.º P.º para os efeitos convenientes"), que passou a constar do corpo do n.º 1;

– **art.os 372.º-A a 372.º-G** – matéria nova atinente ao processo simplificado;

– **art.º 373.º** – alarga-se no n.º 1, os crimes susceptíveis de serem apreciados em processo sumaríssimo (puníveis com prisão até 3 anos e não até 2, como anteriormente); substitui-se a expressão "não detentiva" por "não privativas da liberdade"; e acrescenta-se a matéria dos n.os 2 e 3;

– **art.º 374.º** – apenas manteve, agora sob o n.º 1, o que dantes constava do n.º 2, retirando-se do preceito tudo quanto se referia à intervenção dos restantes sujeitos processuais (assistente, denunciante que houvesse declarado desejar constituir-se como tal e ofendido não constituído assistente), limitando-se as audições ao lesado e à pessoa com legitimidade para ser demandada civilmente (novo n.º 2), que podem ser simultâneas com a audição do arguido (n.º 3);

– **art.º 375.º** – substituem-se no n.º 1 as expressões "prisão" e "de internamento" por "privativas da liberdade"; reformula-se o n.º 2, sem alterar a substância; e revoga-se o anterior n.º 3 que preceituava sobre a rejeição do requerimento do M.º P.º, matéria que passou para o art.377.º;

– **art.º 376.º** – matéria nova;

– **art.º 377.º** – matéria praticamente nova (substitui o preceito anterior correspondente que tinha por título "Audiência e condenação", repescando-se parcialmente o constante do n.º 3 do precedente art.º 375.º, na parte respeitante à rejeição do requerimento do M.º P.º, revogando-se, em consequência, os n.os 3 e 4 da anterior versão);

– **art.º 378.º** – matéria totalmente nova (dantes o mesmo preceito, que tinha por título "Comparência do arguido", cuidava da presença do imputado e do seu representante à audição perante o Juiz de Instrução, acto que deixou de existir no novo regime);

– **art.º 379.º** – matéria nova (o anterior tinha por epígrafe "Reenvio do processo para outra forma", prescrevendo que, em casos tais, o requerimento do M.º P.º perdia eficácia e não o vinculava para o futuro);

– **no âmbito dos recursos** (7 intervenções):

– **art.º 392.º** – adita-se a matéria do n.º 3 (reforço das garantias dadas pelo princípio da "reformatio in pejus");

– **art.º 401.º** – alarga-se para 20 dias o prazo anterior de 10 dias para a interposição do recurso, estabelecido no n.º 1; arrumam-se de diferente modo as matérias de contagem desse prazo que passaram para o n.º 2 e agora apresentadas por alíneas, acrescentando-se ainda todo o segmento da al. c) desse mesmo n.º 1, a partir da palavra "presente"; e no n.º 3 aumenta-se para 20 dias o prazo que antes era de 10 dias, acrescentando-se também todo o segmento a partir de "tratando-se";

– **art.º 405.º** – atribui-se ao Relator competência para conhecer da desistência do

recurso, que dantes pertencia à Conferência;

– **art.º 407.º** – preceito praticamente novo, consagrando a possibilidade de duas decisões diferentes do Relator (decisão sumária e mera decisão preliminar); no n.º 2 amplia-se o prazo respectivo (de 10 para 20 dias);

– **art.º 409.º** – matéria praticamente nova, em função dos alargados poderes conferidos ao Relator pelo art.º 407.º, mantendo-se apenas o constante da al. d), correspondente à anterior al. c);

– **art.º 410.º** – adita-se a parte final do n.º 1 a partir da palavra "daquele" e eliminou-se o anterior n.º 2 que exigia a unanimidade de votos, alterando-se consequentemente a respectiva numeração;

– **art.º 411.º** – alterações praticamente de teor formal;

– **no âmbito das Execuções** (1 intervenção):

– **art.º 496.º** – retira da al. d) a referência à condenação em processo sumaríssimo, por já constar do art. 378.º, n.º 1.

Procedendo a uma apreciação crítica do que se fez no domínio deste 3.º Bloco normativo (art.os 362.º a 499.º), há que constatar que a mexida mais relevante ocorreu no domínio do **processo sumaríssimo**, para ela se dirigindo, pois, a minha primeira reflexão.

Como todos sabemos, esta modalidade de processo especial, pesem embora as suas imensas virtualidades (meio por excelência de pôr termo a um procedimento criminal pela via do consenso e sem o recurso a sanções privativas da liberdade), nunca foi utilizada em Macau.

Vai daí, o legislador, sem cuidar de saber qual era a causa da falência do expediente, resolve intervir nele, no pressuposto – pensamos nós – de que seria o formato do procedimento a impedir o seu uso.

Admitindo ser essa a razão do insucesso, era suposto esperar que, a haver alterações nessa área, elas se voltariam para a simplificação – em maior escala – do figurino em vigor, mas não foi isso o que o legislador fez.

Pondo a mão no regime, introduz-lhe actos processuais de mais elevada complexidade, tornando intrincado e trabalhoso o que era acessível, simples e linear, convertendo o modelo numa complicada malha de formalidades que, ou me engano muito, irá desencorajar ainda mais o seu uso.

É que – e isso está estudado – se o procedimento não tem colhido frutos tal não se deve ao desenho que a lei lhe vinha dando, que, muito pelo contrário, facilitava a sua aplicação, mas a outras causas, a que não são alheias as desmotivações dos aplicadores da lei.

Com efeito, como nos recorda RUI DO CARMO MOREIRA FERNANDO[3], não serão estranhos à inércia com que se vem enfrentando este tipo de processo especial factores ligados à «rotina profissional»; «ao conflito entre uma "lógica de produção" e uma "lógica de justiça"»; «à função da hierarquia»; «à iniciativa dos magistrados»; «ao distanciamento das investigações e do contacto com os sujeitos processuais».

E aponta o que haverá a fazer para melhorar o sistema e fazer um melhor aproveitamento das potencialidades do processo: «o caminho do progressivo encurtamento da distância existente entre o programa da lei e a realidade da sua aplicação passa…, antes de mais, pela plena assunção por cada magistrado, no dia-a-dia do seu exercício funcional, dos princípios informadores dos novos contornos da intervenção do M.º P.º no exercício da acção penal, pelo rompimento com as atitudes de acomodamento, com a lógica de funcionamento virada para o interior do sistema».

Em suma: poder-se-á afirmar, com propriedade e sem arrojo censurável, que o falhanço do sistema, nessa vertente, não é imputável à lei mas à forma como vem sendo vista e encarada, pelo que não se justificava qualquer mexida no procedimento e particularmente do modo desencorajante como aconteceu.

Isto sem falar na circunstância de, com as alterações introduzidas, se ter violado a Lei Básica (art.º 85.º, n.º 2),ao retirarem-se competências ao juiz de instrução criminal.

Cabe, pois, à hierarquia do M.º P.º dizer de sua justiça junto dos operadores seus subordinados, no sentido de que vejam neste expediente não uma via discricionária de actuação mas um verdadeiro poder-dever a que não podem nem devem furtar-se, ainda que isso implique maior esforço e trabalho.

Avançando nas minhas reflexões, proponho-me fazer uma paragem na área dos **recursos**.

Aqui as minhas críticas vão mais para o que não se fez do que para o que se fez.

Desde logo reputo incompreensível o silêncio do legislador na área do **art.º 390.º**, mais grave se atentarmos na justificação que foi dada para a não intervenção: necessidade de melhor estudo!

Preceito altamente contestado a todos os níveis – e já larga e suficientemente digerido no âmbito do direito comparado e intensamente testado na prática em Macau –, não mereceu, contudo, um único toque do legislador, ao menos para pôr termo a desentendimentos jurisprudenciais desnecessários e para resolver situações que têm sido submetidas a impedimentos castrantes dos direitos individuais de quem pugna.

Constituindo um apertado filtro de triagem dos recursos, o **art.º 390.º** referido

3 *O M.° P.° Face à Pequena e Média Criminalidade...* (Revista do Ministério Público, n.º 81, Ano 2000, págs. 147 a 150).

continua impávido e sereno a reinar na nossa comunidade jurídica, sem vontade (ou sem coragem…) de se ajustar à realidade dos nossos dias e às experiências (tantas delas dolorosas…) que persiste em cultivar e manter.

Basta atentar, e a título meramente exemplificativo, na teimosia em alimentar interpretações desadequadas do que sejam "***decisões que não ponham termo à causa***"; em insistir na manutenção da expressão "***pena aplicável***" e não "***aplicada***" como padrão limitativo da admissibilidade dos recursos para a última instância; em deixar em aberto e aparentemente sem resposta legislativa a situação dos ***acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pela 2.ª Instância, de decisões de 1.ª Instância que tenham sido absolutórios*** (as chamadas condenações/surpresa); etc.

Enfim: uma mão cheia de silêncios que o legislador tinha por obrigação não manter em matéria desta relevância, e sabendo, como sabia (ou tinha por dever saber…) que, calando, não prestava um bom serviço nem à comunidade nem aos operadores judiciários.

Finalmente, e ainda na área dos recursos, um breve apontamento sobre o **art.º 400.º** – outro dispositivo fulcral e nuclear que tanta "guerra" tem fomentado e a que o legislador, mais uma vez, respondeu com o silêncio dos túmulos, tapando assim os ouvidos a todos os apelos que de todo o lado lhe foram feitos para corrigir as patentes distorções que exibia.

Constituindo os ***fundamentos do recurso*** o instrumento de que os impugnantes se servem para tentarem justificar o porquê da sua discordância relativamente às decisões impugnadas, é legítimo exigir ao legislador que não imponha travões ou limitações excessivas ao direito de poderem invocar, junto do órgão jurisdicional para que se recorre, *tudo*, mas *tudo*, quanto possa integrar vício dessa decisão.

E se há vícios que ocorrem com mais frequência – eu diria mesmo que são susceptíveis de ocorrer quase sempre – esses vícios localizam-se no domínio da matéria de facto e só muito raramente no círculo da matéria de direito.

Na verdade – todos o reconhecem menos o legislador –, e como enfatiza ANA BRITO[4], «o processo penal, entendido como um *espaço seguro* no qual o Juiz deve garantir que se procura a verdade, espaço edificado pelo corpo de normas processuais penais…, constitui o *melhor espaço possível* para chegar a um resultado que consinta o mínimo erro; o tal *erro de facto*, que, se cometido, dificilmente será reparado».

Isto quer significar que, constituindo o erro de facto o que mais mexe com os direitos dos recorrentes, há-de haver da parte da lei um quadro que potencie e não que

4 *Recursos em Processo Penal: A Interposição do Recurso. O Recurso da Matéria de Facto* (Revista do CEJ – Lisboa – 1.° Sem. 2008, n.º 9 Especial, pág. 382.

impeça a invocação desse erro, através de recursos sobre matéria de facto sem quaisquer limitações, com excepção óbvia dos recursos em 2.º grau de jurisdição, onde, em regra, só se deve conhecer de direito.

Ora, perante esta evidência – e apesar de a Assembleia Legislativa ter reforçado a necessidade de mudança, lembrando que «se há um erro de julgamento da matéria de facto que leva à condenação errónea do arguido, então esse erro deve ser apto a fundamentar um recurso para um tribunal superior», insistindo em que «os actuais limites formais ao recurso da matéria de facto não parecem ser justificados, nem ocorrem no campo do processo civil», devendo os tribunais superiores «ter a liberdade para reverem toda a matéria de facto alegada em sede de recurso e os recorrentes deveriam poder alegar toda a matéria de facto mal apreciada pelo tribunal recorrido» –, o legislador permaneceu mudo e quedo, indiferente a tudo e todos, protegendo-se, mais uma vez, numa pretensa necessidade de melhor estudo!

Tendo isto só por si relevância indiscutível, não ficaria, porém, o discurso completo se não lhe adicionássemos a circunstância de o n.º 5 do art.º 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aplicável em Macau por força do art.º 40.º da Lei Básica, prever a existência de um 2.º grau de jurisdição sem quaisquer limitações.

6. – CONCLUSÃO

Enfim: por excesso ou omissão – com certeza mais por omissão do que por excesso – o legislador da RAEM resolveu mal ou deixou de resolver as magnas questões sobre que se debruçou na chamada "Revisão" que empreendeu através da Lei n.º 9/2013.

E foi pena que tivesse deixado perder a oportunidade de poder ajudar – e de que maneira – na melhor compreensão e aplicação da lei.

關於偵查期間問題的思考

孫同鵬*

一、引言

澳門《刑事訴訟法典》第二百五十八條規定了偵查的最長存續期間：如有嫌犯被拘禁，檢察院最遲須在六個月內終結偵查，而將之歸檔或提出控訴；如無嫌犯被拘禁，則檢察院最遲在八個月內作出上述行為。在某些特定情況下，上述六個月的期限可延長至八個月。有關的期間自偵查轉為針對特定人之時起計或自有人成為嫌犯時起計。

上述制度是對檢察院作出控訴或歸檔決定在時間上的限制，也是對偵查行為的持續時間的限制。但是，學說和實踐對偵查期間的性質存在不同的認識：有的認為偵查期間僅僅具有指引性質而並非不可逾越，其著眼點在於保障國家的刑事追究權；有的則認為法定的期間應該得到遵守，否則會損害其他訴訟參與人，尤其是嫌犯的利益和權利，不符合保障嫌犯儘快接受審判的原則和規定。

由於對偵查期間性質的不同理解，會直接影響到上述兩種不同的利益或權利，因此，對這一問題的探討具有重要的意義。本文將梳理澳門關於偵查期間的學說和實踐，介紹葡萄牙此方面學說和實踐的比較經驗，並對學說和實踐的改善加以探討，希望有助於對這一問題的認識和理解。

二、澳門關於偵查期間的學說與實踐

對於澳門《刑事訴訟法典》第二百五十八條規定的偵查期間，長期以來，有代表性的學說認為，該期間的僅僅是行政性的或者指示性的，而非訴訟

* 作者為北京大學法學博士。

程序性的，不遵守有關的期間並不導致嗣後作出的行為無效或不產生效力，其所可能导致的僅僅是有關人員的紀律責任[1]。這樣的學說也直接影響並反映在司法實踐當中[2]。然而，這種狀況不意味著學說或實務界對偵查期間問題的理解和認識是一致的。相反，對偵查期間問題的關注和爭論由來已久。

這種關注和爭論較早體現在對第10/2000號法律（澳門特別行政區廉政公署）第十一條第五款關於偵查期間的規定上。該條曾規定，廉政專員對貪污案件開展的偵查，如無嫌犯被羈押，則不受刑事訴訟法典第二百五十八條關於偵查期限規定的限制[3]。

對於上述規定，不僅有律師提出質疑和請願[4]，也有司法官表示有關的作法令人費解[5]，立法會也曾多次進行討論並發表意見[6]。

上述請願質疑第10/2000號法律第十一條第五款的有關規定違犯了《基本法》第二十九條(二)項關於“澳門居民在被指控犯罪時，享有盡早接受法院審判的權利……”的規定，也違反《公民權利和政治權利國際公約》第九條第三款關於“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人……有權在合理的時間內受審判或被釋放”的規定。

針對這一請願，立法會第三常設委員會第1/III/2008號報告書指出：“關於偵查沒有完結期限的問題。有關規定既違犯《刑事訴訟法典》中的一般制度，亦表示可無限期地進行調查，因而在時間上確實會延長嫌犯的身份。委員會基於基本權利在澳門《基本法》和適用的國際法文書中有所訂定，且是澳門社會尊崇的價值，認為其他規定應與之相配合而不能將其撤銷，並因此認為這一問題值得考慮。……委員會認為，不應維持這一對偵查程序沒有訂定任何完結期限的制度……”[7]。

鑒於對廉政公署負責偵查的案件應否在一定期間內完成或歸檔，長期成為社會討論及關注的焦點，“經充分考慮現行刑事訴訟制度及各項基本原則，並結合現今世界較先進的刑事偵查制度及原理，（廉政）公署認為須設定一個

1 李明訓先生（Manuel Leal-Henriques）曾在葡萄牙和澳門擔任司法官、從事法律培訓工作多年，他持有此種觀點並且具有廣泛影響。Manuel Leal-Henriques, Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2014, pág. 358.

2 二零一三年四月五日檢察院關於“修改刑事訴訟法典”法案報告書指出：“對沒有羈押犯的案件，澳門《刑事訴訟法典》則規定了另外一項指引性的、而非強制性的偵查期限……”。發函編號：107/GP/2013。

3 第10/2000號法律（澳門特別行政區廉政公署），經由第4/2012號法律修改後，其名稱改為《澳門特別行政區廉政公署組織法》，同時其第十一條關於偵查期間的規定也作出了修改。

4 包偉鋒律師於二零零七年十二月十三日向立法會主席請願，請求對第10/2000號法律（《澳門特別行政區廉政公署》）作出修改，其中包括偵查不受《刑事訴訟法典》關於偵查最長期間限制的規定。

5 參見徐京輝：論澳門檢察院對刑事偵查的領導，載於《中港臺澳檢察律政法律研討會論文集》，澳門特別行政區檢察院出版，2000年12月。

6 立法會第三常設委員會分析包偉鋒律師請願的第1/III/2008號報告書；第三常設委員會審議《預防及遏止私營部門賄賂》法案的第4/III/2009號意見書；第一常設委員會審議《修改第10/2000號法律〈澳門特別行政區廉政公署〉》法案的第1/IV/2012號意見書。

7 參見立法會第三常設委員會就“包偉鋒於2007年12月13日提交的請願書—廢止第10/2000號法律的若干規定”編制的第1/III/2008號報告書。

明確的偵查期間，以保障被調查人的基本權利……”[8]，政府在二零一一年七月提出了修改第10/2000號法律（澳門特別行政區廉政公署）的法案，明確規定《刑事訴訟法典》第二百五十八條規定的偵查之最長存續期間適用於由廉政公署展開偵查的程序。這一法案已經由立法會通過並成為第4/2012號法律，從而使這種 “影響被偵查者的基本權利”的例外制度被取消了。

然而，關於偵查期間的問題的爭論並沒有結束。在二零一二至二零一三年，立法會根據政府提案修訂《刑事訴訟法典》過程中，澳門律師公會向委員會提出了偵查最長期間不被遵守的問題。“偵查階段幾乎永遠都會大幅度超出法定的期限。……這種情況的唯一受害者就是嫌犯。……第二百五十八條有對進行偵查的期間設置上限。但該條文並沒有對違反者規定任何制裁，故檢察院在法院的支持下，一直將該期限理解為單純的指引性期限。基於該理解致使嫌犯無法獲得迅速及公平的審判權利”。律師公會還圍繞偵查逾期的情況提出了建議方案，這反映在其意見書當中[9]。

負責審議法案的第三常設委員會，對此表達了清晰的意見，認為“不遵守最長偵查期限……對於市民的權利保障而言屬不合理，且不符合現行澳門特別行政區的基本權利制度，尤其是《基本法》第二十九條及第三十條的規定。委員會承認，基於某些犯罪本身所具有的特性，所以難以遵守偵查最長存續期間，以及一旦出現偵查超過期間即作歸檔處理時將會影響實現司法公平。但即使如此，也不能用上述理由作為肯定期間僅具指引性價值以及不遵守相關期間規定的依據。就該方面的事宜，在司法實務上不得脫離法律的規定，不得與澳門特別行政區政府向聯合國人權委員會就特定期間，尤其是《刑事訴訟法典》第二百五十八條訂定的偵查之最長存續期間所表示的立場背道而馳。這一期間是用來保護《公民權利和政治權利國際公約》第十四條第三款（丙）項規定的受審時間不被無故拖延的權利的。委員會認為，只有偵查實際地在法律訂定的期間內終結，該權利才可得以確保”。為此，委員會還曾經設想了解決逾期偵查問題的技術方案[10]。

然而，律師公會和立法會委員會的意見都沒有被提案人接納，提案人認為除了政治時機性的理由外，現行的層級和紀律機制所作的控制已經能確保，在維持刑事訴訟訴訟的實際運作和在偵查期間嫌犯權利受暫時性限制兩者之間取得平衡[11]。

8 參見政府在二零一一年七月提出的《修改第10/2000號法律〈澳門特別行政區廉政公署〉》法案的理由陳述。

9 澳門律師公會二零一二年十月四日關於修改《刑事訴訟法典》法案的意見書，不僅指出偵查期間不被遵守的情況，還提出相應的修改建議，包括延長偵查最長期間；如果偵查不能在法定的期間內歸檔，負責的人員向上級解釋有關的理由，嫌犯可以提出異議；乃至超出期間的案件近乎自動歸檔等。

10 參見立法會第三常設委員會審議修改《刑事訴訟法典》法案的第 3/IV/2013號意見書。

11 參見立法會第三常設委員會審議修改《刑事訴訟法典》法案的第 3/IV/2013號意見書。提案人提出的其中一個理由是，“可以透過紀律程序或從檢察院司法官晉升方面入手解決沒有合理理由下不遵守期間的問題”。其言外之意是，只要有合理理由，可以不遵守期間的規定。但是，逾越法定期間的偵查會直接影響嫌犯等參與人的權利，因此，紀律程序並非解決訴訟程序問題的根本方法。實際上，對於偵查逾期的情況，也並未見到檢察院追究紀律責任的記錄或統計數字。

因此，《刑事訴訟法典》關於偵查期間的規定與制度沒有得到修改，有關的學說沒有發生變化，逾期偵查的問題還在繼續。那麼，針對偵查逾期，嫌犯權利受損的狀況，到底應該如何平衡追究和打擊犯罪的公共利益與嫌犯儘快接受審判的利益和權利？刑事訴訟法律制度應該如何作出回應？

三、關於偵查期間學說和實踐的比較經驗

從法律傳統來看，澳門《刑事訴訟法典》與葡萄牙《刑事訴訟法典》有明顯的歷史淵源關係，葡萄牙關於偵查期間問題的學說也直接或間接影響到澳門的學說和實踐。因此，簡要回顧葡萄牙在此方面的歷史發展過程無疑具有啟發意義。

在葡萄牙，關於偵查的最長存續期間規定在《刑事訴訟法典》第二百七十六條當中。在最初的立法文本中，對於逾期或延遲的後果，只是規定了加快程序作為附帶性應對措施[12]。

這是因為，通說認為，《刑事訴訟法典》規定的最長偵查期間並非是不可逾越的，因為不可能限定一項調查的存續期間。因此，“在最長偵查期間以外採取的調查措施，只要偵查未終結，這些措施就是有效的”[13]。

上述學說也直接反應在司法實踐中。譬如，根據共和國檢察總長一九八九年三月二十日第7/89號批示，刑事訴訟法典規定的偵查期間具有參考性質或紀律性質；超出法律規定的偵查期間，並不導致有關行為不存在、無效或不生效的後果……

顯然，無論從學說還是實踐來看，有關的期間只是被理解為單純的指引性或指示性期間。在沒有嫌犯被適用限制人身自由的強制措施的情況下，超過偵查的最長期間，在訴訟上並無特別的後果。在實踐中，偵查的期限就是追訴時效的期限。[14]

按照上述觀點，國家追究和審判犯罪的公共利益足可以論證超越偵查期間或續期的合理性，因此，與對國家控訴權的程序性限制相比，控訴和審判犯罪總是被置於優先地位而受到青睞。

然而，不遵守偵查期間引發的消極後果也是同樣明顯的，尤其是會損害嫌犯儘快受到審判的權利。對偵查逾期現象的關注也導致了對《刑事訴訟法典》相關內容的修改，尤其體現在第48/2007號法律和第26/2010號法律對《刑事

12 Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, 4.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2011, pág. 738.

13 持有此種觀點者，有一系列的代表人物，包括Germano Marques da Silva, Maia Gonçalves, Pinto de Albuquerque等。José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho, A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português, Guimarães, 8-11-2010, pág. 29.

14 Boaventura de Sousa Santos e Conceição Gomes, Monitorização da Reforma Penal-Relatório Complementar, 02 de Outubro de 2009, pág. 21.

訴訟法典》第276條的修改上。

這些修改包括相應延長某些犯罪的偵查期限；強化偵查期間方面的層級控制，即如果出現超過偵查期間的情況，負責的司法官必須立即向上級作出報告，解釋遲延的原因，說明完成偵查必需的時間及理由；上級司法官可以收回有關的案件，並須將期間的違反以及完成偵查所需的時間通知共和國檢察總長、嫌犯、輔助人，以便檢察總長依職權或應嫌犯或輔助人的請求決定加速程序等。

不僅如此，在第八十九條增加第六款的規定：第二百七十六條規定的最長偵查期間屆滿後，嫌犯、輔助人和被害人可以根據法定的程序要求查閱所有司法保密的程序資料[15]。

上述立法措施，一方面，對那些不可就遲延向其歸責的訴訟主體不構成損害，另一方面對於檢察院以及刑事員警機關更合理運用時間而言也是一種促進機制，而這種時間恰恰是立法者認為合理的終結偵查的時間[16]。

葡萄牙《刑事訴訟法典》是澳門《刑事訴訟法典》的歷史源頭。葡萄牙對《刑事訴訟法典》的修改方案未必是完美的，也未必能完全解決偵查期間遲延的問題。實際上，有關的立法本身也一致存在不少爭議。但是，從保護訴訟參與人尤其是嫌犯權利的角度而言，這種努力無疑是有積極意義的。那麼，澳門在這方面又應該何去何從呢？

四、關於偵查期間的性質及控制機制的探討

《刑事訴訟法典》關於最長偵查期間的規定，是根據偵查的一般規律和保護參與人的需要而作出的，具有兩方面的目的：一是保證有適當的時間追究和打擊犯罪，二是避免偵查過於遲延而損害訴訟參與人的利益和權利。

應該肯定，這兩個目的都具有正當性。但是，在法定最長偵查期間屆滿後，繼續對嫌犯進行偵查而不受時間限制，不可避免對訴訟參與人尤其是嫌犯的權利構成消極影響，也會造成上述兩種利益的失衡乃至衝突。因此，從訴訟參與人權利保障的角度出發，偵查期間問題值得再加以探討。

設置合理的偵查期間，是《基本法》第二十九條以及《公民權利和政治權利公約》第十四條規定的基本要求，即被指控犯罪者有儘早接受審判的權利。如果設置了法定期間而得不到遵守，並且違反期間也沒有法律上的後果，那麼，對訴訟參與人尤其是嫌犯權利的保護而言，設置期間就在很大程度上失去了意義。

15 這種將最長偵查期間屆滿後導致內部保密終結的做法受到工會團體、司法官團體、警察團體及理論界的強力批評，主要理由是妨礙偵查的秘密性。參見José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho, A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português, Guimarães, 8-11-2010, pág. 32.

16 José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho, A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português, Guimarães, 8-11-2010, págs. 31-32.

學說和實踐之所以強調法定的偵查期間僅僅具有指引性，以致某些偵查在期間屆滿後既不歸檔也不提出控訴，最主要的理由是，偵查期間屆滿後如果即刻歸檔，可能會導致放縱犯罪，從而無法發現真相和實現公正。

實際上，在偵查期間屆滿後，即使因為暫時缺乏足夠的證據不能提出控訴而歸檔，也未必像一些人所擔憂的那樣會放縱犯罪，因為偵查歸檔後後，在法定條件下容許重開偵查。因此，即使在偵查期間屆滿後將案件歸檔，也並不必然導致放縱犯罪；如果符合法定條件，完全可以繼續追究犯罪。

但是，如果不受任何限制地延長偵查期間，卻幾乎必然損害嫌犯儘快受到審判的基本權利。這種對特定的人進行過長時間的偵查，其本人只能眼看自己的權利和自由受到影響卻無能為力的做法，無論從法律的一般原則還是人權保護的角度來看，都是站不住腳的[17]。

這一點正如政府在提出修改廉政公署法律時所闡述的理由：“在法治社會中，對時間的合理掌握往往是評定一個制度的公平性的重要準則之一。任何公權行為，尤其是侵害性的公權行為，皆應在一個合理期間內作出或完成，這理念既是人類尊嚴及價值的體現，亦是人類文明的底線……”[18]

政府和立法會正是基於這樣的理由，修改了廉政公署法律，取消在偵查方面不受法定期間限制的例外性規定，要求偵查受《刑事訴訟法典》關於一般偵查期間的限制。但是，如果把《刑事訴訟法典》規定的偵查期間理解為僅僅是指引性的規範，那麼，政府提案以及立法會修改廉政公署法律中關於偵查期間的規定又有什麼意義呢？

因此，面對打擊犯罪與保護訴訟參與人之間的矛盾，解決問題的思路應該是：如果基於某類案件的複雜性而需要較長的偵查期間，那麼，應該通過立法賦予此類案件較長的偵查期間，或者針對某些案件建立法定的延長機制，而不是一概將法定的最長偵查期間理解成單純的指引性，甚至將偵查期間等同於追訴期間[19]。

實際上，儘管很多國家採取的立場是，在最長偵查期間屆滿後不對國家行使刑事職能加以限制，但也並非沒有例外。根據意大利的法律，偵查最長期間屆滿，此後獲得的證據不得在審判中採用，這表明偵查期間並非不可以成為約束性的期間。

17 Boaventura de Sousa Santos e Conceição Gomes, Monitorização da Reforma Penal-Relatório Complementar, 02 de Outubro de 2009, pág. 24.

18 參見政府在二零一一年七月提出的《修改第10/2000號法律〈澳門特別行政區廉政公署〉》法案的理由陳述。

19 作為刑事追訴的限制，追訴時效（通常比較長）的存在，並不能排除對偵查期間的嚴格遵守，因為它們的目的是不同的，使公民權利受到限制而調查期間過長的情況是不可接受的。參見Boaventura de Sousa Santos e Conceição Gomes, Monitorização da Reforma Penal-Relatório Complementar, 02 de Outubro de 2009, pág. 24.

五、結束語

刑事訴訟法需要兼顧不同的權利或利益。就偵查期間而言，一方面需要考慮國家追究和懲罰犯罪行為的權力，另一方面需要考慮嫌犯和受害人的權利。要實現兩者的平衡無疑並不是一件容易完成的任務，但卻是立法機關和司法機關不能回避的問題。

針對學說和實踐中將偵查期間理解為單純的指引性規範，以致出現上述兩種利益失衡的情況，有必要重新思考偵查期間的性質問題。一方面，為了有效追究和打擊犯罪，針對某些類別的複雜性案件，可以通過立法規定較長的偵查期間；同時，也可以設立法定的延長及控制機制，以便應對某些特定的案件的偵查的需要；另一方面，既然訂定了法定的偵查期間就應該嚴格遵守，而非不受任何限制地延期，以便切實保障訴訟參與人的權利。只有如此，才能在打擊犯罪與保障人權方面實現平衡。從這個意義上講，法律理論和實務界還有很多工作要做。

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O PRAZO DE DURAÇÃO DO INQUÉRITO

Sun Tongpeng*

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O artigo 258.º do Código de Processo Penal (CPP) de Macau determina a duração máxima da fase de inquérito. Nos termos deste artigo, o Ministério Público (MP) encerra o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação, nos prazos máximos de 6 meses, se houver arguidos presos, ou de 8 meses, se os não houver. Em determinadas circunstâncias, o referido prazo de 6 meses é elevado para 8 meses. O prazo conta-se a partir do momento em que o inquérito tiver passado a correr contra pessoa determinada ou em que se tiver verificado a constituição de arguido. O referido regime pretende impor limites temporais para que o Ministério Público possa arquivar o inquérito ou deduzir acusação, bem como para a realização dos actos de inquérito.

Porém, quanto à natureza do prazo de duração do inquérito, as respostas são diversas tanto na teoria, como na *praxis*. Há quem defenda que o prazo de duração do inquérito é meramente indicativo e pode não ser respeitado, salvaguardando-se assim o poder punitivo do Estado; há também quem defenda que o prazo é vinculativo, sob prejuízo de poderem ficar prejudicados os direitos e interesses dos outros participantes processuais, sobretudo os do arguido, assim como ser violado o princípio e a norma legal que conferem ao arguido a garantia da realização do julgamento em prazo razoável.

A divergência quanto à natureza do prazo de duração do inquérito pode afectar directamente os referidos interesses e direitos, pelo que importa procurar uma resposta

* Doutor em Direito pela Universidade de Pequim.

para a questão ora colocada. O presente texto pretende analisar as teorias e práticas forenses de Macau relacionadas com o prazo de duração do inquérito, bem como, em termos comparados, os estudos sobre a mesma matéria realizados em Portugal. Com este estudo, teórico e prático, visa-se sobretudo obter um melhor conhecimento e compreensão sobre o tema.

2. DOUTRINA E PRÁTICA SOBRE O PRAZO DE DURAÇÃO DO INQUÉRITO EM MACAU

De acordo com a doutrina maioritária, os prazos de duração máxima do inquérito, previstos no artigo 258.º do CPP de Macau, são meramente administrativos ou ordenadores e não prazos judiciais. O incumprimento do prazo não implica a invalidade ou ineficácia dos actos praticados fora do prazo estipulado, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar dos respectivos funcionários[1]. Esta doutrina é adoptada na prática judiciária[2]. No entanto, isto não significa que, quer na teoria quer na prática, tenha sido unânime o entendimento quanto à natureza do prazo de duração máxima do inquérito. Ao invés, a controvérsia conta já com um histórico bastante vasto.

Estas preocupações e argumentos nasceram das disposições previstas no n.º 5 do artigo 11.º da Lei n.º 10/2000 (Comissariado contra a Corrupção da Região Administrativa Especial de Macau). A norma originária dispunha que, aos inquéritos abertos pelo Comissariado contra a Corrupção não se aplica o disposto no artigo 228.º do Código de Processo Penal nem, salvo havendo arguido preso, o preceituado no artigo 258.º do mesmo Código[3].

Relativamente à referida norma legal, foram levantadas dúvidas e apresentada

1 Este entendimento é generalizado e é defendido por Manuel Leal-Henriques, magistrado judicial em Portugal e Macau, formador em Direito durante vários anos. Manuel Leal-Henriques, *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2014, p. 358.

2 Perante o parecer da proposta de lei relativa à "Alteração ao Código de Processo Penal", o MP em 5 de Abril de 2013 afirmou que, "nos casos sem arguidos presos, o CPP estipula um prazo de inquérito indicativo e não vinculativo". Comunicado n.º 107/GP/2013.

3 Lei n.º 10/2000 (Comissariado contra a Corrupção da Região Administrativa Especial de Macau), com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4/2012, que alterou a sua desigação para "Lei Orgânica do Comissariado contra a Corrupção da Região Administrativa Especial de Macau" e o disposto no artigo 11.º, que estatui sobre o prazo de duração do inquérito.

uma petição por um advogado,[4] tendo também os magistrados demonstrado a sua incompreensão[5]. A questão foi alvo de discussão na Assembleia Legislativa, a qual assumiu a sua posição por diversas ocasiões[6].

Na referida petição foram feitas críticas, alegando-se que o disposto do n.º 5 do artigo 11.º da Lei n.º10/2000 colide com o artigo 29.º da Lei Básica, o qual dispõe que "quando um residente for acusado da prática de um crime, tem o direito de ser julgado no mais curto prazo possível", bem com o disposto no n.º 3 do artigo 9.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas que prevê que "todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infracção penal (...) deverá ser julgado num prazo razoável, ou libertado".

Na resposta à referida petição, o Relatório n.º 1/III/2008, emitido pela 3.ª Comissão Permanente refere que, "relativamente ao problema de inexistência de prazos para conclusão de inquéritos, contrariamente ao regime geral estipulado no Código de Processo Penal, traduzindo-se, desta forma, num potencial eternizar de inquéritos e, porventura, de manutenção deveras prolongada no tempo do estatuto de arguido, é opinião da Comissão que esta questão merece ser devidamente ponderada tendo presente não só direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental de Macau, como também os que estão estabelecidos em instrumentos de direito internacional, mas também valores caros à sociedade de Macau, os quais se devem compatibilizar e não anular. (...) É opinião da Comissão que não deverá perdurar um regime que, simplesmente, não conhece qualquer prazo de duração desta etapa processual (...)"[7].

Os prazos para a conclusão de inquéritos têm, portanto, constituído tema de discussão permanente junto da sociedade. "Tendo ainda em consideração o actual regime

4 Em 13 de Dezembro de 2007, o advogado João Miguel Barros apresentou ao Presidente da Assembleia Legislativa uma petição que visava alterações à Lei n.º 10/2000 (Comissariado contra a Corrupção da Região Administrativa Especial de Macau), incluindo o dispositivo que estatui a não aplicação ao inquérito do prazo de duração máximo do inquérito previsto no CPP.

5 Xu Jinghui, "Sobre a direcção do Ministério Público de Macau no inquérito", *in* Colectânea de trabalhos apresentados no Simpósio de Procuradoria da China, Hong Kong, Taiwan e Macau, edição do MP da RAEM, Dezembro de 2000.

6 A 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa analisou a petição do advogado João Miguel Barros no Relatório n.º 1/III/2008; a 3.ª Comissão Permanente emitiu o Parecer n.º 4/III/2009 respeitante à proposta de lei "Prevenção e Repressão da Corrupção no Sector Privado"; a 1.ª Comissão Permanente emitiu o Parecer n.º 1/IV/2012 respeitante à proposta de lei "Alteração à Lei n.º 10/2000 (Comissariado contra a Corrupção da Região Administrativa Especial de Macau)".

7 *Vide* o Relatório n.º 1/III/2008 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa – Petição apresentada por João Miguel Barros, datada de 13 de Dezembro de 2007 – revogação de preceitos da Lei n.º 10/2000".

processual penal e os princípios fundamentais de Direito, bem como os regimes jurídicos estrangeiros e teorias mais avançadas em matéria de investigação criminal, o CCAC considera importante fixar um período de investigação para melhor defender os direitos fundamentais dos investigados"[8]. Assim, em Julho de 2011, o Governo apresentou a proposta de lei que visava alterar a Lei n.º 10/2000 (Lei Orgânica do Comissariado contra a Corrupção da Região Administrativa Especial de Macau), determinando que o disposto no artigo 258.º do Código de Processo Penal se aplica aos processos abertos pelo Comissariado contra a Corrupção. A proposta de lei foi aprovada e é agora a Lei n.º 4/2012, pondo desta forma fim ao regime excepcional que levava à "afectação de direitos fundamentais dos visados".

No entanto, não termina aqui a discussão relativa aos prazos de duração do inquérito. Nos anos de 2012 a 2013, em que a Assembleia Legislativa apreciou a introdução, com base na proposta de lei apresentada pelo Governo, de alterações ao CPP, a Associação dos Advogados de Macau colocou perante a Comissão algumas questões sobre o incumprimento dos prazos de duração máxima de inquérito. "A duração do inquérito ultrapassa, quase sempre, e por muito tempo, os prazos máximos previstos na lei. (...) Com efeito, a verdade é que só o arguido é (...) prejudicado. (...) Os prazos para a realização do inquérito têm uma duração máxima prevista no artigo 258.°. Mas como neste preceito se não prevêem sanções para o seu incumprimento, o Ministério Público, secundado pelos tribunais, tem entendido que é apenas um prazo indicativo, interpretação que, essa sim, compromete o direito que o arguido tem a um processo célere e equitativo". Ainda relativamente ao incumprimento do prazo de duração máxima de inquérito, a Associação dos Advogados de Macau (AAM) deixou uma sugestão de alteração normativa, a qual consta no seu parecer[9].

Uma resposta clara foi dada pela 3.ª Comissão Permanente, à qual coube apreciar a referida proposta de lei, entendendo que "o incumprimento dos prazos de duração máxima de inquérito não é razoável para a garantia dos direitos dos cidadãos, nem conforme com o regime dos direitos fundamentais vigentes na RAEM, em particular nos artigos 29.º e 30.º da Lei Básica, que se generalize e banalize a ideia que os prazos máximos de inquérito podem ser incumpridos sem que tal implique as necessárias

8 *Vide* a nota justificativa da proposta de lei "Alteração à Lei n.º 10/2000 «Comissariado contra a Corrupção da Região Administrativa Especial de Macau»".

9 Segundo o Parecer relativo à proposta de lei "alteração ao Código de Processo Penal", em 4 de Outubro de 2012, a AAM não sublinhou apenas o incumprimento do prazo de duração do inquérito, mas também propôs alterações, incluindo o prazo de duração máxima do inquérito, nos termos das quais se não tiver sido arquivado o procedimento dentro do prazo legalmente previsto, o responsável deve comunicar ao superior hierárquico imediato as razões e o arguido pode opor-se; o procedimento arquiva-se quase automaticamente se houver excesso dos prazos.

consequência disciplinares. A Comissão reconhece que a natureza de certos crimes leva a que seja difícil o cumprimento dos prazos legalmente previstos para a duração máxima do inquérito, a relevância do valor da realização da justiça e o prejuízo que poderá advir para tal valor do arquivamento oficioso do inquérito por decurso do prazo. Contudo, tais dificuldades não devem servir de fundamento para a afirmação da natureza facultativa dos prazos legais e para a banalização do seu incumprimento. A prática judiciária não pode, neste aspecto, afastar-se do texto legal, contrariando a posição assumida pelo Governo da RAEM perante o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas segundo a qual a existência de prazos específicos, nomeadamente o prazo de duração máxima do inquérito previsto no artigo 258.º, destina-se a assegurar o direito a ser julgado sem demora excessiva, consagrado na alínea c) do n.º 3 do artigo 14.º do PIDCP. (...) No entender da Comissão, esse direito só pode ser salvaguardado se o inquérito for efectivamente encerrado no prazo legalmente previsto". A Comissão procurou encontrar soluções técnicas para solucionar esta questão[10].

Contudo, não foram acolhidos pelo proponente ambos os pareceres da Associação dos Advogados de Macau e da Comissão da Assembleia Legislativa. Para além de argumentos de ordem política, o proponente considerou que os actuais mecanismos de controlo hierárquico e disciplinar são suficientes para garantir o equilíbrio entre o exercício efectivo da acção penal e o direito dos arguidos a um limite temporal na duração do inquérito[11].

Com efeito, não foi introduzida nenhuma alteração às disposições do CPP que estatuem sobre os prazos de conclusão do inquérito. A doutrina não mudou e subsiste a questão sobre o inquérito decorrido fora do prazo. Perante o inquérito decorrido fora do prazo e a afectação dos direitos do arguido, como é que se deve criar um equilíbrio entre o interesse público de combate à criminalidade e a garantia do julgamento em prazo razoável? Qual a resposta dada pelo sistema judicial criminal?

10 *Vide* Parecer III/IV/2013 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, relativo à alteração ao Código de Processo Penal.

11 *Vide* Parecer III/IV/2013 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, relativo à alteração ao Código de Processo Penal. Considera o proponente que "o não cumprimento dos prazos injustificadamente deve ser enquadrado a nível disciplinar ou de progressão na carreira dos magistrados do Ministério Público". Ou seja, o prazo de duração pode não ser cumprido desde que o justifique. Entretanto, o inquérito decorrido fora do prazo legal leva à afectação dos direitos do arguido e dos intervenientes. Dito isto, o procedimento disciplinar não é uma solução para resolver a questão judicial. A verdade é que, quanto ao incumprimento do prazo de inquérito, nunca avistamos registos ou estatísticas sobre o apuramento de responsabilidade disciplinar pelo Ministério Público.

3. EXPERIÊNCIA COMPARATIVA SOBRE A TEORIA E PRÁTICA RELATIVA AO PRAZO DE DURAÇÃO DE INQUÉRITO

Existe uma relação histórica entre o CPP de Macau e o CPP português, os quais partilham uma mesma tradição jurídica. A doutrina portuguesa sobre o prazo de duração do inquérito pode afectar de modo directo ou indirecto a teoria e a prática em Macau. Deste modo, lançaremos um breve olhar sobre a evolução portuguesa nesta matéria, que é, de resto, uma aprendizagem inspiradora.

Em Portugal, os prazos de duração máxima do inquérito estão estabelecidos no artigo 276.º do CPP. Segundo a legislação originária, a consequência da ultrapassagem ou prolongamento do prazo era apenas o incidente da aceleração processual[12].

E isso porque os prazos de duração máxima do inquérito são meramente ordenadores, desde logo, por ser impossível determinar antecipadamente o prazo de duração do inquérito. Por esta razão, "as diligências de investigação que decorram para além do prazo de duração máxima do inquérito, enquanto este não for encerrado, são, por isso, válidas"[13].

A referida doutrina é acolhida na prática judiciária. A título de exemplo, segundo a Circular nº 7/89 da Procuradoria-Geral da República, os prazos de inquérito estabelecidos no Código de Processo Penal têm natureza ordenadora ou disciplinar; o excesso dos prazos referidos nas conclusões anteriores não produz a inexistência, nulidade ou ineficácia dos actos praticados.

Quer na doutrina, quer na prática, os respectivos prazos apenas se consideram meramente indicativos ou ordenadores. No caso de ao arguido não ter sido aplicada nenhuma medida de coacção detentiva da liberdade, o excesso dos prazos de duração máxima não conduzem a nenhuma consequência processual. Na prática, os prazos de conclusão de inquérito são os prazos de prescrição[14].

Atento o exposto, é razoável que o interesse público do exercício do poder acusatório e jurisdicional prevaleça sobre a razoabilidade do prazo de inquérito ou do seu prolongamento ilimitado. Assim sendo, e comparado com a restrição processual do poder acusatório do Estado, o poder acusatório e o poder jurisdicional estão a ser colocados

12 Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2011, p. 738.

13 Este entendimento é defendido por várias personalidades de revelo, como Germano Marques da Silva, Maia Gonçalves e Pinto de Albuquerque. José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho, *A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português*, Guimarães, 2010, p. 29.

14 Boaventura de Sousa Santos e Conceição Gomes, *Monitorização da Reforma Penal – Relatório Complementar*, 2 de Outubro de 2009, p. 21.

numa posição privilegiada.

No entanto, é claro que o incumprimento do prazo de duração do inquérito também pode ter consequências negativas, sobretudo em relação à garantia do julgamento em prazo razoável conferida ao arguido. Assim, foram feitas alterações às normas previstas no CPP relativas ao incumprimento do prazo, nomeadamente, alterações introduzidas ao artigo 276.º do CPP pelas Leis n.º 48/2007 e n.º 26/2010.

As referidas alterações englobam a extensão dos prazos de conclusão do inquérito relativamente a determinados crimes e o reforço do controlo hierárquico em relação ao cumprimento do prazo de duração do inquérito. Ou seja, no caso de excesso dos prazos na conclusão do inquérito, o magistrado titular do processo comunica ao superior hierárquico imediato a violação dos prazos, indicando as razões que o justificam e o período necessário para concluir o inquérito; o superior hierárquico pode avocar o processo e dá sempre conhecimento ao Procurador-Geral da República, ao arguido e ao assistente da violação do prazo e do período necessário para concluir o inquérito, permitindo que o Procurador-Geral da República possa determinar, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, a aceleração processual.

Além disso, o n.º 6 do artigo 89.º dispõe que, findos os prazos previstos no artigo 276.º, o arguido, o assistente e o ofendido podem consultar todos os elementos do processo que se encontre em segredo de justiça[15].

Aquela solução legislativa trata-se de uma via mais consentânea a fim de não prejudicar os sujeitos processuais em virtude dos atrasos que lhes não são, em geral, imputáveis e, ao mesmo tempo, de um mecanismo de pressão sobre o MP e os órgãos de polícia criminal no sentido de uma utilização mais racional do tempo que o legislador entendeu ser razoável conceder-lhes para encerrar o inquérito[16].

O CPP português é a fonte de origem do CPP de Macau. A reforma do CPP português não é perfeita, nem resolve todos os problemas de atraso no inquérito. A verdade é que o acto legislativo em si já é controverso. Porém, do ponto de vista da protecção dos intervenientes processuais e da protecção dos direitos do arguido, este esforço é significativo. Então, qual será o caminho certo a seguir em Macau?

15 O levantamento do segredo interno na sequência do fim do prazo de duração máxima do inquérito foi fortemente criticado pelas associações sindicais policiais e das magistraturas e por amplos sectores da doutrina, uma vez que o levantamento do segredo prejudica a confidencialidade do inquérito. *Vide* José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho, *ob. cit.*, p. 32.

16 *Idem*, pp. 31-32.

4. ESTUDO SOBRE A NATUREZA DO PRAZO DE DURAÇÃO DO INQUÉRITO E O SEU MECANISMO DE CONTROLO

A previsão do prazo de duração máxima do inquérito que se encontra consagrada no CPP é estabelecida com base na regra geral do inquérito e na necessidade da protecção dos intervenientes, tendo em vista duas finalidades: a primeira é assegurar um prazo adequado tendente a combater a criminalidade; a segunda é prevenir prejuízos causados aos sujeitos processuais pelo excesso dos prazos de conclusão do inquérito.

Ambas as finalidades são legítimas. Porém, o facto de o inquérito decorrer fora do prazo não o sujeita a nenhum limite temporal, pese embora poderem decorrer consequências negativas em relação aos direitos dos intervenientes processuais e, sobretudo, do arguido, pelo que os dois interesses podem tornar-se conflituantes por causa da quebra do seu equilíbrio. Por isso, na perspectiva da protecção dos direitos dos intervenientes processuais, a questão sobre o prazo de duração do inquérito merece maior reflexão e estudo.

O estabelecimento do prazo de duração razoável do inquérito é uma exigência básica do artigo 29.º da Lei Básica e do artigo 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas – que se traduz no direito de ser julgado no mais curto prazo possível. Pois, na ausência de qualquer consequência legal para a ultrapassagem do prazo, a previsão da duração do inquérito perde grande parte do seu sentido na perspectiva da protecção dos direitos dos intervenientes processuais e, sobretudo, do arguido.

O termo "meramente ordenador", usado relativamente ao prazo de duração do inquérito por parte significativa da doutrina e na prática, faz com que terminem os prazos sem que tenha havido despacho de arquivamento ou acusação em alguns processos. O factor principal passa por não tolerar a criminalidade, isto é, se se arquivar de imediato o processo logo que findo o prazo de inquérito, poderão não se cumprir os desideratos da justiça e da descoberta da verdade.

É certo que, em caso de arquivamento por falta de indícios suficientes e esgotamento do prazo de duração do inquérito, o encerramento do inquérito pode ser, contrariamente à preocupação da tolerância à criminalidade, reaberto se se verificarem os pressupostos legalmente previstos. Neste sentido, o facto de haver encerramento do inquérito logo que findo o prazo da sua duração, não implica necessariamente tolerância à criminalidade. E isso porque se estiverem verificados os pressupostos legais permite-se proceder criminalmente.

Porém, é quase inevitável a violação do direito do arguido de ser julgado no mais curto prazo possível se não houver nenhum limite imposto à prorrogação do prazo do inquérito. No plano dos princípios gerais de direito e no quadro das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, é cada vez mais insustentável um inquérito correr contra pessoa determinada com prazos tão longos, sem que o cidadão possa reagir, apesar de ver

os seus direitos e liberdades afectados para lá de um tempo dito razoável[17].

Este entendimento é semelhante ao que foi referido na nota justificativa da proposta de lei apresentada pelo Governo a fim de alterar a Lei do Comissariado contra a Corrupção: "numa sociedade regida pela lei, um bom aproveitamento do tempo constitui, muitas das vezes, um dos critérios essenciais para avaliar a equidade de um determinado regime. Qualquer exercício do poder público, especialmente quando este apresenta características de uma Administração agressiva, deve ter lugar dentro de um período de tempo razoável. Este conceito não revela somente o respeito pela dignidade e valores humanos mas também pelos alicerces da civilização (...)"[18].

Com efeito, para resolver a contradição entre o combate à criminalidade e protecção dos intervenientes processuais, o raciocínio para a sua solução deve ser o seguinte: com base na complexidade dos crimes e na necessidade de uma maior duração do inquérito, deve-se, através dos meios legislativos, estabelecer um maior prazo para a conclusão do inquérito ou criar um mecanismo legal de prorrogação para determinados crimes, ao invés de atribuir efeito indicativo a todos os prazos de duração máxima do inquérito ou então igualitar o prazo de inquérito ao prazo do procedimento criminal[19].

Na verdade, muito embora a posição adoptada por vários países seja a posição de acordo com a qual, findo o prazo de duração máximo do inquérito, não se impõem restrições quanto ao poder acusatório do Estado, isto não significa que não haja excepções. De acordo com a lei italiana, não valem em julgamento quaisquer provas obtidas após ter decorrido o prazo de duração máximo do inquérito. Isto quer dizer que não é impossível atribuir efeito vinculativo ao prazo de duração do inquérito.

5. CONCLUSÕES

É preciso manter em equilíbrio os diversos direitos e interesses no direito processual penal. Quanto ao prazo de duração do inquérito, tomam-se em conta tanto o poder acusatório e o poder punitivo do Estado, como os direitos do arguido e do ofendido. Não

17 Boaventura de Sousa Santos e Conceição Gomes, *ob. cit.*, p. 24.

18 *Vide* nota justificativa da proposta de lei "Alteração à Lei n.º 10/2000 (Comissariado contra a Corrupção da Região Administrativa Especial de Macau)".

19 A existência de prazos de prescrição, em regra longos, como limite à acção penal não pode excluir o cumprimento rigoroso dos prazos de inquérito. São objectivos diferenciados e não é aceitável sujeitar os cidadãos, que vêem os seus direitos limitados, a prazos de investigação demasiado longos. *Vide* Boaventura de Sousa Santos e Conceição Gomes, *ob. cit.*, p. 24.

se mostra tarefa fácil manter em equilíbrio estes dois pólos, porém, é uma questão que não pode ser ignorada pelos poderes legislativo e judiciário.

Encarando a quebra do equilíbrio dos interesses causada pela atribuição, quer pela doutrina como na prática, de efeito meramente indicativo ao prazo de duração do inquérito, há necessidade de procurar resposta quanto à natureza do prazo de duração do inquérito. Por um lado, face à complexidade de determinados casos, deve-se, através dos meios legislativos, estabelecer um maior prazo para a conclusão do inquérito, tendo em vista a efectivação de responsabilidade criminal e combate à criminalidade; ao mesmo tempo, com base na necessidade do inquérito para determinados casos, pode, através dos meios legislativos, estabelecer-se um mecanismo legal de prorrogação. Porém, para proteger os direitos dos intervenientes processuais, dever-se-á cumprir rigorosamente o prazo legal de duração do inquérito, ao invés da prorrogação ilimitada. Só assim é que se conseguirá encontrar o ponto de equilíbrio entre a protecção do direito fundamental e o combate à criminalidade. Nesta perpectiva, ainda nos encontramos longe de atingir este objectivo quer a nível doutrinal, quer ao nível da prática jurídica.

面對警察職能，在尊重人格尊嚴的條件下強制實施身份識別

José Luciano Correia de Oliveira

在內部保安的活動範圍內，警察當局保障公共秩序和公共安寧，保護群眾及其財產，他們還要預防和調查犯罪，所有這一切都是爲了維護社會穩定和公民資格完全化行使的最高公共利益。然而，這些警察當局在採取行動時要遵從合法原則，涉及到群眾的權利、自由和保障時，要特別注意遵循法定罪狀原則並採取傾向於強制性的警察措施。我們說“傾向於”是因為每天警察當局面臨著現實生活的複雜多變[1]，為這些措施確定一個確定性和限制性的目錄並不是一件容易的事情。這些措施指的是實質行動和行政措施，可依據禁止過度原則[2]進行審查，而非我們認為具有不可辯駁的強制性的刑事措施。但是，我們想要集中反映兩個時刻的強制身份識別，即為保安識別身份（行政警察或治安警察，或做出相同行為的其他人）及刑事懷疑的強制身份識別（司法警察，或做出相同行為的其他人），並使之與尊重個人人格尊嚴、名譽、榮譽和聲譽的義務結合起來，或者說，當警察不謹慎地處理某項程序時，可能會對個人帶去恥辱，我們要保護個人免受這種不必要的恥辱。也就是說，我們意在強調在行使警察職能時對尊重人格尊嚴的優先考慮及其效力。

根據第9/2002號法律《澳門特別行政區內部保安綱要法》在第17條第1款第2項的規定，警察被賦予要求“身處或出入公共地方或受警務監視的地方的任何人出示其身份證明”的權力，這就構成了前述的一般性

1 Sérvulo Correia, 載於Noções de Direito Administrativo, 第I卷， 第247頁。他教會我們，警察的保全措施的強制性是違反“現實的，因為對公共利益的危險要求行政部門的預防措施的情形是多種多樣的，這和要求所有可能的行政行為都法定化是不相符的”。

2 相反，Pedro Lomba在Sobre a Teoria das Medidas de Polícia Administrativa第203頁中指出：“除了警察措施的法定性，只有緊急情況或公共需求才能引致警察行為”。

行政保全措施以及/或安全防範措施，在所有的警察權力中，這和《刑事訴訟法典》第233條規定的措施（下文若無特別指出來源，則都為《刑事訴訟法典》）相類似，該條款規定“在開放予公眾且不法分子慣常前往之地方內，刑事警察機關得認別身處其中之人之身分”，此處被視作一種刑事程序的保全性警察措施，不再是簡單的日常和單純行政性的治安警察措施。

因此，由警察當局向民眾作出的強制身份識別可能源自兩個不同的法律淵源，一個是《澳門特別行政區內部保安綱要法》，另一個是《刑事訴訟法典》。但是我們也看到，有時候強制身份識別同時作為雙面規範被運用，所以既達到保全的警察目的，也達到執行預防和打擊犯罪的警察目的。

警察職能應該是行使公民資格的一項保障，應該保護個人和法人的根本法益免受侵害，保護個人的法益會直接反應到對法人的法益的保護[3]。本著這個目的，警察當局可以採取普通的行政性警察措施，例如已經提及的內部公共保安範圍內做出的身份識別，同樣還有其他，例如交通管制範圍內的臨時交通改道（例如交通擁擠、人群集中、公共道路事故等），或者行政條件範圍內的檢查和監察行為等等。但是，當保安當局屬於刑事警察機關時，除了在司法警察權限和刑事調查權限範圍內的措施，諸如現行犯情況下之拘留（第238條）、信件之扣押（第163至235條）以及第234條第1款規定的可以搜查及搜索住宅的特殊情況[4]，還可依據有權限的司法當局的命令採取刑事程序性質的警察保全措施，例如電話監聽（第172至175條）、住宅的搜查及搜索（第159至162條）及非現行犯情況下之拘留（第240條）。

警察的區別在於三種不同的事實：“行政警察”主要旨在展開對行政限制條件的檢查或監察；“治安警察”要維護公共秩序和公共安全，預防和評估相應的威脅和風險，所以他們有權預見危險並避免危險[5]，並監督行政的合法性；“司法警察”的性質為刑事警察機關[6]，他們的使命是預防和調查犯罪，協助實現刑事正義。職能的區分依照相應組織法設定的限制，為同一實體同時行使三種職能設定了框架，其中提及的刑事

3 持有這種觀點, Guedes Valente, 載於Teoria Geral do Direito Policial, Almedina出版社2012年版, 第3版, 第50頁：“如果存在由警察對個體的財產和法律價值進行的有效保護，那這種保護也會在社群的一般利益和財產的保護框架中產生積極的擴大的反應。”

4 關於對住宅的搜查及搜索和這些行為在沒有司法當局的許可或命令時進行的可能性，我們推薦Leal-Henriques顧問作出的系統化，因為該系統化十分清楚。載於Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal, 第III卷, 第274頁, 關於第234條。

5 Luís Vaz de Camões, 載於“Os Lusíadas” Canto VIII。

6 刑事警察機關：負責進行由一司法當局命令作出或本法典規定作出之任何行為之各警察實體及人員 – 見《刑事訴訟法典》第1條第1款第c項。

警察機關的權能，可能明文規定在司法當局一方的授權書中[7]。但是，正如我們所說，所有的警察能力都是受到限制的，因為要優先考慮法定罪狀原則以及鑒於目的而採取的手段的適當和適度，根據前者，他們只能採取法律規定的措施，並盡可能地具體化，後者又要反映禁止過度原則，要求滿足必要性、可要求性和適度性的要件。

我們重新回到強制身份識別的主題，在一些國家，特別是在西方國家，並不要求擁有身份證[8]，但這並不意味不用身份識別，例如身份監控。在澳門特別行政區，第8/2002號法律規定所有擁有（居民）身份的人，只要年滿5歲，都必須持有居民身份證（BIR）。由於非本地居民的身份是以其在本澳的合法逗留的文件證明的，無論是旅行證件，還是工作簽注的合法逗留文件。在一個流動人口和本地人口的比例巨高的地區，比例高到世界的其他地方很難超越，作為內部公共保安範圍內以及預防和打擊犯罪範圍內的預防危險的措施，對身份進行嚴格監控是可以理解的。對危險的預見意味著對某一特定行為引起的損失的可能性判斷，尤其是人，可以進行一項預防性的警察行為，以避免或停止損害一般公共利益或某一特定的私人利益的發生。

這些警察當局，尤其是治安警察局，可以在兩個法律淵源的框架內對任何人作身份識別。一方面，為內部公共保安依據第9/2002號法律《澳門特別行政區內部保安綱要法》第17條第1款第2項而作出，另一方面，為預防和打擊犯罪依據第233條而作出。

雖然上文作出系統分析，我們不能要求警員以一種接近學術的方式去區別其要求他人出示身份證明的權利的功能的雙方面。巡警進行貼近群眾的治安管理，很多巡警缺乏準備和經驗，在行動的時候，這些都是制約不同判斷力的要素，Paulo Jorge Valente Gomes的反饋已經使我們知悉了這一點[9]。所以，我們列舉下警察當局應該要借助於這項警察保全措施的日常生活中的一系列場景。

這樣，只要出現以下情況，警員應對市民進行身份識別：

1. 需要對其履行命令，尤其是書面命令（例如拘留令、拘傳司法文書、通知令等）；
2. 懷疑其實施犯罪，無論其性質為何；

7 司法當局：法官、預審法官及檢察院，而其各自係屬其權限範圍之訴訟行為之司法當局 -見《刑事訴訟法典》第1條第1款第b項。

8 意大利、荷蘭、愛爾蘭和英國是不存在或不強制持有國家居民身份證的國家，相反的，葡萄牙、希臘、西班牙、德國和比利時這些國家是強制持有身份證的。

9 “在很多方面，爲了加強緊密性的治安行為而付出的努力是無效的，因為過於天真地賦予所有的年輕巡警以必要的知識和聖心來謹慎地使用給他的巨大的自主權和許可權。” 載於Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Almedina出版社出版, 第376頁。

3. 其在開放予公眾且不法分子慣常前往之地方內被發現；
4. 在警察監視的地方被發現；
5. 懷疑其非法進入或逗留在澳門特別行政區；
6. 向其執行驅逐出境或要求離開澳門特別行政區的命令；
7. 緊急監察某一特定行為以及是否符合法律規定的行政條件。

當進行身份識別時引起以下場景，也可要求強制身份識別：
1. 拒絕或反抗身份識別的要求；
2. 該人不持有身份證明文件，並且無法在合理時間內補上；
3. 展示的文件存在真實性的疑問；
4. 展示的文件無法證明該人的身份；
5. 該人屬非法逗留；
6. 懷疑該人參與犯罪活動。

要注意的是，這個列表中，我們沒有嚴格依據法律。之前我們列出了目的論解釋的結果，肯定的是立法者的本意就是這樣，而非別樣。事實上，尤其是對身處或出入公共地方的人的身份識別，只有在懷疑某人違反市民應遵守的行為規範時才有意義，而不是客觀地對身處或出入公共地方的任何人都進行身份識別。這是一個需要正確判斷力的規則，了解禁止過度原則並根據該原則限制熱心義務以防過重者，肯定不會忽視這一點。

所以，當沒有其他方式可以確定身份並且存在疑問時，可以將該人帶往警察局以進行必要的澄清，但應始終注意的是，當局應該確保以對個人的自由、榮譽、社會評價以及尊嚴影響較弱的方式，就懷疑或疑問要求該人澄清身份。在還未將該人帶走之前，應該要先對該人的法律狀況進行個別判斷，仔細辨明將其帶往警察局的原因：

1. 如果懷疑某人參與任何犯罪活動，或者要對某人履行拘留命令狀或任何其他命令，在這種情況下，應該要儘快查明事實跡象，如果是這樣的話，就採取拘留行為，從拘留那一刻起48小時內到司法當局報到；或者
2. 如果只是單純對身份持有懷疑，應該要尋求相應的澄清，在任何情況下都不能拘留超過6小時。
3. 最後，如果發現違反移民法律，涉嫌人應該要被轉交到相應的負責部門。

促使我們做出這個反應的其中一個問題就在於第233條[10]，要求身份

10 第二百三十三條
（認別涉嫌人身分及索求資料）
一、在開放予公眾且不法分子慣常前往之地方內，刑事警察機關得認別身處其中之人之身分。

識別的原因是因為懷疑其實施犯罪行為，還是單純因為身處或出入開放予公眾且不法分子慣常前往之地方內。尤其令我們擔憂的是可為查明身份而拘留最多6個小時這一期間的意義和性質。

在1997年4月1日現行《刑事訴訟法典》（9月2日第48/96/M號法令）生效之前，在澳門適用的是1929年的《葡萄牙刑事訴訟法典》，這部法典沒有作出任何關於對涉嫌人進行身份識別的具體規定，儘管根據5月31日第185/72號法令最新的表述，其第287條開創了拘留現行犯的先河，該現行犯的身份和居所無法馬上確認時，則不能對其適用相應的徒刑。後來，在8月21日第25/81號法律，即1976年《葡萄牙憲法》頒佈之後，出臺了一個具震懾意味的拒絕司法警察當局身份識別的違令罪。

自1997年1月1日起刑事訴訟法開始本地化進程，正是這次法律確定了因單純內部公共保安問題而規定多種理由來要求身份識別的保全措施，正如我們所述，這一點在前述第9/2002號法律第17條確立下來。所以，回到正題，我們將《刑事訴訟法典》第233條第3款中指出的6個小時的期間，和第237條規定的拘留後而交由法官前的48小時的期間進行比較。前者，即6個小時的期間，只是一個警察措施範疇內的單純行政性的期間，而48小時的期間是一個刑事訴訟程序期間。

在這裡插入一點，在特殊情況中，如果對個人作出的身份識別令人懷疑其參與有組織犯罪，以及為著第6/97/M號法律（《有組織犯罪法》）[11]的具體目的，6個小時的期間可以延長到24小時，這種延長應該要具備充分理由，並獲得相應的刑事警察機關最高領導的許可。

我們繼續指出，在6個小時的期間以及後來提到的特殊情況下，當面對警察執法時，有人無論如何無法有效表明身份或者拒絕配合這一行為，警察有權將人帶往並使其逗留於警局。

重要的是，要牢記這項權力並沒有使警察當局有權利用這個事實來獲取很多時間，例如將兩個期間相加，使得涉嫌人或嫌犯被拘留超過《

二、刑事警察機關須認別涉嫌人之身分，並為此目的讓涉嫌人可與其信任之人聯絡；如有需要，須進行指紋方面、照片方面或屬相類性質之證明工作，而刑事警察機關亦須請涉嫌人指出其能被尋見且能接收通知之居所。
三、如有值得懷疑之理由，刑事警察機關得將無能力表明或拒絕表明本身身分之人帶往最近之警區，並得在認別身分所確實必需之時間內，強迫涉嫌人逗留於警區，但在任何情況下均不得超逾六小時。
四、依據第二款第二部分及第三款之規定作出認別身分之行為，必須作成筆錄。
五、刑事警察機關得要求涉嫌人與任何能提供有用資料之人提供，以及得從上述之人處接收關於犯罪之資料，尤其是關於發現及保存在司法當局介入前可能失去之證據之資料，但不影響第四十八條關於涉嫌人之規定之適用。

11 第三十條
（認別涉嫌人身分及索求資料）
屬刑事訴訟法典第二百三十三條第二款及第三款規定的情況，當不能遵守第三款所指期限時，應立即將這情況連同充分依據，告知有關刑事警察機關最高領導人，得由其許可將逗留的最長時間延長至二十四小時。

刑事訴訟法典》第237條第a項規定的48小時，即最大限度可延長至54小時[12]，而沒有交由法官。

有時候，而且並非少數時候，對法律狀況的具體特徵進行個別判斷並不是一件簡單的事情。為此，只要設想一個複雜的身份識別程序，證實被查詢的某人具有實施犯罪的嫌疑，但沒有理由將其帶往警局。在這種情況下，無需將6個小時併入48小時，而是只在獲得可歸責該人的犯罪事實之後開始計算這個期間。不同地，除現行犯外，如果在將人帶往警局時，已經知道該人確實是嫌犯或被懷疑實施某一可科處三年以上徒刑的犯罪，48小時的期間應該立即開始計算，肯定不能以需要對其進行身份識別的藉口而在6小時過後再開始計算。第233條第4款預見了在身份識別過程中獲得發現某人事實某一犯罪或保存跡象的重要信息的可能性。如果他們本身是可歸責的，則代表刑事警察機關的警察須立即中止詢問（第48條）並根據第47條第2款的規定立即成立嫌犯，從那一刻起，開始計算48小時的最長期間直到交由法院。

在此處，涉及到警察的職業道德和善意原則，這被認為是用來裝飾警察臉面的，他們不應為此帶來污點，甚至一個單純的濫用權力的懷疑也不行。關於6小時的期間以及更嚴重的24小時的特殊期間，他們的依據和適用應該具備最高級別的注意，這不僅是因為對個人自由設定負擔，而且也因為在沒有充分證據情況下適用該些期間，肯定會對涉嫌人的社會影響、榮譽和名譽都造成損失。

出於對人權效力的單純的尊重，具體地說，是個人尊嚴，因《基本法》第40條的效力，《公民權及政治權的國際公約》[13]在澳門得以適用，在警察行使職能的時候要牢記該公約的規定。事實上，警察當局應該代表著善良，善良的人不會報仇，或者以任何方式報復那些違反社會生存規則的人。醜惡的“報應”由法院通過判決作出。警察不懲罰罪犯，而是簡單地追捕和拘留，以將罪犯交由司法當局。

另一個重要的問題是從哪一時刻起開始計算強制身份識別的期間。這個計算應立即從該人通行的自由受到限制並依據警員的命令狀被帶往警局起開始計算，而不只是從到達警局時開始算。

還要說的是，被帶往警局的警察保全措施不具備拘留性質，並不是正式的拘留。這項措施唯一的目的是準確查清某人的身份，當這個目的達成的時候，應立即終止。但是，這項措施無法不限制該人的自由通行

12 如果根本性地援引《有組織犯罪法》（第6/97/M號法律）規定，則為72（七十二）小時。

13 《公民權及政治權的國際公約》第9條（原文為第10條，但正確應為第9條，故譯員糾正）：（……）二、任何被逮捕的人，在被逮捕時應被告知逮捕他的理由，並應被迅速告知對他提出的任何指控。三、任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，應被迅速帶見審判官或其他經法律授權行使司法權力的官員，並有權在合理的時間內受審判或被釋放。

權利，但這種限制必須降到最低限度。一旦澄清身份，應該准許該人離開警局，只是正如所述，如果存在該人與任何犯罪事實有關聯的跡象、或者違反移民法律，尤其是超期逗留，要被驅逐出境離開澳門特別行政區的時候，就不應准許[14]。但是，也是在此刻應該開始計算48小時的被拘留不交由法官的最長期間。

我們想要說，可能會有人被當局命令拘留長於48小時。但是，在這種情況下，警察要說清楚該人逗留於警局的時間被浪費在必需的識別其身份上，但無需說明調查的需求，因為這些不在第233條第3款規定的範圍內。

這樣一來，《刑事訴訟法典》第233條宣佈的身份識別程序是一種無差異地屬於警察的行政職能和司法職能的活動，在第3款中成立的措施並不是正式的拘留措施，和第237條及後續條款規定的拘留措施毫無關聯，所以警察要力求所有的保全以避免濫用，保障行為的合法性。

無論本文分析的保全措施之間的不同為何，事實就是，這些措施或多或少限制人的通行自由，但這不應該還包括禁止親身接觸、電話聯繫或者其他，尤其是那些意在證明其身份和窘迫的真實原因。雖然存在這些反對，我們承認，限制人們進行特定的行為或限制其人身自由的義務屬於社會生活及其運轉的一部份。Figueiredo Dias是這樣教我們的“除了羈押，憲法上還承認拘押、監視、強制到場。要點在於，自然地，這些措施得以在嚴格的需求原則和適度原則之內適用，並且要具備有效的保障，尤其是在維持限制或剝奪自由的情況中傾向於立即可訴訟這點上”[15]。但是相反的是，João Castro e Sousa[16] 對因身份識別而採取的限制自由的措施的合憲性提出了疑問，無論是依據刑事訴訟法律，還是依據內部保安法律，原因在於兩者都是剝奪自由的真實措施，而非只是限制這項基本權利。

我們將這個爭論轉移到澳門具體的社會法律情況，我們認為應該要權衡一個易受移民和遊客流動的影響的社會所面臨的特殊的風險，從該點出發去權衡警察的介入，不管是公共治安，還是特別的預防和打擊犯罪。我們認為，需要由保安當局在評估威脅以及後續的預防或降低風險中作出穩定的行為，這樣，個人自由可能受到的限制就具備約束力，並可能在措施實施的目標對象的權利義務範圍內引致責任。正如在本文開始時說過的，只要沒有以採取的措施的法定性違反警察行為的根本原則就可以，例如合法原則和禁止過度原則。而且，當這些措施，例如強

14 第4/2003號法律確定了“入境、逗留及居留許可制度的一般原則”。

15 載於Revisão Constitucional, o Processo Penal e os Tribunais, Livros Horizonte, 1981, 第86及87頁。

16 載於Jornadas de Direito Processual Penal – o Novo Código de Processo Penal, Coimbra, 1992, 第161及162頁。

制身份識別，是向引起騷亂的人作出，這些人的行為與危害公共安全或者挑釁社會的根本價值構成因果關係，而不管他們的行為是否構成犯罪活動，這樣我們能更好地理解為何使用這些措施。警察應盡力中止擾亂自由的行為，為此，要使用其權利範圍內的所有手段，尤其是強制性手段，強制身份識別就是其中之一。

應該說，強制身份識別遠不同於以違令罪作出告誡（識別對象可能拒絕接受身份識別），在此方面，Guedes Valente[17] 認為應設立以違令罪作出告誡的選項，因為警察力量的薄弱，需要“借助於刑事威脅才能推進警察措施的執行”。

無論如何，需要指出的是，不管是出於內部保安，還是出於刑事性質，為識別身份採取的拘留應該在6小時的限度以下，從警員向該人表明其不能享有完整的移動或通行自由，即“法律上的移動”的信號時開始計算，不排除應該用盡所有力量去履行在最短的時間和空間內達到目標這一勤勉義務。否則就嚴重違反需求原則、可要求性原則和適度原則（禁止過度），可能會引起當局的濫用職權罪和相應的民事責任。在使用這些保全措施時，要在行政、治安或司法其中任何一方面的警察職能和具體警察行為指向的受保護的法律價值的損害強度之間找到一個合理的平衡點。

在警察履行職權期間，應該要避免轉化為“正式拘留”的講述或表達，尊重被識別身份之人的尊嚴，保護他免於任何的源自正式拘留的污蔑。

因此，並通過實際執行，我們得出如下結論，為促進好的警察實踐有所助益：

1. 可基於內部保安以及單純預防（第9/2002號法律第17條第1款第2項）的理由和刑事訴訟程序性質（《刑事訴訟法典》第233條）的理由要求身份識別；
2. 將人帶往警局作身份識別的本質是對通行自由的行政或治安限制，不是刑事訴訟程序性質的拘留；
3. 最長為6小時的期間（如果某人的身份無法充分識別，且對其持有懷疑，尤其外觀可疑，和有組織犯罪相關聯時，為24小時）中可疑進行身份識別，從該人無法自由移動時起計算期間，而不是從進入警局起開始計算；
4. 警察當局應該主動獲取身份識別的要素，通過所有手段力求達到目的；
5. 從查清身份時起應釋放該人，還其完整的移動權利，指法律上的移動；但是，

17 同上，第297頁。

6. 一旦認定其有實施犯罪的懷疑並可以拘留，應該立即把這個事實通知該人，並從那一刻開始計算48小時的期間，而不是從通知其需要前往警局作身份識別的時刻起計；
7. 為透明起見，警察不應該耗費6個小時在和身份識別完全無關的調查上。這是一個濫用職權、侵害權利、自由和保障、而且可能引致觸犯濫用職權罪和引發民事責任的情形。

最後，要指出的是，強制身份識別的執行總是要做筆錄，記錄決定該措施的原因、確切的開始時間和結束時間，同時附上警員和被識別之人的簽名。

名譽和名聲體現了個人身份權，表現為其榮譽、尊嚴或者社會評價不能被侵犯或損害，認可個人擁有自我辯護權和因其遭受損失而獲得彌補的權利。警員們當向路人進行任何監管或身份識別時，又或懷疑某人實施某項犯罪時，即使是嚴重懷疑，都應該要牢記這項個人權利。有趣的是，在Guedes Valente[18]的文中，Germano Marques da Silva注釋道：“較未能遏制某些犯罪的事實而言，若警察行動違反民主社會的根基—尊嚴和公正司法的基本規則，則更會擾亂社會治安；那些未能受到遏制的犯罪，即使十分嚴重，仍始終大量存在，無論採取何種調查方法，大部份會因未被發現而免遭懲處，” 之後總結道：“警察不能通過非法手段去預防和打擊違法行為，否則就違反了其本身的道德”。將這一想法轉用到強制身份識別的主題上，我們不得不強調的是，基於種族偏見或者社會條件的身份識別構成了對人格尊嚴真實且可恨的侵犯，這是不適度的、不合理的、非典型的而且不合法的侵犯。而對警察行為無關緊要的瑕疵過多且不負責地揭露，會影響到個人生活的安寧，同樣侵犯了相關權利，從而對造成的精神損害或因影響到收入能力而造成的物質損害須承擔相應的民事責任，即使這些損害是暫時的，亦然。在當今社會，尤其是在有關人權的國際法框架下，訂立了許多條約和協定，不管有無在某一具體司法管轄區內適用，都營造了一種尊重人格尊嚴的氛圍，這使得偏離或者顛覆這些國際法規確定的原則的人備受詬病。一個權力型警察的概念已經過時，當今社會要求的是服務型警察[19]，接近群眾，和群眾交換信息，引導他們採取預防態度，聽取他們的煩惱和期望，發展交流型治安，這種模式在較發達的社會中已經被有效採用。保安當局負有的對民眾的治安保護義務轉變為由警察介入來保護民眾根本權利的公共主觀權利，這是一個極大的成功，凸顯了自由價值和安全價值之間的辯證平衡。交流型治安的模式中最根本的是緊密的聯繫，但這需要付出巨大的努力去構建一個運行框架、實施管控以及提高警員的工作能力，通過

18 同上，第202頁。

19 Jorge Silva Sampaio, 載於O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias, 第81及82頁。

培訓使得我們一直在討論的權利與義務不會成為隨意選擇的源頭。

作為警員，當著手進行一項特定的實質行動時，特別是一項會限制個體或個體自由的實質行動，例如強制身份識別，應尊重個人的尊嚴權利並有效反應到行動中，並且不降低對保安、預防以及打擊犯罪的嚴格要求，顯示最大程度地尊重民眾權利的特點，因為只有這樣，在不同價值的平衡中，才能在法治國家的背景下要求構建公民權利，使得法律凌駕於任意性之上。

A IDENTIFICAÇÃO COACTIVA NO CONTEXTO DA EFICÁCIA DA DIGNIDADE HUMANA, PERANTE A FUNÇÃO POLICIAL

José Luciano Correia de Oliveira

No âmbito da actividade de segurança interna, as autoridades policiais actuam no sentido de garantir a ordem, a tranquilidade pública e a protecção das pessoas e seus bens, cabendo-lhes, ainda, prevenir e investigar os crimes, tudo com vista a prosseguir o interesse público supremo da estabilidade social e do pleno exercício da cidadania. Todavia, estão as autoridades policiais, nessa sua actividade, subordinadas ao princípio da legalidade, nele, e no respeito pelos direitos, liberdades e garantias das pessoas, se inscrevendo, muito particularmente, as medidas de polícia, que devem ser obedientes ao princípio da tipicidade e tendencialmente taxativas. E dizemos tendencialmente porquanto não é fácil configurar um catálogo definitivo e estrito dessas medidas, em face da multiplicidade de situações da vida real que, no dia-a-dia, se colocam às autoridades policiais[1], isto no que se refere às operações materiais e às medidas de carácter administrativo, sindicáveis à luz do princípio da proibição do excesso[2], já não quanto aquelas de natureza penal, onde a exigência de taxatividade nos parece irrefutável. Porém, queremos que a nossa reflexão se centre em dois momentos da identificação coactiva. Isto é, a identificação de segurança (polícia administrativa ou de ordem

1 **Sérvulo Correia**, in *Noções de Direito Administrativo*, vol. I p. 247, que nos ensina que a taxatividade das medidas cautelares de polícia contraria "a realidade das coisas, visto que a pluralidade ilimitada de circunstâncias em que os perigos para os interesses públicos exigem acções preventivas por parte da administração não se compadece com a exigência de uma tipificação normativa de todas as possíveis condutas administrativas".

2 Em sentido contrário, **Pedro Lomba**, in *Sobre a Teoria das Medidas de Polícia Administrativa*, p. 203: "fora da tipicidade das medidas de polícia, só a urgência ou a necessidade pública poderão justificar a actuação policial".

pública, ou actuando como tal) e a identificação por suspeita criminal (polícia judiciária, ou actuando como tal), articulando-a com o dever de respeito pela dignidade humana do indivíduo, do seu bom nome, honra e reputação, ou seja, protegendo-o de estigmas desnecessários, que a abordagem policial, quando não discreta, pode inculcar. Isto é, pretendemos vincar a prevalência e a eficácia do respeito pela dignidade humana, no exercício da função policial.

A Lei de Bases da Segurança Interna, Lei n.º 9/2002, confere às polícias, nos termos da al. 2) do n.º 1 do seu artigo 17.º, o poder de exigir a "*identificação de qualquer pessoa que se encontre em lugar público ou sujeito a vigilância policial* ", o que configura um medida cautelar propriamente dita, de carácter geral e administrativo e, ou, de segurança, à qual, no acervo dos poderes policiais, se junta outra similar, prevista no artigo 233.º do Código de Processo Penal (a que se referirão, doravante, todos os normativos sem indicação de origem), segundo a qual "*os órgãos de polícia criminal podem proceder à identificação de pessoas encontradas em lugares abertos ao público, habitualmente frequentados por delinquentes*", decorrendo daqui que se trata de uma medida policial de natureza cautelar, em matéria processual penal e, não já, de simples medida de polícia de ordem pública, de rotina e de natureza meramente administrativa.

Temos assim que a identificação coactiva, isto é, a identificação imposta pelas autoridades policiais aos cidadãos, pode emergir de duas fontes normativas distintas, a Lei de Bases da Segurança Interna, por um lado, e o Código de Processo Penal, por outro. Veremos, porém, como, por vezes, a identificação coactiva serve, ao mesmo tempo, ambas as vertentes normativas e, por consequência, ambos os objectivos policiais, a segurança e a execução das acções de prevenção e combate ao crime.

A função policial deve ser uma garantia de cidadania, na medida em que deve proteger os cidadãos de agressões aos bens jurídicos fundamentais, quer de carácter individual, quer de carácter colectivo, na medida em que a protecção daqueles, os individuais, se reflecte directamente nestes últimos, os colectivos[3]. Com este objectivo, as autoridades policiais podem adoptar medidas gerais de polícia, de natureza administrativa, de que são exemplo a identificação no âmbito, e por razões de, segurança pública interna, já referida e, igualmente, outras, como sejam, no âmbito da regulação do trânsito, as alterações na circulação rodoviária por razões conjunturais (por exemplo, congestionamento de tráfego, concentração de multidões, acidentes na via pública, etc.), ou no âmbito do condicionamento administrativo, as acções inspectivas e de fiscalização, entre outras. Porém, as autoridades de segurança, quando

3 Neste sentido, **Guedes Valente**, in *Teoria Geral do Direito Policial*, Almedina, 2012, 3.ª Edição, p. 50: "Se houver uma tutela eficiente dos bens e valores jurídicos individuais por parte da polícia, essa tutela terá reflexos positivos e expansivos no quadro da tutela de interesses e bens gerais da comunidade.".

dotadas da qualidade de órgão de polícia criminal, procedem, ainda, a medidas cautelares de polícia de natureza processual penal, algumas delas, por mandado da autoridade judiciária competente, de que são exemplo, a intercepção de comunicações (artigos 172.º a 175.º), as revistas e buscas domiciliárias (artigos 159.º a 162.º) e o cumprimento de mandados de detenção fora de flagrante delito (artigo 240.º), para além de outras no âmbito das suas competências de polícia judiciária ou de investigação criminal, como sejam, a detenção em flagrante delito (artigo 238.º), a apreensão de correspondência (artigos 163.º e 235.º), e, ainda, as revistas e buscas domiciliárias[4], fundadas nas excepções constantes do n.º 1 do artigo 234.º.

Resulta daqui que o conceito de polícia repousa em três realidades distintas, a *polícia administrativa* que visa essencialmente uma actividade inspectiva ou de fiscalização de condicionamentos administrativos, a *polícia de ordem pública* que prossegue a manutenção da ordem e segurança públicas, sua prevenção e avaliação das respectivas ameaças e riscos competindo-lhe, assim, *adivinhar os perigos e evitá-los*[5], bem como cuidar da fiscalização da legalidade administrativa, e a *polícia judiciária*, que tem por missão, com a qualidade de órgão de polícia criminal[6], a prevenção e a investigação criminal, num papel de auxiliar da justiça penal. Distinção funcional que emoldura o exercício simultâneo de uma tríplice panóplia de competências pela mesma entidade, em conformidade com os limites impostos pelas respectivas leis orgânicas e, no que às competências de órgão de polícia criminal se refere, eventualmente constantes de delegação de poderes por parte da autoridade judiciária[7]. Todas as valências policiais estão, todavia, como dissemos, condicionadas, pela prevalência do princípio da tipicidade legal, segundo o qual somente podem ser actuadas as medidas previstas na lei, tão individualizadas quanto possível e, bem assim, pela adequação proporcional dos meios ao fim em vista, no que se traduz o princípio da proibição do excesso, corolário dos requisitos da necessidade, exigibilidade e proporcionalidade.

Retomando o tema da identificação coactiva, assinalemos que alguns são os países,

4 Em matéria de revistas e buscas domiciliárias e sobre a possibilidade de as mesmas terem lugar sem autorização ou mandado da autoridade judiciária, recomendamos, pela sua clareza, a sistematização operada pelo Conselheiro **Leal-Henriques**, in *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal*, Vol. III, p. 274, sobre o artigo 234.º.

5 Luís Vaz de Camões, in "Os Lusíadas", Canto VIII.

6 São órgãos de polícia criminal as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados pelo Código de Processo Penal – vd. artigo 1.º, n.º 1, al. c), do CPP.

7 São autoridade judiciária, o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na respectiva competência - vd. artigo 1.º, n.º 1, al. b), do CPP.

particularmente no mundo ocidental, onde não é exigida a posse de bilhete de identidade[8], não significando isso que se dispense a identificação, como controlo de identidade. Na Região Administrativa Especial de Macau, a Lei n.º 8/2002 impõe a obrigatoriedade da titularidade de Bilhete de Identidade de Residente (BIR) para todos aqueles que tenham essa qualidade (de residentes), a partir dos 5 anos de idade, sendo que a identidade dos não residentes é controlada por documento que titule a sua permanência legal em Macau, seja ele um documento de viagem, seja ele um documento que legitime a permanência para efeitos de trabalho. Numa região onde a pressão da população flutuante é enorme, com *ratios* relativamente à população residente dificilmente ultrapassáveis noutros locais do mundo, compreende-se um maior rigor no controlo de identidade, como medida de prevenção dos perigos, tanto no âmbito da segurança pública interna, como no âmbito da prevenção e combate à criminalidade. A prognose do perigo implica um juízo de probabilidade de um dano provocado por um determinado comportamento, designadamente o humano, podendo justificar-se uma actividade preventiva da polícia, no sentido de evitar ou sustar uma ocorrência que lese o interesse público em geral, ou um determinado interesse particular.

As autoridades policiais, particularmente o Corpo de Polícia de Segurança Pública, podem proceder à identificação de qualquer cidadão enquadrando-se e suportando-se em duas fontes normativas. Por um lado, a finalidade de segurança pública interna, nos termos do artigo 17.º, n.º 1, al. 2), da Lei n.º 9/2002 – Lei de Bases da Segurança Interna e, por outro, a finalidade de prevenção e repressão da criminalidade, nos termos do artigo 233.º.

Pese embora a sistematização que acaba de se fazer, não podemos exigir do agente policial que distinga de uma forma quase académica ambas as vertentes funcionais do seu *poder* de exigir a identificação de alguém. A impreparação, a inexperiência de muitos dos agentes de giro, aqueles que protagonizam o policiamento de proximidade junto das comunidades, são factores que condicionam este juízo diferencial no momento de actuar, ao que nos conduz, aliás, a reflexão de Paulo Jorge Valente Gomes[9]. Justifica-se, assim, que elenquemos uma série de situações da vida comum em que as autoridades policiais devem lançar mão dessa medida cautelar de polícia.

8 Itália, Holanda, Irlanda e Reino Unido são exemplos de países onde o Bilhete de Identidade de cidadão nacional não existe ou não é obrigatório, contrastando com Portugal, Grécia, Espanha, Alemanha e Bélgica, onde é obrigatória a posse de Bilhete de Identidade.

9 "Em muito aspectos, este esforço acrescido no sentido de forçar a implementação do policiamento de proximidade foi ineficaz, uma vez que assumiu ingenuamente que todo o jovem agente patrulheiro possuía conhecimentos e sageza necessários para utilizar judiciosamente a considerável autonomia e autoridade que lhes foram conferidas". In *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Germano Marques da Silva*, Almedina, p. 376.

Assim, o agente policial deve proceder à identificação de um cidadão sempre que:

1. Relativamente a ele, tenha que cumprir um mandado ou ordem, designadamente escrita (*vg*. ordem de detenção, condução sob custódia a acto judicial, ordem de notificação, etc.);
2. Sobre ele recaia uma suspeita de prática de crime, seja qual for a respectiva natureza;
3. Seja encontrado em local público frequentado por delinquentes, ou na sua companhia;
4. Seja encontrado em local sob vigilância policial;
5. Sobre ele recaia a suspeita de entrada ou permanência ilegal na RAEM;
6. Sobre ele recaia ordem de expulsão ou afastamento do território da RAEM;
7. Urja fiscalizar o condicionamento administrativo de uma determinada actividade e a sua conformidade actual com a lei.

Podendo haver lugar à sua condução quando, desse acto de identificação, resultar que:

1. Houve recusa ou resistência ao pedido de identificação;
2. O cidadão não seja portador de identificação e não haja meio de suprir essa falta em tempo útil;
3. O documento exibido ofereça dúvidas quanto à sua autenticidade;
4. O documento exibido não seja o habilitado a identificar um cidadão;
5. O cidadão esteja em permanência ilegal;
6. Sobre o cidadão recaiam suspeitas de envolvimento em actividades criminosas.

Note-se que, neste elenco, não seguimos o rigor da lei. Antes expomos o resultado de uma interpretação teleológica, seguros de que o espírito do legislador foi este e não outro. De facto, designadamente a identificação de quem se encontre em local público, só fará sentido se sobre a pessoa a identificar recair alguma suspeita de contacto com ambientes desviantes das normas de conduta exigíveis aos cidadãos e não de uma forma objectiva a todo e qualquer cidadão que frequente locais públicos, norma de bom senso, certamente não ignorada por quem conheça o princípio da proibição do excesso e o imponha como limitação do exacerbado dever de zelo.

Assim, na ausência de outros meios de confirmação da identidade e perante as dúvidas, pode conduzir-se o cidadão à esquadra policial a fim de se proceder aos necessários esclarecimentos, mas sempre tendo em atenção que as autoridades devem assegurar o esclarecimento da identidade sob suspeita ou dúvida pela forma menos gravosa para a liberdade, para a honra, consideração social, enfim, para dignidade do indivíduo. Ali, se antes

ainda não puder ter sido feito, deve procurar-se um diagnóstico diferencial da situação jurídica do cidadão, distinguindo, casuisticamente, o que justificou a sua condução ao posto policial:

> Se se está perante as suspeitas de alguém envolvido em qualquer actividade criminosa, ou alguém sobre quem recaia mandado de detenção ou de qualquer outra natureza, caso em que deve apurar-se o mais rapidamente possível os factos indiciários e, se for caso disso, ordenar a detenção, momento a partir do qual começará a contar-se o prazo das 48 horas para apresentação à autoridade judiciária; ou
>
> Se, simplesmente, se está apenas perante dúvidas quanto à identidade, deve procurar-se o respectivo esclarecimento, não podendo, em caso algum, exceder-se as 6 horas de permanência na condição de detido.
>
> Por fim, se se constatar infracção às leis de migração, o suspeito deve ser encaminhado para serviços responsáveis.

Uma das questões que nos motiva esta reflexão prende-se essencialmente com o artigo 233.º [10], relativamente à identificação de pessoas, por suspeita de prática de crimes, ou simplesmente por se encontrarem em locais abertos ao público e habitualmente frequentados por delinquentes. Sobretudo, preocupa-nos o sentido e a natureza do período de 6 horas, pelo qual pode, no seu máximo, durar a detenção para identificação.

Até à entrada em vigor do actual Código de Processo Penal, em 1 de Abril de 1997 (Decreto-Lei n.º 48/96/M, de 2 de Setembro) aplicava-se em Macau o Código de Processo Penal Português de 1929, o qual nada dispunha, em concreto, sobre a identificação de suspeitos,

10 **Artigo 233.º**
(Identificação de suspeito e pedido de informações)
1. Os órgãos de polícia criminal podem proceder à identificação de pessoas encontradas em lugares abertos ao público habitualmente frequentados por delinquentes.
2. Os órgãos de polícia criminal procedem à identificação de suspeitos, facultando-lhes, para o efeito, a possibilidade de comunicação com pessoa da sua confiança, realizando, em caso de necessidade, provas dactiloscópicas, fotográficas ou de análoga natureza e convidando-os a indicar residência onde possam ser encontrados e receber comunicações.
3. Havendo motivo para suspeita, os órgãos de polícia criminal podem conduzir as pessoas que forem incapazes de se identificar ou se recusarem a fazê-lo ao posto policial mais próximo e compeli-las a permanecer ali pelo tempo estritamente necessário à identificação, em caso algum superior a 6 horas.
4. Os actos de identificação levados a cabo nos termos da segunda parte do n.º 2 e nos do n.º 3 são sempre reduzidos a auto.
5. Os órgãos de polícia criminal podem pedir ao suspeito, bem como a qualquer pessoa susceptível de fornecer informações úteis, e deles receber, sem prejuízo, quanto ao suspeito, do disposto no artigo 48.º, informações relativas a um crime, nomeadamente à descoberta e à conservação de meios de prova que poderiam perder-se antes da intervenção da autoridade judiciária.

pese embora, em redacção actualizada pelo Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de Maio, o artigo 287.º abrisse portas à detenção por flagrante delito a que não correspondesse pena de prisão do infractor, cuja identidade e residência não pudesse ser imediatamente determinada. Mais tarde, e após a Constituição da República Portuguesa de 1976, a Lei n.º 25/81, de 21 de Agosto, veio cominar com o crime de desobediência a recusa de identificação perante autoridade de polícia judiciária.

Com a localização da lei processual penal, a partir de 1 de Janeiro de 1997, é por ela que se rege a medida cautelar de identificação por razões distintas da mera questão da segurança pública interna, que agora radica, como já dissemos, na citada norma do artigo 17.º da Lei n.º 9/2002. E, assim, retomando o nosso caminho, situemo-nos, pois, no período de 6 horas a que se refere o n.º 3 do artigo 233.º do CPP, confrontando-o com o prazo de 48 horas pelo qual o cidadão pode ser detido sem ser presente ao Juiz — artigo 237.º. O primeiro, o de 6 horas, é um prazo meramente administrativo que decorre no âmbito das medidas estritamente policiais, enquanto o de 48 horas é um prazo processual penal.

Abre-se um parêntesis para lembrar aqui que, excepcionalmente, o prazo de 6 horas pode ser estendido até 24 horas no caso de a identificação do indivíduo se reportar a suspeitas de envolvimento com a criminalidade organizada e aos fins concretos da Lei n.º 6/97/M (Lei da criminalidade organizada)[11], extensão essa que deve ser precedida de autorização do dirigente máximo do respectivo órgão de polícia criminal, sobre fundamentada justificação.

Prosseguimos referindo que o período das 6 horas se reconduz, e o mesmo se diria relativamente à excepção atrás referida, a uma faculdade de a polícia conduzir e manter na esquadra um cidadão que, por qualquer motivo, não resultou suficientemente identificado aquando de uma abordagem policial ou que se recusou a colaborar nesse acto.

O que importa, isso sim, é ter-se presente que esta faculdade não legitima as autoridades policiais a aproveitarem-se desse facto para obterem ganho de tempo, somando ambos os prazos e, assim, manter detido um suspeito ou arguido por tempo superior às 48 horas consagradas na lei – artigo 237.º, al a), do CPP, o que poderia estender-se, no limite, até às 54 horas[12], sem apresentação à autoridade judiciária.

11 **Artigo 30.º**
(Identificação de suspeito e pedido de informações)
Nos casos previstos nos n.os 2 e 3 do **artigo 233.º do Código de Processo Penal**, quando o prazo referido neste último número não puder ser cumprido, a situação é imediatamente comunicada, com justificação suficiente, ao dirigente máximo do respectivo órgão de polícia criminal, o qual pode autorizar a sua prorrogação até ao limite máximo de 24 horas.

12 72 (setenta e duas) horas no caso de ser fundamentadamente invocada a Lei da Criminalidade Organizada (Lei n.º 6/97/M).

Há situações, e não serão tão poucas assim, em que esse diagnóstico diferencial da concreta caracterização da situação jurídica não é fácil. Para tanto, basta ficcionar um processo de identificação complexo, no âmbito do qual se vem a verificar que o cidadão em causa é suspeito da prática de um crime, sem que essa tenha sido a razão da sua condução à esquadra policial. Nesta situação, não há que integrar as 6 horas no prazo das 48 horas, iniciando-se a contagem deste apenas após a detecção dos factos de natureza criminal imputáveis ao cidadão em causa. Diferentemente, no caso de, no momento da condução à esquadra, fora de flagrante delito, já se souber que o cidadão é efectivamente arguido ou suspeito de um crime pelo qual pode ser punido com pena de prisão superior a 3 anos, as 48 horas devem começar imediatamente a contar e nunca depois de decorridas as 6 horas, com o pretexto de ter havido necessidade de identificação por dúvidas. Aliás, o n.º 4 do artigo 233.º prevê a possibilidade de se obter da pessoa em processo de identificação, informações relevantes para a descoberta de um crime ou para a conservação de indícios. Se os mesmos lhe forem, a ele próprio, imputáveis, torna-se obrigatório que a polícia, actuando então na qualidade órgão de polícia criminal, suspenda a diligência de investigação propriamente dita (artigo 48.º) e proceda à imediata constituição de arguido, nos termos do n.º 2 do artigo 47.º, começando, logo ali e nesse exacto momento, a contagem do prazo máximo de 48 horas até a apresentação à autoridade judiciária.

Há aqui uma intervenção da ética policial, da boa-fé, que é suposto decorar o rosto das polícias e que elas devem fazer por não macular, sequer com a mera suspeição de práticas abusivas. E o que se diz para o prazo de 6 horas, dir-se-á, com maior acuidade ainda, para o prazo excepcional de 24 (vinte e quatro) horas, cujo fundamento e aplicação deve rodear-se dos maiores cuidados, não só pela oneração das liberdades individuais, mas também pelos efeitos traumatizantes que a externação da sua aplicação, no caso de infundadas razões, certamente causa na reputação social, honra e bom nome do sujeito.

Por singelo respeito à eficácia dos direitos humanos, concretamente da dignidade individual, os mandamentos do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos[13], aplicável em Macau por força do artigo 40.º da Lei Básica, devem estar presentes no momento em que a função policial actua. Na verdade, as autoridades policiais devem representar o bem, são pessoas de bem que não tiram desforço ou, por qualquer forma, se vingam daqueles que violem as regras de vida em sociedade. A "retribuição" do mal cabe aos Tribunais através das

13 Artigo 10.º do PIDCP: [...] 2. Todo o indivíduo preso será informado, no momento da sua detenção, das razões dessa detenção e receberá notificação imediata de todas as acusações apresentadas contra ele. 3. Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infracção penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias e deverá ser julgado num prazo curto ou libertado. [...]

suas sentenças. A polícia não pune os criminosos, simplesmente os persegue e detém para entregar às autoridades judiciárias.

Outra questão importante é a do momento em que começa a contagem do prazo da identificação coactiva. Essa contagem deve iniciar-se imediatamente no momento em que o cidadão fica limitado na sua liberdade de circulação, retido à ordem do agente da autoridade para ser conduzido à esquadra policial, e não apenas a partir do momento em que chega a este local.

Dir-se-á ainda que a medida cautelar de polícia de condução à esquadra policial não tem carácter detentivo, não é uma detenção em sentido formal. Ela tem por única finalidade a cabal identificação do cidadão, devendo cessar imediatamente assim que a pretendida identificação se alcance. Todavia, ela não deixa de ser restritiva do direito de livre circulação do cidadão e, tal constrangimento, tem de ser reduzido à mínima expressão. Assim que seja esclarecida a identificação deve autorizar-se o cidadão a abandonar as instalações policias, apenas não o fazendo nos casos em que, como se disse, surjam indícios da sua ligação a quaisquer factos criminosos, ou se esteja perante infracção às leis de migração, designadamente, na situação de excesso de permanência, conducente à expulsão do espaço territorial da RAEM[14]. Porém, este será também o momento em que se deve, impreterivelmente, iniciar a contagem do prazo máximo de 48 horas pelo qual alguém pode estar detido sem apresentação ao juiz.

Queremos dizer que pode acontecer que o cidadão esteja à ordem das autoridades mais do que as 48 horas. Mas, neste caso, as polícias têm de justificar que o tempo inicial de permanência nas instalações foi despendido com diligências indispensáveis à respectiva identificação e jamais com as necessidades de investigação, pois estas não cabem no âmbito do escopo do nº 3 do artigo 233.º.

Nestes moldes, o procedimento de identificação enunciado no artigo 233.º do CPP é uma actividade que pertence indistintamente à função administrativa e à função judiciária das polícias, não constituindo a medida enunciada no seu n.º 3 uma medida detentiva no sentido formal, nada tendo a ver com as medidas de detenção previstas nos artigos 237.º e ss., razão pela qual as polícias se hão-de rodear de todas as cautelas para evitar abusos e garantir a legalidade da actuação.

Independentemente da distinção que se logre alcançar entre as medidas cautelares analisadas, a verdade é que, com maior ou menor intensidade, elas traduzem uma limitação da liberdade de circulação das pessoas, nesta, aliás, se devendo conter, isto é, não devem ser cumuladas com proibição de contactos pessoais, telefónicos ou outros, nomeadamente aqueles que se destinem a provar a sua identidade, a verdadeira razão da sua constrição. Não

14 Lei n.º 4/2003 que estabelece os "Princípios gerais do regime de entrada, permanência e autorização de residência".

obstante estas objecções, admitimos que faz parte da vida em sociedade, e seu funcionamento, a sujeição das pessoas a determinados actos ou obrigações limitadores da sua liberdade pessoal. Assim nos ensinou Figueiredo Dias, ao sustentar não ver obstáculos a que *"para além da prisão preventiva, seja admitida constitucionalmente, a custódia, a guarda à vista ou a vinculação da presença. Ponto é que naturalmente, a aplicação de tais medidas seja contida dentro de um estrito princípio de necessidade e de proporcionalidade e seja revestida de efectivas garantias, nomeadamente quanto à sua judicialidade tendencialmente imediata nos casos em que a restrição ou privação de liberdade deva manter-se"*[15]. Porém, e em sentido contrário, João Castro e Sousa[16] alinha pela duvidosa constitucionalidade destas medidas restritivas de liberdade para efeitos de identificação, sejam elas com fundamento na lei processual penal, sejam com fundamento na lei de segurança interna, filiando-se na tese de que ambas constituem verdadeiras medidas privativas de liberdade e não somente restritivas desse direito fundamental.

Transportando esta discussão para o concreto da situação sociojurídica de Macau, pensamos que devemos ponderar os particulares riscos a que uma sociedade muito vulnerável aos fluxos migratórios e turísticos está exposta e partir deles para a ponderação da intervenção policial, quer na ordem pública em geral, quer na prevenção e combate ao crime, em particular. Parece-nos de exigir às autoridades de segurança uma actuação firme na avaliação da ameaça e na consequente prevenção ou eliminação dos riscos e, como tal, as eventuais restrições das liberdades individuais não deixam de ter uma conotação de vinculação e gerar eventuais ónus sobre a esfera jurídica dos seus destinatários. Compreendem-se, desde que, como se disse no começo, não se violem os princípios fundamentais da actuação policial, como o da legalidade e o da proibição do excesso, suportados, ambos, pela tipicidade das medidas impostas. E compreender-se-á melhor, ainda, quando essas medidas, de que é exemplo a identificação coactiva, se dirijam a agentes perturbadores, que adoptam comportamentos de ameaça à segurança pública ou que contendam com valores fundamentais da sociedade, protagonizem ou não uma actividade criminosa, numa relação de causalidade. Manda o dever policial que se seja diligente na sustação da perturbação da liberdade e, para tal, se faça uso de todos os meios ao seu alcance, designadamente coercivos, sendo a identificação coactiva um dos possíveis.

Deve dizer-se que a faculdade de recurso à identificação coactiva afasta a ideia de cominação com o crime de desobediência a eventual recusa de identificação por parte do

15 In *Revisão Constitucional, o Processo Penal e os Tribunais*, Livros Horizonte, 1981, pp. 86 e 87.

16 In *Jornadas de Direito Processual Penal – o Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1992, pp. 161 e 162.

cidadão a identificar – neste sentido Guedes Valente[17], que defende constituir a opção pela cominação do crime de desobediência, uma demonstração de fraqueza policial, na medida em que necessita de *"recorrer à ameaça penal para promover as medidas de polícia ".*

Seja como for, importa referir que, tanto por razões de segurança interna, como por razões de natureza criminal, a detenção para efeitos de identificação coactiva deve conter-se no limite das 6 horas, a contar desde o momento em que o agente policial dá um sinal ao cidadão de que não pode fruir de plena liberdade de movimentos ou de circulação, " *jus ambulandi* ", sem prescindir de que todos os esforços devem ser exauridos para que se cumpra a diligência no mais curto espaço de tempo possível, sob pena de violação grosseira dos princípios da necessidade, exigibilidade e da proporcionalidade (proibição do excesso), eventualmente geradora do crime de abuso de autoridade e de consequente responsabilidade civil. Na adopção das medidas cautelares, tem de haver um equilíbrio razoável entre a função de polícia, actue ela em qualquer das suas valências, administrativa, de ordem pública ou judiciária, e a intensidade da lesão dos valores jurídicos protegidos que são objecto da concreta acção policial.

Na constância da diligência policial devem ser evitadas referências ou expressões que densifiquem uma detenção em sentido formal, respeitando assim a dignidade do identificando e protegendo-o de qualquer estigma próprio de uma detenção em sentido formal.

Podemos, deste modo, e por exercício prático, retirar as seguintes conclusões, úteis à boa prática policial:

1. A identificação pode ser pedida por razões de segurança interna e meramente preventivas (artigo 17.º, n.º 1, al. 2), da Lei n.º 9/2002) bem como por razões de natureza processual penal (artigo 233.º do CPP);
2. A condução à esquadra policial para identificação tem a natureza de uma restrição administrativa, ou de segurança, da liberdade de circulação, e não de uma detenção de natureza processual penal;
3. O período máximo de seis horas (24 horas, no caso de se estar perante alguém, não suficientemente identificado, mas sobre o qual recaem suspeitas, designadamente fisionómicas, de ligação ao crime organizado), durante o qual pode decorrer essa acção de identificação, conta-se a partir do momento em que o cidadão ficou impedido de se movimentar livremente e, não apenas, do momento em deu entrada nas instalações policiais;
4. As autoridades policiais devem adoptar uma atitude proactiva na busca de elementos de identificação do sujeito, procurando fazê-lo por todos os meios ao

17 Ob. Cit., p. 297.

seu alcance;

5. A partir do momento em que se logre a identificação deve libertar-se o cidadão, restituindo-o à plena liberdade de movimentos, *jus ambulandi*; Porém,
6. Mal se identifique qualquer suspeita da prática de crime que justifique a detenção, deve imediatamente dar-se do facto conhecimento ao cidadão, sendo que as 48 horas passam a contar a partir desse momento e não do momento em que se lhe comunicou a necessidade de se dirigir à esquadra para identificação;
7. Por uma questão de transparência, as polícias não devem esgotar as seis horas em diligências de investigação, que nada tenham a ver com o procedimento de identificação. Essa seria uma situação abusiva, violadora dos direitos liberdades e garantias, eventualmente subsumível a crime de abuso de autoridade e geradora de responsabilidade civil.

Por fim, importa referir que a diligência de identificação coactiva deve ser, sempre, reduzida a auto, do qual conste o fundamento que a determinou, bem como a hora exacta em que teve início e aquela em que se deu por finda, levando a assinatura do agente policial e do identificando.

O bom nome e a reputação configuram o direito à identidade pessoal e são consubstanciados no direito de não se ser ofendido ou ferido na sua honra, dignidade ou consideração social, reconhecendo-se, a todo o indivíduo, o direito de se defender e de ser reparado dos danos sofridos. Os agentes policiais devem ter este direito individual presente quando se dirigem ao cidadão de rua, quando o interpelam em qualquer acção de fiscalização ou de identificação, e bem assim, quando existem suspeitas sobre a prática de um crime, mesmo que fortes. Interessante o que lemos em Guedes Valente[18] que, glosando Germano Marques da Silva, considera mais perturbante da ordem pública uma actuação policial onde se reveja uma "violação das regras fundamentais da dignidade e da rectidão da actuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que a não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam, uma vez que são sempre muitos, porventura a maioria, os que não são punidos por não descobertos, sejam quais forem os métodos de investigação utilizados", concluindo que "a polícia não pode prevenir e reprimir as infracções por meios ilícitos sob pena de negar o seu próprio *ethos"*. Transpondo este pensamento para o tema da identificação coactiva, havemos de assentar em que a identificação baseada em preconceitos raciais ou de condição social constitui um verdadeiro e execrável atentado à dignidade humana, desproporcionado, irrazoável, atípico e ilegal. O mesmo diremos da exposição excessiva e despreocupada, com efeitos no sossego e tranquilidade pessoais, dos

18 Ob. Cit., p. 202.

estigmas da sujeição desnecessária a um acto de natureza policial, também esta indesejável e contrária ao direito, por conseguinte geradora de responsabilidade civil, tanto por danos morais, como eventualmente por danos materiais, quando é afectada a capacidade de ganho, mesmo que momentaneamente. Nos tempos que correm, e muito particularmente com o enquadramento normativo internacional que a temática dos direitos humanos nos concede, tantos são os tratados e convenções que, quer se apliquem ou não numa concreta jurisdição, foi criada uma atmosfera de respeito pela dignidade humana que torna feio quem declinar ou subverter os princípios que esses actos normativos de direito internacional enunciam. O conceito de uma polícia ablativa foi vencido definitivamente e o que as sociedades hoje pedem é um polícia prestacional[19], que actue em proximidade dos cidadãos, trocando com eles informações, orientando-lhes a atitude preventiva, colhendo deles os seus anseios e expectativas, desenvolvendo um policiamento comunitário, modelo que vem sendo adoptado, com eficácia, nas sociedades mais modernas. É o triunfo do dever de protecção policial dos cidadãos que pende sobre as autoridades de segurança, que se converte num direito subjectivo público à intervenção policial em defesa dos direitos fundamentais do cidadão, onde prima o equilíbrio dialéctico entre os valores da liberdade e da segurança. O policiamento comunitário, onde a proximidade é fundamental, exige, no entanto, um enorme esforço de enquadramento operacional, controlo e de capacitação dos agentes, por via da formação para que este poder–dever, de que vimos falando não se constitua numa fonte de arbitrariedade selectiva.

O agente policial, quando empreende uma determinada operação material, muito em particular uma operação material geradora de restrição ou de restrições das liberdades individuais, como é o exemplo a identificação coactiva, deve ter sempre presente o direito à dignidade da pessoa e fazer reflectir a sua eficácia na acção e, sem que alivie o rigor da causa da segurança e da prevenção e combate ao crime, caracterizá-la pelo máximo respeito pelos direitos do cidadão, porquanto, só assim, nesse equilíbrio de valores, pode reclamar para si uma fatia da construção de uma cidadania, num contexto de Estado de Direito, onde a arbitrariedade deu lugar ao primado da lei.

19 **Jorge Silva Sampaio**, in *O dever de protecção policial de direitos, liberdades e garantias*, pp. 81 e 82.

無辜者的沉默：關於現代刑事調查中自證其罪之禁止

Vera Lúcia Raposo[1]

一、禁止自證其罪原則的內容

禁止自證其罪原則[2]——也被稱為"沒有人會試圖指責自己"(*nemo tenetur se ipsum accusare*)或反對自證其罪之特權——該原則試圖表明一種思想，任何人，也即嫌犯，均不得在刑事訴訟程序中被強迫承認對自己不利的行為，而在其他處罰程序中亦作出該保障[3]。

自證其罪之禁止在很多時候似乎與沉默權相混同，沉默權同樣也用於保護嫌犯，然而事實上——儘管相互關聯[4]——二者並不相同。因為，沉默權僅涉及嫌犯對其所被指控的事實作聲明的情況；而自證其罪之禁止的特權還包括嫌犯的其他聲明（如有關密碼的聲明、有關何處可尋證據的聲明、有關電話號碼的聲明）以及嫌犯的非聲明性行為（如提交文件或服從自其身體上收集生物材料）[5]。

這一原則構成對嫌犯所受保護的保障的實質內容，一如《澳門刑事訴訟法典》第四十九條和第五十條第一款所作之規定，以及根據該原則而實施的一個

1 中國澳門大學法學院助理教授；葡萄牙科英布拉大學法學院助理教授; 郵箱：vraposo@umac.mo, vera@fd.uc.pt.

2 關於該原則，請參看葡萄牙學說，ANDRADE, 2013年; BRAVO, 2012年; DIAS, ANDRADE & PINTO, 2009年; DIAS & RAMOS, 2009年; FIDALGO, 2006年:第140至142頁; MACHADO & RAPOSO, 2009年:第13至47頁; MENEZES, 2011年:第117頁和136頁; PINTO, 2014年: 第91至116頁; RAMOS, 2006年:第125至149頁及RAMOS, 2007年: 第57至96頁; RAPOSO, 2010年: 第957至959頁; ROXIN, 2000年: 第115頁等。
我們未能在澳門學說中找到任何專門關於該問題的專門研究，儘管對於嫌犯權利和證據禁止有著眾多研究。而最接近本議題的研究可能就是我們的RAPOSO，2015。

3 MACHADO & RAPOSO，2009年，第40至42頁。

4 沉默權可以被視為是禁止自證其罪的一個方面 (PINTO, 2014年:第109頁)或相反地，廣義上講，可以將後者理解為是前者的化身，正如我們之前所認為的 (MACHADO & RAPOSO, 2009年第17頁), 基於歷史上首先形成的是沉默權這一假設前提，之後才由此發展出禁止自證其罪等。

5 同樣表示該等區分 RAMOS, 2006年: 第133頁及 PINTO, 2014年: 第108至109頁。

基本規則，即將嫌犯列為訴訟主體而非訴訟對象，也就是說，有助於刑事調查的任何內容均須出自自願、自由且清晰明瞭的決定。並且，根據《澳門刑事訴訟法典》第一百一十二條和第一百一十三條規定，若違反該原則，則所取得的證據無效。

然而，對不自證其罪的保證的理解也不得趨於絕對化。此外，是法律體制本身（非澳門法制除外）——規定了嫌犯須履行的數種義務。如《澳門刑事訴訟法典》第五十條第三款規定只要經適當傳喚且法律要求如此，則嫌犯有去司法當局或警察當局報到的義務；須如實回答有關其身份資料的問題及在法律有規定時回答有關犯罪前科的問題；以及受制於“法律列明及有權限實體命令採用及實行的”強制措施和證明措施。同理，《澳門刑事訴訟法典》第一百五十七條第一款規定，訴訟主體有接受應作之檢查且提供應被檢查之物的義務。

對於該等權利和義務，須考慮根據何種規定或需符合何種條件才應被視為違反該原則，而從此可以得出，面對現今犯罪帶來的日益增加的挑戰，現代刑事調查是否仍有發展空間。

為了本分析，我們也必須對葡萄牙相關情況展開分析（司法見解和法理學說），不僅僅是因為這兩種司法秩序非常相似，還考慮到葡萄牙對此已經擁有豐富的法理學說和司法見解。此外，在葡萄牙，正如在整個歐洲地區，該原則在很大程度上受到歐洲人權法院（TEDH）[6]的司法見解的加強，有理由相信（*et pour cause*），該司法見解會對澳門法制造成一定的影響，也因此我們在本研究中會作相關的援引。

二、違反禁止自證其罪原則的標準

2.1. 是嫌犯配合的一般條款亦或是法律明文規定?

正如上文所述，《澳門刑事訴訟法典》對於嫌犯的配合規定了眾多義務，若無視該等義務則有可能被判犯有違令罪（《澳門刑法典》第三百一十二條）。但僅在被違反的命令是應被服從的情況下才能滿足該罪條件。因此，必須弄清楚，是需要一个法律上的明文規定以告知必須履行的行為，還是僅需對嫌犯配合作出一般可罰性規定既可。

該問題的產生是由於，並不是所有規定了嫌犯配合義務的法律規定均詳細地指出嫌犯須作出哪些具體行為。確切來說（*Rectius*），有些法律規定雖然明確規定了應作出的行為（“如實回答有關其身份資料的問題”），而其他規定則僅表現為一般的可罰性規定——如服從“法律列明及由有權限實體命令採用及實行之證明措施、強制措施及財產擔保措施”的義務或服從“應作之檢查”的

6 ASHWORTH, 2008年: 第751至774頁; COSTA, 2011年: 第117至183頁。
一般情況下，為《歐洲人權公約》（CEDH）中所規定的嫌犯保障和斯特拉斯堡的司法見解中的嫌犯保障，RAPOSO，2006年: 第3至18頁。

義務——，通過上述寬泛籠統的規定而很難對該等規定進行適用。

總之，現代刑事調查中所包含的眾多證明措施(我們會在本文第三點中詳細論述)並未通過明確的法律規定表示出來，由此而令人思考合法沉默應被視為是法無明文規定即可行?還是法無明文規定即禁止[8]。換言之，問題在於明白嫌犯在刑事訴訟程序中是否負有配合的一般義務，而法律明確規定無須履行某義務除外，或相反地，在對嫌犯採取行為以使其直接或間接地提供線索以衡量其過錯之方面，刑事訴訟程序的基本原則是否是保護嫌犯，而該原則僅在法律明文規定排除該原則時才不適用。根據第一種假設，自證其罪之禁止僅適用於某一法律禁止對嫌犯使用特定行為的情況[9]，而在第二種假設下，自證其罪之禁止在法律沒有明確規定嫌犯須作的某項特定配合時均適用。

現仍未有涉及該方面的澳門法理學說和司法見解，但是在葡萄牙法律規定中，法理學說對此佔有主導地位[10]。在葡萄牙的司法見解方面，反對態度似乎正站上風，即無須法律明文規定。葡萄牙憲法法院（TCpt）在其有關獲得所謂遺傳基因證據（在對其作出明文規定前[11]）的合法性的合議庭裁判中，該法院認為即使尚未對其之規範度有足夠的檢視，但也足以認為基因具有作為證據的法律資格。同樣，葡萄牙最高法院（STJpt）在其最新的一相關判決中總結到，法條對嫌犯在證明措施中所須服從的行為（《葡萄牙刑事訴訟法典》第六十一條第三款d項，《澳門刑事訴訟法典》相應地為第五十條第三款c項）所作的一般概括性規定包括“所有法律未明文禁止的證據，以合法證據原則為支撐”，該原則規定在《葡萄牙刑事訴訟法典》第一百二十五條和第一百二十六條中，以及《澳門刑事訴訟法典》第一百一十二條和第一百一十三條中。

我們對此持中間態度，因為我們不認為對各種具體證據均可適用同一種應對模式。詳言之：並不是所有的證明措施都必須被規定於法律中，受制於一嚴格的典型性原則，且因受立法者的及時幹預（也可以說是過於及時的）而處以封鎖刑事調查，立法者的幹預是因立法永遠無法做到與科技的快速發展節奏同步而導致。然而，有些證明措施則顯示出對嫌犯權利的某種程度上的侵害——例如，對身體完整性的侵害、對人身最隱私方面的侵害（身體上的、遺傳基因上的）、對個人人格發展權利的侵害——若沒有特殊的法律基礎則該等證明措施就不能被允許實施[12]。而該法律基礎可被規定於《刑事訴訟法典》中——然而這很困難，因為修訂法典的過程總是即漫長又複雜——或可對此單獨立法。

7 在此意義上, SILVA, 2000年: 第300頁，認為可以向嫌犯使用所有未被法律所禁止的調查措施。

8 因此, BUCHO, 2013年: 第8頁,認為嫌犯僅受制於法律詳細規定的調查措施，基於DIAS的教義，1974年：第439頁。

9 需要注意的是，不僅僅是對於所施加的行為及其之後對於不履行所可預料地給出的懲罰，均可被認為是對該原則的違反。因此，對一個案例中的車輛因超速而被拍照，而嫌犯拒絕告知當局駕駛該超速車輛的駕駛員的身份資訊進行討論時，歐洲人權法院認為因嫌犯拒絕和當局配合而被罰款並不構成對禁止自證其罪的違反（Weh 訴Austria案，2004年4月8日第38544/97號訴訟，歐洲人權法院）。

10 DIAS, 1995年:第 27至28頁。

11 2007年3月2日，第155/2007號合議庭裁判, RAPOSO對該合議庭裁判作出評注, 2008年: 第83頁等; RAPOSO, 2010年: 第935頁等以及RAPOSO: 2015年。

12 我們所辯護的觀點載於RAPOSO, 2010年:第941和第942頁， 及RAPOSO, 2015年。

現在所需知道的是如此特殊的證明措施是要求法律明文規定予以允許實施的，我們將在本文第三點中對此問題進行展開。

2.2. 嫌犯的積極行為和消極行為

刑法學說中的一個主流觀點一直以嫌犯預期配合的模式為標準以區分合法配合，即消極配合，和非合法配合，即積極配合。

在此，根據以上表述而將“消極配合”定義為，調查當局所進行的與約束嫌犯有關的旨在收集獨立於嫌犯意志的線索的行為，或者說，嫌犯未被傳召要求做積極調查。此為德國[13]和歐洲人權法院[14]現有學說及司法見解所有的最為先進的區分，且也已在葡萄牙的司法見解中得到認同，包括在葡萄牙憲法法院中[15]。

然而，這種經典的二分法是基於對一個原則的引用：行為與約束之間的差別是非常模糊的，因為當所有的消極行為最終被打破[16]，則後繼行為均建立在拋開自證其罪之禁止的基礎上，而最新的德國法理學說也同樣開始意識到這一點[17]。

包括歐洲人權法院的司法見解也注意到了有關消極行為和積極行為之間區別的不相一致。因此，對於遞交文件的情況，法院認為嫌犯可以拒絕遞交，但是對收集生物材料的情況又主張不同觀點，而該二種情況似乎均為消極行為。一項可對歐洲人權法院截然不同的態度進行解釋的可行標準主張以要求嫌犯配合的程度來劃分：生物材料的獲得可無需嫌犯配合，而遞交材料卻需要嫌犯方的積極行為。即，在第二種假設情況中，存在違反自證其罪之禁止的可能，但在第一種假設情況中則不存在，因為在此情況下嫌犯並未被強迫作出任何積極行為[18]。然而，嚴格來講，無論是文件還是生物材料都是獨立於訴訟主體意志而存在的，因此也不被稱為積極地從頭（*ex nuovo*）製造出一個證據。因此，以上兩種情況最終均被視為消極行為。因由理解了本區別性標準。

2.3. 對於所涉及利益的適度原則

廣義上對原則的必要遵守——在嚴格意義上、適當性上及適度上進行必要的展開——此為有關基本權利限制的基本標準（由《葡萄牙憲法》第十八條明

13 GÖSSEL, 1992年: 第397頁及等。

14 在這方面最具代表性的裁判為桑德斯案，（桑德斯訴英國，1996年12月17日，第43/1994/490/572號案，歐洲人權法院）。

15 請參閱本文之前所提之葡萄牙憲法法院第155/2007號合議庭裁判。
相關葡萄牙學說，請參閱ANDRADE, 2014年: 第243頁。

16 同樣指出該等缺點的, BRAVO, 2012年: 第11頁; RAPOSO, 2015年。

17 根據 ANDRADE (2013年: 第127至128頁)此為Gabriele Wolfslast之看法。

18 引自REDMAYNE, 2007年: 第214至215頁。

文規定之，但最終須由國家法治的法律體制將其具體化）。

正如Reis Bravo所述[19]，這一標準指出"面對保障涉嫌人的可能被損害的具體基本權利的實現，國家對被告設立刑事責任的必要性和強制性背後的利益的權衡"。

須在兩方面內容中進行權衡，一方面是嫌犯權利的犧牲，另一方面則是現存的公共利益（歐洲人權法院反復確定的一個觀點）。公共利益，換言之，來自於任一刑事調查背後的利益（即發現事實材料及隨後對事實材料的公正使用）和具體調查中所存在的利益尤其是證明涉案（in casu）證據的困難相結合的結果。

然而，只要可以通過其他的對於嫌犯而言更輕的方法取得相同證據的，則無需遵守該原則。例如，為了獲取DNA圖譜，則可以使用現存的生物學標本，或對於司法筆跡鑒定可以借助嫌犯之前的簽名。

然而，需要提醒的是：即使所借助的資料是先前就存在的而不存在要求嫌犯作出配合的情況，但仍應將進行該等鑒定和檢查之事告知嫌犯（因為，事實上我們面對的是兩種方式[20]），因為若未履行告知義務則是對嫌犯辯護權的侵害，其比強制要求接受該等檢查更為嚴重[21]。

3. 將評估自證其罪之禁止的標準適用於特殊情況

各原則中，自分析完自證其罪之禁止的內容，也即現在來檢測該原則在具體情況下的司法見解中顯示尤為有問題的適用與限制。我們將分析，國家進行刑事調查的情況下，是否可合法要求嫌犯作出隨後行為，如嫌犯拒絕作出，則是否違法或者是否可能犯罪；或相反地，如果國家機關工作人員根據《澳門刑事訴訟法典》第一百一十三條第四款的規定而負有可能的刑事責任，並使所取得的證據不具證明力，如《澳門刑事訴訟法典》第一百一十三條第一款和第三款所述，則該等要求是否違反禁止自證其罪原則。

3.1. 給予筆跡

要求嫌犯提交其筆跡——此為一種簽名——主要用於文件偽造犯罪領域。

在1929年的《葡萄牙刑事訴訟法典》中，該證明措施被明文規定下來，如拒絕提交則被判為違令罪。然而，現行《葡萄牙刑事訴訟法典》和《澳門刑事訴訟法典》均未再有類似規定。

根據此立法上的疏漏且因此而推論不將其視為一個"應履行的措施"，則一直有著該等拒絕是否產生違令犯罪的討論。葡萄牙的司法見解在經過多次辯論後，葡萄牙最高法院通過一個合議庭裁判統一了司法見解[22]，建立起"嫌犯

19 BRAVO, 2012年: 第11頁。

20 有關兩種調查措施之間的區別以及二者如何進行結合的方式RAPOSO, 2015年。

21 在RAPOSO中我們已經對該觀點作出強調, 2010年: 第940頁及 RAPOSO, 2015年。

22 葡萄牙最高法院，2014年5月28日，第14/2014號合議庭裁判。

在偵查過程中，在作出偵查的司法當局明確警告過其如果拒絕將會產生的後果後，而拒絕履行檢察院的檢察官作出的要求其提交筆跡以隨後進行檢查和鑒定的命令，則犯違令罪，該罪規定於《刑法典》第三百四十八條第一款b項（《澳門刑法典》第三百一十二條第一款b項）”[23]。

在我們看來，這並不僅僅是一個法律規定的問題，而是必要性問題。或者說，要求嫌犯所作的行為並不包含導致要求法律明文規定以預防的危險，因此，易於在法律中重新規定有關嫌犯在刑事調查中應予以的配合。然而，當非常有可能在以前的各種文件中就存有各種簽名樣本時，則是否仍可要求嫌犯提供他的簽名？當如果要求嫌犯提供其簽名——最終為非必要的——而顯示出該簽名可能因嫌犯試圖掩飾其真實的筆跡而為虛假，則刑事調查是否可以求助於該等其他的“筆跡”？但是，在不存在嫌犯的其他簽名以用於作對比的不確定情況下，我們認為並不存在任何要求嫌犯提交簽名的障礙，也即，當要求嫌犯提交簽名的要求由一合法當局提出，嫌犯的拒絕就可能導致構成違令罪。

3.2. 提交文件

強迫嫌犯提交文件的行為通常被視為對於禁止自證其罪原則的違反，即使有不同的理由依據。

因此，很多時候認為對於文件，是要求嫌犯進行積極行為的（在此是與那些“僅”要求嫌犯在具體調查活動中消極支持的情況相對比）[24]；而在其他情況下，則認為該等文件的存在應取決於製造文件之人的意志，因為只有該等人才可自主同意提交與否，相反，如為生物資料，其存在與否並不受人之控制[25]。

可以看出，這兩種標準都極有問題且偏離於評估的關鍵：確定對主體而言是否存在不必要的強制和需提交文件的內容為何。對於第一個方面，應強調獲得證據的方式，將因非法脅迫而取得的文件排除在有效證據之外，如對身體加以侵害或者對該人的私生活進行不適當的干擾。對於第二個方面，如命令要求提交有證言內容的文件，則應被視為是對自證其罪之禁止的違反，因為該等內容相當於是假設嫌犯沒有沉默權時所作出的供述[26]。

3.3. 射線檢查和外科手術

當懷疑嫌犯運輸非法物品，尤其是麻醉藥物，則可對其進行必要的射線檢查以對該種可疑進行確認[27]，並隨後進行可能需要進行的外科手術以取出該等非

23 然而，請參看Isabel Pais Martins e de Helena Moniz的持與判決相反之意見而落敗的投票，同樣如此，BUCHO, 2013年:第 7頁及隨後。

24 芬克訴法國, 1993年2月25日，第10828/84号案, 欧洲人权法院TEDH. 在此案中，因芬克先生拒絕履行法院命令交出與其銀行帳戶有關的文件，而被判處罰款。歐洲人權法院認為該判決違反了自證其罪之禁止。

25 JB訴瑞士，2001年5月3日，第31827/96號案，欧洲人权法院。

26 MACHADO & RAPOSO, 2009年: 第43頁。

27 分析該等案件並允許實現相關檢查，即使是強制性的檢查，請參看吉馬良斯上訴法院合議庭裁判，第

法物品。

2006年，歐洲人權法院對有关問題作出宣判，該問題為意圖允許將被包裝麻醉藥物作為證據，該案中被包裝麻醉藥物是在嫌犯體內被檢測出且通過吞入致吐物質和使用胃鏡而將該等麻醉藥物吐出[28]。歐洲人權法院在此案中認為原告在此受到了殘酷且無尊嚴的對待，因此侵犯了其禁止自證其罪的權利。歐洲人權法院的這一最後結論引起了一些思考，特別是該法院開始將裝有毒品的包裝袋等同於生物學樣本，其所持之理由是該兩種情況的事實均不以訴訟主體的意志而存在（即，自在桑德斯案中被首次確認下來後，已經成為一個被刑事程序所認可的規則之一）。但隨後又將這兩種情況作出區分，因為對於獲取包裝好的毒品的限制比獲取生物學樣本的限制要大得多，由於該獲取包裝毒品的方式極其殘酷和不人道，因此，在桑德斯案[29]所確立的例外中又設立了一個例外。也就是說，重點在於——我們是如此認為的——不是證據本身，而是獲得證據的方式。

3.4. 生物學物質收集

可進行生物學物質收集，具體包括在道路交通中為測量血液中的酒精含量（收集血液或尿液）；或在刑事調查過程中，提取嫌犯的DNA(源於血液，但事實上通過毛刷自口腔內刮取粘膜組織既可)以用於在之後與存疑樣本進行比較，存疑樣本為從犯罪現場所收集到或從受害人的身體上收集到的。同樣可以指在處理藥物成癮的情況下，收集被判吸食毒品犯罪之人的尿液[30]，當然，對已被判罪之人使用某一措施已經不屬於我們現在所討論的範圍。

在歐洲，現在對於本事宜的主流思想是不將收集和分析生物材料視為是對自證其罪之禁止的違反，即使違背了嫌犯的意志。該種觀點得到了《歐洲人權公約》的肯定，主要是在進行酒精含量測試以確定血液裡的酒精比率[31]方面，及在收集氣體、血液和尿液之樣本或者桑德斯案[32]中的人體組織時保持尊重方面。在最新的裁判中認為對於生物材料的收集並不違背自證其罪之禁止，因為，一方面該等物質屬於不取決於嫌犯意志而存在的物質，另一方面，僅要求嫌犯不作為，而不是要求嫌犯作為，而對於作為不作為的已有確定看法。

血液酒精測試[33]是一項非常典型的道路交通檢查，拒絕該測試會導致構成違令罪[34]，也即，“司機——在對其作出會導致構成“違令罪”的警告後，——決定假裝無法對酒精含量檢測儀呼氣”因避免檢測出其血液中酒精含量的目的而認

21/10.5JABRG.G1號案，2012年10月15日。

28 賈洛訴德國案，2006年7月11日，第54810/00號案，歐洲人權法院。

29 強調出該可笑的批註，ASHWORTH, 2008年: 第765頁。

30 澳門中級法院（TSI），第818/2011号案，2012年6月14日。

31 X訴荷蘭，第8239/78案，1978年12月4日，歐洲人權委員會。

32 桑德斯訴英國案，第19187/91號案，1996年12月17日，歐洲人權法院。

33 規定於澳門第13/2007號法律第一百一十五條（道路交通法）。

34 需要注意的是滿足該等違法行為僅需為不遵守當地當局工作人員的命令，通過第一百一十五條規定而得知（澳門中級法院，第387/2013號案，2013年12月16日）。

為其在酒精測試中的行為構成“無合理理由的拒絕”，最後被確認犯有“違令”罪行；（參看第九十三條第六條c項和e項）（…）如此，也並不阻礙在之後對其進行酒精測試，因為在這個時候，已經構成上訴犯罪”[35]。

收集血液以進行酒精測試是進行該測試的一個特殊情況。一方面是被收集血液的人仍不是嫌犯，而僅僅是因為道路交通事故而被捲入其中。另一方面是處於不可能實現呼氣分析的情況，例如，該人因處於無意識狀態而對该處於無意識狀態的之人收集血液。在此情況下，該人處於“合法剝奪”在拒絕血液收集上或在犯違令罪上作出自主選擇的可能性，當然，後一選擇是對該人權利的極大侵害。該人絕對不可因違令而被判罪，因為嚴格的說該人並未違背任何命令。但在另一方面，如酒精測試因該人之意志而未及時進行，則之後進行的測試的結果也不具有可信性且也可導致酒精含量未超標而不可罰，使各種重要法益處於危險狀態，包括第三人的生命。對於該種對被檢測者所要求的犧牲的增加在廣義的基礎權利上並未越過必要性的限制，尤其是因為並未對該人之身體造成重大損害、極度的疼痛、對私人生活造成不可忍受的羞辱或審查。最後，該種情況可能是無需被檢測者負可能的刑事責任或請未違反行為責任的唯一形式[36]。由此，我們認為就算屬更為複雜的該等情況，該行為也不構成對自證其罪之禁止的違反[37]。

我們不對收集生物材料以建立DNA圖譜這一問題進行展開，因為我們已經對這一主題進行過全面的論述[38]。儘管主流上來講是允許收集的，但是如果收集生物學樣本會導致令被收集人感覺到羞辱及受到嚴重傷害的，則不允許進行該收集工作。很明顯，自口腔內刮取粘膜組織並不會導致該等情況的發生，但另一方面，不得從人之隱私部分收集樣本（違反遺傳親密）或者從血液中收集（違反身體完整性）[39]。但我們在此想強調的是，儘管澳門缺乏此類法律以明文規定該證明措施，也不得許可作出該等行為，因為根據刑事程序規則，需考慮侵害嫌犯權利的程度以及法律的明文規定，否則為不合法。

4. 以武力制約嫌犯的可能性

《澳門刑事訴訟法典》第一百五十七條允許有权限當局可強制嫌犯接受應當進行的證據調查，而對此的問題就在於該條款是否允許使用武力[40]。

面對葡萄牙的同等法律規定，法理學說劃分為兩大陣營：一些學者反對任

35 2003年4月10日，第22/2003號案，終審法院。

36 提到並支持該等理由，BRAVO, 2012年: 第12至14頁。

37 同樣宣告葡萄牙的有關為該目的而收集血液的法律規定違憲，請參看葡萄牙憲法法院第179/2011號簡易裁判。

38 對於這一問題，請參看我們的RAPOSO, 2008年: 第83至105頁; RAPOSO, 2010年: 第935至968頁及，具體有關澳門司法規定，RAPOSO, 2015年。

39 引自RAPOSO, 2015年。

40 對於該問題，CANOTILHO & MOREIRA, 2007年: 第456 頁及RAPOSO, 2015年。

何形式的強迫[41]，而另一些學者則傾向於在具體條款中允許強迫[42]。

我們認為，該規定絕對不得用於對嫌犯施加的任何以侵害其身體或精神的完整性為代價的特定行為。當然，應當指出的是，並非所有的限制均侵害嫌犯的權利。或者說，無論是在憲法範圍內有關身體完整性的權利上還是刑事法律範圍內的侵犯身體的一違法行為上，也並不是所有的處罰均可被視為具有攻擊性的，因為警察當局和司法當局都是有一定的合法活動空間的，也即該等當局可進行一些社會能夠接受並且其行為之後果對於嫌犯而言微不足道的行為[43]。但這也僅出現在能在合法控制和非法控制之間劃清界限的具體情況中。

當行為越過了限制作出行為的空間，則使用武力即轉為非法。因此為了避免非法使用武力，如果嫌犯斷然拒絕遵守對其作出的命令，就判其犯違令罪，及根據證據自由評價原則（《澳門刑事訴訟法典》第一百一十四條[44]）對嫌犯的拒絕自由地作出司法評價。

然而，儘管知道《澳門刑事訴訟法典》第一百五十七條僅給犯有違令罪提供了一個基礎（未給威脅嫌犯完整性的強迫行為方式提供基礎），該規定也絕不能被援引以強迫嫌犯服從任何措施。也就是說該規定所規定的內容要遠小於其表面上所表現出來的內容，因為其僅指“應作之檢查”，而該等檢查可能僅指那些被視為可向嫌犯作出的檢查。當然，不能想當然地具體討論出，在法律沒有明文規定的情況下，哪些上述證明措施可成為可合理施予嫌犯的檢查。即，對於《澳門刑事訴訟法典》第一百五十七條所規定範圍之外的行為，也均應在有法律明文規定的情況下才能被適用於嫌犯，然而這並沒有充分的法律依據——一如澳門法律規定中對收集和分析DNA的規定——，因此面對嫌犯拒絕配合的行為，甚至都不可將其歸為犯有違令罪。該等拒絕可能是合法的，因為目前向嫌犯提出要求是需要有必要的法律基礎的。

5. 最後簡評

出於對正當程序（due process）[45]基本原則的尊重，現代刑事訴訟程序的試金

41 關於相關葡萄牙法律規定，《葡萄牙刑事訴訟法典》第一百七十二條, DIAS & RAMOS, 2009年: 第30頁; FIDALGO, 2006年: 第135頁; MONIZ, 2002年: 第249至251頁。

42 對於同一規定, ALBUQUERQUE, 2007年: 第465頁。
這也是葡萄牙司法見解中的主流思想，至少在有關收集生物學樣本以確定嫌犯DNA圖譜上。參看，科英布拉上訴法院第3261/2001號案的合議庭裁判，2002年1月9日作出裁判；里斯本上訴法院第6553/2007號案的合議庭裁判，2007年8月24日作出裁判；波爾圖上訴法院第0844093號案的合議庭裁判，2008年12月10日作出裁判（於BUCHO, 2013年: 第2頁）。
但能反映葡萄牙最新司法見解的裁判為2007年3月2日作出的第155/2007號合議庭裁判顯示出傾向於認為，如有一名法官命令則可使用強制手段收集嫌犯DNA（但在該案中並未實際發生）。

43 RAPOSO, 2010 年及RAPOSO, 2015年。

44 MENDES, 2010年: 第997頁等。

45 RAPOSO, 2006年: 第3頁等。

石，自證其罪之禁止在我們的現代（acquis）文明進程中仍然是不可被無視的保障。

然而，該保障也不能——實際上也沒有——被絕對化，如禁止嫌犯在調查中的一切或者任一介入也可能會對調查不利，而使調查措施受阻，並最後阻礙公正的實現。

換句話說，過於的保護可能物極必反而變成像沒有任何保護，正如允許因該原則而免於受罰是任何一個社會和法律均不可容忍的[46]。

“然而，禁止自證其罪之特權不能被解釋為完全豁免以逃避稅務機關調查為動機所作之行為[47]”。

參考書目：

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 《刑事訴訟法典評論》,天主教大學出版社, 里斯本, 2007年

ANDRADE, Manuel Costa,《刑事訴訟程序中證據上的禁止》，再版, 科英布拉出版社, 2013年

ANDRADE, Manuel Da Costa, 《憲法法院第340/2013號案合議庭裁判注釋》,《法律於法學期刊》, 3989, 2014年

ASHWORTH, Andrew, “歐洲人權法中的自證其罪—孕育之中的實用主義?”, 《卡多佐法律評論》, 30, 2008年

BRAVO, Jorge dos Reis, “實體證據介入：相容與限制”,《波爾圖盧索佛納大學法學院學報, 1(1), 2012年, 載於http://revistas.ulusofona.pt/

BUCHO, José Manuel Cruz, 《關於嫌犯簽名之收集: 本質, 拒絕, 違令罪相對於不得自證其罪之權利》，發表於吉馬良斯上訴法院網站(http://www.trg.pt/ficheiros/ estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf)2013年

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital,《葡萄牙憲法注釋》卷I,第四版, 科英布拉出版社, 科英布拉, 2007年

COSTA, Joana, 《歐洲人權法院司法見解中的不得自證其罪原則》，《檢察院期刊》,第128頁, 2011年

DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa,《刑事訴訟程序中的不自我指控權（沒有人會試圖指責自己）和葡萄牙的輕微違法行為》， 科英布拉出版社, 科英布拉, 2009年

DIAS, Jorge de Figueiredo,《刑事訴訟法律》, 卷I, 科英布拉出版社,1974年

DIAS, Jorge De Figueiredo, 《新刑事訴訟法典中的訴訟主體》,《 刑事訴訟法日報》, CEJ, 1995年

46 對同一危險進行了提示, QUEIJO, 2012年: 第364頁。

47 艾倫訴英國案，2002年9月10日，第76574/01號案, 及金訴英國案， 2003年3月8日，第13881/02號案, 均由歐洲人權法院審理。

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa,《監察、沉默權及證據合法》, Almedina出版社，科英布拉，2009年

FIDALGO, Sónia, 《在刑事訴訟中確定基因圖譜為一種證據》，《葡萄牙刑事科學期刊》, 16(1), 2006年

GÖSSEL, Karl Heinz, 《聯邦德國刑事程序權利中的證據禁止》（Manuel da Costa Andrade譯）《葡萄牙刑事科學期刊》，2(3), 1992年。

MACHADO, Jónatas e RAPOSO, Vera,《不自證其罪的權利和公司法人 》，《巴西基本權利和正義期刊》, 3(8), 2009年

MENDES, Paulo de Sousa,《刑事證據和經驗原則》，《在 Jorge de Figueiredo Dias教授之下的研究》，卷三，科英布拉出版社，科英布拉，2010年。MENEZES, Sofia Saraiva de，《沉默權：神話背後的真相》，in Tereza Pizarro BELEZA e Frederico de Lacerda da Costa PINTO (coord.)，《刑事證據和辯護權》, 科英布拉，Almedina出版社, 2011年

MONIZ, Helena，《為刑事目的而創建基因資料庫的刑法合法性問題》 ，《葡萄牙刑事科學期刊》12(2), 2002年

PINTO, Lara Sofia, 《禁止自證其罪特權與嫌犯配合》，案例研究: 為解碼資料而強制要求披露密碼- 拒絕無用?》,in Frederico de Lacerda da Costa PINTO, Teresa Pizarro BELEZA (合著),《刑事證據與辯護權——關於證據理論以及刑事訴訟程序中辯護權的保障研究》，Almedina出版社，科英布拉，2014年

QUEIJO, Maria Elizabeth, 《不作出針對自身的證據的權利：禁止自證其罪原則及其在刑事訴訟程序中的使用結果》，第二版，聖保羅, Saraiva出版社, 2012年

RAMOS, Vânia Costa, 《2000年法律彙編 – 要求嫌犯提交文件以作證明及沒有人會試圖指責自己 – 第一部分》，《檢察院期刊》，108, 第四季， 2006年

RAMOS, Vânia Costa,《2000年法律彙編 – 要求嫌犯提交文件以作證明及沒有人會試圖指責自己 – 第二部分》，《檢察院期刊》, 109, 第一季, 2007年

RAPOSO, Vera Lúcia,《歐洲人權法院司法見解中獲得公正審判的權利》，《憲法學司法見解》 11, 2006年

RAPOSO, Vera Lúcia, 《犯罪調查現場 – 當假設成為現實》, 《萊克斯醫學院》，5(10), 2008年。

RAPOSO, Vera,《生命條碼》， 《在 Jorge de Figueiredo Dias教授之下的研究》，卷四，科英布拉出版社，科英布拉，2010年。

RAPOSO, Vera Lúcia，《刑事訴訟程序中的遺傳學證據 – Is CSI for real?》，澳門法律反思及傳播中心出版，澳門，2015年

REDMAYNE, Mike，《禁止自證其罪特權之再思考》，《牛津法學研究》， 27, 2007年

ROXIN, Claus, 《La protección de la persona en el derecho procesal penal alemán》, 《刑法期刊》, 6, 2000年

SILVA, Germano Marques da,《刑事訴訟法律教程》, 第I卷, 第四版，Verbo出版社，里斯本，2000年

O SILÊNCIO DOS INOCENTES: SOBRE A SOBREVIVÊNCIA DA PROIBIÇÃO DA AUTO-INCRIMINAÇÃO NA MODERNA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Vera Lúcia Raposo[1]

1. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA AUTO-INCRIMINAÇÃO

O princípio da proibição da auto-incriminação[2] – também designado de *nemo tenetur se ipsum accusare* ou privilégio contra a auto-incriminação – pretende expressar a ideia de que ninguém pode ser forçado a adoptar comportamentos que actuem contra si em sede de um procedimento criminal no qual é arguido, uma garantia que tem sido estendida a outros processos sancionatórios[3].

A proibição de auto-incriminação aparece por vezes confundida com o direito ao silêncio, que igualmente assiste ao arguido, mas na realidade – e apesar de conexionados[4]

1 Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China; Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; vraposo@umac.mo, vera@fd.uc.pt.

2 Sobre este princípio veja-se, na doutrina portuguesa, ANDRADE, 2013; BRAVO, 2012; DIAS, ANDRADE & PINTO, 2009; DIAS & RAMOS, 2009; FIDALGO, 2006: 140-142; MACHADO & RAPOSO, 2009: 13-47; MENEZES, 2011: 117 e 136; PINTO, 2014: 91-116; RAMOS, 2006: 125-149 e RAMOS, 2007: 57-96; RAPOSO, 2010: 957-959; ROXIN, 2000: 115 ss.
Na doutrina macaense não conseguimos encontrar nenhum estudo especificamente dedicado a esta problemática, ainda que existam vários estudos sobre direitos do arguido e proibições de prova. Porventura o trabalho que mais de perto toca esta questão será o nosso RAPOSO, 2015.

3 MACHADO & RAPOSO, 2009: 40-42.

4 O direito ao silêncio pode ser considerado uma vertente da proibição de auto-incriminação (PINTO, 2014: 109) ou, ao invés, pode entender-se que este segundo é que será uma emanação daquele

– não se confundem. Assim, enquanto o direito ao silêncio se refere apenas às declarações do arguido sobre os factos que lhe são imputados; já o referido privilégio abarca outras declarações do arguido (sobre uma *password*, um local onde se encontram provas, um número de telefone) e mesmo comportamentos não declaratórios do arguido (tais como a entrega de um documento ou a sujeição à recolha de material biológico do seu corpo)[5].

A este princípio se deve parte substancial da tutela garantida ao arguido, tal como decorre dos artigos 49 e 50/1 do Código de Processo Penal de Macau (CPPm), bem como a concretização da regra básica segundo a qual deve este ser tratado como sujeito e não como objecto, logo, qualquer contribuição sua para a investigação criminal haverá necessariamente de resultar de uma decisão voluntária, livre e esclarecida. Por conseguinte, a violação deste princípio implicará a nulidade da prova obtida, nos termos dos artigos 112 e 113 do CPPm.

Contudo, a garantia de não incriminação não pode ser entendida em termos absolutos. De resto, são os próprios ordenamentos jurídicos – não se revelando o macaense excepção – a prever inúmeros deveres de colaboração do arguido. Assim, o artigo 50/3 do CPPm faz recair sobre o arguido os deveres de comparecer perante autoridades judiciárias ou policiais sempre que tenha sido devidamente convocado e a lei assim o exija; de responder honestamente a perguntas sobre a sua identidade e, havendo base legal, sobre os seus antecedentes criminais; e de sujeitar-se às medidas de coacção e às diligências de prova "especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente". Na mesma linha, o artigo 157/1 do CPPm estabelece a obrigação de sujeição aos exames que sejam devidos e a facultar as coisas que devam ser examinadas.

Perante este cenário de direitos e obrigações, cumpre aferir em que termos e sob que condições se deve considerar existir uma violação deste princípio, de forma a poder concluir se ainda tem espaço na moderna investigação criminal face aos (acrescidos) desafios da criminalidade hodierna.

Para tal análise não poderemos deixar de ter em conta o cenário português (jurisprudência e doutrina), não apenas dada a similitude de ambas as ordens jurídicas, mas também atendendo à riqueza doutrinária e jurisprudencial que nos chegam de Portugal. A isto acresce que em Portugal, como de resto em todo o espaço europeu, boa parte da densificação deste princípio se deve à jurisprudência do Tribunal Europeu dos

primeiro, quando tomado em sentido amplo, como já considerámos (MACHADO & RAPOSO, 2009: 17), com base no pressuposto de que o direito ao silêncio foi a primeira formulação histórica desta ideia, da qual resultaram os posteriores desenvolvimentos.

5 Também operando esta distinção RAMOS, 2006: 133 e PINTO, 2014: 108-109.

Direitos do Homem (TEDH)[6], que – *et pour cause* – não poderia deixar de influenciar o seu entendimento no ordenamento jurídico macaense, a justificar a sua referência no presente estudo.

2. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA AUTO-INCRIMINAÇÃO

2.1. Cláusula geral de colaboração do arguido ou expressa previsão legal?

Como ficou exposto, o CPPm comina várias obrigações de colaboração do arguido, cujo desrespeito poderá eventualmente dar lugar à condenação por crime de desobediência (artigo 312 do Código Penal de Macau - CPm). Todavia, o preenchimento deste tipo de ilícito só ocorre quando a ordem desobedecida devesse ser cumprida. Para tal, há que apurar se é necessária uma previsão legal expressa do comportamento que se pretende ver cumprido ou se bastarão as cominações gerais de colaboração do arguido.

A questão coloca-se porque nem todas as disposições legais que cominam deveres de colaboração do arguido especificam cabalmente quais as concretas condutas que dele se esperam. *Rectius*, algumas delas descrevem expressamente a conduta pretendida ("responder honestamente a perguntas sobre a sua identidade"), ao passo que outras se traduzem numa mera cominação geral – tais como o dever de cumprir as "diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente" ou de se submeter a "exame devido" –, mediante uma referência demasiado genérica para permitir delas retirar qualquer sentido útil.

Em suma, muitas das diligências de prova presentes na moderna investigação criminal (e que trataremos em detalhe no ponto 3 deste estudo) não contam com expressa previsão legal, pelo que cabe questionar se o silêncio legal deve ser interpretado como uma admissibilidade tácita[7] ou como uma proibição implícita[8]. Dito de outra forma, trata-se de saber se no processo penal vale um dever geral de colaboração do arguido,

6 ASHWORTH, 2008: 751-774; COSTA, 2011: 117-183.
Em termos gerais, sobre as garantias do arguido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e na jurisprudência de Estrasburgo, RAPOSO, 2006: 3-18.

7 Neste sentido, SILVA, 2000: 300, que sustenta que se podem exigir ao arguido todas as diligências probatórias que não sejam legalmente proibidas.

8 Assim, BUCHO, 2013: 8, para quem o arguido apenas se tem de sujeitar às diligências probatórias especificadas na lei, fundamentando-se nos ensinamentos de DIAS, 1974: 439.

apenas exceptuado no casos legalmente previstos, ou se, pelo contrário, a regra base do processo penal vai no sentido de proteger o arguido de imposições de condutas que o levem a contribuir, directa ou indirectamente, para a aferição da sua culpabilidade, sendo que tal regra só será afastada por uma previsão legal expressa nesse sentido. À luz da primeira hipótese a proibição de auto-incriminação apenas se aplicará em face de uma lei que proíba a imposição de determinada conduta ao arguido[9], ao passo que no contexto da segunda hipótese a proibição de auto-incriminação aplicar-se-á sempre que não exista uma lei expressa a prever aquela específica colaboração do arguido.

A doutrina e a jurisprudência macaense ainda não se pronunciaram a este respeito, mas no ordenamento português a primeira posição é a dominante na doutrina[10]. Já em termos jurisprudenciais parece assumir prevalência a posição oposta, que prescinde de uma previsão legal expressa. No acórdão do Tribunal Constitucional Português (TCpt) sobre a legitimidade da obtenção da chamada prova genética (antes da sua previsão legal expressa[11]) o TCpt entendeu que basta uma habilitação legal genérica, ainda que não revista suficiente densidade normativa. De modo semelhante, numa das suas últimas pronúncias sobre este assunto o Supremo Tribunal de Justiça português (STJpt) concluiu que a norma que estabelece o enunciado geral de submissão do arguido a diligências de prova (o artigo 61/3/d do Código de Processo Penal português, CPPpt, que corresponde ao artigo 50/3/c do CPPm) abrange "todas as provas que não são proibidas por lei, ao arrimo do princípio da legalidade da prova", consagrado nos artigos 125 e 126 do CPPpt e nos artigos 112 e 113 do CPPm.

A nossa posição é, por assim dizer, intermédia, dado que não cremos que se possa adoptar uma resposta única para as várias diligências em causa. Explicitemos o que queremos dizer: nem todas as diligências probatórias têm de estar necessariamente descritas na lei, obedecendo a um estrito princípio da tipicidade, sob pena de bloquear a investigação criminal à mercê da intervenção tempestiva (dir-se-ia mesmo, híper tempestiva) do legislador, que jamais conseguirá acompanhar o fabuloso ritmo do

9 Note-se que não basta a mera imposição de uma conduta, e consequente previsão de uma sanção em caso de incumprimento, para se dar por verificada uma violação deste princípio. Assim, num caso em que se discutia a recusa dos arguidos em informar as autoridades acerca da identidade do condutor que conduzia determinado veiculo quando foi filmado em excesso de velocidade, o TEDH entendeu que a multa aplicada por recusa de colaboração com as autoridades não configurava uma violação da proibição de auto-incriminação (caso *Weh v. Austria*, processo n.º 38544/97, de 08/04/2004, TEDH).

10 DIAS, 1995: 27-28.

11 Acórdão n.º 155/2007, de 02/3/2007, comentado em RAPOSO, 2008: 83 ss.; RAPOSO, 2010: 935 ss. e RAPOSO: 2015.

desenvolvimento científico e tecnológico. Contudo, algumas das diligências de provas apresentam um tal grau de intrusividade nos direitos do arguido – por exemplo, à sua integridade corporal, às várias vertentes da sua intimidade (corporal, genética), ao seu direito ao desenvolvimento da personalidade – que não poderão ser admitidas sem um específico fundamental legal[12]. Fundamento esse que poderá constar do Código de Processo Penal – o que se pode revelar problemático, dado que o processo de revisão de um código é sempre moroso e complexo – ou de legislação extravagante.

Resta agora saber que diligências probatórias assumem esse grau de especificidade que reclama uma expressa previsão legal para a sua admissibilidade, questão que desenvolveremos no ponto 3.

2.2. Comportamentos activos e passivos do arguido

Um entendimento dominante na doutrina penal tem utilizado o critério do modo de colaboração esperada do arguido para diferenciar os casos de colaboração legítima, que seriam os de colaboração passiva, daqueles outros de colaboração ilegítima, respeitantes estes à colaboração activa.

Para este efeito cumpre, desse logo, definir o que seria uma "colaboração passiva", a qual tem sido descrita como aquela que se prende com a sujeição do arguido a actuações das autoridades de investigação que visam recolher elementos que existem independentemente da vontade deste, ou seja, que o arguido não é chamado a produzir activamente. Trata-se de uma distinção classificativa avançada essencialmente pela doutrina e jurisprudência alemãs[13] e pelo TEDH[14], mas que tem ganho raízes na jurisprudência portuguesa, inclusive no TCpt[15].

Todavia, esta dicotomia clássica assenta numa petição de princípio: a distinção entre acções e sujeições é tudo menos evidente, pelo que toda a subsequente construção fundada no afastamento da proibição de auto-incriminação quando em causa estejam comportamentos passivos cai, afinal, por terra[16], como de resto alguma doutrina alemã

12 Posição que defendemos em RAPOSO, 2010: 941, 942 e RAPOSO, 2015.

13 GÖSSEL, 1992: 397 ss.

14 A decisão mais emblemática a este propósito é a do caso *Saunders* (*Saunders v. Reino Unido*, processo n.º 43/1994/490/572, de 17/12/1996, TEDH).

15 Veja-se, sobretudo, o já citado acórdão do TCpt n.º 155/2007.
Na doutrina portuguesa *vide* ANDRADE, 2014: 243.

16 Também apontando tais fragilidades, BRAVO, 2012: 11; RAPOSO, 2015.

mais recente começa igualmente a reconhecer[17].

Inclusive no âmbito da jurisprudência do TEDH se notam incongruências a respeito da distinção entre condutas passivas e activas. Assim, num caso de entrega de documentos o Tribunal entendeu que o arguido se poderia recusar, mas nos casos de recolha de material biológico defendeu diferente opinião, sendo que ambos os casos parecem condutas passivas. Um possível critério que poderia justificar as distintas atitudes do TEDH prende-se com o grau de colaboração exigido do arguido: o material biológico pode ser obtido sem a colaboração do arguido, ao passo que os documentos exigem um acto activo de entrega da sua parte. Logo, nesta segunda hipótese, haveria violação da proibição da auto-incriminação, mas não naquela primeira, uma vez que aí o arguido não é coagido a adoptar qualquer conduta activa[18]. Contudo, em bom rigor, quer os documentos quer o material biológico existem independentemente da vontade do sujeito, pelo que este não é chamado a produzir activamente *ex nuovo* um meio de prova. Logo, em ambos os casos se trata afinal de comportamentos passivos. Por conseguinte, mal se percebe este critério distintivo.

2.3. O princípio da proporcionalidade face aos interesses envolvidos

O respeito pelo princípio da necessidade em sentido amplo – que se desdobra em necessidade em sentido estrito, adequação e proporcionalidade – é um critério essencial em matéria de restrições a direitos fundamentais (expressamente imposto pelo artigo 18 da Constituição da República Portuguesa, mas que acaba por valer em qualquer ordenamento jurídico de um Estado de Direito).

Como refere Reis Bravo[19], este critério aponta para "a ponderação de interesses que podem estar subjacentes a uma necessidade ou obrigatoriedade no estabelecimento da responsabilidade criminal do imputado, pelo Estado, face à garantia da efectividade do concreto direito fundamental do suspeito que possa ser vulnerado".

Esta ponderação deverá operar entre, por um lado, o sacrifício imposto aos direitos do arguido, por outro lado, o interesse público em presença (uma ideia reiteradamente afirmada pelo TEDH). O interesse público, por sua vez, resulta da conjunção entre o interesse subjacente a qualquer investigação criminal (qual seja, a descoberta da verdade material e a subsequente aplicação da justiça) e os interesses presentes naquela concreta investigação, nomeadamente as dificuldades no apuramento dos meios de

17 Segundo ANDRADE (2013: 127-128) é esta a posição de Gabriele Wolfslast.

18 Cfr. REDMAYNE, 2007: 214-215.

19 BRAVO, 2012: 11.

prova *in casu*.

Logo, este princípio não será respeitado sempre que seja possível obter o mesmo elemento de prova mediante outro meio menos gravoso para o arguido. Será o que sucede quando, por exemplo, para efeitos da obtenção de um perfil de ADN se possa utilizar outra amostra biológica já existente ou no âmbito de uma perícia forense de escrita se possa recorrer a assinaturas prévias do arguido.

Contudo, sempre se fará a seguinte ressalva: ainda que se recorram a elementos previamente existentes, que não exigem uma colaboração presente do arguido, em qualquer dos casos, deve este ser informado da realização destas perícias e exames (porque, de facto, estamos perante ambas as figuras[20]), dado que a omissão do dever de informação representa uma mais grave violação dos direitos de defesa do arguido do que a imposição coactiva da submissão a estes exames[21].

3. APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA AUTO-INCRIMINAÇÃO A CASOS PARTICULARES

Depois de analisar, no plano dos princípios, o conteúdo da proibição da auto-incriminação, trata-se agora de testar as suas implicações e limites em certos casos que se têm revelado particularmente problemáticos na jurisprudência. O que iremos avaliar é se os comportamentos que a seguir se enunciarão podem ser legitimamente exigidos ao arguido no âmbito da actividade de investigação criminal que recai sobre o Estado, tornando nesse caso ilícita, e eventualmente criminosa, a recusa do arguido; ou se, pelo contrário, tais exigências violam o princípio da proibição da auto-incriminação, pelo que serão os agentes do Estado a incorrer numa eventual responsabilidade criminal, nos termos do n. 4 do artigo 113 CPPm, com a consequência de a prova assim obtida não poder ser valorada, tal como preconizam os n. 1 e 3 do artigo 113 CPPm.

3.1. Concessão de autógrafos

A exigência de o arguido prestar o seu autógrafo – isto é, uma assinatura – ocorre sobretudo no âmbito de crimes de falsificação de documentos.

Trata-se de uma diligência de prova que contava com expressa previsão legal

20 Sobre a distinção entre ambas e a forma como confluem nestas diligências investigatórias, RAPOSO, 2015.

21 Ideia que já sublinhámos em RAPOSO, 2010: 940 e RAPOSO, 2015.

no CPPpt de 1929, no qual se cominava com o crime de desobediência a sua recusa. Contudo, nem o actual CPPpt nem o CPPm contêm semelhante cominação.

Com base nesta omissão, e no consequente facto de não se tratar de uma "diligência devida", tem-se discutido se a respectiva recusa dará lugar ao crime de desobediência. Após muita controvérsia na jurisprudência portuguesa, veio o STJ, mediante um acórdão uniformizador de jurisprudência[22], estabelecer que "os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exm.º Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1 b), do Código Penal [artigo 312/1/b do CPm], depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária"[23].

Pela nossa parte, parece-nos que a questão não é tanto uma de previsão legal, mas sim de necessidade. Ou seja, a conduta que assim se exige ao arguido não comporta perigos tais que exijam uma previsão legal para os acautelar, pelo que facilmente reentra na cominação geral de colaboração do arguido na investigação criminal. Porém, será mesmo exigível forçar o arguido a fornecer a sua assinatura, quando o mais provável é que pré-existam várias amostras da mesma em diversos documentos anteriores? Se a investigação criminal se puder socorrer desses outros "autógrafos", por que razão exigir ao arguido uma conduta – afinal, desnecessária – que até se pode revelar enganadora, dado que o arguido tentará provavelmente dissimular a sua verdadeira caligrafia? Em contrapartida, no improvável cenário de não existirem outras assinaturas do arguido que sirvam para comparação, não vemos obstáculo na imposição desta conduta, que, quando emanada de uma autoridade legitima, poderá redundar em crime de desobediência.

3.2. Entrega de documentos

A imposição ao arguido da entrega de documentos tem sido usualmente considerada como violadora do princípio da proibição da auto-incriminação, ainda que com diferentes fundamentos.

Assim, por vezes alega-se o facto de os documentos exigirem uma conduta pró-activa do arguido (em comparação com os casos em que "apenas" se exige que suporte

22 STJ, acórdão n.º 14/2014, de 28/05/2014.

23 Porém, *vide* os votos de vencido de Isabel Pais Martins e de Helena Moniz, que se pronunciaram em sentido contrário. Também assim, BUCHO, 2013: 7 ss.

passivamente certa actividade de investigação)[24]; ao passo que noutros casos o argumento parece ser o facto de a existência destes se dever à vontade da pessoa que os criou, pelo que apenas por sua livre vontade se poderia aceder a eles, contrariamente com o que sucede, por exemplo, com material biológico, cuja existência a pessoa não pode controlar[25].

Já se vê que ambos os critérios são extremamente duvidosos e passam ao lado daquilo que deveria ser crucial avaliar: determinar se existe ou não uma coerção indevida ao sujeito e qual o teor dos referidos documentos. Quanto ao primeiro aspecto, sublinhe-se o relevo do método de obtenção da prova, o que leva a excluir documentos obtidos por meio de ameaça ilícita, *vis* física ou abusiva intromissão na reserva da vida privada. Quanto ao segundo aspecto, dever-se-á considerar violadora da proibição da auto-incriminação a ordem para entrega de documentos de teor testemunhal, isto é, cujo conteúdo seja equivalente ao depoimento que o próprio arguido prestaria se não fosse o direito ao silêncio[26].

3.3. Exames radiológicos e intervenções cirúrgicas

Quando se suspeita que o arguido transporte consigo substâncias ilícitas, nomeadamente estupefacientes, poderá ser necessário sujeitá-lo a um exame radiológico para confirmar essa possibilidade[27] e, posteriormente, a uma eventual intervenção cirúrgica para a sua extracção.

Em 2006, o TEDH teve oportunidade de se pronunciar sobre esta questão, a propósito de admissibilidade da avaliação como meio de prova de um invólucro com estupefacientes, que havia sido detectado dentro do corpo do arguido e que este fora obrigado a expulsar oralmente por via da ingestão de substâncias indutoras do vómito e da utilização de uma sonda gástrica[28]. Neste processo o TEDH entendeu que o queixoso fora vítima de tratamento cruel e degradante e que, além do mais, se violara o seu direito à proibição da auto-incriminação. Esta última conclusão do TEDH exige

24 *Funke v. France,* processo n.º 10828/84, de 25/02/1993, TEDH. No caso, estava em causa a recusa do senhor Funke em cumprir uma ordem judicial para entregar documentos relacionados com as suas contas bancárias, pelo que foi condenado numa multa em virtude de tal recusa. No entendimento do TEDH tal condenação violava a proibição de auto-incriminação.

25 Caso *JB v. Switzerland,* processo n.º 31827/96, decisão de 03/05/2001, TEDH.

26 Assim, MACHADO & RAPOSO, 2009: 43.

27 Analisando um caso destes, e admitindo a realização do referido exame, mesmo se coactivamente, *vide* o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo n.º 21/10.5JABRG.G1, de 15 de Outubro de 2012.

28 Caso *Jalloh v. Germany*, processo n.º 54810/00, de 11/07/2006, TEDH.

algumas considerações, tanto mais que o tribunal começou por equiparar o invólucro contendo a droga às amostras biológicas, alegando que em ambos os casos se tratava de realidades cuja existência não dependia da vontade do sujeito (logo, em regra admitidos no processo criminal, como fora primeiramente firmado no caso *Saunders*). Porém, seguidamente distinguiu ambas as situações, argumentado que a constrição exercida para a obtenção do invólucro excedia em muito aquela utilizada para retirar uma amostra biológica, configurando mesmo um tratamento cruel e inumano e, deste modo, criou uma excepção à excepção firmada em *Saunders*[29]. Ou seja, colocou a tónica – e bem, segundo nos parece – não no meio de prova em si mesmo, mas no método para a sua obtenção.

3.4. Recolha de substâncias biológicas

A recolha de substâncias biológicas pode ser levada a cabo, nomeadamente, no âmbito do tráfego rodoviário para aferição do nível de alcoolemia no sangue (recolha de sangue ou urina); ou no decurso de uma investigação criminal, quando se retira ADN do arguido (inicialmente sangue, mas actualmente basta a raspagem da mucosa bocal com uma zaragatoa) com vista à sua subsequente comparação com a chamada amostra problema, isto é, ADN recolhido no local do crime ou do próprio corpo da vítima. Poderia igualmente referir-se a recolha de urina a condenados por crime de consumo de drogas no âmbito de tratamentos por toxicodependência[30], porém, dado que se trata de uma medida aplicada a pessoas já condenadas cai fora do nosso presente âmbito de discussão.

Na Europa, a tendência dominante nesta matéria vai no sentido de não considerar a recolha e análise de material biológico, mesmo contra a vontade do arguido, atentatória da proibição de auto-incriminação. Esta posição foi firmada no âmbito da CEDH a propósito dos testes de alcoolemia para efeitos de averiguação da taxa de álcool no sangue[31] e mantida a respeito da recolha de ar, amostras de sangue e urina ou tecidos corporais no caso *Saunders*[32]. Nesta última decisão entendeu-se que a recolha de material biológico não ofende a proibição de auto-incriminação, dado, por um lado, tratar-se de elementos cuja existência não depende da vontade do arguido e, por outro lado, apenas ser exigido

29 Sublinhando esta nota caricata, ASHWORTH, 2008: 765.

30 Tribunal de Segunda Instância de Macau (TSI), processo n.º 818/2011, de 14/06/2012.

31 Caso *X v. The Netherlands*, processo n.º 8239/78, de 04/12/1978, Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

32 Caso *Saunders v. United Kingdom*, processo n.º 19187/91, de 17/12/1996, TEDH.

ao arguido uma sujeição e não uma actuação, uma posição que já se sedimentou.

O exame de pesquisa de álcool no sangue[33] é típico da prática rodoviária e a sua recusa acarreta crime de desobediência[34], isto é, "[o] condutor que – após advertência que incorria na prática de um crime de "desobediência" – deliberadamente, simula não conseguir expirar no analizador da taxa de alcoolemia" a fim de evitar a verificação da sua taxa de álcool no sangue, comete tal crime de "desobediência", visto que a sua conduta constitui uma "recusa injustificada" à feitura do exame de pesquisa de álcool; (cfr. artº 93º, nº 6 do C.E.) (...) A tal, não obsta o facto de, posteriormente, vir a efectuar o exame, pois que, neste momento, consumado está o dito crime"[35].

A recolha de sangue para efeitos de exame de alcoolemia assume especificidades que cumpre acentuar. Por um lado, porque é efectuada em sujeitos que não são ainda arguidos, mas meramente se viram envolvidos num acidente rodoviário. Por outro lado, porque caso não seja possível analisar o ar expirando, por exemplo, devido ao estado de inconsciência do sujeito, a recolha de sangue operará em indivíduo inconsciente. Ora, quando assim seja, o sujeito é "expropriado" da possibilidade de optar entre recusar a recolha de sangue ou, em alternativa, incorrer em crime de desobediência, o que, obviamente, configura um atentado grave aos seus direitos. Nem pode, sem mais, ser condenado por desobediência, dado que em bom rigor não desobedeceu a qualquer ordem. Mas, e por outro lado, se o exame de álcool não fosse realizado naquele momento e se aguardasse pela manifestação da sua vontade, certo é que o resultado do exame perderia qualquer credibilidade e seria relativamente simples conduzir alcoolizado impunemente, colocando assim em perigo diversos bens jurídicos relevantes, inclusive a vida de terceiros. A isto acresce que o sacrifício exigido ao examinado não ultrapassa os limites da necessidade em sentido amplo em termos de direitos fundamentais, nomeadamente por não lhe provocar lesão física grave, dor excessiva, humilhação ou devassa intolerável da vida privada. Refira-se, por último, que esta pode ser a única forma de afastar uma eventual responsabilidade criminal ou contravencional do examinado[36]. Por conseguinte, defendemos que mesmo neste cenário mais complexo não configura uma prática violadora da proibição da auto-

33 Regulado em Macau no artigo 115 da Lei n.º 13/2007 (Lei do Trânsito Rodoviário).

34 Note-se que para o preenchimento deste tipo de ilícito basta o desrespeito da ordem do agente de autoridade no local, cuja legitimidade lhe advém do próprio teor do referido artigo 115 (TSI, processo n.º 387/2013, de 16/12/2013).

35 TSI, processo n.º 22/2003, de 10/04/2003.

36 Referindo e sustentando parte destes argumentos, BRAVO, 2012: 12-14.

incriminação[37].

No que toca à recolha de material biológico para efeitos de construção de um perfil de ADN não nos alongaremos, dado que já tivemos oportunidade de escrever longamente sobre o tema[38]. Apesar de tendencialmente permitida, pode dar-se o caso de alguns casos de recolha de amostras biológicas se virem a revelar humilhantes e gravosas para o sujeito, a impor a sua inadmissibilidade. Certamente assim não sucederá com a mera raspagem da mucosa bocal, mas, em contrapartida, o mesmo não se dirá da recolha de amostras de locais íntimos (violação da intimidade genética) ou da recolha de sangue (violação da integridade física)[39]. Contudo, não queremos deixar de sublinhar que, na ausência de lei expressa a prever esta diligência probatória no ordenamento macaense, não pode a mesma ser admitida, dado tratar-se de uma daquelas contribuições processuais que, atendendo ao seu grau de intrusividade face aos direitos do arguido, carece de previsão legal expressa, sob pena de ilegitimidade.

4. A POSSIBILIDADE DE RECORRER À FORÇA PARA CONSTRANGER O ARGUIDO

O artigo 157 do CPPm permite que as autoridades competentes possam compelir o arguido a sujeitar-se às diligências de prova devidas, pelo que se questiona se esta norma permitirá o recurso à força física[40].

Face a um preceito equivalente do ordenamento português a doutrina diverge: enquanto alguns autores se opõem terminantemente a qualquer tipo de coacção[41], outros tendem a admiti-la, pelo menos em certos termos[42].

37 Também se pronunciando pela não inconstitucionalidade da norma portuguesa que comina a recolha de sangue para este efeito, veja-se a Decisão Sumária n.º 179/2011 do TCpt.

38 Sobre esta questão *vide* os nossos RAPOSO, 2008: 83-105; RAPOSO, 2010: 935-968 e, concretamente sobre o ordenamento jurídico macaense, RAPOSO, 2015.

39 Cfr. RAPOSO, 2015.

40 Sobre esta questão, CANOTILHO & MOREIRA, 2007: 456 e RAPOSO, 2015.

41 Quanto à respectiva norma do ordenamento jurídico português, o artigo 172 do CPPpt, DIAS & RAMOS, 2009: 30; FIDALGO, 2006: 135; MONIZ, 2002: 249-251.

42 Quanto à mesma norma, ALBUQUERQUE, 2007: 465.
É também esta a tendência dominante na jurisprudência portuguesa, pelo menos no que respeita à recolha de amostras biológicas para determinação do perfil de ADN do arguido. Veja-se, entre outros, os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 3261/2001, decisão de 09/01/2002; do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 6553/2007, decisão de 24/08/2007; do Tribunal da

Segundo cremos, esta norma jamais poderá ser utilizada para impor ao arguido determinada conduta a expensas de qualquer violação da sua integridade corporal ou moral. Claro que, sublinhe-se, nem todas as constrições violam direitos do arguido. Ou seja, nem toda a cominação pode ser considerada ofensiva, quer ao nível do direito à integridade pessoal no plano do direito constitucional, quer ao nível do tipo de ilícito de ofensas corporais no plano do direito criminal, dado que existe uma margem de actuação legítima das autoridades policiais e judiciárias, que abarca condutas socialmente aceites e cujas consequências para o sujeito são despiciendas[43]. Porém, apenas no caso concreto é possível delinear a fronteira entre constrições legítimas e ilegítimas.

Quando se ultrapasse esta margem legítima de constrição o uso da força torna-se ilegítimo. Assim, caso o arguido se oponha terminantemente a obedecer à ordem que lhe é dada resta apenas a sua condenação no crime de desobediência e a consequente livre valoração judicial da recusa do arguido, à luz do princípio da livre apreciação da prova (artigo 114 do CPPm[44]).

Porém, mesmo entendendo-se que o artigo 157 do CPPm apenas confere fundamento à cominação do crime de desobediência (e não a formas de coacção violadoras da integridade do arguido), nem assim esta norma pode ser invocada para, sem mais, o forçar a submeter-se a toda e qualquer diligência. É que a dita norma diz bem menos do que à primeira vista aparenta, dado que somente se refere aos "exames devidos", sendo que estes serão apenas aqueles que se possam considerar exigíveis ao arguido. Ora, não se pode dar por adquirido aquilo que precisamente se discute, qual seja, saber se as referidas diligências de prova traduzem exames que possam ser legitimamente exigidos ao arguido na ausência de uma previsão legal expressa. Logo, fora do âmbito de aplicação artigo 157 do CPPm ficarão todos aqueles comportamentos que deveriam contar com uma expressa previsão legal para que possam ser exigidos ao arguido, mas que, porém, não dispõem de fundamento legal bastante – como sucede com a recolha e análise de ADN no ordenamento macaense –, pelo que face a estes a recusa do arguido nem sequer se pode traduzir na prática de um crime de desobediência. Tal recusa será legítima, na medida em que a exigência imposta ao arguido carece da necessária base legal.

Relação do Porto, processo n.º 0844093, decisão de 10/12/2008 (*apud* BUCHO, 2013: 2).
Mas a decisão mais relevante da jurisprudência portuguesa neste ensejo é o acórdão do TCpt n.º 155/2007, de 02/03/2007, que se manifestou a favor da utilização da coerção para recolher ADN do arguido se e na medida em que a mesma seja decretada por um juiz (o que no caso não sucedia).

43 RAPOSO, 2010 e RAPOSO, 2015.

44 MENDES, 2010: 997 ss.

5. BREVES APRECIAÇÕES FINAIS

Por força do respeito pelo princípio básico do *due process*[45], pedra-de-toque do actual processo penal, a proibição de auto-incriminação mantém-se como garantia impenhorável no nosso *acquis* civilizacional.

Contudo, não pode esta garantia – como de resto, nenhuma outra – ser absolutizada, no sentido de proibir toda e qualquer intervenção do arguido na investigação que lhe possa vir a ser hipoteticamente prejudicial, sob pena de impedir as diligências investigatórias e, em última instância, a própria realização da justiça.

Por outras palavras, a excessiva tutela garantística pode ser tão perniciosa como a ausência de qualquer tutela, na medida em que permite impunidades que nem a sociedade nem o direito podem tolerar[46].

"However, the privilege against self-incrimination cannot be interpreted as giving a general immunity to actions motivated by the desire to evade investigation by the revenue authorities[47]"

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007.

ANDRADE, Manuel Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, reimpressão, Coimbra Editora, 2013.

ANDRADE, Manuel Da Costa, "Anotação ao acórdão do TC n.º 340/2013", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3989, 2014.

ASHWORTH, Andrew, "Self-incrimination in european human rights law—a pregnant pragmatism?", *Cardozo Law Review*, 30, 2008.BRAVO, Jorge dos Reis, "Intervenções corporais probatórias e direitos fundamentais: compatibilidade e limites", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, 1(1), 2012, disponível em http://revistas.ulusofona.pt/.

BUCHO, José Manuel Cruz, "Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza,

45 RAPOSO, 2006: 3 ss.

46 Alertando para este mesmo perigo, QUEIJO, 2012: 364.

47 Casos *Allen v. United Kingdom*, processo n.º 76574/01, de 10 de Setembro de 2002, e *King v. United Kingdom*, processo n.º 13881/02, de 8 de Março de 2003, ambos do TEDH.

recusa, crime de desobediência v. direito à não auto incriminação", estudo publicado no sítio da Internet do Tribunal da Relação de Guimarães (http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre a recolha de autografos do arguido.pdf), 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

COSTA, Joana, "O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", *Revista do Ministério Público,* 128, 2011.

DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, I, Coimbra Editora, 1974.

DIAS, Jorge De Figueiredo, "Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal", *Jornadas de Direito Processual Penal*, CEJ, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina, Coimbra, 2009.

FIDALGO, Sónia, "Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 16(1), 2006.

GÖSSEL, Karl Heinz, "As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha" (tradução de Manuel da Costa Andrade), *Revista portuguesa de ciência criminal*, 2(3), 1992.

MACHADO, Jónatas e RAPOSO, Vera, "O direito à não autoincriminação e as pessoas colectivas empresariais", *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça,* 3(8), 2009.

MENDES, Paulo de Sousa, "A prova penal e as regras da experiência", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias,* Volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MENEZES, Sofia Saraiva de, "O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito", in Tereza Pizarro BELEZA e Frederico de Lacerda da Costa PINTO (coord.), *Prova criminal e direito de defesa,* Coimbra, Almedina, 2011.

MONIZ, Helena, "Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 12(2), 2002.

PINTO, Lara Sofia, "Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case study: revelação coactiva da password para desencriptação de dado - resistance is futile?", in Frederico de Lacerda da Costa PINTO, Teresa Pizarro BELEZA (eds.), *Prova criminal e direito de defesa - estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Almedina, Coimbra, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2.ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

RAMOS, Vânia Costa, "Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documento para prova e nemo tenetur se ipsum accusare – Parte I", *Revista do Ministério Público,* 108, Out-Dez 2006.

RAMOS, Vânia Costa, "Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documento para prova e nemo tenetur se ipsum accusare – Parte II", *Revista do Ministério Público,* 109, Jan- Mar, 2007.

RAPOSO, Vera Lúcia, "O direito a um processo equitativo na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem", *Jurisprudência Constitucional*, 11, 2006.

RAPOSO, Vera Lúcia, "CSI – Quando a ficção se torna realidade", *Lex Medicinae,* 5(10), 2008.

RAPOSO, Vera, "A vida num código de barras", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

RAPOSO, Vera Lúcia, "A prova genética em processo penal – Is CSI for real?", Publicação do CRED-DM, Macau, 2015.

REDMAYNE, Mike, "Rethinking the privilege against self-incrimination", *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007.

ROXIN, Claus, "La protección de la persona en el derecho procesal penal alemán", *Revista Penal,* 6, 2000.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de direito processual penal*, I, 4.ª ed., Verbo, Lisboa, 2000.

強制措施 —— 先捉拿後調查還是先調查後捉拿?

João Barata Gonçalves[1]

1. 緒論

強制措施是刑事程序上的武器，限制嫌犯全部或部分的個人或財產自由，當被正確採用時，措施僅旨在維護程序的有效性，或者更確切地說，協助發掘事實真相，並確保嫌犯出席一切需要參與的訴訟行為。

在《刑事訴訟法典》內所規定的強制措施，是由立法者賦予法庭的工具，透過它們的採用，在尊重適用於強制措施的限制性原則的條件下（如法定原則，必要性原則，適度原則，適當原則，輔助性原則和暫時性原則），以便一致和有效地保障一個真正和穩定的法律和平 － 在各個刑事訴訟的各個階段，從取得犯罪消息以至審判及裁判確定，各個階段必須不受干擾，從而使正義得到伸張 － 以及一個平等社會性的和平，以實踐社會上每一員共存的願境。

刑事程序法需要受到制衡，遵從最基礎，最根本的安全價值觀的，然而，尊重嫌犯無罪推定的原則，直到裁判得到確定為止。

2. 甚麼是強制措施?

只能適用法律所規定的強制措施，如在《刑事訴訟法典》第一百七十六條所規定的法定原則，明確指出「法律所規定的強制措施 [2]」。 此外《刑事訴訟法典》第一百七十六條第二款規定，「如基於有依據之理由相信有免除責任或

1 法學碩士。

2 Vitor Manuel Carvalho Coelho，“澳門法律規範下的強制措施”，澳門檢察官雜誌，2號，2001年6月：「這些措施的列明清單都是遵守法定原則，因此，在訴訟上採用任一法律沒有規範的措施均屬無效，因為這是不可以在實踐中發生的」，第21頁。

追訴權消滅之事由，則不得採用任何強制措施或財產擔保措施」。

然而，對於這樣的一個限制，存在一個例外情況，這指的是《刑事訴訟法典》第一百七十六條規定的身分資料及居所之書錄，《刑事訴訟法典》第一百八十八條同樣明確規定其例外情況。

3. 強制措施的適用對象

僅對嫌犯採用強制措施：「強制措施及財產擔保措施，僅在作為該等措施之對象之人依據第四十七條之規定成為嫌犯後，方得採用」－ 《刑事訴訟法典》第一百七十七條第一款。因此，法律上已經撇除了強制措施在涉嫌人身上採用的可能性。

4. 強制措施的目的

《刑事訴訟法典》第一百八十八條，明確落實強制措施的目的。當立法者明確制訂相關條文，如制訂強制措施的目的時，旨在恢復社會法律和平，防止銷毀證據以及維護個人的基本權利[3]。

5. 採用強制措施的權力

除身分資料及居所之書錄外，所有強制措施只限由法官所採用。

在偵查期間應檢察院聲請，只限由法官採用強制措施 － 《刑事訴訟法典》第一百七十九條第一款第一部份，或係應檢察院、嫌犯或輔助人之聲請，作出上款所指之行為；遇有緊急情況或如有延誤將構成危險者，亦得應刑事警察當局之聲請 － 《刑事訴訟法典》第二百五十條第一款b）項，第二款及第三款。而在偵查終結後，採用強制措施的權力係由法官實施，可依職權以批示為之，但須先聽取檢察院之意見 － 《刑事訴訟法典》第一百七十九條第一款最尾部份及第一百八十六條第一款。根據《刑事訴訟法典》第一百七十九條第二款第一部份，如有可能且屬適宜者，則先聽取嫌犯陳述，服從抗辯原則。

3 Maria João Antunes，“As medidas de coacção no código de processo penal de Macau”，澳門法學雜誌，第四卷，第1號，1997年1月/4月，第121頁：(...)儘管強制措施直接連繫追尋事實真相和重新建立社會法治和平的目的 - 這是當我們認為到嫌犯是一項訴訟手段 -，然而，忽略了另一個刑事訴訟的目的：保障參與程序的人士的基本權利，例如：保障自由的權利。

關於其主動權，強制措施的適用是遵循第一百七十九條第一款最尾部份[4]和第二百五十條第二款和第三款內所規定的制度。

6.無罪推定原則

法官必須時刻牢記《刑事訴訟法典》第一百七十七條第二款所制訂的無罪推定原則，對採用或維持任何強制措施之裁判得提起上訴的權利 － 第二百零三條，身分資料及居所之書錄除外，以及人身保護令 － 《刑事訴訟法典》第二百零四條及以後條文。

關於這一原則，請大家留意現時主流學說的見解：「（...）新的澳門刑事訴訟法無罪推定直到定罪裁判得到確定為止的原則，賦予[...]實質的一致性，因為容許具備對任何採用或維持本編所規定之措施（和人身保護令狀）之裁判具上訴權的武器。但願該法在未來的應用能明確斷定，儘使面對強制措施被強加在一個無辜者身上，這都是在社會上可以接受的[5]」。

7.採用強制措施的審議各項原則

強制措施的適用性受到以下一些原則的制衡：

1. 法定原則或類型原則 － 《刑事訴訟法典》第一百七十六條第一款最尾部份。根據該條文規定，不能採用任何其他《刑事訴訟法典》內沒有制訂的強制措施及財產擔保措施。刑事訴訟法律採取了保護罩系統，意思即是，只限採用由法律預先規定的措施。

2. 預先成為嫌犯原則 － 《刑事訴訟法典》第一百七十七條第一款。值得注意的是，該原則只適用於嫌犯，不適用於民事責任人；因此，法律上要求嫌犯的辯護權必須受到保障。就如主流學說所認為：「明顯地，該原則只有對實際的強制措施有效，因為該措施涉及嫌犯個人，而僅被採用於民事負責人的財產擔保措施，則不被該原則概括」[6]。

因此，第一百七十七條第一款的規定，只適用於嫌犯而不是非嫌犯的民事責任人。這跟嫌犯因其嫌犯身份而授予的辯護權有關。因此，法律要求強制措施的對象的人身自由及財產自由一定要受到限制，而該限制不適用於單純的民事責任人（第二百十一條和第二百十二條），這是具有充分正當理由的。

4 Manuel Leal-Henriques，“Manual de Formação de Direito Processual Penal de Macau”，第一冊，第二版，法律及司法培訓中心，2009年，第283頁。

5 Maria Joao Antunes，*op. cit.*，第127頁至第128頁。

6 Manuel Leal-Henriques，*op. cit.*，第274頁。

3. 必要性原則 － 《刑事訴訟法典》第一百七十六條第一款及第一百七十七條第二款。這些條文約束於強制措施的預防性質。立法者顯然要求法宮在決定採用強制措施時，都預先評估是否真正需要對特定嫌犯採用一項特定措施，以及該措施是否在實際個案中滿足防範要求。法官絕對不應該只按常規採取強制措施，尤其是最嚴重的強制措施（羈押），必需按不可或缺性及必要性而採取強制措施。

4. 適當原則 － 《刑事訴訟法典》第一百七十六條第一款及第一百七十八條第一款第一部份。任何強制措施必須是適合每個因實際情況需要的目的。正因為如此，《刑事訴訟法典》規範了由身分資料及居所之書錄至羈押等多種強制措施。好讓法官對所審議的罪行深刻反思，在有了明確的認識後，對嫌犯採用最適合的制措施，以便保障對於有關情況所需之防範要求，且對於犯罪之嚴重性及預料可科處之制裁應屬適度。

適當原則意味著法官在作出定裁決時，要清楚地知道，該強制措施是絕對必要的和適合所審議案件的情況。

5. 適度原則 － 《刑事訴訟法典》第一百七十八條第一款最後部份。該原則規定強制措施只能根據犯罪的比重而實施。與犯罪的比重和將被法官採用的判刑不適度的強制措施，均不應該被採用。

應該注意的是，除了《刑事訴訟法典》第一百七十八條第一款，《刑事訴訟法典》第一百七十七條第二款亦規範了適度原則。

6. 補充性原則，或許更確切地說，是羈押的補充性原則，規範於於《刑事訴訟法典》第一百七十八條第三款和第一百八十六條第一款。

在此原則下，羈押僅應作為最後的手段，即當其他強制措施被證明是不夠或不充分的情況下才應被採用。

7. 《刑事訴訟法典》第一百九十六條第一款ｂ）項和第三款規定了暫時性原則，「根據該原則，由於對象是假定無罪的嫌犯，強制措施不應超過社會可承受的底線[7]」。

8. 刑事訴訟法規範內的強制措施

8.1. 身分資料及居所之書錄

這是所有強制措施之中力度最輕的強制措施，規範於《刑事訴訟法典》第一百八十一條第一款。這是當成為嫌犯後強制性採用的。因此，它不受限於必要性原則，適當原則和適度原則。

若果成為嫌犯後沒有採用該強制措施，而程序隨首次訊問後亦繼續進行，這僅僅是一項不當情事，得在知悉該不當情事時將作出彌補 － 《刑事訴訟

7 Fernando Gonçalves 和 Manuel João Alves，*in* “As Medidas de Coacção no Processo Penal Português”，Almedina出版，2011年，第66頁。

法典》第一百一十條第二款。

因此，任何人成為嫌犯，都必需對其採用身分資料及居所之書錄，成為嫌犯是其唯一要求。

在程序上，身分資料及居所之書錄旨在正確識別嫌犯身份，也就是要確認嫌犯的住址，工作地點或其他居住地址。

在學說上，有人討論身分資料及居所之書錄否是一個真正的強制措施[8]。對我們而言，這不是一個真正的強制措施，而是一個源自嫌犯身份的一個義務。更何況是羈押犯，因為性質上他們是被設於某地點。許多學者認為該強制措施的預防性質具受側質疑，認為它不是一個真正的強制措施，因為它的應用僅取決於程序的繼續，而非規定在《刑事訴訟法典》第一百八十八條的任何情節。

8.2. 擔保

該強制措施規範於《刑事訴訟法典》第一百八十二條。這是「一個財產性的措施，旨在確保嫌犯出席在某些程序行為或面對某些機構或機關[9]」。

換而言之，「這是一個對嫌犯所採用的財產性措施，旨在保障其遵守一些程序性義務，例如出席訴訟行為，履行源自已經對嫌犯採用的強制措施的義務[10]」。

只能對嫌犯採用擔保若果所歸責的犯罪可處以徒刑 － 《刑事訴訟法典》第一百八十二條第一款。

《刑事訴訟法典》第一百九十條第一款規範了法官就提供擔保所接納之方式。

---

8 Teresa Beleza，“Apontamentos de Direito Processual Penal”，第二冊，第8頁：「對比其他措施，這項措施，嚴格來說，也許不是真正意義上的強制措施，因為它的採用總是不需考量程序本身的特殊需求，只是要求嫌犯表明其身份及住址，以及在沒有得到當局准許的情況下，不能在某特定時間內離開其住址...」。在第12頁中，作者留意到身分資料及居所之書錄這一項措施好像幾乎完全脫離所以法律要求強制措施所遵守的原則。從目的論的角色去看，與其他措施一樣，的而且確是一項具程序目的的防範措施。除了首次訊問之外，這是一項最低限度，而且當訴訟繼續時，必需要對嫌犯採用的一項措施，刑事程序法典第一百九十六條[澳門刑事程序法典第一百八十一條]。需要留意的是，刑事程序法典刻意在第二百五十條[澳門刑事程序法典第二百三十三條]內明確規範了認別身分的責任，而該責任不屬強制措施”， 刑事程序法典第一百九十一條第二款及第二百零四條[澳門刑事程序法典第一百七十六條和第一百八十八條] 排除了對第一百九十六條規定的措施的適用。相反，在多項強制措施中，亦包含了身分資料及居所之書錄(刑事程序法典第一百九十六條)，同事，有需要明確排除某些規定，如：第二百六十八條b）項[澳門刑事程序法典第二百五十條]。最後Teresa Beleza總結：「因此，我傾向認為第一百九十六年規範的措施為真正的強制措施，同樣受制於第一百九十二條第二款[澳門刑事程序法典第一百七十七條第二款]的規定，與Dr. David Catana提倡的成相反，他在其文章中表明制度上的制別之處。」 對此，David Catana在“Apontamentos de Direito Processual Penal, aulas da Dr.ª Teresa Beleza”，第二冊，第98頁有以下言論：「若果我們觀察第一百九十六條和第五十七和第五十九條[澳門刑事程序法典第四十六條和第四十八條]的規定，成為嫌犯似乎意味著採用身分資料及居所之書錄，因為成為嫌犯就意味著訴訟將會進行，而這項措施是必需要被採用的，這通常都會在成為嫌犯後立即發生的。由此可見，這項措施似乎不是一項真正的強制措施，而是一種義務、一種責任或因嫌犯的身份的一個從屬。為了證明這個見解，本文再補充，大部分的一般性原則並不適用於該無效」。值得留意的是，這些見解都是建基於葡萄牙《刑事訴訟法典》的。

9 Vitor Coelho，*op. cit.*，第26頁，*apud* J. Fonseca。

10 Fernando Gonçalves 和 Manuel João Alves, *in* “A prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coacção. A Providência do *Hebeas Corpus* em virtude de prisão ilegal”，Almedina出版，2003年， 第104頁至第105頁。

嫌犯以任一法律容許方式提供之擔保，經法官明確許可後，得以另一方式代替原方式 － 第二款最尾部份。因此，由第一款規範之擔保之提供方式純粹屬指示性質。

若果嫌犯不能提供對其採用之擔保，或在提供擔保方面有嚴重困難或不便，法官得依職權或應聲請，以非為羈押且在有關情況下依法可採用之其他強制措施代替之，該等替代措施將連同其他已命令之措施一併採用 － 《刑事訴訟法典》第一百八十二條第二款。

如嫌犯不提供其被命令之經濟擔保，法官得應檢察院或受害人之聲請，依據民事訴訟法律之規定命令進行假扣押 － 根據《刑事訴訟法典》第一百九十條第四款，適用第二百一十二條第一款。

除羈押外，在任何情況下，任何強制措施均得與提供擔保之義務一併採用 － 《刑事訴訟法典》第一百八十九條。

擔保提供後，如知悉發生某些導致擔保不足或提供擔保之方式須作改變之情況，法官得命令增加擔保或改變提供擔保之方式 － 《刑事訴訟法典》第一百九十一條第一款。

嫌犯在正式通知後應到場之訴訟行為中無合理解釋缺席，或不履行對其採用之強制措施所產生之義務，則擔保視為違反 － 《刑事訴訟法典》第一百九十二條第一款。

8.3. 定期報到之義務

定期報到之義務是施加於嫌犯的一個責任，嫌犯需履行按預定日期及時間向一司法當局或某一刑事警察機關報到。該強制措施僅在所歸責之犯罪可處以最高限度超逾六個月之徒刑的情況下，才可對嫌犯採用採用。該強制措施規範於《刑事訴訟法典》第一百八十三條。

除羈押外，該措施可以與任何強制措施一併採用。在遵守適當及適度原則的前提下，法律要求在實施該措施前需考量嫌犯的職業需求及其居住地點[11]。

8.4. 禁止離境及接觸

有關禁止離境及接觸，《刑事訴訟法典》第一百八十四條已對其規範，命令嫌犯履行下列全部或部分義務：

11 Vitor Coelho，*op. cit.*，第26註腳, 第31頁：「強調的是，定期報到之義務具有一個獨立的性質，不像舊法所規範一樣，已經不是單純作為擔保的替代、代替或更換。[…]即使在實際情況下，滿足第一百八十八條所規範的一般性要件，在採用該項措施前，法官應該妥善解決訴訟上的防範要求和需要維護市民的權利、自由和個人保障。[…] 在這個利益上的調整下，法律規定嫌犯履行按當局預定日期及時間報到之義務，試圖在工作的權利、生計的需要和與法庭合作的義務之間追求一個平衡點，促使不會以不需要或過度的成本去實施該措施。[…] 據了解，對比擔保而言，定期報到之義務是一項比較嚴重的強制措施，而且，法律規限該措施僅適用於可處以最高限度超逾六個月徒刑之犯罪，而擔保則不受其限制。」

－ 不得離開澳門特別行政區，或未經許可時不得離開澳門特別行政區；

－ 不得與某些人接觸或不得常至某些地方或某些場合。

該措施僅可以施加於被告人若存在強烈跡象顯示嫌犯曾故意實施可處以最高限度超逾一年徒刑之犯罪，而不是單純的犯罪跡象。這意味著，面對現有足以形成極大可能定罪之心證之證據，單單認為定罪比無罪更有可能是不足夠的。此外，犯罪行為的形式一定要是故意的及非過失”[12] [13]。

8.5. 執行職務、從事職業或行使權利之中止

《刑事訴訟法典》第一百八十五條對執行職務、從事職業或行使權利之中止進行規範，該措施實現於中止措施：

a）中止執行公共職務；

b）中止從事須具公共資格或須獲公共當局許可或認可方得從事之職業或業務；或

c）中止行使親權、監護權、保佐權、管理財產權或發出債權證券權。

若所歸責之犯罪可處以最高限度超逾二年之徒刑，必須只有在最終有可能宣告有關禁止為所歸責犯罪之效果時，法官方得採用該措施[14]。

8.6. 羈押

羈押是力度最大的強制措施，規範於《刑事訴訟法典》第一百八十六條，只有在其他措施對於有關情況係不適當或不足夠的情況下，方得採用。

因此，法官在決定採用該措施前，應該考慮到這關乎是否施加一個極具例外性的的負擔的。這裏不存在常規。《刑事訴訟法典》第一百七十六條規定：

人之自由，僅得按具防範性質之訴訟程序上之要求，由法律規定之強制措施及財產擔保措施全部或部分限制之。

12 Fernando Gonçalves 和 Manuel João Alves， *op. cit.*，第126頁。

13 Vitor Coelho，*op. cit.*，第28註腳，第32頁：「禁止離境及接觸的採用可以表明其相當重要性，因為其面對需要性原則和適度原則的適當調節能力，促進面對實際情況的更大調整。此外，始終需要符合程序的防範要求，替代(最重)羈押，尤其是耗盡其最長存續期間(第二百零一條第二款)的情況下。[...]若留意該條文的措辭，要求一些基本要求例如：強烈跡象顯示嫌犯曾故意實施可處以最高限度超逾一年徒刑之犯罪。我們發現立法者傾向以某種方式將禁止離境及接觸作為羈押的替補。[...]若違反本條文規定的而由司法途經施加的限制，適用第一百八十七條的規定」。

14 Vitor Coelho，*op. cit.*，第27註腳第31頁至第32頁：跟其他強制措施一樣，實施這項措施的制度遵循其他一些特定的規則。就如附加刑一樣，解僱、暫時中止職務、禁止從事其他職業或行使權利受到《刑法典》第六十條至第六十三條規範。[...]然而，它的應用不是必然的。因為沒有任何刑罰可以絕對地涉及民事、職業或政治權力的喪失。[...]在刑事層面上職員的概念是由刑事法典第三百三十六條定義的。[...]該條文曾經接受過葡萄牙憲法法院合憲性的預防性監察，因為有人質疑其合憲性。該法院透過判決7/87號表明其合憲性，因為該法規的應用僅限於一定嚴重程度的犯罪(可處以最高限度超逾二年徒刑)，之後仍需取決於是否接納禁止職務或從事職業的附加刑，最後還受限於必要性原則和適度原則和由第一百八十八條所規範的情況。[...]至於該措施持續時間，適用定期報到之義務的制度。

對於該措施，應當注意的是，法官不能單純認為其他措施對於有關情況係不適當或不足夠的，而直接採用羈押 － 規範於《刑事訴訟法典》第一百八十六條[15]，因為仍然需要滿足於第一百八十六條所規定的（任一）一般性要求或條件：

－ 逃走或有逃走之危險；

－ 有擾亂訴訟程序進行之危險，尤其是對證據之取得、保全或真實性構成危險；

－ 基於犯罪之性質與情節或嫌犯之人格，有擾亂公共秩序或安寧之危險，或有繼續進行犯罪活動之危險。

除此之外，還需滿足其他要求或條件：

－ 有強烈跡象顯示嫌犯曾故意實施可處以最高限度超逾三年徒刑之犯罪

－ 屬特別性要件，於《刑事訴訟法典》第一百八十六條第一款ａ）項作規定[16] [17]；

－ 其餘措施本身均不足以保障訴訟目的所需要的防範保障。

－ 措施對於犯罪之嚴重性及預料可科處之制裁應屬適度 － 《刑事訴訟法典》第一百七十八條第一款最尾部份。

若顯示嫌犯精神失常，法官應考量《刑事訴訟法典》第一百八十六條第二款之規定。

《刑事訴訟法典》第一百八十六條第一款ｂ）項規定了另一個充滿澳門特別行政區的特色的情況，任何人曾不合規則進入或正不合規則逗留於澳門特別行政區，又或正進行將該人移交至另一地區或國家之程序或驅逐該人之程序，法官可以對該人採用羈押。

對於這個架構，有學說認為：原則上，任何強制措施，尤其是力度最重的羈押，僅適用於相關特定訴訟要求的目的，以及實際特定對象。意思是，與現

15 Vitor Coelho，*op. cit.*，第29註腳，第32頁：條文的第一款涉及羈押。[...]也許需要在羈押和拘留之間作一個區分，就如葡萄牙共和國總檢察院12/92號意見書表示：「羈押與單純的拘留同樣作為響應具防範性質之訴訟程序上之要求之措施，兩者同樣不需經過已宣告確定的有罪判決，而剝奪人員的人身自由。然而，兩者在其目的、持續期間及適用對象的身份均有不同的規定。[...]羈押是一項可持續至實體問題判決得到確定的強制措施，對象必定是嫌犯，而只能經法官決定採用。[...]相反，拘留是一項預防性或警方的措施，不必經司法命令狀而決定採用，亦不要求對象具嫌犯身份，而且屬短暫性，其時續期間不會超過四十八小時」。

16 Vitor Coelho，*op. cit.*，第33頁，第34註腳：「當法律提及強烈跡象，必需要完全理解或明白這個事實，因為立法者不單純規定跡象，而是強烈跡象，這正正傳達出一個訊息，對正犯或共犯的犯罪懷疑必需是有確實的基礎。意思是：單純是基於任何事實表面上懷疑是不足夠的，該懷疑必定要基於重要事實，而該事實足以令人相信嫌犯是需要負上責任的，不然就是冒險將一項那麼重的措施施加在一個可以是無罪的人身上或根本沒有足夠跡象顯示該施加對象很大機會因犯罪而受到判罪」。Gomes Canotilho和Vital Moreira提及的更是「確鑿證據」(Constituição da República Portuguesa Anotada，第三版，第185頁)。以上言論不阻止我們認為立法者所採用的措辭(強烈跡象)其實只構成法官的心理關口，要求考量已收集有關涉及嫌犯犯罪的證據(不是要求更多證據，而是要求面對證據需要更仔細以及更多考量)。

17 Fernando Gonçalves 和 Manuel João Alves，*op. cit.*，第126頁：「不單單要求存在犯罪的跡象，更需要的是，面對程序上已收集的證據，可以形成極大可能判罪的心證，而不是單純顯示判罪比無罪可能性更高。因此，面對無罪的可能性，判罪的可能性必需是相關，確鑿或足夠顯著。另外，犯罪行為的形式必定是有意圖，而不是疏忽」。

實情況相反，羈押不應該作為一項懲罰措施，應該如其他強制措施一樣，作為保安的保證，嫌犯因而不會缺席訴訟行為，不會干擾偵查的過程，不會破壞令嫌犯受到懷疑的而開展刑事訴訟的活動[18]。

如屬羈押措施，則經嫌犯同意後，立即告知其血親、其信任之人或其指明之辯護人。如嫌犯未滿十八歲，則無須取得上款所指之同意 － 《刑事訴訟法典》第一百七十九條第四款和第五款[19]。

接著，讓我們去簡易地分析其他一些羈押的特徵：

羈押之複查：若已實施羈押，法官需要依職權每三個月一次複查羈押前提是否仍存在，並決定羈押須維持或應予代替或廢止 － 《刑事訴訟法典》第一百九十七條第一款。

廢止、變更及重新採用：根據個案實際情況，法律上規定之強制措施均可以被廢止，變更及重新採用 － 《刑事訴訟法典》第一百九十六條。

羈押期間之中止：若滿足規定於《刑事訴訟法典》第二百條第一款ａ）項及ｂ）項，可以中止羈押。

羈押及其他措施之立即消滅：自羈押開始經過各個規定於《刑事訴訟法典》第一百九十九條的最大期間，羈押隨即消滅。如已作出有罪判決，而科處之刑罰並不高於已受之羈押，則即使對該判決已提起上訴，羈押措施亦立即消滅 － 《刑事訴訟法典》第一百九十八條第二款。若同樣滿足規定於《刑事訴訟法典》第一百九十九條第一款ａ）項至ｄ）項的要件，其餘*措施*亦立即消滅。其餘分別規範於《刑事訴訟法典》第一百八十三條，第一百八十五條及第一百八十四條之措施亦根據《刑事訴訟法典》第二百零二條第一款及第一款之規定而消滅。

上訴：對任何採用或維持強制措施的判決都可提出上訴 － 《刑事訴訟法典》第二百零三條。

人身保護令：透過人身保護令對羈押提出爭執，適用於規範在《刑事訴訟法典》第二百零四條及其隨後條文的情況。

因違法或不合理之剝奪自由之損害賠償：曾受明顯違法之拘留或羈押之受害人，就被剝奪自由而受之損害，得向有管轄權之法院聲請賠償 － 《刑事訴訟法典》第二百零九條及二百一十條。

扣除：如嫌犯在訴訟程序中被判刑，則在該訴訟程序中被拘留及羈押之時間，於服對其科處之徒刑時全部扣除。如嫌犯被科處罰金，則以一日剝奪自由折算一日罰金，扣除拘留及羈押之時間 － 刑事法典第七十四條。

8.7. 其他預防措施

《刑事訴訟法典》包含了其他預防措施，雖然該目的與強制措施和財產擔

18 Teresa Beleza，*op. cit.*，第125頁至第126頁。

19 至於年滿18歲的人士，法官、檢察官或刑事警察機關受制於施加對象的同意，而且是必需向嫌犯詢問。但至於未滿18歲的人士，這只是一個責任。

保措施的目的有所不同。請留意下列情況：

－ 《刑事訴訟法典》第二百三十三條第三款[20]及七月三十日第6/97/M號法律第三十條均規範了單純旨在認別涉嫌人身分的預防措施[21]。因為涉嫌人不是嫌犯，強制措施僅能對嫌犯採用，而涉嫌人只是涉嫌人[22] [23]；

－ 規範於《刑事訴訟法典》第一百五十六條、第一百五十八條以及第二百三十二條內之獲得證據之方法，均屬證據方面的預防措施；

－ 規範於《刑事訴訟法典》第二百三十七條的各個拘留情況，均同時屬預防措施及強制措施；

－ 規範於《刑事訴訟法典》第二百五十五條內的到場命令狀、通知及拘留，均適用於預審階段。

對於在最後提到的兩種情況，適用《刑事訴訟法典》第一百零三條的規定，對違規者採取處分，如支付一定數量的金額、為執行和完成程序或採用法律上容許的羈押而作出拘留。

9. 先捉拿後調查還是先調查後捉拿

到這裏不禁要問：究竟先捉拿後調查還是先調查後捉拿？

9.1. 羈押

眾所周知，人的自由是一個重要且不應受侵犯的法益，儘管該人為潛在違反刑法的人，如嫌犯。

在這個情況，羈押為刑事訴訟法規範嚴厲性最高的強制措施，分析各種對

20 對我們而言，第二百三十三條的規定是與治安法律有關，那麼不應該出現在刑事訴訟法與內。當中所規範的措施顯然是行政措施。

21 第二百三十三條第一款和第三款都是涉及人，所以與嫌疑人無關。

22 Vitor Coelho，*op. cit.*，第30頁，第五項注釋，第一百七十七條（葡萄牙《刑事訴訟法典》第一百九十二條）。就如J. Fonseca (12.ª aula – 11 de Maio de 1987)所言：「對於這個強迫逗留警局儘管持續期間不超過六小時的措施，有人對其合憲性提出疑問。因為該項措施涉及個人權利及法益，所以才會引起對其相關內容的疑問(然而，基乎整個刑事訴訟過程都是涉及個人權利及法益的限制)。特別需要注意的是葡萄牙共和國憲法第二十七條第三款ｅ）項的規定(現時是ｆ）項) - 容許確警察當局之呼喚到案而作出拘留-，我認為，以合憲性的角度出發，這項受到法律規定之條件限制的拘留是受到葡萄牙共和國憲法第二十七條第三款ｅ）的規定(現時是ｆ）項)所包含。事實上，憲法法院透過其7/87號判決對此作出決定。[…]基本上，對於其他更明顯具合憲性的措施而言，例如：拘留或羈押，這個為認別身分的拘留行為是一項輔助行為」。

23 上述註腳引發一個疑問：儘管只是為了認別身分，一個人逗留警局長達最高六小時，究竟有沒有觸及違憲。第6/97/M號法律七月三十日第三十條的規定，「屬《刑事訴訟法典》第二百三十三條第二款及第三款規定的情況，當不能遵守第三款所指期限時，應立即將這情況連同充分依據，告知有關刑事警察機關最高領導人，得由其許可將逗留的最長時間延長至二十四小時」？ 在這裏，我們清楚地面對一個情況，它不但違反基本法的規定(第二十八條)，而且還是屬於一個任意的情況。這遠遠超出一個以市民基本權利為本的制度範圍。所以，以安全之名，今日而言，基本權利是名存實亡。

其採用的機制。

爭議在於是否預先捉拿繼而調查，即是，之後再收集使嫌犯歸罪的證據，還是相反，應該先調查 – 應該偵查相關證據，若果預料到強制措施在個案中將會是不可或缺時，便會繼而預先拘留。

我們認為，羈押基本上是一項常規的強制措施，然而它本應是一項例外措施 — 最後手段：「採取該措施應該要根據它的不可或缺性，而不是僅僅作為常規，不應單純認為該措施能解決訴訟本身存在所引致的任何嚴重問題而採用[24]」。

於刑事訴訟法規定的強制措施都受制於保護罩，又或者正如主流學說所認為，受制於一個「封閉的目錄」[25]。只存在那麼在法律上受規範的強制措施。而它們的適用要求不可或缺性以及非慣性。它們都是迫不得已的措施。因此，強制措施的採用決定者必需有良好的意識，因為該等措施都是涉及人的基本權利，特別是自由權利的保障。

這些原則實在太重要，因此不能輕率對待，更不能讓強制措施成為提前問責的方式[26]。事實上，有社會即有法律（ubi societas, ibi jus），但不能濫用法律的適用或誇大其危險性而採用強制措施，尤其是羈押。

那麼，是什麼原因導致輕率採用羈押呢？

這都是有關文化的原因嗎？這無疑是原因之一。因為，對主流文化而言，監禁和重罰均被吹噓為解決一切具犯罪性質的偏差行為，本地法院的高級負責人的公開聲明都印證了這一點。同樣的座右銘很多時候都是來自政治層面的：正如發生在

2015年禁毒委員會第一次全體會議中，該委員會主席（行政會成員）提倡以加重處罰的方式解決存在於澳門特區吸食和販賣毒品的問題。對違犯在某些地方禁煙規定的人，要求比現時法例規定的更高罰款（日後，更可能是剝奪自由的處分）同樣是一個草率的用法。重罰往往被看作成所有惡疾的靈丹妙藥。

另外，我們不會說司法工作者在執行職務中表現出缺乏準備和不夠成熟。

---

24 Manuel Leal-Henriques，*op. cit.*，第277頁。

25 Tereza Beleza，*in* “Apontamentos de Direito Processual Penal”，第二冊，AAFDL出版，第13頁。

26 Nuno Brandão，*in* “Medidas de Coacção: O Procedimento de Aplicação na Revisão do Código de Processo Penal”。遵從規範刑事訴訟系統的憲法性原則，我們認為涉及對推定無罪的人(葡萄牙共和國憲法第三十二條第二款)限制自由的強制措施，不是亦不能是一種責任及刑事處罰的提前，他們只可具預防性質的保障手段，以達到刑事訴訟最終目的－Cfr. Jorge de Figueiredo Dias (與Maria João Antunes合作), Direito Processual Penal, FDUC, 1988年至1989年, 第20頁及隨後頁數) －例如：伸張正義、過程序上有效的方式追尋事實真相以及重整法律和平。我們亦同意Figueredo Dias，認為「限制或剝奪嫌犯的人身自由，要符合儘使強制措施有可能被強加在一個無辜者身上，仍然在社會上屬可以接受的要求」。– 引述 Jorge de Figueiredo Dias, *Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal*, *in* “Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal”，Almedina出版，1988年，第27頁。因此，這個法律規範從屬憲法性原則如法定原則、禁示過度原則(Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*，第7版，Almedina出版，2003年，第266頁及隨後頁數)，滿足羈押要求的必需性、適當性、適度性、暫時性和輔助性。有關這些原則，可參考Maria João Antunes相關的著作，*O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido sujeito a Medida de Coacção*, *in*: Manuel da Costa Andrade et. al. (org.)，“*Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias”，Coimbra editora出版，2003年，第1252頁及隨後頁數。

然而，對此我們不作排除。果實尚太幼嫩，仍然重量多於重質。有關對於司法工作的檢查，根本就不存在，或者十分罕有。

對以上我們作簡單介紹的強制措施十分關鍵的衡量原則，是法官在採用強制措施前，尤其是採用羈押前，必需考量的一個原則。實施羈押，會令嫌犯立即失去自由，隨即處於一個冬眠的狀態。

由法律規定上可以見到，採用強制措施的目的是具有防範性質，法官對此不能忽略：「根據一百七十六條的規定，採用法律上受到規範的強制措施的目的僅具防範性質，即是，它們的採用都是依照防範性質的要求。因此，強制措施不能為了達到其他任何目的及利益而被實施，例如：為了方便或制止嫌犯認罪[27]」。

畢竟，「這些措施純屬防範性質，並根據該構思，必需於面對強制措施有可能被強加在一個無辜者身上，仍然在社會上屬可以接受的情況下，才能採用任何一種具防範性質的強制措施[28]」。

在知悉的時候，法官不應該關注嫌犯有否認罪及是否具危險性，但應該關注有否收集足夠定罪的證據。缺乏證據的自認只能揭露太少。然而，類似嫌犯自認或存在危險性要件的個案中，羈押都會被實施。

測量嫌犯的危險性不應該僅視乎犯下某些犯罪的事實本身，應該考慮政治權力有意識地將其分配的弱勢社區、其家庭環境、犯罪動機、社會對其的看法和是否接納以及其習慣等等：「然而，不能誇大其危險性，亦不能將其預設，關鍵在乎是否在具體情況中發生。一項強制措施往往表示著嫌犯自由受到限制。因此，僅在不可能或真正的特殊情況下才可採用強制措施，但採用強制措施前必需給予嫌犯機會，為自己辯護、推翻或削弱那些將強制措施正當化的要件證據[29]」。

在決策有關強制措施的適用時，法官應該注意牢記無罪推定原則，因為個人自由是繼生命之後，其中一個人類最重要的法益。

人的自由是一個十分高價值的法益，不能重覆地，輕率地處理。

另外，為了採用或維持羈押的狀況，必須事實上存在第一百八十八條內規定的其中一個情況，基於其不可或缺性，而絕不是對嫌犯是否有罪的一份確信。基於警方在報告中發表的意見或由媒體在新聞發佈會上的言論的心證，當中嫌犯不是在法庭，亦未有被徵詢是否願意成為這一齣舞台劇[30]，直接成為掛在台上的一份狩獵戰利品，在這一瞬間，對公眾傳達他就是有罪的信息，這份心證絕對不足以支持羈押之適用。因此，剝奪嫌犯自由的任何決定都需要以證據為依歸。任何人都不應該或不可以為調查而被拘留或羈押。對自由的剝奪應當尋求反思。

27 Vitor Coelho，*op. cit.*，第25頁。

28 Maria João Antunes 以及她在其著作中引述Figueiredo Dias的意見，“As Medidas de Coacção no Código de Processo Penal de Macau”，澳門司法雜誌，第二冊，第一號，一月/四月，1997年，第122頁。

29 Germano Marques da Silva，*in* “Curso de Processo Penal”，第二冊，第254頁。

30 被拘留者通常都以黑布蒙頭面對媒體。

9.2. 拘留

另一種在實踐中出現的情況是拘留 － 為進行調查而拘留。拘留在這裏亦應視為最後手段。現在，一般而言，由刑事警察當局拘留一個人是為進行調查。一般而言，直到拘留為止，卷宗上根本沒有記錄任何證據，而通常的用法是帶疑犯到警局，禁止他與任何人聯絡，亦不讓他知道其應有的訴訟權利及責任，迫使疑犯自認，從而根據《刑事訴訟法典》第二百四十條第二款a）、b）和c）項的規定，成為其拘留的依據[31]。

事實上，警方是在刀刃上進行調查，但是，這不是可以忽視或忽略合法性原則的理由。

當以違法和違憲的方式 － 視基本法為憲法性文件 － 拘留調查，這是違反基本法第二十八條第一部份第二段規定：「澳門居民不受任意或非法的逮捕、拘留、監禁。對任意或非法的拘留、監禁」。

「拘留是(...)一項短暫性，而且歷時不超過四十八小時的預防性或警方的措施，不一定依賴司法命令狀，亦不要求實施對象具有嫌犯身份」[32] [33]。

與羈押一樣，拘留絕不可以用作進行調查，同樣不可用作羞辱或損害其名譽和名聲。

只能在法庭上和以確定判決來判斷所有與嫌犯有關的任何跡象，在此之前，嫌犯都是無罪的。

9.3. 總結

在澳門特別行政區內的確存在過多羈押和拘留，現在已經到了需要停止、聆聽和傾聽的時候。直到有罪判決得到確定之前，嫌犯(必定)是假定無罪的，這就是《刑事訴訟法典》的哲學理念。

31 在澳門特區這個情況，所有東西都是很集中，而且存在一個常任檢察官值班制度，因此，根本沒有理由讓刑事警方當局，徵求檢察院同意，執行第二款a）、b）和c）項的規定。對我們而言，所有嫌犯都應以自由身面對當值檢察官，並由當值檢察官決定是否拘留，若認為需要採用身分資料及居所之書錄以外的強制措施，亦由當值檢察官決定將其移送刑事預審法庭。對此必然存在一個檢察官的決定，拘留與否亦然。換言而之，我們認為這是源自上述條文第二款c）項的規定，這也是引導立法者的原則。

32 Vitor Coelho，*op. cit.*，第32頁，第29註腳。

33 對於由《刑事訴訟法典》第二百三十七條b）項規定的四十八小時的時限，我們想反思一下究竟何時開始計算這個四十八小時的時限：究竟是由對象失去自由開始計算－例如，在邊境被截獲－，還是由發出拘留命令狀那刻開始計算。我們認為這是由由對象失去自由開始計算。這亦表明我們正在不斷違犯澳門制區該條條文規定。

MEDIDAS DE COACÇÃO – PRENDER PARA INVESTIGAR OU INVESTIGAR PARA PRENDER?

João Barata Gonçalves[1]

1. CONCEITO

As medidas de coacção são *armas* processuais penais que limitam, total ou parciamente, a liberdade pessoal ou patrimonial do arguido e que, quando aplicadas correctamente, visam meramente acautelar a eficácia do procedimento, ou melhor, facilitar a descoberta da verdade material e garantir a presença do arguido nos actos processuais em que a sua presença seja reclamada.

As medidas de coacção consagradas no Código de Processo Penal[2], são, pois, a ferramenta dada pelo legislador aos tribunais para que, com a sua aplicação, mas tendo sempre presente o respeito pelos princípios condicionantes das mesmas (como sejam os princípios da legalidade, da necessidade, da adequação, da proporcionalidade, da subsidariedade e da precaridade), possam existir garantias consistentes e eficazes de uma verdadeira e estável paz jurídica – todas as fases de um processo criminal, desde a notícia do crime até ao julgamento, com sentença transitada em julgado, devem ter um percurso sem perturbações, para que se faça justiça – e uma igual paz comunitária, de modo que a vivência entre todos os membros seja uma realidade.

A lei processual penal deve ser equilibrada, provida dos mais elementares e fundamentais valores de segurança tendo, porém, sempre por base o *princípio da presunção da inocência do arguido até sentença transitada em julgado*.

1 Mestre em Ciências Jurídicas.

2 A partir de agora «CPP».

2. QUE MEDIDAS DE COACÇÃO?

Somente são susceptíveis de aplicação as medidas de coacção consagradas na lei, como determina o princípio estrito de legalidade prescrito no art. 176.º, do CPP, onde se diz expressamente «medidas…previstas na lei»[3]. Por outro lado, o art. 177.º, n.º 2, do CPP consagra que «[n]enhuma medida de coacção ou de garantia patrimonial é aplicada quando houver fundados motivos para crer na existência de causas de isenção da responsabilidade ou de extinção do procedimento penal». Existe, todavia, uma excepção a esta obediência e que se reporta ao termo de identidade e residência, previsto no art. 181.º do CPP, como resulta da imposição expressa no art. 188.º, do CPP.

3. DESTINATÁRIOS DAS MEDIDAS DE COACÇÃO

Apenas os arguidos são passíveis de lhes serem aplicadas medidas de coacção: «A aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial depende da prévia constituição como arguido, nos termos do artigo 47.º, da pessoa que delas for objecto» – art. 177.º, n.º 1, do CPP. Logo, está afastada a possibilidade de a elas poder ser sujeito um mero suspeito.

4. FINS DAS MEDIDAS DE COACÇÃO

No art. 188.º, do CPP, estão consagradas expressamente as finalidades das medidas de coacção. O legislador, ao consagrar expressamente tais disposições como fins das medidas de coacção, teve como objectivo o recuperar da paz jurídica comunitária, o evitar da destruição da prova material e a salvaguarda dos direitos fundamentais das pessoas[4].

3 Vitor Manuel Carvalho Coelho, *in* "As medidas de Coacção no Direiro de Macau", Revista do Ministério Público de Macau, número 2, Junho de 2001: «A enumeração das medidas obedece, pois, ao princípio da legalidade, pelo que a introdução no processo de qualquer uma que não conste do elenco legal não tem o menor efeito, uma vez que não pode ser executada ou posta em prática», p. 21.

4 Maria João Antunes, *in* "As medidas de coacção no código de processo penal de Macau", Revista Jurídica de Macau, Volume IV, n.º 1, Janeiro/Abril – 1997, p. 121: «…as medidas de coacção muito embora estejam directamente ligadas às finalidades da obtenção da verdade material e do restabelecimento da paz jurídica comunitária – objectivos que avultam quando consideramos o arguido como meio processual – vêem, todavia, sem mais, a outra finalidade do processo penal: a protecção dos direitos fundamentais das pessoas que nesta matéria surge, fundamentalmente,

5. COMPETÊNCIA PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO

As medidas de coacção, à excepção do Termo de Identidade e Residência, são da competência exclusiva de um juiz.

No decurso do inquérito, a imposição de medidas de coacção cabe exclusivamente ao juiz de instrução a requerimento do Ministério Público – art. 179.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPP, ou a requerimento do Ministério Público, de autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente – art. 250.º, n.º 1, al. b), e n.os 2 e 3, do CPP. Após o inquérito esta competência cabe àquele mesmo juiz, oficiosamente, ouvido o M.º P.º – artigos 179.º, n.º 1, *in fine*, e 186.º, n.º 1, do CPP. Nos termos do art. 179.º, n.º 2, 1.ª parte, do CPP, deve, sempre que possível e conveniente, proceder-se à audição do arguido em vassalagem ao princípio do contraditório.

Relativamente à iniciativa, a aplicação das medidas de coacção está subordinada aos regimes consagrados no art. 179.º, n.º 1, *in fine*[5] e no art. 250.º, n.os 2 e 3.

6. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O juiz deve ter sempre presente o princípio da presunção da inocência consagrado na norma já referida – art. 177.º, n.º 2, do CPP, assim como o direito ao recurso da decisão que aplicar ou mantiver quaisquer medidas de coacção – art. 203.º, excepto o TIR, assim como a providência de *habeas corpus* – art. 204.º e ss..

Veja-se o que diz a melhor doutrina relativamente e este princípio: «…o novo Código de Processo Penal de Macau dá […] consistência efectiva ao princípio da presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, até porque o arma com o direito de recorrer de toda e qualquer decisão que aplique ou mantenha medidas de coacção (e com a providência de *habeas corpus*). Que a aplicação futura desta lei permita também concluir que as medidas de coacção impostas são comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente»[6].

como tutela do direito à liberdade».

5 Manuel Leal-Henriques, *in* "Manual de Formação de Direito Processual Penal de Macau", Tomo I, 2.ª Edição, Centro de Fomação Jurídia e Judiciária, 2009, p. 283.

6 Maria Joao Antunes, *op. cit*., pp. 127 e 128.

7. PRINCÍPIOS DE PONDERAÇÃO À APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO

A aplicabilidade das medidas de coacção está condicionada a uma série de princípios, tais como:

1. Princípio da legalidade ou da tipicidade – art. 176.º, n.º 1, *in fine*, do CPP. Pelo que dispõe esta norma, as medidas de coacção e de garantia patrimonial são somente as consagradas no CPP, não podendo ser aplicadas quaisquer outras. A lei processual penal acolheu o sistema de *redoma*, ou seja, só pode fazer-se aplicação das medidas previamente definidas na lei.

2. Princípio da prévia constituição de arguido – art. 177.º, n.º 1, do CPP. Este princípio, note-se, somente respeita aos arguidos e nunca aos responsáveis civis; e é assim por consequência das garantias de defesa que têm de ser asseguradas aos arguidos, por exigência legal. Pois, como estatui a melhor doutrina «o princípio só releva – como é óbvio – para as medidas de coacção propriamente ditas, uma vez que essas se dirigem pessoalmente aos arguidos, outro tanto não acontecendo com as medidas de garantia patrimonial que, quando encaminhadas para o responsável meramente civil, ficam necessariamente de fora da cobertura do princípio»[7].

Assim, a estatuição constante do n.º 1 do art. 177.º, só vale para os arguidos e não para os responsáveis civis que não sejam arguidos. Isto tem a ver com as garatias de defesa que o estatuto de arguido confere a este, pelo que está plenamente justificada a exigência legal sempre que ao visado tenha de ser restringida a sua liberdade pessoal ou patrimonial, o que já não acontece com os meros responsáveis civis (cfr. arts. 211.º e 212.º).

3. Princípio da necessidade – arts. 176.º, n.º 1, e 177.º, n.º 2, do CPP. Estas normas vinculam a natureza cautelar das medidas de coacção. O legislador quis, de forma clara, que o juiz, quando tiver de aplicar uma medida de coacção, formule um juízo prévio no sentido de avaliar se é efectivamente necessário aplicar aquela medida àquele arguido e se a mesma satisfaz as exigências cautelares no caso concreto. O juiz não deve nunca recorrer à aplicabilidade de medidas de coacção, em particular a mais gravosa delas (prisão preventiva), por ramerrão, mas antes guiado pela estrela da indispensabilidade/da necessidade.

4. Princípio da adequação – arts. 176.º, n.º 1, e 178.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPP. Toda e qualquer medida de coacção deve ser adequada para atingir os fins tidos por necessários ao caso concreto. Para tanto, estão consagradas no CPP várias medidas de coacção que vão desde o termo de identidade e residência até à prisão preventiva, para que, de entre elas, o juiz, em razão do crime em análise e após profunda reflexão e com consciência clara

7 Manuel Leal-Henriques, *op. cit*., p. 274.

de julgador, aplique ao arguido a que tome por mais idónea para proteger as *exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.*

O princípio da adequação implica que o juiz, no momento da decisão, tenha bem presente que aquela medida é estritamente necessária e idónea à situação ***in casu*.**

5. O princípio da proporcionalidade – art. 178.º, n.º 1, *in fine*, do CPP. Exige que a medida de coacção a aplicar ao arguido esteja em conformidade com a concreta gravidade do ilícito penal que se persegue. Não deve ser aplicada medida de coacção que não seja proporcional à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas ao arguido em sede de julgamento.

Refira-se que o princípio da proporcionalidade para além de consagrado no art. 178.º, n.º 1, do CPP, também encontra aplicação, v.g., no art. 177.º, n.º 2, do CPP.

6. O princípio da subsidiariedade ou, talvez mais correctamente, o princípio da subsidiariedade da prisão preventiva, o qual vem consagrado nos arts. 178.º, n.º 3, e 186.º, n.º 1. Nos termos deste princípio, a prisão preventiva só deve ser aplicada como *ultima ratio*, ou seja, quando as restantes medidas de coacção se mostrarem inadequadas ou insuficientes.

7. Já o princípio da precariedade está contido no art. 196.º, n.º 1, al. b), e n.º 3, «segundo o qual as medidas de coacção, porque impostas a arguido presumido inocente, não devem ultrapassar a barreira do *comunitariamente suportável*»[8].

8. MEDIDAS DE COACÇÃO CONSAGRADAS NA LEI PROCESSUAL PENAL

8.1. Termo de identidade e residência

É a medida de coacção menos gravosa de todas e vem prevista no art. 181.º, n.º 1, do CPP. A imposição desta medida de coacção é obrigatória quando ocorre a constituição de arguido, logo, não está limitada aos princípios de necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

Se, porventura, ao arguido não for aplicada esta medida de coação, quando for constituído como tal e o processo continuar a sua "marcha", após o 1.º interrogatório, estamos perante uma mera irregularidade a ser reparada, quando detectada – art. 110.º, n.º 2, do CPP.

8 Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, *in* "As Medidas de Coacção no Processo Penal Português", Almedina, 2011, p. 66.

Assim, temos que o único requisito para ser aplicada a medida de coacção de termo de identidade e residência, é o de que uma qualquer pessoa seja constituída arguido.

O fim do TIR é o de, em termos processuais, se ter o arguido devidamente identificado, ou seja, saber-se onde mora, onde trabalha, ou o de se lhe conhecerem outros domicílios.

Discute-se, na doutrina, se o TIR é ou não uma verdadeira medida de coacção[9]. Para nós, temos que não é uma verdadeira medida de coacção mas antes uma obrigação advinda da condição de arguido, tanto mais assim que os detidos preventivos estão, por natureza, localizados e é-lhes aplicada esta medida. Muitos autores apontam-na como uma medida de natureza cautelar duvidosa, uma não verdadeira medida de coacção, pois a sua aplicação depende somente da continuação do processo e não de nenhuma das circunstâncias prescritas no art. 188.º, do CPP.

9 Teresa Beleza, *in* "Apontamentos de Direito Processual Penal", II volume, p. 8: «Esta medida, em rigor, não é talvez uma verdadeira medida de coacção no sentido em que o são as outras, uma vez que ela é sempre tomada independentemente de necessidades especiais do processo em causa, tratando apenas "de obrigar o arguido a identificar-se e a referir a sua residência, ficando obrigado a não se ausentar por determinado prazo dessa residência sem o comunicar às autoridades…"». Na página 12, a Autora nota que a medida "termo de identidade e residência" «parece fugir à quase totalidade dos princípios a que a lei sujeita as medidas de coacção. A ser uma delas – o CPP assim lhe chama – será certamente uma medida de coacção *sui generis*. Do ponto de vista teleológico, trata-se claramente de uma medida cautelar, com fins intraprocessuais, como as outras. Será a medida mínima, obrigatória que acompanhará sempre a constituição de arguido desde que o processo deva prosseguir, artigo 196° **CPP** [art. 181.º do CPPMacau] além do 1.º interrogatório. Repare-se que o **CPP** teve a preocupação de expressamente afirmar que a obrigação de identificação prevista no artigo 250.º [art. 233.º do CPPMacau] "não se considera medida de coacção", artigos 191.º, n.º 2 e 204.º [artigos 176.º e 188.º CPPMacau] exclui a sua aplicação à medida do artigo 196.º. Pelo contrário, inclui a sujeição a termo de identidade e residência, artigo 196.º entre as medidas de coacção e sente a necessidade de a excluir expressamente de certas regras, artigo 268.º, al. b) [art. 250.º do CPPMacau]». Finaliza Teresa Beleza: «Assim sendo, eu tenderia a considerar a medida prevista no artigo 196.º como uma verdadeira medida de coacção – também sujeita à limitação do artigo 192.º, n.º 2 [art. 177.º, n.º 2 do CPPMacau] ao contrário do que defende o Dr. David Catana, no texto – com notórias especialidades de regime». David Catana, a propósito, diz em "Apontamentos de Direito Processual Penal, aulas da Dr.ª Teresa Beleza", Vol. II, p. 98: «…se atendermos ao artigo 196.º e aos artigos 57.º e 59.º [artigos 46.º e 48.º do CPPMacau], parece que a constituição de arguido implica a aplicação do termo de identidade e residência, pois a constituição de arguido existe porque o processo vai prosseguir e, assim sendo, esta medida tem que ser obrigatoriamente aplicada, o que normalmente acontece no acto imediato à constituição de arguido. Ora face ao exposto, parece ser esta medida não uma verdadeira medida de coacção, mas antes uma obrigação, um dever, ou sujeição em virtude da própria situação de arguido. Para afirmar esta tese acrescenta-se que a grande parte dos Princípios Gerais não se aplicam a esta nulidade». Note-se que as opiniões transcritas foram tecidas com base no CPPPortuguês.

8.2. Caução

Esta medida de coacção está consagrada no art. 182.º do CPP. Trata-se de «uma medida de natureza patrimonial que visa garantir a presença do arguido em certos actos processuais ou a sua comparência perante certas entidades ou autoridades»[10].

Por outras palavras, «consiste na imposição ao arguido de garantia patrimonial para acautelar o cumprimento das suas obrigações processuais, v.g., comparência em acto processual, cumprimento de obrigações derivadas de medida de coacção que lhe tiver sido imposta»[11].

Para que haja lugar à aplicalidade de medida de *caução* o crime imputado ao arguido tem de ser punível com pena de prisão – art. 182.º, n.º 1, do CPP.

Para se atender ao montante da caução, a lei enumera quatro critérios, aos quais o juiz tem de atender — art. 182.º, n.º 3, do CPP.

O art. 190.º, n.º 1, do CPP, dispõe sobre a forma da prestação da caução nos concretos termos em que o juiz o admitir.

Com autorização expressa do juiz, a caução prestada pelo arguido, por qualquer dos meios previstos, pode ser substituída por outro – n.º 2, *in fine*. Logo, os meios de prestação de caução enumerados no n.º 1 da norma são meramente indicativos.

Se, porventura, houver uma impossibilidade, por parte do arguido, em prestar a caução que lhe foi imposta, ou tiver graves dificuldades ou inconvenientes em prestá-la, pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento, substituí-la por qualquer ou quaisquer outras medidas de coacção, excepto a de prisão preventiva, legalmente cabidas ao caso, as quais acrescerão a outras que já tenham sido impostas – art. 182.º, n.º 2, do CPP.

Se não for prestada, devidamente, a caução económica por parte do arguido, o juiz pode decretar o arresto, a requerimento do Ministério Público ou do lesado, nos termos da lei processual civil – art. 212.º, n.º 1, *ex vi*, art. 190.º, n.º 4, ambos do CPP.

A prestação de caução pode ser cumulada com uma qualquer outra medida de coacção, à excepção da prisão preventiva – art. 189.º do CPP.

Se, após a prestação de caução, forem conhecidas circunstâncias que a tornem insuficiente ou impliquem a modificação da modalidade de prestação, o juiz pode decretar o seu reforço ou modificação – art. 191.º, n.º 1, do CPP.

A caução é tida como quebrada quando, por parte do arguido, houver falta injustificada a um acto processual a que deva comparecer e para o qual tenha sido devidamente notificado ou incumprimento de obrigações derivadas de medida de coacção

10 Vitor Coelho, *op.cit*., p 26, *apud* J. Fonseca.

11 Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, *in* "A prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coacção. A Providência do *Hebeas Corpus* em virtude de prisão ilegal", Almedina, 2003, p. 104-105.

que lhe tiver sido imposta – art. 192.º, n.º 1, do CPP.

8.3. Obrigação de apresentação periódica

A obrigação de apresentação periódica consiste no dever do arguido ao qual é aplicada a imposição de se apresentar a uma autoridade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos. Esta medida de coacção só pode ser aplicada se o crime imputado ao arguido for punível com pena de prisão de limite máximo superior a 6 meses. A sua consagração consta do art. 183.º do CPP.

Esta medida é cumulável com qualquer outra medida que não a de prisão preventiva. Em vassalagem aos princípios da adequação e da proporcionalidade, na aplicação desta medida é legalmente exigido que se atenda às exigências profissionais do arguido e ao local em que habita[12].

8.4. Proibição de ausência e de contactos

Relativamente à proibição de ausência e de contactos, vale o que dispõe o art. 184.º do CPP, onde se prevê a imposição ao arguido, cumulativa ou separadamente, das seguintes obrigações:

– Não se ausentar de Macau, ou não se ausentar sem autorização;

– Não contactar com determinadas pessoas ou não frequenter certos lugares ou certos meios.

Esta medida só pode ser imposta ao arguido se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de limite máximo superior a 1 ano «…e não meros indícios de prática de crime, o que significa que, face aos elementos de prova disponíveis seja possível formar a convicção sobre a séria probabilidade de condenação, não bastando, assim, que seja, apenas, mais provável a condenação do que a absolvição.

12 Vitor Coelho, *op. cit*., nota 26, p. 31: «Sublinha-se que a obrigação de apresentação periódica assume agora um cariz autónomo, não se configurando, pois – como acontecia no direito anterior – como uma mera alternativa à caução, de que seria seu sucedâneo ou substituto. […] Mesmo que se conjuguem, no caso concreto, os requisitos gerais prescritos no art. 188.º, deve o juiz, antes de se decidir pela aplicação desta medida, equacionar devidamente as exigências cautelares do processo e a necessidade de salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias individuais do cidadão. […] Nesse ajustamento de interesses impõe-lhe a lei que na fixação da entidade e do dia e hora a que deve obedecer a apresentação se procure encontrar um ponto de equilíbrio entre o direito ao trabalho e a necessidade de sobrevivência do arguido e o seu dever de colaboração com a justiça, de modo a que a medida se cumpra sem desnecessário ou demasiado custo para aquele. […] Entende-se que a medida de obrigação de apresentação periódica se assumirá como *mais gravosa do que a de caução*, além do mais porque se condiciona a sua aplicação a casos de crimes puníveis com pena de prisão de limite máximo superior a 6 meses, o que se não verifica quanto àquela».

Por outro lado, a forma de cometimento do crime tem de ser doloso e não negligente»[13] [14].

8.5. Suspensão do exercício de funções, profissão ou direitos

Dispõe sobre a medida de suspensão do exercício de funções, profissão ou direitos o art. 185.º do CPP, a qual se concretiza na suspensão do exercício:

Da função pública;

De profissão ou actividade cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação da autoridade pública;

Do poder paternal, tutela, curatela, administração de bens ou emissão de títulos de crédito.

Para que o juiz se determine pela aplicabilidade desta medida, cumulativamente, se disso for o caso, com uma outra medida legalmente consagrada, o crime imputado ao arguido tem de ser punível com pena de prisão de limite máximo superior a 2 anos e sempre que a interdição do exercício respectivo possa vir a ser decretada como efeito do crime imputado[15].

13 Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, *op. cit*, p. 126.

14 Vitor Coelho, *op. cit*., nota 28, p. 32: «A aplicação da medida de proibição de ausência e de contactos pode revelar-se extremamente importante pela capacidade de adequação aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, facilitando um maior ajustamento à situação em causa. E será de utilizar sempre que vá ao encontro das exigências cautelares do processo, substituindo subsiediariamente a medida (mais gravosa) de prisão preventiva, mormente quando se tiver esgotado o prazo máximo de duração daquela (cfr. art. 201.º, n.º 2). […] Se se reparar na redacção do preceito – que exige como pressupostos básicos de aplicação que o crime em causa esteja *significativamente indiciado* ("fortes indícios"), seja *doloso* e lhe caiba uma *pena de prisão de máximo superior a 1 ano* –, constatamos que o legislador aproximou esta medida da de prisão preventiva, conformando-a, de algum modo, como substitutiva desta. […] No caso de violação das imposições previstas neste artigo, decretadas judicialmente, impõe-se o recurso à disciplina do artigo 187.º».

15 Vitor Coelho, *op. cit*., nota 27, pp. 31 e 32: «O regime de aplicação da medida obedece ainda a outras regras específicas, tal como sucede, de resto, com as demais. […] A demissão, a suspensão temporária da função e a interdição do exercício de outras profissões ou direitos, como penas acessórias que são, encontram-se reguladas nos artigos 60.º a 63.º do Cód. Penal. […] A sua aplicação, porém, não é automática, já que nenhuma pena poderá envolver, fatal e necessariamente, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos. […] O conceito de funcionário, para efeitos penais, é-nos dado pelo art. 336.º do Cód. Penal. […] A disposição em análise foi objecto de apreciação preventiva pelo Tribunal Constitucional de Portugal, dado se terem suscitado dúvidas quanto à sua constitucionalidade. […] Através do Ac. N.º 7/87, o referido Tribunal pronunciou-se pela negativa, uma vez que a aplicação deste normativo, além de limitada a crimes passíveis de uma determinada censura (máximo de prisão superior a 2 anos), depende ainda da susceptibilidade de cabimento, a final, da pena acessória de

8.6. Prisão preventiva

A prisão preventiva é a medida de coacção mais gravosa, está consagrada no art. 186.º do CPP e só deve ser aplicada ao arguido quando o juiz considere inadequadas ou insuficientes, *in casu*, qualquer uma das outras medidas de coacção. Assim sendo, relativamente a esta medida o juiz, antes de a aplicar, deve ponderar sempre o *ónus* de aplicabilidade excepcionalíssimo. Aqui, não há lugar à rotina. Efectivamente, o art. 176.º, n.º 1, do CPP, diz o seguinte:

«*A liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, das medidas de coacção e de garantia patrimonial previstas na lei*».

Sobre esta medida, refira-se que não basta que o juiz considere inadequadas ou insuficientes, *in casu*, qualquer uma das outras medidas de coacção, para aplicar, sem mais, a medida de prisão preventiva – prevista no art. 186.º, do CPP[16], pois têm de estar reunidos os requisitos ou condições de carácter geral previstos no artigo 188.º (basta um), a saber:

- Fuga ou perigo de fuga;
- Perigo de perturbação dos actos de investigação;
- Perigo de perturbação da ordem ou tranquilidade públicas ou de haver continuidade da actividade delituosa.

Além disso, devem verificar-se outros requisitos ou condições:

Haver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de

interdição do exercício de uma função ou profissão, ficando ainda sujeita aos limites da necessidade e da proporcionalidade e ao circunstancialismo descrito no art. 188.º. […] Quanto ao prazo de duração da medida é de aplicar aqui, o regime concebido para a medida de obrigação de apresentação periódica».

16 Vitor Coelho, *op. cit*., nota 29, p. 32: «O n.º 1 do artigo fala, como se vem dizendo, em *prisão preventiva*. […] Talvez interesse estabelecer a distinção entre esta medida e a mera detenção, invocando para tanto o Parecer n.º 12/92, da P.G.R de Portugal: "A prisão preventiva e a mera detenção têm em comum o facto de se tratar de medidas motivadas por exigências processuais de natureza cautelar e de se traduzirem na privação da liberdade física de pessoas não derivada de decisão judicial condenatória transitada em julgado. Trata-se, porém, de medidas distintas quanto à sua finalidade, duração e qualidade processual das pessoas a quem se aplicam. […] A prisão preventiva é uma medida de coacção susceptível de subsistir até ao trânsito em julgado da decisão penal de mérito, pressupõe a constituição da qualidade processual de arguido, e só é susceptível de ser aplicada por um juiz. […] A detenção é, por seu turno, uma medida cautelar ou de polícia, não necessariamente dependente de mandado judicial, que não pressupõe a qualidade processual de arguido a quem se destina, de natureza muito precária, de duração não superior a 48 horas"».

limite máximo superior a 3 anos – requisito de *carácter específico* e que vem prescrito no art. 186.º, n.º 1, al. a), do CPP[17] [18];

Insuficiência das demais medidas para garantirem por si, *in casu*, as garantias cautelares bastantes aos fins do processo;

A proporcionalidade da medida relativamente à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas naquele devido caso – art. 178.º, n.º 1, *in fine*.

Relativamente aos casos em que o arguido mostre que sofre de anomalia psíquica, o juiz pode atender ao que dispõe o n.º 2 do art. 186.º do CPP.

Uma outra situação que abraça a característica da RAEM é a que vem consagrada na al. b) do n.º 1 do art. 186.º do CPP, em que, tratando-se de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente na RAEM, ou contra a mesma estiver em curso processo de entrega a outro Território ou Estado ou de expulsão, o juiz **pode** impor a essa pessoa a prisão preventiva.

Quanto a esta figura diz a melhor doutrina que «…em princípio, qualquer medida de coacção e sobretudo a mais gravosa de todas que é a prisão preventiva, só deve ser aplicada para fins relativos àquele processo e àquela pessoa em concreto e fundamentalmente devem ter, neste sentido, isto é, a prisão preventiva não deve, ao contrário do que acontecerá na realidade, funcionar como uma medida punitiva, mas deve funcionar, como qualquer medida de coacção […] como uma garantia de segurança no sentido de que o arguido não

17 Vitor Coelho, *op. cit*, p. 33, nota 34: «Quando a lei fala em *fortes indícios* há que ter em conta a compreensão ou abrangência exacta dessa realidade, pois que o legislador se não limitou a falar em indícios, mas em *fortes* indícios o que inculca a ideia de necessidade de que a suspeita sobre a autoria ou participação no crime tenha uma base de sustentação segura. Isto é: não basta que essa suspeita assente num qualquer estrato factual, mas antes em factos de relevo que façam acreditar que eles são idóneos e bastantes para imputar ao arguido essa responsabilidade, sob pena de se arriscar uma medidda tão gravosa como esta em relação a alguém que pode estar inocente ou sobre o qual não haja indícios seguros de que com toda a probabilidade venha a ser condenado pelo crime imputado». GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA falam até em "*provas sérias*" (cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., p. 185). O que não invalida que possamos entender que a expressão utilizada pelo legislador (*fortes indícios*) porventura, não constituirá mais do que uma *injunção psicológica ao juiz*, no sentido de uma exigência na ponderação dos dados probatórios recolhidos acerca do crime assacado ao arguido (portanto, não mais prova, mas mais cuidado e ponderação na sua análise).

18 Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, *op. cit*., p. 126: «…não bastando a existência de meros indícios de prática do crime, pois, necessário será que, face aos elementos de prova disponíveis no processo, seja possível formar a convicção sobre a séria probabilidade de condenação, e não apenas sobre mera probabilidade de condenação face à absolvição. A probabilidade de condenação há-de, pois, ser relevante, séria ou suficientemente importante, face à absolvição, por outro lado, a forma de cometimento do crime tem de ser dolosa e não meramente negligente».

se eximirá a estar presente no processo e não irá perturbar o decurso das investigações, destruindo a actividade na suspeita da qual ele está a ser sujeito a um processo-crime»[19].

Aquando da detenção ou da prisão preventiva é essa situação, com consentimento do arguido, de imediato comunicada a parente, a pessoa da sua confiança ou a defensor indicados por ele, já não sendo necessário esse consentimento se o arguido for menor de 18 anos – art. 179.º, n.os 4 e 5, do CPP[20].

Analisemos, de seguida, de forma abreviada, algumas das demais características do regime da prisão preventiva:

- *Reexame da prisão preventiva:* enquanto houver lugar à prisão preventiva, o juiz está obrigado a proceder oficiosamente, de 3 em 3 meses, ao reexame da subsistência dos pressupostos daquela, com a finalidade de mantê-la, substituí-la ou revogá-la – art. 197.º, n.º 1, do CPP.

- *Revogação, alteração e reaplicação:* as medidas de coacção previstas na lei podem ser revogadas, alteradas ou reaplicadas, consoante as condicionantes circunstanciais do caso em concreto – *vide* o art. 196.º do CPP.

- *Suspensão dos prazos da prisão preventiva*: a medida de prisão preventiva pode ser suspensa quando estiverem preenchidos os requisitos consagrados no art. 200.º, n.º 1, als. a) e b), do CPP.

- *Extinção imediata da prisão preventiva e demais medidas:* a prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido os prazos máximos de duração desta medida, previstos no art. 199.º do CPP, assim como no caso de haver sentença condenatória, ainda que dela tenha sido interposto recurso, se a pena aplicada não for superior à prisão já cumprida – art. 198.º, n.º 2. As demais medidas extinguem-se de imediato quando se verificarem os requisitos consagrados, também, no art. 198.º, n.º 1, als. a) a d), do CPP. As medidas previstas nos arts. 183.º, 185.º e 184.º do CPP, extinguem-se ainda em conformidade com o que dispõe o art. 202.º, n.os 1 e 2, do CPP.

- *Recurso:* é sempre possível recorrer da decisão que aplicar ou mantiver medida de coacção – art. 203.º do CPP.

- *Habeas corpus:* nos casos previstos nos arts. 204.º e ss., do CPP, a forma de impugnação da prisão preventiva é por via de *habeas corpus*.

- *Indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada:* em situações em que tenha havido detenção ou prisão preventiva manifestamente ilegal, a vítima pode

19 Teresa Beleza, *op. cit*. pp. 125 e 126.

20 Quanto aos maiores de 18 anos temos que o Juiz, o M.º P.º ou o Órgão de Polícia Criminal estão condicionados por um consentimento, sujeito, todavia, a consulta obrigatória ao arguido. Já quanto aos menores de 18 anos estão perante uma obrigação.

requerer, ao tribunal competente, a devida indemnização pelos danos sofridos – arts. 209.º e 210.º do CPP.

- *Desconto:* a prisão preventiva cumprida pelo arguido no processo em que venha a sofrer condenação é descontada por inteiro no cumprimento da pena de prisão que lhe for aplicada. Já se ao arguido for aplicada pena de multa, a detenção e a prisão preventiva são descontadas à razão de 1 dia de privação da liberdade por um dia de multa – art. 74.º do Código Penal.

8.7. Outras medidas ou providências cautelares

O CPP contempla outras medidas ou providências cautelares, embora com finalidades diferentes das previstas pelas medidas de coacção e de garantia patrimonial. Vejam-se, neste sentido, os seguintes casos:

- O art. 233.º, n.º 3, do CPP[21] e o art. 30.º da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho, que são *providências de coacção* que visam, pura e simplesmente, a *identificação de suspeitos*[22], pois o suspeito não é arguido e só este é passível de lhe serem aplicadas medidas de coacção, o suspeito não passa disso mesmo, um mero suspeito[23] [24];

21 O artigo 233.º, quanto a nós, tem a ver com a lei de segurança, logo, está deslocado no CPP. As medidas nele constantes são claramente medidas administrativas.

22 Nos n.os 1 e 3 do art. 233.º, fala-se em *pessoas*, logo fica a ideia que não tem nada a ver com suspeitos.

23 Vitor Coelho, *op. cit.* p. 30, anotação número 5, Artigo 177.º (artigo 192.º CPP Português). A propósito referir J. Fonseca (12.ª aula – 11 de Maio de 1987): «Há quem levante o problema de saber se esta imposição de permanecer na polícia, ainda que por uma espaço de tempo que não ultrapasse 6 horas, não levantará alguns problemas de constitucionalidade. Bem que tal medida contende com os direitos e bens individuais, e, por isso, seja susceptível de dúvidas desse teor (…mas o processo penal, quase todo ele, implica sempre uma certa restrição a direitos e bens individuais), tendo sobretudo em atenção ao que dispõe o art. 27.º, n.º 3, al. e), da CRP (hoje al. f)) – que permite a detenção para assegurar a comparência perante a autoridade policial competente –, parece-me que esta detenção nas condições e com os limites definidos legalmente, poderá estar coberta, sob o ponto de vista de constitucionalidade, por esta al. e) do n.º 3 do art. 27.º da CRP (hoje al f)). Aliás, assim foi decidido pelo Tribunal Constitucional, no seu acórdão 7/87. […] No fundo pode dizer-se que este acto de detenção para identificação é um acto instrumental em relação a outras eventuais medidas, v.g., de detenção ou de prisão, estas mais claramente dotadas de "cobertura" constitucional».

24 Pelo disposto na nota anterior levanta-se, e bem, a questão de saber se a permanência de uma pessoa num departamento policial, mesmo que para identificação devida e por um período máximo de 6 horas, não pode levantar problemas de inconstitucionalidade. Ora e agora o que dizer ao que consagra o art. 30.º da Lei n.º 6/97/M de 30 de Julho, «Nos casos previstos nos n.os 2 e 3 do artigo 233.º do Código de Processo Penal, quando o prazo referido neste último número não puder ser cumprido, a situação é imediatamente comunicada, com justificação suficiente, ao dirigente máximo

- Os meios de obtenção da prova, previstos nos arts. 156.º, 158.º e 232.º, todos do CPP, que são *providências cautelares em matéria de prova*;

- Os casos de detenção previstos no art. 237.º do CPP, que traduzem ao mesmo tempo *providências cautelares e de coacção*;

- O mandado de comparência, notificação e detenção, previstos no art. 255.º do CPP, para a fase de inquérito;

- O mandado de comparência e notificação, previstos no art. 275.º do CPP, para a fase de instrução.

Nos dois últimos casos referidos, tem aplicabilidade o que dispõe o artigo 103.º do CPP, que consagra para os faltosos sanções como o pagamento de uma determinada soma em dinheiro, a condução sob detenção pelo tempo indispensável à realização da diligência ou até mesmo a aplicação de medida de prisão preventiva, se esta for legalmente admissível.

9. PRENDER PARA INVESTIGAR OU INVESTIGAR PARA PRENDER

Aqui chegados impõe-se perguntar: prender para investigar ou investigar para prender?

9.1. Prisão preventiva

Como é sabido, a liberdade das pessoas é um bem demasido importante para ser violado, mesmo que se trate de um potencial violador da lei penal, vulgo arguido.

Na situação em análise, a da prisão preventiva, a medida de coacção mais gravosa consagrada na lei processual penal, questiona-se em diversos meios, e bem, o recurso sistémico à sua aplicação.

O que se põe em causa é se se prende preventivamente para investigar, ou seja, para posteriormente se proceder à recolha de prova que incrimine o arguido ou se, pelo contrário, se deve investigar primeiro – carrear prova para inquérito e só depois deter preventivamente se for essa a medida de coacção indispensável *in casu*.

O recurso à prisão preventiva é, em nosso entender, no sistema em exame, uma

do respectivo órgão de polícia criminal, o qual pode autorizar a sua prorrogação até ao limite máximo de 24 horas»? Aqui, temos uma situação que para além de ferir claramente o que se consagra na Lei Básica (artigo 28.º), pode levar a situações de arbitrariedade. Foi-se longe de mais num sistema que pugna pela consagração dos direitos fundamentais dos cidadãos. Em nome da segurança, os direitos fundamentais estão, nos dias de hoje, a ficar-se por letra morta.

medida de coacção, por regra, de rotina quando na verdade deveria ser de excepção – *ultima ratio*: «... o recurso a tais medidas deve ser norteado pela sua indispensabilidade, e não por mera rotina, como se em todas as situacões a respectiva aplicação resolvesse qualquer problema sério suscitado pela simples existência do processo»[25].

As medidas de coacção previstas na lei processual penal estão condicionadas a uma *redoma* ou, como diz a melhor doutrina, a um "catálogo fechado" [26]. São aquelas e só aquelas – as consagradas na lei, e a sua aplicabilidade exige indipensabilidade e não prática costumeira. São medidas de *ultima ratio*. Exige-se o máximo de senso ao aplicador das mesmas, pois mexem com direitos fundamentais das pessoas, em concreto, a tutela do direito à liberdade.

São princípios valorosos demais para não serem olhados com acuidade e para se tratarem as medidas de coacção como forma de antecipação da responsabilização[27]. É certo que *ubi societas, ibi jus*, mas não pode abusar-se na aplicação do direito nem inventar-se perigosidade para aplicar medidas de coacção e, em particular, a prisão preventiva.

Assim, que razões levam a esta prática com recorrente irreflexão?

Serão questões culturais que estão em causa? É, sem dúvida, uma das razões. Porquanto, na cultura predominante, reina a apologia à prisão e às penas pesadas como

25 Manuel Leal-Henriques, *op. cit*., p. 277.

26 Tereza Beleza, *in* "Apontamentos de Direito Processual Penal", II volume, AAFDL, p. 13.

27 Nuno Brandão, *in* "Medidas de Coacção: O Procedimento de Aplicação na Revisão do Código de Processo Penal". Damos como pressuposto e adquirido, à luz dos princípios constitucionais conformadores do sistema processual penal, que as medidas de coacção, enquanto restrições à liberdade de alguém que se presume inocente (art.º 32.º, n.º 2, da CRP), não são, nem podem ser uma forma de antecipação da responsabilização e punição penal e só se justificam como meio de tutela de necessidades de natureza cautelar, ínsitas às finalidades últimas do processo penal – Cfr. Jorge de Figueiredo Dias (com a colaboração de Maria João Antunes), Direito Processual Penal, FDUC, 1988-89, p. 20 e ss.), a realização da justiça, através da descoberta da verdade material de um modo processualmente válido, e o restabelecimento da paz juridical. Também damos como assente, com Figueredo Dias, que a limitação ou a privação da liberdade do arguido está estritamente vinculada «à exigência de que só sejam aplicadas àquele as medidas que ainda *se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente*» – Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal*, *in* "Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal", Almedina, 1988. p. 27. Daí resultando a subordinação da disciplina legal aos princípios constitucionais da legalidade, da proibição do excesso (Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, 2003, p. 266 e ss.), nas suas vertentes de necessidade, adequação e proporcionalidade, da precariedade e da subsidariedade da prisão preventiva. Sobre estes princípios, desenvolvidamente e com amplas referências bibliográficas, Maria João Antunes, *O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido sujeito a Medida de Coacção*, *in*: Manuel da Costa Andrade et. al. (org.), "*Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias", Coimbra editora, 2003, pp. 1252 e ss..

forma de resolver todos os desvios de índole criminal. A confirmá-lo estão as repetidas declarações públicas de altos responsáveis dos tribunais locais nesse sentido. O mesmo mote vem, amiúde, da vertente política: foi o que aconteceu na 1.ª Sessão Plenária da Comissão de Luta Contra a Droga 2015, em que o Presidente daquela Comissão (membro do executivo) advogou o agravamento das penas como forma de resolver o residual problema do consumo e tráfico de estupefacientes na RAEM e com igual leviandade se reclamam coimas mais pesadas (amanhã, possivelmente, privação da liberdade) que as actualmente previstas na lei, para aqueles que violem a proibição de fumar em determinados locais. As penas pesadas são vistas como o remédio para todas as maleitas.

Por outro lado, não vamos afirmar que existe impreparação e falta de maturidade para o desempenho das funções – operador judiciário. Todavia, não afastamos essa vertente. A fruta é demasiado verde e, senão, prima-se pela quantidade em detrimento da qualidade. Inspecções ao trabalho dos operadores judiciários não existem ou são ralas.

Os nobres princípios de ponderação na aplicação das medidas de coacção a que antes fizemos devida vénia, são a moleta em que o juiz se deve apoiar e lançar mão para decretar uma medida de coacção e em particular a de prisão preventiva. A aplicação da prisão preventiva priva, imediatamente, o arguido da sua liberdade lançando-o num estado de hiemação.

Do consagrado na lei retira-se que o fim que conduz à aplicação das medidas de coacção é a *natureza cautelar* e isso não pode ser ignorado pelo juiz: «Como flui do artigo 176.º, o fim que preside à aplicação das medidas legalmente fixadas é exclusivamente de *natureza cautelar*, melhor dito, depende de *exigências de natureza cautelar*, pelo que *não podem as mesmas ser aplicadas para qualquer outro fim ou interesse*, como seja, por exemplo, para proporcionar a confissão ou compelir o arguido a fazê-la»[28].

Afinal, o «carácter estritamente cautelar de tais medidas, bem como a ideia, segundo a qual, a aplicação de uma qualquer medida processual de natureza cautelar há de mostrar-se «comunitariamente suportável face à possibilidade de estar a ser aplicada a um inocente»[29].

O magistrado não se deve preocupar, na hora do conhecimento, em saber se o arguido confessou os factos ou se é suposto ser perigoso mas antes preocupar-se se foram recolhidas provas bastantes que o incriminem. A confissão do arguido despida de prova releva o que releva – muito pouco. Todavia, casos têm ocorrido em que a confissão do arguido ou o pressuposto da sua perigosidade é bastante para que a prisão preventiva seja decretada.

28 Vitor Coelho, *op. cit*. p. 25.

29 Maria João Antunes e citação também da Autora a respeito de Figueiredo Dias, no seu trabalho "As Medidas de Coacção no Código de Processo Penal de Macau", Revista Jurídica de Macau, volume II, número 1, Janeiro/Abril, 1997, p. 122.

A perigosidade de um arguido não deve ser medida só pelo facto de ter cometido determinado ilicito penal, antes deve atender-se ao gueto societário a que conscientemente o poder político o remete, ao meio familiar, às razões que conduziram ao acto, como é visto e aceite pela sociedade, à habitualidade, etc: «Não pode, porém, exagerar-se o perigo, nem pressupô-lo. Importa que se verifique na situação concreta. Uma medida de coacção representa sempre a restrição da liberdade do arguido e por isso só na impossibilidade ou em circunstâncias verdadeiramente excepcionais deve ser aplicada sem que antes se tenha dado a possibilidade do arguido se defender, ilidindo ou enfraquecendo a prova dos pressupostos que a podem legítimar»[30].

O aplicador de uma medida de coacção, na hora da decisão, deve ter sempre presente o princípio da presunção da inocência, pois *a liberdade individual é, a seguir à vida, um dos mais relevantes bens do Homem*.

A liberdade do Homem é bem super valoroso para ser tratato, amiúde, com demasiada ligeireza.

Por outro lado, para que se decrete ou mantenha uma situação de prisão preventiva tem de existir, efectivamente, uma das situações previstas no art. 188.º, sustentada na indispensabilidade, e jamais com base num convencimento sobre a culpabilidade do arguido. Pois uma convicção amparada pela opinião da polícia num relatório ou pelo que se diz em cirúrgica conferência de imprensa passada aos orgãos de comunicação social, onde o arguido, antes de ser presente em Tribunal, é exposto em palco como troféu de caça e ao qual não é perguntado se deseja ser actor naquela peça de teatro de máscaras[31], passando-se, naquele *flash*, a mensagem de que o mesmo é culpado, não pode servir de sustento para decretar a prisão preventiva. Pois, deve ser antes a ***prova*** a rainha da base de uma decisão que priva o arguido da liberdade. Ninguém deve/pode ser detido ou preso preventivamente para ser investigado. O privar alguém da liberdade deve incutir reflexão.

9.2. Detenção

Outra situação a que se recorre por prática é à detenção – deter para investigar. A detenção deve ser tida, também aqui, como medida de *ultima ratio.* Ora, temos que, por regra, a detenção de uma pessoa, levada a efeito por autoridades de polícia criminal, tem por base deter para investigar. As provas carreadas para os autos até à detenção de determinada pessoa são, no mais das vezes, nenhumas e o recurso corrente é levar o suspeito à confissão *arrancada* após a sua condução para as instalações policiais – onde é

30 Germano Marques da Silva, *in* "Curso de Processo Penal", II, p. 254.

31 Os detidos são exibidos à imprensa com um gorro de cor preta a cobrir-lhes a cabeça e a cara.

privado de quaisquer contactos e não lhe são dados a conhecer os seus direitos e deveres processuais – art. 50.º do CPP – e que vai servir de base para a sua detenção nos termos do art. 240.º, n.º 2, als. a), b) e c), do CPP[32].

As polícias investigam, é certo, sobre o fio da navalha, mas tal não é motivo para descurar ou ignorar o princípio da legalidade.

Quando se detém para investigar é cometida uma ilegalidade clamorosa e ferida de inconstitucionalidade – considerando a Lei Básica um texto constitucionl – pois está a ser violado o disposto no §1.º, 1.ª parte, do art. 28.º da Lei Básica: «*Nenhum residente de Macau pode ser sujeito a captura,* ***detenção*** *e prisão* ***arbitrárias ou ilegais****».*

«A detenção é…uma medida cautelar ou de polícia, não necessariamente dependente de mandado judicial, que não pressupõe a qualidade processual de arguido a quem se destina, de natureza muito precária, de duração não superior a 48 horas» [33] [34].

A detenção tal como a prisão preventiva não pode, de forma alguma, ser usada para investigar, quando não para humilhar, para manchar a honra e o bom nome.

Os indícios que possam recair sobre um arguido, por mais que sejam, só se confirmam em sede de julgamento e com sentença transitada em julgado. Pois, até lá, o arguido é inocente.

9.3. Conclusão

Na RAEM há excesso de prisão preventiva e de detenção. É tempo de parar, ouvir e escutar. O arguido, até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, deve presumir-se (sempre) inocente. É essa a filosofia do CPP.

32 Numa situação como a da RAEM, em que tudo é perto e existe um sistema permanente de magistrados do M.º P.º de turno, não encontramos motivos para o sistémico recurso, por parte das autoridades de polícia criminal, com consentimento do M.º P.º, a este n.º 2, als. a), b) e c). Por nós, entendemos que todos os arguidos deveriam ser presentes, ao M.º P.º de turno, na situação de liberdade e devia ser este magistrado a decididir da sua detenção e posterior apresentação ao JIC, se entendesse haver lugar à aplicação de outras medidas de coacção para além do TIR. Isto para haver sempre lugar a uma decisão de um magistrado mesmo na detenção. Aliás, é isso, em nosso entender, que se retira da al. c) do n.º 2 do referido artigo e foi esse o princípio que norteou o legislador.

33 Vitor Coelho, *op. cit.* p. 32, nota 29.

34 Relativamente ao prazo de 48 horas, que vem consagrado no art. 237.º, al. b), do CPP, deixamos aqui um desassossego que se resume em saber quando se inicia a contagem das 48 horas: se quando a pessoa deixa de ser livre na sua liberdade – por exemplo, quando é interceptada na fronteira – se quando é emitida a ordem de detenção. Para nós, temos que é quando deixa de ser livre na sua liberdade. De onde se conclui que temos violação constante daquela norma na RAEM.

採用身分資料及居所書錄之本質及作用：探析由刑事警察機關實施的可能性

José Bento de Almeida

一、強制措施概念及目的

總體而言，任何一種現代刑事訴訟程序法都會確立在刑事訴訟程序範圍內，對具有實施某種犯罪的跡象的嫌犯實行強制措施的規定。同樣地，《澳門刑事訴訟法典》（CPP）[1]在其第四卷《強制措施及財產擔保措施》[2]中作了詳細的規定。

眾所周知，澳門的法律體制源於葡萄牙。在澳門回歸中國的準備階段，爲了避免在植入新的法律制度和之前的法律制度之間出現斷裂，也同樣避免在澳門社會出現和居民日常生活及生活方式相關的法律空白，政策規定在澳門保持當時生效的絕大部份法律規定繼續適用，保持基本不變。這種意願也促成了《中葡聯合聲明》和《基本法》作出相關明文規定，意在“保持有關刑事規定繼續生效並且根本內容不變”。

然而，值得一提的是，現在生效的《刑事訴訟法典》在1996年被通過，所以肯定的是這版法典和葡萄牙的《刑事訴訟法典》有一些相似之處（這是在澳門主權移交給中國之前通過的另一個版本的根本性立法，但是這次立法是在澳門回歸中國的準備階段框架之內的，至少是1987年4月簽署的《中葡聯合聲明》的框架之內的）。

然而，澳門1996年生效的《刑事訴訟法典》中關於強制措施的規定幾乎和《葡萄牙刑事訴訟法典》的規定相同。雖然對《刑事訴訟法典》曾做過一些

1 下文中的字母縮寫CPP，僅是指現時在澳門生效的《刑事訴訟法典》，當指其他不同法律體制裡的刑事訴訟法典時，筆者會特別注明。如果文中沒有特別指出引用的條款出自何部法律，即指出自現時生效的《澳門刑事訴訟法典》。

2 在本文中我們沒有分析財產擔保措施，除非在需要提到時才會個別提及。

修改，最近也對其作了新的修正[3]，但我們仍能很容易發現第四卷關於強制措施及財產擔保措施的規定除了表述上細微的差異和爲了適應澳門現實作出的調整外，無論是從分類上還是從本質上都和葡萄牙的規定幾乎一模一樣[4]。

從未有刑事訴訟法典的修正案對第四卷關於強制措施及財產擔保措施的規定進行過修改，甚至第9/2013號法律的《刑事訴訟法典》修正案也是如此，在前述修正案中僅增加了第181條第4款（這個條款的表述和葡萄牙現行生效的《刑事訴訟法典》第181條第2款的完全一致）。然而，在修正法案送立法會第一文本中對強制措施的修改涉及條款較多，這在送立法會第二文本中都被剔除了。

尤其是關於我們研究的對象——採用身分資料及居所之書錄， 從1998年開始在《刑事訴訟法典》中規定由刑事警察機關來實施這項強制措施，但是2013年的《刑事訴訟法典》修正案並沒有賦予這種舉措以可能性。在下文中進行詳述。

強制措施概括來講，是限制具有犯某種罪行的跡象的嫌犯人身自由的程序性保全措施。

根據對《刑事訴訟法典》第188條的理解，強制措施是爲了保障刑事訴訟程序的順利和有效進行而採取的程序性措施。強制措施限制人身自由是通過某種方式帶著預防目的的保全要求去約束、控制或限制一個人的行為，最終甚至可剝奪其人身自由[5]。強制措施僅在作為該等措施之對象之人成為嫌犯之後，即存在犯某種罪行的跡象，且沒有理由相信有免除責任或追訴權消滅之事由，方得採用[6]。僅法院有權限採取強制措施，因此構成審判職能的一種行使途徑。

正如上面述及，強制措施的目的要求只有滿足一般要件後才能採用強制措施。第188條載明了除非出現逃走或有逃走之危險，有擾亂訴訟程序進行之危險，尤其是對證據之取得、保全或真實性構成危險，又或者基於犯罪之性質與情節或嫌犯之人格，有擾亂公共秩序或安寧之危險，或有繼續進行犯罪活動之危險，不得採用任何一項強制措施[7]。

所以，強制措施的採用是爲了防止嫌犯逃走和攪亂程序的後續困難，明顯地，也爲了防止其他情形擾亂偵查或預審進程或擾亂與證據相關的程序，還爲了維持社會安定，阻止犯罪行為的繼續發生。

3 《澳門刑事訴訟法典》於第48/96/M號法令通過（自1997年4月1日生效），之後經過一些修改——第63/99/M號法令（核准《法院訴訟費用制度》）；第9/1999號法律（通過《司法組織綱要法》）；第3/2006號法律（《預防及遏止恐怖主義犯罪》）；第6/2008號法律（《打擊販賣人口犯罪》）；第2/2009號法律（《維護國家安全法》）；第17/2009號法律（《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》）——僅有在第9/2013號法律（修改《刑事訴訟法典》）中才對該法典作出真正的修改。

4 我們看《葡萄牙刑事訴訟法典》第四卷的第191條和第228條（2月17日的第八版第77/87號法令中有到1995年為止的修改，即直到11月28日第317/95號法令作出的修改），這個版本就是《澳門刑事訴訟法典》在1996年通過並生效的版本。

5 關於這些方面，可參考例如第8條、第176條或第178條。

6 第177條。

7 正如第188條一開始所述，排除了身分資料及居所之書錄，這在一開始就證實了這項強制措施和其他強制措施的目的是不一樣的。

二、適用強制措施的一般要件和前提

現在對強制措施的一般條件和前提進行論述是適當的。第177條第1款就是採用措施的必要條件，即僅在作為該等措施之對象之人依據規定成為嫌犯後方得進行。

要強調的是，要通過轉介第47條的規定將作為該等措施之對象之人定為嫌犯。這兩個條款加強了嫌犯預先確定原則，能否採用強制措施依賴於被拘留之人是否具備嫌犯的條件。

在第177條第1款規定只有在作為該等措施之對象之人依據規定成為嫌犯之後才能採用強制措施和第47條第1條第b項規定要想對某一人採取強制措施必先滿足該人為嫌犯的前提條件的兩個規定是完全一致和吻合的。因此，能否採取強制措施是依賴於嫌犯的條件的、並且只有在該等措施之對象之人已經預先具備這種程序地位後才能得知的。

另一方面，如果旨在保障刑事訴訟程序的正常進行而採取強制措施，那麼保障訴訟程序主體也是刑事訴訟程序的功能，尤其是可作為該等措施之對象之人必須滿足條件才得以被採用強制措施，這一舉措保護了兩者，即訴訟程序和嫌犯，保障了嫌犯在訴訟程序中能實行所有的權利、履行所有的程序義務[8]。但是，要注意的是，存在可歸責的跡象並不等同與成為嫌犯。

除了在刑事訴訟程序中被控訴之人或被聲請進行預審之人為嫌犯外，如屬下列情況的人也可以成為嫌犯：i)　對特定人進行偵查時，該人向任何司法當局或刑事警察機關作出聲明；ii) 須對某人採用強制措施或財產擔保措施；iii) 製作實況筆錄，視某人為犯罪行為人，且將實況筆錄告知該人；iv) 依據第237條至第244條之規定及為著該等條文所指之目的，將涉嫌人拘留[9]。根據第48條第1款和第2款的規定，如果在向某一非為嫌犯之人作出任何詢問期間，有理由懷疑該人曾犯罪，則該人成為嫌犯，或者涉嫌曾犯罪之人透過請求而成為嫌犯，只要正實行某些旨在證實可否將實施歸責該人之措施，而該等措施系影響其本人者。

至於適用強制措施的前提條件和所依據的響應可用證據，首先需要可作為該等措施之對象之人具備實行某種可處罰犯罪的跡象，如果要採用更嚴重的強制措施，例如禁止離境及接觸、執行職務、從事職業或可行使權利之中止、羈押（對應第184條、第185條、第186條），則相應地需要提高跡象的可疑程度。

但是，作為消極條件，如基於有依據之理由相信有免除責任或追訴權消滅之事由，則不得採用任何強制措施（第177條第2款）。更具體地說，前述這些事由是阻卻不法性及罪過之事由（見《澳門刑法典》第30條至第38條），尤其是從法律秩序之整體加以考慮，認為事實之不法性為法律秩序所阻卻者，該事

8　特別是第46條、第47條第1款、第48條第2款、第49條和第50條。

9　在第46條第1款和第47條第1款是為了第237條所載的目的：最遲在四十八小時內，將被拘留之人提交接受以簡易訴訟形式進行之審判，或交由有權限之法官以便進行首次司法訊問，又或對其採用一強制措施；或者確保被拘留之人於法官主持訴訟行為時在場；或者確保就嫌犯無出席而進行審判聽證時所宣示的有罪判決作出通知；或確保徒刑或收容保安處分得以執行。

實不予處罰，同時如果是正當防衛、行使權利、履行法律規定之義務或遵從當局之正當命令或獲具有法律利益而受侵害之人同意時，亦非屬不法。追溯時效期滿、行為人之死亡和大赦也是刑事責任消滅的原因（《澳門刑法典》第110條至第113條和第119條）。

除了上面提及的強制措施的目的，第188條的直接目的正如其標題所述，是確立採用強制措施之一般要件。這樣，除了有犯某種罪行的跡象之外，該條還明確列舉了三項要件，只要符合其中一種，便可以採取強制措施。

在第188條中，具體規定了以下三個要件或是一般條件：i) 逃走或有逃走之危險；ii) 有擾亂訴訟程序進行之危險，尤其是對證據之取得、保全或真實性構成危險；iii) 基於犯罪之性質與情節或嫌犯之人格，有擾亂公共秩序或安寧之危險，或有繼續進行犯罪活動之危險。

三、《刑事訴訟法典》規定的強制措施簡述

《刑事訴訟法典》中對強制措施的規定是盡列了確定的、限定的情況，這就是合法性原則或法定性原則的要求，只能通過法律規定的強制措施來完全或不完全限制人身自由。

強制措施分為不同的強度或等級，選擇適用何種強制措施依據預計作為該等措施之對象之人所犯的罪行的嚴重程度而定。

但是，要注意的是，身分資料及居所書錄和其他的強制措施的標準不一樣，根據第180條和第181條第1款的規定，立法者並未將應被處罰的罪行對應的刑罰種類作為選擇身分資料及居所書錄這一強制措施的標準條件。

另一方面，除了身分資料及居所書錄外，其餘的強制措施在相應的法律規定中使用法官可以決定這樣的表述，這意味著這些措施並不是必須要採用的，而身分資料及居所書錄這項舉措是必須的，首次訊問完結後，如訴訟程序應繼續進行，司法當局須強制嫌犯提供資料，以便在卷宗內繕立身分資料及居所之書錄。

暫先不論身分資料及居所書錄，《刑事訴訟法典》第182條規定的第二種強制措施，即擔保，要求嫌犯提供擔保，作為其不會缺席訴訟程序或履行債務或履行強制措施的保證。

提供財產擔保能否被視為一種強制措施是存在疑問的，但是在作為強制措施的擔保和作為財產擔保的經濟擔保之間的區別是沒有疑問並且明確的。前者是為保證嫌犯履行訴訟程序義務而服務的，後者則是爲了保證履行賠償和其他源於或關於犯罪的財產債務。

這項強制措施不是必須適用或自動適用的，而是根據所歸責之犯罪的刑罰幅度決定的（第182條第1款），即要求所歸責之犯罪可處以徒刑。擔保金額的確定也要考慮擔保所擬達到之防範目的、所歸責犯罪之嚴重性、犯罪所造成之損害及嫌犯之社會經濟狀況。

除羈押外，任何強制措施均得與提供擔保之義務一併採用（第189條）。

除了滿足一般要件（第188條）外，第190條至第192條規定了擔保的提供、增加和違反及相應的後果。

第183條規定了第三種強制措施，即定期報到之義務。如所歸責之犯罪可處以最高限度超逾六個月之徒刑，法官得命令嫌犯履行按預定日期及時間向一司法當局或某一刑事警察機關報到之義務；為此，須考慮嫌犯職業上的需要及其居住地點。因此，這項強制措施的採用也依賴於所犯之罪可處罰之刑罰。

第184條規定的禁止離境及接觸這項強制措施中，法官得命令嫌犯履行下列全部或部份義務：i) 不得離開澳門特別行政區；ii) 未經許可時不得離開澳門特別行政區；iii) 不得與某些人接觸或不得常至某些地方或某些場合。

在這種情況下，除了第188條規定的採用強制措施的一般要件外，還要求存在強烈跡象顯示嫌犯曾故意實施犯罪，即禁止離境及接觸這項強制措施只能在有強烈跡象顯示嫌犯曾故意實施可處以最高限度超逾一年徒刑之犯罪時才被採用。根據第184條第4款規定，這項強制措施的上述禁令可以合併或分開適用，也可與定期報到之義務一起合併採用。

第185條規定的執行職務、從事職業或行使權利之中止的強制措施有其特殊的條件，即在所歸責之犯罪可處以最高限度超逾二年之徒刑且必須最終有可能宣告有關禁止為所歸責犯罪之效果時方能採用。

採用執行職務、從事職業或行使權利之中止的強制措施，可以命令嫌犯中止執行公共職務、命令嫌犯中止從事須具公共資格或須獲公共當局許可或認可方得從事之職業或業務，或者還可以命令嫌犯中止行使親權、監護權、保佐權、管理財產權或發出債權證券權。如有需要，得一併採用依法容許之其他措施。

最後一種也是強制措施嚴厲程度最高的一種強制措施是第186條規定的羈押，這是一種完全限制嫌犯人身自由的最嚴厲的措施。只有在上述各強制措施不適當或不足夠時（第1款），且有強烈跡象顯示嫌犯曾故意實施可處以最高限度超逾三年徒刑之犯罪，或作為羈押對象之人曾不合規則進入或正不合規則逗留於澳門特別行政區，又或正進行將該人移交至另一地區或國家之程序或驅逐該人之程序時（第1款第a項和第b項）才能採用該項措施。

如顯示受羈押之嫌犯精神失常，法官得不予羈押，而命令在精神病醫院或其他適當之相類場所內進行預防性收容（第2款），這不是一種獨立的強制措施，而是在這些情形下也只是在這些情形持續期間才採取的羈押措施的不同執行模式。

羈押措施也可與執行職務、從事職業或行使權利之中止合併使用，當然，也和身分資料及居所之書錄合併使用。

四、特殊的身分資料及居所之書錄

我們可以看到，《刑事訴訟法典》第181條規定了第一種也是最不嚴厲的一種強制措施，即身分資料及居所之書錄。

當首次訊問完結後，如訴訟程序應繼續進行，這項措施則是必須的（第1款）。如不應拘禁嫌犯，應於書錄中載明嫌犯已被告知在法律規定之情況下或當接獲適當通知時，其有義務向有權限當局報到或聽從其安排，並已被告知其有義務在未作有關新居所或身處何地之通知前，不得遷居或離開居所超逾五日（第2款）。嫌犯須指出其居所、工作地點或其選擇的其他住所，以便對其作出通知（第4款）。

身分資料及居所之書錄均可與《刑事訴訟法典》規定的任何其他強制措施一併採用，如違反上款所指之義務，即使有關犯罪不可處以徒刑，法官仍得命令提供擔保（本條第3款）。從形式的角度上來說，這項強制措施等同於在卷宗內繕立資料，一方面告知嫌犯所犯之性質，另一方面也令嫌犯受限於相應的義務。

因此，正如所說，確認這項措施的功能是保證向嫌犯通知並告知其在程序中具有的責任是合理的。

身分資料及居所之書錄作為一項強制措施的嚴重程度十分輕微，幾乎微不足道，我們可以探討這是否是一種真正的強制措施，是否應該被定性為強制措施，例如我們可以質疑這項措施施加給嫌犯的義務是否構成對人身自由的限制，並以此為由將其列入強制措施，或者質疑這項措施是否不僅僅是一項特別的強制措施，因此被視作一種區別於其餘刑事訴訟程序中的強制措施的不具備限制人身自由特點的措施。

在第188條開始部分排除了身分資料及居所之書錄的動機也論證了這項措施所要達到的目的是和其他強制措施有所不同的。第188條是第二章的第一條，規定了採用強制措施的條件，並使用“一般要件”這樣的表述，但是這個“一般要件”卻不適用身分資料及居所之書錄。

或者說，雖然沒有直接明示，但是我們也可以理解出身分資料及居所之書錄和其他的強制措施採用的標準並不完全一致，正如結合第180條和第181條第1款所述，身分資料及居所之書錄的適用並不取決於可歸責之犯罪的刑罰幅度。

當然，我們都認為這項措施的主要功能是確保嫌犯接到通知以及知曉其能否參與訴訟程序。雖然設立了確保程序能夠不受干擾並有效繼續下去的程序手段，但是否適合確保其他強制措施所具備的保全功能，即避免或者阻止對公共秩序或安定的擾亂、或繼續進行犯罪活動已經成了問題，儘管不是那麼直接，例如證據的取得、保全或真實性。而且，我們也認為將身分資料及居所之書錄作為一種限制人身自由的強制措施是站不住腳的，就算它被視作是限制人身自由的強制措施，我們仍然對作為列入強制措施的標準的限制人身自由的強度表示懷疑。

（一）適用的條件及前提

強制措施的適用需要符合第177條確定的一般條件，這些一般條件並沒有區分是《刑事訴訟法典》中規定的哪種強制措施，因此，身分資料及居所之書

錄也是適用這些規則的[10]。

因此，這就和作為該等措施之對象之人的嫌犯身份確定緊密相關並取決於此。同樣地，如訴訟程序應繼續進行時，就應該被適用。但是，我們認為，我們的研究目的也要明確的是“當嫌犯的確立一變成必要時，身分資料及居所之書錄應立即被採用（……），而沒有必要是在首次（司法或非司法）訊問完結後”[11]。

和其他強制措施一樣，適用身分資料及居所之書錄的一般要件中也要求存在作為該等措施之對象之人犯某種罪行的跡象，且沒有理由相信有免除責任或追訴權消滅之事由也是一個決定性條件。

然而，另一方面，適用其他強制措施必須要符合的一般要件並不適用於身分資料及居所之書錄[12]，除根據第188條第1款的效力，規定明示身分資料及居所之書錄也受那些一般要件的約束外，這項措施不和其他強制措施採取同樣適用條件。

我們也已經提及，可歸責之犯罪事實並不構成適用身分資料及居所之書錄的適用標準，這也就是說，和其他的強制措施和財產擔保措施相反的是，身分資料及居所之書錄的適用並不取決於可歸責之犯罪對應的刑罰。

（二）背後的適用原則

首先，適用每一種強制措施所遵循的基本原則都不盡相同，但是要注意的是，其中有些原則是決定性的指導性原則，譬如由於抽象性而留一些自由的空間的適度原則，而其他的原則就可以被視作約束性或定型性原則，因這些原則在落實的框架內更加嚴格，彈性更少。

第176條第1款確定的合法性或法定性的本質是約束性的，要求人身自由只有在適用強制措施來滿足保全的程序要求時才能被全部或部分限制[13]，而且只能採用法律規定的強制措施和財產擔保措施。

遵照此項原則，身分資料及居所之書錄是《刑事訴訟法典》法定的第一種強制措施，由第181條明文規定，沒有任何解釋的空間，只能被適用，因為這些措施是《刑事訴訟法典》有效規定並法定的。

同樣地，第177條第1款確定強制措施的適用須符合嫌犯事先確定原則（要

10 同上，第2點。

11 FERNANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES, A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção, a providência do Habeas Corpus em virtude de prisão ilegal, 科英布拉，Almedina出版社2003年版, 第 111-112 頁。

12 參見第188條一開始的表述，除非具體出現下列情況，否則不得採用其他任何措施，但身分資料及居所之書錄除外：i）逃走或有逃走之危險；ii）有擾亂訴訟程序進行之危險，尤其是對證據之取得、保全或真實性構成危險；或iii）基於犯罪之性質與情節或嫌犯之人格，有擾亂公共秩序或安寧之危險，或有繼續進行犯罪活動之危險。

13 《澳門特別行政區基本法》第28條規定澳門居民的人身自由不受侵犯，不受任意或非法的拘留、拘留、監禁，對任意或非法的拘留、監禁，有權向法院申請頒發人身保護令。還禁止非法搜查居民的身體、剝奪或者限制居民的人身自由。

求和第47條合併來加強身分資料及居所之書錄的必要性），在這裡就要引述上面（一）中的當嫌犯的確立一變成必要時，身分資料及居所之書錄應立即被採用，而沒有必要是在首次訊問完結後。在這種情況下，做出決定就沒有推敲的空間了。

在這裡我們插入對可能存在的“消極”的“強制措施適用的條件原則”，阻止在“有理由相信有免除責任或追訴權消滅之事由”[14]。在此種情形下，這項原則同樣適用於身分資料及居所之書錄。

考慮到不同程度的強制措施及其嚴重性，《刑事訴訟法典》規定由法官根據適當及適度原則來判斷是否採取強制措施並採用何種強制措施。第178條確定了適當原則，即強制措施的採用取決於要滿足案件情況有多高的保全要求，以適合實現的方式或簡化想要達到的目的的方式進行，也就是說，在具體個案中採用強制措施應該在數量上和質量上都應該和保全要求相適應。適度原則也在這個條款中被確認，具體個案中強制措施的採用要對於犯罪之嚴重性及預料可科處之制裁應屬適度。

關於適當及適度原則的本質，要注意到它的指導性。我們對這項原則是否真正被視作採用身分資料及居所之書錄這項強制措施背後的原則之一傾向於持懷疑態度，但是由於該項原則載於第178條，和合法性原則一樣，屬於第一章“一般規定”，可見其重要性，對此我們也有一些疑問。

MANUEL LEAL-HENRIQUES教授對此的觀點是非常明確的，由於身分資料及居所之書錄的強制性，司法當局必須要求嫌犯履行此項強制措施，“沒必要完全遵照第176條和第177條規定，只需要滿足第177條規定的原則（嫌犯的事先確立）即可，因為採用這項強制措施是強制性的，立法者就是想要其摒棄所受限的條件”[15]。

除了這些，在強制措施範圍內還有其他的原則。非確定性原則，“因為強制措施是施加於推定無罪的人身上的，所以根據非確定性原則，不應該超過社會認為適度可接受施加在一個仍被推定為無罪的人身上的限度”[16]，此源於無罪推定原則，即“嫌犯於審判被判處有罪前被施加限制自由的任何措施不僅應該被社會認定有需要，而且還能被社會接受”。[17][18]

還不得不提的一項原則是第177條第2款規定的必要性原則。該條款除了表示強制措施的保全本質外，還暗含了這項和採用強制措施相關的必要性原則。第178條第3款還規定了羈押的補充性原則，即當採用其他強制措施就能足夠和

14 MANUEL LEAL-HENRIQUES, Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, 第II卷, 法律及司法培訓中心第2014年版, 澳門, 第177條注釋，第11-12頁。

15 MANUEL LEAL-HENRIQUES, 參照以上, 第181條注釋, 第35頁。

16 FERNANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES, 參照以上, 第101頁。

17 FERNANDO GONÇALVES，參照以上, 第101頁，JOÃO CASTRO E SOUSA, Jornadas de Direito Processual Penal ，參照以上, 第150頁。

18 《基本法》第29條第2段規定澳門居民在被指控犯罪時，享有盡早接受法院審判的權利，在法院判罪之前均假定無罪。《刑事訴訟法典》第49條第2款規定應在不抵觸各種辯護保障下儘早審判嫌犯，在有罪判決確定前推定嫌犯無罪。

適當地滿足該訴訟程序的保全要求時，不應該採用羈押措施。

（三）採用身分資料及居所之書錄的權限

根據第181條第1款的規定，司法當局（法官、預審法官和檢察院）[19]有權採用這項措施，以便在卷宗內繕立身分資料及居所之書錄。

由於身分資料及居所之書錄的本質，“是唯一一種在任何一種訴訟程序（普通訴訟程序和特別訴訟程序）中，無論可歸責犯罪對應的刑罰的種類和嚴重程度，都可以被採用的強制措施”[20]。

首次訊問完結後，如訴訟程序應繼續進行，即使已依據第二百三十三條之規定由刑事警察機關的筆錄中已認別嫌犯身分，司法當局仍須強制嫌犯提供資料，以便在卷宗內繕立身分資料及居所之書錄。如此，司法當局就必須對採用身分資料及居所之書錄的前提進行證實，並作出書面的把控。

如不應拘禁嫌犯，應於書錄中載明嫌犯已被告知其應履行的義務（第181條第2款）。

在第179條和第181條第1款的規定中使用不同的表述，突出了身分資料及居所之書錄和其餘強制措施的兩點不同。第一點不同是，因為身分資料及居所之書錄的強制性是在繕立書錄時進行的，而其他強制措施在通過法官的批示適用的。第二點不同是，因為身分資料及居所之書錄是由司法當局進行的，這就天然地將檢察院包含在內了[21]，但是其他強制措施在檢察院的偵查和聲請期間以及偵查結束之後檢察院正式聽取時只能由法官決定適用。

五、由刑事警察機關進行身分資料及居所之書錄的可能性

由8月25日的59/98號法律頒佈的《葡萄牙刑事訴訟法典》修訂案引進了除司法當局外，還能由刑事警察機關採用身分資料及居所之書錄的強制措施[22]。

澳門特區政府也有意願要在《刑事訴訟法典》中引進同樣的操作模式，在送交的2013年的《刑事訴訟法典》修訂案第一文本中，第181條被修改成允許刑事警察機關採用身分資料及居所之書錄的強制措施，這引起了一些討論，最後委員會聲稱尤其關注[23]此項修改。

政府在其提交的法案陳述理由中也建議也可以由刑事警察機關採用身分資

19 根據第1條第1款第a項的規定，“司法當局”是指“法官、預審法官和檢察院”。

20 FERNANDO GONÇALVES,參照以上，第111頁。

21 參見第1條第1款第b項和第363條第4款關於檢察院在簡易訴訟程序中適用身分資料及居所之書錄的權限，第250條第1款第b項關於採用強制措施或財產擔保措施，但第一百八十一條所規定之措施除外，該條所規定之措施亦得由檢察院採用的專屬權限。

22 援引的葡萄牙法律在新的第196條第1款中規定（加粗部分由筆者作出）：司法當局或刑事警擦機關可以在卷宗內繕立確認身分的嫌犯的資料，即使已經根據第250條已經確認過身分資料。

23 澳門立法會第三常設委員會，第3/IV/2013號意見書，第117頁。

料及居所之書錄的強制措施。法案裡載明自嫌犯一經確立後，而不僅是首次訊問完成後，因為刑事警察機關在偵查期間就有權確立嫌犯的身分[24]。

在上述的第三委員會意見書中還載明了很多質疑這項選擇的論證，因此我們偏向將我們認為為更好地理解這些觀點及其相應的依據所必須的觀點摘抄下來，即便這個動作會導致重複而使我們浪費一些時間。

那我們來看一些摘錄，這些摘錄反映將採用身分資料及居所之書錄的強制措施的權限放寬給刑事警察機關這個舉措引起的主要爭論[25]：

- “身分資料及居所之書錄的採用並不是簡單的適用，其需要擁有特別的法律技術知識為前提。這是因為在決定採用任何強制措施時，都必須既要符合第一百七十六條規定的合法原則，也要符合第一百七十八條第一款及第二款規定的適當及適度原則。”
- “不僅如此，還要從法律上對具體情況及嫌犯過錯程度作出審視及評價，才可以適用身分資料及居所之書錄，因為第一百七十七條第二款規定：“如基於有依據之理由相信有免除責任或追溯消滅之事實，不得採用任何強制措施或財產擔保措施。””
- “按照第一百八十一條第二款規定，身分資料及居所之書錄作為一項強制措施，會對嫌犯的基本權利施加限制。採用這種措施必然會限制嫌犯的人身自由。”
- “另一方面，提出放寬適用是考慮到澳門面積小，一旦採用一項強制措施屬必要時，刑事警察機關可以很容易獲得檢察院或法院的合作。”

因此，還要考慮的還包括澳門律師公會和檢察院檢察官委員會對身分資料及居所之書錄的修改所持的反對意見，“委員會認為將採用這項強制措施的權限賦予刑事警察機關是不合適的。在作出仔細考量後，提案人選擇接納委員會在該事宜方面的意見，放棄修改意圖。所以，法案新文本不再包含任何修改第一百八十一條第一款的規定”[26]。

在上述文件及附件，即澳門律師公會對《刑事訴訟法典》修訂文本分析文件[27]，中也提及一些對法案中應進行分析的多個法條的一些評論：

- “法案中第179條第1款的修改不應該被接受，因為即使身分資料及居所之書錄被理解為是最輕微的強制措施，它也會引起嫌犯自由受到限制，當嫌犯遷居或離開居所超逾五日，則有義務通知當局，這就對嫌犯構成了人身自由上的限制，因此將這種權限賦予一個偵察機關或控訴機關將是不能接受的”；
- 可以辯論認為身分資料及居所之書錄並不是強制的。肯定的是，這種判斷應該依據第178條規定的那樣被作出，要求“對於有關情況所需之

24 同上，意見書，第118頁。

25 同上，第118-120頁。

26 同上，意見書，第120頁。

27 澳門律師公會，Análise da Proposta de Lei de Revisão do Processo Penal de Macau (CPPM) na versão apresentada pelo Chefe do Executivo à Assembleia Legislativa – Formulação de novas propostas de alteração, 日期為2012年10月4日。

防範要求應屬適當，且對於犯罪之嚴重性及預料可科處之制裁應屬適度”；

- “要考慮刑事警察機關尚缺準備；要適用任意強制措施應遵循的刑事訴訟程序的原則、前提和一般要件和刑事警察機關懷疑某人是嫌犯的傾向很有可能會導致刑事警察機關將任意一個表意人都確立為嫌犯”；
- “眾所周知，嫌犯的確認本身是一個會引起社會譴責的因素，這不能以一種任意的方式由一個沒有進行任何法律技術培訓的人輕易地進行”；
- “原則上由法官來判定是否存在要施以身分資料及居所之書錄的措施的行跡，這不應該是強制的，或者至少說，在採用一段確定的時間後應該不再採用，正如其他強制措施那樣（……）事實上，如果告訴已經足以使所涉及之人被確定為嫌犯並受限於身分資料及居所之書錄的強制措施，那麼當還沒有依據表明可以告訴時就一直以這種方式限制人身自由是不可理解的”；

另一方面，在修訂《刑事訴訟法典》諮詢文件中，特別是在由刑事警察機關實行身分資料及居所之書錄的措施這一部分[28]，“大部分意見贊同由刑事警察機關採用身分資料及居所之書錄，但有意見認為身分資料及居所之書錄是一種強制措施，應由司法機關決定使用，如改由刑事警察當局採用，至少須經檢察院追認”。

基於這種選擇的相應分析被作出並被載於這個報告裡的下一個結論裡：“考慮到身分資料及居所之書錄是一種幾乎不會影響或限制嫌犯的基本權利的特殊強制措施，且刑事警察機關在偵查期間有權告知某人成為嫌犯，故除檢察院和法官外，刑事警察機關亦可採用身分資料及居所之書錄。”

或者，當我們將上面摘錄的主要論證進行總結和歸類後，我們就能得出不應將身分資料及居所之書錄的權限放寬給刑事警察機關的論點，下文中的論證是來反駁這一點的，我們也在這裡進行一些陳述：

1. 採用身分資料及居所之書錄需要特殊的法律技術知識，要考慮的是決定採用身分資料及居所之書錄這項強制措施要依靠對合法性原則的尊重，對適當及適度原則的權衡，還要從法律上對具體情況及嫌犯過錯程度作出審視及評價，即使是被認為是存在犯罪行跡的，所以不能留下由一個沒有進行任何法律技術培訓的人採用該項措施的空間。

為此，我們開始提出前述的觀點，即由於身分資料及居所之書錄的必要性和強制性，適當及適度原則的權衡空間就非常小了。

如果這項強制措施是否決定採用是沒有選擇的空間的話，因為如果有某項強制措施對採用者來說是幾乎沒有或者完全沒有選擇空間的，這就意味著當嫌犯一經確認就必須要採用這項強制措施，而不僅是在首次訊問之後。司法當局

28 修訂《刑事訴訟法典》諮詢總結報告，法律改革及國際法事務局、法律改革諮詢委員會，2012年4月，第45頁。

必須對採用身分資料及居所之書錄的前提進行證實，並作出書面的把控，但這些都是非常客觀和實際的，不需要作出權衡。

同樣地，由於身分資料及居所之書錄的適當及適度原則這一指導性原則，我們也對它的完全適用有所疑問，在這裡引述MANUEL LEAL-HENRIQUES教授的觀點[29]，“沒必要完全遵照第176條和第177條規定，只需要滿足第177條規定的原則（嫌犯的事先確立）即可，因為採用這項強制措施是強制性的，立法者就是想要其摒棄所受限的條件”（由筆者加粗）。

由刑事警察機關來實行這項措施甚至不要求作出任何的特別行為，因為要求嫌犯作出這項行為是在卷宗中繕立資料，例如可以在刑事警察機關所製作的卷宗中進行，而其他強制措施的採用都是由法官的批示決定的。

此外，如果立法者這樣想，為刑事警察機關可能採用身分資料及居所之書錄所作出之培訓和他們現在接受的培訓相差不大，也就是說，如果還沒有準備好前述的培訓，那麼對他們來說掌握採用該項措施所需具備的知識也是非常容易的。只要提醒刑事警察機關和檢察院一起協作完成這項措施，收集和保存證據等。刑事警察機關還有權拘留人，這種行為對被拘留者的人身自由構成了更大的限制，這就需要比採用身分資料及居所之書錄中對條件、前提和背後的原則進行更多的權衡。

2. 強制措施的採用會限制嫌犯的基本權利的行使，因為有必要對他的人身權利進行限制，“這就對嫌犯構成了人身自由上的限制，因此將這種權限賦予一個偵察機關或控訴機關將是不能接受的”。

或者，在這裡補充說我們前面提過的不存在採用身分資料及居所之書錄這項舉措的原則的權衡，我們的理解已經被論述得非常充分了，即這項強制措施不同於其他強制措施，具有不同的特點和專門的條件，尤其它的必要性，這就不會給決定採用的機構以選擇的空間，也不需要特別的權衡。

在實際案例中，只需要確認嫌犯，不需要對採取該項措施是否適合於防範要求，實行者必須對適用前提進行客觀的證實，沒有決定的空間和自由。

同樣地，我們認為，關於對嫌犯人身自由的限制的事實更像是一種嫌犯想要實行其自由權利的條件，而不是對他的自由進行限制，不讓他離開居所或缺席。如果想要離開居所或缺席相應的訴訟程序或無法履行作為嫌犯的義務，特別是如果難以做到定期並及時地報到，只需要提供一個新的地址即可。

因此，我們可以斷言這項強制措施是不同於其他強制措施的，要決定採用這項強制措施的時候除考慮適用的客觀要件外，無需特別考慮其他。這項措施只是給嫌犯加諸了多一項的義務或責任，而不是一項真正的強制措施。

3. “要適用任意強制措施應遵循的刑事訴訟程序的原則、前提和一般要件和刑事警察機關懷疑某人是嫌犯的傾向很有可能會導致刑事警察機關將任意一個表意人都確立為嫌犯”。即使可以認為採用身分資料及居

29 同上，第4.2點。

所之書錄不需要判斷，但也應該總是‘對於犯罪之嚴重性及預料可科處之制裁應屬適度’’”。

除非有更好的依據，否則我們認為澳門律師公會的觀點的出發點是錯誤的，當我們認為問題在於嫌犯的事先確立後可以採用身分資料及居所之書錄上時，他們將問題轉到疑犯和嫌犯的混亂情景中。也就是說，我們不想要刑事警察機關濫用法律規定將疑犯定為嫌犯的可能性，而是當某人已經被確認為嫌犯之後由刑事警察機關對其採取身分資料及居所之書錄的強制措施，這是自動並且強制的。

還要補充的是，由法官根據適當及適度原則決定採用強制措施及選擇哪種強制措施的權衡並不適用於身分資料及居所之書錄，因為該項措施的簡單適用已經滿足了確保嫌犯接到通知並且知曉其能否參加訴訟程序的防範要求了，另一方面，這項措施的實行也不取決於犯罪的嚴重性及預料可科處之制裁。

另一個我們援引的論證也在上面已經提及，即身分資料及居所之書錄是唯一一種在任何一種訴訟程序（普通訴訟程序和特別訴訟程序）中，無論可歸責犯罪對應的刑罰的種類和嚴重程度，都可以被採用的強制措施。

4. 澳門面積小，一旦採用一項強制措施屬必要時，刑事警察機關可以很容易獲得檢察院或法院的合作。

因此，我們認為這是個合理同時也是真實的情況，我們在檢察院展示的其工作受到約束和後續的失效問題中看到這點[30]，提到“對檢察院的工作造成了極大的困擾和壓力，在調查期間涉及到強制措施的工作量是巨大的”。

還提到“警察每天進行大量的刑事程序並將拘留的嫌犯移交給檢察院，這些人都是檢察院實行或推進採用強制措施的主要對象”，警方每日向檢察院移送的含有拘留犯案件的數量不少，一般在20至30宗左右，涉及的嫌犯平均為30至50人左右。

或者說，關於採用身分資料及居所之書錄，不要忘記這種強制性的適用是對大量由刑事警察機關已經確認為嫌犯的人使用的，除非有更好的意見，這將是將檢察院從那麼繁重的工作中解脫出來的好辦法，從而提高檢察院的效率，擁有更多精力去應付其他需要特別的法律技術知識的更有價值、要求更高、條件更嚴格的程序。

六、結論

在2013年《澳門刑事訴訟法典》修訂案之前，從沒有對強制措施及財產擔保措施進行修改。在第9/2013號法律，也只是增加了第181條第4款，澳門特區政府去掉了在送交立法會的第一文本中由刑事警察機關實行身分資料及居所之書

30 看載於前述立法會第三常設委員會意見書的文件中題目為“有關修訂澳門《刑事訴訟法典》的兩項建議（2011年11月14日）”，第8-10頁。

錄的可能性。

我們理解這項強制措施主要的功能是設立一種程序機制，來為通知嫌犯以及知曉其參與某個具體的刑事程序創造更好的條件和保障。

關於是否應將身分資料及居所之書錄視作一種真正的強制措施，和其他強制措施相較而言，它的強度更低，因此有很多人認為這是一項特殊的強制措施，它的制度區別於其他強制措施，尤其是在它的強制適用性、得適用於任何一種訴訟程序（普通訴訟程序和特別訴訟程序）中、不取決於可歸責犯罪對應的刑罰的種類和嚴重程度，並且不受限於採用其他強制措施所應遵守的一般要件。

然而，在權衡由刑事警察機關實行身分資料及居所之書錄的可能性時，也要考慮到司法工作者和社會上的觀點，司法工作者反對這項法律改革，公眾諮詢的結果也是不向刑事警察機關放寬採用身分資料及居所之書錄的權限。

綜上所述，在分析所有的論證之後，我們的理解是身分資料及居所之書錄的功能、特殊性和區別於其他強制措施的不同制度並不能構成阻卻刑事警察機關適用該項措施的原因。

根據身分資料及居所之書錄的適用強制性和在適用上區別於其他強制措施的條件和要件的不同，可以看出身分資料及居所之書錄和其他強制措施不需要相同程度的權衡要求，因此它的適用不需要和其他強制措施同水平的法律技術知識，而刑事警察機關是被指責缺乏這些法律技術知識的。

然而，考慮到刑事警察已經具備的能力，我們認為這個問題並不存在。刑事警察有權限作出拘留，這較身份資料和居所之書錄而言，對人身自由的限制程度更高。。另一方面，要考慮到這種措施的強制性和嫌犯應事先確定的特殊條件，當我們縱觀是由刑事警察機關來確認某人是否為嫌犯的種種情況時，我們對這個性質的把握就更加堅定。

因此，我們認為2013年的《澳門刑事訴訟法典》修訂案錯過了這個將採用身分資料及居所之書錄的權限放寬給刑事警察機關的機會，我們希望能夠在新的修訂案中可以重新討論這個問題，當然到時我們會提出更成熟的論證並作出更深思熟慮的權衡，從而加快程序的進展並提高程序的效率，但這並不必然意味著要削弱對嫌犯的保障。

參考文獻：

ANA PAULA PINTO LOURENÇO, Dos direitos do arguido na revisão do Código de Processo Penal de 2007, 載於Revista de Economia e Direito, 第12卷, 2007年第2期；

ANTÓNIO DA SILVA HENRIQUES GASPAR, Código de Processo Penal Comentado, 科英布拉, Almedina出版社2014年版；

FERNANDO GONÇALVES 和 MANUEL JOÃO ALVES, A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção, a providência do Habeas Corpus em virtude de prisão ilegal, 科英布拉，Almedina出版社2003年版；

JOSÉ LOBO MOUTINHO, Arguido e imputado no processo penal português, 里斯

本, 葡萄牙天主教大學2000年版；

JOSÉ M. DAMIÃO CUNHA, O ministério público e os órgãos de polícia criminal no novo código de processo penal, 波爾圖, 葡萄牙天主教大學1993年版；

MANUEL LEAL-HENRIQUES, 《澳門刑法典注釋及評述》, 第II卷, 澳門，法律及司法培訓中心2014年版；

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, Dos órgãos de polícia criminal: natureza, intervenção, cooperação, 科英布拉, Almedina出版社2004年版；

PAULO DÁ MESQUITA, Direcção do inquérito penal e garantia judiciária: investigação criminal, repartição de funções dos órgãos do Estado e sistemas de controlo: estatuto e competências do Ministério Público: poderes dos órgãos de soberania politicamente conformadores, do juiz de instrução e dos órgãos de polícia criminal, 科英布拉, Coimbra Editora出版社2003年版。

A NATUREZA E FUNÇÃO DO TERMO DE IDENTIDADE E RESIDÊNCIA: PONDERAÇÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO PELOS ÓRGÃOS DE POLÍCIA CRIMINAL

José Bento de Almeida

1. AS MEDIDAS DE COACÇÃO EM GERAL, CONCEITO E FINALIDADES

De um modo geral, qualquer direito processo penal moderno consagra medidas de coacção a aplicar, no âmbito de um processo criminal, a arguidos sobre os quais recaiam indícios da prática de um crime. Também o Código de Processo Penal de Macau (CPP)[1] dedica o Livro IV às «Medidas de coacção e garantia patrimonial»[2].

Como é sabido, o ordenamento jurídico de Macau tem matriz portuguesa e aquando da preparação do regresso de Macau à China foi determinante a decisão política de se manter em vigor na nova ordem jurídica grande parte das normas que vigoravam até então, evitando-se quer uma ruptura com a ordem jurídica precedente com a introdução de uma nova ordem jurídica, quer o vazio jurídico numa sociedade que, relativamente ao seu quotidiano e modo de vida, se pretendia que se mantivesse basicamente inalterada. E assim, aquela vontade também resultou em várias referências expressas na Declaração Conjunta e na Lei Básica no sentido de *manter em vigor e basicamente inalteradas* as normas sobre a matéria penal.

1 A utilização da sigla CPP de ora em diante, quando nada mais se disser, refere-se ao Código de Processo Penal actualmente em vigor na RAEM, sendo especificamente indicados quando nos estivermos a referir a códigos de processo penal de diferentes ordenamentos jurídicos. E referem-se ao CPP em vigor na RAEM todos os artigos que sejam mencionados sem qualquer outra indicação ou referência do acto normativo a que pertençam.

2 Deixaremos de fora a análise das medidas de garantia patrimonial, excepto se pontualmente houver algum interesse em mencioná-las.

Mas, o que por ora importa reter é que o actual CPP foi aprovado em 1996, pelo que decerto não será de estranhar alguma semelhança com o CPP português (diversa legislação fundamental foi aprovada antes da passagem para a administração chinesa mas dentro do quadro de preparação do regresso de Macau à China, em curso, pelo menos, desde a assinatura da Declaração Conjunta, em Abril de 1987).

Aliás, no que respeita às medidas de coacção é de notar a similitude quase total com o CPP português na versão que se encontrava em vigor em 1996, pois apesar de algumas alterações pontuais e da recente revisão do CPP[3], facilmente podemos constatar que as regras do Livro IV sobre as medidas de coacção e de garantia patrimonial são quase coincidentes, na sistemática e na substância, com as correspondentes normas do CPP português, exceptuando pequenas divergências de redacção e a natural adaptação das normas portuguesas à realidade de Macau[4].

Inclusive, até à revisão do CPP operada pela Lei n.º 9/2013, nenhuma alteração tinha sido efectuada ao conjunto das normas que compõem o Livro IV, sobre medidas de coacção e garantia patrimonial e por aquela lei apenas foi aditado o n.º 4 ao artigo 181.º (cuja redacção é em tudo idêntica à do n.º 2 do correspondente artigo do CPP português, na versão actualmente em vigor). No entanto, na primeira proposta inicialmente apresentada à Assembleia Legislativa previa-se uma alteração do CPP mais ampla no que respeita à matéria das medidas de coacção, alterações que viriam a ser retiradas na segunda proposta apresentada.

Assim e em especial no que diz respeito ao objecto do nosso estudo, o *termo de identidade e residência*, a revisão do CPP em 2013 não acompanhou a possibilidade de aplicação daquela medida de coacção por órgãos de polícia criminal que já se encontra prevista no CPP português desde 1998. Adiante ficará mais claro este aspecto.

Sobre as medidas de coacção em geral, podemos começar por dizer que são meios processuais, limitadores da liberdade pessoal e com natureza cautelar, que se destinam a

3 O CPP foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/96/M, de 2 de Setembro (em vigor desde o dia 1 de Abril de 1997), e tem vindo a sofrer algumas alterações pontuais – Decreto-Lei n.º 63/99/M (Aprova o Regime das Custas nos Tribunais); Lei n.º 9/1999 (Aprova a Lei de Bases da Organização Judiciária); Lei n.º 3/2006 (Prevenção e repressão dos crimes de terrorismo); Lei n.º 6/2008 (Combate ao crime de tráfico de pessoas); Lei n.º 2/2009 (Lei relativa à defesa da segurança do Estado); Lei n.º 17/2009 (Proibição da produção, do tráfico e do consumo ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas) – e apenas uma teve por escopo efectuar uma verdadeira alteração, que foi a efectuada pela Lei n.º 9/2013 (Alteração do Código de Processo Penal).

4 Vejam-se os artigos 191.º a 228.º, no Livro IV do CPP português (8.ª versão do Decreto-Lei n.º 77/87, de 17 de Fevereiro, com as alterações introduzidas até 1995, isto é, até à alteração pelo Decreto-Lei n.º 317/95, de 28 de Novembro), que era a versão que se encontrava em vigor aquando da aprovação, em 1996, do CPP de Macau.

ser aplicadas a arguidos sobre os quais incidam indícios da prática de crime.

São meios processuais pois estão ao serviço do processo penal e a sua natureza cautelar acentua o facto, decorrendo da interpretação do artigo 188.º do CPP, que visam garantir que o processo decorra sem interferências e de modo eficaz. As medidas de coacção limitam a liberdade pessoal na medida em que a restringem, comprimem ou limitam de algum modo e, inclusive, no último grau de exigência cautelar com intuitos preventivos pode-se mesmo chegar à privação da liberdade[5]. E destinam-se a ser aplicadas dependentemente da prévia constituição como arguido do sujeito que delas seja objecto, existindo indícios da prática de crime e desde que não haja fundados motivos para crer na existência de causas de isenção da responsabilidade ou de extinção do procedimento criminal[6]. Portanto, desde logo constituem um modo de exercício da função jurisdicional uma vez que apenas os tribunais têm competência para as aplicar.

Como se referiu, as finalidades das medidas de coacção extraem-se das condições gerais de aplicação constantes no artigo 188.º, na medida em que determina que nenhuma das medidas de coacção[7] poderá ser aplicada senão quando, em concreto, se verifique fuga ou perigo de fuga, perigo de perturbação do processo, nomeadamente perigo para a aquisição, preservação ou veracidade da prova ou, ainda, perigo de perturbação da ordem ou tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa, em razão da natureza e circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido.

Visa-se, portanto, acautelar a fuga do arguido e as consequentes dificuldades do normal desenrolar do processo e, obviamente, obstar a outras situações que de algum modo perturbem o decurso do inquérito ou da instrução ou que haja perturbações relacionadas com a prova, bem como manter a paz social e impedir a continuação da actividade criminosa.

2. CONDIÇÕES GERAIS E PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO

Será agora adequado efectuar uma excursão pelas condições e pressupostos de aplicação de medidas de coacção e encontramos as *condições gerais* no artigo 177.º, que

5 Sobre estes aspectos vejam-se, p. ex., os artigos 8.º, 176.º ou 178.º.

6 Artigo 177.º.

7 Como se refere no proémio do artigo 188.º, excepciona-se o termo de identidade e residência, o que à partida, para alguns, constituirá um argumento de que esta medida não terá as mesmas finalidades das restantes medidas de coacção.

estabelece no seu n.º 1, desde logo e como condição essencial, a prévia constituição como arguido da pessoa a submeter à medida.

De salientar a remissão para o artigo 47.º sobre os termos da constituição de arguido da pessoa que seja objecto de aplicação de uma medida de coacção. A conjugação destes dois preceitos reforça o princípio da prévia constituição de arguido, obrigando a que a possibilidade da aplicação de medidas de coacção fique dependente da pessoa já ter adquirido a qualidade de arguido.

Ficam em perfeita sintonia e coerência a obrigatoriedade da prévia constituição de arguido como condição da aplicação de uma medida de coacção, prevista no n.º 1 do artigo 177.º, e a obrigatoriedade de constituição de arguido de qualquer pessoa a quem tenha de ser aplicada uma medida de coacção, prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 47.º. Existe, assim uma dependência da condição de arguido a quem tenha de ser aplicada uma medida de coacção e a possibilidade de aplicação dessa medida só poder verificar-se se o destinatário dela previamente tiver adquirido essa posição processual.

E, por outro lado, se é verdade que se trata de medidas que visam acautelar o regular decurso do processo penal, também é função do processo penal garantir a protecção do sujeito processual que, designadamente, possa ser objecto de medidas de coacção, constituindo aquela condição de dependência um meio adequado para proteger ambos, o *processo* e o *arguido*, sendo a este assegurado o exercício de todo um acervo de direitos e deveres processuais que decorrem da sua qualidade[8]. Mas atente-se que o facto de ser constituído arguido não é sinónimo de que existam indícios de culpabilidade.

Para além de assumir a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal, é obrigatória a constituição: i) logo que corra inquérito contra pessoa determinada e esta preste declarações perante qualquer autoridade ou órgão de polícia criminal; ii) tenha de lhe ser aplicada uma medida de coacção ou de garantia patrimonial; iii) for levantado auto de notícia que dê certa pessoa como agente de um crime e tal lhe seja comunicado; ou iv) seja detida nos termos e para os efeitos dos artigos 237.º a 244.º[9]. E nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo

8 V., em especial, artigos 46.º, 47.º, n.º 1, 48.º, n.º 2, 49.º e 50.º.

9 N.º 1 do artigo 46.º e n.º 1 do artigo 47.º e, por remissão, particularmente para as finalidades constantes no artigo 237.º: para no prazo de 48 horas ser submetida a julgamento sob a forma sumária ou presente a juiz para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação de uma medida de coacção e para assegurar a presença perante o juiz em acto processual ou a notificação de sentença condenatória proferida em audiência com arguido ausente ou a execução de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento.

48.º, também pode haver constituição de arguido se, durante qualquer inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita de crime por ela cometido ou, ainda, a pedido de pessoa sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime sempre que estiverem a ser efectuadas diligências destinadas a comprovar a imputação que pessoalmente a afectem.

Quanto aos pressupostos de aplicação das medidas de coacção e em função dos elementos de prova disponíveis, temos em primeira linha a necessidade de existência de indícios da prática de crime imputáveis à pessoa objecto das medidas, elevando-se o nível de exigência para *fortes indícios* nos casos de medidas de coacção mais graves, a proibição de ausência e de contactos, a suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos ou a prisão preventiva (artigos 184.º, 185.º e 186.º, respectivamente).

Mas, como condição de carácter negativo, também constitui condição geral que nenhuma medida de coacção será aplicada quando fundadamente se acredite existirem causas de isenção de responsabilidade ou de extinção do procedimento penal (n.º 2 do artigo 177.º). Mais em concreto, serão causas de isenção de responsabilidade as causas de exclusão da ilicitude ou da culpa (vejam-se os artigos 30.º a 38.º do Código Penal), nomeadamente, se o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade e os casos de legítima defesa, o exercício de um direito, direito de necessidade ou estado de necessidade desculpante, o cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade ou com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado. E são causas de extinção do procedimento penal, o decurso dos prazos de prescrição do procedimento penal, a morte do agente e a amnistia (artigos 110.º a 113.º e 119.º do Código Penal).

E mais do que foi referido a propósito das finalidades das medidas de coacção, o objecto imediato do artigo 188.º, tal como indica a sua epígrafe, é estabelecer os *requisitos gerais* condicionantes da aplicação de medidas de coacção e assim, além da necessária existência de indícios da prática de um crime, o referido artigo enumera taxativamente nas suas três alíneas os requisitos gerais que, a verificar-se qualquer deles, é o bastante para que possa ser aplicada uma medida de coacção.

São ali referidos os seguintes requisitos ou condições gerais, quando em concreto se verifique i) fuga ou perigo de fuga; ii) perigo de perturbação do processo, nomeadamente perigo para a aquisição, preservação ou veracidade da prova; ou ainda, iii) perigo de perturbação da ordem ou tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa, em razão da natureza e circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido.

3. BREVE PASSAGEM PELAS MEDIDAS DE COACÇÃO PREVISTAS NO CPP

As medidas de coacção previstas no CPP constituem um elenco fechado, taxativo, pois assim exige o já referido princípio da legalidade ou da tipicidade, só podendo a liberdade das pessoas ser limitada, total ou parcialmente, pelas medidas de coacção previstas na lei.

As medidas de coacção são de diferente nível de intensidade ou graduação, e a sua escolha e aplicação deve ser ponderada tendo por medida a gravidade da pena que se prevê aplicável ao crime imputado ao arguido que dela é objecto.

No entanto, repare-se que a medida de coacção termo de identidade e residência não segue exactamente os mesmos parâmetros das restantes medidas de coacção, resultando da conjugação do artigo 180.º com o n.º 1 do artigo 181.º que a medida da pena aplicável ao tipo de crime imputado não constitui o parâmetro de referência escolhido pelo legislador para a admissibilidade do termo de identidade e residência.

Por outro lado, com a excepção do termo de identidade e residência, encontramos nos respectivos artigos das medidas de coacção a formulação *o juíz pode impor*, o que significa que nenhuma delas é obrigatoriamente aplicada, enquanto no termo de identidade e residência é manifesta a imperatividade, determinando que a autoridade judiciária *sujeita* o arguido a termo de identidade lavrado no processo se, findo o primeiro interrogatório, o processo dever continuar.

Deixando para mais tarde melhor análise do termo de identidade e residência, a segunda medida de coacção encontrada no CPP, no artigo 182.º, é a *caução*, que consiste na imposição ao arguido de prestar caução, como garantia de que não deixará de comparecer em acto processual ou de cumprir obrigações ou medidas de coacção que lhe sejam impostas.

Ora, o facto de se tratar da imposição de uma garantia patrimonial pode levantar desde logo a dúvida se é uma medida de coacção, mas parece pacífica a clara distinção entre a *caução enquanto medida de coacção* e a *caução económica como medida de garantia patrimonial*. Assim, enquanto a caução como medida de coacção está ao serviço do processo com a finalidade de garantir o cumprimento de obrigações processuais pelo arguido, a segunda visa garantir o cumprimento de obrigações de carácter patrimonial para com o processo, de indemnização e outras derivadas ou relacionadas com o crime.

A aplicação desta medida não é obrigatória ou automática e depende da moldura penal aplicável ao crime imputado ao arguido (n.º 1 do artigo 182.º), exigindo-se que seja punível com pena de prisão. Também a fixação do montante depende da ponderação dos fins de natureza cautelar a que se destina, a gravidade do crime imputado e o dano causado, bem como a condição socioeconómica do arguido.

Qualquer outra medida de coacção, excepto a prisão preventiva, pode ser cumulada

com a caução (artigo 189.º) e, para além dos requisitos gerais para a sua aplicação (artigo 188.º), os artigos 190.º a 192.º regulam o modo como a caução é prestada, reforçada e quando se verifica a sua quebra e respectiva consequência.

No artigo 183.º encontramos a medida de coacção que se segue. É a *obrigação de apresentação periódica* e que pode ser aplicada se ao crime imputado couber pena de prisão de limite máximo superior a 6 meses, consistindo na imposição ao arguido da obrigatoriedade de se apresentar em dias e horas previamente fixados a determinada autoridade judicial ou órgão de polícia criminal, devendo ser ponderadas as exigências profissionais e o local de habitação do arguido. Portanto, a aplicação desta medida também está dependente da medida da pena aplicável ao crime em causa.

A *proibição de ausência e de contactos,* prevista no artigo 184.º, consiste na possibilidade do juiz poder impor ao arguido determinadas obrigações ou melhor, proibições, a saber: i) não se ausentar da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM); ii) não se ausentar da RAEM sem autorização; iii) não contactar com determinadas pessoas; ou iv) não frequentar certos lugares ou meios.

Neste caso, acrescem aos requisitos gerais para aplicação das medidas de coacção constantes no artigo 188.º, a exigência da existência de fortes indícios (e não apenas imputação) e de dolo no crime imputado ao arguido, pois a proibição de ausência e de contactos só pode ser aplicada *se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de limite máximo superior a 1 ano*. As proibições referidas nesta medida de coacção podem ser aplicadas cumulativa ou separadamente e, conforme o n.º 4 do artigo 184.º, é acumulável com a obrigação de apresentação periódica.

A medida de *suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos* encontra-se no artigo 185.º e tem como condições específicas que o crime imputado ao arguido seja punível com pena de prisão de limite máximo superior a 2 anos e apenas quando *a interdição do exercício respectivo possa vir a ser decretada como efeito do crime imputado*.

Pode ocorrer a suspensão do exercício da função pública, de profissão ou actividade cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação da autoridade pública ou, ainda, a suspensão do exercício dos direitos do poder paternal, tutela, curatela, administração de bens ou emissão de títulos de crédito. Qualquer das medidas também pode ser aplicada *cumulativamente, se disso for caso, com qualquer outra medida legalmente cabida*.

A última e mais grave na escala de graduação das medidas de coacção é a *prisão preventiva*, prevista no artigo 186.º, constituindo a medida mais gravosa para o arguido ao envolver a privação total da liberdade. A sua aplicação depende da inadequação ou insuficiência das outras medidas (proémio do n.º 1) e só pode ser imposta caso existam

fortes indícios de crime doloso, com moldura penal máxima superior a 3 anos, ou caso se trate de pessoa que tenha entrado ou permaneça irregularmente na RAEM ou contra a qual esteja em curso processo de entrega a outro Território ou Estado ou de expulsão (alíneas a) e b) do n.º 1).

Em determinadas circunstâncias de anomalia psíquica do arguido a sujeitar a prisão preventiva, o juiz pode impor internamento preventivo em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento análogo adequado, em vez da prisão preventiva (n.º 2), o que não constitui uma medida de coacção autónoma mas apenas uma modalidade diferente de execução da medida de prisão preventiva nestes casos e apenas enquanto durar essa mesma condição.

A medida da prisão preventiva também é acumulável com a medida de suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos e, obviamente, com o termo de identidade e residência.

4. O TERMO DE IDENTIDADE E RESIDÊNCIA EM ESPECIAL

Vejamos então a primeira medida de coacção e a menos grave de todas as medidas na escala ascendente de gravidade, que encontra previsão no Código de Processo Penal no artigo 181.º, e que é o *termo de identidade e residência*.

Esta medida é de natureza obrigatória quando, findo o primeiro interrogatório, deva continuar o processo (n.º 1). E quando o arguido não fique preso, é-lhe dado conhecimento que está obrigado a comparecer perante a autoridade competente ou estar à sua disposição quando a lei o obrigue ou para isso seja notificado e que está obrigado a não mudar de residência ou ausentar-se dela por mais de 5 dias, sem que comunique a nova residência ou o lugar onde possa ser encontrado (n.º 2). Para efeitos de notificação o arguido indica, à sua escolha, a sua residência, local de trabalho ou outro domicílio (n.º 4).

O termo de identidade e residência é sempre cumulável com qualquer das outras medidas de coacção previstas no CPP e mesmo que o crime não seja punido com pena de prisão o juiz pode ordenar a prestação de caução no caso de violação das obrigações mencionadas (n.º 3 do mesmo artigo). Do ponto de vista formal esta medida consubstancia-se na elaboração de um *termo lavrado no processo*, em que se regista a comunicação ao arguido da qualidade a que fica sujeito e das correspondentes obrigações.

Portanto, assim dito, parece-nos razoável poder afirmar-se que esta medida tem por principal função assegurar a comunicação com o arguido e a sua disponibilidade para os termos do processo.

E atendendo ao nível mais leve, quase ténue, de gravidade enquanto medida de coacção, poderemos discutir se estamos perante uma verdadeira medida de coacção e

se deve ser qualificada e tipificada como tal, podendo, por exemplo, questionar-se se a imposição das obrigações dela decorrentes constitui uma limitação da liberdade que justifique a sua inclusão nas medidas de coacção ou se não será apenas uma medida de coacção *sui generis* e, como tal, ser vista sem o estigma e o carácter de meio de limitação da liberdade próprio das restantes medidas de coacção ao serviço do processo penal.

Outro motivo encontra apoio no proémio do artigo 188.º, em que se excepciona o termo de identidade e residência, constituindo um argumento para justificar que esta medida não terá as mesmas finalidades das restantes medidas de coacção. Com efeito, o artigo 188.º é o primeiro artigo do Capítulo II, relativo às *condições de aplicação das medidas* e tem por epígrafe «Requisitos gerais» e, todavia, não se aplica ao termo de identidade e residência.

Ou, ainda, embora não directamente expresso, retiramos por interpretação que o termo de identidade ou residência não segue exactamente os mesmos parâmetros das restantes medidas de coacção, como é o caso da conjugação do artigo 180.º com o n.º 1 do artigo 181.º, em que se constata que a moldura penal aplicável ao tipo de crime imputado não é medida da qual dependa a aplicação do termo de identidade e residência.

É claro para nós que a principal função desta medida é destinada a assegurar a comunicação com o arguido e a sua disponibilidade para os termos do processo. E se apesar de constituir um meio processual para garantir o seu prosseguimento sem interferências e de modo eficaz, já fica em causa se é apta a garantir outros aspectos, mesmo que de modo menos imediato, como a aquisição, preservação ou veracidade da prova, evitar ou impedir a perturbação da ordem ou a tranquilidade pública ou a continuação da prática do crime que militam como função de exigência cautelar nas outras medidas. Depois, também consideramos serem poucos os argumentos para se afirmar como um verdadeiro meio limitador da liberdade e, mesmo se assim for considerado, ainda duvidamos se tem intensidade que justifique a sua inclusão no elenco das medidas de coacção.

4.1. Condições e pressupostos de aplicação

Já vimos que a aplicação de medidas de coacção está sujeita às condições gerais estabelecidas no artigo 177.º, que não faz distinção entre quaisquer das medidas de coacção previstas no CPP e, portanto, também o termo de identidade e residência segue as mesmas regras[10].

Assim, está intimamente ligado e dependente da prévia constituição como arguido da pessoa a quem é imposto e também deve ser aplicado sempre que o processo deva

10 V. *supra* Ponto 2.

continuar. Mas é importante para o nosso objecto de estudo deixar expresso que, no nosso entendimento, "o termo de identidade e residência deve ser aplicado logo que se torne obrigatória a constituição de arguido [...] e não necessariamente findo o primeiro interrogatório (judicial ou não judicial) do arguido."[11]

Tal como acontece com as demais medidas de coacção, também releva como condição geral para aplicação do termo de identidade e residência a necessária existência de indícios da prática de crime imputáveis à pessoa destinatário das medidas, bem como constitui condição determinante para a sua não aplicação a existência de causas de isenção de responsabilidade ou de extinção do procedimento penal.

Mas por outro lado, é certo que os requisitos gerais exigidos para a aplicação das demais medidas de coacção não se aplicam ao termo de identidade e residência[12], não seguindo as mesmas condições de aplicação das restantes medidas, *ex vi* do n.º 1 do artigo 188.º, que excepciona expressamente esta medida da sujeição àqueles requisitos gerais.

Também já referimos o facto da medida da pena aplicável ao tipo de crime imputado não constituir o parâmetro para a admissibilidade do termo de identidade e residência, isto é, a aplicação desta medida não depende da medida da pena prevista para o crime imputado ao arguido, ao contrário do que acontece com as restantes medidas de coacção e, inclusive, com as medidas de garantia patrimonial. E também não tem relevância se há ou não dolo, ao invés do que sucede nas medidas da proibição de ausência e de contactos e da prisão preventiva, respectivamente no n.º 1 do artigo 184.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 186.º.

4.2. Princípios subjacentes à aplicação

Como primeira nota fica a indicação de que os princípios basilares das medidas de coacção não obedecem todos à mesma configuração, tendo em conta que alguns deles são preponderantemente *princípios orientadores*, como o princípio da proporcionalidade, que devido a um carácter mais abstracto deixam alguma margem de liberdade, enquanto outros podem ser considerados como *princípios condicionantes* ou *conformadores*, por

11 FERNANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES, *A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção, a providência do Habeas Corpus em virtude de prisão ilegal*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 111-112.

12 V. proémio do artigo 188.º, que excluindo o termo de identidade e residência prescreve para todas as restantes medidas de coacção não poderem ser aplicadas se em concreto se não verificar i) fuga ou perigo de fuga; ii) perigo de perturbação do processo, nomeadamente perigo para a aquisição, preservação ou veracidade da prova; ou ainda, iii) perigo de perturbação da ordem ou tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa, em razão da natureza e circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido.

serem mais rígidos ou menos flexíveis no enquadramento para a sua concretização.

No caso do *princípio da legalidade ou da tipicidade* consagrado do n.º 1 do artigo 176.º, tem natureza condicionante estabelecendo que a liberdade das pessoas só pode ser limitada[13] pelas medidas de coacção, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar e apenas *pelas medidas de coacção e de garantia patrimonial previstas na lei*.

O termo de identidade e residência, em obediência a este princípio, é a primeira das medidas de coacção tipificadas no CPP, com previsão expressa no artigo 181.º, não deixando qualquer margem ao arbítrio do intérprete e só podendo ser aplicado porque está efectivamente previsto e tipificado no CPP.

Também conforma a aplicação das medidas de coacção o *princípio da prévia constituição de arguido* que se retira do n.º 1 do artigo 177.º (que merece articulação com o artigo 47.º em reforço do carácter de obrigatoriedade do termo de identidade e residência), remetendo para aqui o que acima dissemos no ponto 4.1. sobre o facto de que deve ser aplicado logo que se torne obrigatória a constituição de arguido e não necessariamente quando findo o primeiro interrogatório do arguido. Neste caso não há margem de liberdade quanto ao sentido da decisão.

Intercalamos aqui o entendimento sobre a eventual existência de um "princípio condicionador da aplicação das medidas de coacção", de "carácter negativo" que impediria "essa aplicação nos casos em que se suspeita existirem *causas de isenção da responsabilidade ou de extinção do procedimento criminal*"[14]. Neste caso, este princípio também subjaz à aplicação do termo de identidade e residência.

Depois, atendendo aos diversos graus das medidas de coacção e em função da sua gravidade, o CPP faz depender a ponderação da aplicação e a escolha da medida a aplicar pelo julgador da sua submissão ao *princípio da adequação e proporcionalidade*. Assim é, pois o artigo 178.º consagra o princípio da adequação ao fazer depender a medida de coacção a aplicar da satisfação estrita das exigências cautelares que o caso requeira, de maneira idónea a realizar ou facilitar a realização do fim pretendido, isto é, as medidas de coacção devem ser qualitativa e quantitativamente adequadas às exigências cautelares no

13 A Lei Básica da RAEM estabelece no artigo 28.º a inviolabilidade da liberdade pessoal dos residentes de Macau, que não podem ser sujeitos *a captura, detenção e prisão arbitrárias ou ilegais*, e têm direito ao pedido de «habeas corpus», em virtude de detenção ou prisão arbitrárias ou ilegais, a interpor perante o tribunal. Ainda proíbe as *revistas ilegais em qualquer residente, bem como a privação ou a restrição ilegais da liberdade pessoal dos residentes*.

14 MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau*, Vol. II, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2014, anotação ao artigo 177.º, pp. 11-12.

caso concreto. E o princípio da proporcionalidade também encontra consagração naquela norma, dependendo a medida a aplicar no caso concreto da proporcionalidade à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

Relativamente à natureza do princípio da adequação e proporcionalidade, atento o seu carácter orientador, propendemos para duvidar se deverá ser verdadeiramente considerado como um dos princípios subjacentes à aplicação do termo de identidade e residência mas mantemos alguma dúvida devido à importância da sua inserção sistemática no artigo 178.º, que, à semelhança do princípio da legalidade, faz parte das normas do *Título I, Disposições gerais*.

Peremptório é MANUEL LEAL-HENRIQUES, ao afirmar que em virtude do carácter impositivo, ínsito na obrigatoriedade da autoridade judiciária sujeitar o arguido a esta medida, "não será de exigir a submissão aos princípios indicados nos art.ºs 176.º e 178.º, bastando apenas que concorra o do art.º 177.º (prévia constituição de arguido), pois de outro modo a característica de obrigatoriedade que o legislador quis imprimir-lhe perder-se-ia nas condicionantes a que ficava sujeita"[15].

Para além destes, relevam ainda outros princípios no âmbito das medidas de coacção. O *princípio da precariedade*, "segundo o qual as medidas de coacção, porque impostas a arguido presumivelmente inocente, não devem ultrapassar a barreira do *comunitariamente suportável*"[16], em decorrência do princípio da presunção de inocência do arguido "que impõe que qualquer limitação à liberdade do arguido, anterior à condenação com trânsito em julgado, deva não só ser socialmente necessária mas também suportável."[17] [18].

Também são de mencionar o princípio da necessidade, que decorre do n.º 2 do artigo 177.º, na medida em que para além de enunciar a natureza cautelar das medidas de coacção, implicitamente enuncia este princípio a ser respeitado na aplicação das mesmas medidas, e o princípio da subsidariedade da prisão preventiva, concretizado no n.º 3 do

15 MANUEL LEAL-HENRIQUES, *ob.cit.*, anotação ao artigo 181.º, p. 35.

16 FERNANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES, *ob. cit*, p. 101.

17 FERNANDO GONÇALVES e ..., *ob. cit.*, pág. 101, apud JOÃO CASTRO E SOUSA, *Jornadas de Direito Processual Penal ...*, *ob. cit*., p. 150.

18 O segundo parágrafo do artigo 29.º da Lei Básica estabelece que *quando um residente de Macau for acusado da prática de crime, tem o direito de ser julgado no mais curto prazo possível pelo tribunal judicial, devendo presumir-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação pelo* tribunal e o n.º 2 do artigo 49.º do CPP determina que *o arguido deve ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa, presumindo-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação*.

artigo 178.º, em cuja obediência não se deverá escolher a prisão preventiva sempre que num caso haja outra medida de coacção que se releve de igual modo suficiente e adequada às exigências cautelares de um determinado processo.

4.3. Competência para aplicação do termo de identidade e residência

De acordo com o n.º 1 do artigo 181.º, é à autoridade judiciária (juiz, juiz de instrução e Ministério Público)[19] que compete aplicar esta medida lavrando termo no processo.

Devido à sua natureza o termo de identidade e residência "é a única medida de coacção que pode ser aplicada no âmbito de qualquer processo (comum ou especial), independentemente da espécie ou gravidade da pena aplicável ao crime objecto do mesmo processo"[20].

Mas é obrigatório que a autoridade judiciária sujeite o arguido a termo de identidade e residência se, findo o primeiro interrogatório, o processo deva continuar e independentemente de constar nos autos o arguido já ter sido identificado por órgão de polícia criminal, nos termos do artigo 233.º. Assim, a autoridade judiciária fica limitada ao controlo formal da verificação dos pressupostos da aplicação do termo de identidade e residência.

Se o arguido sujeito a termo de identidade e residência não dever ficar preso, no referido termo lavrado no processo deve constar que lhe foi dado conhecimento das obrigações que lhe são impostas (n.º 2 do artigo 181.º).

No artigo 179.º e no n.º 1 do artigo 181.º utiliza-se redacção diversa ressaltando, assim, duas diferenças entre o termo de identidade e residência e as restantes medidas de coacção. A primeira, porque a sujeição a termo de identidade e residência ocorre *lavrando-se termo* no processo enquanto as demais medidas de coacção são aplicadas *por despacho* do juiz. A segunda, porque o termo de identidade e residência é aplicado *pela autoridade judiciária*, onde naturalmente se inclui o Ministério Público[21], enquanto as restantes medidas de coacção são aplicadas apenas pelo juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvindo

19 Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), constitui "autoridade judiciária": o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público.

20 FERNANDO GONÇALVES e ..., *ob. cit.*, p. 111.

21 V. alínea b) do n.º 1 do artigo 1.º e, ainda, o n.º 4 do artigo 363.º sobre a competência do Ministério Público para aplicação do termo de identidade e residência em processo sumário e a alínea b) do n.º 1 do artigo 250.º sobre a competência exclusiva do juiz de instrução para *proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da prevista no artigo 181.º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público*.

o Ministério Público.

5. A POSSIBILIDADE DE SUJEIÇÃO A TERMO DE IDENTIDADE E RESIDÊNCIA PELOS ÓRGÃOS DE POLÍCIA CRIMINAL

A revisão do CPP português de 1998, efectuada pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, introduziu a possibilidade do termo de identidade e residência poder ser aplicado também, para além da autoridade judiciária, por órgãos de polícia criminal[22].

Seria também a intenção do Governo da RAEM introduzir idêntica possibilidade no CPP, tendo apresentado na primeira proposta de lei da revisão de 2013 do CPP, a alteração do artigo 181.º de modo a permitir que os órgãos de polícia criminal pudessem também aplicar o termo de identidade e residência, facto que gerou alguma discussão e a que a Comissão declarou ter prestado *grande atenção*[23].

Referia a Nota Justificativa da proposta de lei apresentada pelo Governo que se propunha que os órgãos de polícia criminal pudessem, também, aplicar o termo de identidade e residência. Assim, a proposta continha a possibilidade da sua aplicação logo a partir da constituição de arguido e não apenas findo o primeiro interrogatório, tendo em conta que os órgãos de polícia criminal têm competência para proceder à constituição de arguido durante o inquérito[24].

Constam ainda no referido parecer da 3.ª Comissão diversos argumentos para questionar esta opção, pelo que julgamos preferível proceder à transcrição dos que consideramos essenciais para dar a melhor percepção das opiniões e respectivos fundamentos, mesmo sob pena de alguma repetição e de podermos perder algum tempo.

Vejamos então alguns extractos que reflectem os principais argumentos invocados para justificar o não alargamento da aplicação do termo de identidade e residência aos órgãos de polícia criminal[25]:

- "o termo de identidade e residência nem sempre é de simples aplicação, não

22 A citada lei portuguesa introduziu, entre outras, nova redacção ao n.º 1 do artigo 196.º, nos seguintes termos, com sublinhado nosso: *A autoridade judiciária **ou o órgão de polícia criminal** sujeitam a termo de identidade e residência lavrado no processo todo aquele que for constituído arguido, ainda que já tenha sido identificado nos termos do artigo 250.º*.

23 Assembleia Legislativa de Macau, 3.ª Comissão Permanente, Parecer n.º 3/IV/2013, p. 117.

24 *Idem*, Parecer *cit*, p. 118.

25 *Idem, ibidem*, pp. 118-120.

sendo certo que não requeira especiais conhecimentos técnico-jurídicos, dado que a decisão de aplicar qualquer medida de coacção depende sempre do respeito pelo princípio da legalidade contido no artigo 176.º e de uma ponderação do princípio da adequação e proporcionalidade conforme decorre do consagrado nos n.os 1 e 2 do artigo 178.º";

- "A aplicação do termo de identidade e residência depende ainda de uma valoração jurídica, ainda que indiciária, das circunstâncias e da culpa do arguido, dado que nos termos do n.º 2 do artigo 177.º "*[n]enhuma medida de coacção (...) é aplicada quando houver fundados motivos para crer na existência de causas de isenção da responsabilidade ou de extinção do procedimento penal*" ";
- "nos termos do n.º 2 do artigo 181.º, o termo de identidade e residência, enquanto medida de coacção, restringe os direitos fundamentais do arguido, dado que a sua aplicação implica, necessariamente, limitações para a sua liberdade pessoal";
- "Por outro lado, considerando a muita reduzida dimensão territorial de Macau, os órgãos de polícia criminal podem com facilidade obter a colaboração do Ministério Público ou do tribunal, sempre que tal seja necessário para decretar uma medida de coacção".

Foi assim que, tendo ainda em conta a opinião contrária à alteração proposta para o termo de identidade e residência manifestada pela Associação dos Advogados de Macau e pelo Conselho dos Magistrados do Ministério Público, "a Comissão considerou não se justificar o alargamento desta medida de coacção aos órgãos de polícia criminal, tendo incitado o proponente a abandonar a intenção de proceder à referida alteração legislativa. Após ponderação cuidadosa, o proponente optou por acolher as opiniões da Comissão sobre esta matéria. Assim, a nova versão da proposta de lei não contém nenhuma alteração ao n.º 1 do artigo 181.º"[26].

Também tendo sido mencionados no referido relatório e documentação anexa, no que em concreto diz respeito à Associação dos Advogados de Macau em análise da proposta de lei de revisão do CPP[27], extraímos alguns comentários aos vários artigos da proposta de lei que julgamos necessário analisar:

- "Deve ser rejeitada a alteração proposta para o n.º 1 do artigo 179.º, porquanto

26 *Idem*, Parecer *cit*, p. 120.

27 Associação dos Advogados de Macau, Análise da Proposta de Lei de Revisão do Processo Penal de Macau (CPPM) na versão apresentada pelo Chefe do Executivo à Assembleia Legislativa – Formulação de novas propostas de alteração, datada de 4 de Outubro de 2012.

o próprio termo de identidade e residência, ainda que entendido como medida de coacção mínima, acarreta sempre uma limitação da liberdade em que o arguido é obrigado a informar as autoridades caso tenha que se ausentar por mais de cinco dias, o que consubstancia já por si uma restrição à liberdade da pessoa, sendo intolerável que tal seja deixado ao livre arbítrio da entidade investigatória e de índole acusatória a respectiva aplicação";

- "Poder-se-á argumentar que o TIR é pouco impositivo; o que é certo é que tal apreciação deve ser sempre feita, como manda o artigo 178.º do CPP, em adequação "*às exigências cautelares que o caso requer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivemente venham a ser aplicadas*"";
- Tendo em conta a falta de preparação técnico-jurídica dos OPC, os princípios do processo penal, os pressupostos e requisitos gerais a que deve obedecer a aplicação de quaisquer medidas de coacção e a leiga tendência que os OPC têm para considerar qualquer suspeito como arguido, a consequência mais que provável seria a da constituição como arguido de todo e qualquer declarante";
- "Sabendo-se como se sabe que a constituição de arguido por si só é um factor estigmatizante numa perspectiva social, ela não pode ser efectuada com ligeireza, de modo arbitrário por quem nem sequer tem preparação técnica-jurídica para o fazer";
- Por princípio deve ser um magistrado a aferir da existência de indícios que levem à aplicação do TIR, o qual deve deixar de ser obrigatório, ou pelo menos, extinguir-se pelo decurso de determinado período de tempo, tal como acontece com as demais medidas de coacção (...) Na verdade, se basta uma queixa para que o visado seja constituído arguido e sujeito a TIR, é incompreensível que essa limitação da liberdade perdure enquanto se não demonstrar a falta de fundamento daquela."

Por outro lado, na consulta pública realizada sobre a revisão do CPP, e em particular na parte que respeita à sujeição a termo de identidade e residência pelos órgãos de polícia criminal[28], "[a] generalidade das opiniões manifestou concordância quanto à sujeição a termo de identidade e residência pelos órgãos de polícia criminal. No entanto, há quem entenda que, sendo o termo de identidade e residência uma medida de coacção, deve apenas ser aplicado por decisão de autoridades judiciárias. Se for alterado no sentido de se admitir que seja aplicado pela autoridade de polícia criminal, então sempre deve haver pelo menos lugar a ratificação pelo Ministério Público".

Assim, com base no resultado desta recolha foi feita a respectiva análise e inscrita a

28 Revisão do Código de Processo Penal, Relatório final da consulta, Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional, Conselho Consultivo da Reforma Jurídica, Abril de 2012, p. 45.

seguinte conclusão naquele relatório: "Dado que o termo de identidade e residência é uma medida de coacção peculiar, que praticamente não afecta ou restringe direitos fundamentais do arguido, e tendo em conta que os órgãos de polícia criminal têm competência para proceder à constituição de uma pessoa como arguida durante o inquérito, podem também, para além do Ministério Público e do juiz, os órgãos de polícia criminal aplicar termo de identidade e residência."

Ora, tentando sintetizar e agrupar os principais argumentos que acabámos de transcrever, aduzidos para fundamentar que a aplicação do termo de identidade e residência não deve ser alargado aos órgãos de polícia criminal, resultam os seguintes argumentos para contraditar, que aproveitamos para fazer no lugar próprio:

A aplicação do termo de identidade e residência requer especiais conhecimentos técnico-jurídicos, tendo em conta o facto da decisão de aplicação das medidas de coacção depender do respeito pelo princípio da legalidade e da ponderação do princípio da adequação e proporcionalidade, dependendo ainda de uma valoração jurídica, mesmo que indiciária, das circunstâncias e da culpa do arguido, pelo que não pode ser deixada ao arbítrio por quem não tem preparação técnica-jurídica para o fazer.

A este propósito começamos por chamar à colação a opinião já manifestada, de que em virtude do carácter obrigatório e da natureza impositiva do termo de identidade e residência a ponderação do princípio da adequação e da proporcionalidade tem muito reduzida aplicação.

No caso desta medida de coacção não há margem de liberdade quanto ao sentido da decisão pois se há alguma medida que deixa pouca ou nenhuma margem ao aplicador é esta em que, como vimos, deve ser aplicada logo que se torne obrigatória a constituição de arguido e não apenas só quando findo o primeiro interrogatório do arguido. O aplicador fica limitado ao controlo formal da verificação dos pressupostos da aplicação desta medida que, como vimos, são muito objectivos e praticamente não exigem ponderação.

Também, em virtude do *carácter orientador* do princípio da adequação e proporcionalidade manifestámos dúvidas da sua aplicação plena ao termo de identidade e residência e partilhamos a opinião de MANUEL LEAL-HENRIQUES[29], quando afirma que em virtude do carácter impositivo devido à obrigatoriedade da autoridade judiciária sujeitar o arguido a esta medida, "**não será de exigir a submissão aos princípios indicados nos art.os 176.º e 178.º, bastando apenas que concorra o do art.º 177.º** (prévia constituição de arguido), pois de outro modo a característica de obrigatoriedade que o legislador quis imprimir-lhe perder-se-ia nas condicionantes a que ficava sujeita" (com sublinhado nosso).

E a aplicação desta medida por um órgão de polícia criminal nem sequer exige a

29 *Supra*, Ponto 4.2.

prática de especiais actos no processo pois da sujeição do arguido a esta medida é lavrado termo no processo, o que, por exemplo, poderia ser feito nos autos elaborados pelos órgãos de polícia criminal, enquanto as demais são aplicadas por despacho do juiz.

Ademais, a formação dos órgãos de polícia criminal para o eventual exercício da competência de aplicação do termo de identidade e residência não distará muito da formação que actualmente recebe, isto é, caso ainda não estivessem preparados para o efeito, facilmente lhes seriam ministrados os conhecimentos necessários para o exercício de tal previsão legal, se o legislador assim o entendesse. Basta recordarmos que os órgãos policiais já praticam actos de coadjuvação do Ministério Público, recolhem e preservam prova, etc. E, inclusive, têm competência para proceder à detenção de pessoas, o que certamente constituirá maior limitação da liberdade dos detidos e exige maior ponderação das condições, pressupostos e princípios subjacentes do que propriamente a aplicação do termo de identidade e residência.

Enquanto medida de coacção, restringe os direitos fundamentais do arguido, dado que implica, necessariamente, limitações para a sua liberdade pessoal, consubstanciando "já por si uma restrição à liberdade da pessoa, sendo intolerável que tal seja deixado ao livre arbítrio da entidade investigatória e de índole acusatória a respectiva aplicação".

Ora, acrescentando aqui o que referimos no ponto anterior sobre a quase inexistência de ponderação dos princípios subjacentes ao termo de identidade e residência, o nosso entendimento já sobejamente manifestado é que esta medida de coacção é diferente das demais atendendo a diversas características e condições específicas, designadamente, o facto de ser obrigatória, não deixa ao arbítrio da entidade que procede à sua aplicação margem de decisão nem exige ponderação especial.

Dependendo essencialmente da prévia constituição de arguido, não necessitando de ponderação sobre se é ou não adequada às exigências cautelares no caso concreto, o aplicador fica limitado à verificação objectiva dos pressupostos para a sua aplicação e com pouca liberdade e margem de decisão.

Também quanto ao facto de se tratar de limitações para a liberdade pessoal do arguido, parece-nos que se trata mais de uma *condição* a que o arguido fica sujeito no exercício do seu direito de liberdade, e não tanto uma restrição à liberdade no sentido de estar impedido de se deslocar ou de se ausentar. Caso se pretenda deslocar ou ausentar colocando em causa a sua disponibilidade para o processo ou o cumprimento das obrigações de arguido, designadamente pela dificuldade de ser regular e atempadamente contactado, basta que comunique a nova morada.

Podemos, assim, afirmar que esta medida de coacção é diferente das outras e é sempre tomada sem que tenham de ser tidas em conta necessidades especiais para além das condições objectivas para a sua aplicação, consistindo mais num dever ou obrigação

em razão da condição de arguido do que propriamente uma verdadeira medida de coacção.

"Os pressupostos e requisitos gerais a que deve obedecer a aplicação de quaisquer medidas de coacção e a leiga tendência que os OPC têm para considerar qualquer suspeito como arguido, a consequência mais que provável seria a da constituição como arguido de todo e qualquer declarante". Mesmo podendo considerar-se o termo de identidade e residência uma medida de coacção pouco impositiva a apreciação da aplicação deve ser sempre feita em adequação "*às exigências cautelares que o caso requer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas*".

Salvo melhor juízo, parece-nos que esta opinião manifestada pela AAM parte de um pressuposto errado, assentando no equívoco de que estaremos perante uma situação de confusão entre suspeito e arguido, quando em nosso entender o que está em causa é a questão da dependência de prévia constituição de arguido para que se possa aplicar o termo de identidade e residência. Isto é, não nos parece que se esteja perante a possibilidade dos órgãos de polícia criminal, em desmando dos preceitos legais constituírem qualquer suspeito como arguido mas sim a sujeição a termo de identidade e residência pelos órgãos de polícia criminal de pessoa já constituída arguido, de forma automática e de carácter obrigatório.

Acresce ainda, que a ponderação da aplicação e a escolha da medida a aplicar pelo julgador subjugadas aos *princípios da adequação e proporcionalidade* não está em causa no caso do termo de identidade e residência, pois a simples aplicação da medida de coacção já satisfaz as exigências cautelares de assegurar a comunicação com o arguido e a sua disponibilidade para o processo e, por outro lado, não depende da proporcionalidade à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

Um outro argumento que invocamos e também já foi referido, é que o termo de identidade e residência é a única medida de coacção que pode ser aplicada no âmbito de qualquer processo (comum ou especial), independentemente da espécie ou gravidade da pena aplicável ao crime objecto do mesmo processo.

O território de Macau é de reduzida dimensão podendo os órgãos de polícia criminal obter a colaboração do Ministério Público ou do tribunal, sempre que seja necessário para decretar uma medida de coacção.

Com efeito, consideramos esta observação razoável mas também é verdade que podemos ver o Ministério Público a manifestar[30] os problemas de constrangimento do seu trabalho e consequente perda de eficácia, referindo "a elevada pressão de trabalho e na fase

30 Veja-se o documento constante no citado Parecer da 3.ª Comissão da Assembleia Legislativa, dos magistrados do Ministério Público, intitulado "Duas opiniões sobre a Revisão do Código de Processo Penal de Macau, datado de 14 de Novembro de 2011, pp. 8-10.

de investigações, o volume de trabalho relacionado com as medidas de coacção é enorme."

Referem ainda que a "Polícia envia diariamente grande número de processos penais e entrega arguidos detidos ao Ministério Público, os quais são objectos principais de aplicação ou promoção de medidas de coacção pelo Ministério Público", num número de processos de "cerca de 20 até 30 por dia, envolvendo 30 a 50 indivíduos em média."

Ora, a aplicação do termo de identidade e residência, que nunca é demais recordar é de aplicação obrigatória aos já constituídos arguidos, em grande número de ocasiões pelos órgãos de polícia criminal, pode constituir, salvo melhor opinião, um óptimo instrumento de descongestionamento do trabalho do Ministério Público, contribuindo para o aumento da eficácia deste órgão que, ficando mais liberto, pode afectar os seus valiosos recursos à realização de outras tarefas, mais exigentes e condizentes com os especiais conhecimentos técnico-jurídicos de que está dotado.

CONCLUSÕES

Até à revisão de 2013 do CPP de Macau, nenhuma alteração foi feita às regras das medidas de coacção e de garantia patrimonial. E da Lei n.º 9/2013 apenas resultou o aditamento do n.º 4 ao artigo 181.º, tendo o Governo da RAEM retirado a possibilidade dos órgãos de polícia criminal poderem sujeitar os arguidos a termo de identidade e residência da proposta inicialmente apresentada à Assembleia Legislativa.

Entendemos que a principal função desta medida constitui um meio processual para garantir o seu prosseguimento, criando as melhores condições e garantias de uma eficaz comunicação com o arguido e a disponibilidade deste para um concreto processo penal.

Gerando alguma discussão sobre se deve ou não ser considerada uma verdadeira medida de coacção, reconhecida é a sua menor intensidade de entre as demais medidas, pelo que acaba por ser considerada por muitos como uma medida de coacção *sui generis*, submetida a um regime próprio que a distingue das restantes, especialmente em razão da sua característica de ser de aplicação obrigatória, de ser a única aplicável em qualquer processo penal (comum ou especial) e de não depender da espécie ou gravidade da pena aplicável, não estando sujeita às condições gerais previstas para aplicação das restantes medidas.

Todavia, ponderada a possibilidade do termo de identidade e residência ser aplicado por órgãos de polícia criminal, tendo em conta as opiniões dos operadores judiciais e da sociedade verificou-se que os operadores judiciais se manifestaram contra esta inovação jurídica e da consulta pública resultou que a sociedade não se opôs ao alargamento da

possibilidade desta medida ser aplicada pelos órgãos de polícia criminal.

Em razão de todo o exposto, analisados os argumentos em apreço, é nosso entendimento que a função do termo de identidade e residência, as suas características especiais e o regime distinto das demais medidas de coacção não constituem impedimento à sua aplicação pelos órgãos de polícia criminal.

Conjugando o carácter de obrigatoriedade da sua aplicação e a diferenciação face aos requisitos e pressupostos de aplicação que conformam as restantes medidas de coacção, auxilia na fundamentação que o termo de identidade e residência não tem os mesmos níveis de exigência de ponderação, pelo que não demanda os mesmos níveis de conhecimentos técnico-jurídicos para a sua aplicação que os operadores judiciários reclamam que os órgãos de polícia criminal não possuem.

Aliás, esta é para nós uma falsa questão tendo em conta as capacidades que já são detidas pelas polícias que, inclusive, têm competência para proceder à detenção de pessoas, o que seguramente constituiu maior limitação da liberdade de qualquer indivíduo que aquela que eventualmente decorre do termo de identidade e residência. Por outro lado, tendo em conta o tal carácter de obrigatoriedade desta medida e a especial dependência à condição da prévia constituição de arguido, quando somados às diversas situações em que obrigatoriamente haverá lugar à constituição de arguido pelos órgãos de polícia criminal, mais resistência temos a argumentos desta natureza.

Por estas razões julgamos ter sido desaproveitada a oportunidade da revisão do CPP em 2013, para alargar aos órgãos de polícia criminal a aplicação da medida de coacção de termo de identidade e residência, e esperamos que em novo processo de revisão venha a retomar-se o debate da questão, certos que com a maturação dos argumentos e após elevada ponderação tal virá a ser possível, contribuindo-se para a celeridade e o aumento da eficácia processual sem que isso necessariamente signifique a diminuição das garantias do arguido.

BIBLIOGRAFIA DE REFERÊNCIA:

ANA PAULA PINTO LOURENÇO, *Dos direitos do arguido na revisão do Código de Processo Penal de 2007*, Revista de Economia e Direito, Vol. 12, n.º 2 (2007).

ANTÓNIO DA SILVA HENRIQUES GASPAR [*et al.*], *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra, Almedina, 2014.

FERNANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES, *A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção, a providência do Habeas Corpus em virtude de prisão ilegal*, Almedina, Coimbra, 2003.

JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Arguido e imputado no processo penal português, Lisboa, Universidade Católica*, 2000.

JOSÉ M. DAMIÃO CUNHA, *O ministério público e os órgãos de polícia criminal no novo código de processo penal*, Porto, Universidade Católica, 1993.

MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau*, Vol. II, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2014.

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Dos órgãos de polícia criminal: natureza, intervenção, cooperação*, Coimbra, Almedina, 2004.

PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária: investigação criminal, repartição de funções dos órgãos do Estado e sistemas de controlo: estatuto e competências do Ministério Público: poderes dos órgãos de soberania politicamente conformadores, do juiz de instrução e dos órgãos de polícia criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

逗留於住宅義務和遠程管制技術

Crisália Soares de Freitas[1]

一、澳門特別行政區允許採用的強制措施簡介

強制措施作為一種保全性質的訴訟程序措施和限制嫌犯的人身自由的手段，其目的在於保證刑事訴訟程序得到良好進行。

強制措施以其自身性質而受合法性原則制約，也就是說，僅可對嫌犯適用法律所明文規定的強制措施。

澳門刑事訴訟制度確認了如下強制措施：提供身份及住所資料以作書錄，提供擔保，定期報到，禁止離境及禁止接觸，中止執行職務、從事職業或行使權利和羈押。

除提供身份及住所資料以作書錄這一強制措施外，其他法律規定的強制措施均須在法官批示命令下才可作出。

對強制措施的具體採用，除要求滿足適用要件為所涉案件中的嫌犯這一前提設定外，還須遵守適度原則和適當原則，或者說，所採取的強制措施對於有關情況所需的防範要求應屬適當，且對於犯罪的嚴重性及預料可科處的制裁應屬適度。

適度原則明顯地體現在刑訴法典第一百七十八條第三款所規定的補充性適用原則之中，即該款規定，最重的強制措施，即羈押僅可在最後才予以考慮採用，即當法律規定的其他強制性措施明顯不適當或不足夠的情況下才可以考慮採取羈押措施。

羈押是一種限制適用的強制措施，限制其使用的條件為“最後考慮”，也就是說，按照規定，僅在沒有任何其他措施能夠滿足訴訟程序需要的情況下才可補充性的採取羈押措施[2]。

1 澳門衛生局法律顧問，畢業於科英布拉大學法學院並獲得學士學位和碩士學位。

2 由於不屬於本文所分析的範圍，我們在此並不列明不可被羈押的犯罪特徵，而可認為立法者通過刑訴法典第一百九十三條的規定已經列明。

在這種選用強制措施的模式下，澳門特別行政區的立法者對嫌犯一般選擇較輕的強制措施，只要該等措施顯示完全能夠滿足刑訴訴訟的防範目的並且採取措施為適宜的。

除提供身份及住所資料以作書錄這一強制措施外，必須出現以下一項或多項具體情況時才得採取某一強制措施：逃走或有逃走的危險，有擾亂偵查或擾亂證據取得的危險，基於犯罪之性質與情節或嫌犯之人格而有擾亂公共秩序或安寧之危險或有繼續進行犯罪活動之危險（請參閱刑訴法典第一百八十八條）。

正如Manuel Leal-Henriques教授表明，採取強制措施的目的在於 “上述措施旨在滿足刑事訴訟程序的目的及需要；然而，亦不能不當或不適度地犧牲措施所針對之人的基本權利”[3]。

二、逗留於住宅的義務

逗留於住宅的義務是一種由法官決定施於嫌犯的，令其遵守不得離開或不得在未獲准許的情況下離開其住宅或其當時所居住住所的強制性義務。

在住宅中停留意味著在未獲批准時不得離開該住宅。

作個淺顯的對比我們就可知道，對於嫌犯而言，與對其採取羈押措施相比，要求其履行逗留於住宅的義務的強制措施要好得多。

然而，實際上回家逗留也並不總是好於羈押的。在非普遍化的情況下（因為每種情況均有其自己的背景和特點），事實上，嫌犯一方由於經濟困難會居住在狀態糟糕、空間有限、衛生堪憂、並不舒適且毫無隱私可言的住宅內。此外，有些時候，嫌犯與其家人或朋友同住，而其家人或朋友卻有酗酒或吸毒的情況。在此情景下，令嫌犯在其住宅內逗留對嫌犯而言實在過於艱苦，這一強制性措施也使嫌犯不可避免地面對時刻提醒自己是犯罪行為中的罪犯這一烙印的心理挑戰。

的確，履行逗留於住宅義務的嫌犯可在家裡接受來訪，並未被剝奪其與家人和朋友聯繫的權利。然而，實際上這也並非易事，由其是對年輕人而言，允許他們在家接待朋友卻禁止他們與朋友們一起出門，例如，僅僅只是出門去街角的咖啡廳喝杯飲料。毫無疑問，採取履行逗留於住宅義務這一強制措施，儘管並沒有完全禁止嫌犯社交，但也不可避免地導致嫌犯在履行該防範措施期間不能進行正常社交生活。

此外，總體而言，經常被禁閉於住所內，也會給嫌犯的身體健康帶來負面的影響，尤其導致引起肥胖症和肌肉萎縮。

事實上，履行逗留於住宅義務這一強制措施“悲觀的認為，在此等條件下所造成的心理暴力幾乎等同於在監獄接受強制措施或服刑”，給嫌犯的意

3 請參閱《澳門刑事訴訟法教程》，第一卷，第二版，法律及司法培訓中心出版，2009年，第271頁。

志造成了一個長久的挑戰[4]。

逗留於住宅義務這一強制措施，如羈押措施一樣同為剝奪自由的防範措施，因此，我們認為，澳門特別行政區對於該強制措施的許可適用的條件應非常近似於採取羈押措施所須具備的條件，應將該強制措施作為羈押措施的一個可替代選擇。

因此，我們認為對於逗留於住宅義務這一強制措施的採用應當取決於以下前提條件在具體案件中的表現：滿足刑訴法典第一百八十八條所規定的一般要求，且存在明顯跡象顯示對其故意犯罪行為可判處最高刑罰超過三年。

此外，我們認為該種強制措施應如羈押措施一樣，遵守補充性原則，也即，僅在具體案件中顯示出採取其他法律規定的強制措施不適宜或不足夠時，才可採取逗留於住宅義務這一強制措施。

還應合法規定出，在某一情況下採取剝奪自由的強制措施時，只要顯示出逗留於住宅義務這一強制措施的採用能夠滿足防範的需要，則在採取羈押的弊端之下應優先考慮採取逗留於住宅義務的強制措施。

三、遠程管制技術的使用

1. 簡要歷史背景框架

現代社會生活中日趨複雜的人類關係導致了犯罪率的提高，這導致整個文明世界中刑事懲罰系統裡的犯人數量劇增。

例如，美國在上個世紀八十年代和九十年代中，其監獄超員現象產生了嚴重的財政負擔和後勤負擔，達到難以支撐的地步。

葡萄牙在此趨勢中也未能倖免，同樣也存在被羈押犯人過量的記錄，該類被羈押犯人數量占全部囚犯的一半以上。來自於葡萄牙監獄系統研討委員會（CEDERSP）的資料顯示出，2005年，葡萄牙監獄中在押犯人人數非常之多。

在此背景下，對是否有其他不同的機制以應對監獄滿員問題展開了討論。近幾十年中科技以其令人吃驚的發展造就了許多新的可能。事實上，各種電信系統的產生和普及使得可以找到一些可選擇且可信賴的解決方案用以降低監獄中的犯人數量。

4 Fernando Fernandes博士在其名為“徒刑和剝奪自由措施的執行。法律制度的挑戰”培訓課程中的發言中所總結的看法，二十一世紀司法高級培訓項目，2010年三月開辦於里斯本。

上個世紀八十年代初期，首先是在美國[5]，然後是在歐洲試點[6]，開始使用新的遠程管制方式，即大眾所知的電子監視和佩戴電子環。電子監視在九十年代被廣泛普及[7]，而在二十一世紀初成為大範圍使用的目標。

電子監視方式隨1998年葡萄牙修改其刑事訴訟法典而被引入葡萄牙，並運用於刑訴法典第二百零一條所規定的有關逗留於住宅義務強制措施的監視上，其目的在於建立一個可取代羈押的措施。

現在，電子監視同樣用於對一些特定的刑罰執行進行監視，尤其是，逗留於住宅制度中的短期剝奪自由刑罰（葡萄牙刑法典第四十四條）和假釋（葡萄牙刑法典第六十二條），也用於監視禁止施暴者與受害者接觸情況（在家庭暴力情況下使用電子監視手段——葡萄牙刑法典第一百五十二條第五款和九月十四日第112/2009號法律第三十五條）。最後，電子監視也可被用於刑罰執行和剝奪自由措施法典第一百二十條所列之情況，即改變病情加重不可好轉的或有永久性嚴重生理缺陷的又或者高齡的服刑犯人的徒刑執行方式。

5 我們現在認為對於電子監視的首次嘗試是在1983年4月，由Jack Love法官，在面對監獄超員而苦苦尋找解決辦法以避免再向監獄輸送人員時提倡使用。這解決方法是在（新墨西哥州）阿爾不開克市的一個罪犯的腿上安裝一個電子腳環。1984年，在（佛羅裡達州）棕櫚灘創立了完善的由電子監視系統輔助的寓所服刑制度，以使輕罪罪犯可在寓所服刑而非監獄。這類制度以其服刑時間短為特色。1985年，美國有三個州批准通過了電子管制制度，主要是面對危害交通安全的罪犯或涉案金額低微的罪犯（被稱為輕微犯罪）。1988年，美國已有將近三十個州批准通過了電子管制制度。這一系統主要適用於醉駕和其他交通違法行為，或侵犯所有權但價值低微的罪犯行為。此類電子監管制度在美國發展迅速，1988年之前，已有來自二十三個州的兩千三百名不法分子接受電子監管。兩年以後，電子監控的使用激增：1998年1月，有將近九萬五千個電子監控裝置正被使用。也就是說，在1988年至1998年間，使用該等措施的增長指數為4200%。在美國有兩種基本的電子監視形式：前門（作為短期徒刑的替代選擇）和後門（將服刑至最後階段的罪犯提出監獄）。

6 英國為歐洲大陸上第一個使用電子監視制度的先鋒。在1989年至1990年之間，通過無線電頻率技術實現該電子監視。首批使用該等措施的是被保釋的成年被告人，但遇到了一些技術難題和在審判前期階段存在調和困難。1995年，恢復了電子監視專案，但是從這一次起，其轉而指向徒刑的執行（被法庭判處服從宵禁令的成年罪犯）。毫無疑問，英國是對於電子監視有著最高政治策略的歐洲國家，該系統的使用極其寬廣。電子監視的運行模型是賦權於大量私人公司，包括安裝電子監視設備、進行監視、作出事故報告和警告報告以及發生異常情況時聯繫法院或緩刑部門。

7 在荷蘭，其首次試用電子監視寓所服刑是在1994年。該次試用使用了五十名自願者，該五十名自願者均被判處社區勞動服務刑或正處於長期剝奪自由刑服刑的最後階段。在荷蘭系統中，電子監視與英國的電子監視較為相似，是由私人公司負責實施。

在瑞士，電子監視作為監獄服刑的可代替性選擇，通過1994年的法律引進入國，其要求採取電子監視手段必須經過罪犯及其共同生活之人的同意，並且罪犯必須必須以書面被告知該等措施的細節及其施用後果。瑞士的電子監視並不交予私人公司施行，而私人公司僅有權安裝和維持設備運行（這一點與葡萄牙及其他歐洲國家一致，但除荷蘭和英國以外）。

在西班牙，2000年4月，監獄機構管理總局在馬德裡的Victoria Kent重返社會中心開啟了電子監視的試點專案，該項目中有十五名犯人，當他們佩戴電子環時可在監獄外過夜。該等犯人均處在其服刑的最後階段並同意接受電子設備的控制。加泰羅尼亞地區是唯一一個被賦予刑罰權的自治地區，因其擁有自治的與全國其他地方不同的電子監視系統。在加泰羅尼亞地區，該試點專案自2002年12月開始實行且被認為有極大的效果。該次試行持續了六個月包括開放制度下的二十五名罪犯——二十名男性與五名女性。這個專案以提高犯人自身責任水準為目標並且說明他們一最大程度的適應社會及回歸家庭。

法國通過1997年12月的法律將電子監視系統(“le placement sous surveillance électronique”)納入法律中，從2000年開始適用電子監視。這一新的執行剝奪自由刑的方式以對抗監獄超員為目標且可是犯人最大限度的重返社會。該系統允許犯人在處於持續監視的前提下，在家服刑。然而，該系統在罪犯因須接受預審或使用該系統以做保安處分而被判使用前，同樣需要經過罪犯的同意。

2. 電子監視的目的

電子監視的目的在於以一確定的司法裁判為基礎通過遠程管制技術，對嫌犯或罪犯是否在其住宅進行監視。

電子監視系統旨在起到以下作用：（1）減少過多的監獄服刑人數及相應成本；（2）對特定司法裁判的服從情況進行嚴格且持續的監督；（3）通過電子監視絕對地高度監督以降低累犯發生率和制止使嫌犯（或罪犯）犯罪的行為；（4）對失足者重返社會服務建立新的方式。

3. 電子監視的運作方式（技術層面）[8]

無線電頻率技術被葡萄牙乃至整個歐洲、美國、加拿大、澳大利亞和拉丁美洲所採用，旨在掌握定位資訊技術，或者說，對事先預定的地點對特定人員進行監視。

該系統有兩個主要組成部分：移動設備和核心集中設備。在移動設備中，我們有一個個人識別裝置（DIP），一般被設計在電子環中，以及一個地方監控元件（UML）。DIP是一個被設定好了的發射器，按規則被佩戴在嫌犯或罪犯的腳踝處。該設備有著長續航能力的電池並且防水。當佩戴人被電子監視時，DIP通過無線電頻率頻繁地傳送信號，該信號編碼中包含有關該嫌犯的識別碼，因此也被稱為嫌犯的“電子身份證”。

UML是一種智慧設備，其會根據司法裁判內容而對DIP的活動情況作出標記。因此，UML常被稱為每一個嫌犯的“電子私人看守”。

嫌犯所佩戴的DIP，其頻繁發出的無線電頻率信號被安裝於住宅的UML所捕獲。UML通過電力保持運行，其中僅載有資訊資料庫和司法裁判中的有關嫌犯服刑時間表資訊。

此外，通過電信網路，UML按時傳輸資訊給安裝在集中設備核心的集中計算工具上，該等計算工具的程序被編碼為可以精確地知道嫌犯何時應當出現在住宅或被允許離開住宅。

集中設備的核心由各種集中資訊手段所構成，其職責在於保證對系統中所有的全部嫌犯的長期遠程監控的運行。中心電腦被放置於私人公司的安全裝置內，而由該私人公司提供電子監控服務，並有該公司對電腦進行操作、管理和維持運行。

集中電腦計算工具按組記錄並存放資訊，按組記錄和存放是為了可以存放系統中與所包含的所有嫌犯或罪犯有關的一切發生事項，其中，若發現有異常現象或違反行為，即立刻採取必要措施以試圖讓司法裁判的執行恢復正常。

在嫌犯或罪犯離開或進入住宅、毀壞、嘗試毀壞或脫掉DIP和UML、拿開UML又或關閉電源或電信網路時，該電子監視系統仍可保持運行。

此外，聲音識別是一種用以辨識每一個人類聲音的獨特特點的生物醫學系統，類似於指紋識別。

8 在此我們僅列舉一下更加常用的技術，也即電子監視可包含以下技術：無線電頻率、聲音識別、GPS跟蹤、酒精遠程監控、跟蹤犯人系統（監獄中）和受害人保護系統。

嫌犯或罪犯的的聲音記錄預先通過在中央電腦上直接錄音而完成，以作為未來核實聲音時的原版標本。而聲音的核實則可通過事先確定的時間或隨機時間，通過嫌犯打出的電話或/和嫌犯打入的電話，或通過人工模式而自動完成。

聲音的核實結合了一個或數個中央電腦承認的確定電話號碼，以此而可知曉嫌犯現在所處的確定地點。如聲音未被核實，則系統立即提供該資訊，以使負責執行電子監視的實體採取應對措施。

除了以上介紹的兩種技術系統，及依照葡萄牙立法者在九月二日第33/2010號法律中採用的技術，可以或應接受電子監視將會通過被政府承認的其他技術手段實施的可能性。

電子監視中所使用的技術已得到廣泛檢驗且日趨精密複雜，且只要按照生產商所給的使用說明來操作的話，該系統就不會被損壞或被入侵，從而可以通過核實準備好了的聲音標本用以監測出造假情況。

4. 電子監視的優點

電子監視有很多優點。首先，它可以避免被傳染監獄中的惡習，不會使被監視者再犯罪、被孤立及打上監獄的印記。其次，對於在監獄中看管而言，該等方式則更為經濟，可有效減少相關所需之預算，對於澳門特別行政區而言，可以利用該等節省下來的資源去實現其他目標。

另一方面，電子監視的使用可提高重返社會的效果，以此而成為社會的保護者。事實上，通過電子監視來監督逗留於住宅義務這一強制措施的實施，可以降低居高不下的羈押率，從而也避免被監視者在監獄感染惡習而墮落。同樣通過允許被看管人與家人的聯繫而同樣貢獻社會附加收益。如嫌犯被允許工作，則允許嫌犯保持生活經濟來源，嫌犯還可以繼續上學或繼續接受職業培訓，只要其被許可進行上述活動。

除此之外，電子監視是對公正的現代化發展的一個貢獻，因為現在所存之問題，如監獄超員問題以及新的犯罪形式問題均要求我們的司法系統作出新的回應。

最後，電子監視由於可以對嫌犯或者罪犯履行法院作出的令其在具體時間段內停留在特定地點的司法義務的情況進行持續監控，由於一旦有不履行的情況就可立即被監測，因此也可以保證司法裁判的完全著實履行。

在此，電視監視表現出的各種優點使電子監視轉而成為能夠使失足者能夠更好的重返並融入社會的絕好方式，以其穩定性而使其成為實現公正的必不可少的工具。

該等遠程管制技術的目的也不僅僅是管制本身，並非必然地為了個人恢復。而是為達到重返社會目的而給出的另一種手段。

因此，現在全世界中選擇使用電子監視的國家數目在持續增長也毫不奇怪[9]，希望在未來，澳門特別行政區也可以成為使用該等技術的國家地區之一。

9 欲瞭解更多的電子監視發展傳播，請參閱電子監視研討會報告，由歐洲緩刑聯合會（CEP）組織召開，www.cep-probation.org，以及RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Sistema penitenciário y revolución telemática: el fin de los muros en las prisiones?. Un análisis desde la perspetiva del Derecho comparado*, Editorial Slovento, 2005.

四、使用電子監視作為監控逗留於住宅義務履行的手段：法律制度建議

考慮到電子監視領域的技術發展，以及考慮到採取電子監視手段的國家中，其民眾與司法工作人員對該等技術所產生的信賴和信心，還考慮到該等手段所集合的經濟優勢和社會優勢，我們認為十分適宜在澳門特別行政區建立遠程管制技術以對逗留於住宅義務強制措施進行監控。

其後，我們通過深入瞭解司法制度的基本特徵，認為，應當在建立逗留於住宅義務強制措施中考慮該等技術。

首先，除了設立一個專門規定以對通過遠程管制技術來監控逗留於住宅義務強制措施進行規範，還須刑訴法典中相關章節中所列之規定進行必要的修改，例如，現行第一百七十八條、第一百九十七條以及第二百零二條，應合法建立並適用電子監視。

該實施細則應主要規範以下事宜：所採納使用的技術系統；須得到嫌犯及其同住之人的同意；嫌犯的權利和義務；何人在何時以及如何申請該等措施；執行的開始；裁判的複查；負責執行的實體；負責執行的實體的職責；不在電子監視的地點；非法離開電子監視的地點；撤銷電子監視；電子監視書錄；電子監視資料的處理，需考慮個人資訊保護法的規定（第8/2005號法律）[10]。

電子監視以其性質實際上是一個以（無論是在管制的程度上還是社會心理介入上）負責執行實體的嚴密監視為前提的管制手段，因此該負責執行實體應負責準備和實施電子監視，其不僅須負責在作出裁判前搜集資訊和製作報告，還須負責實施電子監視。

而對於負責實施電子監視的實體，可為此而選擇建立一個專門實體或賦權於澳門現存某一機構來實施電子監視，如，社會重返部門。

負責電子監視的實體負有通過該等監視方式保證實施強制措施的責任，向法院提交必要附件和保證管理電子監視系統。

最後需要的注意的是，在徒刑服刑、履行逗留於住宅義務範圍內，正如羈押所產生的效果一樣，受電子監視的時期因等同於服刑而應被全部扣減，這將導致刑訴法典第七十四條第一款須作出相關修改。

總而言之，我們的觀點是使用電子監視手段來對逗留於住宅義務強制措施進行監控須依賴於以下前提的具體實現：（1）滿足刑訴法典第一百八十八條所規定的一般要件；（2）滿足法律明示規定的特殊要件，例如，存在明顯跡象顯示對其故意犯罪可判處最高刑罰超過三年；（3）

10 在此背景下，可以考慮，經過適當地調整，葡萄牙現行的九月二日第33/2010號法律中的制度，該制度對遠程管制技術手段的使用進行規範。

嫌犯表示同意；（4）與嫌犯同住的年滿十六歲之人表示同意；（5）住宅必須通電。

五、結論

如將利用電子監視監控逗留於住宅義務強制措施與羈押措施相對比，會發現第一種方式有著多種經濟上的優點和社會上的優點。

我們認為澳門集中了所有設立實施該等強制性措施的全部必要條件。澳門特別行政區的司法工作人員在創立和實施該等強制措施上也持有明顯一致意見[11]。

眾所周知，澳門監獄面臨著超員問題，引起了眾多批評和深度的不滿。

根據上述原因，且在不影響對本事宜進行深入研究的情況下，我們認為澳門特別行政區在其刑事司法系統中創立實施使用遠程管制技術以監控逗留於住宅義務強制措施，作為羈押措施的一個可替代選擇是可取的。

11 對此，請參閱《修訂刑事訴訟法典諮詢檔的最後報告》，由法律改革諮詢委員會和法律改革及國際法事務局製作，載於http://www.dsrjdi.ccrj.gov.mo/UploadFiles/ 20120426_Relatorio_final_CPP_PT.pdf.

A OBRIGAÇÃO DE PERMANÊNCIA NA HABITAÇÃO E O USO DE TÉCNICAS DE CONTROLO À DISTÂNCIA

Crisália Soares de Freitas[1]

I – BREVE CARACTERIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO ADMISSÍVEIS NA RAEM

As medidas de coacção são providências de natureza cautelar e processual limitadoras da liberdade individual do arguido, que se destinam a assegurar a boa realização do processo penal.

Atendendo à sua natureza, as medidas de coacção estão sujeitas ao princípio da legalidade, o que significa que ao arguido só poderão ser aplicadas as medidas coactivas expressamente previstas na lei.

O regime processual penal de Macau consagra as seguintes medidas de coacção: o termo de identidade e residência, a caução, a obrigação de apresentação periódica, a proibição de ausência de contactos, a suspensão do exercício de funções, profissão ou direitos, e a prisão preventiva.

Excepção feita ao termo de identidade e residência, as medidas coactivas previstas na lei têm de ser ordenadas por despacho do juiz.

A aplicação em concreto de uma medida de coacção, para além de exigir a prévia constituição como arguido no processo em causa, obedece aos princípios da adequação e da proporcionalidade, ou seja, deve ser adequada às exigências cautelares do caso e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

O princípio da adequação está intimamente associado ao princípio da subsidiariedade previsto no n.º 3 do artigo 178.º do CPP, nos termos do qual a medida de coacção mais gravosa, que é a prisão preventiva, só pode ser aplicada em último recurso, isto é, quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as restantes medidas coactivas elencadas na lei.

1 Jurista nos Serviços de Saúde de Macau. Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A prisão preventiva é uma medida de coacção condicionada por uma cláusula de "*ultima ratio*", na medida em que, em regra, só pode ser aplicada a título subsidiário, quando nenhuma outra medida for adequada a satisfazer as exigências processuais[2].

O legislador da RAEM optou, deste modo, pelas medidas coactivas menos gravosas para o arguido, desde que as mesmas se revelem suficientes e adequadas à satisfação das finalidades cautelares do processo penal.

Com excepção do termo de identidade e residência, a aplicação de uma medida de coacção exige a verificação em concreto, e de forma alternativa, de fuga ou perigo de fuga, de perigo de perturbação do inquérito ou das provas, de perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa (*vide* o artigo 188.º do CPP).

Como bem afirma Manuel Leal-Henriques, as medidas de coacção pretendem *"assegurar as finalidades e exigências do processo penal mas sem sacrifício indevido ou desproporcionado dos direitos fundamentais dos cidadãos que a elas ficam sujeitos"*[3].

II – A OBRIGAÇÃO DE PERMANÊNCIA NA HABITAÇÃO

A obrigação de permanência na habitação é uma medida de coacção que consiste na imposição ao arguido, por determinação do juiz, da obrigação de não se ausentar, ou de não se ausentar sem a devida autorização, da habitação própria ou de outra em que resida naquele momento.

Permanecer na habitação significa não se ausentar da mesma sem estar para tal autorizado.

Uma análise superficial pode levar-nos a pensar que a medida de coacção de obrigação de permanência na habitação é sempre mais vantajosa para o arguido do que a aplicação da prisão preventiva.

No entanto, nem sempre o regresso a casa é preferível à prisão. Sem pretender generalizar (uma vez que cada caso tem o seu próprio contexto e especificidade), a verdade é que, devido a dificuldades financeiras, uma parte significativa dos arguidos habita em casas degradadas, com divisões exíguas, insalubres, pouco confortáveis, sem qualquer privacidade. Ademais, por vezes, o arguido divide essa habitação com familiares ou amigos que enfrentam situações problemáticas

2 Por extravasar o tema sob análise, não nos iremos pronunciar sobre a figura dos crimes incaucionáveis, que o legislador da RAEM parece ter consagrado no artigo 193.º do CPP.

3 *In* "Manual de Formação de Direito Processual Penal de Macau", Tomo I, 2.ª Edição, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2009, página 271.

como a dependência do álcool e de estupefacientes. Neste cenário, torna-se verdadeiramente penoso para o arguido estar fechado na sua própria casa, constituindo esta medida coactiva um desafio psicológico que acresce ao estigma inevitavelmente associado à constituição como arguido num processo-crime.

É certo que o arguido sob quem impende a obrigação de permanência na habitação pode receber visitas em casa, não estando completamente privado do contacto com os seus familiares e amigos. No entanto, compreende-se que não seja fácil, sobretudo para os mais jovens, receberem os seus amigos em casa mas estarem privados de os acompanhar para, por exemplo, ir simplesmente tomar uma bebida no café do bairro. É inegável que a aplicação da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação, embora não determine a perda absoluta do contacto social, conduz inevitavelmente ao afastamento do arguido do convívio social regular durante todo o cumprimento da medida cautelar.

Acresce que, com frequência, o confinamento ao domicílio, quando total, provoca efeitos nefastos na saúde física dos arguidos, em particular ao nível da obesidade e atrofiamento muscular.

Efectivamente, o cumprimento da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação *"encerra uma violência psicológica que coloca estas situações, sob o ponto de vista da penosidade, num patamar, pelo menos idêntico, às medidas/penas cumpridas em estabelecimento prisional"*, constituindo um desafio permanente à vontade do arguido[4].

A medida de coacção de obrigação de permanência na habitação, tal como a prisão preventiva, é uma medida cautelar privativa da liberdade, e, por isso, em nossa opinião, a eventual admissibilidade da mesma na RAEM deverá ficar sujeita a condições de aplicação muito próximas das exigidas para a prisão preventiva, devendo tal medida de coacção funcionar como uma alternativa à prisão preventiva.

Neste sentido, defendemos que a aplicação da medida coactiva de obrigação de permanência na habitação deverá depender da verificação no caso concreto dos seguintes pressupostos: estarem verificados os requisitos gerais elencados no artigo 188.º do CPP, e a existência de fortes indícios da prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos.

Ademais, entendemos que esta medida de coacção, tal como sucede com a prisão preventiva, deverá estar sujeita ao princípio da subsidiariedade e, portanto, só deverá ser aplicada se, no caso concreto, as demais medidas de coacção previstas na lei se revelarem inadequadas ou insuficientes.

Deve também ficar legalmente estabelecido que quando couber ao caso medida

4 Considerações tecidas pelo Dr. Fernando Fernandes aquando da sua comunicação no curso de formação intitulado "A execução das penas e das medidas privativas de liberdade. Os desafios do novo regime legal", inserido no programa de formação avançada Justiça XXI, que se realizou em Lisboa no mês de Março de 2010.

de coacção privativa da liberdade deve ser dada preferência à obrigação de permanência na habitação em detrimento da prisão preventiva, sempre que ela se revele suficiente para satisfazer as exigências cautelares.

III – O USO DE TÉCNICAS DE CONTROLO À DISTÂNCIA

1. Breve enquadramento histórico

A crescente complexidade das relações humanas nas sociedades modernas conduziu a um acréscimo dos níveis de criminalidade, o que implicou em todo o mundo civilizado um aumento muito significativo do número de presos nos sistemas penitenciários.

Nos EUA, por exemplo, a sobrelotação dos estabelecimentos prisionais, ocorrida nos anos 80 e 90, determinou a existência de uma sobrecarga financeira e logística que atingiu níveis insustentáveis.

Portugal também não fugiu a esta tendência, tendo mesmo registado um excesso de presos preventivos, cujo valor chegou a ultrapassar os 50% do total de reclusos. Os dados fornecidos pela Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional (CEDERSP) revelavam que Portugal, em 2005, possuía um elevado número de reclusos encarcerados em estabelecimentos prisionais.

Foi neste contexto que começaram a discutir-se diferentes mecanismos de combate à sobrelotação prisional. A fenomenal evolução tecnológica que teve lugar nas últimas décadas abriu um leque de novas possibilidades. Na verdade, o surgimento e popularização de diversos sistemas de telecomunicação permitiram que fossem encontradas soluções alternativas e fiáveis que contribuíram para uma diminuição do número de reclusos em estabelecimentos prisionais.

No início dos anos 80, primeiro nos EUA[5] e depois em experiências piloto na

5 A primeira experiência de vigilância electrónica, no sentido que hoje lhe atribuímos, foi preconizada, em Abril de 1983, pelo juiz Jack Love, o qual, confrontado com a sobrelotação dos estabelecimentos prisionais, procurava uma solução que evitasse o envio de mais pessoas para a prisão. A solução encontrada foi a colocação de uma pulseira electrónica na perna de um condenado na cidade de Albuquerque (Novo México). Em 1984, em Palm Beach (Flórida), foi implementado um programa completo de prisão domiciliária complementado com um sistema de vigilância electrónica como substituto da pena de prisão para delitos não graves. Estes programas caracterizavam-se pela sua curta duração. Em 1985, treze Estados americanos tinham aprovado programas de controlo electrónico, sendo os principais destinatários indivíduos condenados por crimes contra a segurança do tráfego ou crimes contra o património de pequeno valor (a denominada criminalidade bagatelar). Em 1988, já eram cerca de trinta os Estados que tinham adoptado programas de controlo electrónico. Este sistema era aplicado principalmente a condenados por condução sob o efeito do álcool e outras infrações de circulação ou por pequenos delitos contra a propriedade. Os

Europa[6], começaram a ser utilizados novos meios de controlo à distância, meios esses vulgarmente conhecidos por vigilância electrónica ou pulseiras electrónicas. A vigilância electrónica foi largamente divulgada nos anos 90[7], tendo sido, no início do

programas de supervisão electrónica cresceram rapidamente nos Estados Unidos e, antes de 1988, havia 2300 delinquentes em 32 Estados que eram supervisionados electronicamente. Dez anos depois, o uso da supervisão electrónica aumentou subitamente: em Janeiro de 1998, cerca de 95.000 dispositivos de supervisão electrónica estavam em uso. Ou seja, o índice de aumento foi de 4200% entre os anos de 1988 e 1998. Nos Estados Unidos existem basicamente duas modalidades de vigilância electrónica: o *front door* (uma alternativa às penas de prisão de curta duração) e o *back door* (uma forma de retirar das prisões os condenados em fase final do cumprimento de pena efectiva).

6 O Reino Unido foi pioneiro no uso da vigilância electrónica no continente europeu. Entre 1989 e 1990 foram realizadas experiências com tecnologia de rádio frequência. As primeiras experiências ocorreram com *adult defendants on bail*, mas confrontaram-se com algumas deficiências técnicas e com dificuldades de ajustamento à fase pré-sentencial. Em 1995, foram retomados os projectos de vigilância electrónica, mas desta vez reorientados para a execução das penas (*adult offenders sentenced to a curfew order by a court*). O Reino Unido foi, sem dúvida, o estado europeu que fez a aposta política mais alta na vigilância electrónica, tendo este sistema alcançado uma dimensão extraordinária. O modelo de vigilância electrónica consiste na atribuição de amplas responsabilidades às empresas privadas, que englobam a instalação dos equipamentos da vigilância electrónica, a actividade de monitorização, a resposta a alertas e incidentes e a comunicação de anomalias aos tribunais ou aos serviços de *probation*.

7 Na Holanda, a primeira experiência de prisão domiciliária electrónica foi realizada em 1994. Esta experiência contou com a participação voluntária de 50 indivíduos que se encontravam a cumprir uma pena de trabalho a favor da comunidade ou a última parte de uma pena privativa de liberdade de longa duração. No sistema holandês, a vigilância electrónica, à semelhança do que acontece no Reino Unido, é realizada por empresas privadas.

Na Suécia, a vigilância electrónica, como alternativa aos estabelecimentos prisionais, foi introduzida por uma Lei de 1994 que exige, para a sua aplicação, o consentimento do condenado e das pessoas que vivam com ele e, ainda, que o condenado seja informado detalhadamente por escrito desta medida de tratamento e suas consequências. A vigilância electrónica na Suécia não foi entregue a empresas privadas, limitando-se a sua competência à instalação e manutenção dos equipamentos (tal como sucede em Portugal e nos restantes países europeus, com excepção da Holanda e do Reino Unido).

Em Espanha, a Direcção Geral de Instituições Penitenciárias iniciou, em Abril de 2000, um programa experimental de vigilância electrónica no Centro de Inserção Social Victoria Kent, em Madrid, no qual participaram 15 reclusos, que passavam a noite fora da prisão, enquanto eram controlados por pulseiras electrónicas. Estes reclusos encontravam-se na fase final do cumprimento das suas penas e aceitaram ser controlados por dispositivos electrónicos. A Catalunha é a única região autónoma a quem foram efectivamente transferidas competências em matéria penitenciária, razão por que apresenta um sistema autónomo de vigilância electrónica e relativamente diferente do implementado no resto do país. Na Catalunha, o programa piloto teve início em Dezembro de 2002 e foi considerado um grande êxito. A experiência teve uma duração de 6 meses e foi desenvolvida com 25 reclusos em regime aberto – 20 homens e 5 mulheres. Este projecto teve por finalidade aumentar o nível de auto-responsabilidade dos reclusos e ajudá-los a conseguir

século XXI, alvo de uma enorme expansão.

A vigilância electrónica foi introduzida no ordenamento jurídico português com a alteração do Código de Processo Penal de 1998 e surgiu associada à fiscalização da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação, prevista no artigo 201.º do CPP, com o objectivo de estabelecer uma alternativa à prisão preventiva.

Actualmente, a vigilância electrónica é igualmente utilizada para fiscalizar a execução de certas penas, designadamente penas curtas de prisão em regime de permanência na habitação (artigo 44.º do Código Penal Português) e a adaptação à liberdade condicional (artigo 62.º do Código Penal Português), para fiscalizar a proibição de contactos entre agressor e vítima (utilização da vigilância electrónica em contexto de violência doméstica – n.º 5 do artigo 152.º do Código Penal Português e artigo 35.º da Lei n.º 112/2009, de 14 de Setembro). Por fim, a vigilância electrónica pode ser aplicada aos casos elencados no artigo 120.º do Código da Execução das Penas e das Medidas Privativas da Liberdade, que estabelece a modificação da execução da pena de prisão de reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente, ou de idade avançada.

2. Objectivo da vigilância electrónica

O propósito da vigilância electrónica é a fiscalização por meios técnicos de controlo à distância de uma determinada decisão judicial, relativamente à presença ou ausência de um arguido ou condenado na sua habitação.

O sistema da vigilância electrónica pretende contribuir para: (1) a redução do excesso da população prisional e os seus custos; (2) o controlo de modo rigoroso e permanente do cumprimento de certas decisões judiciais; (3) a redução da reincidência criminal através da supervisão intensiva inerente à vigilância electrónica e da retirada do arguido (ou condenado) dos meios criminógenos; (4) a implementação de novos instrumentos ao serviço da ressocialização dos delinquentes.

uma maior normalização social e integração familiar.

O sistema de vigilância electrónica ("le placement sous surveillance électronique") foi introduzido no direito francês por uma Lei de Dezembro de 1997, tendo as operações de vigilância electrónica sido iniciadas no ano de 2000. Este novo modo de execução das penas privativas de liberdade teve como objectivo a luta contra a superlotação carcerária e uma maior ressocialização dos condenados. Este sistema permite ao condenado cumprir a sua pena em casa, sob uma constante vigilância. No entanto, pode ser igualmente utilizado, com o consentimento do condenado, antes do julgamento, em razão de necessidades de instrução ou como medida de segurança.

3. Modo de funcionamento da vigilância electrónica (tecnologia)[8]

A tecnologia de rádio frequência, o sistema adoptado em Portugal e o mais comum em toda a Europa, EUA, Canadá, Austrália e América Latina, visa a monitorização telemática posicional, ou seja, a vigilância de determinada pessoa em local previamente definido.

Este sistema possui dois componentes principais: equipamentos de campo e o núcleo de equipamentos centrais. Dentro dos equipamentos de campo temos o dispositivo de identificação pessoal (DIP), vulgarmente designado de pulseira electrónica, e a unidade de monitorização local (UML). O DIP é um transmissor colocado, em regra, no tornozelo do arguido ou condenado. Possui uma bateria de longa duração e é resistente à água. O DIP transmite sinais em rádio frequência, cujo código inclui um número único relativo àquele arguido, a intervalos de tempo curtos, sendo, por isso, o "bilhete de identidade eletrónico" do arguido, enquanto sujeito à vigilância electrónica.

A UML é uma unidade inteligente que faz a aferição do comportamento do DIP face aos termos da decisão judicial. Por isso, é usualmente identificado como o "guarda eletrónico privativo" de cada arguido.

O arguido é portador de um DIP que transmite sinais em rádio frequência que são captados pela UML que está instalada na habitação. Na UML, que é alimentada com energia eléctrica, são descarregados os ficheiros informáticos com os elementos da decisão judicial relativos aos horários a praticar pelo arguido.

Por sua vez, através de uma rede de telecomunicações, a UML transmite regularmente informações para os meios computacionais instalados num núcleo de equipamento central, os quais estão programados para saber com exactidão quando é que o arguido deve permanecer na sua habitação ou está autorizado a ausentar-se dela.

O núcleo de equipamentos centrais consiste no conjunto de meios informáticos centrais que têm por função garantir o processo de permanente monitorização à distância de todos os arguidos incluídos no sistema. Os computadores centrais estão localizados em instalações de segurança da empresa privada fornecedora dos serviços de monitorização electrónica e são por ela operados, geridos e mantidos.

Os meios computacionais centrais registam e colocam à disposição de equipas criadas para o efeito todas as ocorrências relacionadas com os arguidos ou condenados que estejam incluídos no sistema, as quais, em caso de anomalia ou incumprimento, tomam rapidamente as medidas necessárias para tentar repor a normalidade na execução da decisão judicial.

8 Iremos fazer apenas referência às tecnologias mais utilizadas, sendo certo que a vigilância electrónica pode englobar as seguintes tecnologias: rádio frequência, verificação de voz, rastreio por GPS, monitorização remota de álcool, sistema de rastreio de reclusos (em estabelecimento prisional) e protecção da vítima.

Este sistema de vigilância electrónica permite verificar em permanência quando o arguido ou condenado sai ou entra na habitação, danifica, tenta danificar ou retira o DIP e a UML, desloca a UML ou a desliga da energia eléctrica ou da rede de telecomunicações.

Por sua vez, a verificação de voz é um sistema biométrico de reconhecimento das características únicas de cada voz humana, à semelhança do que sucede com a impressão digital.

O registo da voz do arguido ou condenado é feito previamente através de gravação directa nos computadores centrais, o que permite que sirva de matriz de aferição das verificações futuras. Estas podem ser feitas automaticamente a espaços pré-definidos ou aleatórios, de e/ou para o telefone fixo do arguido, ou de modo manual.

A verificação de voz está associada a um ou mais números de telefones fixos que os computadores centrais reconhecem, sendo assim possível saber se o arguido está em determinado local. Caso não haja verificação de voz, o sistema fornece imediatamente essa informação, permitindo tomadas de reacção por parte da entidade encarregada da execução da vigilância electrónica.

Para além dos dois sistemas tecnológicos *supra* descritos, e à semelhança da técnica adoptada pelo legislador português na Lei n.º 33/2010, de 2 de Setembro, pode e deve admitir-se a possibilidade de a vigilância electrónica poder ser efectuada por outros meios tecnológicos que venham a ser reconhecidos pelo Governo.

As tecnologias que têm sido utilizadas na vigilância electrónica são amplamente experimentadas e possuem elevada sofisticação, não havendo indicação de intrusão ou violação do sistema quando são seguidos os procedimentos indicados pelos fabricantes, estando a verificação de voz igualmente preparada para detectar falsificações.

4. Vantagens da vigilância electrónica

São várias as vantagens que podem ser apontadas à vigilância electrónica. Desde logo, ela evita o contágio da prisão, no sentido de que não tem o efeito criminógeno, dessocializador e estigmatizante dos estabelecimentos prisionais. Depois, é um meio de controlo mais económico do que a prisão, o que cria menor exigência orçamental, *in casu* à RAEM, libertando recursos para outras finalidades.

Por outro lado, a utilização da vigilância electrónica pode ter um elevado valor ressocializador e, como tal, protector da sociedade. Na verdade, a fiscalização da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação através da vigilância electrónica permite diminuir as elevadas taxas de prisão preventiva, evitando-se deste modo o contágio prisional. Proporciona igualmente mais-valias sociais ao permitir que o vigiado não quebre vínculos socio-familiares. Caso o arguido seja autorizado a trabalhar, permite assegurar a continuidade da subsistência económica e favorece a permanência do arguido na escola ou a sua formação profissional, se para tal for autorizado.

Para além disso, a vigilância electrónica é um contributo para a modernização da justiça, uma vez que a existência de problemas como a sobrelotação prisional e as novas formas de criminalidade exigem por parte do nosso sistema judicial novas respostas.

Finalmente, a vigilância electrónica, ao possibilitar a fiscalização permanente do cumprimento pelo arguido ou condenado de obrigações judiciais que impliquem a sua permanência em determinado local nos períodos fixados pelo tribunal, sendo imediatamente detectados eventuais incumprimentos, permite que se mantenha a integridade e o cumprimento das decisões judiciais.

A vigilância electrónica apresenta, deste modo, um conjunto de vantagens que a transformam num excelente meio para melhor se alcançar a ressocialização do delinquente, o que tem contribuído para a sua afirmação como um instrumento imprescindível à realização da justiça.

Os meios técnicos de controlo à distância não são um fim em si mesmo nem permitem necessariamente a reabilitação do indivíduo. Porém, são mais um meio para se alcançar o fim ressocializador.

Não é, pois, de estranhar que o número de países que operam com vigilância electrónica continue a aumentar um pouco por todo o mundo[9], esperando-se que, no futuro, possa também incluir a RAEM.

IV – A VIGILÂNCIA ELECTRÓNICA COMO MEIO DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PERMANÊNCIA NA HABITAÇÃO: PROPOSTA DE REGIME JURÍDICO

Atendendo aos desenvolvimentos tecnológicos verificados no âmbito da vigilância electrónica e à fiabilidade e confiança que a mesma tem gerado junto dos operadores judiciários e da população em geral nos países que a ela recorrem e, bem assim, às vantagens económicas e sociais a ela associadas, entendemos ser de todo conveniente que a eventual criação na RAEM da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação seja fiscalizada por meios técnicos de controlo à distância.

Passamos, de seguida, a debruçar-nos sobre os traços fundamentais do regime jurídico

9 Para mais desenvolvimentos sobre a difusão da vigilância electrónica, *vide* os Relatórios das Conferências sobre Vigilância Electrónica, organizadas pela *Confederation of European Probation* (CEP) *in* www.cep-probation.org, bem como RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Sistema penitenciário y revolución telemática: el fin de los muros en las prisiones?. Un análisis desde la perspetiva del Derecho comparado*, Editorial Slovento, 2005.

que, em nosso entender, deverão ser tidos em consideração na criação desta medida de coacção.

Em primeiro lugar, para além de ser criada uma norma específica a regular a medida de coacção de obrigação de permanência na habitação fiscalizada por meios técnicos de controlo à distância e as inerentes modificações a algumas das normas elencadas no CPP, no capítulo respeitante a esta matéria, como, por exemplo, os actuais artigos 178.º, 197.º e 202.º, deverá proceder-se à regulamentação legal da vigilância electrónica.

Tal regulamentação legal deverá regular fundamentalmente as seguintes matérias: sistemas tecnológicos admitidos; princípios orientadores da execução; consentimento do arguido e dos coabitantes; direitos e deveres do arguido; quem pode, quando e como pode requerer tal medida; início da execução; reexame da decisão; entidade encarregada pela execução; funções da entidade encarregada da execução; ausências do local de vigilância electrónica; ausências ilegítimas do local de vigilância electrónica; revogação da vigilância electrónica; termo da vigilância electrónica; tratamento dos dados da vigilância electrónica, atendendo ao preceituado na Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 8/2005)[10].

A vigilância electrónica é, por natureza, um meio de controlo que pressupõe uma supervisão intensiva (quer ao nível do controlo, quer ao nível da intervenção psicossocial) da entidade responsável pela sua execução, devendo a mesma ser incumbida da preparação e execução da vigilância electrónica, cabendo-lhe não só elaborar a informação ou o relatório prévio à decisão mas também executar a vigilância electrónica.

Neste sentido, no que concerne à entidade encarregada da execução da vigilância electrónica, poderá optar-se pela criação de uma entidade própria para o efeito ou proceder-se ao alargamento das atribuições de um organismo já existente em Macau como, por exemplo, o Departamento de Reinserção Social.

À entidade encarregada da execução da vigilância electrónica deverá ser expressamente atribuída a missão de assegurar a execução de medidas com recurso a meios de vigilância electrónica, prestar a necessária acessoria aos tribunais e assegurar a gestão do sistema de vigilância electrónica.

Uma nota final para referir que, no domínio do cumprimento da pena de prisão, a obrigação de permanência na habitação, tal como sucede com a prisão preventiva, deverá ser descontada por inteiro, equivalendo ao cumprimento efectivo da pena de prisão, o que implicará uma alteração da redacção do n.º 1 do artigo 74.º do CPP.

Em síntese, somos de opinião que a aplicação da medida de coacção de obrigação de permanência na habitação fiscalizada por vigilância electrónica deverá depender da verificação

10 Neste contexto, poderá atender-se, com as necessárias adaptações, ao regime vigente em Portugal, mormente à Lei n.º 33/2010, de 2 de Setembro, que regula a utilização de meios técnicos de controlo à distância.

concreta dos seguintes pressupostos: (1) estarem verificados os requisitos gerais consagrados no artigo 188.º do CPP; (2) estarem verificados os requisitos específicos que deverão ser expressa e legalmente estabelecidos, como, por exemplo, a existência de fortes indícios da prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos; (3) prestação de consentimento pelo arguido; (4) prestação de consentimento pelas pessoas maiores de 16 anos, que coabitem com o arguido; (5) a habitação deve ter energia eléctrica.

V – CONCLUSÃO

São várias as vantagens económicas e sociais reconhecidas à medida de coacção de obrigação de permanência na habitação fiscalizada por meios técnicos de controlo à distância, sobretudo quando comparada com a aplicação da prisão preventiva.

Entendemos que Macau reúne todas as condições necessárias para que tal medida coactiva possa ser implementada. Os operadores judiciários da RAEM têm inclusivamente manifestado concordância na criação e implementação desta medida de coacção[11].

Como é do conhecimento público, o Estabelecimento Prisional de Macau encontra-se sobrelotado, o que tem gerado críticas e profunda insatisfação.

Pelos motivos *supra* expostos, e sem prejuízo da realização de estudos aprofundados sobre esta matéria, consideramos que seria positivo para a RAEM a implementação, no seu sistema jurídico-criminal, da obrigação de permanência na habitação fiscalizada por meios técnicos de controlo à distância, como medida de coacção alternativa à prisão preventiva.

11 A este propósito, *vide* o Relatório final da consulta sobre a revisão do Código de Processo Penal elaborado em Abril de 2012 pelo Conselho Consultivo da Reforma Jurídica da Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional, disponível em http://www.dsrjdi.ccrj.gov.mo/UploadFiles/ 20120426_Relatorio_final_CPP_PT.pdf.

牽連管轄權：主體牽連及犯罪行為的單一性

Bruno Almeida[1]

刑事訴訟程序的規則在於每個程序審理一個犯罪。然而，亦存在多種利益證實當該等犯罪之間相互有關聯時，可在同一個程序中調查及審理多個犯罪。為使審理所有犯罪的管轄權授予同一個法院，立法者就刑事法院管轄權的一般規則作出了少許偏離，即牽連管轄權。

本文是一篇關於牽連管轄權制度的切題分析，特別涉及到與主體的牽連有關的規則，而主體的牽連可導致同一行為人在同一程序中因犯數罪而被提起刑事訴訟（澳門刑事訴訟法典第15條第1款a項）。

本文所分析的制度與訴訟的經濟性及快捷性方面的擔憂有關，儘管亦涉及對實質公正的擔憂。但是，即使應尊重上述原則以及為履行該等原則而建立的制度，不可忽視的問題是：刑事訴訟程序的目的在於“根據實體法作出公正的裁決而對適用於具體案件的法律進行定義和宣告”[2]。也就是說，不應該擾亂對實質真相的揭露，亦不應妨礙在一個公正的程序中以及維護嫌犯辯護權的情況下作出一份公平公正的裁決。

因此，無論是為便於實施數罪併罰、避免判決間的相互矛盾抑或減少司法待決而對同一行為人所犯數罪進行一併審理，訂立（主體）牽連規定時都應儘量謹慎，否則實現公正將成為疑問。

訂立該等規定須令該制度符合相關的實體法，尤其是關於犯罪的單一性或複數性方面，而這涉及一個複雜且寬泛的學理性主題，接下來我們會簡要述及此部分。

a) 劃定澳門特區法院的刑事管轄權；

澳門特別行政區基本法[3]將司法權（審判權）交予法院。

從司法組織的政策角度來說，面對眾多的現存法院，將一個程序分發到這

1 於澳門律師公會及葡萄牙律師公會註冊之律師，並在Riquito Advogados任聯營律師。

2 FIGUEIREDO DIAS，刑事訴訟法第一冊，科英布拉，1974年，第46-49頁。

3 參見澳門特區基本法第85條。

個或那個法院不可能取決於利害關係人的意願。因此，法律秩序建立了多種準則以劃定賦予各個法院的管轄範圍，即管轄權[4]。

該等準則或限制被稱為管轄權規定，定義為“主導在不同法院間分配審判權的準則之限定性規定”[5]。

這些規定已被列入第9/1999號司法組織綱要法（參見第16至54條之規定，亦規範不同法院的運作模式），但是，亦散佈在訴訟法典中（其中包括刑事訴訟法典第11至20條，在刑事訴訟程序方面）。澳門特區基本法亦就該方面作出了規定（參見第84至86條之相關規定）。

由於澳門的地理限制，僅存在一種司法區劃。刑事法院有權審理在整個特區發生的刑事犯罪（參見司法組織綱要法第16條第一款之規定）。故無因地域而產生的管轄權分配。

根據上述規定，澳門法院管轄權的裁定受三方面制約：（一）實質問題[6]、（二）程序中的階段[7]以及（三）審級[8]。簡略來說，刑事不法行為在第一審級的審理一般情況下是授予初級法院，而在初級法院，刑事法庭審判“不屬於其他法庭或法院管轄的刑事或輕微違反性質的案件，包括審判該等案件的所有附隨事項及問題”（司法組織綱要法第29條-B）；另一方面，刑事起訴法庭“在刑事訴訟程序中行使在偵查方面的審判職能、進行預審以及就是否起訴作出裁判”（司法組織綱要法第29條第一款）。中級和終審法院通常審理上訴，也可在例外的情況下，作為第一審級，進行預審、就是否起訴作出裁判或行使在偵查方面的審判職能及審判由特定類別的人士（司法官或其他擔任公職之人員 – 參見司法組織綱要法第36條第3、5及6款及第44條第6、8及9款之規定[9]）在擔任其職務或並非執行職務時作出的犯罪。

b) 犯罪的牽連和案件的牽連；

然而，上述規定允許一定程度的偏離，尤其是在審判多個犯罪時（由一個或一個以上行為人作出）或審判多個行為人作出的僅一個犯罪時。在某些特定的條件下，我們的法律體制並不認可將該等多個犯罪的管轄權授予按常規並不具有該等管轄權的司法機關。

刑事訴訟法典第15至20條所規範及限定的牽連管轄權體現了這個例外的制

4 “刑事訴訟程序中的管轄權是特定的法院審理特定的犯罪的資格。”MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA，刑事訴訟課程一，里斯本，1955，第177頁。

5 ANTUNES VARELA，民事訴訟教程第二次修訂版，科英布拉，1985，第195頁。

6 刑事法院的實質管轄權取決於對不法行為的類型分析（定性準則），適用於該不法行為的刑罰之嚴重性（定量準則），以及其他準則，比如行為人的身份（例如當該等犯罪由司法官或擔任公職之人員作出時）。

7 職能管轄權（階段）取決於在同一程序中根據該程序所處的階段而將裁判權授予不同的司法機關。

8 等級管轄權（或等級職能管轄權）根據審判權的三種等級對司法權進行分配（初級法院、中級法院和終審法院）。是職能管轄權的其中一種準則（FIGUEIREDO DIAS，刑事訴訟法第一冊，科英布拉，1974，第357頁），但在本文中作分開闡釋。

9 舉例來說，中級法院有權作為第一審級審判立法會議員在行使其職務時作出的犯罪，而終審法院則有權審理中級和終審法院法官作出的犯罪及輕微違反的案件。

度，並被Manuel Leal-Henriques定義為“授予一個特定的法院以刑事的方式審理刑事不法行為的權力，而該法院按常規本不具有該權力”[10]。

當多個犯罪因其行為人的單一性而相牽連時[11]連接關係是主體的，而當同一犯罪是由多個行為人作出時[12]或當多個犯罪由不同的行為人作出但卻相互牽連時[13]，則構成客觀牽連。

因此訴訟的經濟性及裁判間的相互一致則為建立該種制度提供了理由。對此，Manuel Cavaleiro de Ferreira簡明扼要地闡述如下：“按照常規，對於每個犯罪，訴訟的經濟性是與保持自然法官的審判權相對立的，因為，鑒於犯罪的牽連性，相同的證據和相同的論據用於或可成為證實犯罪的理由。在不同的程序中理應避免對相同的證據作出無用的重複工作。此外，避免相互矛盾的裁判也是必要的（…）”[14]。

此外，該學說認可案件的牽連所帶來的一系列法律及訴訟價值：便於獲取證據及查核真相、有助於理解與行為人的動機相關的要素、使刑事責任的確定和分配更便利化、保證在每個犯罪的量刑上的適度性以及節省訴訟開支（或許重要性甚微）。對於主體的牽連，其特殊價值在於可一併審查行為人的特性並便於數罪併罰。Paulo Pinto de Albuquerque認可這種劃分並根據這種牽連的類型將其優點具體化，總結為“案件的客觀牽連便於調查證據及發現實質真相，而主體的牽連則便於評估嫌犯的個性及實施數罪併罰”[15]。

為此，只要確認了特定的訴訟前提條件，犯罪的（主體或客觀）牽連便可構成案件的牽連。一方面，這些案件不能處於訴訟的不同階段（刑事訴訟法典第16條第一款[16]）；另一方面，累計來說不可出現同一條第二款所規定的任何情況從而阻礙屬不同等級的法院管轄之犯罪的客觀牽連以及屬不同專門管轄或特定管轄法院或法庭管轄之犯罪的客觀牽連[17]。滿足了該等前提條件，則可建立僅一個程序對所有相牽連的犯罪進行調查和審判（刑事訴訟法典第18條之規定[18]）。

案件的牽連構成了澳門牽連制度的最突出的實際表現。這不僅源於司法權

10 澳門刑法典注釋及評述 – 第一冊（第1至175條），法律及司法培訓中心，2013，第160頁。

11 根據刑事訴訟法典第15條第一款a項之規定，“同一行為人犯數罪，則案件相牽連”。

12 客觀牽連因共犯而被確認（刑事訴訟法典第15條第一款b項）。

13 刑事訴訟法典第15條第二款各項所對應的是客觀牽連的其他要素，即當多個犯罪被共同實施、互相向對方犯罪、同時及在同一地方、所犯之數罪中某些犯罪是其他犯罪之因或果或者其中某些犯罪是為隱瞞其他犯罪而作出時，客觀牽連亦可被確認。

14 刑事訴訟課程一，里斯本，1955年，第206頁。

15 民事訴訟法典之評述 - 根據葡萄牙共和國憲法及歐洲人權公約，第三次更新版，天主教大學，2009年，第100頁。

16 該限制很易理解，因為否則牽連管轄權制度的其中一個目的則會落空，即犯罪的快捷審理。對此，請參見MAIA GONÇALVES著，刑事訴訟法典注釋 – 補充法例，第16版，Almedina，2007年，第111頁，以及波爾圖司法區檢察院檢察官著，刑事訴訟法典評述及實用注釋 ，科英布拉，2009年，第62頁。

17 鑒於刑事訴訟法典第17條c項之規定，刑事訴訟法典第16條第二款b項所規定的限制範圍排除了根據管轄權的一般規則，獨任庭審理之犯罪以及其他合議庭審理之犯罪的牽連。

18 案件的牽連可以是原始的或者嗣後發生的，視乎數個刑事違法行為之間的聯繫是在開展司法卷宗進行調查或審判其中任何一個違法行為之前還是之後被識別或考慮。刑事訴訟法典第18條第2款所明確規定和規範的嗣後發生的牽連致使相關程序的合併。

的地域單一性，亦因澳門刑事訴訟法典第16條第二款所規定的牽連限制。

c) 就主體牽連的寬泛標準之法律規定；

如前所述，由於認可數個犯罪相互之間有重要的司法聯繫（或牽連）而有一併審判的必要，則訂立了牽連管轄權的相關規則。

在主體牽連中，這種聯繫體現在行為人的身份特徵上。刑事訴訟法典第15條第一款a項並未假定犯罪之間聯繫的附加要素，這恰恰與葡萄牙的法律體制相反。在葡萄牙的法律體制下，主體的牽連假定犯罪是通過相同的行為或不作為作出的（葡國刑事訴訟法典第24條第一款a項）或者同時及在同一地方作出，或者是其他犯罪之因或果，又或者為使其他犯罪繼續進行，或為隱瞞其他犯罪而作出（葡國刑事訴訟法典第24條第一款b項）[19]。因此，可以說在澳門主體的牽連準則更為寬泛（或者說少一些限制）。

但是，即使一個行為人的刑事犯罪活動分散在多個獨立的違法行為中亦被一併審理，那麼選擇主體牽連的寬泛標準是否是正確的？

事實是，訴訟的轉移（也就是說，犯罪的審判由並非是根據一般規定在地域上有管轄權的法院來進行）難免偏離了關於自然法官的相關規則，但因澳門特殊的地理原因這個問題並不存在。如果根據一般規則具管轄權的法院（地域上）是同一個，那麼就沒有必要僅為避免牽連所屬的管轄法院審判在其自然權力範圍之外的犯罪而對牽連強加限制。以這個角度來看，該法律制度似乎無懈可擊[20]。

然而，我們並不應該僅僅（亦不應著重）圍繞這一點來分析該問題。相反地，應該把問題集中在檢驗立法的選擇是否恰當地吸收了實體刑法以及是否真正有益於訴訟經濟性，並避免對保護嫌犯的權利造成不利影響。

為此，我們首先要問儘管刑事訴訟法典第15條a項規定了犯數罪的前提條件，是否該前提亦包含反映犯罪單一性的行為人之行為，即使該行為符合一個以上的罪狀或多次符合同一個罪狀？或者，只是將實際數個犯罪的情況涵括在內？

回答這個問題需要作出一個（簡要）初步的闡釋。對於犯罪的單一性或複數性，我們是根據目的性準則來判斷，該準則首先來源於刑法典第29條第一款，即參考“實際實現之罪狀個數”或“行為人之行為符合同一罪狀之次數”[21]

19 “當同一個行為人作出多個犯罪並且有權審判該等犯罪的法院處於同一個地區時（…）”（第25條），葡萄牙刑事訴訟法典所規定的這些要件則需作出讓步。這是與葡萄牙刑事訴訟法典第24條第一款a及b項所規定的情況有關的獨立主體牽連的情況，其中訴訟程序並不需在確認規定的附加聯繫後才得以合併。

20 在這方面，MANUEL LEAL-HENRIQUES認為“在此選擇中考慮到的事實是，在澳門不存在一個以上的司法區域可導致地域管轄權的問題，當一個犯罪活動涉及同一個人並且這個人應在同一個地區對其作出的所有行為負責時，對牽連的過渡限制則顯得不合理”。澳門刑法典注釋及評述，第一冊（第1至175條），法律及司法培訓中心，2013，第162頁。

21 對此，EDUARDO CORREIA認為“將一種生活關係歸類到一種或多種法定罪狀的可能性基本上是決定單一或數個犯罪的關鍵，在該等犯罪中這種關係被概括或分開”。違法行為的單一性及複數性，大西洋島書店，科英布拉，1945年，第114頁。因此，“倘行為人的行為符合多種法定罪狀，必然否定了多個法律及刑事價值，故為數個違法行為；反之，倘僅存在一種法定罪狀，則行為人的行為僅否定了一種法律及刑事價值，故為單一違法行為。”刑法二，Almedina書店，科英布拉，1965年，201頁。

。還需考慮過錯的等級：當存在多個犯罪決定[22]（犯罪競合）時，則假定就行為人之行為進行的數次譴責判斷的數個違法行為得以確認。反之，如果行為人實施了理論上符合多個罪狀的多個犯罪行為，但是僅由唯一一個犯罪決定引起，那麼可總結為單一違法行為（“法律性質的純粹單一犯罪”[23]）- 尤其是當犯罪時間上接近時，則可認可上述違法行為均源自同一個犯罪決定[24]。

除了上述情況，在表面競合和連續犯罪中，鑒於刑事政策和實質公正，數個違法行為反映出犯罪的單一性。對於前者，儘管行為表面上符合多個罪狀，但實際上是按照等級的法規競合。而對於後者，被侵犯的法益、行為、故意以及行為人外界條件的單一性使其不符合競合規則（刑法典第29條第二款）。

因此，理想競合和實際競合（一個或多個行為分別對應違反多種罪狀或同種罪狀的多次獨立違反）均是通常可被視為實際實施數個違法行為的情況（刑法典第29條第一款）。

回到剛才提出的問題，我們可以總結為：主體牽連應包含那些單一犯罪的情況，否則將致使該制度目的的實行遭落空及蔑視處罰規定。這很容易理解，想像一下一個典型的例子，甲在犯了殺人罪之後接著又犯了藏匿屍體罪。我們可以預見針對這些犯罪行為的證據是相互交織的，並且一併審理一方面可避免進行無用的重複搜證，而另一方面有助於揭露犯罪動機並廣泛地發現真相。僅一併審理亦可鑒定單一犯罪情況的存在並以表面競合為由處罰行為人的行為，但分開審理則可能導致對其實施兩項處罰，從而違反了一事不二審（*ne bis in idem*）原則。

上述例子闡明了我們的第一個結論：為了在尊重關於犯罪方式和其處罰方面的學理的情況下審判單一犯罪，案件的牽連是不可或缺的。此外，違法行為之間的假設聯繫可便於證據的利用及查找真相，故牽連是構成實際訴訟經濟性的一個要素。

但如前所述，在澳門現行刑事訴訟法典中，數個犯罪的情況包含在（主體）牽連中，為此，懷疑多個犯罪是出自同一行為人已足夠。我們假設甲對乙觸犯了侮辱罪、酒後駕駛罪以及對丙實施了盜竊罪，分別在完全不同的情況下作出，包括時間、地點等。

無法預見共同證據或共同作案動機，亦不能預見在法律秩序中引入相互矛盾的裁判的可能性，牽連僅有助於實施競合規則以及減少司法待決。而分開審判，除了增加待決案件外，僅會產生在哪一個程序中實施數罪併罰的問題。

因此，牽連並非在所有的數個犯罪情況中均合理。我們來看一下：

儘管有助於司法行政管理以便實施競合單一刑罰（並因此防止數罪併罰的

22 EDUARDO CORREIA認為“每當確定為複數個決定時 – 即意志上打算實施犯罪計劃的決定 -，對譴責的判斷是多重的，”並且“為確認存在單一的決定，必須有時間上的牽連”。刑法二，Almedina書店，科英布拉，1965年，202頁。

23 MANUEL LEAL-HENRIQUES，澳門刑法典注釋及評述，第一冊，法律及司法培訓中心，2013，第361頁。

24 FIGUEIREDO DIAS認為“符合罪狀的不法性含義的單一性或複數性決定了可處罰事實，即犯罪的單一性或複數性。”刑法，一般部分，第一卷，第二版，科英布拉，2007年，第989頁。

後續運作，從而促進訴訟經濟性），主體牽連可拖延訴訟程序並降低對嫌犯的辯護保障[25]，當在數個犯罪中除了相關行為人的身份外無其他任何牽連時。而當案件的規模越大或牽連的犯罪越多並且越混雜時，上述的後果將愈發明顯。

具體來說，我們很容易看到寬泛的主體牽連有可能造成大規模、手續步驟繁瑣拖拉的程序。當然無論是針對客觀牽連抑或是主體牽連的其他情況，這種批判也可能會產生。相對於同時僅審判一個犯罪來說，這是審判多個犯罪的可能性後果。

然而，在寬泛的主體牽連中，程序步驟可能尤為複雜，皆因審查多個完全不同的事實以及在同一個程序中審理分散在各自的作案時間、地點、方式或動機的情節中的犯罪。對於數個犯罪沒有共同的證據資料（共同的也許只是刑事訴訟法典第115條第二款所指的證人 – “有利證人”），亦無一個單一的事情經過或起因有待揭開，因此，在同一個程序中通過一併取證及衡量證據價值似乎不可能便於揭露真相及實現公正。

當然，這些協同作用可能會帶來訴訟的經濟及快捷，只要是輕微的並且可在少數庭審中容易進行調查及審理的犯罪即可。然而，情況並非皆是如此。

由於調查和預審的範圍及（特別是）多樣性可導致訴訟程序的拖延，手續步驟可變得異常拖拉，特別是審判，因此必然會損害證據的記憶性。此時集中審理原則[26]在時間方面則會受到影響。

同時，大量的牽連犯罪是多個訴訟附隨事項及問題的基石，可令上述犯罪及附隨事項的判決延遲轉為確定。從措施的推遲進行到對於任何一個犯罪展開預審，以及上訴（針對在訴訟期間作出的裁判或終局裁判），當犯罪之間的聯繫越小以及當一併審判的必要性或適當性越小時，由此引致的延遲越不合理。

因寬泛的主體牽連而導致的程序合併可造成訴訟效率的低下。

另一方面，有可能對探索真相並同時作出公正的裁決造成不利影響。事實上，證據的獲取會被調查的混雜性所阻，尤其是通過多個證人取證，每人對於被審判的不同事實經過有各自版本的敘述，有不同的信仰、利益以及對於嫌犯有多種多樣的感情及想法（或對於任何其他訴訟主體）。直接性[27]亦會減弱，因為對於每個犯罪進行判決及作出決定的通路被審理其他問題的附加雜音阻礙。

鑒於以上所述，除了衡量證據價值以及判斷其可靠性（本身已非易事），還要求審判者有必要的熟練機敏以分離所有證據並建立對每個犯罪的獨立心證，不受調查及審理其他問題的干擾，對於其中一些犯罪的評判亦不會因審理其他犯罪而動搖。即使對於經驗豐富且謹慎的審判者，亦身肩無法確保可避免出錯的負擔。這些原因足以令我們認為無罪推定原則（參見基本法第29條最後

25 在這方面，就葡萄牙刑事訴訟法典第25條之注釋中提到“值得注意的是第25條出現的內部不嚴密性，在同一個程序中處理涉及同一個嫌犯的不同事實，推行訴訟經濟性的同時與之矛盾的是在大規模且手續繁瑣的程序審理中，相關事實相互之間可以完全不同並且導致降低對嫌犯的辯護保障及政府的處罰主張”。-波爾圖司法區檢察院檢察官，刑事訴訟法典評述及實用注釋，科英布拉，2009年，第67頁。

26 “（…）刑事訴訟的集中審理原則要求訴訟行為的所有內容盡可能單一且連續的進行，而這些行為的整體應在訴訟的所有階段無論在空間抑或時間上均盡可能集中的開展。”- FIGUEIREDO DIAS，刑事訴訟法第一冊，Coimbra，1974年，183頁。

27 FIGUEIREDO DIAS認為“（…）其自身對於訴訟內容的感知應作為判決的基礎”，刑事訴訟法第一冊，科英布拉，1974年，232頁。

以及刑事訴訟法典第49條第二款）可成為疑問。

在一些程序中這些擔憂並未顯現出來，主要是因為牽連犯罪的簡單性或犯罪數目較少。此外，在另一些程序中，被審查的違法行為儘管構成了實際數個犯罪，但顯示出相互間的任何一種聯繫，比如因果關係、同時或連續性。就單一犯罪而言牽連的重要性亦體現在上述情況中，因此，牽連在這些情況中亦屬合理。

相反地，在違法行為之間缺乏相關的聯繫時，主體牽連並不會實現該制度所推行的訴訟價值。犯罪的一併審理不會防止重複取證或論證的風險亦不能保證裁判的一致性（在這種假設下不需要被維護）。

d) 訴訟程序之分開如同“安全閥”；

訴訟法就牽連的規則設立了一個安全閥，從而當造成嚴重的訴訟不便或使訴訟參與人的權利或利益成為疑問時，該機制允許審判者擱置牽連規則：訴訟程序之分開（刑事訴訟法典第19條）。

當程序的合併對於實現公正可帶來更多損失而非益處時，訴訟程序可依職權或應要求而被命令分開。在盡可能的情況下，應事先權衡這些利害關係，“對可導致程序分開的情況作出預見性判斷，倘得出結論該等情況相較於合併具主導優勢，應避免進行合併，否則將導致作出無效並應立即被禁止的行為”[28]。

然而，倘上述情況未發生（或由於未作出上述預先判斷，或者未事先表明牽連不可取），程序的分開不會消除合併所產生的所有弊端。

程序的分開的確不僅可保護主導作出分開命令的相關（直接）利益，亦可防止出現上述不期望發生的訴訟事件。然而，也不可避免的會損害意圖利用牽連取得的其中一項利益，即訴訟的經濟性及快捷性，最終導致另一個訴訟附隨事項，訴訟行為的重複（比如卷宗的分發），以及將管轄權授予新法官而產生的延遲。另外，根據刑事訴訟法典第20條b項之規定，可出現分開之訴訟程序被分發予同一法官（前一個）的情況，而該等情況可引發新的附隨事項（比如請求拒卻或自行回避）或者，鑒於其已經獲悉的其他事實或證據，僅令其自主性或公正性受到質疑。

程序的分開可阻止就寬泛的主體牽連而在前面提出的一些異議。但是設立該制度應該使“安全閥”的使用作為例外情況。就主體牽連，法律應該將實際數個違法行為的情況排除在外，規定獲牽連犯罪之間的聯繫的附加要件（比如因果關係、同時或連續性）並為趨於[29]單一犯罪的情況保留主體牽連。

28 波爾圖司法區檢察院檢察官，刑事訴訟法典評述及實用注釋，科英布拉，2009年，第67-68頁。

29 一方面包括單一犯罪的情況，另一方面，亦包括實際數個犯罪，但是存在犯罪間的一種附加聯繫（比如本文指出的任何一種），從而可被視為單一的情況。

COMPETÊNCIA POR CONEXÃO: CONEXÃO SUBJECTIVA E UNIDADE DA CONDUTA CRIMINOSA

Bruno Almeida[1]

Em processo penal, a regra é a de que em cada processo se julgue um crime. Porém, há interesses de diversa ordem que justificam que se investigue e julgue no mesmo processo vários crimes, quando estes se revelem relacionados entre si. De modo a que a competência para o conhecimento de todos os crimes seja atribuída ao mesmo tribunal, o legislador estabelece desvios às regras gerais de competência dos tribunais criminais: competência por conexão.

Este estudo constitui uma análise tópica sobre o regime da competência por conexão, com particular incidência (crítica) nas regras relativas à **conexão subjectiva**, da qual resulta a prossecução criminal de um agente, no mesmo processo, pelo cometimento de uma pluralidade de crimes (artigo 15.º/ 1/a) do CPP).

O instituto em análise vem, sobretudo, associado a preocupações de celeridade e economia processual, ainda que também de justiça material. Mas, não obstante se prezarem aqueles princípios, e os institutos jurídicos que visam a respectiva prossecução, a sua consagração não deve fazer perder de vista que o processo penal tem por objecto (ou fim) *"a definição e declaração do direito do caso concreto"*, por via de uma decisão *"justa segundo o direito substantivo"*[2]. Ou seja, não deve perturbar a descoberta da verdade material, nem criar obstáculos à prolação de uma decisão justa e imparcial, a proferir no contexto de um processo isento e em que os direitos de defesa do arguido estejam

1 Advogado, inscrito na Associação dos Advogados de Macau e na Ordem dos Advogados Portugueses; Associado em Riquito Advogados.

2 FIGUEIREDO DIAS, *in Direito Processual Penal, Primeiro Volume,* Coimbra Editora, 1974, pp. 46-49.

salvaguardados.

Assim, apesar da conveniência do julgamento conjunto das várias infracções criminais cometidas pelo mesmo agente, que se reconhece, seja por facilitar a aplicação das regras do cúmulo jurídico, seja por obstar à contradição de julgados, seja para reduzir as pendências judiciais, a fixação de regras de conexão (subjectiva) merece a maior cautela, sob pena de se colocar em causa a realização da Justiça.

Tal tarefa passa, desde logo, pela conformação do instituto com o direito substantivo relevante, em particular no que respeita à matéria da unidade ou pluralidade de infracções, tema complexo e de extenso tratamento doutrinário, a que adiante se fará uma breve referência.

a) Delimitação da competência dos Tribunais da RAEM em matéria criminal

A Lei Básica[3] da Região Administrativa Especial de Macau confia o poder judicial (*brevitatis causa,* o poder de julgar) aos Tribunais.

É consensual, do ponto de vista da política de organização judiciária, que, face à multiplicidade de tribunais existentes, a distribuição de um processo a este ou àquele tribunal não pode ser refém da *voluntas* dos interessados. Razão pela qual, a ordem jurídica estabelece critérios, de diversa ordem, que delimitam a jurisdição atribuída a cada tribunal, ou seja, a sua competência[4].

Tais critérios ou limites são designados por regras de competência, definindo-se como *"as normas definidoras dos critérios que presidem à distribuição do poder de julgamento entre os diferentes tribunais"*[5].

Essas regras acham-se inscritas, desde logo, na Lei n.º 9/1999, a Lei de Bases da Organização Judiciária (cf. os respectivos artigos 16.º a 54.º, que também regem sobre o modo de funcionamento dos diferentes tribunais), mas, também, dispersas na codificação processual (*inter alia,* no que ao processo penal diz respeito, os artigos 11.º a 20.º do Código de Processo Penal). A Lei Básica da Região também dispõe sobre a matéria (cf. os respectivos artigos 84.º a 86.º).

Existindo apenas uma circunscrição judicial, mercê dos limites geográficos de Macau, os tribunais criminais são competentes para conhecer e julgar as infracções criminais

3 Cf. Artigo 85.º da Lei Básica da RAEM.

4 *"A competência em processo penal é assim a capacidade de determinado tribunal para conhecer e julgar certa infracção".* MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *In Curso de Processo Penal I,* Lisboa, 1955, p. 177.

5 ANTUNES VARELA, *in Manual de Processo Civil, 2.ª Edição Revista e Actualizada,* Coimbra Editora, 1985, p. 195.

ocorridas em todo o Território (cf. o disposto no n.º 1 do artigo 16.º da Lei de Bases da Organização Judiciária, "LBOJ"). Não há, pois, lugar à distribuição de competência em razão do território.

Assim, à luz dos dispositivos referidos *supra*, a competência dos tribunais de Macau afere-se segundo um triplo vértice: (i) em razão da matéria[6], (ii) em razão da fase do processo[7] e (iii) em razão do grau de jurisdição[8]. Esquematicamente, refere-se que o julgamento dos ilícitos criminais em primeira instância é, por via de regra, confiado ao Tribunal Judicial de Base e, dentro deste, por um lado, aos juízos criminais, que julgam (sic) *"as causas de natureza criminal ou contravencional não atribuídas a outros juízes ou tribunais, incluindo todos os seus incidentes e questões"* (cf. o artigo 29.º-B da LBOJ), e, por outro, aos juízos de instrução criminal, que exercem (sic) *"as funções jurisdicionais relativas ao inquérito, proceder à instrução e decidir quanto à pronúncia nos processos de natureza penal"* (cf. n.º 1 do artigo 29.º da LBOJ). A Segunda e a Última Instâncias são, em regra, as instâncias de recurso, podendo, a título excepcional, ser chamados a proceder ao julgamento em primeira instância, à instrução, a decidir quanto à pronúncia ou a exercer funções jurisdicionais relativas ao inquérito, relativamente a processos por crimes cometidos, no exercício das suas funções ou fora delas, por determinadas categorias de pessoas (magistrados e titulares de cargos públicos - cf. alíneas 3), 5) e 6) do artigo 36.º e alíneas 6), 8) e 9) do artigo 44.º, ambos da LBOJ[9]).

b) Conexão de crimes e conexão de processos

As regras enunciadas conhecem, porém, desvios, em particular quando está em causa o julgamento de vários crimes (praticados por um, ou mais do que um, agente)

6 A **competência material** dos tribunais criminais determina-se em função do tipo de ilícito sob escrutínio (critério qualitativo), da gravidade da pena ao mesmo aplicável (critério quantitativo), bem como de outros critérios, como a qualidade do agente (p. ex., quando estão em causa crimes cometidos por magistrados ou titulares de cargos públicos).

7 Por sua vez, a **competência funcional** (por fases) resulta da atribuição de poder de decisão a diferences órgãos judiciais, dentro do mesmo processo, consoante a fase em que o mesmo se encontre.

8 A **competência hierárquica** (ou funcional por graus) decorre da repartição do poder judicial pelos três graus de jurisdição (o TJB, o TSI e o TUI). Pode dizer-se que é um dos critérios de competência funcional (assim, FIGUEIREDO DIAS, *in Direito Processual Penal, Primeiro Volume,* Coimbra Editora, 1974, p. 357), mas autonomiza-se no contexto da presente exposição.

9 A título exemplificativo, compete ao TSI julgar em primeira instância os crimes cometidos, no exercício das suas funções, pelos Deputados à Assembleia Legislativa e compete ao TUI julgar processos por crimes e contravenções cometidos pelos Juízes dos Tribunais de Segunda e de Última Instância.

ou o julgamento de vários agentes pela prática de um só crime. Dentro de certos condicionalismos, o nosso ordenamento jurídico reconhece a essa pluralidade a virtude de atribuir competência a órgãos judiciais que, à luz das regras gerais, a não teriam.

A **competência por conexão**, delimitada e regulada nos artigos 15.º a 20.º do Código de Processo Penal, consubstancia esse regime de excepção, sendo definida por Manuel Leal-Henriques *"como o poder conferido a um certo tribunal de proceder criminalmente em relação a ilícitos penais, e que, segundo as regras gerais, o não tinha"*[10].

A conexão é **subjectiva** quando os vários crimes se ligam pela unidade do seu agente[11] e é **objectiva** quando o mesmo crime é praticado por vários agentes[12] ou quando vários crimes, embora praticados por diferentes agentes, se ligam entre si[13].

São, desde logo, razões de economia processual e de harmonização de julgados que se apontam para justificar a consagração da figura. A este propósito, Manuel Cavaleiro de Ferreira expõe lapidarmente que *"Ao interesse de manter a competência para julgamento do juiz natural, seguindo os critérios normais, para cada crime, opõe-se o interesse da economia processual, visto que, dada a conexão dos crimes, as mesmas provas e os mesmos argumentos servem ou se invocam para a sua verificação. É de bom senso evitar a repetição inútil das mesmas provas, em processos diferentes. Para além deste motivo, afigura-se indispensável evitar julgados contraditórios (…)"*[14].

Além destes, a doutrina reconhece à conexão de processos um vasto leque de méritos jurídico-processuais: facilita a obtenção da prova e o apuramento da verdade, permite uma melhor percepção dos elementos relativos à motivação do(s) agente(s), facilita o apuramento e divisão de responsabilidades criminais, garante mais proporcionalidade na medida da pena de cada um, e, ainda (mas, talvez, de somenos importância), embaratece a justiça. À conexão subjectiva é atribuído o mérito particular de permitir a apreciação conjunta da personalidade do agente e facilitar o cúmulo jurídico. Reconhecendo esta dicotomia, Paulo

10 *In Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, Volume I (Artigos 1.º a 175.º),* Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2013, p. 160.

11 Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º do CPP, *"Há conexão de processos quando: a) O mesmo agente tiver cometido vários crimes;"*.

12 Esta modalidade de conexão objectiva verifica-se na **comparticipação criminosa** (cf. a alínea b) do n.º 1 do artigo 15.º do CPP).

13 As diversas alíneas do n.º 2 do artigo 15.º do CPP correspondem a outros tantos factores de conexão objectiva, que se verifica quando os diversos crimes são cometidos: em comparticipação, reciprocamente, na mesma ocasião e lugar, sendo uns causa e efeito dos outros, ou destinando-se uns a ocultar os outros.

14 *In Curso de Processo Penal I,* Lisboa, 1955, p. 206.

Pinto de Albuquerque individualiza as vantagens consoante o tipo de conexão em causa, sintetizando que (sic) *"a **conexão objectiva** de processos facilita a produção de prova e a descoberta da verdade material",* enquanto *"a **conexão subjectiva** facilita a avaliação da personalidade do arguido e a realização do cúmulo jurídico"*[15].

Para o efeito, a conexão (subjectiva ou objectiva) entre crimes dá origem a uma **conexão de processos**, desde que se verifiquem determinados pressupostos de cariz adjectivo. Assim, por um lado, os processos em causa não podem estar em fases processuais distintas (cf. n.º 1 do artigo 16.º do CPP[16]) e, por outro, cumulativamente, não pode estar verificada qualquer das circunstâncias previstas no n.º 2 do mesmo preceito, que impedem a conexão objectiva de crimes da competência de tribunais de diferente hierarquia, bem como de crimes da competência de diferentes tribunais ou juízos de competência especializada ou específica[17]. Respeitados estes pressupostos, organiza-se um só processo onde são investigados e julgados todos os crimes conexionados (cf. o artigo 18.º do CPP[18]).

A conexão de processos constitui a expressão prática mais relevante do regime da conexão em Macau. Tal decorre, não apenas da unidade territorial do poder judicial, mas, ainda, dos limites à conexão estabelecidos no n.º 2 do artigo 16.º do CPP.

c) Previsão legal de um critério alargado de conexão subjectiva

Conforme se referiu *supra,* a fixação de regras de competência por conexão resulta do reconhecimento da conveniência em julgar conjuntamente vários crimes entre os quais existe uma ligação (ou conexão) juridicamente relevante.

15 *In Comentário do Código de Processo Civil à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem,* 3.ª Edição Actualizada, Universidade Católica Editora, 2009, p. 100.

16 Restrição que facilmente se compreende, pois que, de outro modo, se defraudaria um dos propósitos do instituto da competência por conexão, o julgamento célere dos crimes. *Vide* a este propósito, MAIA GONÇALVES, *in Código de Processo Penal, Anotado – Legislação Complementar,* 16.ª Edição, Almedina, 2007, p. 111, bem como Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *in Código de Processo Penal, Comentários e notas práticas,* Coimbra Editora, 2009, p. 62.

17 Em face da regra inserta na alínea c) do artigo 17.º do CPP, afigura-se excluída do âmbito restritivo da alínea b) do n.º 2 do artigo 16.º do CPP a conexão de crimes que, de acordo com as regras gerais, sejam, uns de conhecimento por tribunal singular e outros por tribunal colectivo.

18 A conexão de processos pode ser **originária** ou **superveniente**, consoante a ligação entre as várias infracções criminais seja conhecida ou considerada em momento anterior ou posterior, respectivamente, à abertura de autos judiciais para investigar ou julgar qualquer delas. A conexão superveniente, que está expressamente prevista e regulada no n.º 2 do artigo 18.º do CPP, dá lugar à apensação dos respectivos processos.

Na conexão subjectiva essa ligação resume-se à identidade do respectivo agente. O artigo 15.º/1/a) do CPP não supõe elementos adicionais de ligação entre os crimes, contrariamente ao que sucede, por exemplo, no ordenamento jurídico português, no qual a conexão subjectiva supõe que os crimes sejam cometidos através da mesma acção ou omissão (artigo 24.º/1, a) do CPP português), ou que sejam praticados na mesma ocasião ou lugar, ou que uns sejam causa ou efeito dos outros, ou, ainda, que uns se destinem a continuar ou ocultar os outros (artigo 24.º/1/b) do CPP português)[19]. Pode, por isso, dizer-se que o critério de conexão subjectiva em Macau é mais alargado (ou, doutro modo, menos restritivo).

Mas deverá considerar-se acertada a opção por um critério de **conexão subjectiva *alargado***, em que actividade criminosa de um agente é julgada *de uma só penada* mesmo quando se decompõe em diversas infracções isoladas?

É verdade que o desaforamento dos processos (ou seja, o julgamento de crimes por um tribunal diferente daquele que, à luz das regras gerais, seria territorialmente competente), com o inerente desvio à regra do juiz natural, é um problema que, devido à sua particular geografia, não se coloca em Macau. Se o tribunal (territorialmente) competente à luz das regras gerais é o mesmo, é desnecessário impor limites à conexão com o propósito exclusivo de prevenir que o *foro* da conexão venha a julgar crimes que se situam fora da sua circunscrição de poder natural. Sob este ponto de vista, o regime legal parece impermeável à crítica[20].

No entanto, a questão não deve ser analisada exclusivamente (nem, aliás, primordialmente) à luz desse foco. Deve, ao invés, centrar-se em aferir se a opção legislativa acolhe adequadamente o direito penal substantivo e se contribui para uma efectiva economia processual, sem comprometer na protecção dos direitos do arguido.

19 De referir, todavia, que a exigência de tais requisitos cede no CPP português (sic) *"quando o mesmo agente tiver cometido vários crimes cujo conhecimento seja da competência de tribunais com sede na mesma comarca (…)"* (cf. o respectivo artigo 25.º). É uma situação de conexão subjectiva autónoma relativamente às que se acham previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 24.º do CPP português, em que a apensação de processos não depende da verificação de qualquer dos nexos adicionais aí preceituados.

20 Neste sentido, Manuel Leal-Henriques refere que (sic)*"terá pesado nessa opção o facto de, inexistindo em Macau mais do que uma circunscrição judicial, susceptível de desencadear problemas de competência territorial, se não justificarem excessivos condicionalismos ao funcionamento da conexão quando está em causa uma actividade criminosa que respeita a uma mesma pessoa, e que por isso mesmo deve responder na mesma sede por todas as suas condutas". In Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, Volume I (Artigos 1.º a 175.º),* Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2013, p. 162.

Para o efeito, pergunta-se, antes de mais, se, apesar de a alínea a) do artigo 15.º do CPP pressupor o cometimento de uma pluralidade de crimes, está, também, incluída na sua hipótese a conduta do agente que, apesar de preencher mais de um tipo de ilícito ou várias vezes o mesmo tipo, se reconduz à unidade criminosa. Ou, ao invés, inclui apenas os casos de efectiva pluralidade de crimes?

É questão cuja resposta exige uma (breve) nota preliminar. A unidade ou pluralidade de crimes afere-se, entre nós, por um critério teleológico, que decorre *prima facie* do n.º 1 do artigo 29.º do Código Penal, por referência ao *"número de tipos de crime efectivamente cometidos"* ou ao *"número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente"*[21]. Acrescem considerações ao nível da culpa: a **pluralidade de infracções** supõe uma pluralidade de juízos de censura sobre a conduta do agente, que se verifica quando há uma multiplicidade de resoluções criminosas[22] (concurso de crimes). Se, ao invés, o agente levar a cabo várias acções criminosas, susceptíveis, em abstracto, de preencher vários tipos, mas se determinar por uma única resolução criminosa, poderá concluir-se pela **unidade de infracções** (*"uma mera unidade criminosa de carácter jurídico"*[23]) - designadamente quando, face à sua proximidade temporal, for de aceitar que resultaram da mesma determinação criminosa[24].

A par deste conjunto de situações, está o concurso aparente e o crime continuado, em que, por razões de política criminal e de justiça material, a pluralidade de infracções é reconduzida à unidade criminosa. No primeiro, porque a aparente pluralidade de

21 A este propósito, EDUARDO CORREIA: *"A possibilidade de subsunção duma relação da vida a um ou vários tipos legais de delito é pràticamente, a chave para determinar (…) a unidade ou pluralidade de crimes em que tal relação se sintetiza ou desdobra". In Unidade e Pluralidade de Infracções,* Livraria Atlântida, Coimbra, 1945, p. 114. Assim, *"se a actividade do agente preenche diversos tipos legais de crime, necessariamente se negam diversos valores jurídico-criminais e estamos, por conseguinte, perante uma pluralidade de infracções; pelo contrário, se só um tipo legal é realizado, a actividade do agente só nega um valor jurídico-criminal e estamos, portanto, perante uma única infracção". In Direito Criminal, II*, Livraria Almedina, Coimbra, 1965, p. 201.

22 Para EDUARDO CORREIA, *"sempre que possa verificar-se uma pluralidade de resoluções – de resoluções no sentido de determinações de vontade, de realizações do projecto criminoso –, o juízo de censura será plúrimo"*, acrescentando que *"para afirmar a existência de uma unidade resolutiva é necessária uma conexão temporal". In Direito Criminal, II*, Livraria Almedina, Coimbra, 1965, p. 202.

23 MANUEL LEAL-HENRIQUES, *in Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau, Volume I,* Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2013, p. 361.

24 Para FIGUEIREDO DIAS, *"é a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica (…) que decide em definitivo da unidade ou pluralidade de factos puníveis e, nesta acepção, de crimes". In Direito Penal, Parte Geral, Tomo I,* 2.ª Edição, Coimbra Editora 2007, p. 989.

tipos preenchidos pela conduta não é mais do que um concurso de normas em relação de hierarquia. No segundo, a unidade do bem jurídico violado, da acção, do dolo e das condições exteriores ao agente, justificam a sua subtracção às regras do concurso (artigo 29.º, n.º 2 do Código Penal).

Assim, o concurso ideal e o concurso real (em que uma ou várias condutas, respectivamente, correspondem à violação de vários tipos ou a várias violações autónomas do mesmo tipo) são as situações geralmente aceites de efectiva pluralidade de infracções (artigo 29.º, n.º 1 do Código Penal).

Ora, regressando à questão acima colocada, deve concluir-se que a conexão subjectiva deve abranger as situações de unidade criminosa, sob pena de se frustrar a *ratio* do instituto da conexão e de se desrespeitar as regras de punição aplicáveis àquelas situações. É fácil de perceber que assim seja. Pense-se no exemplo paradigmático de *A* cometer um crime de homicídio, seguido de um crime de ocultação de cadáver. É possível antever que a prova de tais actos criminosos se cruza e que o seu julgamento conjunto vai, por um lado, evitar a repetição inútil de provas e, por outro, ajudar a desvendar o motivo do crime e a descobrir mais amplamente a verdade. Só o seu julgamento conjunto permitirá, ainda, aquilatar da existência de uma situação de unidade criminosa e, com isso, punir a conduta do agente a título de concurso aparente, enquanto o seu julgamento em separado poderia conduzir à aplicação de duas penas, em violação do princípio ***ne bis in idem***.

O exemplo referido elucida uma primeira conclusão: a conexão de processos é indispensável para que se julgue os casos de unidade criminosa com respeito pela doutrina das formas de cometimento do crime e sua punição. Além disso, a pressuposta ligação entre as infracções permite o aproveitamento da prova e facilita a descoberta da verdade, razão pela qual a conexão é um factor de efectiva economia processual.

Mas, conforme acima referido, na actual redacção do CPP de Macau também as situações de pluralidade criminosa estão abrangidas pela conexão (subjectiva), bastando, para tanto, que se suspeite que os vários crimes tenham sido *obra* de um só agente. Pense-se, agora, na hipótese de o *A* ter cometido um crime de injúria contra *B*, um crime de condução sob o efeito de álcool e um crime de furto sobre um bem de *C*, em circunstâncias totalmente díspares, no tempo, lugar, etc.

Não sendo de antever a comunhão da prova ou do motivo criminoso, ou sequer a possibilidade de se introduzir na ordem jurídica julgados contraditórios, a conexão apenas poderá facilitar a aplicação das regras do concurso e diminuir as pendências judiciais. Doutro passo, o seu julgamento em separado, além de aumentar as referidas pendências, apenas coloca o problema de saber em que processo se deverá proceder ao cúmulo jurídico.

A conexão parece, assim, não se justificar em todas as situações de pluralidade criminosa. Senão veja-se:

Não obstante facilitar a administração da Justiça para efeitos de aplicação da pena única do concurso (e, com isso, obstar a sucessivas operações de cúmulo jurídico - economia processual), a conexão subjectiva pode entorpecer o processo e resultar numa diminuição das garantias de defesa do arguido[25], quando *alargada* às situações de pluralidade de crimes sem qualquer conexão além da identidade do respectivo agente. Tais efeitos serão tanto mais evidentes quanto maior for a dimensão do processo, o número ou a heterogeneidade dos crimes conexionados.

Em concreto, facilmente se antecipa a possibilidade de a conexão subjectiva *alargada* criar processos de grande dimensão, de tramitação complexa e morosa. Decerto que é uma crítica que também pode ser feita, quer à conexão objectiva, quer mesmo às restantes situações de conexão subjectiva. É um efeito possível quando se julga mais de um crime em simultâneo.

Porém, na conexão subjectiva *alargada* a tramitação dos processos pode revelar-se especialmente complexa, fruto da apreciação de factos totalmente díspares e do julgamento no mesmo processo de crimes desgarrados nas suas circunstâncias de tempo, espaço, modo ou motivação. Não havendo elementos de prova comuns aos vários crimes (aliás, comuns talvez só as testemunhas do n.º 2 do artigo 115.º do CPP – *"abonatórias"*), tão-pouco uma história ou um móbil único a desvendar, é pouco verosímil que, da produção e valoração crítica conjunta da prova no mesmo processo, resulte benefício para a descoberta da verdade e para a realização da Justiça.

É, com certeza, possível que essas sinergias resultem em economia e celeridade processual, para tal bastando que se trate de criminalidade bagatelar, fácil de investigar e a julgar em poucas sessões de julgamento. No entanto, nem sempre será assim o caso.

A tramitação pode, também, tornar-se especialmente morosa, já que a extensão e (sobretudo) a diversidade da investigação e da instrução causará um mais que certo protelamento do processo, em particular do julgamento, com um inerente prejuízo para a memória da prova. É o princípio da concentração[26], na sua vertente temporal, que, desta

25 Nesse sentido, em anotação ao artigo 25.º do CPP português, *"Não pode deixar de notar-se uma certa incoerência interna presente no art. 25.º, pois, ao mesmo tempo que promove a economia processual, tratando no mesmo processo factos diferentes mas relativos ao mesmo arguido, não deixa de conflituar com ela quando apresenta como resultado processos de dimensões muito generosas e de difícil tramitação, julgamentos onde os factos podem ser completamente dispares entre si e uma consequente diminuição das garantias de defesa do(s) arguido(s) e da pretensão punitiva do Estado"*. Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *In Código de Processo Penal, Comentários e notas práticas,* Coimbra Editora, 2009, p. 67.

26 *"(…) o princípio da concentração do processo penal exige uma prossecução tanto quanto possível unitária e continuada de todos os termos de actos processuais, devendo o complexo destes, em*

feita, sai *ferido*.

Ao mesmo tempo, a multiplicidade dos crimes conexionados é leito para múltiplos incidentes e incidências processuais, o que apenas contribui para o atraso generalizado do trânsito em julgado de todos. Desde o possível adiamento de diligências, à abertura de instrução quanto a qualquer crime, e, ainda, à interposição de recursos (de decisões interlocutórias ou finais), o atraso causado é tanto mais injustificável quanto menor for a ligação entre os crimes e, portanto, a inversamente proporcional necessidade, ou conveniência, do seu julgamento conjunto.

A apensação de processos gerada pela conexão subjectiva *alargada* pode, pois, ser fonte de particular ineficiência processual.

Pode, por outro lado, comprometer o *iter* de descoberta da verdade e, concomitantemente, a justiça das decisões. De facto, a aquisição da prova é dificultada pela heterogeneidade da instrução, em particular a prova por testemunhas, cada uma com a sua estória, sobre as diferentes histórias sob julgamento, com diferentes convicções e interesses e os mais diversos sentimentos relativamente ao arguido (ou a qualquer outro sujeito processual). A imediação[27] também se enfraquece, já que o *iter* judicativo-decisório quanto a cada um dos crimes é perturbado pelo *ruído* adveniente do julgamento dos demais.

Em resultado do exposto, além das tarefas (*de per si* já difíceis) de valorar a prova e aferir da sua credibilidade, exige-se ao julgador a destreza necessária para segregar toda a prova e para formar uma convicção autónoma relativamente a cada crime, impermeável em relação à instrução e ao julgamento dos demais, sem que a sua percepção crítica quanto a uns se determine em face do julgamento de qualquer dos outros. Mesmo para os julgadores mais experientes e avisados, é ónus que não se crê ser garantidamente isento de erro. São razões que bastam para que se considere que o princípio da presunção de inocência (cf. artigos 29.º *in fine* da Lei Básica e 49.º, n.º 2 do Código de Processo Penal) pode ser posto em causa.

Haverá processos em que estas preocupações não se evidenciam, designadamente pela sua simplicidade ou pelo número reduzido de crimes conexionados. Além destes, também aqueles em que as infracções sob escrutínio, mesmo constituindo uma efectiva pluralidade criminosa, revelem um qualquer nexo entre si, como de causalidade,

todas as fases do processo, desenvolver-se na medida do possível concentradamente, seja no espaço seja no tempo". FIGUEIREDO DIAS, *In Direito Processual Penal, Primeiro Volume,* Coimbra Editora, 1974, p. 183.

27 A *"(…) percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão"* a que refere FIGUEIREDO DIAS, *In Direito Processual Penal, Primeiro Volume,* Coimbra Editora, 1974, p. 232.

contemporaneidade ou continuação. Estendem-se a estes casos as considerações acima tecidas sobre os méritos da conexão em caso de unidade criminosa, pelo que a conexão também quanto a estes outros se justifica.

Pelo contrário, na ausência de qualquer ligação relevante entre as infracções, a conexão subjectiva não logra os méritos processuais que o instituto prossegue. O julgamento conjunto dos crimes não previne qualquer risco de repetição das provas ou dos mesmos argumentos, nem assegura a harmonia de julgados (que, nessa hipótese, não necessita de ser acautelada).

d) Separação de processos como "válvula de escape"

A lei de processo prevê uma *válvula de escape* à regra da conexão, um mecanismo que permite ao julgador afastá-la sempre que conduza a graves inconvenientes processuais ou ponha em causa direitos ou interesses dos intervenientes processuais: separação de processos (cf. artigo 19.º do CPP).

Oficiosamente ou a requerimento, a separação dos processos deve ser ordenada quando da sua apensação puder resultar mais dano do que benefício para a realização da Justiça. Aliás, quando possível, a ponderação desses interesses deverá ter lugar *a priori*, através de *"um juízo de prognose relativo às circunstâncias que podem determinar a sua separação e, se se chegar à conclusão que estas últimas assumem preponderância face à equacionada apensação, deverá esta ser evitada, sob pena de se praticar um acto inútil, logo proibido"*[28].

Certo é, porém, que, no caso em que tal não suceda (ou porque tal juízo prévio não é feito, ou porque não desaconselha *a priori* a conexão), a separação não elimina todos os inconvenientes gerados pela apensação.

É certo que, por um lado, protege o interesse (imediato) que presidiu ao seu decretamento, e, por outro, previne ocorrências processuais indesejáveis, como as acima descritas. No entanto, já então se acha irremediavelmente prejudicado um dos interesses que com a conexão justamente se pretendia lograr, o da economia e celeridade processual, acabando por se dar causa a mais um incidente processual, à repetição de actos processuais (como a distribuição) e, ainda, à demora associada à atribuição de competência a um novo juiz. Além disso, considerando o disposto na alínea b) do artigo 20.º do CPP, pode até dar-se o caso de os processos separados serem distribuídos ao mesmo juiz (o anterior), circunstância que, *de per si*, pode originar novos incidentes (como pedidos de recusa ou

28 Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *In Código de Processo Penal, Comentários e notas práticas,* Coimbra Editora, 2009, pp. 67-68.

escusa) ou, apenas, gerar suspeita sobre a sua independência ou imparcialidade, em face do conhecimento tomado quanto aos outros factos e provas.

A separação de processos pode obstar a algumas das objecções levantadas no ponto anterior sobre a conexão subjectiva *alargada*. Porém, o instituto deve ser desenhado de modo a que a utilização desta "válvula de escape" seja excepcional. No que à conexão subjectiva diz respeito, a solução legal passa por excluir da conexão os casos de efectiva pluralidade de infracções, mediante a previsão de requisitos adicionais de ligação entre os crimes a conexionar (como de causalidade, contemporaneidade ou continuação), reservando a conexão subjectiva para os casos de tendencial[29] unidade criminosa.

29 Incluindo, por um lado, as situações de unidade de crimes e, por outro, as de efectiva pluralidade de crimes, mas em que a existência de uma ligação adicional entre os crimes (como qualquer das sugeridas no texto) poderia sugerir tratar-se de um caso de unidade.

刑事訴訟的預審階段——值得存在？

趙琳琳[1]

《澳門基本法》第85條第2款規定：“原刑事起訴法庭的制度繼續保留”。刑事起訴法庭制度也就是刑事預審制度，其具有一定的代表性，根據澳門刑事訴訟法典和相關法律規定，預審法官的活動可前伸至偵查起訴階段，涉及面相當廣，雖然起到一定的制約平衡作用，但也在客觀上造成了程序繁瑣和職能劃分上的不清晰。目前，在澳門刑事預審階段的存廢問題上，各界存在分歧，筆者將依據訴訟原理，以發展和開放的眼光來探討這一問題。

一、澳門刑事預審制度及其評價

《牛津法律大辭典》對預審的解釋為：“預審，刑事訴訟的一個階段，首見於1808年的法國刑事訴訟法典，後為大多數歐洲國家所採用。這一制度旨在保證只將具有事實根據和法律根據的指控提交給初審法院，並在開庭審理之前駁回缺乏根據的指控。預審僅適用於嚴重的犯罪。預審工作由地方預審法官主持進行。地方預審法官在訊問被告，進行調查、搜查和扣押，聽取證詞，以及發現事實等方面擁有廣泛的權力。”[2]

（一）澳門刑事預審制度的法律依據及其來源

澳門預審制度直接源自葡國，其設立於1976年（葡國第591/76號令）。當時預審法官的主要職責是對可能判處2年以上徒刑的案件進行初步偵訊，並對檢察院的控訴作出司法核實，以決定是否將案件提交審判。此後，葡國對預審制

1 澳門科技大學法學院副教授，法學博士，澳門刑事法研究會副會長。

2 [英]大衛·M·沃克：《牛津法律大辭典》，光明日報出版社1988年版，第711頁。

度進行了一系列改革，取消了由預審法官主導偵查的規定；但仍保留預審法官對特定偵查行為的決定權和預審權。根據澳門現行法律規定，初級法院對刑事案件的管轄權分別由刑事（審判）法庭和刑事起訴法庭行使。前者的職能是對刑事案件進行審判，後者的職能主要包括偵查方面的審判職能及預審職能。雖然刑事起訴法庭屬初級法院之組成部分，但是，倘有關的刑事案件第一審法院為中級法院或終審法院時，刑事起訴法庭的許可權亦轉為由相應級別的法院行使[3]。預審法官的具體職能則規定在澳門《司法組織綱要法》第29條中。

（二）對澳門現行刑事預審制度的評價

1、刑事預審制度的積極面

不容否認，澳門的預審制度符合司法審查的理念，還可以防止發動不合理或無根據的法庭審判，或將案件不當歸檔，因而有利於保障被追訴者或被害人的人權，體現了程序公正，具體說來，其積極作用主要表現在以下方面：

（1）監督偵查

《澳門刑事訴訟法典》第251條規定：“一、在偵查期間，命令或許可下列行為屬預審法官之專屬許可權：a）依據第162條與第234條之規定及受當中所載之限制，進行住所搜索；b）依據第164條第1款之規定扣押函件；c）依據第172條之規定截聽電話談話或通訊，或將之錄音；d）法律明文規定須經預審法官之命令或許可方得作出之其他行為。二、上條第2款至第4款之規定，相應適用之。”同時，擔保、定期報到之義務、禁止離境及接觸、執行職務、從事職業或行使權利之中止、羈押等強制措施的決定權也屬於預審法官。從世界範圍來看，由於搜索、扣押、羈押等強制手段極有可能侵犯人權，為了防止偵查機關濫用權力，各國或地區也普遍在刑事訴訟中建立了司法審查機制。

（2）審查起訴

審查起訴可以說是預審最基本的一項功能和價值目標。葡萄牙刑事訴訟法規定：“預審調查的目的是確認檢察官的起訴，以監督檢察官的行為。”[4]《澳門刑事訴訟法典》第268條規定：“一、預審旨在對提出控訴或將偵查歸檔之決定作出司法核實，以決定是否將案件提交審判。二、領導預審屬預審法官之許可權，而預審法官系由刑事警察機關輔助。三、預審系由法官認為應作出之各調查行為之總體及一強制預審辯論構成，該辯論以口頭辯論方式進行，而檢察院、嫌犯、辯護人、輔助人及其律師均得參與，但民事當事人除外。”之所

3　參見徐京輝：《澳門刑事起訴法庭制度探析》，載《澳門檢察》第6期。

4　汪建成等：《歐盟成員國刑事訴訟概論》，中國人民大學出版社2000年版，第395頁。

以這樣規定，一方面是因為刑事起訴是一項關係重大的訴訟活動，直接影響被追訴人或者被害人的人身、財產等權利的實現，多設置一道程序，由預審法官進行把關，體現了對於起訴活動的慎重，可以防止不必要的起訴；另一方面，澳門刑事預審的審查起訴還包括核實檢察院偵查歸檔的決定，防止檢察院濫用職權，保證輔助人獲得司法救濟的權利。從國際司法文件來看，《國際刑事法院規約》規定，對於檢察官作出的不起訴決定，若有關國家或者安理會提出請求，預審法官可以復核檢察官作出的不起訴決定，必要時預審法官還可以主動復核檢察官的不起訴決定，在這種情況下，檢察官的決定必須得到預審分庭的確認方為有效。這些規定充分體現了預審法官對檢察官不起訴決定的司法調控。

（3）保全證據

《澳門刑事訴訟法典》第276條規定：“在預審期間，法官得依據第253條之規定及為著該條所指之目的，依職權或應聲請詢問證人，聽取輔助人、民事當事人及鑒定人之聲明，以及進行對質。”可見，在預審程序中，一些證據可得到固定和保全，從而為正式審判打下良好的證據基礎，有利於審判法官認定相關案件事實，進而作出正確的裁判。

2、刑事預審制度的消極面

澳門的刑事預審制度並不全是優點，否則就不需要改革了，從立法規定和司法實踐的情況來看，其弊端主要有兩個：

（1）影響訴訟效率

澳門司法機關正承受著非常大的辦案壓力，澳門目前只有3名預審法官，工作量非常之大，而制度設計上的繁瑣無疑又加重了其負擔，結果自然是影響整個刑事訴訟的效率。以“最簡易訴訟程序”為例，《澳門刑事訴訟法典》第373條規定：“對於可處以最高限度不超逾3年徒刑即使併科罰金的犯罪，又或僅可科罰金的犯罪，如檢察院認為在該案件中應具體科處非剝奪自由的刑罰或非剝奪自由的保安處分，則檢察院向預審法官聲請採用最簡易訴訟程序科處非剝奪自由的刑罰或非剝奪自由的保安處分。”這一規定過於繁瑣，難以充分實現訴訟分流的目標。

（2）預審法官權力過於擴張

預審法官集偵查權、審查起訴權以及決定採取強制措施等權力於一身，權力的過於擴張有違訴訟規律，可能在實踐中帶來消極後果。例如，《澳門刑事訴訟法典》第285條規定：“一、如從調查行為或預審辯論得出結果，使人有依據懷疑發生檢察院或輔助人之控訴書中又或展開預審之聲請書中未描述之事

實，則法官依職權或應聲請將有關懷疑之事告知辯護人及盡可能就此懷疑之事訊問嫌犯，並應聲請給予嫌犯不超逾8日之期間以準備辯護，有需要時得將辯論押後。二、如因上款之規定導致預審法官無許可權，則上款之規定，不適用之。三、如第一款所指之事實對控訴書或展開預審聲請書中所描述之事實構成實質變更，且以獨立之訴訟程序調查該等事實屬適宜者，則預審法官須將該等事實告知檢察院；此告知之效力等同於為進行針對該等事實之刑事程序而提出檢舉。”需要注意的是，該條第三款中預審法官只需將變更事實告知檢察院，即具有提出檢舉的效力，這實際上違反了控審分離、不告不理的基本訴訟原理，對於被起訴人也是不公平的。

二、各國關於刑事預審制度的改革簡況

由於預審制度帶來的上述問題，近年來各國紛紛對其進行改革，雖然改革的幅度大小不一，但基本理念是一致的，也就是讓預審制度更加符合訴訟職能分立與制約的原理，並能提高訴訟效率。法國2000年6月15日通過了“基古法”，對預審程序進行了一系列重大改革，如在法院增設了“自由和羈押法官”，取消了過去由預審法官單獨決定實施先行羈押措施的權力，改為採用先行羈押措施需要經由預審法官與自由和羈押法官的共同同意；加強了預審的透明度；增設重罪普通上訴程序，重罪案件不再實行一審終審，等等。[5]2004年3月9日的法律對刑事訴訟程序又有重大修改，進一步削弱了預審法官對羈押權的控制：新法律規定在重罪或可能判處10年以上監禁的情況下，如果預審法官拒絕申請被告人的審前羈押，檢察官可向自由與羈押法官申請將被告人審前羈押。1975年德國對預審制度的改革主要體現在刑事訴訟法中不再規定專職預審法官和廢止了預審主體的偵查權，但同時規定了“中間程序”，以發揮審查起訴的功能。現行《荷蘭刑事訴訟法》和其他一些特別法如《荷蘭司法機構組織法》等法規均對預審程序有關問題作出了相應規定。[6]目前在荷蘭對預審制度存在爭議，政府曾成立了一個委員會來研究存在的問題。1990年，該委員會曾指出了一系列報告，但這些改革只是在預審階段如何加強辯方的權利方面有了一些措施，並沒有真正廢除預審制度。在荷蘭，預審法官是否參與訴訟，主要取決於案件的重要程度。實踐中，有三分之二以上的案件沒有預審法官參與；預審法官能夠參與偵查過程並詢問證人及辯護律師的案件，只占提交法庭案件的百分之三左右[7]。日本1948年廢除預審制度，徹底根除了整個預審程序。義大利1988年刑事訴訟法典對預審程序的改革切中要害，廢除了預審法官的偵查職能，保留了審查起訴功能，這樣既可以防止預審法官權力膨脹，又可以防止不當起

5 郎勝等主編：《荷蘭司法機構的初步考察和比較》，法律出版社2003年版，第34頁。

6 參見郎勝等主編：《荷蘭司法機構的初步考察和比較》，法律出版社2003年版，第52、127頁。

7 汪建成等：《歐盟成員國刑事訴訟概論》，中國人民大學出版社2000年版，第378頁。

訴。

三、刑事預審制度之改革設想

根據《澳門基本法》的規定，預審制度繼續保留，但這並不意味著不能加以修改。為了提高澳門的司法效率，更好地保障人權，應當儘快對澳門刑事司法制度進行改革，而預審制度幾乎貫穿刑事訴訟程序的全過程，對預審制度加以調整和完善可以達到牽一髮而動全身之效。當然，預審作為一項頗具特色的法律制度無論在立法理念上還是在司法實踐中都具有重要的意義，應當在保留的前提下進行改革，具體設想如下：

（一）取消預審法官的部分權力

如前所述，預審法官權力擴張帶來了許多問題，隨著澳門社會各方面的發展，現有的預審制度已經顯現出不適應的現象，因此，為了理順刑事訴訟中各機關的關係，提高訴訟效率，必須調整預審法官現有的權力體系，對於有些權力應當果斷取消。

1、作出偵查行為的權力

根據《澳門刑事訴訟法典》的相關規定，預審法官享有直接作出偵查行為的權力，在理論上和實踐中都存在很大弊端：首先，司法活動和偵查活動畢竟不同，預審法官和警察的職能不分，使得預審法官成為“超級警察”，容易造成司法專斷的情形；其次，偵查階段是整個刑事訴訟程序中非常特殊的一個階段，及時性原則是偵查活動的一個基本原則，在偵查中“失掉了時間就等於蒸發了真理”，與警察相比，預審法官一般也不具備相應的偵查專業知識，難以對偵查中的突發情況作出及時的反應，從而可能影響偵查的效果；最後，預審法官不可避免地要接觸案件當事人、瞭解案情和有關的證據材料，這樣，將來批准實施羈押等強制措施或者審查起訴時，必定會產生先入為主的印象，進而影響預審功能的順利實現。因此，建議取消預審法官的這項權力，不過，首次司法訊問具有一定的特殊性，為了發揮司法審查的功能，參照國際上的慣例，可繼續由預審法官來進行。

2、對於免除刑罰不起訴和暫時中止訴訟程序不起訴的批准權

根據《澳門刑事訴訟法典》的第262條規定，如已提出控訴的各前提均成立，則預審法官在預審進行期間，經檢察院及嫌犯同意且聽取輔助人意見後，得將有關卷宗歸檔。該法典第263條對訴訟程序之暫時中止作了規定：如有關犯罪可處以最高限度不超逾3年之徒刑，即使可並科罰金，雙或有關犯罪僅可科罰金，且下列各前提均成立者，則檢察院得向預審法官建議，透過對嫌犯施加強

制命令及行為規則，暫時中止訴訟程序。根據控審分離的訴訟原理，檢察院行使控訴權，法院行使審判權，兩者互相獨立、互相制約以保持平衡。檢察機關享有的起訴權本應包含不起訴權的部分，對於免除刑罰不起訴和暫時中止訴訟程序不起訴，檢察院有權獨立作出決定，而無需法官批准。況且，在澳門，檢察院和法院同為司法機關，遵循司法獨立原則；檢察官與法官同為司法官，有著相似的教育和培訓背景，很難講法官就一定比檢察官公正。當然，由於兩者扮演的訴訟角色不同，法官的地位要比檢察官更加中立、超然，但不能因此就把幾乎所有的決定權都交給法官。

此外，根據澳門《司法組織綱要法》的規定，刑事起訴法庭還享有執行徒刑和收容保安處分的許可權，主要包括：認可及執行囚犯重新適應社會的個人計畫、處理囚犯及被羈押人員的投訴、給予及廢止執行刑罰的靈活措施、給予及廢止假釋、延長刑罰、重新審查、復查及延長收容、建議及實施赦免、決定恢復司法權利、巡視監獄等。從這些規定可以看出預審法官權力範圍之廣，對於執行徒刑和收容保安處分的許可權，要具體分析具體對待，在沒有更好的解決方案之前，可以暫且保留，等條件成熟的時候再作修改，但是對於作出偵查行為的權力以及對於免除刑罰不起訴和暫時中止訴訟程序不起訴的批准權應當先行取消。

（二）限制審查起訴的適用範圍

從世界各國的規定來看，預審程序的適用範圍大緻有以下三種情形：1、只適用於嚴重犯罪案件。在義大利，只有適用普通程序審判的較為嚴重的案件才需要進行預審，而其他一般案件則通過簡易審判程序、辯訴交易程序、直接審判程序、立即審判程序、刑罰處罰令等特別程序予以處理，不需要進行預審。在德國，只有檢察官起訴的嚴重犯罪才需要通過專門的中間程序進行預審。2、主要適用於嚴重犯罪案件，其他犯罪可進行選擇性預審。法國的犯罪分為違警罪、輕罪和重罪三種，通常只有重罪案件必須經過預審，輕罪和違警罪案件可以選擇性地進行預審。3、適用於所有刑事案件。這三種情形中，前兩種最為常見，澳門則屬於第三種。這雖然有利於保障人權，防止不當起訴，但浪費了司法資源，容易造成案件積壓。因此，建議限制預審的適用範圍，即預審法官只需就可能判處8年以上有期徒刑的重罪案件是否起訴作出裁判。

（三）完善對於預審法官的監督機制

在德國，對開啟審判程序之裁定，原則上被告及檢察機關均不得提起抗告。不服否定的裁定時，檢察機關得提起即時的抗告。如檢察機關提起的即時抗告勝訴時，由抗告法院自己裁定交由原審判法院、或其他法院、或其他法庭、或另一刑事庭、或同一審級的相鄰法院審判。基於法定法官原則，當案件交由其他審判機關審判時需具有特別的理由。對拒絕開啟審判程序的裁定，在當提起抗告之期間已過或抗告被駁回時，該裁定具有限制的確定效力：即該項

告訴只能基於新事實或新證據重新被提起[8]。但是，根據《澳門刑事訴訟法典》的規定：“對於以檢察院控訴書內所載事實起訴嫌犯之批示，不得提起上訴，而此批示亦促使立即將有關卷宗移送有管轄權進行審判之法院。”因此，對於預審法官的預審行為及結果實際上缺乏有效的監督，建議參照法國、德國等國家的規定，賦予檢察官異議權（有關當事人可向檢察院提出申請）。當然，檢察官提出請求時必須附理由，受理主體可為初級法院院長或上級法院刑事審判庭。

8 [德]羅科信：《刑事訴訟法》，吳麗琪譯，法律出版社2003 年版，第 382-383 頁。

SOBRE O VALOR DA FASE DE INSTRUÇÃO NO PROCESSO PENAL

Zhao Linlin[1]

Conforme preceitua o § 2.º do artigo 85.º da Lei Básica de Macau "mantém-se o regime do Tribunal de Instrução Criminal anteriormente existente". O regime do Tribunal de Instrução Criminal é o regime do Juízo de Instrução Criminal, o qual apresenta grande relevância prática. Nos termos das disposições previstas no CPP de Macau e demais legislação aplicável, é vasta a competência do juiz de instrução, tendo em conta a sua intervenção na fase de inquérito. Embora tenha uma função de "*check and balance*", o processo torna-se, do ponto de vista objectivo, mais complexo, levantando-se também dúvidas sobre as suas competências. Existem, actualmente, em Macau, divergências quanto à manutenção da fase de instrução, as quais analisaremos a partir de uma visão alargada, na expectativa de contribuir para uma futura reforma.

1. INTRODUÇÃO E COMENTÁRIO AO REGIME DE INSTRUÇÃO CRIMINAL EM MACAU

O "*The Oxford Companion to Law*" define a instrução como "uma fase do processo penal, tendo sido amplamente adoptada nos países europeus após o seu surgimento pela primeira vez no Código de Processo Penal francês. Este instituto tem por fim apenas submeter a julgamento, em tribunal de primeira instância, as acusações fundadas nos factos

1 Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Ciência e Tecnologia de Macau; Doutora em Direito; Vice-presidente da Associação de Estudo de Direito Criminal de Macau.

e bases legais, bem como rejeitar, antes da abertura da audiência, as acusações infundadas. A instrução é apenas aplicável à criminalidade grave e a sua direcção compete ao juiz de instrução. O juiz de instrução do local tem uma vasta competência, por exemplo, compete-lhe proceder ao primeiro interrogatório judicial, proceder à investigação, proceder a buscas e apreensões, receber depoimentos e descobrir a verdade"[2].

(1) Base legal e origem do regime de instrução criminal de Macau

O regime de instrução criminal de Macau deriva do ordenamento jurídico português, tendo sido criado, em 1976, pelo Decreto-Lei n.º 591/76 de Portugal. A principal função do juiz de instrução de então era proceder ao inquérito preliminar, nos casos em que fosse provável que se viesse a aplicar uma pena de prisão efectiva superior a dois anos, bem como comprovar judicialmente a decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito, em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. Com as reformas do regime de instrução criminal, foi eliminada a direcção do inquérito, até então a cargo do juiz de instrução, embora se mantivessem tanto a sua competência na instrução, como o seu poder decisório sobre determinados actos de inquérito. Com base na legislação vigente em Macau, cabe ao Juízo Criminal (de julgamento) e ao Juízo de Instrução Criminal julgar as causas de natureza criminal, as quais são da competência do Tribunal Judicial de Base. Cabe ao primeiro proceder ao julgamento e compete ao último exercer o poder decisório sobre os assuntos relacionados com o inquérito e a instrução. Caso o Tribunal de Segunda Instância ou o Tribunal de Última Instância julguem em primeira instância, é atribuída a tribunal da mesma categoria a competência do juízo de instrução criminal para dar autorização[3], ainda que este juízo de instrução criminal se integre no Tribunal Judicial de Base. A competência do Juízo de Instrução Criminal está prevista no artigo 29.º da Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau.

(2) Comentário ao actual regime de instrução criminal

a. Aspectos positivos

É de afirmar que, além de ser conforme à ideia de controlo jurisdicional, o regime de instrução criminal previne o arquivamento indevido de processos ou a submissão

2 David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Guangming Daily Publishing House (ed.), 1988. p. 711.

3 Choi Keng Fai, "Estudo sobre o sistema do tribunal de instrução criminal de Macau", in *Revista do Ministério Público de Macau*, n.º 6.

a julgamento de causas irrazoáveis ou infundadas, assegurando, assim, à luz da justiça processual, uma maior proteção dos direitos fundamentais do acusado ou do ofendido.

i. Direcção do inquérito

O artigo 251.º do CPP de Macau preceitua que "1. Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar: a) Buscas domiciliárias, nos termos e com os limites dos artigos 162.º e 234.º; b) Apreensões de correspondência, nos termos do n.º 1 do artigo 164.º; c) Intercepções ou gravações de conversações ou comunicações telefónicas, nos termos do artigo 172.º; d) A prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução. 2. É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2 a 4 do artigo anterior". Além disso, compete ao juiz de instrução decidir e aplicar as medidas de coacção, como a caução, a obrigação de apresentação periódica, a proibição de ausência e de contactos, a suspensão do exercício de funções, profissão ou direitos e a prisão preventiva. Existe, em vários países ou regiões, o regime de controlo jurisdicional no processo penal, a fim de evitar o abuso de poder dos órgãos que executam actos de inquérito, devido à potencial lesão de direitos fundamentais causada por meios como buscas e apreensões e pela prisão preventiva.

ii. Controlo jurisdicional da decisão de acusação ou arquivamento

A razão de ser da instrução assenta no controlo jurisdicional da decisão de acusação ou arquivamento. À luz do CPP de Portugal, "a instrução visa a comprovação da decisão de deduzir acusação, controlando a actuação do Ministério Público"[4]. O artigo 268.º do CPP de Macau prevê que, "1. A instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito, em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. 2. A direcção da instrução compete ao juiz de instrução, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 3. A instrução é formada pelo conjunto dos actos de instrução que o juiz entenda dever levar a cabo e, obrigatoriamente, por um debate instrutório, oral e contraditório, no qual podem participar o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado, mas não a parte civil". Tal disposição legal foi introduzida por dois motivos: (a) a acusação é um dos actos processuais mais relevantes, por afectar, directamente, os direitos do acusado ou ofendido como, *v.g.*, a vida ou o património. Por esta razão, foi criada mais uma fase processual, em que o juiz de instrução é o guardião dos direitos e garantias,

4 Wang Jian Cheng, *Sobre processo penal dos Estados-Membros da União Europeia*, China Renmin University Press, 2000, p. 395.

evitando assim acusações desnecessárias; (b) para prevenir o abuso de autoridade, a instrução no processo penal visa, também, examinar a decisão de arquivamento do procedimento proferida pelo Ministério Público, assegurando, ainda, o direito à assistência jurídica do assistente. Do ponto de vista do direito internacional, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional prevê que, quanto à decisão de não proceder criminalmente por procurador do Ministério Público, o juiz de instrução, a pedido do Estado interessado ou do Conselho de Segurança, ou oficiosamente se lhe afigurar necessário, pode examinar a decisão do procurador de não proceder criminalmente. Na previsão de tais dispositivos legais acentua-se a importância do controlo judicial, por juiz de instrução, da decisão de não proceder criminalmente.

iii. Conservação dos meios de prova

O artigo 276.º do CPP de Macau prevê que, "oficiosamente ou a requerimento, o juiz pode proceder, durante a instrução, à inquirição de testemunhas, à tomada de declarações do assistente, da parte civil e de perito e a acareações". Deste modo, uma boa conservação dos meios de prova, recolhidos durante a fase de instrução, proporciona condições para prosseguir para a fase de julgamento e favorece uma boa decisão dos factos e da causa.

b. Aspectos negativos

É certo que o regime da instrução criminal em Macau não é perfeito, razão pela qual se deve proceder à sua reforma legislativa. Com base na lei e na *praxis*, existem principalmente dois problemas:

i. Ineficiência judicial

Existem apenas três juízes de instrução em Macau. Face à grande complexidade do sistema processual, as entidades jurisdicionais de Macau estão sobrecarregadas com processos pendentes e, em consequência, a eficiência judicial está gravemente abalada. É o caso do processo sumaríssimo, previsto no artigo 373.º do CPP de Macau, que dispõe o seguinte: "em caso de crime punível com pena de prisão de limite máximo não superior a 3 anos, ainda que com pena de multa, ou só com pena de multa, o Ministério Público, quando entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade, requer ao juiz de instrução que a aplicação tenha lugar em processo sumaríssimo". É difícil concretizar a divisão dos processos devido à excepcional complexidade do próprio dispositivo normativo.

ii. Amplitude excessiva do poder do juiz de instrução

A excessiva amplitude do poder do juiz de instrução constitui uma violação das regras gerais do processo, pelo facto de competir à mesma entidade praticar actos de inquérito, examinar a decisão de deduzir acusação ou arquivar o processo e decidir e aplicar medidas de coacção. A título de exemplo, de acordo com o disposto no artigo 285.º do CPP de Macau, "1. Se dos actos de instrução ou do debate instrutório resultar fundada suspeita da verificação de factos não descritos na acusação do Ministério Público ou do assistente ou no requerimento para abertura da instrução, o juiz, oficiosamente ou a requerimento, comunica tal suspeita ao defensor, interroga o arguido sobre ela sempre que possível e concede-lhe, a requerimento, um prazo para preparação da defesa não superior a 10 dias, com o consequente adiamento do debate, se necessário. 2. Não tem aplicação o disposto no número anterior se dele resultar a incompetência do juiz de instrução. 3. Se os factos referidos no n.º 1 representarem uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução e se revelar conveniente a sua investigação em processo autónomo, o juiz de instrução comunica-os ao Ministério Público, valendo tal comunicação como denúncia para efeitos de procedimento penal quanto a eles". Note-se que o juiz de instrução apenas se obriga a comunicar, nos termos do n.º 3 da referida norma, a alteração dos factos ao Ministério Público, valendo tal comunicação já como denúncia. Ora, esta disposição ofende o princípio da separação entre o órgão de acusação e o de julgamento, bem como o princípio da inoficiosidade do processo, o que causa, portanto, uma situação injusta para o arguido acusado.

2. BREVE INTRODUÇÃO À REFORMA DO REGIME DE INSTRUÇÃO EM VÁRIOS PAÍSES DO MUNDO

Com base no que foi referido, verifica-se em vários países uma tendência de reforma deste regime, que se norteia por ideias básicas idênticas, apesar de a reforma assumir diferentes magnitudes. Com a reforma, visa-se uma maior conformidade em relação ao princípio da separação entre as funções de acusar e de julgar, assim como uma maior eficiência judicial. Em França, foi aprovada, em 15 de Junho de 2000, a "Lei Guigou", que procedeu a uma grande reforma do regime de instrução. Por exemplo, foi criada a figura do juiz de liberdade e de detenção ("*juge des libertés et de la détention*"), cujo consentimento é, também, necessário para a aplicação da medida de prisão preventiva, proposta oficiosamente pelo juiz de instrução; foi reforçada a transparência da instrução; foi criado o processo de recurso ordinário específico para a criminalidade grave; o *Cour de cassation*

deixou de ser o tribunal de primeira instância para a criminalidade grave, etc[5]. A Lei n.º 2004-204, de 9 de Março de 2004, introduziu relevantes alterações no processo penal, diminuindo novamente o controlo da decisão de prisão preventiva pelo juiz de instrução: a nova Lei dispõe que, no caso de criminalidade grave ou crime punível com a pena de prisão superior a 10 anos, o procurador pode livremente requerer ao juiz de liberdade e de detenção a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva. Com base na reforma alemã do instituto da instrução, o CPP alemão deixou de prever, a partir de 1975, a figura do juiz de instrução, assim como revogou a competência de inquérito da entidade de instrução, embora criasse um "regime intermédio", em ordem a sindicar a decisão de acusação ou de arquivar o processo. Noutros disposições legais, como no actual CPP holandês e demais leis especiais, como a Lei de Organização do Tribunal Judicial, encontram-se preceitos legais interligados com o regime de instrução[6]. Devido à persistente controvérsia em torno do regime instrutório na Holanda, foi criada uma comissão de estudo sobre a manutenção daquele regime. Este organismo elaborou, em 1990, uma série de relatórios, tendo por fim reforçar os direitos do arguido durante a fase de instrução, sem revogar o próprio regime instrutório. Na Holanda, o juiz de instrução intervém consoante o grau de importância do respectivo processo. Na prática, verificou-se que, em mais de dois terços dos casos, não houve a sua intervenção; e apenas em cerca de três por cento dos casos o juiz de instrução interveio no processo de inquérito e participou na inquirição de testemunhas e defensores[7]. No Japão, revogou-se em 1948, o regime instrutório e eliminou-se a fase de instrução por inteiro. Em Itália, a Reforma do CPP de 1988 acarretou a reformulação da instrução e revogou a competência do juiz de instrução nos actos de inquérito, embora mantivesse a sua competência para sindicar a decisão do Ministério Público de deduzir a acusação ou de arquivar o processo. Com esta reforma, evitou-se a excessiva amplitude da competência do juiz de instrução, como as acusações desnecessárias.

3. PROPOSTA DE REFORMA DO REGIME DE INSTRUÇÃO CRIMINAL

De acordo com a Lei Básica de Macau, mantém-se o regime de instrução criminal, sem prejuízo da possibilidade de se introduzirem alterações ao regime. Para elevar a

5 Lang Sheng (coord.), *Breve estudo e comparação da entidade judiciária na Holanda*, Law Press·China, 2003, p. 34.

6 *Vide* Lang Sheng (coord.), *ob. cit.*, pp. 52 e 127.

7 *Vide* Wang Jian Cheng, *ob. cit.*, p. 378.

eficiência judicial e zelar pela garantia dos direitos humanos, deve proceder-se, com a maior brevidade possível, à reforma do processo penal, onde se destaca a presença do regime de instrução. Deste modo, a optimização do sistema processual penal passa por reformular e aperfeiçoar o regime instrutório. Na verdade, atendendo às particularidades do regime de instrução, importa sublinhar a sua relevância, tanto na *ratio legis*, como na prática jurídica. Pelo que, com base no regime de instrução, propõe-se a seguinte reforma:

(1) Eliminação parcial da competência do juiz de instrução

Conforme já referido, tendo em conta os problemas suscitados pela excessiva amplitude da competência do juiz de instrução, bem como a obsolescência prática do regime de instrução face ao desenvolvimento social de Macau, é preciso clarificar a relação entre as diversas entidades envolvidas no processo penal e optimizar a eficiência judicial, revendo a competência do juiz de instrução e eliminando alguns dos seus poderes.

i. Competência para realizar actos de inquéritos

De acordo com a disposição do CPP de Macau, o juiz de instrução goza do poder de realizar oficiosamente actos de inquérito. Só que, tanto na teoria como na prática, existe uma falha. Em primeiro lugar, os actos jurisdicionais são uma coisa e os actos de inquéritos são outra. Está manifestamente difusa a separação entre as funções do juiz de instrução e as da polícia, sob pena de o juiz de instrução se tornar num "super-polícia" e de criar um monopólio jurisdicional; em segundo lugar, a fase de inquérito é, ao longo do processo penal, uma fase muito especial, na qual vigora o princípio da pontualidade. No decurso do inquérito, "o *tempo* que passa é a verdade que foge". Comparando com a entidade policial, o juiz de instrução, por regra, não possui aptidão profissional de investigação. Face a uma situação imprevista e inesperada, o juiz de instrução pode não estar preparado para reagir devidamente e, assim, prejudicar a eficiência do inquérito; por último, o juiz de instrução há-de ter contacto com os sujeitos processuais, a fim de conhecer as circunstâncias do caso e os relevantes meios de prova. Neste sentido, está em causa a imparcialidade do juiz de instrução, sobretudo no momento em que este decide e aplica as medidas de coacção (*v.g.*, prisão preventiva) e examina a decisão de deduzir acusação. Nessa circunstância, é difícil concretizar-se, de modo cabal, a função da fase de instrução. Pelo exposto, sugere-se a eliminação desta competência, sem prejuízo, porém, conforme a *praxis* internacional, da sua competência para proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido, tendo em conta a sua particular natureza e o exercício da função de controlo jurisdicional.

ii. Concordância no caso de dispensa de pena e da suspensão provisória do processo

Segundo o disposto no artigo 262.º do CPP de Macau, se a acusação tiver sido já deduzida, pode o juiz de instrução, enquanto esta decorrer, arquivar o processo com a concordância do Ministério Público e do arguido e ouvido o assistente, se se verificarem os pressupostos da dispensa. O artigo 263.º determina que, se o crime for punível com pena de prisão de limite máximo não superior a 3 anos, ainda que com pena de multa, ou só com pena de multa, pode o Ministério Público propor ao juiz de instrução a suspensão provisória do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os respectivos pressupostos. Por força do princípio de separação entre os órgãos de acusação e de julgamento, cabe ao Ministério Público deduzir acusação e ao Tribunal julgar. Ambas as entidades são, entre si, independentes e articuladas. A competência do Ministério Público para deduzir acusação engloba a competência para não a deduzir, ou seja, para dispensar a pena ou suspender provisoriamente o processo. O Ministério Público pode tomar, por sua iniciativa, a referida decisão, sem autorização judicial do juiz. Acresce ainda que, em Macau, o Tribunal e o Ministério Público são ambos entidades judiciárias, orientadas pelo princípio da independência do poder judicial; o magistrado do Ministério Público e o magistrado judicial são igualmente da magistratura, tendo a semelhante educação e formação. Um juiz não é necessariamente mais imparcial do que um magistrado do Ministério Público. A verdade é que, tendo ambas as entidades um papel processual diferente, o juiz tem que ser mais imparcial e transcendente do que o magistrado do Ministério Público, sem significar, todavia, que o juiz decide sobre quase tudo.

Além disso, de acordo com a Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau, os Juízos de Instrução Criminal são, também, competentes para a execução das penas de prisão e das medidas de segurança de internamento, designadamente, para intervir naquela execução com as seguintes finalidades: homologação e execução do plano individual de readaptação; apreciação de queixa de recluso, mesmo quando preventivamente preso; concessão e revogação de medida de flexibilização da execução da pena; concessão e revogação da liberdade condicional; prorrogação da pena; cessação, revisão, reexame e prorrogação do internamento; propor a concessão e aplicar indultos a condenados a pena de prisão ou a medida de segurança de internamento; concessão e revogação de reabilitação judicial a condenados; visitar os estabelecimentos prisionais, etc. Embora resulte destes dispositivos legais a amplitude da competência do juiz de instrução, deve manter-se, até haver uma melhor solução ou alteração legislativa oportunamente introduzida, a sua competência para executar as penas de prisão e as medidas de segurança de internamento, por tais decisões carecerem de ser analisadas caso a caso. No entanto, não apenas deve

eliminar-se a competência para praticar os actos de inquérito, mas, também, dispensar a sua concordância no caso de dispensa de penas e suspensão provisória do processo.

(2) Restrição à amplitude do controlo jurisdicional

À luz das disposições legais de vários países, o âmbito de aplicação da fase de instrução traduz-se, de modo geral, nas seguintes três situações: 1) a instrução é apenas aplicável no caso de criminalidade grave. Em Itália, só há fase de instrução no processo comum e apenas para os casos com circunstâncias mais gravosas. Nas restantes situações, o procedimento segue a forma do processo especial adequada ao caso concreto, designadamente, o julgamento sumário ("*giudizio abbreviato*"), acordo sobre a sentença ("*patteggiamento*"), julgamento directo ("*giudizio direttissimo*"), julgamento imediato ("*giudizio immediato*") e decreto penal de condenação ("*decreto penale di condanna*"). Na Alemanha, o processo intermediário ("*zurschen verfahren*") apenas é obrigatório na situação em que o Ministério Público deduz acusação no caso de criminalidade grave; 2) a instrução é, por regra, aplicável no caso de criminalidade grave e é apenas facultativa para outros tipos de criminalidade. Em França, a criminalidade divide-se em três categorias: crime ("*crime*"), delito ("*delit*") e contravenção ("*contravention*"). Por regra, a instrução apenas é obrigatória no caso de crime e é facultativa no caso de delito e contravenção; 3) a instrução é aplicável a todos os tipos de criminalidade. Entre estas três situações, as primeiras duas são as mais comuns. A última situação é o caso de Macau.

Muito embora este modelo seja mais favorável à protecção dos direitos fundamentais e susceptível de evitar acusações infundadas, leva a um maior dispêndio de recursos judiciais e prejudica a eficiência judicial. Por conseguinte, propõe-se a restrição do âmbito de aplicação da fase de instrução. Assim, entende-se que o controlo jurisdicional, pelo juiz de instrução, da decisão de acusação só deve ter lugar no caso de crime punível com pena de prisão superior a 8 anos.

(3) Aperfeiçoamento do regime de comprovação judicial

Na Alemanha, nem o arguido nem a entidade acusadora podem opor-se, por regra, à decisão de abertura da audiência. Caso não se conforme com a decisão de não abertura da audiência, a entidade acusadora tem de recorrer imediatamente dela. Se tal recurso tiver sido julgado procedente, cabe ao tribunal de recurso decidir se deve remeter o processo ao tribunal *a quo*, a outro tribunal, juízo, juízo de instrução criminal ou a outro tribunal da mesma categoria. Por força do princípio do juiz natural, esta decisão deve ser devidamente fundamentada, indicando-se as razões que levam o juiz a remeter o processo para outra entidade julgadora. Relativamente à decisão de não abertura da audiência, caso

tenha prescrito o prazo de recurso ou sido recusado o recurso, tal decisão produz efeito de caso julgado limitado, isto é, o processo só é reaberto se surgirem novos factos ou novos elementos de prova[8]. Entretanto, de acordo com o CPP de Macau, "o despacho que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público é irrecorrível e determina a remessa imediata dos autos ao tribunal competente para o julgamento". Por isso, em relação à falta de controlo eficaz dos actos de instrução, propõe-se seguir o modelo de França e da Alemanha, conferindo ao magistrado do Ministério Público o poder de oposição (oficiosamente ou a requerimento do interessado). É certo que o magistrado do Ministério Público tem de fundamentar o seu requerimento perante a entidade decisória, que tanto pode ser o presidente do Tribunal Judicial de Base, como o Juízo Criminal do tribunal imediatamente superior.

8 Claus Roxin, *Direito de Processo Penal* (trad. Wu Liqi), Law Press China, 2003, pp. 382-383.

澳門刑事訴訟程序中的遠程作證研究

石磊[1]

一、遠程作證的背景和原因

1.背景

隨着科技的進步，法律也在逐步改變其固有的貴族式的運作方式。刑事訴訟的重要任務之一是找出事實真相，並對犯罪人處以適當的懲罰。人類生活隨着科技的發展而發生了巨大的變化，電子時代的來臨使犯罪也日益科技化。電話、電視、網絡、電腦等已成了現代生活不可或缺的一部分，因此，刑事訴訟的方式也必然要作相應的調整。隨着電腦的普及，法庭記錄由原來的手寫記錄變為了電腦記錄，錄音錄像成了日益普遍的取證方式，這一轉變尤如從刀耕火種時的時代向電子化時代的邁進。

在聲音圖像的即時遠程傳輸日益普及的同時，法庭的審理卻仍然保持着面對面的原始詢問方式，亦有理論學者稱之為眼球對眼球的作證方式。可喜的是，各國立法者在科技面前已經作了有益的嘗試和改進。

首先看看1988年葡萄牙證人保護法中設立的遠程作證制度。葡萄牙證人保護法的第二章標題為　“保密遠程作證”，[2]規定：只要有合理的保護證人的理由，可根據公訴人、被告人、或者證人中的任何一方的請求，決定使用遠程作證。遠程作證的地點要在政府機構進行，盡可能在安裝了必要設備的法院、公安機關或者監獄進行。[3]

1992年愛爾蘭<<刑事證據法>>第29條第一款規定，經法庭許可，在國外的非被告人的訴訟參與人可以通過電視即時轉播的方式作證。

1　澳門刑事法研究會副理事長, 法學博士。

2　遠程作證一詞在原法律中，用的是葡萄牙語：teleconferência, 這是一個複合詞，由tele和conferência兩部分組成，前者指遠距離的前綴，後者指會議。學者首次將這部法律翻譯成中文時，譯成了遠程作證，本人也採納了這一譯法。具體見楊家慶譯, 謝望原校<<葡萄牙證人保護法>>，載於<<中國刑事法雜誌>>2005年第3期，112頁。

3　參見<<葡萄牙證人保護法>>(Lei 1999/93)第二章，第5-15條內容。

英國<<2003年刑事司法立法說明>>第八編對 “實時視聽傳輸系統”的作證方式作了如下規定: “ 本編規定了法庭有權通過即時視聽傳輸系統聽取法庭外的證言。法庭將能夠行使這種權力, 如果法庭相信這樣做符合效率的要求或者有利於審判活動的有效進行。目前的英國法律要求證人在通常情況下親自出庭提供證言, 然而, 根據1999 年司法和刑事證據法的規定, 目前有限的案件中也允許使用視聽傳輸系統, 例如證人是未成年人、殘疾人、脆弱的人或者被恐嚇的人。”

我國香港地區《刑事訴訟程序條例》第7 9 條對“ 現場電視線路” 定義為: “ 利用閉路電視系統將法庭和法院中的另一房間聯繫起來的一個系統聯結。閉路電視系統必須能夠使法庭內的人員可以聽見或看見另一房間裏的人員, 或者既可以聽見又可以看見另一房間裏的人員” 。

我國最高人民法院審判委員會2001 年12 月6日第1201 次會議通過的《最高人民法院關於民事訴訟證據的若干規定》第56 條規定“證人可以通過雙向視聽傳輸手段作證” 。從上述程序法的規定可以看出，我最高院關於民事證據的若干規定給遠程作證提供了合法性保障。除了這一規定外，暫無任何的法律、法規或解釋對遠端作證的具體操作程式進行規定。[4]

聯合國有關國際公約對視聽技術作證也作了規定。《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》第18 條第18 款、第24 條第2 款等也作了類似的規定。具體的規定將在後文再討論。

以上是遠程作證的科技發展背景和世界和國的立法背景。但遺憾的是，澳門立法的滯後早已是一個不爭的事實，在澳門的立法體系中，儘管有部分的電子證明的方法被法庭所採納，例如，在審理歐文龍一案中，控方證人使用了電腦對案件作系統的說明，但仍遠遠不是遠程作證所需要的內容。

遠程作證是科技發展和法律相結合的一種全新作證方式，可解決訴訟中的許多難題，如保護證人私隱、保護證人安全；異地作證也減輕了偵查和訴訟負擔，使偵查和訟訴更加便捷。

2. 遠程作證的概念

那麼，什么叫遠程作證?其概念是什么呢?

關於這種作證方式的名稱也有多樣性，並無統一的名稱， 世界各地區有不同的稱謂，如遙距作證, 遠程作證, 影視作證, 錄相作證、遠端作證等多種表述方式, 但其本質上是一致的，本文姑且統一稱之為遠程作證。

按葡萄牙證人保護法的定義，作證是指證人不能親自到場而通過使用技術傳輸手段以聲音或者活動圖像的方式進行遠距離及時傳輸的證言或者陳述。[5]該法就保密和遠程作證專門規定了一章內容，用十二條條文作了詳細的規定。

我國內地有學者將遠程作證定義為: 遠程作證是指為了解決證人因特殊原因而無法出庭作證，利用現代多媒體技術傳輸手段，在法院與法院與其他單位

4 以上參見陳學權:<<刑事訴訟中的視聽技術作證初探>>，載於人民檢察2007年第9期，第49頁。

5 <<葡萄牙證人保護法>>第二條第一款C項。

之間建立遠程協助平台，讓證人在視頻的另一端即時提供證人證言，並接受雙方當事人的詢問，完成證人作證的新型作證方式。[6]

但上述定義只包括了法庭庭審過程中的遠程作證，並沒有包括審前的遠程作證行為，包括在偵查過程中的遠程作證，因為有必要調整。

筆者認為，遠程作證是指證人因故不能親自到場，而通過使用電子技術方法，將證人的聲音或圖像即時從另一地點傳輸至受證地點的一種作證方式。

3. 引入遠程作證制度的原因

採取遠程作證的原因可以是多方面的。

從證人方面考慮，有此下幾個原因應該把遠程作證引入刑事訴訟程序。

(1) 保護被害人或證人的私隱。例如目前澳門刑訴法僅規定，性犯罪中被害人未滿16歲的，則一般不公開進行訴訟。但也沒有規定在不公開審理中，如何保守當事人的自尊和私隱。對於超過16歲的，則原則上要公開聽證，在中國的傳統文化下，極易對被害人造成二次傷害，更甚於第一次的強暴。

(2) 保護證人及其近親友的安全不受到可能的威脅。保護證人的安全，成為了世界刑事訴訟發展的新的課題。<<聯合國打擊跨國有組織犯罪公約>>和<<反腐敗公約>>已就此訂明了詳細的條款和細則，世界上大多數國家已就此作了專門立法。但澳門仍然近乎一片空白。[7]

(3) 證人因故不能前往親自作證，例如地域或證件造成的阻隔，身體的疾病不利於行，甚至有可能證人因其他原因在監獄中服刑的。異地作證，尤其是異區域或者異國作證，涉及到證件、政治、交通等多方面的原因可能造成不便。同時，如證人身患疾病，或屬被監禁者，也不能親身作證，遠程作證成為最有效的作證方式。

(4) 也有可能因保護參與特別行動的調查人員或者其他涉及本地區重大機密或安全事宜的等等原因。有些證人屬警方的臥底或線人，在偵查完成一階段之後，可能會指證其中一部分案件的被告，但又要繼續臥底搜集情報，以便打擊更多的犯罪，因此對其保護顯得尤為重要。此外，如涉及國家機密和地區安全的原因，也有必要保護資訊的來源，採用特別的遠程作證手段也是必要的。

(5) 其他原因。例如澳門參加了許多打擊犯罪的國際合作，可以通過遠程作證使這訴訟更為便捷。例如公務人員、鑒定人員如須就本身職責異地作證的，完全可以通過遠程作證的方式進行。

如果從刑事訴訟的便捷化和經濟化這一方面來考量，更應引入遠程作證的方式。刑事訴訟為了保證被告人的權益，設計了許多重要的原則，來保證程序的公平公正性，但這樣設計的結果，不可避免地造成了程序的嚴重拖沓和不便，反過來又侵害了被告人的權益。引入遠程作證的程序，可以大大縮短可能

6 見張慶虎, <<遠程作證的法律價值研究>>，載於廣州市公安管理干部學院報2011年第四期,第48頁。

7 以上參見本人論文<<兩岸四地證人保護比較研究>>，發表於2012年兩岸四地刑事法論壇。見<<兩岸四地刑事法論壇—刑事法規制現狀與發展學術研討會>>第309-323頁。

拖而不決的程序性問題，節省大量的訴訟時間和成本。

例如，澳門刑事訴法第300條規定：（在住所內聽取聲明）

一、如輔助人、民事當事人、證人或鑑定人基於有依據之理由不可能在聽證時到場，法官得依職權或應聲請，命令於將告知該等人之日期及時間，在該等人身處之地方聽取其聲明。

二、該命令須即時告知檢察院，以及嫌犯之代理人、輔助人之代理人及民事當事人之代理人。

三、聲請聽取聲明之人須在提出聲請時，指出應就何等事實或情節聽取聲明。

如果按照這條去在他人住所內聽取聲明，即等於在他人住所內開庭，要給照顧到各方的權利，結果必然是浪費大量的時間、約定大量的人物，甚至可能因環境擠迫或其他原因而不可能實現。

訴訟程序千百年來總是順應時代的發展而變遷的，在高度網絡化的電子時代，法律的發展也必然烙上更多時代的印記。

二、 遠程作證種類

遠程作證表面看起來是一項很具體的作證方式，但是如果從不同的視角去評價，則會有不同的遠程作證的種類效果。

1, 按刑事訴訟中的不同階段來劃分，可以分為庭前的遠程作證和庭中的遠程作證。

庭前的遠程作證主要指在偵查或預審中的遠程作證行為。目前各國的立法或實踐中，大多沒有涉及偵查或預審中的遠程作證，但對於刑事偵查機關而言，這是更為重要的取證方式。在庭前遠程作證實踐上，可參考我國內地廣東省的一個個案。廣東省檢察院針對一名關鍵證人採取了遠程作證，並取得了良好的效果。由於該證人已經移民國外，為了取證，廣東省檢察院採取了遠程視頻取證的方式。在詢問時，被詢問人在國外，詢問現場則由證人在國內親屬作為見證人，通過視頻詢問，詢問結束後，由證人的親屬代其在筆錄上簽名，同時偵查人員要求證人親筆書寫一份證言，寄至廣東省檢察院，從而完成了整個遠程作證的程序。[8]這種作證方式多數在偵查之中或預審過程之中使用。

庭中的遠程作證是指法庭聽證中的遠程作證。目前世界大多數採用了遠程作證的, 都是指這種作證方式。葡萄牙在對遠程作證的證人要求遠程一端有法官在場。

2.按遠程的距離來分，可以分為遠距離遠程作證和近距離的遠程作證。這一區分是根據作證者與受證者之間的距離來分的。再細分可以分為庭前的遠距

8 參見洪新德、李東<<新形勢下以非常規手段獲取的證人證言效力探析>>，載於<<法制與社會>>2012年第9期，第296頁之注3。

離遠程作證和庭前的近距離遠程作證；庭中的遠距離遠程作證和庭中的近距離遠程作證。一般來說，庭前的遠程可能涉及的距離更為遙遠，甚至在國外。而庭中的遠程作證則指法庭之外的、通過使用電子技術方法，將證人的聲音或圖像即時傳送到法庭，可以在法庭和證人之間雙向溝通的作證方式。如果以澳門地區為例，則在澳門地區之內進行的視像作證為近距離遠程作證，澳門地區之外的為遠距離遠程作證。

3.根據作證人作證時，能否與受證方相互看到對方容貌、聽到對方的聲音劃分，則可分為單向的遠程作證和雙向的遠程作證。這種分法還有更深入的分別，即為了保護證人，可能對證人的聲音和容貌作了技術加密的處理，使圖像和聲音失真而無法辯識。單向的遠程作證是指僅僅證人可以看清及聽真整個訊問場面的情形，而訊問一方則可能只有得到授權之人才能有真實的圖像和聲音，其他的參與之人可得到的經過技術變形或變聲之後的遠程作證。例如，葡萄牙證人保護法規定，在遠程作證中，如有需要隱蔽證人的形象和聲音，則證人的形象和聲音要經過技術處理，只有主審法官或者法院才能接觸到非失真的聲音和形象。

雙向的遠程作證則是證人和受證方均接收非失真的即時聲音和圖象，雙方可以自由的互動的作證方式。一般來說，雙向的遠程作證可以更為方面地交叉詢問，有利於被告行使質問權。

4.根據採用目的不同，可以分為基於訴訟效率方面的遠程作證以及基於證人保護的遠程作證。

5.　根據所採取的技術手段來區分，可以分為有線遠程作證和無限遠程作證。有線的很好理解，可以用光纖或電纜的方式連接；無線的可以採用即時通話軟件,如QQ, 微信、whats App、facebook等，或者通過無限加密的其他電信方式遠程作證。

三、 遠程作證的法律基礎和法律衝突

1. 聯合國有關公約明確規定了可以使用遠程作證作為作證的手段。

中國內地近年加入了《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》及《聯合國反腐敗公約》，並將此二公約延伸適用到香港和澳門。

《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》第24條第二款規定:

在不影響被告人的權利包括正當程序權的情況下，本條第1款所述措施可包括：(a)　制定向此種人提供人身保護的程序，例如，在必要和可行的情況下將其轉移，並在適當情況下允許不披露或限制披露有關其身份和下落的情況；(b)規定可允許以確保證人安全的方式作證的證據規則，例如，允許借助於諸如視像連接之類的通信技術或其他適當手段提供證言。

《聯合國反腐敗公約》第三十二條第二款規定:

在不影響被告人權利包括正當程序權的情況下，本條第一款所述措施可以包括：

（一）制定為這種人提供人身保護的程序，例如，在必要和可行的情況下將其轉移，並在適當情況下允許不披露或者限制披露有關其身份和下落的資料；（二）規定允許以確保證人和鑒定人安全的方式作證的取證規則，例如允許借助於諸如視聽技術之類的通信技術或者其他適當手段提供證言。

2.澳門刑訴法在適用遠程作證問題上，雖然有一定的矛盾，但沒有實質上的衝突。

(1) 就證人作證的地點，刑訴法第126條作了一條抽象的原則性規定：一、法律就作證義務及作證言之方式與地點所規定之豁免權及特權，適用於刑事訴訟程序；二、須確保有可能進行法律在此情況下容許之辯論。

作證地點法律實質上並沒有要求一定要在法庭上作證，如第300條也作了規定，可以在證人家裡作證。

至於作證的方法，本質上涉及對證據的認可問題。雖然澳門刑訴法列舉了7種證據方法，但從第112條證據的合法性中反映的證據自由原則，只要是非為法律所禁止的，任何事實、任何證據方法都可以採納。[9]

視聽錄相作為證據的方法，早已為刑訴法所確定。刑訴法第89條至90條，規定了筆錄的方式，其中第90條第一款規定：筆錄系在主持有關訴訟實體領導下，由司法公務員繕寫，或在偵查期間，由刑事警察公務員繕寫。關於如何繕寫，刑訴法第91條第一款規定：公務員得使用速記的方法、機器速記方法或者其他有別於一般書寫的方法，以及借助(磁帶)錄音或視聽錄制方法繕寫筆錄。91條第二款則規定了對這種特別繕寫方法作轉錄及簽署的制度。轉錄由公務員或者其他適當人完成並簽署。

至於視聽錄相應在哪裡以何種方式完成，刑訴法沒有明確規定，而這正是遠程作證中要解決的核心問題之一。

(2)刑訴法的公開審理制度，和遠程作證也並不矛盾。刑訴法第77條在規定訴訟公開制度的同時，第二款又規定了法官可以決定有關訴訟不公開進行。遠程作證只是證人的遠程而已，其聲音和圖像仍即時地傳到受證地，同樣可以視為公開的作證。對於技術變聲變形的單向遠程作證，可以視為不公開審理的內容。學者也認為：聽證是公開的為並屬於一種調查活動，旨在調查所有為發現事實真相及為使案件能有良好裁判而必須審查的證據，如法院認為為著此一目的屬必須及起決定作用時，得依職權接納所有為法律許可的證據方法，即使是未載於控訴書、起訴批示或答辯狀的證據方法。[10]

(3)刑訴法的口頭原則，與遠程作證之間也沒有明顯的矛盾之處。口頭原則，指只有在判聽證過程期間，以口頭方式所調查、討論或者審議的證據，方可作為裁判的依據。刑訴法第86條所規定的口頭原則，是指任何聲明，除法律另有規定者之外，均須以口頭方式作出。這裡的口頭作出並非是當面的親身作出，我們知道，現代社會已普遍將電話作為口頭表達的重要方式之一，法官亦可在許多

9 參見邱庭彪著<<澳門刑事訴訟法分論>>，社會文獻科學出版社、澳門基金會2012年10月第一版，第105頁。

10 見盧映霞、梁鳳明譯<<澳門刑事訴訟教程>>第二版，下冊，第45頁。

情形下以電話作口頭的批示，例如從刑訴法第86條第五款之規定來看，法官可以以口頭方式作出批示和判決。因此，口頭原則與遠程作證並不矛盾，遠程作證是口頭原則的其中方式之一。如果說聲明一定要簽名的話，刑訴法第85條第三款規定，如須簽名之人不能簽名時，則由在場之當局或公務員記錄理由作出聲明。口頭證據調查可參見刑訴法第324條、326條至329條、331條等。

刑訴法第125條所規定的詢問之親身規定，只規定作證言是一親身行為，指的是不可由他人代替的行為，而非親身出席現場的眼球對眼球的行為。刑訴法中，真正可以顯示出眼球對眼球的地方不多，例如第284條第3款規定，

三、其後，……法官得直接走近在場之人，向此等人提出其認為對實現辯論目的屬必需之問題。

但以上的走近行為，對是否用遠程作證沒有實質的影響。

(4) 刑訴法的直接原則，也與遠程作證沒有必然的衝突。

刑法學者Figueiredo Dias將刑訴法的直接原則經典定義為：指法院與訴訟程序的參與者之間的一種密切關係，從而讓法院得以親身體會到將作為其決定所取決的事實。[11]這一原則來規定在刑訴法第336條，旨在讓證據在作出定之前的面前進行調查。與口頭原則一樣，直接原則要求形成審判者心證的證據必須在聽證中調查。同樣地，遠程作證也是一種直接的證據調查，科技的進步和發展早已將口頭和直接的空間擴展得更遠。我們通常所指的直接對話自然而然地包括了當面的眼球對眼球的方式，也包括了遠程的音頻和視頻的對話。

直接原則的例外是刑訴法第253條及337條，這兩條實質上是容許在例外的情況下，如證人生病或離境等原因而事先作證，不能直接口頭作證而作的預先作證，正式開庭時宣讀其證言的方式。

刑訴法第253條的規定，實質上對作證的時間地點作了靈活的規定。

從以上來看，遠程作證雖然沒有明確列入刑訴法之中，但也沒有明顯的衝突之處。刑訴法中很多次表述的要求證人到場，均沒有明確指明該場所一定是法庭。根據刑訴法第274第一款之規定，凡非為法律禁止之證據，在預審中均可採納。如果我們把遠程作證視為證據的一種，那麼從現行刑訴法上來看，法律並沒有禁止。

(5).有組織犯罪法在保護證人方面作出規定時，規定了可以使用磁帶錄制記錄作為證據。該法律第26條規定：一、收集聲明或證供的筆錄，以及訊問嫌犯的書面紀錄，當可能時應附同以磁帶或視聽錄製方法錄下的紀錄，並適用刑事訴訟法典第九十一條第三款的規定。二、倘有理由相信被害人、證人、輔助人、民事當事人或鑑定人因恐怕報復而可能離境，或以任何方式表示不能在審判中作供，得按刑事訴訟法典第二百五十三條及第二百七十六條的規定及為第三百三十七條第二款a項的效力，進行供未來備忘用的聲明的紀錄。第28條更加詳細地規定了對滲透到有組織犯罪之中的公務員及第三者的保護。透過這些法

11 <<Direito Processo Penal>>, 第一卷,第232頁，參見盧映霞、梁鳳明譯<<澳門刑事訴訟教程>>第二版，上冊第35頁注45。

律的規定，在一定的條件之下是可以適用遠程作證的。

四、 遠程作證的立法方式

從上述的分析來看，遠程作證雖然與現行的刑訴法沒有本質上的衝突，但是為了更加名正言順地引入這一科學、便捷的作證方式，有必要就遠程作證作立法規範，尤其是考慮到澳門履行所加入的國際條約的責任，更有必要就遠程作證以及證人保護作專門的立法。

參考世界的各地的做法發現，就遠程作證有兩種立法的方式，其一是專門立法，其二是修改刑事訴訟法，或者兩者同時為之。參考澳門的法律之後，現將兩種立法方式列下，以供選擇性參考。

1. 專門立法

由於遠程作證只是證人保護的其中之一的手段，因此，筆者在參考了葡萄牙的立法方式，結合考查了香港、大陸、台灣、英美等地的證人保護法之後，作了細緻的比較研究，結合澳門的刑事訴訟法，另行草擬了<<澳門證人保護法>>(立法草案)，其中有一節專門對澳門的遠程作證制度作了規定。[12]

2. 修改刑事訴訟法

如果不針對遠程作證作專門的立法，則唯有修改刑事訴訟法。修改刑訴法是一項系統的工程，涉及諸多條文，下面筆者試圖作一個簡單的疏理。

(1) 刑訴法第77條第三、四款修改如下:

三、上款所指之批示應以容許排除公開性之法律，或應以事實或具體情節作為依據，而該等事實或具體情節係使人推定公開訴訟行為將對人之尊嚴或公共道德、公共安全，或對該訴訟行為之正常進行造成嚴重損害，又或為保護證人之目的；在引致作出批示之理由終止後應立即廢止該批示。

四、如屬審理性犯罪之刑事訴訟程序，而被害人未滿十六歲，則訴訟行為一般不公開進行。對涉及須保護證人或涉及本地區秘密、國家安全犯罪之刑事訴訟，亦不公開進行。

(2) 增加刑訴法第86A條: 遠程作證

一、基於保護證人或者訴訟便捷之目的，當證人不能親身到場時，得通過

12 由於草擬立法文本草案太長，不適宜置於文章之內，如有需要者，筆者可以提供參考。

使用技術傳輸手段，將證人的聲音或者視頻即時傳輸至受證場所，以便作出陳述；

二、以下犯罪可採用遠程作證

a) 危害國家安全犯罪

b) 恐怖組織或恐怖主義犯罪

c) 有組織犯罪

d) 毒品犯罪

e) 貪污賄賂犯罪

f) 性犯罪

g)其他最高刑期為8年或以上的嚴重犯罪

三、針對上述犯罪的遠程作證，在偵查階段，由刑事警察當局批准；在審判階段，由合議庭批准。

四、收集遠證人的證言或者陳述，須在指定場所進行，盡可能在安裝了必要技術設備的法院、警察機關或者監獄內進行。

五、遠程作證時，證人須有本澳公務員陪同在場。

(3) 修改刑訴法第91條第一款規定：

上述第一款所指之公務員得使用速記的方法、機器速記方法或者其他有別於一般書寫的方法，以及借助錄音或視聽錄制方法繕寫筆錄。錄音或視聽錄制方法得以電子遠程傳輸方式為之。

如果有必要，亦可對刑訴法125條的親身作定義，對253條作適當的調整等。

3. 比較前述兩種立法方法的优劣

修改刑訴法涉及到許多條文，其中對場所、親身、口頭等都需要重新明確定義，以及其他諸多援引到刑訴法的部門法，修修補補難免掛一漏萬，其卷帙浩繁的條文之間有無衝突或矛盾，還有待深入研究。

相比之下，以專門立法的形式，既符合了聯合國反腐公約的要求，使證人保護上升到立法高度，同時也可規定遠程作證，比較容易執行，較少歧異。

五、結語

世界上大多數國家或地區都採用了遠程作證作為刑事偵查及訴訟的重要方式，但是澳門的立法理論和司法實踐上仍未能起步。葡萄牙早在1993年已在<<證人保護法>>之中，設立了科學的遠程作證制度，二十多年後的澳門仍在使用葡萄牙十九世紀的訴訟制度。遠作制度具有訴訟便捷、經濟的優點，偵查取證上的便捷直接的優勢，也具有保護證人的特點。在科學日新月異的今天，遠程作證與當面作證一樣，無論交叉詢問還是當面對質，都不存在任何技術上的障

礙，唯一的障礙就是立法上的滯後。希望以此粗淺的論文，推動遠程作證乃致證人保護的單行立法，推動澳門刑事訴訟制度的現代化發展。

ESTUDO SOBRE A TELECONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL DE MACAU

Seak Loi[1]

1. CONTEXTO E FACTORES DA TELECONFERÊNCIA

1.1. Contexto

O modo tradicional de funcionamento do Direito transforma-se progressivamente à medida que a tecnologia se desenvolve. Um dos objectivos do processo penal é o da descoberta de verdade e é tendo em vista o seu alcance que se procura aplicar ao infractor uma pena adequada. Fruto do quase meteórico desenvolvimento tecnológico, as nossas rotinas transformaram-se e, em virtude disso, também a criminalidade aumentou e está, de resto, cada vez mais "profissional" face ao recurso a esse tipo de "ferramentas". É indiscutível que instrumentos como o telefone, a televisão, a *internet* e o computador são hoje imprescindíveis na nossa vida, pelo que, de igual modo, também o processo penal deve adaptar-se a tal mutação da sociedade. Está cada vez mais generalizado o uso de computador, o que representa um salto civilizacional para a era do digital, uma vez que a redacção dos autos assumia apenas a forma escrita e agora passa a ser redigido através dos meios informáticos disponíveis, sendo frequente a tomada de declarações por meio de gravação áudio ou áudio visual.

Não obstante o fenómeno da generalização da transmissão à distância da imagem e do som, o processo judicial resistiu e manteve o modo convencional de proceder ao interrogatório "cara a cara", que vários autores denominam de interrogatório "olhos nos olhos". É plausível que, em vários países, perante a nova era da tecnologia, o legislador já

1 Director da Associação de Estudo de Direito Criminal de Macau; Doutor em Direito.

se tenha "rendido" às vantagens inerentes a este tipo de mecanismo e optado por colher o melhor que há para extrair da sua aplicação.

Veremos, em primeiro lugar, a Lei de Protecção de Testemunhas em Portugal que criou, em 1988, o sistema de teleconferência. O seu Capítulo II, com a designação "ocultação e teleconferência" ("遠程作證")[2], dispõe que, a requerimento do Ministério Público, do arguido ou da testemunha, a utilização da teleconferência é aplicada, desde que sejam fundamentadas as razões de protecção das testemunhas. A prestação de depoimento ou de declarações a transmitir à distância deverá ocorrer em edifício público e, sempre que possível, em instalações judiciárias, policiais ou prisionais, que permitam a colocação dos meios técnicos necessários[3].

Outro exemplo é o que está previsto no n.º 1 do artigo 29.º da Lei dos meios de prova no processo penal, consagrado em 1992, segundo o qual, mediante a autorização judicial, os sujeitos processuais, não acusados e residentes fora do país, poderiam em simultâneo prestar depoimento através de transmissão televisiva.

Relativamente à "*live television link*", a Parte XIII da nota explicativa do "*Criminal Justice Act 2003*" do Reino Unido dispõe o seguinte: "A parte confere aos tribunais o poder de tomar o depoimento fora do tribunal, por meio de uma ligação de televisão em directo. Cabe ao tribunal exercer esse poder se lhe afigurar que é do interesse da administração de justiça sob o ponto de vista da eficiência ou da eficácia". Nos termos da legislação em vigor, as testemunhas, em regra, são obrigadas a comparecer pessoalmente em tribunal. Todavia, a lei prevê algumas excepções e dispõe de outros mecanismos, como a utilização de *links* ao vivo, designadamente quando estejam em causa jovens menores, pessoas deficientes, vulneráveis ou ameaçadas, nos termos previstos na "*Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*".

A definição de "*live television link*" está prevista no artigo 79.º do "*Criminal Procedure Ordinance*" de Hong Kong, dispondo que a "*live television link*" é "um sistema através do qual a sala de audiência é ligada a outra sala situada no mesmo estabelecimento, mediante instalações audiovisuais, susceptíveis de permitir que as

2 "遠程作證" vem da palavra portuguesa "teleconferência", que é uma palavra composta por "tele" e "conferência". "Tele" refere-se à distância, "conferência" a reunião. Quando os académicos começaram, pela primeira vez, a traduzir o referido diploma, a palavra teleconferência ficou traduzida, em chinês, como "遠程作證", a palavra traduzida é também perfilhada pelo Autor. *Vide* Yang Jiaqing (coord.), "Lei de Protecção de Testemunhas em Portugal", in: *Revista do Direito Penal da China*, 2003, n.º 3, p. 112.

3 *Vide* o disposto nos artigos 5.º a 15.º, previstos no Capítulo II da Lei de Protecção de Testemunhas em Portugal (Lei n.º 93/99).

pessoas na sala da audiência vejam ou ouçam as pessoas na outra sala".

Na República Popular da China, o artigo 56.º do documento "Algumas disposições do Supremo Tribunal Popular da China sobre meios de prova em Processo Civil", aprovadas, em 6 de Dezembro de 2001, na 1201.ª reunião do Comité do Supremo Tribunal Popular da China, dispõe que "as testemunhas podem depor através da transmissão audiovisual em dois sentidos". Esta norma representa a base legal para a figura da teleconferência. Para além dela, não existe qualquer outra lei, regulamento ou nota explicativa que regulamente o procedimento concreto da teleconferência[4].

A matéria sobre a tecnologia audiovisual foi objecto de regulamentação pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, nomeadamente através do n.º 18 do artigo 18.º e do n.º 2 do artigo 24.º. Veremos estas disposições legais mais adiante.

Até aqui, tudo quanto foi exposto encerra o contexto tecnológico e legislativo relativo ao sistema de teleconferência de vários países. Em Macau, são notórios e lamentáveis os atrasos e lacunas das alterações legislativas nesta matéria. No ordenamento jurídico de Macau, casos houve, como foi o caso de Ao Man Long, em que foram admitidos meios electrónicos pelo juiz e em que as testemunhas de acusação, mediante computador, procederam à explicação sistemática do caso. Porém, ainda longe está o caminho para a concretização da base legal que pugna pela previsão da teleconferência.

A teleconferência é um novo modo de depor e que resulta da coerência entre o desenvolvimento tecnológico e o Direito, que acaba por resolver muitas questões processuais, *v g.*, a protecção da privacidade e segurança pessoal das testemunhas; já o depoimento no estrangeiro pode tanto aliviar, como facilitar o inquérito e o próprio processo.

1.2. Conceito de teleconferência

Importa saber o que é afinal a teleconferência. Procuraremos neste ponto descortinar o seu conceito.

Quanto à sua designação, não existe um nome uniformizado face à diversidade de designações atribuídas em vários países ou regiões, e que passam *v.g.*, por depoimento a longa distância, depoimento à distância, depoimentos visuais, depoimento por videoconferência e teleconferência. No entanto, do ponto de vista substancial, todas têm o mesmo sentido. Daqui em diante optaremos por apelidá-la de teleconferência.

4 *Vide* Chen Xuequa, "Um breve estudo sobre depoimento com recurso à tecnologia audiovisual no processo penal", in: *Peoples Procuratorial Semimonthly*, 2007, n.º 9, p. 49.

Segundo a definição contida na Lei de Protecção de Testemunhas em Portugal, designa-se por teleconferência a prestação de depoimentos ou declarações tomadas sem a presença física da testemunha e com a intervenção de meios técnicos de transmissão à distância, em tempo real, tanto ao nível sonoro como de imagens animadas[5]. Só o capítulo de ocultação e teleconferência conta com doze artigos com regulamentação detalhada.

De acordo com os autores chineses, entende-se por teleconferência todo o instrumento que, através de transmissão multimédia, visa encontrar uma solução para as situações especiais em que as testemunhas não conseguem comparecer pessoalmente na audiência. Ela é encarada, sobretudo, como plataforma de auxílio, estabelecida entre os tribunais ou entre estes e outras entidades, tendo por fim permitir que, em tempo real, as testemunhas recorram aos meios audiovisuais para depor e as partes processuais procedam aos interrogatórios. É um novo modo de depoimento das testemunhas[6].

No entanto, a definição acima referida apenas abrange os depoimentos à distância que se realizam no decurso da audiência e já não os realizados nas fases processuais anteriores à audiência. Deste modo, é necessário realizar adaptações.

Consideramos que, no caso de as testemunhas não poderem comparecer pessoalmente, a teleconferência é um modo de depoimento que permite, mediante os meios de tecnologia electrónica disponíveis, a transmissão audiovisual das testemunhas, em tempo real, de um lugar para outro.

1.3. Motivos para a utilização da teleconferência

Os motivos de utilização da teleconferência são de vária ordem.

Quanto às testemunhas:

(1) Protecção da privacidade do ofendido ou da testemunha. Vejamos o exemplo de Macau: o CPP apenas dispõe que, caso se trate de crime sexual contra menor de 16 anos, os actos processuais decorrem em regra com exclusão da publicidade, sem estabelecer para este caso, porém, quais as regras que presidem e justificam a protecção da dignidade e privacidade do mesmo. No entanto, tendo em conta a tradição cultural da China, a publicidade do processo potencia fenómenos de vitimização secundária, cujos efeitos negativos não são menores que os da violação primeiramente cometida.

(2) Proteger as testemunhas e os familiares das possíveis ameaças. A protecção

5 Alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Protecção de Testemunhas de Portugal.

6 *Vide* Zang Qinghu, "Sobre o valor jurídico da teleconferência", in: *Guangdong Public Security Management Institute of Justice*, 2011, n.º 4, p. 48.

das testemunhas passou a constituir novo tema no discurso jurídico, reflexo aliás da evolução do processo penal em todo o mundo. Em Macau, esta matéria apresenta lacunas legislativas, embora na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção se prevejam normas e regras detalhadas sobre esta questão[7].

(3) Impossibilidade de comparência pessoal das testemunhas por razões de distância geográfica, documento de viagem, estado físico ou cumprimento de pena de prisão, etc. A prestação de depoimento em distrito ou região diverso, ou no estrangeiro, pode causar alguns inconvenientes relativos, por exemplo, aos documentos de viagem, à política, aos transportes. Portanto, a teleconferência é um mecanismo eficaz caso a testemunha não possa comparecer pessoalmente por se encontrar doente ou mesmo presa.

(4) Protecção dos membros que tenham participado nas operações especiais relacionadas com a preservação do segredo e a segurança da Região. É preciso proteger especificamente algumas testemunhas que são na realidade agentes infiltrados ou informantes e que, depois da fase de investigação, não só testemunhem contra os arguidos, mas que continuem a recolher informações tendo em vista o combate à criminalidade. Além disso, é indispensável adoptar os meios de depoimento à distância no caso em que estejam em jogo o segredo e a segurança da Região, tendo como objectivo proteger as fontes de informação.

(5) Outros motivos. Por exemplo, em caso de colaboração internacional em que é mais cómodo e útil recorrer aos meios de depoimento à distância dos funcionários públicos e dos peritos, evitando-se que os mesmos se desloquem ao estrangeiro, quando os depoimentos possam realizar-se através de teleconferência.

Do ponto de vista da celeridade e economia processuais, será forçoso admitir que os meios de depoimento à distância terão toda a utilidade se forem implementados. Para protecção dos direitos e interesses do arguido, encontram-se consagrados no processo penal vários princípios relevantes que asseguram e sustentam a justeza e imparcialidade no processo. Mas daí poderá resultar a morosidade do processo, a qual pode em si mesma ofender os direitos e interesses do arguido. Com a implementação do regime da teleconferência, resolver-se-ão facilmente questões tidas como processualmente

7 *Vide* o artigo do Autor, "Estudo comparativo da protecção da testemunha do Interior da China, Taiwan, Hong Kong e de Macau", publicado no *Fórum do Direito Penal do Interior da China, Taiwan, Hong Kong e de Macau* que se realizou em 2012. *Vide* "Conferência académica sobre a actualidade e evolução do Direito Penal - Fórum do Direito Penal do Interior da China, Taiwan, Hong Kong e de Macau", pp. 309-323.

morosas, ao mesmo tempo que se reduzirão tempo e custos processuais.

Como exemplo, atente-se no disposto no artigo 300.º do CPP de Macau (tomada de declarações no domicílio), que dispõe o seguinte:

1. Se, por fundadas razões, o assistente, a parte civil, uma testemunha ou um perito se encontrarem impossibilitados de comparecer na audiência, pode o juiz ordenar, oficiosamente ou a requerimento, que lhes sejam tomadas declarações no lugar em que se encontrarem, em dia e hora que lhes comunicará.

2. A ordem é de imediato comunicada ao Ministério Público, bem como aos representantes do arguido, assistente e parte civil.

3. Quem tiver requerido a tomada de declarações informa, no mesmo acto, quais os factos ou as circunstâncias sobre que aquelas devem versar. (…).

Bem vistas as coisas, tomar as declarações no domicílio nos termos previstos nesta norma é a mesma coisa que realizar a audiência no domicílio. Por isso, para atender aos direitos de todos os intervenientes, é natural que o tempo necessário para que os mesmos fossem ouvidos duplicasse, a acrescer ao tempo que sempre seria necessário para as notificar, ao ponto de, por vezes, até se ter que prescindir da realização de tais diligências atendendo à limitação do espaço.

Ora, a evolução do processo judicial está intimamente ligado com o desenvolvimento da própria sociedade. Face à elevada informatização, o progresso do Direito também tenta dar-lhe resposta.

2. MODALIDADES DE TELECONFERÊNCIA

A teleconferência é, só pela aparência, uma forma de depor muito delimitada. Porém, cada uma das suas modalidades, em diferentes perspectivas, comporta diversos efeitos.

2.1. No decurso das diversas fases do processo penal, há lugar a dois tipos de teleconferência: a teleconferência preliminar e a teleconferência no decurso de audiência.

A **teleconferência preliminar** diz respeito, por excelência, aos depoimentos realizados na fase de inquérito e da instrução. Observada a realidade legislativa em vários países, parece que, na maioria dos casos, não existe o referido mecanismo nem no inquérito nem na instrução, embora as entidades criminais do inquérito a assumam como um meio de obtenção de prova muito importante. Quanto à utilização prática da teleconferência, veremos um caso que ocorreu na província de Cantão, na China. O Ministério Público da província de Cantão adoptou tal mecanismo para receber o

depoimento de um depoente importante, residente num país estrangeiro, e o resultado foi frutífero. No momento da inquirição por teleconferência, o depoente estava no estrangeiro e o seu familiar, como testemunha, na sala de audiência. Terminada a teleconferência, o depoente assinou o auto com o punho do seu familiar e, para finalizar o procedimento, foi requerida a elaboração de um depoimento por escrito a fim de o mesmo ser remetido via correio para o Ministério Público da província de Cantão[8]. O uso desta modalidade é muito comum na fase de inquérito ou de instrução.

A teleconferência no decurso de audiência diz respeito à inquirição que se realiza na audiência de julgamento. A maioria dos países aderentes adoptou esta modalidade de teleconferência. Em Portugal, a lei exige que, durante a inquirição, esteja presente o juiz, a par da testemunha que depõe à distância.

2.2. De acordo com o tipo de distância, existem as designadas **teleconferências a longa distância e as teleconferências a curta distância**. A distinção incide sobre a distância que decorre entre o depoente e a entidade que o recebe. Por outro lado, estes tipos de teleconferência são ainda subdivisíveis em teleconferência a longa distância preliminar, teleconferência a curta distância preliminar, teleconferência a longa distância no decurso da audiência e teleconferência a curta distância no decurso da audiência. De um modo geral, existe uma maior distância envolvida na teleconferência a longa distância preliminar visto que envolve países estrangeiros. No entanto, a teleconferência a longa distância no decurso da audiência diz respeito ao depoimento que se realiza, mediante transmissão audiovisual em tempo real, fora da sala de audiência, entre o tribunal e o depoente. No exemplo de Macau, a teleconferência a curta distância realiza-se dentro do território, ao passo que a teleconferência a longa distância se realiza fora do território.

2.3. Durante a inquirição, a **teleconferência** é chamada **com sentido único** quando o depoente e a entidade receptora não se vêem e não se ouvem um ao outro, caso contrário, é designada por **teleconferência com dois sentidos**. A diferença entre estas duas figuras reside no facto de poder haver ou não ocultação da imagem e distorção da voz, de modo a evitar-se o reconhecimento da testemunha. A teleconferência com sentido único é aquela situação em que apenas o depoente pode visualizar e ouvir no decurso da inquirição e, ao mesmo passo, o inquiridor só pode, mediante prévia autorização, visualizar a imagem e ouvir a voz. Neste caso, outros intervenientes podem

8 *Vide* Hong Xinde e Li Dong, "A validade da prestação do depoimento da testemunha mediante os meios não convencionais na nova realidade", in: *Legal System and Society*, 2012, n.º 9, p. 296, nota n.º 3.

aceder à imagem oculta e à voz distorcida. Damos como exemplo a Lei de Protecção de Testemunhas em Portugal, de acordo com a qual, no decurso da teleconferência, o tribunal, se se lhe afigurar necessário, pode decidir que a prestação de declarações ou de depoimento decorra com ocultação da imagem e distorção da voz, e que apenas o juiz que presida ao acto ou o tribunal terão acesso, em exclusivo, ao som e à imagem não distorcidos.

A teleconferência com dois sentidos é aquela em que tanto o depoente como a entidade receptora apenas têm acesso ao som e à imagem distorcidos, embora possam interagir livremente. De um modo geral, o depoimento à distância com dois sentidos facilita os interrogatórios cruzados e, também, favorece o exercício do contraditório pelo arguido.

2.4. No que concerne à sua finalidade, poderá a mesma ainda dividir-se em teleconferência por celeridade processual e teleconferência para protecção de testemunha.

2.5. Tendo em conta a tecnologia utilizada no depoimento, pode dividir-se em teleconferência por fios e teleconferência sem fios. A transmissão por fios é toda aquela que estabelece a ligação através de fibra ou cabo; a transmissão sem fios é estabelecida por aplicação de mensagens instantâneas como *QQ*, *wechat*, *whatsApp* e *facebook*, ou por outras formas de telecomunicação com codificação.

3. CONFLITO ENTRE A BASE LEGAL DA TELECONFERÊNCIA E O DIREITO

3.1. Implementação pelas convenções das Nações Unidas do uso de teleconferência como meio de depoimento.

A China Continental aderiu recentemente à "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional" e à "Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção" e estendeu a aplicação das mesmas a Hong Kong e Macau.

O n.º 2 do artigo 24.º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional dispõe o seguinte:

Sem prejuízo dos direitos do arguido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão incluir, entre outras:

a) Desenvolver, para a proteção física destas pessoas, procedimentos que visem, consoante as necessidades e na medida do possível fornecer-lhes um novo domicílio e impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro;

b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados.

O n.º 2 do artigo 32.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção dispõe o seguinte:

As medidas previstas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão consistir, entre outras, sem prejuízo dos direitos do arguido e incluindo o direito de garantias processuais, em:

a) Estabelecer procedimentos para a protecção física dessas pessoas, incluída, na medida do necessário e do possível, sua remoção, e permitir, quando proceder, à proibição total ou parcial de revelar informação sobre sua identidade e paradeiro;

b) Estabelecer normas probatórias que permitam que as testemunhas e peritos prestem testemunho sem pôr em perigo a segurança dessas pessoas, por exemplo, aceitando o testemunho mediante tecnologias de comunicação como a videoconferência ou outros meios adequados.

3.2. Na aplicação da teleconferência no Direito Processual Penal de Macau existem contradições, que porém não são substanciais.

(1) Relativamente ao local de prestação dos depoimentos, o artigo 126.º do CPP prevê uma regra geral e abstracta: 1. Têm aplicação em processo penal as imunidades e prerrogativas estabelecidas na lei quanto ao dever de testemunhar e ao modo e local de prestação dos depoimentos. 2. Fica assegurada a possibilidade de realização do contraditório legalmente admissível no caso.

Do modo de prestação dos depoimentos pode resultar uma questão fundamental que passa, desde logo, por aferir da legalidade dos meios de prova.

Apesar de estarem elencados no CPP de Macau sete meios de prova diferentes, são admissíveis quaisquer factos e meios de prova que não estejam expressamente proibidos por lei, à luz do princípio da livre apreciação da prova manifestado na legalidade da prova e prevista no artigo 112.º[9].

No CPP a gravação audiovisual encontra-se prevista como meio de prova. Os artigos 89.º e 90.º do CPP regulam a forma de redigir o auto, prevendo o n.º 1 do artigo 90.º o seguinte: "a redacção do auto é efectuada pelo funcionário de justiça, ou pelo funcionário de polícia criminal durante o inquérito, sob a direcção da entidade que presidir ao acto". Quanto à forma da sua transcrição, o n.º 1 do artigo 91.º dispõe que "o funcionário referido no n.º 1 do artigo anterior pode redigir o auto utilizando

9 Iau Teng Pio, *The Proceedings of Macau Criminal Procedural Law*, Social Science Academic Press e Fundação Macau, 1.ª edição, Dezembro de 2012, p. 10.

meios estenográficos, estenotípicos ou outros diferentes da escrita comum, bem como socorrer-se de gravação magnetofónica ou audiovisual". O n.º 2 do artigo 91.º prevê, por outro lado, o regime para a transcrição e assinatura desta forma especial de redacção. A transcrição é feita e assinada por funcionário público ou outras pessoas idóneas.

(2) Não existe contradição entre o regime de publicidade da audiência no processo penal e a teleconferência. Ao mesmo tempo que o artigo 77.º do CPP prevê o regime da publicidade da audiência, o n.º 2 do mesmo artigo estabelece a possibilidade de o juiz decidir que o acto decorra com exclusão da publicidade. A teleconferência apenas significa que o depoente está distante, sendo que a voz e imagem são públicas e transmitidas em tempo real para a sala de audiência. A teleconferência com sentido único e transmissão das vozes e imagens distorcidas podem não sujeitar-se à regra da publicidade. Alguns autores entendem que o acto público em que se molda a audiência é essencialmente preenchido por actividade probatória, destinada a possibilitar a descoberta da verdade e a boa decisão da causa, e que o juiz pode, se considerar necessário, oficiosamente, ordenar a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação[10].

(3) Inexistência de contradição entre o princípio da oralidade no processo penal e a teleconferência. Segundo o princípio da oralidade, apenas constituem fundamentos da decisão as provas que tiverem sido oralmente produzidas ou examinadas em audiência. O princípio da oralidade, que está previsto no artigo 86.º do CPP, refere-se, salvo disposição legal em contrário, à prestação de quaisquer declarações que se prestem oralmente. Aqui a prestação de declarações oral não é necessariamente a prestação de depoimento presencial. Na sociedade moderna, como bem sabemos, o telefonema é um dos meios importantes através dos quais nos expressamos de forma oral. O juiz pode, inclusivamente e em muitas circunstâncias, proferir despachos orais: exemplo disso é a situação prevista no n.º 5 do artigo 86.º, em que o juiz pode proferir oralmente os despachos, mormente, sentenças. Por isso, não existe contradição entre o princípio da oralidade e a teleconferência, até porque esta é uma das formas do princípio da oralidade. Segundo o disposto no n.º 3 do artigo 85.º do CPP, no caso de qualquer das pessoas cuja assinatura for obrigatória não puder ou se recusar a prestá-la no acto de declaração, a autoridade ou o funcionário presentes declaram no auto essa impossibilidade ou recusa e o motivo que para elas tenha sido dado. Em relação aos meios de prova orais, vejam-se os artigos 324.º, 326.º a 329.º e 331.º, todos do CPP.

Encontra-se prevista no artigo 125.º do CPP (sob a epígrafe "regras da inquirição")

10 Manuel Leal-Henriques, "Manual de Formação de Direito Processual Penal de Macau" (trad. Lou Ieng Ha e Leong Fong Meng), 2.ª edição, Tomo II, p. 45.

a regra que define o depoimento como um acto pessoal que não pode, em caso algum, ser prestado por terceiro, sem significar com isto que o depoimento tenha que ser necessariamente presencial. Muitas das disposições do CPP não prevêem, nem regulam, situações em que se exija a presença, exemplo disso é o caso previsto no n.º 3 do artigo 284.º: "3. Segue-se a produção da prova sob a directa orientação do juiz (...); o juiz pode dirigir-se directamente aos presentes, formulando-lhes as perguntas que entender necessárias à realização das finalidades do debate".

No entanto, o referido acto de se dirigir não é relevante na questão sobre o uso do depoimento à distância.

(4) Inexistência do impacto substancial entre o princípio da imediação no processo penal e a teleconferência.

O penalista Figueiredo Dias define o princípio da imediação como a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes processuais, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de servir de base à sua decisão[11]. Este princípio está previsto no artigo 336.º do CPP e visa permitir que as provas sejam examinadas antes de proferir qualquer decisão. Tal como o princípio da oralidade, o princípio da imediação exige que, para o efeito de formação da convicção do tribunal, as provas sejam examinadas em sede de audiência. De igual modo, o depoimento à distância é um dos actos imediatos de inquérito. A dimensão, quer da oralidade, quer da imediação, é proporcional à evolução crescente da tecnologia. A conversa directa, a que nos referimos de um modo geral, abrange naturalmente não só a conversa presencial, mas também a conversa audiovisual à distância.

Note-se, porém, que o princípio da imediação comporta uma excepção que se encontra prevista nos artigos 253.º e 337.º, nos quais se permite, que em circunstâncias excepcionais que previsivelmente impeçam uma testemunha de ser ouvida presencialmente em caso de doença grave ou de deslocação para o exterior, se possa antecipar a inquirição, a fim de o seu depoimento poder ser lido em julgamento.

Atento o exposto, e por força do disposto no artigo 253.º do CPP, tornam-se mais flexíveis o tempo e o local da prestação de depoimento.

Ora, apesar da figura da teleconferência não estar explicitamente implementada no CPP, de tal facto também não resulta nenhum conflito evidente. No CPP encontram-se muitas disposições que exigem a presença da testemunha, todavia, não há uma indicação clara de que o local para a prestação de depoimento tenha que ser necessariamente o tribunal. De acordo com o disposto previsto no n.º 1 do artigo 274.º do CPP, são admissíveis na instrução todas as provas que não sejam expressamente proibidas por lei.

11 "Direito Processo Penal", Tomo I, p. 232. *Vide* Manuel Leal-Henriques, *ob. cit.*, p. 35, nota 45.

Se considerarmos a teleconferência como um meio de prova a verdade é que do ponto de vista do CPP, a lei não o proíbe.

(5) Relativamente à protecção da testemunha, a Lei da Criminalidade Organizada prevê que as declarações são susceptíveis de ser gravadas como prova através de meios magnetofónicos. O artigo 26.º dispõe que: "1. O registo escrito do auto respeitante a recolha de declarações ou depoimentos e ao interrogatório do arguido deve, sempre que possível, ser acompanhado de registo gravado, através de meios magnetofónicos ou audiovisuais, aplicando-se o disposto no n.º 3 do artigo 91.º do Código de Processo Penal. 2. Havendo razões para crer que o ofendido, uma testemunha, o assistente, a parte civil ou perito, possa, designadamente por temor de represálias, vir a deslocar-se para o exterior, ou por qualquer forma manifestar impossibilidade de ser ouvido em julgamento, procede-se à tomada de declarações para memória futura, nos termos dos artigos 253.º e 276.º, com os efeitos da alínea a) do n.º 2 do artigo 337.º do Código de Processo Penal". No artigo 28.º da referida lei encontram-se regras mais detalhadas sobre a protecção de funcionário e de terceiro infiltrados na criminalidade organizada. Através destas disposições legais, a teleconferência é, em determinadas condições, aplicável.

4. CAMINHO LEGISLATIVO DA TELECONFERÊNCIA

Pela análise do *supra* exposto, conclui-se que embora a teleconferência não seja, na sua essência, conflituante com o CPP vigente, existe uma necessidade de introduzi-la na legislação. Tal introdução deve ser feita de uma forma que não se limite apenas a prever esta figura como um meio célere de prestar depoimento, mas com a preocupação em incluir no seu âmbito normativo mecanismos tendentes a proteger as testemunhas, tendo em conta as responsabilidades assumidas por Macau decorrentes das convenções internacionais às quais aderiu.

Tomando como referências a experiência de vários países, damos conta de que existem duas formas de a teleconferência obter consagração legal: a primeira é a legislação autónoma; a segunda é a alteração legislativa ao CPP, ou de ambas. Trataremos, no ponto seguinte, estas duas formas, atendendo à lei vigente em Macau.

4.1. Legislação autónoma

O Autor elaborou um estudo comparativo sobre a teleconferência enquanto uma das medidas de protecção de testemunhas. Conjugando a lei de protecção de testemunhas de Portugal, Hong Kong, China Continental, Taiwan, Reino Unido e EUA,

e tendo em consideração as disposições no CPP de Macau, foi elaborada uma Lei de Protecção de Testemunhas de Macau (proposta de lei), na qual se encontra previsto um capítulo que regula especificamente a figura do depoimento à distância[12].

4.2. Alteração legislativa ao CPP

Na falta de legislação autónoma sobre a figura da teleconferência, a única hipótese é introduzir alterações ao CPP já existente, integrado num projecto sistemático envolvendo várias normas, tal como ora explicadas.

(1) Alteração introduzida aos n.os 3 e 4 do artigo 77.º do CPP:

"3. O despacho referido no número anterior deve fundar-se em lei que permita a exclusão da publicidade ou em factos ou circunstâncias concretas que façam presumir que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública, à segurança pública, ao normal decurso do acto ou à finalidade de protecção de testemunha, e deve ser revogado logo que cessarem os motivos que lhe deram causa.

4. Em caso de processo por crime de tráfico de pessoas ou por crime sexual que tenha por ofendido um menor de 16 anos, os actos processuais decorrem em regra com exclusão da publicidade. ***A exclusão da publicidade é também aplicável aos casos em que está em causa a protecção de testemunha e segredo da Região e crimes contra a segurança do Estado."***

(2) Aditamento ao CPP do **artigo 86.º-A (Inquirição por teleconferência)**

"1. Se o escopo e as finalidades forem as da protecção da testemunha ou a celeridade processual, é permitida, na falta de comparência da testemunha, a prestação de depoimento através da transmissão, em tempo real, de voz ou da imagem da testemunha faltosa até ao local onde se realize a audiência.

2. A teleconferência é permitida para os seguintes crimes:

a) Crime contra segurança do Estado;

b) Organização ou criminalidade de terrorismo;

c) Crime organizado;

d) Crime de droga;

e) Corrupção;

f) Crime sexual;

g) Outros crimes puníveis com pena de prisão máxima igual ou superior a 8 anos.

3. Relativamente aos crimes previstos no número anterior, compete ao órgão de

12 Devido à dimensão do texto da proposta de lei, a sua inclusão no presente texto não é mais adequada. O Autor pode proporcioná-lo a quem o requeira.

polícia criminal autorizar a prestação de depoimento à distância.

4. A recolha das declarações ou teleconferência deverá ocorrer no local designado, sempre que possível em instalações judiciárias, policiais ou prisionais, que permitam a colocação dos meios técnicos necessários no local designado e, sempre que possível, no tribunal, entidade policial ou estabelecimento prisional onde existam os meios técnicos necessários.

5. O depoente, ao prestar o depoimento através da teleconferência, deve ser acompanhado de funcionário público de Macau."

(3) Alteração introduzida ao n.º 1 do artigo 91.º do CPP:

"O funcionário referido no n.º 1 do artigo anterior pode redigir o auto utilizando meios estenográficos, estenotípicos ou outros diferentes da escrita comum, bem como socorrer-se de gravação magnetofónica ou audiovisual. ***A gravação magnetofónica ou audiovisual é levada a cabo através da transmissão electrónica***."

Sempre que necessário, as alterações também podem ser introduzidas no conceito de "acto pessoal" definido no artigo 125.º e no artigo 253.º, com as devidas adaptações.

4.3. Comparação entre estas duas formas legislativas

As alterações ao CPP envolvem muitas normas e remissões para outros ramos do direito. É também preciso redefinir, com precisão, os conceitos como o local, o acto pessoal e a oralidade. Atendendo à complexidade e volume das normas envolvidas, não é fácil assegurar que não existam contradições ou conflitos entre as mesmas, pelo que veremos isto mais tarde.

Comparativamente, a legislação autónoma é mais exequível e menos controversa, podendo tal legislação não apenas consagrar a figura da teleconferência, mas fazê-lo como um meio de protecção das testemunhas, respondendo às exigências estabelecidas na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

5. CONCLUSÃO

A teleconferência é um meio importante, já adoptado em vários países, para a realização do inquérito e contribui para o bom andamento do processo penal. Porém, não vislumbramos nenhum progresso em Macau, tanto ao nível legislativo como na prática judicial. A figura da teleconferência encontra-se prevista em Portugal na "Lei de Protecção de Testemunhas", aprovada em 1993. Todavia, até aos dias de hoje, ainda se aplica em Macau o regime de raiz portuguesa do Séc. XIX. A figura da teleconferência

favorece a celeridade e a economia processuais, facilita não apenas o inquérito e a recolha de provas, mas também a protecção das testemunhas. Face à tecnologia que se tem vindo a desenvolver rapidamente, já não há diferença entre o depoimento à distância e o depoimento presencial, nem tão pouco existem obstáculos técnicos quer na inquirição cruzada, quer na inquirição simples. O único obstáculo é mesmo o do atraso das alterações legislativas. Pelo que o intuito do presente texto é o de promover a legislação autónoma da figura da teleconferência, a protecção das testemunhas e a modernização do sistema processual penal de Macau.

澳門特別行政區刑事訴訟程序的暫時中止
——對犯罪的公罪性質進行平衡的機制

António Manuel Abrantes[1]

一、概述

將犯罪行為定為“公罪”、“半公罪”還是“私罪”，是一個在澳門社會備受爭議的問題，兩大陣營正反意見交鋒，引人注目。一派的觀點是支持將危害程度較大的犯罪行為定為“公罪”，從而引起社會對此類行為的高度警惕；另一派則認為，為了保護被害人，避免刑事訴訟程序的進行可能對被害人造成的不良影響，應當將某些犯罪行為定為“半公罪”，不論其嚴重程度何如。

筆者不打算從上述兩種對立的觀點中選擇其一進行站隊，相反，本文的目的是探討能否找到一種解決方案，使兩種極端相互妥協，使一個涉及“公罪”的刑事訴訟程序可能因違背被害人的意願或者利益而無法繼續進行。為解決這一問題，我們需要研究在現行澳門法律體系框架中對合法性原則的適用構成例外的為數不多的幾種情況，特別是其中的訴訟程序之暫時中止機制。

二、職權原則和犯罪的“公罪”性

依據職權原則，由檢察院這一公共實體對犯罪行為展開調查並在調查結束之前決定是否將案件提交審判。可見，現行澳門刑法體制明確了司法審判權國家專屬的基本原則，司法權既是權力也是職責，促進刑事訴訟程序的進行的權力屬於公權力機關，而非取決於個人的意願和行為。因此，刑事犯罪的“公罪”屬性是一般原則。在收到犯罪消息時，檢察院須依職權展開偵查（見《澳門刑事訴訟法典》第37條和第245條第二款），在偵查結束後，將偵查歸檔或提

1 澳門特別行政區政府法務局顧問高級技術員。

出控訴的決定權也屬於檢察院（見《澳門刑事訴訟法典》第258條及其後數條的規定）。

這是一般的原則。但是，眾所周知，該原則並不是絕對的，該原則並不適用於兩種特殊的情況，即“半公罪”和“私罪”。有些犯罪行為屬於非經告訴不得進行刑事程序的犯罪，僅在具有正當性提出告訴之人（見澳門刑法典第105條）提出告訴之後，檢察院才可展開刑事偵查（見《澳門刑事訴訟法典》第38條）。此類犯罪行為通常被稱為“半公罪”，有權提出告訴之人（通常指犯罪行為中的被害人）將其本人或與其相關的他人受到犯罪行為侵害的事實告知檢察院，並表示其願意進行刑事程序，檢察院才可開始推進刑事訴訟程序的進行。還有一些犯罪行為屬於非經自訴不得進行刑事程序的犯罪，要求具有正當性提出自訴之人提出檢舉，否則檢察院無權開展刑事偵查，除此之外，還要求具有正當性提出自訴之人成為輔助人並在偵查階段結束後提出控訴，只有這樣該案才能進入審判階段（見《澳門刑事訴訟法典》第39條和第267條）。此類犯罪行為通常被稱為“私罪”。在此類訴訟程序中，私人實體不僅參與偵查開始前的階段，還通過成為輔助人和提出自訴參與偵查完結後的階段，將訴訟程序推進審判階段。

在我們的刑法中之所以存在“半公罪”和“私罪”，主要是基於對具體犯罪的特點的考慮[2]。有些犯罪行為對刑法所保護的法益的侵害程度相對較低，沒有必要在欠缺甚至違背告訴權人意志和利益的情況下啟動或推進刑事訴訟程序[3]。還有一些犯罪，如果在欠缺或違背被害人意志的情況下開展和推進刑事訴訟程序，可能對被害人與其他訴訟參與人之間的關係造成不恰當的干預。為了防止這種局面的出現，立法者也避免將此類犯罪定為“公罪”[4]。最後，還有一些情況，立法者將某些犯罪定為“半公罪”或“私罪”的目的是保護被害人的利益，防止違背其意願而進行的刑事訴訟程序對被害人造成不利的、甚至是有害的影響。

上述各項理由中，最有意思的莫過於最後一項，即保護被害人。簡單地說，保護被害人的需要實際上產生於澳門刑事訴訟法中的另一項基本原則，該原則也是合法性原則的組成部分。根據該原則，在收到犯罪消息後，檢察院必須開始刑事訴訟程序（《澳門刑事訴訟法典》第245條第二款），如偵查期間收集到充分跡象，顯示有犯罪發生及何人為犯罪行為人，則檢察院須對該人提出控訴（《澳門刑事訴訟法典》第265條第一款）。刑事調查一旦開始，訴訟程序的推進將依法進行，檢察院無權酌情裁量，即使不符合被害人的利益，訴訟程序也將進行。

2 關於這一問題，筆者緊密追隨MANUEL LEAL-HENRIQUES和JORGE DE FIGUEIREDO DIAS的觀點，這兩位法學家關於此問題的論述，參見MANUEL LEAL-HENRIQUES, “Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau”,第二卷，澳門法律及司法培訓中心，2014年，第496頁；及JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime”, Coimbra Editora, 2005年，第666- 668頁。

3 例如，《澳門刑法典》第197條規定的盜竊罪。

4 例如，《澳門刑法典》第203條規定，如果侵犯所有權罪的犯罪主體為被害人的親屬，則非經自訴不得進行刑事程序。

由此可以看出，為什麼立法者有必要通過將某些犯罪定為半公罪來保護被害人的利益。由於某些訴訟程序對被害人的弊大於利，因此，在開始刑事程序之前，考慮被害人的意願，由被害人決定是否開始刑事訴訟程序，避免被害人在遭受了“犯罪行為的傷害”後又要再遭受“訴訟程序的傷害”[5]，防止“本意是保護法益的刑事訴訟程序反而對享有該法益之人造成傷害”[6]。因此，對被害人隱私權的保護成為立法者的重要考量因素，在違背被害人意願而開始或者進行的刑事訴訟程序中，被害人個人生活的某些隱秘的部分可能會暴露於公眾的視野中，這可能是被害人所不願意接受的局面，在這種情況下，立法者尊重被害人的意願。正是基於上述理由，現行澳門刑法典中規定的某些犯罪雖然有很大的危害性，卻被立法者定為半公罪，例如，大多數侵犯性自由及性自決的犯罪[7]和虐待配偶的犯罪[8]。

儘管如此，澳門社會的主流意見一直是呼籲將此類犯罪定為公罪。由於這些犯罪具有較大的危害性，公眾的意見是對犯罪行為人施以嚴厲的懲處以保護法益，如果只有在獲得被害人的同意時特別行政區才行使刑罰權，這樣的刑事訴訟制度很難獲得社會認可。使刑罰權的行使依賴於被害人的意願會產生嚴重的後果，可能導致實施犯罪行為的人逍遙法外：在很多案件中，出於對行為人的恐懼，被害人並未行使其告訴權；還有一些案件中，告訴權甚至根本不屬於被害人（如被害人未滿十六歲的情形），而告訴權人選擇包庇犯罪行為人，使行為人免於受到刑罰處罰。

---

5 正如葡萄牙法學大師JORGE DE FIGUEIREDO DIAS在評述這一問題時所說的，“有些犯罪行為會更加深刻地涉及被害人的隱私權，通常是性方面和家庭方面的犯罪，但是也不限於以上兩類，在這類犯罪中，原則上應當允許被害人有權決定是否有必要在其遭受的“犯罪行為的傷害”的基礎上，又使其隱私洩露，並繼而使其忍受“訴訟程序的傷害”；如果被害人不願意還繼續進行這樣的訴訟，其實是以另外一種方式使刑事政策本來欲通過懲治犯罪實現的目的落空”（見前注書，第668頁）。

6 MANUEL LEAL-HENRIQUES, “Anotação e Comentário ao Código Penal…”,見前注，第二卷，第496頁。

7 根據《澳門刑法典》第172條第一款的規定，以下罪名具有半公罪的性質：性脅迫（第158條）、對無能力抗拒之人之性侵犯（第159條）、性欺詐（第161條）、未經同意之人工生育（第162條）、暴露行為（第165條）、對兒童之性侵犯（第166條）、對受教育者及依賴者之性侵犯（第167條）、姦淫未成年人（第168條）以及與未成年人之性欲行為（第169條）。MANUEL LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS 在對這種立法選擇進行注釋時說，“保護每一個個體的私生活和隱私權是比特區行使懲罰權更為重要的原則，因此，讓被害人有權利決定是否繼續對行為人及其犯罪行為進行刑事上的追究”（見“Código Penal de Macau”, Macau, 1997年，第472頁）。對於上述本條規定的大多數罪名來說，筆者讚同上述觀點，但是，筆者認為，將暴露行為和性欺詐規定為半公罪並非同樣是出於讀被害人進行保護的需要，而是因為這兩類犯罪的嚴重程度不高。

8 事實上，筆者認為，當前支持將本罪定為半公罪的主要理由在於對虐待配偶罪的被害人的保護，如果違背被害人的意願開始或者進行刑事訴訟程序，被害人將會受到刑事程序的嚴重影響，特別是被害人與施暴者最後經調解而和好的情形。但是，這似乎並不是在澳門社會佔據主導地位的觀點。正如MANUEL LEAL-HENRIQUES以批判性的態度指出的，在澳門，支持將此罪定為半公罪的主要原因是出於對家庭穩定這一傳統價值的保護。該學者在其著作中指出，“我有意識地收集了關於該問題的各種觀點和論調，其中有人堅持認為應當維持現狀，原因是這樣做可以維護家庭的和諧，使以配偶關係形成的家庭能夠保持完整和團結，這一點對於中國社會來說是非常珍貴的，因此，如果改變現有的制度，使公權力能夠任意地介入本應由當事人自行解決、除此之外不應由任何其他人參與的此類糾紛的解決，這樣的法律將會受到人們的質疑”（見“Anotação e Comentário ao Código Penal…”,見前注，第三卷，第222頁）。最後，該學者得出結論：“這完全說不通，因此不能被刑事法律制度所接受”（見前注，第224頁）。
[協調員註解: 配偶間的虐待犯罪行為, 由已獲通過的第2/2016號法律所取代。此新的犯罪屬公罪性質。]

對於將此類犯罪定為公罪還是半公罪這兩種立法選擇，筆者並不偏愛任何一種。筆者認為，這一問題在本質上實際上是個刑事政策的問題，應當由立法者來選擇。以筆者之見，關於這一問題，並不存在一種立法選擇可被視為完全正確，而另外一種是完全錯誤的，兩種立法選擇都同樣既有優點又有弱點。本文的主要目的是探討能否找到一種解決方案，使兩種極端相互妥協，使一個涉及“公罪”的刑事訴訟程序可能因違背被害人的意願或者利益而無法繼續進行。為解決這一問題，我們需要研究在現行澳門法律體系中對合法性原則的適用構成例外的為數不多的幾種情況，特別是其中的訴訟程序之暫時中止機制。

三、合法性原則及訴訟程序之暫時中止機制

訴訟程序之暫時中止是一種程序上的變通機制，允許通過正常的刑事訴訟程序之外的方式來解決刑法上的問題。這是一種須經各方訴訟參與人協商一致的解決方案，如果各方訴訟參與人協商一致，可以對刑事訴訟程序進行變通。目前，該機制在澳門主要用途是，在各訴訟參與人同意的情況下，通過迅捷的的程序解決危害程度不高的犯罪（有關犯罪可處以最高限度不超逾三年之徒刑）。根據這一制度，即使檢察院在偵查期間收集到充分跡象，顯示有犯罪發生及何人為犯罪行為人，在符合某些前提條件時，檢察院也可不對該人提出控訴，而是向預審法官建議中止訴訟程序，在中止期間對嫌犯施加強制命令及行為規則（《澳門刑事訴訟法典》第263條第一款）。在中止期間內，如嫌犯遵守強制命令及行為規則，則檢察院將有關卷宗歸檔，且不得重開訴訟程序（《澳門刑事訴訟法典》第264條第二款）；如嫌犯不遵守強制命令及行為規則，則檢察院提出控訴，訴訟程序繼續進行，根據具體案情的不同，案件進入預審階段或審判階段（《澳門刑事訴訟法典》第264條第三款）。

可見，在澳門現行法律制度下，訴訟程序之暫時中止機制是合法性原則的例外。基於合法性原則，如果在偵查期間收集到充分跡象，顯示有犯罪發生及何人為犯罪行為人，檢察院必須對該人提出控訴。訴訟程序之暫時中止機制對該原則進行了變通，如果所涉犯罪行為的嚴重程度不高，在當事人自願的情況下，通過訴訟程序之暫時中止機制，可以用更簡化、迅速地解決爭議，如果通過比審判節省時間、損害性較小的方式即可實現刑事司法的目的，不應當使案件進入審判階段。

四、將訴訟程序之暫時中止作為將某些犯罪公罪化的平衡——葡萄牙的經驗

如上所述的是訴訟程序之暫時中止機制本來的制度邏輯，事實上，從比較法的層面，該機制的適用範圍已經擴展到其他情況。在葡萄牙，訴訟程序之暫

時中止機制如今可適用於其傳統適用範圍以外的兩種情況。在涉及某些犯罪的訴訟程序中，對被害人的保護尤為重要，將此類犯罪行為定為公罪可能帶來一些負面影響，通過訴訟程序之暫時中止可以抵消其弊。目前該機制適用於兩類犯罪：被害人為未成年人的侵犯性自由及性自決罪，以及家庭暴力犯罪。

首先我們來看被害人為未成年人的侵犯性自由及性自決罪。將侵犯性自由及性自決罪定為公罪還是私罪，該問題隨著歷史的發展而經歷了有趣的變化。根據1995年的葡萄牙刑法典，這類犯罪原則上為非經告訴不得進行刑事程序的犯罪，同時，針對被害人為12歲以下未成年人的情況，立法者進行了特別規定，以平衡該罪的半公罪性質可能引發的問題。根據這一特別規定，如果出於公共利益需要的特殊原因，檢察官也可依職權啟動刑事訴訟程序。2001年，葡萄牙立法者規定，對被害人為14歲以下未成年人的侵犯性自由及性自決罪，如果因犯罪行為人對被害人行使親權、監護權、保佐權或因其職位產生的其他權利，使得有權提起告訴的權利人為犯罪行為人時，檢察院可依職權提起控訴。後來，2007年修改刑法時，立法者將加強對未成年人的保護這一刑事政策以法律形式確定下來，規定所有針對不滿18歲的未成年人實施的侵犯性自由及性自決罪原則上均為公罪[9]。

同樣，將家庭暴力犯罪定為公罪還是私罪的問題在歷史上也幾經變化。根據1995年的葡萄牙刑法典，如果實施虐待行為的行為人與被害人之間是夫妻關係，或以類似夫妻的狀態共同生活，則非經告訴不得進行刑事程序。經過1998年的刑法修改，虐待罪開始具有混合性，原則上仍未半公罪，但是允許例外情形的存在：如果提出控訴符合被害人的利益，且被害人未針對提出控訴表示反對，在這種情況下，即使無人提出告訴，檢察院也可依職權啟動刑事程序。2000年修改刑法時，虐待罪被定為公罪，由告訴權人提出告訴不再作為檢察官提起刑事訴訟程序的前提條件。2007年，家庭暴力罪從虐待罪中分離出來，成為一個獨立的罪名，但是此類犯罪的性質並沒有因這一變化而改變，家庭暴力罪與新的虐待罪均被規定為公罪。這種狀況延續至今。

但是，將家庭暴力犯罪和針對未成年人實施的侵犯性自由及性自決罪定為公罪產生了一些弊端，從而受到法學界多個部門法的專家的詬病。為此，立法者試圖引入程序法上的措施作為權宜之計，將訴訟程序之暫時中止機制應用於此類案件中，平衡公罪化帶來的問題。立法者做出這樣的制度設計的主要目的，是使這種變通機制能夠靈活地適用於此類案件中，如果刑事程序違背被害人的利益，應當避免該程序進入審判階段。

為此，現行葡萄牙刑事訴訟法典第281條第七款規定，如果刑事訴訟程序針對的是家庭暴力犯罪，且不屬於結果加重的情形，如果符合下列要件，檢察院應當作出暫時中止程序的決定：1）被害人自主地、明確地提出了中止程序的申請；2）預審法官和嫌犯都同意中止程序；3）嫌犯無犯家庭暴力罪的前科，且嫌犯之前沒有在涉及此類犯罪的其他刑事訴訟程序中適用過訴訟程序之暫時中止機制。該條第八款則規定，如果刑事訴訟程序針對的是被害人為未成年人

9 針對青少年實施的性犯罪（葡萄牙刑法典第173條）仍為半公罪。

的侵犯性自由及性自決罪，且不屬於結果加重的情形，如果符合下列要件，檢察院應當作出暫時中止程序的決定：1）中止程序符合被害人的利益；2）預審法官和嫌犯都同意中止程序；3）嫌犯無針對未成年人實施侵犯性自由及性自決罪的前科，且嫌犯之前沒有在涉及此類犯罪的其他刑事訴訟程序中適用過訴訟程序之暫時中止機制。

在涉及這兩類犯罪的訴訟程序中使用訴訟程序之暫時中止機制的條件似乎比在涉及其他罪名的程序中的使用條件更為寬鬆，並不需要符合葡萄牙刑事訴訟法典第281條第一款規定的全部要件[10]。首先，並不要求有關犯罪必須是可處以最高限度不超逾五年之徒刑的犯罪，這意味著，可將訴訟程序之暫時中止機制應用於可被處以五年以上徒刑的被害人為未成年人的侵犯性自由及性自決罪[11]。其次，並不要求在有關犯罪中行為人的過錯程度較輕，立法者清楚地知道，既然中止程序的要求是由被害人提出來的（在家庭暴力犯罪的情況下）或者中止程序是符合被害人的利益的（在被害人為未成年人的侵犯性自由及性自決罪中），將行為人的過錯程度較輕作為中止此類犯罪的訴訟程序的前提條件是沒有意義的。對個人利益和社會利益的保護應當凌駕於對犯罪行為進行懲處的需要之上。最後，也不要求可預見嫌犯會遵守強制命令及行為規則且這些命令和行為規則足以回應有關案件中所需之預防犯罪的要求。

可見，在將此類犯罪定為公罪的同時，引入訴訟程序之暫時中止這一特別程序制度，這是葡萄牙立法者探索到的使兩極端妥協的解決方案，通過這一制度，平衡了兩個陣營各自的優勢和劣勢。一方面，緊跟國際潮流並採納葡萄牙社會的主流輿論，將這類較嚴重的犯罪規定為公罪；另一方面，允許訴訟程序之暫時中止這一特殊的制度安排的存在，如果訴訟程序的中止更符合被害人的利益，檢察官的職權受到限制。

五、在澳門的法律體系中採用上述解決方案的優缺點

在從比較法方面進行考察後，在本文的最後，筆者將探討在澳門特別行政區的法律框架家採納上述解決方案的可行性。請注意，下面的討論並不具體針對任何一個特定的罪名，原則上說，筆者的論述具有普遍性和延展性，適用於澳門

10 事實上，葡萄牙法學界對該問題遠遠未達成一致意見。有些學者的觀點與筆者一致，認為在上述情況下，程序的中止不需要滿足葡萄牙《刑事訴訟法典》第281條第一款規定的全部要件（見RUI DO CARMO, "A suspensão provisória do processo no Código de Processo Penal revisto – alterações e clarificações", Revista do CEJ, n.º 9, 2008, P. 239-330），有些學者則認為，即使是在上述特殊情況下適用訴訟程序之暫時中止機制，仍需滿足《刑事訴訟法典》第281條第一款規定的全部要件（參見PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, "Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem", Universidade Católica Portuguesa, 2007, P. 724）。

11 這是非常值得探討的一個問題，因為此類犯罪中的大部分罪名的量刑幅度高於五年，最極端的例子是被害人為14歲以下未成年人的強姦罪，量刑幅度最高可達15年（參見葡萄牙刑法典第164條第一款，以及第177條第六款規定的加重處罰的事由）。在家庭暴力罪中並不會遇到相同的問題，因為對於家庭暴力犯罪，最高只可處以5年徒刑，且不存在結果加重處罰的情形（參見第151條第一款和第二款）。

現行刑法體系中任何一個出於保護被害人利益的需要而被規定為半公罪的罪名。

關於採取這一解決方案的優勢，筆者認為，最明顯的一點莫過於，該方案代表著一種溫和的、折中的立場：既滿足了澳門社會的普遍期待，將這類犯罪規定為公罪；同時也保留了原來將這些犯罪規定為半公罪的優點，即設置一個“安全閥”，當訴訟程序的進行違背被害人的利益時，中止訴訟程序。將此類犯罪定為公罪，同時設置訴訟程序之暫時中止機制，兩相結合，產生平衡的和均衡的結果，這是對立的兩種對策（指將此類犯罪簡單地定為公罪或將此此類犯罪定為半公罪）中的任何一種所無法單獨取得的效果。

除此之外筆者還認為，從某個角度來說，這種解決方案更有利於對被害人的保護，這種保護程度是將犯罪規定為半公罪所達不到的。首先，這是由於訴訟程序的啟動不再依賴於被害人表達其具有啟動訴訟的意願（即提出告訴），有權決定開始刑事程序的不再是被害人，被害人的利益和意願僅在訴訟程序開始之後的階段才會被考慮，這時被害人已經有條件更自由地、以更符合其內心的方式表達其意願，而不像訴訟開始之前那樣容易受到壓力和感到恐懼。此外，在整個訴訟程序的進行過程中，該解決方案也能有效地保護被害人。這是由於，在非經告訴不得進行刑事程序的案件中，在第一審之判決公佈前，告訴人可將告訴撤回（澳門刑法典第108條第二款），這使得在整個訴訟過程中，特別是在審判階段開始以後的很長一段時間內，被害人極易受到壓力或脅迫，迫使其撤回告訴。相反，將這類犯罪規定為公罪，同時伴以訴訟程序之暫時中止機制，可以有效地避免上述不穩定性。一旦訴訟程序暫時中止，在第一審判決公佈之前，訴訟程序是否進行的決定權都不再掌握在被害人的手上。事實上，一旦採取了訴訟程序之暫時中止機制，只可能產生兩種結果：要麼嫌犯遵守強制命令及行為規則，檢察院將有關卷宗歸檔，且不得重開訴訟程序；要麼嫌犯不遵守強制命令及行為規則，則訴訟程序繼續進行，進入預審階段和/或審判階段，在這種情況下訴訟程序不會再被中止。這意味著，在訴訟程序之暫時中止機制取得被害人的同意後，後來的程序都不取決於被害人，從而不會有人在後續的程序中向被害人施加壓力或脅迫被害人終止程序。

最後還需要補充的一點是，將訴訟程序之暫時中止機制應用於某些特定類型的犯罪，可以根據每一起犯罪的具體情況，靈活地決定中止程序的前提條件及中止的存續時間，可以具體地考慮每一起犯罪的性質和嚴重程度，當然，也需要考慮在每一個具體的案件中保護被害人的需要。*

儘管有上述優點，但是本著謹慎的態度，我們還需注意採納這種解決方案可能帶來的問題或者困難。首先應當指出的是，以平衡犯罪的公罪性為目的啟用訴訟程序之暫時中止機制，扭曲了該機制本來的性質，這一協商性的程序機制本來是為處理中小犯罪而設計的。在葡萄牙，訴訟程序之暫時中止機制的適用顯然已經偏離設計該制度時的本意，如今該機制適用於任何針對未成年人實施的侵犯性自由及性自決的犯罪，而這些犯罪的量刑幅度最高可達15年徒

* 協調員註解：第2/2016號法律《預防及打擊家庭暴力法》第28條，規定了有關家庭暴力犯罪的訴訟程序的暫時中止。

刑，且在適用於此類犯罪時不必遵循該機制本來設置的適用前提中的大部分[12]。如果未來澳門將本機制適用於量刑幅度在五年以上的犯罪，或者規定無須滿足現行刑事訴訟法典中規定的大部分要件即可適用訴訟程序之暫時中止機制，那麼筆者認為，該機制的制度邏輯不再是中小犯罪中訴訟參與人協商解決，在新的情況下適用訴訟程序之暫時中止機制的邏輯是，在實質上很嚴重的犯罪中對被害人進行保護。換句話說，在澳門進行涉及公罪的訴訟程序時，如果出於對被害人利益考慮，認為訴訟不宜繼續進行時，可暫時中止訴訟程序。當然，如果欲將該機制的適用範圍擴大，首先必須取得立法者的明確承認。

引入該機制的第二個問題是，很難確定這種解決方案會否被澳門社會所接受。事實上，雖然現行《澳門刑事訴訟法典》中已有關於暫時中止訴訟程序的規定，但是並不經常為司法工作人員所採用[13]。如果反對者的立場是基於現行法律（暫時中止訴訟程序只適用於輕微犯罪，即有關犯罪可處以最高限度不超逾三年之徒刑），那麼可以預見的是，如果將中止程序的規定的適用範圍擴大到包括嚴重犯罪，通過該做法時受到的阻力會更大。另一方面，筆者也不確定澳門社會會毫無保留地接受這一做法，因為通過暫時中止訴訟程序，嫌犯並沒有被有效地定罪，要求嫌犯遵守的強制命令或行為規則並不構成真正的刑罰。

總之，將訴訟程序之暫時中止作為將某些犯罪定為公罪的平衡，這種做法既有優勢也有劣勢，就如同迄今為止我們找到的任何其他解決方案一樣。該方案最大的優點在於其妥協性，使利益衝突的兩個對立面平衡。但是，能否採納該方案還在很大程度上依賴於將其確定下來的方式，並取決於澳門司法工作人員和澳門社會的接受。

12 關於對將訴訟程序之暫時中止機制適用於家庭暴力犯罪的批評，見ANA PAULA GUIMARÃES, “Da impunidade à impunidade? O crime de maus tratos entre cônjuges e a suspensão provisória do processo”, 載於Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003年，第866-868頁。

13 根據MANUEL LEAL-HENRIQUES的觀點，“(…)統計結果顯示(…)，從使用頻率的角度說，該機制的被接受程度並未取得立法者本來希望其達到的程度。事實上，設置該機制的本來用意是提高結案率，但是，由於該機制在表面上明顯有損於形式正義的最正確和最公正的實現方式，因此往往使人們容易忽視這一法律賦予我們的通過協商解決刑事案件的機會”（見“Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau”, 第二卷，澳門法律及司法培訓中心，2013年，第384頁）。

A SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO COMO CONTRAPESO À NATUREZA PÚBLICA DE CRIMES NA RAEM

António Manuel Abrantes[1]

1. INTRODUÇÃO

A natureza dos crimes constitui um tema bastante debatido pela comunidade da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), propiciando interessantes trocas de argumentos entre dois campos opostos. De um lado, colocam-se aqueles que tendem, de uma forma geral, a sustentar a natureza pública dos crimes que possuem uma gravidade considerável e que são, por isso, susceptíveis de despertar um grande alarme social. De outro lado, surge a posição de quem considera que a natureza semi-pública de certos crimes se pode justificar independentemente da sua gravidade, sempre que essa natureza seja necessária para proteger a sua vítima contra os efeitos adversos que o decurso de um processo penal pode, por vezes, implicar.

O presente texto não irá posicionar-se na fileira de qualquer das posições em confronto, consistindo antes numa reflexão sobre a admissibilidade de uma eventual solução de compromisso entre os dois extremos, que possibilite que um processo penal relativo a um crime público possa não prosseguir quando a vontade ou o interesse da vítima assim o imponham. A resposta a esta questão irá transportar-nos para o campo das escassas limitações que existem no ordenamento jurídico da RAEM à aplicação do princípio da legalidade e, em particular, para a mais relevante de todas elas: o mecanismo da suspensão provisória do processo.

1 Técnico superior assessor na Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça do Governo da RAEM.

2. O PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE E A NATUREZA PÚBLICA DOS CRIMES

De acordo com o princípio da oficialidade, a iniciativa de investigar a prática de um crime e a decisão de o submeter a julgamento no final de tais investigações pertence, em regra, a uma entidade pública – o Ministério Público (MP). Percebe-se que assim seja: afirmado o monopólio da função jurisdicional por parte da RAEM e o consequente dever de administração da justiça penal, tem lógica que caiba, em princípio, a uma entidade pública a promoção do processo penal, independentemente da vontade e actuação dos particulares. A regra é, portanto, a da natureza pública dos crimes, cabendo ao MP a iniciativa oficiosa da sua investigação após receber a notícia da sua prática (artigos 37.º e 245.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, doravante CPP) e competindo-lhe ainda a decisão, no final de tal investigação, de dedução de acusação ou de arquivamento do inquérito (artigos 258.º e seguintes do CPP).

Porém, como é sabido, esta regra não possui um carácter absoluto no ordenamento jurídico da RAEM, comportando duas limitações. Por um lado, existem crimes em que o MP apenas pode dar abertura ao inquérito após ter havido queixa de uma entidade particular (artigo 38.º do CPP) com legitimidade para tal (artigo 105.º do Código Penal, doravante CP). Nestes crimes, usualmente apelidados de semi-públicos, a queixa surge como um pressuposto necessário, uma condição de admissibilidade para que o procedimento penal possa ter início, consistindo no meio pelo qual o titular desse direito (em regra, o ofendido pela prática do crime) exprime a vontade de que seja iniciado um procedimento penal por um crime cometido contra ele ou contra pessoa com ele relacionada. Por outro lado, existem ainda crimes em que é necessário, para além da existência de uma queixa particular para que o inquérito penal se inicie, que o queixoso se constitua assistente e deduza acusação particular no final do inquérito, para que o processo prossiga para a fase de julgamento (artigos 39.º e 267.º do CPP). Neste tipo de crimes, geralmente denominados de crimes particulares, não basta, portanto, uma intervenção de uma entidade particular num momento anterior à abertura do inquérito, sendo igualmente imposta a sua intervenção num momento posterior para que o processo possa avançar para julgamento, através da constituição como assistente e da dedução de acusação particular.

A justificação para a existência de crimes semi-públicos e de crimes particulares varia consoante o crime em questão[2]. Por vezes, essa natureza justifica-se pelo facto de o crime possuir um desvalor e significado criminal relativamente reduzidos, o que aconselha

2 Seguimos aqui de perto MANUEL LEAL-HENRIQUES, "*Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau",* Vol. II, CFJJ, 2014, P. 496, e, na doutrina portuguesa, JORGE de FIGUEIREDO DIAS, *"Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*", Coimbra Editora, 2005, P. 666- 668.

a que o procedimento penal só deva iniciar-se ou prosseguir quando isso corresponda efectivamente ao interesse e à vontade do titular do direito de queixa[3]. Noutras situações, o legislador visa simplesmente evitar que a instauração ou prossecução de um processo penal provoque uma inconveniente intromissão na esfera das relações pessoais entre o ofendido e os outros participantes processuais, pelo que não permite que este possa iniciar-se ou prosseguir quando não haja vontade do ofendido nesse sentido[4]. Por fim, há ainda casos em que a atribuição desta natureza tem como propósito proteger especificamente os interesses da vítima do crime, evitando que esta seja forçada a sofrer, contra a sua vontade, certos efeitos prejudiciais e nefastos que, por vezes, o decurso de um processo penal pode implicar.

Esta última ordem de razões (protecção da vítima do crime) é de todas a mais curiosa. Em termos sucintos, diríamos que este fundamento se deve essencialmente à aplicação de um outro princípio estruturante do processo penal da RAEM, o qual consiste no princípio da legalidade. Segundo este princípio, o MP deve necessariamente dar início ao processo penal após adquirir a notícia da prática de um crime público (artigo 245.º, n.º 2, do CPP) e, findo o inquérito, deverá deduzir acusação penal sempre que tenham sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente (artigo 265.º, n.º 1, do CPP). Esta promoção processual não se encontra na dependência de qualquer juízo de conveniência ou oportunidade, devendo necessariamente ter lugar mesmo que o interesse da vítima desaconselhe, desde o primeiro momento, que o inquérito criminal se inicie.

Por aqui se percebe de que forma a atribuição de natureza semi-pública a certos crimes permite salvaguardar esses interesses. Encontrando-se o início do processo na dependência de uma manifestação de vontade da vítima, esta encontra-se na disponibilidade de decidir se pretende, ou não, dar início a um processo penal que poderá ser mais prejudicial do que benéfico para os seus interesses, evitando-se que ao 'mal do crime' se venha ainda a acrescentar o 'mal do processo'[5] e que *"a perseguição penal, que visa*

3 Cfr., a título de exemplo, o crime de furto, previsto no art. 197.º do CP.

4 Cfr., a título de exemplo, a alínea a) do artigo 203.º do CP, que atribui natureza particular a certos crimes patrimoniais que ocorram no seio familiar.

5 Como nota na doutrina portuguesa JORGE DE FIGUEIREDO DIAS a propósito deste tipo de crimes, "*quem seja vítima de um crime que penetra profundamente em valores da intimidade – nomeadamente, mas não só, da esfera sexual ou familiar (…) – deve poder, em princípio, decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o mal do desvelamento da sua intimidade e da consequente estigmatização processual; sob pena, de outra forma, de poderem frustrar-se as intenções político-criminais que, nesses casos, se pretenderam alcançar com a criminalização*" (*cit*. P. 668).

proteger bens jurídicos, se transforme em prejuízo para os titulares desses bens"[6]. Desde modo, a protecção da privacidade da vítima assume um relevo primordial nestes casos, sendo considerado legítimo que esta possa não desejar que certos aspectos íntimos da sua vida pessoal sejam revelados a público no decurso de um processo penal iniciado ou prosseguido contra a sua própria vontade. É esta ordem de razões que justifica actualmente a natureza semi-pública de certos crimes previstos no CP que possuem uma gravidade considerável, como a generalidade dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual[7] ou o crime de maus tratos entre cônjuges[8].

Não obstante estes factores, a maioria da opinião pública na RAEM tem vindo consistentemente a pronunciar-se no sentido de ser atribuída natureza pública a este tipo

6 MANUEL LEAL-HENRIQUES, "*Anotação e Comentário ao Código Penal…", cit*., Vol. II, P. 496.

7 Nos termos do artigo 172.º, n.º 1, do CP, possuem actualmente uma natureza semi-pública os seguintes crimes: coacção sexual (art. 158.º), abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 159.º), fraude sexual (art. 161.º), procriação artificial não consentida (art. 162.º), actos exibicionistas (165.º), abuso sexual de crianças (artigo 166.º), abuso sexual de educandos e dependentes (art. 167.º), estupro (art. 168.º) e acto sexual com menores (art. 169.º). Como explicam MANUEL LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS relativamente a esta opção legislativa, "*a necessidade de resguardo da vida privada e íntima de cada um volve-se, assim, em princípio mais importante do que o que preside ao poder punitivo do Território, colocando-se na disponibilidade do ofendido a decisão de proceder ou não criminalmente contra o agente do delito" (*"*Código Penal de Macau",* Macau*,* 1997*,* P. 472*).* Concordamos com esta argumentação relativamente à generalidade dos crimes mencionados neste artigo; porém, somos já da opinião que a natureza semi-pública do crime de actos exibicionistas e do crime de fraude sexual não deriva da protecção das suas vítimas, antes se devendo exclusivamente à reduzida gravidade destes tipos legais de crimes.

8 De facto, consideramos que o fundamento que actualmente sustenta esta natureza semi-pública consiste na protecção do cônjuge que é vítima de maus tratos, o qual poderá ser severamente afectado por um processo penal iniciado ou prosseguido contra a sua vontade, particularmente nos casos em que acabe por se reconciliar com o agressor. Esta não parece ser, porém, a posição dominante na RAEM, pois, como criticamente realça MANUEL LEAL-HENRIQUES, a argumentação predominante por parte dos defensores da natureza semi-pública deste crime procura geralmente suporte no valor da preservação da estabilidade familiar. Como nota o Autor: "*tenho recolhido a propósito elementos de informação das mais variadas proveniências e matizes, havendo quem teime em manter o* status quo *existente, com o argumento de que assim se preserva a harmonia familiar, conservando íntegro e coeso o lar conjugal – bem muito caro para a sociedade chinesa – o que de outra forma poderia ser posto em causa se autoridade pública pudesse livremente intervir na resolução de problemas que deve caber aos próprios e a mais ninguém"* ("*Anotação e Comentário ao Código Penal…", cit.*, Vol. III, P. 222). O Autor acaba por concluir que esta argumentação "(…) *não faz o menor sentido e por isso não colhe em termos penais" (cit*., P. 224).
Nota dos Coordenadores: O crime de maus tratos entre cônjuges foi, recentemente, substituído pelo crime de violência doméstica, com a aprovação da Lei n.º 2/2016. Este novo crime possui natureza pública.

de crimes. De facto, a sua gravidade tem tornado de difícil compreensão que o poder punitivo da RAEM deva ficar na dependência de uma declaração de vontade da vítima para poder intervir, quando as expectativas comunitárias de protecção de bens jurídicos reclamam a punição severa do seu agente. Esta dependência é inclusivamente susceptível de gerar gravosas situações de impunidade, podendo verificar-se casos em que a vítima não exerce o seu direito de queixa por medo face ao agente, ou casos em que a titularidade desse direito não pertence sequer à vítima (*v.g.* quando a vítima seja menor de 16 anos) mas a outra pessoa que opta por encobrir o seu agente, o qual fica a coberto da acção penal.

Não constitui objecto do presente texto manifestarmos preferência por uma ou outra posição. Na verdade, esta parece-nos essencialmente uma questão de política criminal a ser decidida pelo legislador, não existindo, no nosso entender, uma solução que se possa reputar como certa e outra como errada na abordagem a este problema, afigurando-se ambas as opções igualmente legítimas e defensáveis, cada uma com as suas vantagens e fragilidades e susceptível de ser sustentada com bons argumentos. O foco da nossa reflexão incidirá sobre uma questão adjacente a esta, que será a de saber se será possível alcançar uma solução de compromisso entre os dois extremos, permitindo que um processo penal relativo a um crime público possa não prosseguir quando a vontade ou interesse da vítima assim o imponham. A resposta a esta questão transporta-nos necessariamente para o campo das escassas limitações que existem no ordenamento jurídico da RAEM à aplicação do princípio da legalidade e, em particular, para a mais relevante de todas elas: o mecanismo da suspensão provisória do processo.

3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO

A suspensão provisória do processo consiste num mecanismo de diversão processual que permite a resolução do conflito criminal fora do sistema formal de aplicação da justiça penal. Inscrevendo-se no âmbito das denominadas soluções de consenso, as quais privilegiam o acordo dos vários sujeitos processuais como forma alternativa de resolução do processo penal, este mecanismo encontra-se actualmente pensado na RAEM para o tratamento célere e consensual de processos por pequena criminalidade (correspondente a crimes puníveis com moldura penal não superior a 3 anos de prisão). De acordo com este expediente processual, o MP, após ter recolhido indícios da prática do crime e de quem foi o seu agente, poderá decidir, verificados certos pressupostos, não encerrar o inquérito com a dedução de acusação penal, propondo, em vez disso, ao juiz de instrução que suspenda provisoriamente a tramitação do processo penal e sujeite o arguido a determinadas regras de comportamento ou injunções durante o período da suspensão (artigo 263.º, n.º 1, do

CPP). Se, durante esse período, as regras ou injunções forem cumpridas, o processo penal é arquivado e não pode ser reaberto (artigo 264.º, n.º 2, do CPP); se não forem cumpridas, o MP deduz acusação e o processo penal prossegue para a fase de instrução ou fase de julgamento, consoante os casos (artigo 264.º, n.º 3, do CPP).

Assim, o mecanismo da suspensão provisória do processo consiste actualmente numa limitação à regra, imposta pelo princípio da legalidade, segundo a qual o MP deverá obrigatoriamente deduzir acusação penal no final de um inquérito em que tenha recolhido indícios da prática de um crime público ou semi-público e de quem foi o seu agente. Enquanto instrumento de diversão processual, este instituto permite uma resolução simplificada, célere e consensual do conflito penal, evitando que os processos relativos a crimes pouco graves prossigam para a fase de julgamento quando as finalidades que se esperam da aplicação do direito penal possam ser satisfatoriamente obtidas por meios menos morosos e menos lesivos de realização da justiça penal.

4. A UTILIZAÇÃO DA SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO COMO CONTRAPESO À NATUREZA PÚBLICA DE CERTOS CRIMES – O CASO PORTUGUÊS

Sendo esta a lógica originariamente associada ao mecanismo da suspensão provisória do processo, a verdade é que, a nível de direito comparado, se tem verificado uma extensão da sua aplicabilidade também a outras situações. De facto, o ordenamento jurídico português possui actualmente dois exemplos bastante ilustrativos da utilização deste mecanismo fora do seu âmbito de aplicação tradicional, como forma de contrabalançar os inconvenientes provocados pela natureza pública de certos crimes em que a protecção das vítimas assume particular relevância: são eles os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor e o crime de violência doméstica.

Comecemos por uma referência aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, cuja natureza foi conhecendo uma interessante evolução ao longo dos tempos. À luz da formulação do CP português em 1995, estes crimes possuíam a natureza de crimes semi-públicos, tendo, porém, o legislador procurado amenizar os inconvenientes decorrentes dessa natureza com a previsão de um regime especial para os casos em que a vítima se tratasse de menor de 12 anos, segundo o qual era conferida ao MP a possibilidade de dar início ao procedimento criminal quando especiais razões de interesse público assim o impusessem. Em 2001, o legislador português atribuiu natureza pública aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual que tivessem sido praticados contra menor de 14 anos, mas apenas nos casos em que o agente do crime fosse a pessoa com legitimidade para requerer a abertura de procedimento criminal devido ao facto de exercer sobre a

vítima poder paternal, tutela, curatela ou por a ter a seu cargo. Por fim, a revisão penal de 2007 veio confirmar a atitude político-criminal de reforço da tutela da menoridade, ao estabelecer, como regra, a natureza pública de quase todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor de 18 anos[9].

De igual forma, também a natureza do crime de violência doméstica foi vivenciando uma história turbulenta neste ordenamento jurídico. Nos termos da formulação do CP português em 1995, o crime de maus tratos possuía uma natureza semi-pública nos casos em que tivesse sido praticado sobre o cônjuge ou sobre pessoa que convivesse com o agressor em condições análogas às dos cônjuges. Com a revisão penal de 1998, este crime passou a possuir uma natureza mista, tendo o legislador mantido a sua essência semi-pública mas permitindo excepcionalmente que o MP pudesse iniciar o procedimento criminal perante a inexistência de queixa nos casos em que o interesse da vítima assim o impusesse e não existisse oposição do ofendido antes de ser deduzida a acusação. A revisão penal de 2000 eliminou a necessidade de queixa para o MP poder dar início ao procedimento penal, passando este crime a ter definitivamente uma natureza pública. Esta solução não se alterou em 2007 com a autonomização do crime de violência doméstica face ao crime de maus tratos, mantendo-se ambos os crimes como crimes públicos até aos dias de hoje.

Porém, tendo em conta as críticas que foram sendo sucessivamente apontadas por vários sectores da doutrina portuguesa quanto à configuração do crime de violência doméstica e dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor como crimes públicos, o legislador procurou moderar estes inconvenientes com recurso a expedientes processuais penais, tendo introduzido regimes especiais de aplicação do mecanismo de suspensão provisória do processo para este tipo de crimes. O objectivo fundamental foi o de permitir que este mecanismo de diversão processual pudesse ser aplicado com maior flexibilidade nestes casos, de forma a evitar o prosseguimento do processo para a fase de julgamento quando o interesse da vítima assim o impusesse.

Assim, o n.º 7 do artigo 281.º do CPP português estabelece actualmente que, quando esteja em causa um crime de violência doméstica não agravado pelo resultado, o MP deve determinar a suspensão provisória do processo quando se cumpram os seguintes pressupostos: 1) exista um requerimento livre e esclarecido da vítima nesse sentido; 2) o juiz de instrução e o arguido concordem com a aplicação deste mecanismo; e 3) o arguido não possua condenação anterior por crime de violência doméstica, nem tenha beneficiado da aplicação anterior de suspensão provisória do processo por um crime dessa natureza.

9 A excepção consiste no crime de actos sexuais contra adolescentes (artigo 173.º do CP), o qual mantém a natureza semi-pública.

Por seu turno, o n.º 8 do mesmo artigo prescreve que, estando em causa um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravado pelo resultado, o MP deve determinar a suspensão provisória do processo quando se cumpram os seguintes pressupostos: 1) o interesse da vítima assim o determine; 2) o juiz de instrução e o arguido concordem com a aplicação deste mecanismo; 3) o arguido não possua condenação anterior por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, nem tenha beneficiado da aplicação anterior de suspensão provisória do processo por um crime dessa natureza.

Os pressupostos para a aplicação desta medida relativamente a estes crimes parecem ser, portanto, mais facilitados do que para os outros crimes, uma vez que não se encontram expressamente mencionados alguns dos requisitos gerais consagrados no artigo 281.º, n.º 1, do CPP português[10]. Desde logo, é dispensado o pressuposto de que o limite máximo da moldura penal do crime em causa seja igual ou inferior a 5 anos de prisão, pelo que se afigura possível a aplicação deste mecanismo aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor que possuam uma moldura penal superior[11]. Em segundo lugar, não se exige, como pressuposto, que o grau de culpa do agente seja diminuto, tendo o legislador aparentemente entendido que essa exigência perde peso quando a iniciativa de requerer este mecanismo provém da vítima (no caso de crime de violência doméstica) ou quando o interesse da vítima aconselhe ao não prosseguimento do processo (no caso de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor), sobrepondo-se o relevo individual e comunitário da sua protecção ao juízo de censura pela prática do facto. Por último, não é também exigido que a aplicação deste mecanismo dependa de um juízo de prognose de que o cumprimento das injunções e regras de conduta responde suficientemente às exigências de prevenção geral e especial que no caso se façam sentir.

10 Porém, a questão está longe de ser consensual na doutrina portuguesa. De facto, enquanto alguns autores consideram, como nós, que o legislador pretendeu efectivamente dispensar os requisitos gerais previstos no artigo 281.º, n.º 1, do CPP (cfr. RUI DO CARMO, *"A suspensão provisória do processo no Código de Processo Penal revisto – alterações e clarificações*", Revista do CEJ, n.º 9, 2008, P. 239-330); outros autores consideram que os requisitos gerais previstos nesse artigo não poderão deixar de ser igualmente exigidos (cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, "*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem",* Universidade Católica Portuguesa, 2007, P. 724).

11 O que possui grande relevância, uma vez que muitos destes crimes são efectivamente puníveis com molduras penais superiores a 5 anos de prisão: o exemplo mais extremo consiste no crime de violação de menor de 14 anos, o qual é actualmente punível com uma moldura penal com um limite máximo de 15 anos de prisão (cfr. artigo 164.º, n.º 1, do CP português, conjugado com a causa de agravação prevista no artigo 177.º, n.º 6). A mesma questão não se coloca relativamente ao crime de violência doméstica, uma vez que, não sendo agravado pelo resultado, este crime é somente punível com um limite máximo de 5 anos de prisão (cfr. artigo 151.º, n.os 1 e 2).

Deste modo, a criação deste regime processual especial de forma simultânea com a atribuição de natureza pública a estes crimes parece ter-se traduzido numa solução de compromisso por parte do legislador português, o qual procurou contrabalançar as vantagens e os inconvenientes entre dois campos opostos. Por um lado, acompanhou a tendência internacional e a opinião pública predominante na sociedade portuguesa e atribuiu natureza pública a estes graves tipos de crimes. Mas, por outro lado, não deixou de prever uma salvaguarda para os casos em que o interesse da vítima recomende a paralisação do processo penal, ao criar um regime especial de suspensão provisória do processo.

5. BREVE REFLEXÃO SOBRE AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ADOPÇÃO DESTA SOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DA RAEM

Após este sucinto excurso de direito comparado, iremos finalizar estas linhas com uma breve reflexão sobre a viabilidade da adopção de uma solução idêntica no ordenamento jurídico da RAEM. De notar que a reflexão que se segue não se encontra direccionada por referência a quaisquer crimes concretos, sendo antes realizada em termos genéricos e extensível, em princípio, a qualquer crime previsto no ordenamento jurídico da RAEM cuja natureza semi-pública se deva a factores relacionados com a protecção das suas vítimas.

No que respeita às possíveis vantagens desta solução, parece-nos que a mais evidente a realçar consiste no facto de se apresentar como uma moderada posição de compromisso, a qual poderia permitir a satisfação das expectativas predominantes da sociedade da RAEM, que apontam para a atribuição da natureza pública a este tipo de crimes, ao mesmo tempo que salvaguardaria os factores que aconselham à sua natureza semi-pública, criando uma válvula de escape do sistema quando o interesse da vítima justifique a paralisação do processo penal. A aplicação conjunta da suspensão provisória do processo combinada com a natureza pública de um crime possibilita, portanto, resultados equilibrados e balançados que nenhuma das duas soluções antagónicas em estado puro (natureza pública ou semi-pública deste tipo de crimes) permite obter.

Aliás, consideramos inclusivamente que, de uma certa perspectiva, esta solução é susceptível de conferir uma maior protecção à vítima do que a alcançada com a atribuição de natureza semi-pública ao crime. Desde logo, porque o início do processo não fica dependente de uma manifestação de vontade (queixa) da vítima, a qual fica exonerada do delicado peso dessa decisão, sendo o seu interesse e vontade apenas atendidos numa fase posterior em que se encontra em melhores condições para os expressar de forma livre e consciente, sem idêntico grau de pressão ou temor. Para além disso, entendemos que esta solução salvaguarda também a sua posição de forma mais completa durante a prossecução do processo. Isto

porque a vítima queixosa de um crime semi-público poderá apresentar a desistência da queixa até à publicação da sentença da primeira instância (artigo 108.º, n.º 2, do CP), o que a torna permeável durante um largo período de tempo a uma eventual pressão ou coacção do arguido para que retire a queixa, particularmente à medida que o julgamento se vai desenrolando. Por seu turno, a aplicação da suspensão provisória do processo, combinada com a atribuição de natureza pública a um crime, não permite esta instabilidade, na medida em que, uma vez aplicado este mecanismo, a decisão sobre o objecto do processo deixa de estar nas mãos da vítima até ao tardio momento da publicação da sentença da primeira instância. Com efeito, só duas possibilidades se colocam após a aplicação deste mecanismo: ou o arguido cumpre as injunções e regras de conduta que lhe foram aplicadas e o MP arquiva obrigatoriamente o processo, não podendo ser reaberto; ou o arguido não as cumpre e o processo prossegue necessariamente para a fase de instrução e/ou julgamento, não existindo possibilidade de nova aplicação desta medida. Isto significa que a concordância da vítima apenas é exigida uma vez, no momento de aplicação do instituto, não ficando esta posteriormente sujeita a eventuais tentativas de pressão ou coacção ao longo do processo para lhe colocar um termo.

Por último, é ainda de acrescentar que a criação de regimes especiais de suspensão provisória do processo direccionados especificamente a determinados crimes permite a adaptação, de forma flexível, dos pressupostos exigidos e da duração da medida para cada situação, podendo ser particularmente considerada a natureza e a gravidade de cada crime e, claro está, a necessidade de protecção da vítima em cada caso concreto. *

Não obstante estas vantagens, parece-nos prudente alertar igualmente para alguns inconvenientes ou dificuldades que a adopção desta solução poderá acarretar. Desde logo, importa notar que a utilização do instituto da suspensão provisória do processo com esta finalidade irá desvirtuar a sua natureza originária, enquanto mecanismo de diversão processual de cariz consensual, destinado ao tratamento da pequena e média criminalidade. Este desvio foi bem notório no ordenamento jurídico português, no qual se admite actualmente a aplicação deste mecanismo a qualquer crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, cujas molduras penais podem ir até 15 anos de prisão, e com dispensa da maior parte dos pressupostos que caracterizam a própria essência desta medida[12]. Caso se venha a equacionar de futuro a utilização desta solução na RAEM para crimes com moldura penal

12 Em sentido bastante crítico relativamente à utilização desta solução para o crime de violência doméstica cfr. ANA PAULA GUIMARÃES, "*Da impunidade à impunidade? O crime de maus tratos entre cônjuges e a suspensão provisória do processo*", in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, P. 866-868.

* **Nota dos Coordenadores**: o artigo 28.º da Lei n.º 2/2016, a Lei de prevenção e combate à violência doméstica, consagrou a suspensão provisória do processo para o crime de violência doméstica.

superior a 5 anos de prisão, ou caso essa utilização seja feita com dispensa da generalidade dos pressupostos actualmente previstos no CPP, consideramos que será recomendável que se assuma que este regime especial de suspensão do processo não se inscreverá ainda numa lógica de solução de consenso, num horizonte da pequena e média criminalidade, mas sim numa lógica de protecção da vítima, no horizonte de uma criminalidade já substancialmente grave. Dito de outra forma, somos da opinião que poderá ser efectivamente equacionada a criação na RAEM de um mecanismo de suspensão da tramitação processual de um crime público quando o interesse da vítima assim o imponha, mas essa diferente finalidade deverá preferencialmente ser assumida de forma expressa pelo legislador.

Uma segunda reserva prende-se com o facto de se afigurar incerto que uma solução desta natureza venha a ser bem recebida no ordenamento jurídico da RAEM. Com efeito, o mecanismo de suspensão provisória do processo actualmente previsto no CPP não tem vindo ainda a registar uma aplicação frequente por parte dos operadores judiciários[13]. Ora, se esta relutância se tem verificado à luz do regime actual (o qual, recorde-se, se encontra exclusivamente pensado para a pequena criminalidade, correspondente a crimes com moldura penal não superior a 3 anos de prisão) antevemos que as reservas poderão ser muito maiores se o problema se colocar relativamente a crimes que integram a categoria da criminalidade grave. Por outro lado, não nos parece igualmente seguro que a comunidade aceite, sem reservas, uma solução desta natureza, uma vez que a suspensão provisória do processo não equivale a uma condenação efectiva do arguido e as regras ou injunções de conduta aplicáveis não consistem em verdadeiras penas.

Em jeito de conclusão, diríamos que esta solução possui simultaneamente vantagens e inconvenientes, como qualquer das restantes soluções que têm vindo a ser consideradas até ao momento. A sua grande vantagem reside no seu carácter de compromisso e no equilíbrio que potencia entre os dois contrapostos interesses em confronto. No entanto, a sua admissibilidade dependerá muito dos moldes em que venha a ser consagrada e da aceitação que efectivamente obtenha por parte dos operadores judiciários e da própria comunidade da RAEM.

13 De acordo com MANUEL LEAL-HENRIQUES, *"(…) estatisticamente está demonstrado (…) não ter o mesmo merecido, na dimensão desejada, a receptividade que era suposto dele esperar. Na verdade, a sofreguidão com que se procuram baixar os níveis de pendência processual, mostrando serviço em prejuízo manifesto da actuação mais ajustada e correcta para a realização da justiça penal, faz com que se despreze, vezes demais, oportunidades de resolver consensualmente um evento criminal, que a lei tão generosamente facilitou"* ("*Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau*", Vol. I, CFJJ, 2013, P. 383).

澳門“訴訟程序暫時中止”制度之重構

李哲[1]

澳門《刑法典》第40條明確規定，“科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使行為人重新納入社會”。在刑事訴訟中，《刑事訴訟法典》第263條之“訴訟程序暫時中止”通過對某些特定案件的嫌犯設定考驗期，要求其遵守強制命令及行為規則，並在考驗期結束後終止訴訟程序的制度設計，實現嫌犯重返社會，修復被犯罪破壞的社會關係等價值目標。然而，在司法實踐中，訴訟程序暫時中止制度“難以協調且罕有適用”。[2]在澳門特別行政區檢察院2000-2013年度的統計資料中，“訴訟程序暫時中止”的案例只有三例[3]。在世界各國積極推動恢復性司法和通過多元化途徑幫助行為人重返社會的大趨勢下，澳門的這種立法司法現狀不得不引人深思。本文擬在分析澳門“訴訟程序暫時中止”罕有適用的原因基礎上，結合澳門實際，提出重構澳門“訴訟程序暫時中止”制度之建議。

一、“訴訟程序暫時中止”制度的比較法考察

“訴訟程序的暫時中止”制度，是指檢察官對於某些符合起訴條件的案件，基於嫌犯的自身狀況、犯罪行為的嚴重程度、公共利益等因素的考慮，通過設定一定的考驗期，並對嫌犯施加強制命令及行為規則，對嫌犯暫時不提起控訴。待考驗期滿後再根據具體情況，對其作出起訴或不起訴決定的一種制度。

澳門的“訴訟程序暫時中止”制度，本質上是附條件不起訴制度，源自葡萄牙《刑事訴訟法典》第281及282條之“訴訟程序暫時中止”制度。各國對類

1 澳門大學法學院助理教授，法學博士，澳門刑事法研究會副理事長。

2 陳達夫：《檢察制度之若干比較》，載《檢察通訊》第六期，澳門特別行政區檢察院出版。

3 該三件案件分別發生於2010年，http://www.mp.gov.mo/statistics/stat2010/stat2010j.pdf；2011年http://www.mp.gov.mo/statistics/stat2011/stat2011j.pdf 和2013年http://www.mp.gov.mo/statistics/stat2013/stat2013j.pdf。最後訪問於2015年7月26日。

似制度有不同的名稱，例如：德國《刑事訴訟法》第153-a條規定的對輕罪暫時不提起公訴的“緩起訴”制度；日本《刑事訴訟法典》第248條規定的 “緩期起訴”或“起訴猶豫”制度；美國於1982年通過《審前服務法案》正式確立的審前分流程序；中國內地《刑事訴訟法》第271-273條確立的附條件不起訴制度等。

在葡萄牙，從司法判決中可見訴訟程序暫時中止制度獲得一定的應用，並作為葡萄牙司法系統有效和快捷的重要解決方法。當中，參考波爾圖中級法院的案例可知，自1997年4月9日起至2011年12月20日，一共有29宗案件涉及緩起訴；而參考科英布拉中級法院可知，自2000年3月5日至2011年2月9日共有4宗案件涉及緩起訴，其中多為涉及觸犯關於駕駛車輛的罪名和財產性的犯罪而被予以緩起訴處分[4]。

在德國，1974年立法明確規定後，緩起訴制度在德國已經迅速成為解決輕微刑事案件的有效工具。根據有關資料統計，1981至1997年間提起公訴案件的比率較低，最高的起訴率為19%，最低時僅為12.3%，絕大多數的案件都由檢察機關通過其他方式處理，包括不起訴、撤銷案件等。而在不起訴的處理中，根據上述第153條a款作出的不起訴決定占總數的5.6%至6.2%，佔有一定的比重。[5]

在日本，起訴猶豫制度在司法實務中被廣泛應用。據日本學者的研究，日本在第二次世界大戰後相當長的一段時間內對犯罪分子適用緩起訴處分的達到30%~60%[6]。另外，根據1994年的統計數字，警方移送檢察院審查起訴的案件中有36%的案件未被起訴，而這36%的案件中，94%是以緩起訴制度的處理方式結案[7]。

在美國，適用審前分流程序的案件通常是未成年人犯罪、吸食毒品類的犯罪以及營利性的公司法人犯罪[8]。目前，美國有37個州份存在推遲起訴制度，當

4 1.Tribunal da Relação de Coimbra：關於無牌駕駛的案件：
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/0dc98c39538ba1388025750700534b4e?OpenDocument；
http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/abc1d4c58d6c88eb80257848003e2bef?OpenDocument.
2. Tribunal da Relação do Porto：關於醉酒駕駛的案件，如http://www.trp.pt/incidentescrime/crime_596/08.9gnprt.p1.html；
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/01c4da818f6f6dff8025799d00333f10?OpenDocument.
關於盜竊的案件：
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9cb71fb5108d4106802576790041171f?OpenDocument.
關於偽造簽名的案件：
http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/66d6f89fde31c4d38025738d005685dd?OpenDocument.

5 陳光中，【德】漢斯·約格·阿爾布萊希特主編，《中德不起訴制度比較研究》， 中國檢察出版社2002年版， 第272頁。

6 張建偉，《刑事訴訟法通義》，清華大學出版社2007年版，第3頁。

7 張建偉，《刑事訴訟法通義》，清華大學出版社2007年版，第69頁。

8 90年代以後，美國推遲起訴制度的適用範圍亦已擴展到營利性法人組織的犯罪。

中有7個州通過立法明確規定在全州範圍內實行[9]。

二、澳門“訴訟程序暫時中止制度”罕有適用的原因分析

相比之下， 澳門的檢察機關作為獨立的司法機關，檢察官擁有較大的獨立性， 但仍然極少適用訴訟程序之暫時中止制度，是否因為澳門地域狹小，鮮有適合採用訴訟程序暫時中止制度的案件呢? 在2010/2011年度，只有一例適用訴訟程序暫時中止的案例。參考當年的案件情況[10]，大量案件涉及交通事故引起的犯罪或財產性的犯罪。對於這類案件，參照葡萄牙的判例中可知，是存有適用緩起訴制度的空間。尤其是對於輕罪的案件，透過適用訴訟程序的暫時中止制度保障了刑罰謙抑性的實現，也確切落實刑罰的個別化。同時，避免了短期自由刑的弊端，符合特殊預防的觀念。所以，似乎不能將澳門罕有適用訴訟程序暫時中止的現狀歸結為案件的原因，而是另有原因。筆者通過對司法官及律師的部分訪談發現，該程序的制度設計過於繁瑣，在司法實踐中適用困難，是該制度無法發揮作用的主要原因。

考察各國關於訴訟程序暫時中止類似制度的程序設計，大致有兩種思路。一種是簡化決定程序，但與此同時建立非常完善的救濟機制。例如日本，檢察官在徵得其上級同意後即可決定起訴猶豫，無需法官的批准，也無需被害人同意。但在事後，就會建立比較完善的救濟機制，如“准起訴”[11]和“檢查審查會”[12]的制度。第二種是決定程序要求很高，但沒有救濟程序。葡萄牙和澳門的設計就是非常典型的第二種思路的代表。澳門“訴訟程序暫時中止”在程序的設置上非常複雜。依據澳門《刑事訴訟法典》第263條第1款的規定，檢察官如欲適用訴訟程序之暫時中止，首先要徵得“嫌犯、輔助人、曾在提出檢舉時聲明欲成為輔助人且具有正當性成為輔助人之檢舉人及未成為輔助人之被害人(簡

9 張小玲，《刑事訴訟中的“程式分流”》，載《政法論壇》， 2003年第2期， p.102。

10 檢察院2010/2011司法年度刑事案件數量較大的起訴罪名：

盜竊、搶劫、毀損財產	456	交通事故引起的犯罪	221
非法移民及相關罪行	955	各種詐騙、勒索等	173
傷害身體完整	527	偽造檔、貨幣或證券等	101
毒品犯罪	245	妨害公共當局罪	111

資料來源: http://www.macaodaily.com

11 准起訴制度，又稱“司法審理”或“交付審判請求程式”。檢察官堅持不起訴的，被害人可以申請法院審判，法院決定審判的，指定律師公訴。

12 為了防止檢察官濫用起訴權，日本於1848年設置了檢察審查會，其中一項重要職責便是對檢察官起訴或不起訴的決定是否妥當進行審查。檢察審查會可以根據控告人、檢舉人、請求人或被害人的申請，也可以經半數以上的成員同意依職權主動審查檢察官所作出的不起訴決定，並為改善該起訴工作提出建議。審查會作出推翻起訴決定的決定，僅是作為參考，並不具強制性。不過審查會需要將此決定以書面形式連同具體理由送交至地區檢察官辦公室的檢察長，檢察長對該決定進行考慮後，可以由其認為是否應該啟動訴訟程式。

單說來就是控辯雙方)的同意”，然後才能向預審法官提出建議，由預審法官行使決定權。只有上述條件都滿足，才可能導致訴訟程序之暫時中止，否則，案件只能按照一般程序處理。如此費時費力致使檢察官一般直接選擇提起控訴，導致該制度名存實亡。

三、澳門訴訟程序暫時中止制度之重構

訴訟程序的暫時中止制度，其適用物件為本來應當起訴之嫌犯，因此，立法對此程序持沈慎態度，並無不妥。然而，如程序設計過於繁瑣，導致執法人員“用腳投票”，棄該制度而采一般公訴程序，則該程序設計也應當檢討。本文擬提出的解決思路為：簡化程序的決定程序，完善程序的事後救濟機制。具體說來，廢除預審法官對“訴訟程序暫時中止”決定的批准權，改由檢察官決定，並報其上級檢察官批准；簡化程序設計，如被害人並未申請成為輔助人，則“訴訟程序暫時中止”之適用無需徵得其同意；完善救濟程序，允許在訴訟程序暫時中止批示作出時尚未成為輔助人，但有正當性成為輔助人之被害人對針對訴訟程序暫時中止的批示申請預審。

（一）“訴訟程序的暫時中止”由檢察院自行決定

綜觀世界各國關於附條件不起訴的決定主體，大致分為三種情況，一是由檢察官自行決定，如中國臺灣；二是由檢察官決定，但須徵得上級檢察官的批准，如日本，中國大陸；三是檢察官決定，但事先須徵得法官的同意，如德國，葡萄牙。　葡萄牙《刑事訴訟法典》281及282條規定了訴訟程序之暫時中止制度，檢察院可以依職權或通過嫌犯和輔助人的聲請，並獲預審法官的同意，通過對嫌犯施加一定考驗期的強制命令及行為規則，暫時中止訴訟程序。可見，澳門的訴訟程序暫時中止雖來源於葡萄牙，但是比葡萄牙的要求還要更高，可以說澳門的訴訟程序暫時中止是第四種情況，也是要求最高的一種，需要檢察官建議並經預審法官批准。

從澳門檢察機關所擁有的獨立的司法機關的法律地位，以及目前澳門關於檢察機關及檢察官的各項規定來看，檢察官作為擁有較大獨立性的司法官，　應當有能力獨立決定是否提出控訴，包括決定是否進行訴訟程序的暫時中止。因此，在訴訟程序暫時中止的決定主體上，鑒於澳門檢察官的具體情況，應當允許檢察官自行決定暫時中止訴訟程序。　當然，如果由檢察院自行決定“訴訟程序暫時中止”，可以考慮參考日本和中國內地的做法，由承辦案件的檢察官決定，並報上級檢察官批准，加強對檢察官暫時中止訴訟決定的監督和制約，提供更多一層的保障。而且，應當為當事人提供有效的事後救濟手段，待後文詳述。

（二）簡化“訴訟程序暫時中止”的程序

從訴訟程序暫時中止的制度內涵來看，這一程序的啟動必須徵得被告人的同意和配合，否則其後續的考察或者義務的履行都不可能實現。但是在是否要徵得被害人同意的問題上，還是有不同的做法的。筆者通過部分訪談獲知，“訴訟程序暫時中止”的程序過於繁瑣，需要徵得被害人同意，也是“訴訟程序暫時中止制度”在實踐中難於適用的重要原因。

是否對公訴案件提起訴訟，通常的做法是無需徵得被害人的同意，原因在於是否提出追訴是檢察機關的職權，德國、日本、美國、中國內地、中國臺灣等都采此種做法。當然，由於在作出不起訴決定時未徵得被害人的同意，在事後一般都會賦予被害人一定的程序救濟權。

澳門和葡萄牙的做法相類似，要徵得被害人一方的同意。根據葡萄牙《刑事訴訟法典》第281條第1款a項，訴訟程序的暫時中止須徵得輔助人的同意。這與澳門的規定還是有差別的，在澳門訴訟程序的暫時中止應“經嫌犯、輔助人、曾在提出檢舉時聲明欲成為輔助人[13]且具有正當性成為輔助人之檢舉人及未成為輔助人之被害人的同意”。如果被害人申請成為輔助人，則二者具有一致性，如果被害人放棄申請成為輔助人，則根據葡國的法律規定在啟動訴訟程序的暫時中止時就無需其同意，而根據澳門的法律規定則需取得未成為輔助人的被害人的同意。如果刑事案件的被害人向法官或者預審法官申請成為輔助人，則通常其都會積極參與刑事訴訟，維護自己的訴訟權益，在啟動訴訟程序暫時中止時獲得其同意也相對容易。如果被害人放棄成為輔助人，則筆者認為應當借鑒葡國的做法，無需徵得未成為輔助人的被害人的同意，這樣既符合輔助人制度設立的初衷，又大大減少了實務中因為被害人不便聯繫而不能適用訴訟程序暫時中止制度的麻煩。

（三）完善對“暫時中止訴訟程序”決定的救濟機制

在適當簡化“訴訟程序的暫時中止”的啟動程序，取消預審法官的決定權，並縮小了需同意啟動程序的當事人的範圍後，應當考慮設立相應的救濟程序。根據現行澳門《刑事訴訟法典》第263條第5款的規定，對於訴訟程序之暫時中止的批示，任何人既不可以提出異議，也不可以提起上訴，其原因在於已經經過訴訟雙方的同意並且由預審法官決定，無需救濟了。但是，這種複雜的

13 澳門《刑事訴訟法典》第57條規定，一、除特別法賦予權利成為輔助人之人外，下列之人在刑事訴訟程式中亦得成為輔助人：a）被害人，即具有法律藉著訂定罪狀特別擬保護之利益之人，只要其已滿十六歲；b）非經其告訴或自訴不得進行刑事程式之人；c）如被害人死亡，而在死亡前未放棄告訴權，則未經法院裁判分居及分產之生存配偶、直系血親卑親屬、被害人所收養之人，以及與被害人在類似配偶狀況下共同生活之人得成為輔助人，或如無該等人，則直系血親尊親屬、兄弟姊妹及其直系血親卑親屬，以及收養被害人之人得成為輔助人，但以上之人曾共同參與有關犯罪者除外；d）如被害人無能力，則其法定代理人及按上項順序所列之人得成為輔助人，但以上之人曾共同參與有關犯罪者除外；e）任何人，只要屬刑事程式不取決於告訴及自訴之犯罪，且無人可依據以上各項之規定成為輔助人。二、只要輔助人在聽證開始五日前向法官聲請，則得在訴訟程式中任何時刻參與訴訟程式，但須接受訴訟程式在其參與時所處之狀態。

程序卻是也成為訴訟程序暫時中止制度適用的絆腳石，因此，在澳門檢察機關已經足夠強大，檢察官具有過硬的司法素質和極高的獨立性的前提下，簡化決定程序，建立相應的事後救濟機制，似乎更能促進訴訟程序暫時中止制度的適用。

在救濟程序的具體設置上，可以參考《刑事訴訟法典》第259條第1款檢察院決定的歸檔的救濟方法。在享有救濟權的主體方面，在筆者建議的語境下，訴訟程序暫時中止的作出已經徵得了被告人及輔助人的同意，因此不應允許其再對檢察官作出的訴訟程序暫時中止的批示申請救濟。如果被告人聲請檢察官作出訴訟程序暫時中止的批示，而檢察官予以拒絕的話，是否還需要賦予被告人救濟的途徑呢？筆者認為，不必賦予其特別的救濟途徑，因為被告人可以對檢察官的控訴批示聲請預審。因此，只應當允許在訴訟程序暫時中止批示作出時尚未成為輔助人，但有正當性成為輔助人之被害人在檢察官暫時中止訴訟程序的批示作出後的15日內聲請預審。

綜上，建議將《刑事訴訟法典》第263條作出如下修改：

第二百六十三條

（訴訟程序之暫時中止）

一、如有關犯罪可處以最高限度不超逾三年之徒刑，即使可併科罰金，又或有關犯罪僅可科罰金，且下列各前提均成立者，則檢察院有關人員經其直接上級批准後，得透過對嫌犯施加強制命令及行為規則，暫時中止訴訟程序：

ａ）經嫌犯、輔助人同意； ｂ） 至 ｅ）（保留）

二、（保留）

三、（保留）

四、（保留）

五、對依據第一款之規定作出之中止批示，在訴訟程序暫時中止批示作出時尚未成為輔助人，但有正當性成為輔助人之被害人有權提起上訴；第二百五十九條第三款之規定，相應適用於該中止批示。

REFORMA DO REGIME DA SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO DE MACAU

Li Zhe[1]

Segundo o preceituado no artigo 40.º do Código Penal de Macau, "a aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade". No processo penal, de acordo com o artigo 263.º (Suspensão provisória do processo) do Código de Processo Penal de Macau, impõem-se ao arguido envolvido em determinados casos, injunções e regras de conduta, mediante um regime de prova. E, sendo extinto o procedimento por terminar o regime de prova, concretizam-se as finalidades especiais de reintegração do agente na sociedade e da revalidação da relação social violada pela prática do crime. Todavia, na prática judiciária, considera-se que o regime da suspensão provisória do processo é sempre de "difícil coordenação e aplicação"[2]. De acordo com as estatísticas do Ministério Público da RAEM referente aos anos 2000-2013, foram registados apenas três casos em que a suspensão provisória do processo[3] teve lugar. Perante a tendência internacional de promover a justiça restaurativa e a diversidade da reintegração social do infractor, cumpre reflectir sobre a actualidade legislativa e judicial de Macau. Tomando como linhas de orientação e reflexão os motivos da escassa aplicação da suspensão provisória do processo e a actual situação de Macau, o presente trabalho visa propor a reformulação do instituto da suspensão provisória do processo.

1 Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Doutor em Direito, Vice-Director da Associação de Estudo de Direito Criminal de Macau.

2 Paulo Martins Chan, "Comparação dos vários sistemas de procuradoria", in *Boletim do Ministério Público*, n.º 6, 2006.

3 Estes casos ocorreram em 2010, 2011 e 2013. Estão disponíveis, respectivamente, em: http://www.mp.gov.mo/statistics/stat2010/stat2010j.pdf, http://www.mp.gov.mo/statistics/stat2011/stat2011j.pdf, http://www.mp.gov.mo/statistics/stat2013/stat2013j.pdf. (Acesso em 26.07.2015).

1. ANÁLISE COMPARATIVA DA FIGURA DA SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO

O regime da suspensão provisória do processo é um mecanismo que consiste em atribuir ao Ministério Público, na pessoa do magistrado, a competência para impor ao arguido, mediante um regime de prova, injunções e regras de conduta, consoante diversos factores, designadamente, condições de vida, gravidade do crime e os interesses públicos associados, sem que para tal ocorra uma dedução imediata de acusação. Pelo que, apenas findo o período de regime de prova, se decidirá em conformidade pela dedução da acusação ou pelo arquivamento do procedimento.

O regime da suspensão provisória do processo de Macau é, na sua natureza, um regime não acusatório, mas, em todo o caso, condicional, e baseia-se no regime previsto nos artigos 281.º e 282.º (sob a epígrafe "suspensão provisória do processo") do CPP português. No entanto, cada país adopta a sua própria designação para este tipo de regime. Por exemplo, regime de dispensa de acusação sob a imposição de condições e instruções *("Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen")*, previsto no disposto do §153-a do StPO; regime de acusação diferida ou suspensa ("起訴猶予処分"), previsto no artigo 248.º do CPP japonês; "*pretrial diversion program*" previsto no "*Pretrial Service Act*"" dos EUA, aprovado em 1982; e regime de não acusação sob condições, previsto nos artigos 271.º a 273.º do CPP chinês.

Em Portugal, o regime da suspensão provisória do processo é sobretudo uma solução adoptada para elevar a eficiência e celeridade do sistema judicial, tendo tido bom acolhimento nos tribunais. No Tribunal da Relação do Porto, entre 04.09.1997 e 20.12.2011 a suspensão provisória do processo ocorreu em 29 casos; no Tribunal da Relação de Coimbra, entre 05.03.2000 e 09.02.2011, apenas em 4 casos se lançou mão deste mecanismo da suspensão provisória do processo, e na sua maioria relacionados com crimes rodoviários e crimes contra o património[4].

4 1.Tribunal da Relação de Coimbra: sobre crime de condução de veículo sem habilitação legal, disponível em:
«http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/0dc98c39538ba13880257507005 34b4e?OpenDocument»;
«http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/abc1d4c58d6c88eb80257848003 e2bef?OpenDocument».
2. Tribunal da Relação do Porto: sobre crime de condução de veículo em estado de embriaguez, disponível em:
«http://www.trp.pt/incidentescrime/crime_596/08.9gnprt.p1.html»;
«http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/01c4da818f6f6dff8025799d0033

Na Alemanha, após a reforma legislativa de 1974, a figura da suspensão provisória do processo tornou-se um mecanismo mais eficaz para os casos de pequena criminalidade. De acordo com dados recolhidos estatisticamente, entre 1981 e 1997, a taxa de acusação pública era baixa e representava apenas uma percentagem situada entre os 12.3% e os 19%. Na maioria dos casos, foi o Ministério Público que propôs outras soluções como a não-acusação e a desistência. Entre os casos de não-acusação, a aplicação do § 153-a do StPO representava uma percentagem considerável situada entre os 5.6 % e os 6.2%[5].

No Japão, o regime da acusação suspensa é, na prática jurídica, amplamente aplicável. Segundo um estudo feito por autores japoneses, ao longo dos vários anos após a Segunda Guerra Mundial, a aplicação de acusações suspensas aos criminosos no Japão[6] representava uma percentagem entre os 30% e os 60%. Além disso, segundo dados estatísticos referentes ao ano de 1994, nos processos apresentados pela entidade policial ao Ministério Público, em 36% desses casos não foi deduzida a acusação e, em 94%, os procedimentos extinguiram-se com a aplicação do regime da suspensão provisória do processo[7].

Nos EUA, o "*pretrial diversion program*" é, por regra, aplicável a casos de criminalidade juvenil, consumo de droga e criminalidade das pessoas colectivas com fins lucrativos[8]. Neste momento, o instituto da acusação diferida aplica-se em 37 Estados sendo que, em 7 deles, está expressamente consagrado por via legislativa, tendo plena aplicação nos seus territórios[9].

3f10?OpenDocument».
Sobre o crime de furto:
«http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9cb71fb5108d410680257679004
1171f?OpenDocument».
Sobre a falsificação de assinatura:
«http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/66d6f89fde31c4d38025738d005
685dd?OpenDocument».

5 Chen Guang Zhong, *Estudo comparativo entre o regime de não acusação da China e da Alemanha*, Hans-Joerg Albrecht (coord.), China Procuratorial Press, 2002. p. 272.

6 Zhang Jian Wei, *Teoria geral do direito de processo penal*, Tsinghua University Press, 2007, p. 3.

7 *Idem*, p. 69.

8 A aplicação do instituto da acusação diferida à criminalidade das pessoas colectivas com fins lucrativos iniciou-se a partir dos anos 90.

9 Zhang Xiao Ling, "Sobre diversão no processo penal", in *Politics and Law Forum*, n.º 2, 2003, p.102.

2. ANÁLISE DOS MOTIVOS DA ESCASSA APLICAÇÃO DO REGIME DA SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO DE MACAU

O Ministério Público de Macau é uma entidade judiciária autónoma e os seus magistrados gozam de uma grande independência. Ainda assim, o regime da suspensão provisória do processo tem tido uma parca aplicação. Será que a questão geográfica, atendendo à pequena dimensão territorial de Macau, é o factor para a sua pouca, senão rara, aplicação? Durante o ano judicial 2010/2011, a suspensão provisória do processo foi aplicada apenas num caso. No entanto, a realidade judicial de então[10], contou com imensos casos de crimes rodoviários e de crimes contra o património, aos quais, segundo a jurisprudência portuguesa, é susceptível de ser aplicada a suspensão provisória do processo. Sobretudo entre a pequena criminalidade, ditas bagatelas, a maior aplicação da suspensão provisória do processo vem apoiar a tese e a natureza de *ultima ratio* que ao direito penal está associado, bem como a de individualização das penas. Além disso, de acordo com a finalidade da prevenção especial, evita-se a aplicação de uma pena privativa de liberdade a curto prazo. Por isso, não parece que a parca aplicação da suspensão provisória do processo se baseie no tipo de casos, mas que tal circunstância se funda antes noutro tipo de factores. Realizadas algumas entrevistas aos operadores judiciários, entre os quais magistrados judiciais e advogados, alguns deles assumem que a "modesta" aplicação deste mecanismo assenta na própria complexidade do regime.

Em diversos países do mundo, os modelos similares ao da suspensão provisória do processo comportam duas abordagens. A primeira é a simplificação do processo decisório, conjugada com a criação de um regime sólido de aferição. Por exemplo, no Japão, o magistrado do Ministério Público pode optar por aplicar o regime da suspensão da acusação apenas com o consentimento do seu superior, sem precisar de autorização judicial, nem concordância do ofendido. Porém, é estabelecido, no momento processual subsequente, o regime de aferição

10 Ao longo do ano judicial 2010-2011, os crimes com maior número de acusação deduzida pelo Ministério Público são os seguintes:

Furto, Roubo e Dano	456	Crimes rodoviários	221
Imigração ilegal e crimes relacionados	955	Burla e extorsão	173
Ofensa à integridade física	527	Falsificação de documento, moeda ou título de crédito	101
Crimes relacionados com droga	245	Crimes contra a autoridade pública	111

Fonte: http://www.macaodaily.com

como "*quasi-institution of a public action*"[11] e o "Comité de exame de acusação"[12]. A segunda é a elevada exigência do processo decisório, sem regime de aferição. O modelo de Portugal e de Macau é, tipicamente, o da segunda vertente. A suspensão provisória do processo de Macau é complexa em termos procedimentais. Segundo o disposto no n.º 1 do artigo 263.º do CPP de Macau, o magistrado do Ministério Público, com a concordância do "arguido, do assistente, do denunciante que tenha declarado na denúncia que desejava constituir-se assistente e para tal tenha legitimidade e do ofendido não constituído assistente" (ou seja, a dos sujeitos processuais da acusação e de defesa), pode propor a suspensão provisória do processo ao juiz de instrução, de cuja decisão a lei faz depender a sua efectivação. Pelo que a suspensão provisória do processo apenas terá aplicação se e na medida em que se tiverem por verificados os referidos pressupostos, sob pena de o processo prosseguir na forma comum. Devido à complexidade processual, o magistrado do Ministério Público, por regra, opta por deduzir a acusação, fazendo com que tal instituto apenas exista na letra da lei. Diga-se, em abono da verdade, uma letra da lei "morta".

3. REFORMA DO REGIME DA SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO DE MACAU

O regime da suspensão provisória do processo aplica-se ao arguido, a quem deveria ser, em regra, deduzida a acusação. Por isso, não é estranho que o legislador, relativamente a tal instituto, tenha preferido adoptar uma atitude cautelosa. Todavia, a sua complexidade processual faz com que as entidades judiciárias desvalorizem e menosprezem este mecanismo e optem antes por deduzir acusação pública em vez de recorrerem a tal instituto,

11 O regime da *quasi-institution of a public action* é também chamado "comprovação judicial" ou "*committal proceedings*". Caso o magistrado do Ministério Público se recuse a deduzir a acusação, o ofendido pode requerer a submissão da causa ao tribunal e designar um advogado para deduzir a acusação.

12 Para evitar o abuso de poder acusatório do Ministério Público, criou-se no Japão, em 1848, o Comité para o inquérito de acusação, sendo que uma das suas funções consiste em aferir da decisão de acusação e da de não acusação. O comité, a requerimento do acusado, denunciante, requerente ou ofendido ou oficiosamente caso haja uma concordância dada por maioria simples dos seus membros, pode sindicar a decisão de não acusação e propor soluções, com vista a melhorar o serviço da entidade acusatória. É meramente consultiva e não vinculativa a decisão tomada pelo referido comité no sentido de indeferir a decisão de acusação. Todavia, tal decisão do quadro examinador carece de ser redigida a escrito, fundamentada e remetida ao gabinete local do Procurador-Geral. Após a análise de tal decisão, este pode, por si só, desencadear o procedimento criminal se se lhe afigurar necessário.

daí a necessidade de reforma do seu modelo processual. O presente texto visa propor uma solução que passa pela simplificação do processo decisório e o aperfeiçoamento do regime de aferição. De um modo geral, retira do juiz de instrução criminal o poder decisório acerca da admissão da suspensão provisória do processo passando a conferi-la ao magistrado do Ministério Público, sem prejuízo da autorização do seu superior; a simplificação do modelo processual, *v.g.*, a aplicação da suspensão provisória do processo não carece da concordância do ofendido que não tenha requerido a sua constituição como assistente. No entanto, o aperfeiçoamento do regime de aferição abre a possibilidade de, no âmbito do requerimento de abertura de instrução, apresentado pelo mero ofendido com legitimidade para se constituir assistente, o mesmo poder vir a reagir relativamente ao despacho que decrete a suspensão provisória do processo.

(1) Decisão do Ministério Público sobre a suspensão provisória do processo

No que diz respeito à questão de saber qual a entidade competente para tomar a decisão sobre a não-acusação sob a imposição de regras de conduta, e portanto uma não acusação condicionada, a resposta é diferente entre vários países. Existem três vertentes: na primeira, cabe ao magistrado do Ministério Público, por si só, tomar a decisão – é o caso de Taiwan; na segunda, cabe ao magistrado do Ministério Público o poder decisório, sem prejuízo da autorização do seu superior – é o caso do Japão e da China; na última, cabe ao magistrado do Ministério Público decidir, com a prévia concordância do juiz – é o caso da Alemanha e de Portugal. De acordo com os artigos 281.º e 282.º do CPP português, que regulam o regime da suspensão provisória do processo, o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, determina, com a concordância do juiz de instrução, a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta. Por isso, pese embora o regime de Macau ser baseado no de Portugal, a sua exigência é mais elevada do que a que está prevista no CPP português. Pelo que o regime de Macau pertence a uma quarta vertente e nessa medida é mais exigente, uma vez que a proposta do magistrado do Ministério Público carece da autorização do juiz de instrução.

Considerando o facto de a entidade acusatória de Macau ser uma entidade judiciária que goza de independência e, atendendo às disposições vigentes referentes às suas actividades e às dos seus magistrados, diremos que também os magistrados do Ministério Público gozam de maior independência, pelo que devem ser capazes de tomar, por si só, a decisão sobre a dedução de acusação, incluíndo a da suspensão provisória do processo. Por isso, a entidade decisória da suspensão provisória do processo, atenta a situação actual da magistratura do Ministério Público, deve competir apenas ao seu magistrado. É certo que, no caso de o Ministério Público ser titular do poder decisório sobre a suspensão provisória do processo, consoante o modelo do Japão e da China, cabe ao magistrado do Ministério

Público titular dos autos decidir e ao seu superior autorizar. Assim, a cautela reforça-se com a validação e a restrição à decisão do magistrado do Ministério Público acerca da suspensão provisória do processo. Além disso, relativamente a tal decisão, deve permitir-se ao interessado um mecanismo de aferição. Veremos isto adiante.

(2) Simplificação processual da suspensão provisória do processo

Partindo da substância do regime da suspensão provisória do processo, diremos que a sua aplicação necessita da concordância do arguido e da sua colaboração, sob pena de não haver lugar à aplicação/sujeição às injunções e regras de conduta, assim como ao exame das mesmas. Sobre a questão de saber se se deve obter ou não a concordância do ofendido, a resposta é controversa. Inquiridos vários profissionais do foro, observou-se que as respostas a esta questão residem na complexidade do próprio regime, desde logo, por este carecer da concordância do ofendido, factor principal para a sua pouca aplicação prática.

No caso de crimes públicos, a dedução de acusação não necessita da concordância do ofendido, a sua *ratio* reside na oficiosidade da intervenção da entidade acusatória; são exemplo disso a Alemanha, o Japão, os EUA, a China e Taiwan. Na verdade, e em princípio, salvaguarda-se a possibilidade de o ofendido recorrer ao regime de aferição da decisão de não acusação que tenha sido tomada sem a sua concordância.

O modelo de Macau é semelhante ao de Portugal, ambos exigindo a concordância do ofendido. De acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 281.º do CPP português, a suspensão provisória do processo carece da concordância do assistente. No entanto, há uma diferença entre o regime português e o de Macau. Neste é exigida a "concordância do arguido, do assistente[13], do denunciante que tenha declarado na denúncia que desejava

13 O artigo 57.º do CPP de Macau prevê:

1. Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas a quem leis especiais conferirem esse direito:

a) O ofendido, considerando-se como tal o titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maior de 16 anos;

b) A pessoa de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento criminal;

c) Se o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, o cônjuge sobrevivo não separado judicialmente de pessoas e bens, os descendentes, os adoptados e a pessoa que com o ofendido vivesse em condições análogas às de cônjuge, ou, na falta deles, os ascendentes, os irmãos e seus descendentes e os adoptantes, salvo se alguma destas pessoas houver comparticipado no crime;

d) Se o ofendido for incapaz, o seu representante legal e as pessoas indicadas na alínea anterior, segundo a ordem aí referida, salvo se alguma dessas pessoas houver comparticipado no crime;

e) Qualquer pessoa, nos crimes cujo procedimento não depender de queixa nem de acusação particular e ninguém se possa constituir assistente nos termos das alíneas anteriores.

2. O assistente pode intervir em qualquer altura do processo, aceitando-o no estado em que se en-

constituir-se assistente e para tal tenha legitimidade e do ofendido não constituído assistente". Se o ofendido se constituir assistente, existe coerência; se o ofendido se recusar a constituir-se assistente, a concordância do ofendido não é, para a aplicação da suspensão provisória do processo, um pressuposto nos termos previstos no CPP português, mas já o é nos termos do CPP de Macau. Se o ofendido, mediante requerimento ao juíz ou juíz de instrução criminal, se tiver constituído assistente, ele, por regra, vai participar activamente no procedimento criminal, tendo por fim defender os seus interesses processuais. Deste modo é mais fácil obter a sua concordância para a aplicação da suspensão provisória do processo. Se o ofendido se recusar a constituir-se assistente, entende-se que, tal como o modelo português, se deve dispensar a concordância do ofendido, pois só assim será compatível com a *ratio legis* da figura do assistente. Esta solução também é susceptível de reduzir, na prática, a possibilidade de não aplicação da suspensão provisória do processo, em virtude de falhas de comunicação.

(3) Aperfeiçoamento do regime de aferição da decisão da suspensão provisória do processo

Para além de simplificar o procedimento da suspensão provisória do processo, eliminar o poder decisório do juiz de instrução criminal e diminuir a amplitude da necessidade de concordância do ofendido, devemos também estabelecer um correspondente regime de aferição. Nos termos do n.º 5 do artigo 263.º do CPP de Macau, o despacho de suspensão é inimpugnável e irrecorrível. E isso porque os sujeitos da acusação e de defesa anuíram e, do mesmo modo, houve decisão do juiz de instrução. Porém, a complexidade processual torna-se um obstáculo à aplicação da suspensão provisória do processo. Pelo que, tendo em conta a ampla competência da entidade acusatória de Macau e fazendo face à rigidez e elevada independência dos seus magistrados, surge a necessidade de simplificar o processo decisório e de estabelecer um regime de aferição, promovendo assim a aplicação da suspensão provisória do processo.

Sobre o modelo do procedimento de aferição, veja-se a aferição da decisão de arquivamento do inquérito prevista no n.º 1 do artigo 259.º do CPP de Macau. Quanto

contrar, desde que o requeira ao juiz até 5 dias antes do início da audiência.

3. Tratando-se de procedimento dependente de acusação particular, o requerimento tem lugar até à dedução de acusação ou em simultâneo com ela.

4. O assistente só pode intervir no debate instrutório se requerer a sua constituição até 5 dias antes do mesmo ter lugar.

5. O juiz, depois de dar ao Ministério Público e ao arguido a possibilidade de se pronunciarem sobre o requerimento, decide por despacho, que é logo notificado àqueles.

aos sujeitos com legitimidade para rever a decisão, propõe-se que, quando o arguido e o ofendido derem consentimento para a aplicação da suspensão provisória do processo, os mesmos sujeitos sejam impedidos de impugnar o despacho de suspensão. Se o arguido tiver requerido ao Ministério Publico a suspensão provisória do processo e este rejeitar o seu requerimento, importa saber se se deve conferir ao arguido algum meio processual de reacção. Sobre esta questão, entende-se que não é preciso criar outro meio ou mecanismo especial para este efeito, porque o arguido pode requerer, relativamente à acusação pública, a abertura da instrução. Neste sentido, apenas ao ofendido, que não se constitua assistente no momento do despacho da suspensão e que para tal tenha legitimidade, deve ser-lhe dada a oportunidade de requerer, no prazo de 15 dias, a abertura da instrução relativamente ao referido despacho.

Pelo exposto, propõe-se a seguinte alteração ao artigo 263.º do CPP:

Artigo 263.º

(Suspensão provisória do processo)

1. Se o crime for punível com pena de prisão de limite máximo não superior a 3 anos, ainda que com pena de multa, ou só com pena de multa, pode o Ministério Público, com autorização prévia do magistrado hierárquica e imediatamente superior, aplicar a suspensão provisória do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os seguintes pressupostos:

a) Concordância do arguido e do assistente;

b) (...)

c) (...)

d) (...)

e) (...)

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. O despacho de suspensão, em conformidade com o n.º 1, é susceptível de recurso interposto pelo ofendido que não se tenha constituído assistente no momento do despacho da suspensão e que para tal tenha legitimidade, sendo-lhe correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 259.º.

評釋澳門刑事訴訟中的簡易訴訟程序

邱庭彪[1]

前言

澳門在近年對《刑事訴訟法典》進行了一些修訂，修訂後是否能够既保障嫌犯的權利，亦能體現出效率呢？

澳門只有約三十平方公裡的土地，人口亦只有約六十四萬，但由於澳門的經濟發展定位為一個觀光城市，每年的旅客的數字即達約三千萬人次，這為澳門帶來巨大的經濟利益，但同時亦為澳門帶來很多的治安隱患。在地小，旅客非常集中在某些時段、在一些熱門旅遊景點、出入境關卡等等地方，引來許多的盜竊等輕微犯罪；同時，很多犯罪行為人會被受害人以現行犯方式拘留，即使符合了簡易訴訟程序的各个條件，但由於缺乏了由司法當局或警察實體以現行犯方式拘留犯罪行為人，最後不能適用簡易訴訟程序。有見及此，為了提高刑事訴訟的效率，立法者將簡易訴訟程序作出了修改，刪除了必須由刑事警察或司法當局以現行犯方式扣留犯罪行為人的規定，而這是否既能保障犯罪行為人的權利，又能提高刑事訴訟的效率呢？

一、簡易訴訟程序的簡介及成立要件

澳門《刑事訴訟法典》訂定了普通訴訟程序及多種特別訴訟程序，凡不適用特別訴訟程序的，均適用普通訴訟程序。特別訴訟程序分為四種：簡易訴訟程序、簡捷訴訟程序、最簡易訴訟程序及輕微違反訴訟程序。在澳門，由於澳門法院對軍事沒有管轄權，因此，沒有軍事訴訟程序；對於稅務的違反，澳門特區只適用行政罰款，因此，亦沒有稅務刑事訴訟程序。

適用特別訴訟程序中的簡易訴訟程序及最簡易訴訟程序，在偵查犯罪、作

1 澳門刑事法研究會會長，澳門大學法學院副教授，執業大律師，法學博士。

出控訴、審判以至最為重要的嫌犯、辯護人組織防禦方法的時間上，無疑都缺乏充足的時間以發現實質的事實，這樣，可能犧牲了實質的公正；但從另一個角度而言，快速有效的判決無疑是可以快速地回應社會上對已受破壞的法律秩序的作出一種宣示，當市民知道法律是保護他們的，他們就會尊重法律，從而不會實施犯罪行為；同時，快速的判決亦使嫌犯能夠更快知悉刑法會如何教育他們，而不會使他們長期處於懸疑狀態，能夠使嫌犯快速重返社會[2]。

在澳門刑事訴訟中，亦沒有好像民事訴訟中設置執行程序，將執行已確定之刑事有罪判決設立一獨立執行程序，它在澳門《刑事訴訟法典》中第10卷只是視為一訴訟行為或措施，存在於刑事訴訟程序中，而對於財產的執行，如無特別規定，則適用澳門《民事訴訟法典》的規定。

澳門簡易訴訟程序的成立要件，有人以三分法、四分法去分析，而筆者採用四分法。

1. 實施的犯罪不能被判超逾3年徒刑即使併科罰金，又或僅可科罰金的犯罪

澳門需要就每個具體個案分析嫌犯所實施的犯罪競合的抽象刑幅上限[3]可能被判3年或以下，此處應指無論是單一犯罪抽象刑幅上限、或經計算後犯罪競合的抽象刑幅上限不能超逾3年徒刑為合適。

2. 在現行犯情況下被拘留

簡易訴訟程序在時間上給予被拘留人的組織辯護時間非常短，為了保證實質公正，我們限制了必須是以現行犯方式被拘留。

3.該拘留需要由司法當局或警察實體作出（這一規定在新修改的《刑事訴訟法典》中已被刪除）

“嫌犯必須是由司法當局或警察實體實施現行犯方式拘留”這一規定在新的《刑事訴訟法典》修改中已被刪除。筆者認為這是立法者為了回應很多犯罪行為人是被市民、或旅客以現行犯方式拘留而不能適用簡易訴訟程序的問題。但這樣亦存在很大風險，因為這時沒有人可以制作實況筆錄[4]，而且根據《刑事訴訟法典》第238條規定，負責接收被現行方式拘留的嫌犯之實體（一般為警察實體）只能制作摘要筆錄及立即通知檢察院。這時警察實體是否需要對嫌犯作出偵查行為？這可能是立法者沒有考慮到的問題。

同時，澳門《刑事訴訟法典》第370條2款：“檢察院得宣讀進行拘留之當局所作之實況筆錄，以代替提出控訴。”那摘要筆錄可否成為控訴書？如不能，是否意味檢察院需要在警察實體使用48小時的時段內的剩餘時間，重發作出偵查行為，及後，如需要制作控訴書是否延長了訴訟時間？

4. 最遲48小時內要送到法院展開聽證

其意義是：能夠使案件快速有效地作出判決；減少嫌犯被限制人身自由的時間；該48小時不是給予警察實體或檢察院作出偵查之用，應視為給予嫌犯

2 這樣似乎符合第58/95/M號法令的序言部分及澳門《刑法典》第40條的規定。

3 即根據澳門刑事法律各罪狀中所定的刑幅上限，以及犯罪競合時以刑幅上限計算出不能超逾3年徒刑為限。

4 在下文會詳細介紹。

辯護人組織防禦的時間。

因為嫌犯是以現行犯方式被拘留時，對嫌犯進行訊問後而製作實況筆錄，無疑是要求嫌犯作出自認，侵犯了他的沉默權；對證人進行訊問後而製作實況筆錄，無疑是將其他人的主觀感受加進實況筆錄中，會影響到製作實況筆錄之人的主觀感受，影響到實況筆錄的客觀性，加上嫌犯辯護人沒有充足的時間查閱卷宗進行辯護，侵犯了嫌犯的辯護權。因此，筆者認為最遲48小時內送到法院展開聽證是給予辯護人辯護的時間，並不是警察實體或檢察院作出偵查之用。當然，我們不應給予辯護人拖延時間，亦不應排除檢察院可以作出簡單詢問，以確定適用簡易訴訟程序是否合適。

同時，經後筆者實地考察治安警察的適用簡易訴訟程序的演習，由嫌犯被以現行犯方式拘留開始計算，至送檢察院只需要3小時以內。

5. 犯罪行為人作出犯罪事實時，必須滿18歲

根據澳門《刑法典》第18條規定，未滿16歲的行為人，不須負刑事責任。但是，澳門《刑事訴訟法典》要求行為人必須滿18歲，因為，我們認為簡易訴訟程序會削弱辯護權，同時，未滿18歲者對犯罪的認知有不足夠，需要作出詳細的偵查以確定量刑的標準[5]，似乎跟澳門《刑法典》第66條相一致的，考慮到未成年人的最終利益，給予了他們有完整的辯護權。

二、實況筆錄

結合澳門《刑事訴訟法典》第226條及第238條，得出當司法當局或警察實體以現行犯方式拘留犯罪行為人時，必須製作實況筆錄或命令製作實況筆錄，因為當司法當局、警察實體以現行犯方式拘留嫌犯時，會目睹犯罪的發生，因此，有義務作出檢舉，而檢舉方式法律規定須以實況筆錄作出。實況筆錄應以最短的時間交到檢察院，其效力等同於檢舉書，當同一犯罪涉及幾個犯罪行為人或同一行為觸犯數罪時，只需製作一個實況筆錄。

澳門《刑事訴訟法典》第370條2款：“檢察院得宣讀進行拘留之當局所作之實況筆錄，以代替提出控訴。”在此可見，製作實況筆錄時，已確定了嫌犯的身份及其涉及劃定其罪狀的範圍，因此，筆者認為對以現行犯方式拘留嫌犯時，更不應對其進行訊問。

三、現行犯的處理程序

以現行犯方式拘留嫌犯時，如非由檢察院作出，則進行拘留的司法當局或

5 見澳門《刑法典》第66條2款d項，未滿18歲為刑罰之特別減輕的一種情節，但是澳門大部分法庭或法院不認為這是必然的減輕情節。

警察實體須立即或在最短時間內將被拘留之人送往檢察院，在這裏“立即”是指應將嫌犯立即送交，然後立即製作實況筆錄再交往檢察院；又或製作實況筆錄後，連同嫌犯一同交往檢察院。筆者認為第一種做法比較可取，這樣進行拘留的司法當局或警察實體在受到檢察院的督促下，可以加快訴訟程序。

如發現拘留之情況不再存在或拘留不當，應立即釋放被拘留之人，這時警察實體或刑事警察機關須為此事製作摘要報告轉交檢察院，如現行犯的拘留是由司法當局作出時，則以批示方式釋放被拘留之人。

以簡易訴訟程序被拘留之嫌犯，送到檢察院後，檢察院會進行扼要的訊問，其目的是檢查是否適用簡易訴訟程序，當檢察院認為不適用，並決定以普通訴訟程序，或其他刑事訴訟程序進行審判時，如立即對嫌犯進行了首次訊問，則應採用強制措施中的身分及居所書錄，並建議有權限法官實施其他強制措施或財產擔保措施。

當被拘留的現行犯被告知實況筆錄後，應宣告其成為嫌犯並告知其權利義務。如符合澳門《刑事訴訟法典》第262條至第264條，屬免除刑罰情況之歸檔及訴訟之暫時中止，亦可適用到簡易訴訟程序中。

四、證人的處理程序

適用簡易訴訟程序可以在犯罪現場立即通知證人到法庭聽證會作證，只需要以口頭方式通知便可，但人數不能超逾5名。如被害人亦為證人時，亦須以口頭方式通知其到法庭聽證會作證。因為，需要滿足辯護權，嫌犯亦可以帶同5名辯方證人到場，如被指定之5人在犯罪現場，則以口頭方式作出通知。

結合澳門《刑事訴訟法典》第364條（通知）得出刑事警察機關、警察實體、司法當局應立即將嫌犯送到檢察院，而且在檢察院，嫌犯的停留時間應為短暫的，所以，可以以口頭方式通知證人有關聽證時間，並不是指可以用盡法典規定的48小時，這48小時的設置不是完全為公權力機關執法便利而訂定，而是為了嫌犯的辯護權及限制剝奪人身自由的時間而訂定。

五、證據的處理程序及刑事鑑定

基於48小時的限制，刑事鑑定工作就顯得非常緊張，要鑑定人員與司法當局及刑事警察機關的配合。例如，進行法醫鑑定，又或財產價值的鑑定等。澳門進行刑事鑑定工作的主要為司法警察局內的刑事技術鑑定廳，由政府醫院（仁伯爵綜合醫院）指派的法醫或專業醫生作出法醫鑑定工作，但亦有其他的專

業人士作出鑑定，特別是中醫藥的價值鑑定[6]、財產的鑑定[7]。因此，筆者認為48小時限制的設置有很大部分是為了鑑定工作需時而訂定。

六、未能即時進行聽證的簡易訴訟程序及供未來備忘用之聲明

當嫌犯要求給予不多於30日時間準備為其辯護；檢察院、輔助人或嫌犯需要之證人在審判中缺席，法院依職權或應檢察院、輔助人或嫌犯聲請，認為有需要採取任何對發現事實真相屬重要之證明措施，且預料該等措施可於30日內實施。如上文所指的鑑定需要超過48小時，不多於30日。如屬上述情況，得在拘留後30日內開始聽證，或得將聽證押後，並在拘留後30日期間內將之重開，則保持採用簡易訴訟形式。[8]但法官須提醒嫌犯即使其不到場，聽證將在指定的日期進行，且由辯護人代理。

但是，當證人患重病、前往外地或欠缺在澳門居住之許可等情況，將阻礙證人在審判時作證。所以，有權限的預審法官[9]可以應檢察院、嫌犯、輔助人或民事當事人之聲請，得在偵查期間詢問上述證人，這稱為供未來備忘用之聲明。

有關手續需要遵守審判中的辯論原則、直接原則等。詢問由法官主持，詢問後檢察院、嫌犯、辯護人、輔助人律師及民事當事人律師，得要求法官提出附加問題，在得到法官許可後，上述人士亦可親自發問該等問題。法官依據第90條之規定考慮對聲明之內容決定須以全部或以撮要方式作成筆錄。

七、辯護人之介入

澳門法律規定任何時刻當面對公權力時，任何人都可以聘請律師代理其行為或作出任何防禦方法。但並不是在整個刑事訴訟程序中，嫌犯需要強制由辯護人維護其權益，一是辯護人的介入取決於嫌犯的意志階段，二是辯護人強制介入的階段。

1. 辯護人的介入取決於嫌犯的意志階段

犯罪行為人被宣告成為嫌犯後，或自行要求成為嫌犯後，在簡易訴訟程序中，即犯罪行為人被以現行犯拘留一刻開始至開庭聽證之前，要求辯護人的介入是犯罪行為人的一種權利。當犯罪行為人不行使其權利，並不影響刑事警察機關或檢察院所作的訴訟行為之有效性，刑事警察機關或檢察院亦可以為嫌犯

6 多由中醫藥店的負責人作出鑑定工作。

7 多由押店的負責人作出鑑定工作。

8 見澳門《刑事訴訟法典》第367條。

9 此時，非為預審階段，但仍由有權限之預審法官作出行為。

委任辯護人。但他要求行使這種權利時，刑事警察機關或檢察院便不能阻止。

2. 辯護人強制介入的階段

法院開庭聽證前至終局判決時必須讓辯護人存在，這時不論嫌犯的意願是否聘請辯護人，法院都會為他委任一個辯護人，原因是確保嫌犯在聽證過程中能充份作出辯護，但他亦可自行委任[10]。當自行委任後，原辯護人獲告知後即沒有義務為他辯護。

在澳門強制的辯護人不一定由律師擔任，但首先考慮律師，其次是實習律師、法學士。

八、檢察院之處理程序

檢察院為行使檢察職能及領導刑事偵查之司法機關，因此，任何現行犯被拘留之後，必須先提交到檢察院，由檢察院檢視是否符合控訴的條件、採用[11]及建議採用何種強制措施、建議採用何種訴訟程序。

當嫌犯被以現行犯方式拘留，提交到檢察院中心科後值日檢察官會立即檢視卷宗。如有需要會對嫌犯進行扼要之訊問，如認為已符合了簡易訴訟程序的各種前提。在大部分情況下，檢察院會將刑事警察機關製作的實況筆錄轉成控訴書，一併會將嫌犯連同卷宗，以及將所有證據包括證人[12]一起送到有管轄權法院之辦事處。

九、適用簡易訴訟程序時法院的簡介

行使審判職能只有澳門特別行政區法院，同時，只有法院才可以對刑事案件作出判決、科處刑罰及保安處分。

當檢察院行使檢察職能提出控訴後，將適用簡易訴訟程序卷宗、相關附隨證據及嫌犯送到具管轄權之法院。

採用獨任庭按普通訴訟形式進行之審判規定，經適當配合後用於簡易訴訟程序之審判。

為了符合對被以現行犯方式拘留的嫌犯在48小時內展開聽證，即使是司法假期，具管轄權之法院須按照法官委員會安排之輪值表安排法官當值，以便進行審理。

10 在澳門制度中，簡易訴訟程序自行委任辯護人，須聘請律師或實習律師代理其訴訟。

11 檢察院只能採用強制措施：身分資料及居所書錄。

12 證人一般會被刑事警察要求先到檢察院報到，然後再到法院報到。

十、法院審理前準備階段

有管轄權法院的辦事處的中心科會接收卷宗、嫌犯及所有證據，立即通知獲選派的法官，初級法院刑事法庭為處理簡易訴訟程序主要法庭，當檢察官、證人、嫌犯及其他訴訟參與人到場後，法官如認為具備條件會立即召開聽證會，這時法官可命令審理控訴書上之事實並作出判決。當在有關案件中出現不符合適用簡易訴訟程序的法定要求，或預料不可能在拘留嫌犯後30日內[13]完成發現事實真相所需的偵查、調查工作或為查明嫌犯身分資料或年齡，有需要採取措施，而預料該等措施不可能在拘留後最長30日期間內實施；如經適當證實，基於嫌犯的健康理由，聽證不可能在拘留後最長30日期間內展開；或如有關訴訟程序尤其因嫌犯或被害人的數目而顯得份外複雜[14]，法官可在任何時刻認為簡易訴訟程序不可採用或變成不宜採用，則簡易訴訟終止採用，並將卷宗交回檢察院，檢察院可按簡捷訴訟程序或普通訴訟程序進行，作出續後訴訟行為，法官的該項決定不能上訴。

根據澳門《刑事訴訟法典》第366條規定，簡易訴訟程序如無特別規定，法官會按照關於獨任庭按普通訴訟形式進行審判的規定進行審判，但審判之行為及程序須減至對案件之審理及作出良好裁判所需的最低要求。法律亦規定可以在下列情況會將案件押後至拘留嫌犯起計30日內進行審判，但程序依然用簡易訴訟程序：嫌犯要求給予該期間以准备其辯護；檢察院、輔助人或嫌犯需要之證人在審判中缺席；法院依職權或應檢察院、輔助人或嫌犯聲請，認為有需要採取任何對發現事實真相屬重要之證明措施，且預料該等措施可於上述期間內實施。這時，須立即釋放該被以現行犯方式拘留之嫌犯，並通知嫌犯、證人及被害人聽證的日期、時間。如有輔助人及民事當事人，則一併通知。

在簡易訴訟程序中，如具有正當性成為輔助人或具有正當性以民事當事人身份參與訴訟，須於聽證開始前提出請求，該請求可以口頭作出。

十一、聽證階段

法官、檢察院之代表、嫌犯、辯護人必須出席聽證會，如有輔助人、民事當事人，均須出席聽證會。如代表檢察院之檢察官不在場，其法定代任人亦不能立即到場，法官須指定適當之人。

當聽證行為開始時，法官須告知具有正當性對判決提起上訴之人，其得聲請摘要記錄聽證之行為，否則無效。

檢察院可宣讀進行拘留之當局所作之實況筆錄，以代替提出控訴。

如已聲請記錄聽證之行為，而控訴、答辯、損害賠償請求及對此之答辯是

13 這指因現行犯拘留後的嫌犯。

14 見修改後的澳門《刑事訴訟法典》第371條。

以口頭提出者，並須將之載於紀錄內。

控訴及答辯的提出代替了澳門《刑事訴訟法典》第319條所指的初端闡述。

證據調查完結後，讓檢察院、輔助人之代理人、民事當事人之代理人及辯護人發言，但僅可發言一次，而其時間最長30分鐘，且不可延長。

如控訴、答辯、損害賠償請求及其答辯是以口頭提出，則須以記於記錄內，否則無效，同時上述之口頭方式作出之行為，原則上須透過錄音或視聽錄製作出，僅在無該等設備可使用時，方可使用其他方法，尤其是速記、機器速記方法，或其他能確保將所作聲明完全轉錄的適當技術方法。

法官可立即以口頭作出判決，並將口述作記錄[15]。

15 在實踐過程中，一般很少押後以書面宣判。

ALGUNS COMENTÁRIOS SOBRE O PROCESSO SUMÁRIO DE MACAU

Iau Teng Pio[1]

NOTA INTRODUTÓRIA

Foram introduzidas nos últimos anos algumas alterações ao Código de Processo Penal de Macau.

Importa saber se, com essas novas alterações legislativas, o CPP ainda salvaguarda os direitos do arguido, bem como a eficiência do sistema.

Macau, apesar de ser um território de 30 km^2, cuja população atinge cerca de 640 mil pessoas e pelo facto de se assumir como uma cidade turística a par do seu notório desenvolvimento económico, recebe anualmente cerca de 30 milhões de turistas. O território é fortemente beneficiado pelo turismo. Porém, tal circunstância também põe em causa a sua segurança pública. É patente um elevado número de furtos e também de outra pequena criminalidade, cometida sobretudo durante as horas de ponta, em pequenos locais ou outros locais tidos como pontos turísticos, bem como nos pontos de controlo de entrada e saída do território, etc.

No entanto, não obstante o preenchimento de todos os requisitos legais, não têm sido submetidos ao processo sumário muitos dos arguidos detidos em flagrante delito pelos ofendidos, em virtude de a mesma (vulgo, detenção em flagrante delito) não ter sido realizada por uma qualquer autoridade judiciária ou entidade policial.

Desta feita, e a fim de elevar e reforçar a eficiência do sistema criminal de Macau, o legislador decidiu proceder a alterações no âmbito do regime do processo sumário.

1 Doutor em Direito e Presidente da Associação de Estudo de Direito Criminal de Macau; Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau; Advogado com inscrição em vigor.

Alterações essas que passaram, desde logo, pela eliminação do pressuposto que exigia que a detenção em flagrante delito tivesse de ser efectuada por qualquer autoridade judiciária ou entidade policial. Ora, importa saber se esta reforma está em conformidade com a garantia dos direitos do agente e se consegue optimizar a eficiência do sistema criminal, como pretendido.

1. INTRODUÇÃO AO PROCESSO SUMÁRIO E SEUS PRESSUPOSTOS

O CPP de Macau conta com dois tipos de processos: o processo comum e diversos processos especiais. O processo comum é residual e terá apenas lugar quando os especiais se não aplicarem. Já os especiais são catalogados em quatro tipos: o processo sumário, o processo simplificado, o processo sumaríssimo e o processo contravencional. Em Macau, os tribunais não têm competência em matéria militar, pelo que não existe processo militar. Relativamente à infracção fiscal só há lugar à aplicação de multa, nesta medida, também não existe processo penal tributário.

No quadro dos processos especiais – processo sumário e processo sumaríssimo –, e no decurso das diversas fases processuais tais como inquérito, acusação, julgamento e preparação da defesa dos arguidos principais e defensores, a justiça poderá ser posta em causa face à insuficiência temporal (disponível) para a descoberta da verdade material; por outro lado, dúvidas não restam de que uma decisão rápida e eficaz pode reagir/funcionar de imediato contra uma infracção penal que tenha violado a ordem jurídica. Os cidadãos respeitam o direito e não praticam actos criminosos desde que sejam conhecedores da tutela do direito ou da sua existência; de igual modo, os arguidos poderão tomar brevemente conhecimento da decisão judicial que lhes diz respeito de modo a aprenderem com a reacção do Direito Penal, em vez de estarem "reféns" numa situação de incerteza prolongada, fazendo assim com que os arguidos se possam reintegrar na comunidade o mais rapidamente possível[2].

No CPP de Macau vigente, ao invés do Código de Processo Civil de Macau, não se encontra previsto qualquer processo executivo autónomo em que se executa a sentença penal condenatória transitada em julgado. À luz do Livro X do CPP de Macau, a execução penal apenas se entende como um acto ou uma medida processual inserida no processo penal em que se aplicam as disposições do CPP de Macau, sem prejuízo das disposições especialmente aplicáveis.

Segundo o entendimento partilhado por vários autores, existe tanto a tricotomia como

2 Deste modo, parece estar em conformidade com o disposto no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 58/95/M e no artigo 40.º do CP de Macau.

a quadritomia dos pressupostos do processo sumário. Porém, a análise do Autor repousa nesta última.

(1) Crime punível com pena de prisão de limite máximo não superior a três anos, ainda que com pena de multa, ou só com pena de multa.

Em Macau, para que haja lugar à aplicação do processo especial sumário, é necessário examinar todas as circunstâncias que no caso *sub judice* se verifiquem e averiguar se, por força das regras da punição do concurso, o limite máximo da moldura penal abstracta[3] não é superior a três anos. Tanto perante a hipótese de crime singular como perante a hipótese de concurso de crimes, devem considerar-se tais preceitos aplicáveis ao limite máximo da moldura penal não superior a três anos.

(2) Detenção em flagrante delito.

No âmbito do processo sumário, o detido tem de preparar em pouco tempo a sua defesa. Por isso, para assegurar a realização da justiça material, é preciso que a detenção se limite a ser efectuada em flagrante delito.

(3) A detenção em flagrante delito deve ser efectuada por qualquer autoridade judiciária ou entidade policial (pressuposto este já eliminado por força da alteração recentemente introduzida ao CPP).

À semelhança do já aludido, o pressuposto de "o arguido ter sido detido em flagrante delito por qualquer autoridade judiciária ou entidade policial" foi eliminado. O Autor entende que a ideia do legislador era pôr cobro àquelas situações em que não é aplicável o processo sumário pelo facto de os arguidos terem sido detidos em flagrante delito por qualquer cidadão ou turista. No entanto, esta nova alteração também traz consigo um risco considerável. Isto é, no momento de detenção, não há ninguém que tenha competência para lavrar o auto de notícia[4]. Ainda que, nos termos previstos no artigo 238.º do CPP, a entidade (por regra, a entidade policial) a que tiver sido apresentado o detido em flagrante delito apenas possa redigir um auto sumário da entrega e, também, proceder de imediato à comunicação da mesma ao Ministério Público. Como está bom de ver, importa saber se a entidade policial deve ou não realizar os actos de inquérito. Trata-se de uma questão "esquecida" e nunca ponderada e trazida à discussão pelo legislador.

Além disso, o n.º 3 do artigo 370.º do CPP dispõe que "o Ministério Público pode substituir a apresentação da acusação pela leitura de auto de notícia da autoridade que tiver procedido à detenção". Será que o auto sumário também é susceptível de substituir a acusação?

3 Isto significa que, de acordo com o limite máximo da moldura penal previsto no tipo-legal de crime singular e na hipótese de concurso de crimes, o limite máximo da moldura penal aplicável não pode ser superior a três anos.

4 Veremos isso adiante com mais explicações.

Se a resposta for negativa, será que isto significa que o Ministério Público precisa de realizar os actos de inquérito dentro do período de tempo remanescente do prazo de 48 horas a utilizar por entidade policial, e que a duração do processo é prolongada caso precise de elaborar a acusação?

(4) A audiência inicia-se no prazo máximo de 48 horas.

Isto significa que a decisão final pode ser rapidamente proferida; reduz-se a duração da limitação da liberdade pessoal do arguido; e o prazo de 48 horas não é estabelecido a favor da entidade policial ou do Ministério Público para realizar o inquérito, mas a favor do arguido e do defensor para a preparação da defesa.

Na verdade, no caso de detenção em flagrante delito, o auto de notícia lavrado na sequência de interrogatório do arguido constitui uma clara violação do seu direito ao silêncio por se tratar de uma auto-incriminação; o auto de notícia lavrado na sequência de inquirição de testemunha pode afectar a subjectividade de quem o elabore e a objectividade do auto por terem sidos introduzidos ao referido auto os sentimentos subjectivos de outrem. Além disso, constitui uma violação do direito de defesa a insuficiência do tempo para o arguido e o defensor examinarem o auto para se defenderem. Por esta razão, o Autor entende que o prazo máximo de 48 horas para o início da audiência é estabelecido a favor do defensor em ordem a preparar a sua defesa e não a favor da entidade policial ou do Ministério Público para efectuar os actos de inquérito. É de afirmar que não se deve permitir ao defensor realizar actos dilatórios e que, ao mesmo tempo, não se pode excluir a possibilidade de o Ministério Público poder proceder a simples interrogatórios no sentido de determinar se é adequado o uso do processo sumário.

Acresce ainda que, num ensaio do processo sumário executado pela polícia de segurança pública, ao qual o Autor assistiu, decorreram menos de três horas desde o momento da detenção em flagrante delito até ao da apresentação do detido ao Ministério Público.

(5) O autor de crime deve ter completado 18 anos no momento da prática do facto.

Segundo o disposto no artigo 18.º do Código Penal de Macau, os menores de 16 anos são criminalmente inimputáveis. Todavia, de acordo com as disposições do CPP, o processo sumário só poderá ter lugar quando o autor de crime tiver, no momento da prática do facto, completado 18 anos. Sobre esta matéria, entendemos que o direito de defesa se encontra limitado no processo sumário e que, do mesmo modo, carece de um inquérito mais detalhado de modo a definir os critérios de determinação da pena, pelo facto de os menores de 18 anos não possuírem uma compreensão cabal do sentido e alcance dos crimes que lhes são imputados[5]. Parece que tais preceitos são conformes ao disposto no artigo 66.º do CP de Macau, por atenderem ao interesse

5 *Vide* alínea f) do n.º 2 do artigo 66.º do CP de Macau, o facto de ser menor de 18 anos é uma das circunstâncias de atenuação especial. No entanto, na maioria dos juízos ou tribunais, a menoridade não lhe atribui necessária e automaticamente essa circunstância atenuante.

dos menores e assegurarem-lhes o exercício cabal do direito de defesa.

2. AUTO DE NOTÍCIA

Conjugando os artigos 226.º e 238.º do CPP de Macau, conclui-se que, no caso de a detenção em flagrante delito ser efectuada por qualquer autoridade judiciária ou entidade policial, deve lavrar-se o auto de notícia ou dar ordem para a sua elaboração. E isso porque a autoridade judiciária, no momento da detenção em flagrante delito, presenciara a prática do crime, pelo que sobre ela recai o dever de denúncia que se realiza através do lavrar do auto de notícia. Deve ser entregue, logo que possível, ao Ministério Público o referido auto que tem o efeito jurídico igual ao da acusação. Caso o mesmo crime tenha sido cometido por vários agentes ou, antes, se os vários crimes tiverem sido cometidos por um único acto, basta um só auto de notícia.

Segundo o n.º 3 do artigo 370.º do CPP de Macau, "o Ministério Público pode substituir a apresentação da acusação pela leitura de auto de notícia da autoridade que tiver procedido à detenção". Com efeito, ao elaborar o auto de notícia, a identidade do arguido e o âmbito do tipo-legal de crime já se encontram conhecidos. Por isso, o Autor entende que, no caso de detenção em flagrante delito, não se deve proceder a interrogatório de arguido detido.

3. PROCEDIMENTO RELACIONADO COM O DETIDO EM FLAGRANTE DELITO

Havendo detenção em flagrante delito, se não for o Ministério Público que tiver procedido à detenção, cabe à autoridade judiciária ou entidade policial que tiver procedido à detenção apresentá-lo ao Ministério Público imediatamente ou no mais curto prazo possível. Isto significa que se deve entregar imediatamente o detido e, depois, elaborar o auto de notícia e entregá-lo ao Ministério Público, ou que, após a lavra do auto de notícia, se deve entregar ao Ministério Público de uma só vez tal auto e o detido. O Autor acha que é mais adequado o primeiro procedimento, pelo qual, fica sob supervisão do Ministério Público a autoridade judiciária ou entidade policial que tiver procedido à detenção, fazendo com que se torne mais célere o processo penal.

Caso já não se verifiquem os pressupostos da detenção ou a mesma seja ilegal, o detido deve ser imediatamente posto em liberdade. Neste momento, sobre este incidente, a entidade policial ou órgão policial criminal, deve elaborar e entregar um relatório sumário ao Ministério Público. Caso haja detenção em flagrante delito realizada por autoridade judiciária, o detido é

posto em liberdade por despacho.

No âmbito do processo sumário, quando apresentado o arguido detido ao Ministério Público, este vai proceder ao interrogatório daquele, a fim de examinar se é adequado o uso do processo sumário. Se o Ministério Público entender que não o é e optar por recorrer ao processo comum ou outra forma de processo, deve aplicar-se o termo de identidade e residência e propor ao juiz competente a aplicação de outras medidas de coacção ou medidas de garantia patrimonial no caso de ser imediatamente realizado o primeiro interrogatório de arguido.

Depois de informado o agente do crime detido em flagrante delito do teor do auto de notícia, o mesmo é constituído arguido, o que implica que ao mesmo sejam dadas informações acerca dos seus direitos e deveres. Se tiverem sido verificados os pressupostos previstos nos artigos 262.º a 264.º do CPP de Macau, que estatuem sobre arquivamento em caso de dispensa de pena e suspensão provisória do processo, os seus preceitos são também aplicáveis ao processo sumário.

4. PROCEDIMENTO RELACIONADO COM A PROVA TESTEMUNHAL

No âmbito do processo sumário, a lei prevê que sejam verbalmente notificados para comparecerem, perante o Ministério Público e junto do tribunal competente para o julgamento, as testemunhas presentes, em número não superior a cinco, e o ofendido, caso este tenha também presenciado os factos. Para um exercício cabal do direito de defesa, o arguido pode apresentar na audiência até cinco testemunhas de defesa, sendo estas, quando presentes, verbalmente notificadas.

De acordo com o artigo 364.º (notificações) do CPP de Macau, conclui-se, assim, que o órgão de polícia criminal, a entidade policial e a autoridade judiciária devem apresentar o arguido imediatamente ao Ministério Público e que deve ser breve a permanência do arguido nas instalações do Ministério Publico. Pelo que a marcação da audiência pode ser comunicada verbalmente às testemunhas, sem significar que se possa esgotar o prazo máximo de 48 horas, porque a previsão de tal prazo não é estabelecida a favor do órgão de poder público, mas a favor do arguido para exercer o direito de defesa e restringir a duração da limitação de liberdade pessoal.

5. PROCEDIMENTO RELACIONADO COM A PROVA NO PROCESSO PENAL E PERÍCIA

Para cumprir o prazo de 48 horas no processo penal, a perícia necessita da colaboração entre os peritos, a autoridade judiciária e o órgão policial criminal, nomeadamente, na perícia médico-legal ou na avaliação patrimonial, etc.. Em Macau, a Divisão de Peritagem de Ciências

Forenses da Polícia Judiciária é a entidade competente para efectuar as perícias. Quanto às perícias médico-legais, cabe ao hospital público (Centro Hospitalar Conde de São Januário) designar os peritos médicos ou quaisquer médicos especialistas. Todavia, cabe a outros peritos especialistas realizar outras perícias, tais como a avaliação dos produtos farmacêuticos usados pela medicina tradicional chinesa[6] e a avaliação patrimonial[7]. O Autor entende que o prazo máximo de 48 horas é, na sua grande maioria, suficiente para a realização das perícias tidas como necessárias.

6. PROCESSO SUMÁRIO SEM AUDIÊNCIA IMEDIATA; DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

Para a manutenção da forma sumária do processo, o julgamento tem que se iniciar imediatamente ou, no caso de adiamento, deve reiniciar-se até ao limite do trigésimo dia posterior à detenção[8], nas seguintes circunstâncias: se o arguido solicitar um prazo não superior a 30 dias para preparar a sua defesa; a falta do Ministério Público, do assistente ou de testemunhas de defesa na audiência; e se o tribunal, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do assistente ou do arguido, considerar necessário que se proceda a quaisquer diligências de prova essenciais à descoberta da verdade e que possam previsivelmente realizar-se dentro do prazo de 30 dias — desde que a perícia referida careça de período de tempo superior a 48 horas mas inferior a 30 dias. Todavia, o juiz deve advertir o arguido de que o julgamento poderá ser realizado na sua ausência, sendo representado para todos os efeitos legais pelo seu defensor.

Contudo, em caso de doença grave, de deslocação para o exterior ou de falta de autorização de residência na Região Administrativa Especial de Macau de uma testemunha, que a impeça de ser ouvida em julgamento, o juiz de instrução competente[9], a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou da parte civil, pode proceder à sua inquirição durante a fase de inquérito. Este mecanismo denomina-se por "declarações para memória futura".

Os respectivos procedimentos devem respeitar os princípios do processo penal, nomeadamente, os do contraditório e da imediação. A inquirição é feita pelo juiz, podendo, em

6 A maioria das perícias é realizada por responsáveis das farmácias chinesas.

7 A maioria das perícias é realizada por responsáveis das casas de penhores.

8 *Vide* o artigo 367.º do CPP de Macau.

9 Neste momento, ainda não nos encontramos na fase de instrução, todavia, compete ao juiz de instrução a realização do acto.

seguida, o Ministério Público, o arguido, na pessoa do seu defensor, os advogados do assistente e da parte civil solicitar ao juiz a formulação de perguntas adicionais, podendo inclusive o juiz autorizar que sejam eles mesmos a fazê-las. Atendendo ao teor da sua declaração, o juiz decide, nos termos do artigo 91.º, se o auto deve ser redigido por compêndio ou por súmula.

7. INTERVENÇÃO DO DEFENSOR

No ordenamento jurídico de Macau prevê-se que, em confronto com o poder público, qualquer pessoa pode constituir advogado, a todo o tempo, para a representar ou defender. Mas isto não significa que, no decurso de todo o processo penal, o arguido precise necessariamente do defensor para defender os seus interesses. E isso porque há fases em que a intervenção do defensor depende da vontade do arguido e outras há em que a mesma é obrigatória.

a. Fase em que a intervenção do defensor depende da vontade do arguido

No âmbito do processo sumário, depois de o autor do crime assumir a qualidade de arguido ou ser constituído como tal a seu pedido, a intervenção do defensor é, entre o momento de detenção em flagrante delito e o início da audiência, uma faculdade do autor do crime. Na falta do seu exercício, não se prejudica a validade dos actos processuais praticados por órgão de polícia criminal ou Ministério Público, pelo que estas entidades ainda podem nomear um defensor oficioso para o arguido. Porém, caso o arguido exerça tal faculdade, a tal manifestação não se pode opôr nem o órgão de polícia criminal, nem o Ministério Público.

b. Fase em que a intervenção do defensor é obrigatória

Entre o início da audiência de julgamento e a prolação da decisão final, é obrigatória a constituição de defensor, indepedentemente da vontade do arguido. Isto é, na falta de constituição de defensor, o tribunal nomeia um defensor oficioso para o arguido, a fim de que seja assegurado, no decurso da audiência, o exercício cabal do direito de defesa, sem prejuízo da possibilidade de o próprio arguido constituir mandatário[10]. Neste último caso, o defensor nomeado vai ser dispensado do patrocínio depois de ser informado da constituição de mandatário.

Nos casos em que seja obrigatório ser representado por um defensor, dá-se prioridade a advogado, e, de seguida, a advogado estagiário e a licenciado em direito.

10 No processo sumário, à luz do ordenamento jurídico de Macau, o próprio arguido pode constituir advogado ou advogado estagiário como seu defensor para o representar em juízo.

8. ACTUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é uma autoridade judiciária à qual incumbe promover o processo penal e dirigir o inquérito, pelo que qualquer detido em flagrante delito deve ser apresentado ao Ministério Público, competindo a este examinar se estão reunidas as condições para deduzir acusação, bem como aplicar[11] e propor uma medida de coacção e sugerir a forma de processo mais adequada.

Quando o arguido tiver sido detido em flagrante delito e apresentado à secção central do Ministério Público, o magistrado de turno do Ministério Público vai examinar de imediato o auto e, se for necessário, proceder ao interrogatório sumário do arguido. Na maioria dos casos, o Ministério Público vai utilizar, em princípio, o auto de notícia lavrado por órgão policial criminal como acusação e apresentar à secretaria do tribunal competente o auto, o arguido e todos os meios de prova, incluindo as testemunhas[12].

9. APRESENTAÇÃO AO TRIBUNAL NO ÂMBITO DA APLICAÇÃO DO PROCESSO SUMÁRIO

Apenas os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau podem exercer o poder jurisdicional e, ao mesmo tempo, têm competência para decidir as causas penais e aplicar penas e medidas de segurança.

Depois de o Ministério Público promover o processo penal e deduzir acusação, ao tribunal competente vão ser apresentados o auto de notícia aplicável ao processo sumário, os respectivos meios de prova e o arguido.

Ao julgamento em processo sumário são aplicáveis as disposições relativas ao julgamento sob a forma de processo comum perante tribunal singular, com as adaptações adequadas.

Para cumprir o prazo máximo de 48 horas do início da audiência, mesmo durante as férias judiciais, o tribunal competente deve organizar, nos termos definidos pelo Conselho dos Magistrados Judiciais, os turnos dos juízes.

11 A única medida de coacção que o Ministério Público pode aplicar é a do termo de identidade e residência.

12 De um modo geral, as testemunhas são notificadas para ir primeiro ao Ministério Público e, depois, ao tribunal.

10. FASE PRELIMINAR DA AUDIÊNCIA

A secção central da secretaria do tribunal competente[13] recebe o auto, o arguido e todos os meios de prova, notificando-se de imediato o juiz nomeado. Competem ao juízo criminal do Tribunal Judicial de Base as causas a que corresponda a forma de processo sumário. Quando presentes o magistrado do Ministério Público, as testemunhas, o arguido e outros participantes processuais, procede-se de imediato à audiência se o juiz considerar que estão reunidas as condições. O juiz pode julgar, nessa *sequência*, os factos constantes da acusação e proferir sentença. O tribunal pode optar, a todo o tempo e sem possibilidade de recurso, por não aplicar ou deixar de aplicar o processo sumário quando: verificar no caso *sub judice* a inadmissibilidade legal do processo sumário; forem necessárias, para a descoberta da verdade ou para o apuramento da identidade ou da idade do arguido, as diligências que não possam previsivelmente terminar no prazo de 30 dias após a detenção[14]; forem necessárias quaisquer diligências que não possam previsivelmente realizar-se no prazo máximo de 30 dias após a detenção; não tiver sido possível iniciar a audiência no prazo máximo de 30 dias após a detenção por motivo de saúde do arguido devidamente comprovado; ou o procedimento se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos[15]. Neste caso, o processo sumário finda e os autos são remetidos ao Ministério Público para que possa realizar os subsequentes actos processuais sob forma de processo simplificado ou processo comum.

Segundo o artigo 366.º do CPP de Macau, na falta de qualquer disposição especial, o juiz realiza o julgamento em processo sumário nos termos das disposições relativas ao julgamento sob a forma de processo comum perante tribunal singular. No entanto, os actos e termos do julgamento são reduzidos ao mínimo indispensável ao conhecimento e boa decisão da causa. O mesmo Código também prevê que, sem prejuízo da manutenção da forma sumária, o julgamento pode ser adiado até ao limite do trigésimo dia posterior à detenção nas seguintes circunstâncias: se o arguido solicitar esse prazo para preparação da sua defesa; na falta do Ministério Público, do assistente ou de testemunhas de defesa na audiência; ou se o tribunal, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, considerar necessário que se proceda a quaisquer diligências tendentes ao apuramento da identidade ou da idade do arguido e que possam previsivelmente realizar-se dentro daquele prazo. Neste caso, o arguido detido em flagrante delito deve ser posto em liberdade e são notificados para se apresentarem

13 Daremos uma introdução mais adiante.

14 Aqui fala-se em arguido detido em flagrante delito.

15 *Vide* o artigo 371.º do CPP de Macau, com a alteração recentemente introduzida.

à audiência no dia e hora que lhes forem designados, o arguido, as testemunhas, o ofendido e, se houver, o assistente e as partes civis.

Em processo sumário, a pessoa com legitimidade para tal pode constituir-se assistente ou intervir como parte civil se assim o solicitar, mesmo que só verbalmente, até ao início da audiência.

11. FASE DA AUDIÊNCIA

É obrigatória a presença em audiência do juiz, do representante do Ministério Público, do arguido, do assistente e, se houver, das partes civis. Se o Ministério Público não estiver presente no início da audiência e nem ele nem o substituto legal puderem comparecer de imediato, o juiz nomeia pessoa idónea. Logo no início da audiência, o juiz avisa, sob pena de nulidade, quem tiver legitimidade para recorrer da sentença de que pode requerer a documentação dos actos de audiência, a efectuar por súmula.

O Ministério Público pode substituir a apresentação da acusação pela leitura do auto de notícia da autoridade que tiver procedido à detenção.

Se tiver sido requerida documentação dos actos de audiência e se tiverem sido verbalmente apresentados, designadamente, a acusação, a contestação, o pedido de indemnização e a sua contestação, estes são documentados em acta.

A apresentação da acusação e da contestação substituem as exposições introdutórias referidas no artigo 319.º.

Finda a produção da prova, a palavra é concedida, por uma só vez, ao Ministério Público, aos representantes do assistente e da parte civil e ao defensor, os quais podem usar dela por um máximo de 30 minutos, improrrogáveis.

Se tiverem sido verbalmente apresentados a acusação, a contestação, o pedido de indemnização e a sua contestação, são documentados na acta, sob pena de nulidade. Além disso, a documentação de declarações orais acima referidas é efectuada, em regra, através de registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios, designadamente estenográficos ou estenotípicos, ou qualquer outro meio técnico idóneo a assegurar a reprodução integral daquelas, quando aqueles meios não estiverem disponíveis.

Por fim, o juiz profere a sentença de um de dois modos, ou verbalmente ou ditando-a para a acta[16].

16 Na prática e de um modo geral, a sentença raramente é proferida por escrito, ou seja, ditada para a acta.

面對普通訴訟程序，簡捷訴訟程序具備的可行性

陳軒志[1]

José Miguel Figueiredo[2]

1. 引言

由第9/2013號法律頒佈的刑事訴訟法典（《刑事訴訟法典》）2013年修正案在2013年8月9日通過，並在2014年1月1日生效[3]。該修正案引進了一種特別訴訟程序的新形式：簡捷訴訟程序。故可以說，自2014年1月1日始，澳門特別行政區（RAEM）的刑法體制確認了一種“旨在快速審判事實簡單、證據充足的案件”[4]的特別訴訟程序的新形式。

在討論第9/2013號法律的草案時，對於引進該項訴訟程序出現了反對的呼聲。兩種特別訴訟程序——簡易訴訟程序和最簡易訴訟程序在澳門的刑事訴訟程序制度中已經備受詬病而且最簡易訴訟程序一直都未被使用，因此引進第三種形式並不合理。。據此，爭議也就隨之而來：如果已經存在兩種特別訴訟程序，並且兩者其一從未被使用，那就毫無必要且毫無益處引進一種新的訴訟形式。

人們認為這項修改給刑事特別訴訟程序帶來了深入的改變，這樣一種不恰當的詆譭遭到了反駁：“刑事特別訴訟程序的修改內容，從實質上來說，是法律提案作出更顯著變更的內容【……】。這不僅僅是因為對簡易訴訟程序和最簡易訴訟程序作出了重要的變更以促進目前使用率相當低的特殊程序的適用—否則該特殊程序根本就不存在，亦是因為已經建立了一種新的特別訴訟程序類型：簡捷訴訟程序。[5]”

1 澳門特別行政區政府保安司司長顧問。

2 澳門特別行政區政府法務局法制研究處處長。

3 第9/2013號法律第10條。

4 修訂《刑事訴訟法典》諮詢文件，公佈於澳門法律改革及國際法事務局與法律改革委員會網站，2011年9月，以下稱為諮詢文件，第19頁。

5 立法會第三常設委員會第3/IV/2013號意見書，是形成第9/2013號法律的草案相關意見書，以下稱為意見書，第69頁。

因此，雖然在法律方面引起擔憂，但是簡捷訴訟程序最終還是在澳門的法律體制裡被確立了下來。事實上，到目前為止，簡捷訴訟程序已經成功適用，儘管沒有官方數據表明，但是實際操作中有不少程序是採用這種形式進行的。

2. 法律框架

簡捷訴訟程序被規定在刑事訴訟法典第八卷（“特別訴訟程序”）第二編（“簡捷訴訟程序”）裡。具體而言，從第372-A條——簡捷訴訟程序的適用範圍到第372-G條——判決的可上訴性，均是對簡捷訴訟程序作出的特殊規定。除此之外，簡易訴訟程序[6]、普通訴訟程序[7]和刑事訴訟法典中具有一般規範效力的條文[8]中的部份規定也適用於簡捷訴訟程序。

3. 分析對象

因而，在核准近期對《刑事訴訟法典》作出的變更之時，預測“法律草案中對特殊程序作出的變更是否能取得成功，將在很大程度上依賴於檢察院的配合及其在處理複雜性及嚴重性最低的案件時，對該些最快速程序的實際使用程度。立法意向可簡化特殊程序的最大化適用，但僅透過司法實踐方得驗證法律提案在該方面是否行之有效”[9]。

因此，通過本研究，筆者想要著重指出面對普通訴訟程序時簡捷訴訟程序的可行性，以推動司法機關採用這一特殊程序。當然，這不意味著我們要不惜一切代價實現其適用。我們想要強調的是和普通訴訟程序相比，簡捷訴訟程序具備的價值或者優勢，從而在法律允許的條件下，去推動司法機關合理採用該種特殊訴訟程序。

4. 和普通訴訟程序相比，簡捷訴訟程序具備的可行性

在上一點中已述及，筆者通過本研究想要表明的是和普通訴訟程序相比簡捷訴訟程序的可行性。特別訴訟程序，“顧名思義，是指適用於相關的特殊情

6 我們指《刑事訴訟法典》第372-F條和第372-G條規定對應適用第369條和第372條。

7 關於規定審判的規定，第372-E條第1款規定“關於普通訴訟程序的審判規定，適用於簡捷訴訟程序的審判”

8 譬如，《刑事訴訟法典》《引則及一般規定》和整個《第一部分》，對應第1條至第223條，適用於所有的刑事訴訟程序。

9 意見書，第69頁。

況和刑事方面嚴重程度較低的情況的程序，在處理該些情況時不需要遵守一般程序的步驟”， 而簡捷程序屬於特別訴訟程序的一種形式。[10]。

考慮到這一特別程序的步驟較一般程序而言更為簡單，立法者選擇以“simplificado”（簡捷）一詞命名。。在中文版本裡，這種特別訴訟程序以“簡捷”命名，讀音為KanCh’it，意思是簡單且快捷[11]。命名為“簡捷”，也是意在將其與葡萄牙法制中一種特別程序區分開，即“processo abreviado”（簡縮程序），澳門法制中的簡捷訴訟程序正是受到這一名稱的啓發，但在相當多方面又有所區別。

本篇比較研究是爲了向司法當局表明簡捷訴訟程序的優勢，並幫助消除因引進該程序而導致的偏見或質疑。儘管簡捷訴訟程序的適用範圍受到一定的限制（法律規定的限制），但若司法當局不認可其實際價值，它的適用會始終面臨障礙。這些價值，正是我們想在這裡著重指出的。

a）先決問題：適用範圍

筆者認為需要弄清楚的先決問題是上述每種程序，即簡捷訴訟程序和普通訴訟程序的適用範圍。

應該強調的是，簡捷訴訟程序適用於：（i）可處於最高限度不超逾三年徒刑[12]（即使並科罰金）的犯罪，又或僅可科罰金的犯罪；（ii）存在簡單及明顯的證據顯示有犯罪發生及行為人為何人的充分跡象- 《刑事訴訟法典》第372-A條第1款[13]。當嫌犯在簡易訴訟程序拘留期間不遵守強制命令及行為規則時，也可適用簡捷訴訟程序進行審判-《刑事訴訟法典》第372-B條第2款和第365條第2款。

不同的是，普通訴訟程序並沒有一個嚴格限定的適用範圍。普通訴訟程序是作為一種補充程序存在的，只有當適用的訴訟程序不符合特別訴訟程序的要

10 Manuel Leal-Henriques,澳門刑事訴訟法培訓教程 – 第二冊 (第二版), 澳門法律及司法培訓中心出版, 2009年版, 第97頁。

11 “簡單”的注釋想要將簡捷訴訟程序與普通訴訟程序區別開來，而不是與其他的特別訴訟程序區別開來。實際上，其他特別訴訟程序在中文命名上也指簡單的程序：簡易訴訟程序是用簡易二字，發音為Kan I，表示簡單和容易；最簡易訴訟程序是用最簡易三字，發音為Choi Kan I, 表示最簡單和最容易。由此可知，在中文命名上，所有的特別訴訟程序都是簡單的訴訟程序，是區分於普通訴訟程序的。

12 意思是刑罰可以等於或少於三年。

13 在下列情況下均被視為存在簡單及明顯的證據：（i）行為人在現行犯情況下被拘留，以及審判不能透過簡易訴訟程序進行；（ii）證據主要為書證；或（iii）證據以目擊證人所述的事實為基礎且說法傾向於一致 –《刑事訴訟法典》第372-A條第2款。要注意的是，是這些，也僅僅是這些情況，在簡捷訴訟程序中可以說是存在簡單及明顯的證據。事實上，這項規定中的列舉是有限定的。因此，應該強調的是，在法案最初版本中，第372-A條第2款可在http://www.al.gov.mo/lei/leis/2013/2013-09/proposta.pdf中查詢，在諮詢文件第20頁中寫道：“可以被視為存在簡單及明顯的證據，例如”（下劃綫由筆者標注）。這樣，在遞交給立法會的法案理由陳述中，以下稱為理由陳述，第10頁，在裏面列舉前述簡單及明顯的證據時使用“尤其”這個表述。之後在立法會對法案進行討論時，在委員會中，修改了這個法律方案，以避免一些解釋上的疑問和一些擔憂，正是：“本法案最初文本是以例舉方式列出第372-A條第2款規定的情節，並使用“尤其”這副詞來舉例說明。然而，委員會認為這種寫法並不恰當，並堅持法律應以盡列方式列明可構成“簡單和明顯的證據”的情節。提案人認同委員會的立場，並在法案的新文本中修改第372-A條第2款地行文：將有關列舉變成盡列規定，不得存在法律規定以外的其他情節。”

求時才得以適用。即是說：“當其他的任何一種特別訴訟程序都不能適用時，普通訴訟程序才得以適用”[14]。

兩種訴訟程序的區別之一便是其不同的適用範圍，這是因為不會存在適用範圍相交的兩種訴訟程序。。要補充的是，不同的適用範圍不能作為簡捷訴訟程序面對普通訴訟程序時可行的原因，因為不同的適用範圍不應被視作是一種程序和另一種程序相比的優勢，而應被視作是制度中必然且自然產生的差異。

筆者認為，有必要解決一初步問題，即闡明上述兩種程序的區別，從而清楚說明其適用範圍，這對理解下文將涉及到的制度的差異是至關重要的。

b）偵查

在偵查方面，簡捷訴訟程序比普通訴訟程序更具明顯的優勢，前者比後者更為迅速。在簡捷訴訟程序中，偵查一般被“豁免”，或以“簡要”方式進行，正如《刑事訴訟法典》第372-A條第1款規定：“檢察院根據實況筆錄或在進行簡要偵查後提出控訴，以便透過簡捷訴訟程序進行審判”。需要強調的是，“簡要偵查”應被視為對第372-A條第1款規定的為獲得簡易且明顯的證據而採取的極其必要的行動的完善。[15]。

不同的是，在普通訴訟程序中，有必要進行偵查，它涵蓋了一系列行為，旨在調查犯罪是否存在、確定其行為人及相應的責任，以及發現並收集相關證據（《刑事訴訟法典》第245條第1款）。

眾所周知，偵查過程是刑事訴訟程序中最複雜冗長的程序階段之一。因此，偵查程序的豁免或者簡化可以大大地簡化和加快刑事訴訟程序的進行，這對程序中的所有主體和參與人、以及對實現公正來說都是有益的。

c）控訴書內容

關於控訴書的內容，根據《刑事訴訟法典》第372-B條第1款的規定，在簡捷訴訟程序中，檢察院仍然要使控訴書具備《刑事訴訟法典》第265條第3款載明的普通訴訟程序中控訴書要求寫的全部要素。但是，簡捷訴訟程序引進了一項重要的不同：嫌犯的身份資料及有關事實的敘述可全部或部份引用實況筆錄或檢舉中所載的資料 - 《刑事訴訟法典》第372-B條第1款。

儘管這種規定很中立，但可以大大簡化檢察院的工作。事實上，首先，檢察院可以不用對構成違法的事實編寫目錄和描述，這是一項非常繁冗的工作，但也是作出最後審判所依據的重要工作。其次，如果檢察院在複製事實時需要重新抄寫一遍，這種規定可以避免因重抄而可能出現的不精准。這樣就簡化了

14 Manuel Leal-Henriques, 同前注釋, 第97頁。

15 這樣，作為比較法的要素，葡萄牙法律體制中的快速訴訟程序規定可以在里斯本中級法院的一份合議庭裁判中看到：“在快速訴訟程序中偵查過程並非必須，控訴書的提出可以基於收到消息或者是一個“簡要偵查”，這被理解為是嚴格採取必要的措施，獲得由《刑事訴訟法典》第391-A條第1款規定的指示性證據。” - 03/10/2010號Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 編號 4483/08.2TDLSB-B.L1-3, 可見www.dgsi.pt。

檢察院的工作，檢察院只需單純援用即可，既節約時間，又承擔更少的責任。

d）提出控訴的期限

根據《刑事訴訟法典》第372-B條第2款的規定，在簡捷訴訟程序中，控訴書自下列日期起一百二十日期間內提出（i）如屬公罪，可自取得犯罪消息之日起；（ii）如屬其他情況，自提出告訴之日起[16]。

在普通訴訟程序中，提出控訴書的期間要長得多，期間計算的始期也不同。事實上，根據《刑事訴訟法典》第258條第1款地規定，“如有嫌犯被拘禁，檢察院最遲須在六個月內終結偵查，而將之歸檔或提出控訴；如無嫌犯被拘禁，則檢察院最遲在八個月內作出上述行為”[17]，並在該條第3款補充“為著以上兩款之規定之效力，該期間自偵查轉為特定人之時起計，或自有人成為嫌犯時起計”。

由此可以看出，在簡捷訴訟程序中，提出控訴的期間較普通訴訟程序而言要短得多，而且也可因其開始計算期間的日期而更快地結束程序，這有兩個原因：i）首先，在簡捷訴訟程序中計算期間的始期總是確定的，總是在同一期間內的；ii）其次，自取得犯罪消息或者告訴之日起計，這意味著是從案件可能產生效力的第一時刻開始計算的，這清楚地展示了立法者意在加速訴訟程序的願望。

這一制度上的差異，除了有利於嫌犯、可能存在的輔助人及民事當事人，同樣有利於司法機關。事實上，規定更短的期間，但該期間又足以進行訴訟程序，並且劃定明確和嚴格的界定，這些不僅使正義得以更快實現，而且降低了司法當局作出的選擇及裁判的可調查性。最後，需要強調的是“若檢察院在簡捷訴訟程序的最長期限內未提出起訴，則必須捨棄簡捷訴訟程序，改採納普通訴訟程序進行。上述最長期限屬強制期間，對簡捷訴訟程序的適用起到至關重要的作用”[18]。

e）預審

兩種訴訟程序最大的區別是在預審程序上。實際上，普通訴訟程序規定，偵查以歸檔批示或者提出控訴書結束後，可聲請通過預審對該決定進行司法核實。但是，這在簡捷訴訟程序中不存在，不允許進行預審，這是因為法律明文規定“

16 在提交至立法會的最初版草案中，這段期間只是90天，這在最初版草案第372-B條第2款和草案理由陳述第10頁和第11頁可以看到。曾經發生過“檢察院聲稱偵查最長期限太短，這就不允許這種新的簡捷訴訟程序不能經常被使用” －意見書，第93頁，這就是爲什麼在立法會對法案進行討論的時候，將這期間延長至120天。而且，不得不提及的是，在將法案提交立法會進行討論之前，曾就《刑事訴訟法典修正案》向公眾作出諮詢，在那個版本裡有一個不同於簡捷訴訟程序的新程序，那個程序的期間不僅更少，即30天，同時期間的計算頁有所不同（從偵查結束時起計）。這個在諮詢文件第20頁可以看到，“爲了保證簡捷訴訟程序的快捷，將控訴書提出的法定期間定為30天，從檢察院宣佈偵查結束起計”。正如所見，這種設計在向立法會提交之前就已經被摒棄了。

17 在這裡補充一點，在第2款規定“如偵查之對象為第一百九十三條所指任一犯罪，則上款所指之六個月期間延長至八個月”，這個規定忽略了公佈的規則的純粹例外的一種外在表現。

18 意見書，第94頁。

在特別形式之訴訟程序中不得進行預審” －《刑事訴訟法典》第268條第4款。

在簡捷訴訟程序中取消預審程序，原則上節省了2到4個月的時間，這是《刑事訴訟法典》第288條第1款中規定的預審程序的最長期間[19]。除了縮短訴訟程序時長外，捨去這個程序還減少了對司法當局不作出司法核實而歸檔或者提起訴訟的決定的爭議。

我們並無意表明對某一司法決定不能加以調查是一種程序上的優勢，因為上訴權是基本的程序權利。然而，對於立法者在根本上規定的該種不可能性，須認可相關的益處，正如在特殊程序中取消預審的做法一樣。如此一來，訴訟程序進展更為快速，步驟更為簡化迅速。

f）輔助人及民事當事人

在輔助人及民事當事人參與程序方面，簡捷訴訟程序也顯示了區別於普通訴訟程序的不同之處。實際上，《刑事訴訟法典》第372-F條規定第369條的規定相應適用於簡捷訴訟程序，即“具有正當性成為輔助人或具有正當性以民事當事人身分參與該訴訟程序之人，於聽證開始前提出要求，得成為輔助人，或以民事當事人身分參與，即使該要求系以口頭提出者”。這種方法在兩個方面不同於普通訴訟程序：（i）成為輔助人及民事當事人的時刻；（ii）提出請求的方式。

從成為輔助人或者民事當事人的時刻這一方面開始分析，簡捷訴訟程序中成為輔助人或者民事當事人的時刻可以是在聽證開始時[20]，但是在普通訴訟程序中，這個時刻必須是在之前：a）至於輔助人，他可以在訴訟程序中任何時刻參與訴訟程序，只要在預審辯論（如果他想要參與的話）或者聽證開始開始5日前；或者若屬私罪，須在提出控訴前或提出控訴時提出聲請－ 《刑事訴訟法典》第57條第2、3、4款；b）至於民事當事人，他的參與程序聲請應（1）由檢察院或輔助人在控訴中提出或在應提出控訴之期間內提出；（2）由受害人提出，（2.1）若在訴訟程序中，受害人在於偵查結束之前曾專門表示其有提出損害賠償請求的意圖，則在嫌犯接到通知後20日內由受害人提出；（2.2）如果受害人未在訴訟程序中表示提出損害賠償請求的意圖，則在嫌犯收到起訴批示後20日內由受害人提出；若無起訴批示，則在將指定聽證日的批示通知嫌犯後20日內，受害人可提出請求－《刑事訴訟法典》第66條第1、2、3款和第64條第2款。

由此可看出，簡捷訴訟程序制度相對簡單得多，減少了程序，降低了計算不同訴訟期間的要求。這種方法，除了比普通訴訟程序更靈活之外，還避免了因多個程序主體參與而產生的錯誤和不精確，這也包括司法當局在內，司法當局更簡要地參與到案件中，可以減少司法爭議。

在“形式”方面，要著重指出的是，在簡捷訴訟程序中，輔助人及民事當事人的成立或參與可以通過口頭或者書面聲請。但是，與此不同的是，普通訴

19 不影響第288條第2款的適用，當預審提出案件為第193條規定的其中一種犯罪，在上款中的2個月期限提高至3個月。

20 關於聽證開始的時刻是指“將要宣佈聽證開始起至開始訊問嫌犯止”。見Manuel Leal-Henriques e Manuel Simas-Santos, 澳門刑事訴訟法典, - 理由陳述, - 立法, 澳門印務局, 澳門, 1997, 第767頁, 在第 369條注釋。

訟程序中只能通過書面進行聲請。簡捷訴訟程序在形式上的寬鬆使得訴訟程序更加快捷，法院更少地參與其中，更少接收訴訟行為，司法當局也更少地參與其中，減少書面行為，所有都可以通過口頭解決。

g）提出損害賠償請求

普通訴訟程序和簡捷訴訟程序之間還存在一個輕微的差異，即損害賠償請求的提出。實際上，在普通訴訟程序中，損害賠償的請求須在有關刑事訴訟程序中提出，僅在法律規定之情況下方得獨立提出該請求－《刑事訴訟法典》第60、61條。不同的是，在簡捷訴訟程序中，請求總是可以獨立提出－《刑事訴訟法典》第61條第1款第g項。

這個差別就表明了簡捷訴訟程序的快捷和簡單。事實上，雖然刑事訴訟程序和民事訴訟程序的同時進行可帶來優勢，但無可否認的是，這也會帶來很多實際程序操作的困難，因為要結合兩種規則非常不一樣的“程序”。

h）聽證

關於審判聽證，在普通訴訟程序和簡捷訴訟程序之間也存在較大的差異。事實上，根據《刑事訴訟法典》第372-C第2款的規定，“如法官受理控訴書，須指定聽證的日期，而該聽證的日期須先於以普通訴訟程序進行的審判，但不影響緊急程序優先進行”。這意味著簡捷訴訟程序中的審判聽證比普通訴訟程序中的審判聽證更具優先性，但根據《刑事訴訟法典》第93條規定屬於緊急情況時除外。這同時意味著，簡捷訴訟程序不是緊急程序，因為它沒有在第93條列舉的緊急情況裡，簡捷訴訟程序中的聽證只是原則上可以優先地確定日期。

這種規定的目的自然是加速嫌犯的審判。此外，“眾所周知，引进简捷诉讼程序，旨在确保程序的快捷性及‘尽早审判嫌犯’，因此針對以普通訴訟程序進行的案件，就其聽證日期的確定，提議订立有关该程序的优先规定，但不影響緊急程序享有的優先權”[21]。

因此，通過優先確定聽證日期，可以看到，除了緊急情況外，簡捷訴訟程序比普通訴訟程序在速度和效率上具備更顯著的實際效力。

i）審判

在普通訴訟程序中，審判是一段必須以書面形式進行的程序。在簡捷訴訟程序中，審判有可能以口頭進行並被記錄到記事簿中，這就提高了程序的效率，簡化和加快了程序的進行。而且，要注意的是，這種解決方式帶來的可能性更加簡單，不會讓作出決定者存在後續的任何義務。

21 諮詢文件，第21頁，斜體字是我們的意見。支持相同觀點的，參見法案理由陳述第11頁。

j）上訴

關於上訴，《刑事訴訟法典》第372-G條規定“第三百七十二條的規定相應適用於簡捷訴訟程序”，即“在簡易訴訟程序中，僅可對判決或對完結訴訟程序之批示提起上訴”。

上述規定令簡捷訴訟程序和普通訴訟程序之間產生了一個明顯的差異：在普通訴訟程序中，原則是可上訴性，只有在法律明文規定不能上訴的情況出現時才不能上訴－《刑事訴訟法典》第389條、第390條。

不同的是，在簡捷訴訟程序中，正如所見，只有對判決或對完結訴訟程序之批示才可提起上訴。歸納地說，簡捷訴訟程序的上訴範圍十分受限，這種訴訟程序特別快捷，降低了在很多案件中不適當且拖延的中間判決所引致的可調查性。

五、簡易訴訟程序和簡捷訴訟程序的互補性

在本研究中對多種訴訟程序進行了比較分析，我們認為有必要注意簡捷訴訟程序和簡易訴訟程序之間存在的一定程度的互補性。這個互補性在引進簡捷訴訟程序制度法案的理由陳述裡被列出，雖然不夠嚴謹。理由陳述中是這麼寫的：“我們提出訂立一種簡捷訴訟程序，旨在以特別訴訟程序審理不得以簡易訴訟程序審理的案件，這將有助於加快案件的進展”[22]。

所說的互補性表現在兩個方面[23]。首先，這種互補性表現在相應的適用範圍上：實際上，我們可以看到，立法者認為存在簡單及明顯的證據的案件是可以通過簡捷訴訟程序進行的其中一種情況，被視為存在簡單及明顯的證據是指行為人在現行犯情況下被拘留，以及審判不能透過簡易訴訟程序進行的案件－《刑事訴訟法典》第372-A條第2款第a項。另一方面，我們也可以看出，當嫌犯沒有執行簡易訴訟程序拘留期間的強制命令及行為規則時也可以適用簡捷訴訟程序－《刑事訴訟法典》第372-B條第2款、第365條第2款。

其次，這種互補性還表現在由簡易訴訟程序轉為其他訴訟程序形式上。實際上，在9/2013號法律文本中，《刑事訴訟法典》第363條第3款、第371條第1款確立了這樣一個規則，當訴訟不能以簡易訴訟程序形式進行時，則要被轉為“其他訴訟程序”，在簡捷訴訟程序引進之前是指要轉為普通訴訟程序進行。現在，法律上的修改使得“轉為其他訴訟程序形式”不僅僅只有轉為普通訴訟程

22 法案理由陳述，第10頁。我們說這種論斷是“不十分嚴謹”的論斷，是因為這種論斷似乎傳達了簡捷訴訟程序的創設只是爲了那些不能以簡易訴訟程序進行的案件得以被審判這樣唯一一個理由，但這是不正確的。

23 簡易訴訟程序和簡捷訴訟程序之間的互補性還體現在另一個側面，即各自的實施細則上。實際上，正如我們已經強調的，簡捷訴訟程序有時候會適用簡易訴訟程序的規定，具體而言，第372-F條和第372-G條規定要適用第369條和第372條的規定。而且，在這裡我們說的互補性是指在適用範圍上的互補性，可以說，在一定程度上，這兩種方式可以相互補充。

序這一項選擇，而是也包含了在法律允許的情況下轉為簡捷訴訟程序這個選項。

六、結論

在澳門特別行政區的刑法體制中引進簡捷訴訟程序，其主要目的是爲了特別訴訟程序能有效替代普通訴訟程序。實際上，有非常多簡單案件可以採取更簡單快捷的審判程序，而不是像到目前那樣選擇適用普通訴訟程序。

儘管仍存在一些擔憂，這些擔憂主要是關於現在已訂立的特別訴訟程序極低的使用率，但是真實的情況是簡捷訴訟程序已成功適用，到目前為止，已經有很多起以這種特別訴訟程序進行的案件。

簡捷訴訟程序的主要優勢在於其與普通訴訟程序的不同之處，這在程序的所有階段都能得以體現出來。司法當局須認識到該些優勢，從而有效採用這種新的訴訟程序形式並從中獲益。

VIRTUALIDADES DO PROCESSO SIMPLIFICADO EM FACE DO PROCESSO COMUM

Chan Hin Chi[1]

José Miguel Figueiredo[2]

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A revisão de 2013 do Código de Processo Penal (CPP), preconizada pela Lei n.º 9/2013, aprovada em 9 de Agosto de 2013 e com entrada em vigor a 1 de Janeiro de 2014[3], introduziu uma nova forma de processo especial: o *processo simplificado*. Assim sendo, pode dizer-se que, desde 1 de Janeiro de 2014, o ordenamento jurídico-penal da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) conhece uma nova forma de processo especial, a qual «visa o rápido julgamento dos casos que se reportam a factos simples com provas evidentes»[4].

A introdução desta forma de processo não foi consensual nem tão-pouco pacífica, aquando da discussão da proposta de lei da qual viria a resultar a Lei n.º 9/2013. É que, sob o processo penal da RAEM, pesava o estigma de existirem já duas formas de processo especial, o processo sumário e o processo sumaríssimo, pelo que não se justificaria a introdução de uma terceira forma, tanto mais que o processo sumaríssimo nunca tinha sido utilizado. Desta perspectiva, argumentava-se que, se já existiam duas formas de

1 Assessor do Secretário para a Segurança do Governo da RAEM.

2 Chefe da Divisão de Estudo do Sistema Jurídico, substituto, da Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça do Governo da RAEM.

3 Artigo 10.º, da Lei n.º 9/2013.

4 Documento de Consulta da Revisão do Código de Processo Penal, publicado pela Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional e pelo Conselho Consultivo da Reforma Jurídica, em Setembro de 2011, doravante designado por *Documento de Consulta,* p. 19.

processo especial e se uma delas não estava sequer a ser utilizada, seria desnecessário e inútil introduzir uma nova forma de processo.

Sucede que foi, precisamente, para contrariar o descrédito injustificado em que se achavam os processos especiais que foram introduzidas profundas alterações nesta temática: a «matéria respeitante aos processos especiais é aquela em que, materialmente, a proposta de lei veio introduzir alterações mais relevantes [...]. Não só por terem sido introduzidas alterações significativas aos processos sumário e sumaríssimo, procurando promover a utilização deste tipo de processos especiais que actualmente é muito reduzida, senão mesmo inexistente, mas também pelo facto de se ter criado um novo tipo de processo especial: o processo simplificado»[5].

Desta forma, não obstante os legítimos receios suscitados, a forma de processo simplificado acabaria por vir a ser introduzida no ordenamento jurídico da RAEM. E a verdade é que, até ao momento, a sua introdução se revelou bem-sucedida, na medida em que, apesar de não dispormos de elementos estatísticos oficiais, foi possível obter confirmação de que vários processos foram já tramitados sob esta forma de processo.

2. ENQUADRAMENTO LEGAL

O processo simplificado encontra-se previsto no TÍTULO II («Processo simplificado») do LIVRO VIII («Processos especiais») do CPP. Em concreto, a sua regulamentação específica encontra-se no regime que vai do artigo 372.º-A, que regula o respectivo âmbito de aplicabilidade, ao artigo 372.º-G, que regula a recorribilidade das decisões. Para além destas normas, aplicam-se, ao processo simplificado, algumas normas do processo sumário[6] e do processo comum[7] e as normas de carácter geral reguladoras do processo penal[8].

5 Parecer da 3.ª Comissão Permanente, Parecer n.º 3/IV/2013, referente à proposta de lei da qual viria a resultar a Lei n.º 9/2013, doravante designado por *Parecer*, p. 69.

6 Reportamo-nos aos artigos 369.º e 372.º do CPP, cuja aplicabilidade resulta da remissão efectuada, respectivamente, pelos artigos 372.º-F e 372.º-G.

7 Referimo-nos aos artigos que regulam o julgamento, porquanto o artigo 372.º-E, n.º 1, prescreve que o «julgamento regula-se pelas disposições relativas ao julgamento em processo comum».

8 Como, por exemplo, a parte das «Disposições preliminares e gerais» e toda a «PARTE PRIMEIRA», correspondentes aos artigos 1.º a 223.º do CPP, aplicáveis a todos os processos penais.

3. OBJECTO DE ANÁLISE

Não obstante as constatadas recentes utilizações do processo simplificado, importa não esquecer que só a efectiva utilização do processo simplificado pelas autoridades judiciárias determinará o seu sucesso a longo prazo. Assim mesmo, aquando da aprovação das recentes alterações ao CPP, vaticinou-se que «o sucesso das alterações legislativas previstas na proposta de lei para os processos especiais irá depender, em grande medida, da adesão do Ministério Público e da sua maior disponibilidade para fazer um uso efectivo destes meios processuais mais rápidos para os casos mais simples ou de menor gravidade. A bondade das opções legislativas poderá ser um elemento facilitador para uma maior utilização destes processos especiais, mas apenas a prática judiciária irá permitir verificar se a proposta de lei foi bem-sucedida nesta matéria»[9].

Assim sendo, aquilo que pretendemos através do presente estudo é realçar as virtualidades que o processo simplificado apresenta em face do processo comum, a fim de incentivar a sua utilização pelas autoridades judiciárias. Naturalmente, não se pretende que o processo simplificado seja utilizado a qualquer custo. Aquilo que se deseja é realçar as virtudes ou vantagens que o mesmo apresenta em face do processo comum, a fim de motivar as autoridades judiciárias a promover a sua utilização, quando legalmente admitida, fazendo uma utilização racionalmente interessada do mesmo.

4. VIRTUALIDADES EM FACE DO PROCESSO COMUM

Como antecipámos no ponto antecedente, aquilo que se pretende, através do presente estudo, é apresentar as virtualidades que o processo simplificado apresenta em face do processo comum. O processo simplificado constitui um dos processos especiais, «os quais, como o próprio nome indica, se destinam precisamente a dar cobertura a situações próprias e criminalmente menos gravosas, que não demandam obediência à ritologia do processo comum»[10].

A expressão "simplificado" utilizada na denominação deste processo especial é adoptada pelo legislador tendo em conta os trâmites mais simples relativamente ao processo comum. Essa mesma ideia resulta da respectiva designação chinesa: o

9 *Parecer*, p. 69.

10 Manuel Leal-Henriques, *Manual de Formação de Direito Processual Penal de Macau – Tomo II (2.ª edição),* Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2009, p. 97.

processo simplificado é denominado pelos caracteres chineses 簡捷 , foneticamente *Kan Ch´it*, que significam simples e acelerado[11]. A designação "simplificado" pretende também marcar a sua diferença relativamente a um processo especial previsto no ordenamento jurídico português, o denominado *processo abreviado*, no qual se inspirou o processo simplificado do ordenamento jurídico da RAEM, mas do qual se distingue em consideráveis aspectos de regime.

A utilidade em empreender o presente estudo comparativo reside no interesse em demonstrar às autoridades judiciárias as vantagens da utilização do processo simplificado, ajudando a vencer alguns preconceitos ou uma certa desconfiança que a sua introdução convocou. É que, não obstante o processo simplificado apresentar um delimitado (e definido legalmente) campo de aplicação, se as autoridades judiciárias não se convencerem das suas reais virtudes existirão sempre entraves à sua aplicabilidade. Ora, são essas virtudes que aqui pretendemos enaltecer.

a) Previamente: âmbito de aplicação

Questão prévia que nos parece importante explicitar prende-se com a delimitação do âmbito de aplicação de cada uma das mencionadas formas de processo, o processo simplificado e o processo comum.

Neste sentido, cumpre salientar que o processo simplificado se aplica (i) quando os factos constituam crime punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a 3 anos[12] (mesmo que esteja prevista pena de multa como pena alternativa) ou quando os factos constituam crime punível só com pena de multa; (ii) e desde que existam provas simples e evidentes das quais resultem indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente – artigo 372.º-A, n.º 1, do CPP[13]. O

11 A nota da *simplicidade* pretende distinguir o processo simplificado do processo comum, mas já não dos demais processos especiais. Efectivamente, os outros processos especiais também são processos *simples* na respectiva denominação chinesa: o processo sumário assume a designação chinesa 簡易, foneticamente *Kan I*, que significa *simples* e fácil; o processo sumaríssimo assume a designação chinesa 最簡易, foneticamente *Choi Kan I*, que significa o mais *simples* e fácil. Como se vê, na designação chinesa, todos os processos especiais são processos *simples*, designativo que os pretende distinguir do processo comum.

12 O que significa que a pena em causa pode ser igual ou inferior a 3 anos.

13 Considera-se que há provas simples e evidentes quando (i) o agente tiver sido detido em flagrante delito e o julgamento não puder efectuar-se sob a forma de processo sumário; (ii) a prova for essencialmente documental; ou (iii) a prova assentar em testemunhas presenciais com versão tendencialmente uniforme dos factos – artigo 372.º-A, n.º 2, do CPP. Note-se que são estes, e apenas estes, os casos em que, para efeitos de processo simplificado, podemos falar em *provas simples*

recurso a esta forma de processo pode, ainda, ocorrer quando o arguido não cumprir as injunções e regras de conduta oponíveis durante a suspensão provisória do processo *sumário* – artigos 372.º-B, n.º 2, e 365.º, n.º 2, do CPP.

Diferentemente, não existe para o processo comum um âmbito de aplicação rigorosamente delimitado. Diferentemente, o processo comum afigura-se de aplicação subsidiária, de tal forma que seguem esta forma de processo todos os processos para os quais não esteja prevista uma forma especial. Assim mesmo: o processo comum «*constitui o processo/regra e se utiliza quando a lei não prevê a aplicação ao caso concreto de qualquer regime específico*»[14].

É natural que uma das diferenças entre uma e outra forma de processo seja o seu distinto âmbito de aplicação, pois não se conceberia a existência de duas formas processuais com um âmbito de aplicação sobreposto. Acresce que o diferente âmbito de aplicação do processo simplificado não pode conceber-se como uma virtualidade em face do processo comum, pois o diferente âmbito não deve ser visto como uma vantagem de uma forma de processo em face de outra, antes como uma diferença necessária e natural de regime.

Ainda assim, como questão preliminar, pareceu-nos relevante explicitar aqui a presente diferença, de forma a evidenciar o âmbito de aplicação de uma e de outra forma de processo, importante para perceber as diferenças de regime que se enunciam

e evidentes. Efectivamente, a enumeração efectuada pela norma é taxativa. A este propósito, cumpre, porém, salientar que, na versão inicial da proposta de lei, estes casos se previam como exemplificativos – veja-se, neste sentido, a versão originalmente proposta para o artigo 372.º-A, n.º 2, consultável em http://www.al.gov.mo/lei/leis/2013/2013-09/proposta.pdf, e aquilo que foi anunciado no *Documento de Consulta*, p. 20, onde se prescrevia que «[p]ode considerar-se que existem provas simples e evidentes quando, por exemplo» (sublinhado nosso). No mesmo sentido, veja-se a Nota Justificativa da Proposta de Lei apresentada à Assembleia Legislativa, doravante designada por *Nota Justificativa*, p. 10, na qual se elencam os casos de provas simples e evidentes mediante o uso do advérbio «nomeadamente». Sucede que, mais tarde, aquando da discussão da proposta na Assembleia Legislativa, em sede de Comissão, se modificou esta solução legal, de forma a evitar algumas dúvidas interpretativas e alguns receios que a mesma suscitava. Assim mesmo: a «versão inicial da proposta de lei previa a natureza meramente exemplificativa da lista de circunstâncias constante do n.º 2 do artigo 372.º-A, o que resultava da utilização do advérbio de modo "nomeadamente". Contudo, a Comissão considerou desadequada tal solução, defendendo que as circunstâncias que a lei prevê como integrantes do conceito de "provas simples e evidentes" devem estar taxativamente consagradas. Na nova versão da proposta de lei, o proponente acolheu a posição da Comissão, tendo alterado a redacção do n.º 2 do artigo 372.º-A: a enumeração passou a ser taxativa, não podendo abranger outras circunstâncias para além daquelas previstas na norma legal» – *Parecer*, pp. 91 e 92.

14 Manuel Leal-Henriques, *op. cit.,* p. 97.

de seguida.

b) Inquérito

Em matéria de inquérito, o processo simplificado apresenta consideráveis vantagens em face do processo comum, que lhe conferem particular celeridade comparativamente a este. Efectivamente, o inquérito ou é *dispensado* ou é realizado de forma *sumária*, conforme estabelece o artigo 372.º-A, n.º 1, do CPP: «o Ministério Público, em face do auto de notícia ou após realizar inquérito sumário, deduz acusação para julgamento em processo simplificado». Sendo importante destacar que, por *inquérito sumário*, se deve entender aquele que contempla os actos estritamente necessários para a obtenção das provas simples e evidentes mencionadas no n.º 1 do artigo 372.º-A[15].

Diferentemente, em processo comum, o inquérito é obrigatório e compreende um conjunto alargado de actos, tendentes ao apuramento da existência do crime, de quem foi o seu agente e da respectiva responsabilidade e à descoberta e recolha dos meios de prova (artigo 245.º, n.º 1, do CPP).

Sabe-se como o inquérito se pode revelar uma das fases processuais mais complexas e morosas do processo penal. Nesta medida, a dispensa da fase de inquérito ou a sua tremenda simplificação permitem ganhos consideráveis em termos de simplicidade e celeridade na tramitação do processo penal, com vantagens para todos os sujeitos e intervenientes processuais e da realização da justiça em termos gerais.

c) Conteúdo da acusação

No que respeita ao conteúdo da acusação, no processo simplificado, o Ministério Público tem que incluir os mesmos elementos que inclui na acusação em processo comum – os constantes do artigo 265.º, n.º 3, conforme exige o artigo 372.º-B, n.º 1, do CPP. No entanto, introduz-se uma importante diferença de regime no processo simplificado: a identificação do arguido e a narração dos factos podem ser feitas, total ou parcialmente, por remissão para o auto de notícia ou para a denúncia, assim se

15 Assim mesmo, como elemento de direito comparado, a propósito do processo abreviado, previsto no ordenamento jurídico português, veja-se o que se sentencia num Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa: «*Não é obrigatória a realização de inquérito na forma de processo abreviado, podendo a acusação fundamentar-se apenas em auto de notícia ou em «inquérito sumário», entendendo-se como tal aquele que se cinge aos actos estritamente necessários à obtenção da prova indiciária com as características prescritas pelo nº 1 do art.º 391º-A do CPP*» **– Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03/10/2010, Processo n.º 4483/08.2TDLSB-B.L1-3, disponível em** www.dgsi.pt.

aproveitando, quando possível, os elementos constantes destes – artigo 372.º-B, n.º 1, do CPP.

Apesar da sua aparente modéstia, esta solução pode simplificar muito a actividade do Ministério Público. Na verdade, em primeiro lugar, aquela autoridade judiciária pode ficar dispensada de elencar e descrever os factos que fundamentam a infracção, sendo que esta constitui uma actividade morosa e uma das mais importantes por aquilo que dela depende o resultado final do processo. Em segundo lugar, o Ministério Público pode poupar-se a uma eventual imprecisão na reprodução dos factos que poderia resultar se tivesse que os escrever de novo – com isto, simplifica-se a actividade do Ministério Público que passa, então, a poder fazer uma mera remissão, a qual exige menos tempo e responsabilidade.

d) Prazo para deduzir acusação

Nos termos do artigo 372.º-B, n.º 2, do CPP, a acusação em processo simplificado é deduzida no prazo de 120 dias a contar da (i) aquisição da notícia do crime, tratando-se de crime público; (ii) ou da apresentação de queixa, nos restantes casos[16].

No processo comum, esse prazo é muito mais alargado e é diferente o termo inicial da respectiva contagem. Na verdade, nos termos do artigo 258.º, n.º 1, do CPP, o «Ministério Público encerra o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação, nos prazos máximos de 6 meses, se houver arguidos presos, ou de 8 meses, se os não houver»[17], acrescentando-se no n.º 3 que para «efeitos do disposto nos números

16 Na versão inicial da proposta de lei apresentada à Assembleia Legislativa, este prazo era de apenas *90 dias* – veja-se, neste sentido, a versão inicial do artigo 372.º-B, n.º 2, e o que a este propósito se subscreve na *Nota Justificativa*, pp. 10 e 11. Acontece que «o Ministério Público pronunciou-se no sentido de que este prazo máximo de duração do inquérito poderia ser por vezes demasiado curto e assim não permitir que se faça um uso tão frequente deste novo processo simplificado» – *Parecer*, p. 93, razão pela qual, em sede de discussão da proposta de lei na Assembleia Legislativa, acabou por se gerar um consenso relativamente à necessidade de alargar este prazo para 120 dias. Ainda como elemento histórico, não deixe de se salientar que, em período anterior à apresentação da proposta de lei à Assembleia Legislativa, em concreto, aquando da consulta pública sobre a revisão do CPP, se perspectivava introduzir um regime substancialmente diferente nesta matéria: não só o prazo era menor (30 dias), como era diferente o momento da sua contagem (a partir do encerramento do inquérito). Assim mesmo, veja-se o disposto no *Documento de Consulta*, p. 20, onde se estabelecia que, com «vista a assegurar a rapidez do processo simplificado, propõe-se a fixação de um prazo legal máximo para dedução da acusação: 30 dias a contar do momento em que o Ministério Público dê o inquérito por encerrado». Solução que, como se viu, acabaria por ser abandonada ainda antes da apresentação da proposta ao órgão legislativo.

17 Acrescentando, ainda, o n.º 2 que o «prazo de 6 meses referido no número anterior é elevado para 8

anteriores, o prazo conta-se a partir do momento em que o inquérito tiver passado a correr contra pessoa determinada ou em que se tiver verificado a constituição de arguido».

Como bem se vê, para além de o prazo para deduzir acusação no processo comum ser muito mais alargado do que aquele que se prevê no processo simplificado, o termo inicial para a contagem do prazo no processo simplificado é susceptível de introduzir mais celeridade, por duas razões: i) em primeiro lugar, porque o início da contagem do prazo no processo simplificado é sempre certo, ocorrendo sempre no mesmo período temporal; ii) em segundo lugar, porque, contando-se o prazo a partir da notícia do crime ou da queixa, isso significa que tal contagem ocorre sempre no primeiro momento possível para o efeito, o que demonstra, nitidamente, as pretensões de celeridade que se pretenderam introduzir.

Esta diferença de regime, para além de representar uma vantagem para o arguido e para os eventuais assistente e parte civil, não deixa de ser igualmente vantajosa para as autoridades judiciárias. Na verdade, a previsão de um prazo mais reduzido, mas ainda assim suficiente para a actividade processual em causa, e a certeza e o rigor na sua delimitação, não só potenciam uma justiça mais célere, como reduzem a margem de sindicabilidade das opções e decisões das autoridades judiciárias.

Para finalizar, não deixe de se salientar o entendimento segundo o qual o «incumprimento deste prazo máximo para a acusação pelo Ministério Público implica que o processo terá que seguir a forma de processo comum, deixando-se de poder fazer uso do processo simplificado. Trata-se de um prazo imperativo, cujo cumprimento é essencial para a utilização deste processo especial»[18].

e) Instrução

Elemento diferencial de considerável destaque é este relativo à instrução. Efectivamente, no processo comum prevê-se que, findo o inquérito através de despacho de arquivamento ou de acusação, pode ser requerida a comprovação judicial desta decisão, através da chamada instrução. Ora, tal não sucede com o processo simplificado, onde a fase da instrução não é permitida, uma vez que se prevê expressamente que a mesma «não pode ter lugar nas formas de processo especiais» – artigo 268.º, n.º 4, do CPP.

A omissão desta fase processual representa, em princípio, uma "poupança" de

meses quando o inquérito tiver por objecto um dos crimes referidos no artigo 193.º», disposição que se ignora em corpo de texto por configurar uma mera excepção à regra enunciada.

18 *Parecer*, p. 94.

2 a 4 meses no processo simplificado, duração máxima da instrução nos termos do artigo 288.º, n.º 1, do CPP[19]. Para além da redução da duração temporal do processo, a eliminação desta fase também reduz, na perspectiva das autoridades judiciárias, a contestação às suas decisões, de arquivamento ou de acusação, que deixam de poder ser comprovadas judicialmente.

Note-se que não pretendemos afirmar que a impossibilidade de sindicar judicialmente uma decisão seja necessariamente uma vantagem processual, pois o direito ao recurso é um direito processual fundamental. No entanto, terão que se lhe reconhecer algumas vantagens naqueles casos em que, fundamentadamente, o legislador estabeleça essa impossibilidade, como acontece neste caso de eliminação da instrução nos processos especiais. Entre outras virtuosidades, o processo torna-se mais célere e a sua tramitação mais expedita e simplificada.

f) Assistente e parte civil

Também quanto à participação do assistente e da parte civil o processo simplificado apresenta regras especiais em face do processo comum. Efectivamente, o artigo 372.º-F do CPP estabelece que é correspondentemente aplicável ao processo simplificado o disposto no artigo 369.º, o qual, por sua vez, prescreve que «a pessoa com legitimidade para tal pode constituir-se assistente ou intervir como parte civil se assim o solicitar, mesmo que só verbalmente, no início da audiência». Esta solução difere do processo comum, em dois aspectos: (i) quanto ao momento da constituição de assistente ou da intervenção da parte civil e (ii) quanto à forma do requerimento.

Começando pelo *momento* da constituição ou da intervenção, diga-se que, enquanto no processo simplificado, a constituição de assistente ou a intervenção da parte civil podem ocorrer no início da audiência[20], no processo comum essa constituição ocorre, necessariamente, em momento anterior: **a)** quanto ao assistente, este pode constituir-se em qualquer altura, desde que o faça até 5 dias antes do início do debate instrutório (se nele quiser intervir) ou da audiência; ou até à dedução da acusação ou em simultâneo com esta, no caso de crimes particulares – artigo 57.º, n.os 2, 3 e 4,

19 Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 288.º, nos termos do qual o «prazo de 2 meses referido no número anterior é elevado para 3 meses quando a instrução tiver por objecto um dos crimes referidos no artigo 193.º».

20 Quanto ao *início da audiência*, esta constitui o momento «que vai da declaração da sua abertura [da audiência] até ao começo do interrogatório do arguido» - Manuel Leal-Henriques e Manuel Simas-Santos, *Código de Processo Penal de Macau, - Notas, - Legislação,* Imprensa Oficial de Macau, Macau, 1997, p. 767, em anotação ao artigo 369.º.

do CPP; **b)** quanto à parte civil, a sua intervenção, é dizer, a dedução de pedido cível, deve ser feita, (1) se efectuada pelo Ministério Público ou pelo assistente, em conjunto com a acusação ou no prazo em que esta deva ser formulada; (2) se apresentada pelo lesado não assistente, (2.1) dentro de 20 dias a contar da notificação que lhe é feita especificamente para deduzir o pedido de indemnização, nos casos em que o lesado tiver manifestado no processo, e até ao encerramento do inquérito, o propósito de o fazer; (2.2) ou dentro de 20 dias a contar da notificação ao arguido do despacho de pronúncia ou, se não o houver, do despacho que designa dia para a audiência, nos casos em que o lesado ainda não tenha manifestado no processo o propósito de deduzir pedido de indemnização – artigo 66.º, n.os 1, 2 e 3, e 64.º, n.º 2, todos do CPP.

Como bem se vê, o regime do processo simplificado mostra-se muito menos complexo, reduzindo os trâmites e a exigência de contagens rigorosas e exigentes reportadas a momentos processuais distintos. Esta solução, para além de ser mais expedita do que a do processo comum, contribui, também, para evitar erros ou imprecisões dos vários sujeitos processuais, incluindo das autoridades judiciárias, que assim vêem a sua intervenção mais simplificada e menos passível de contestação judicial.

Quanto à *forma*, realce-se que, no processo simplificado, o assistente e a parte civil podem requerer a respectiva constituição ou intervenção, oralmente ou por escrito. Diferentemente, no processo comum, tais constituição ou intervenção apenas podem ser requeridas por escrito. Destas menores exigências formais no processo simplificado pode resultar uma maior celeridade do processo e uma menor intervenção dos tribunais, que terão que receber menos um acto processual, e das autoridades judiciárias, que terão menos um acto formal sobre o qual se pronunciar, podendo tudo ficar resolvido oralmente.

g) Pedido de indemnização cível

Uma ligeira diferença entre o processo comum e o processo simplificado reside ainda na tramitação do pedido de indemnização cível. Efectivamente, no processo comum a regra é a da dedução do pedido de indemnização cível no processo penal respectivo, apenas podendo ser deduzido em separado nos casos previstos na lei – artigos 60.º e 61.º, do CPP. Diferentemente, no processo simplificado, o pedido pode ser sempre deduzido em separado – art. 61.º, n.º 1, al. g), do CPP.

Esta diferença não pode deixar de apresentar modificações substanciais para a celeridade do processo e para a sua simplificação. Na verdade, apesar das vantagens de o processo penal e o processo cível correrem conjuntamente, é inegável que daí emerge um conjunto de dificuldades processuais práticas, resultantes da necessidade

de articular conjuntamente dois "processos" regidos por regras processuais muito distintas.

h) Audiência

Em matéria de audiência de julgamento, existe também uma diferença assinalável entre a forma de processo comum e a forma de processo simplificado. Na verdade, nos termos do artigo 372.º-C, n.º 2, do CPP, «o juiz designa dia para audiência com precedência sobre os julgamentos em processo comum, sem prejuízo da prioridade a conferir aos processos urgentes». Isto significa que a audiência de julgamento, no processo simplificado, é marcada com prioridade relativamente à audiência de julgamento do processo comum, excepto se este for considerado urgente, nos termos do artigo 93.º do CPP. O que significa, ao mesmo tempo, que o processo simplificado não é um processo urgente, pois o mesmo não passará a estar previsto no elenco de processos urgentes constante do artigo 93.º; significa, tão-só, que a respectiva audiência tem, em princípio, marcação prioritária.

O objectivo desta solução foi, naturalmente, o de contribuir para um julgamento mais célere do arguido. Assim mesmo: «[s]abendo-se que a introdução do processo simplificado tem como objectivo assegurar a celeridade processual, *permitindo que o arguido seja julgado o mais cedo possível*, propõe-se o estabelecimento de uma regra de precedência deste tipo de processo, quanto à fixação da data da audiência, sobre os casos cuja tramitação decorre sob a forma de processo comum, embora sem prejuízo da prioridade a conferir aos processos urgentes»[21].

Desta marcação prioritária retiram-se visíveis efeitos práticos ao nível da celeridade e eficiência do processo simplificado em face do processo comum, excepto nos casos em que este seja considerado urgente.

i) Sentença

No processo comum, a sentença configura uma peça processual, o que significa que a mesma é necessariamente reduzida a escrito. No processo simplificado, prevê-se a *possibilidade* de a mesma ser proferida verbalmente e ditada para a acta, o que potencia evidentes ganhos de eficiência e simplificação processual, com ganhos em termos de celeridade. Ainda assim, note-se que a solução em causa configura mera possibilidade, não impondo ao decisor um qualquer dever de assim proceder.

21 *Documento de Consulta,* p. 21, itálico nosso. No mesmo sentido, *vide Nota Justificativa,* p. 11.

j) Recurso

Em matéria de recurso, o artigo 372.º-G do CPP prescreve que é «correspondentemente aplicável aos recursos o disposto no artigo 372.º», o qual, por sua vez, disciplina que em «processo sumário só é admissível recurso da sentença ou de despacho que puser termo ao processo».

Do exposto, resulta uma evidente diferença do processo simplificado em face do processo comum: neste, a regra é a recorribilidade, só estando excluídos da possibilidade de recurso as decisões cuja irrecorribilidade esteja expressamente prevista – arts. 389.º e 390.º do CPP.

Diferentemente, no processo simplificado, como se viu, só é admissível o recurso da sentença e, para além disso, dos despachos que ponham termo ao processo. Como se conclui, é muito mais restrito o âmbito do recurso nesta forma processual, solução que lhe imprime particular celeridade e reduz a margem de sindicabilidade de decisões interlocutórias que, em muitos casos, se revela impertinente e dilatória.

5. EXCURSO: COMPLEMENTARIDADE ENTRE O PROCESSO SUMÁRIO E O PROCESSO SIMPLIFICADO

Estando a proceder-se a uma análise comparativa entre várias formas processuais, parece-nos oportuno chamar a atenção para o facto de existir uma certa complementaridade entre o processo simplificado e o processo sumário. Esta *complementaridade* é assumida na nota justificativa da proposta de lei da qual viria a resultar a introdução do processo simplificado, na qual, ainda que de forma pouco rigorosa, se diz o seguinte: «[p]ropomos a criação de um processo simplificado que visa possibilitar o julgamento sob forma de processo especial dos casos que não possam ser julgados sob forma sumária, o que muito poderá contribuir para a celeridade processual»[22].

A complementaridade de que se fala manifesta-se, essencialmente, em dois planos[23]. Em primeiro lugar, ao nível do respectivo âmbito de aplicação: efectivamente,

22 *Nota Justificativa*, p. 10. Dizemos que a afirmação em causa é "pouco rigorosa" na medida em que a mesma parece transmitir a ideia de que o processo simplificado foi instituído com o único objectivo de possibilitar o julgamento dos casos que não pudessem ser julgados sob a forma sumária, o que não se mostra correcto.

23 A complementaridade entre o processo sumário e o processo simplificado pode também ser vista de outra perspectiva, qual seja, a de complementaridade ao nível da própria

vimos como um dos casos em que o legislador considera existir provas simples e evidentes, para efeitos do processo simplificado, é aquele em que o agente foi detido em flagrante delito e o julgamento não pode efectuar-se sob a forma de processo sumário – artigo 372.º-A, n.º 2, al. a), do CPP; por outro lado, vimos igualmente que o processo simplificado também se aplica quando o arguido não cumpra as injunções e regras de conduta oponíveis durante a suspensão provisória do processo *sumário* – artigos 372.º-B, n.º 2, e 365.º, n.º 2, do CPP.

Em segundo lugar, tal complementaridade manifesta-se no plano das remessas que se façam do processo sumário para outra forma de processo. Efectivamente, na redacção que lhes foi dada pela Lei n.º 9/2013, os artigos 363.º, n.º 3, e 371.º. n.º 1, do CPP, passaram a estatuir que, quando o processo não possa ser tramitado sob a forma sumária, os mesmos serão tramitados sob «outra forma processual», quando antes se falava na tramitação «sob a forma comum». Esta modificação legislativa teve como propósito específico deixar claro que a remessa do processo sumário para outra forma processual deixa de ser possível apenas para o processo comum, podendo ser feita para qualquer outra forma de processo, incluindo o processo simplificado, quando este se mostre legalmente admissível.

CONCLUSÃO

O processo simplificado foi introduzido, no ordenamento jurídico-penal da RAEM, com o principal objectivo de revitalizar os processos especiais como verdadeira alternativa ao processo comum. Efectivamente, existia um conjunto alargado de casos que, pela sua maior simplicidade, podiam conhecer uma tramitação mais simples e abreviada, diferente da tramitação comum que até então seguiam.

Apesar de envolta em profundos receios, principalmente relacionados com a pouca utilização dos processos especiais existentes, a verdade é que a introdução do processo simplificado pode dizer-se bem-sucedida, havendo registo, até ao momento, de vários processos tramitados sob esta forma especial.

As principais vantagens desta forma de processo residem nas suas diferenças

regulamentação. Efectivamente, como temos vindo a destacar, ao processo simplificado aplicam-se algumas das normas do processo sumário, concretamente, os artigos 369.º e 372.º, por remissão, respectivamente, dos artigos 372.º-F e 372.º-G. Ainda assim, quando aqui falamos de complementaridade pretendemos reportar-nos àquela que se verifica ao nível do âmbito de aplicação, podendo dizer-se que, em certa medida, uma e outra forma de processo se complementam ou completam.

relativamente ao processo comum e são passíveis de detecção ao longo de todas as fases do processo. É importante que as autoridades judiciárias se consciencializem destas vantagens, de forma a poderem fazer uma utilização efectiva e proveitosa desta nova forma processual.

將判決通知未出席審判的嫌犯：澳門特區刑事訴訟法的進步抑或退步？

Inês Pires Marinho[1]

一、引言

在最新的《澳門刑事訴訟法典》修訂案[2]中，對判決通知制度進行了修改（參見舊《澳門刑事訴訟法典》第317條第3款和現時生效的新《澳門刑事訴訟法典》第314條第6款和第7款）。

新的判決通知制度出現在對嫌犯未出席審判的有關制度作出的變更中[3]；因此，要論述前者，必先論及後者，只是論證的深度有所不同。

2013年對《澳門刑事訴訟法典》作出的修訂起因於對訴訟程序進展速度的擔憂[4]，但仍考慮到相關的訴訟權利[5]。提案人的說法是“是次修訂《刑事訴訟法典》的主要目的，是在現有的基礎上，增加對訴訟參與人的權利保障，並希望透過修改現有的訴訟程序和增加新的訴訟程序，達至優化訴訟程序，提高訴訟效率”[6]。

立法者將上述兩方面內容作為基礎，在將判決通知嫌犯的有關制度以及上訴方面提出相關變更。

儘管立法者在修訂法案時謹慎小心，但法律的闡釋者和實施者仍對變更

1 法律碩士 (萊頓大學, 2005年; 里斯本大學, 2009年)，在澳門大學法學院完成博士課程; 前澳門特別行政區政府立法會顧問. 本文所闡述的觀點只代表作者本人的觀點和立場，不約束任何其他實體。

2 由刊登在8月26日第35/2013號第一組《澳門特別行政區政府公報》上的第9/2013號法律通過，並由刊登在11月25日第48/2013號第一組《政府公報》上的第354/2013號行政長官公告頒佈。欲知該法律進行的修改的簡單介紹，見António Santos, «Revisão do Código de Processo Penal», 載於《Legisiuris – Legisiuris de Macau em Revista》, Ano 2, 第3期, 第53至58頁 (葡萄牙語版本)。

3 在2013年之前這個術語沒有被《澳門刑事訴訟法典》採用，是在2013年修正案中才被採用的，也是爲了本條款的效力會被提及的主要術語；理解兩個現實，即雖然如此，《澳門刑事訴訟法典》還制定了並不容易區分的規定：在嫌犯不合作的情況下，無法出席聽證的情況和缺席裁判的情況【參見澳門特別行政區立法會第三委員會第3/IV/2013號意見書（以下簡稱意見書）第103和104頁】。

4 意見書第97頁及後續頁。

5 更多詳情，見意見書第5至7頁。

6 《刑事訴訟法典》修正案的理由陳述，在意見書第5頁援引。

的內容作出反思，質疑這些變更是否最終會造成對刑事訴訟權利不可容忍的削弱，因為考慮到在澳門特別行政區刑事訴訟程序制度中“通知”對“提起上訴”所起到的作用，後者是保證《澳門刑事訴訟程序法典》中嫌犯權利的固有內容；另一方面，在澳門適用的國際義務同樣重要，尤其是《公民權利和政治權利國際公約》（PIDCP）[78]第14條規定的公正程序的權利和相應的保障。

本文旨在分析2013年在將判決通知嫌犯的有關制度中作出的變更、有關提出上訴的規定的變更以及該些變更最終對訴訟主體權利所造成的影響，本文亦將對訴訟主體進一步作出分析。

二、2013年的修改——介紹及概括分析

在2013年之前，根據在嫌犯缺席審判這個特定制度上的一般規定，《澳門刑事訴訟法典》在思路上追隨著特別保證的理念，這與澳門法典的法律淵源《葡萄牙刑事訴訟法典》，至少是它的原始版本，保持著相同的做法[9]。

在引言中已經指出，判決通知的新制度和嫌犯缺席判決制度（也受通知制度的修改部份的約束[10]）相比較，修改的幅度更廣。

正如意見書中概括的那樣，在2013年之前，《澳門刑事訴訟法典》“為確保辯論原則及直接原則，現行第三百一十三條要求嫌犯在審判聽證時必須在

7 根據《基本法》第40條和公佈在2001年2月14日第7號第二組《政府公報》的第16/2001號行政長官公告的規定，這在澳門特別行政區是適用的。

8 欲瞭解關於這個國際公約的概要信息，見http://legal.un.org/avl/ha/iccpr/iccpr.html。更多詳情，見Sarah Joseph和Melissa Castan, 《THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS – CASES, MATERIALS AND COMMENTARY》, 第三版, Oxford University Press出版社, 英國, 2013年，以及其他文獻。也可以查詢《公民權利和政治權利國際公約》的一般性評論，由聯合國人權委員會製作，對這個公約的適用有著決定性的作用。正如Javais Rehman（P.R Ghandi援引），“這些一般性評論的一般目的是爲了使委員會的經驗可用於所有的會員國，以促進公約更有效的執行（……）”，《International Human Rights Law》, 第二版, Pearson Education Limited, Edimburgo出版社, 2010年, 第118頁。這些一般性評論可見http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11。

9 比較舊《澳門刑事訴訟法典》第313至316條的表述和《葡萄牙刑事訴訟法典》原始版本的第332至335條的表述（這些條款應和原始版本上規定在第111條及後續的通知制度結合一起看），可以發現一些相似之處。雖然如此，從1998年開始，由於葡萄牙法院運作的特殊原因，當時出現的一些變遷以及和歐盟成員國之間的關係相關的問題，嫌犯缺席審判和通知聽證的制度遭受了重大的變化，這也不乏批評之聲。今天，這兩部法典在關於這方面的規定雖然仍然有著相似的法理，即保護刑事訴訟程序參與人，特別是嫌犯，但是仍存在很多不同。例如參見Teresa Pizarro Beleza, «Julgamento de ausentes: o tempo («celeridade») e o espaço («ausência») na reforma do processo penal», 載於《O PROCESSO PENAL EM REVISÃO》, Universidade Autónoma de Lisboa出版，1998, 第49至60頁; António Luís dos Santos Alves, «Mandado de Detenção Europeu: julgamento na ausência e garantia de um novo julgamento», 載於《Revista do Ministério Público》, 26年, 第103期, 2005年7月-9月, 第65至78頁; Paulo Pinto de Albuquerque, 《COMENTÁRIO DO PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM》, 第四版(修訂版), Universidade Católica Editora出版社, 里斯本, 2011年, 第299頁及後續頁 (關於向他們通知行為和召集)和第857頁及後續頁(關於嫌犯缺席審判)。

10 參見《澳門刑事訴訟法典》第98條及後續條款。

場且聽證完結前不得離開，同時亦規定須採取必要及適當的措施以確保嫌犯在場，除非嫌犯之前已被訊問且法院認為嫌犯在場非屬必要者。嫌犯不到場被視為構成中斷或押後聽證的充分理由，而中斷或押後的次數是沒有上限的規定，儘管根據第一百零三條及三百一十四條的規定，不到場的合理解釋須經由法院認定，以及如嫌犯的不到場欠缺合理解釋，則法官可按法律規定，對嫌犯科處罰金或命令將之拘留或羈押”。

因此，委員會在意見書中繼續論述，“從現行第三百一十五條所規定的內容可結論出，無嫌犯出席之聽證制度屬特別制度，只在嫌犯不可能到場的情況下才適用，並容許嫌犯聲請或同意聽證在無其出席之情況下進行。此制度是有別於缺席審判制度，因為根據現行第三百一十七條規定的內容可知，缺席審判制度是適用於嫌犯因欲設法逃避法律的制裁或不知道其已成為某刑事訴訟程序中的嫌犯，因而缺席及不與法院合作的情況”[11]。

因此，在2013年之前，在這個方面至少可能出現三種情形[12]：

1）如果嫌犯不在場，聽證會被押後【只要主持聽證的法官有理由相信可在五日內證實其出席（參見第314條第1款）[13]】，問題在第一階段就被保證，因為一般來說，通知將會在嫌犯在場時通過在聽證中宣讀判決作出[14]，因為有理由相信嫌犯可以在前述聽證中出席（這是聽證被押後的前提）。為此，主持聽證的法官採取必要和法律上允許的措施使得嫌犯出席（參見第314條第1款的最後部份）。但是，如果這些措施無用的話，就轉為適用舊的第316條和第317條規定的制度（見下文）。或者，雖然審判押後的次數沒有上限，但如果嫌犯持續缺席的話，應該也要作出缺席判決；

2）嫌犯已經請求並同意缺席裁判（因嫌犯不可能到場出席聽證，尤其是基於年齡、嚴重疾病或在澳門特別行政區以外居住之理由者），為著一切可能發生的效力[15]，嫌犯均由辯護人代理（參見《澳門刑事訴訟法典》舊的第315條第2款和第3款）。如果法院其後認為嫌犯的到場屬絕對必要者，則命令其到場，有需要時將聽證中斷或押後（參見《澳門刑事訴訟法典》舊的第315條第4款）。在這些情況下，這被視為“同意不到庭”，判決的通知和提起上訴的程序就是與缺席審判相同的程序[16]。

3）如果嫌犯仍然缺席，則以告示及公告作出通知（《澳門刑事訴訟法典》舊的第316條）[17]。即使如此，嫌犯在聽證當日仍然缺席，則進行缺席審判

11 參見意見書第98頁。

12 在這裡簡易訴訟程序並不適用。

13 實際上，可以連續押後，在《澳門刑事訴訟法典》中沒有明文限制。

14 參見《澳門刑事訴訟法典》第353條第4款。

15 在這些情況下，法院還可以認為嫌犯的到場屬絕對必要者，則命令其到場，有需要時將聽證中斷或押後。

16 見澳門中級法院2011年9月22日第531/2011號判決，見http://www.court.gov.mo/sentence/pt/7913；或者該法院2009年4月23日第240/2009號判決。

17 2013年修正案在本質上並沒有改變這項制度的這個部份（參見意見書第102頁）。

（根據《澳門刑事訴訟法典》舊的第317條的規定）；在這種情況下[18]，在一切可能發生之效力上，嫌犯均由辯護人代理（參見該條第1款）。然而，爲了保障嫌犯的權利，該制度規定，判決必須當面通知嫌犯，一旦嫌犯被拘留或自願向法院投案時通知。換句話說，通知必須當面作出，僅有辯護人在聽證和宣讀判決時出場是不夠的。

正如已經指出的，所有這些在大部份上都已經被修改了。2013年修正案的立法者意在通過嫌犯缺席審判的新規定來限制聽證押後的情況發生，“將此制度吸納在新訂的嫌犯無出席的聽證制度內，並為進行嫌犯無出席的聽證提供方便。據理由陳述所載：‘除法律規定嫌犯可缺席審判的情況外，現行法律規定，原則上，嫌犯在聽證時必須在場，但法律並沒有限制庭審時因嫌犯有合理解釋的不到場而押後聽證的次數。因此，我們建議當依規則被通知的嫌犯首次缺席庭審，如嫌犯缺席有合理解釋或法官認為為發現事實真相嫌犯的在場屬絕對必要，聽證方可押後（《刑事訴訟法典》第三百一十四條第一款）。如聽證押後，主持聽證的法官則須採用第二百九十五條第二款及第三款的規定通知嫌犯新指定的聽證日期，而如屬第二次押後，該通知亦須載明如嫌犯再次缺席則進行無其出席的聽證的告誡（《刑事訴訟法典》第三百一十四條第三款）。總括而言，經修改後，因嫌犯不出席而押後聽證的情況，最多可能出現兩次。如法官在嫌犯不在場的情況下開庭，詢問或聽取在場人士的聲明後，當嫌犯其後到場時，法官應扼要告知嫌犯在聽證中其不在場時所發生的事情，以確保辯論原則及直接原則，否則無效（《刑事訴訟法典》第三百一十四條第四款）’”[19]。

事實上，《刑事訴訟法典》仍認為“按照第三百一十三條第一款的規定，嫌犯聽證時在場是強制性規定”[20]，但是“日後如欲將嫌犯無出席作為押後聽證的理由”，將會變得相當[21]困難，“因為修改正是為了避免因嫌犯的缺席而導致出現遲延，而遲延有時候可以是一種拖延的手段”[22]。這樣，《刑事訴訟法典》“建議更嚴謹的規定，根據第一百零四條所載，只是在法官認為嫌犯的缺席是有合理解釋時，才將聽證押後，或根據第三一十四條第一款的規定，只在法官認為為發現事實真相嫌犯的在場屬絕對必要時，方予以押後”[23, 24]。

但是，關於嫌犯缺席審判制度的修改還不止於此。此刻有人說，就算這些修改就是全部的修改，那麼也不是少量的修改，而且都十分重要[25]，這在立法會的《澳門刑事訴訟法典》修正案討論期間引起了為時不短的反響[26]：最終，嫌犯

18 正如舊《澳門刑事訴訟法典》的第315條。

19 參見意見書第98和99頁。

20 參見意見書第99頁。

21 同上。

22 同上。

23 參見意見書第99和100頁。

24 更多詳情，也可見Manuel Leal-Henriques，《澳門刑事訴訟法典注釋與評述》，第二冊（第176條到第361條），法律及司法培訓中心2014年版，澳門，第593和594頁。

25 Manuel Leal-Henriques也這樣認為，參見同上，第592頁。

26 委員會確認：“曾就上指模式進行技術性討論，試圖分析修改該刑事訴訟制度將帶來的有關後果，尤

缺席審判制度的框架設計不得不由一個非常謹慎的人去做，因為根據刑事訴訟法的一般原則，尤其是辯論原則[27]，這應該是特殊的。

事實上，在這個背景之下，被倡議的修改還不止這些。立法者認為，在《澳門刑事訴訟法典》可能作出的修改中，有一個附加的方面也同樣需要權衡和研究。這個問題就是指《澳門刑事訴訟法典》舊的第317條第3款和舊的第100條第7款、舊的第401條第1款之間的配合問題[28]。

在2013年之前，缺席審判、提起上訴以及該上訴期間的計算這些規定幾乎總是[29]被理解為要依賴於嫌犯自願出席在聽證上或被拘留：以前，原則上這不並認為存在對判決的通知。

實際上，《澳門刑事訴訟法典》舊的第100條第7款規定“【……】通知得向其辯護人為之，但【……】聽證日期之指定、判決等之通知【……】除外”；接下來，正如前面所指出的，舊的第317條第3款規定“一旦嫌犯被拘留或自願向法院投案，須立刻將判決通知嫌犯”。只有從這些時刻起才能開始計算提起上訴的期間，因為舊的第401條第1款規定“提起上訴之期間為十日，自裁判通知或判決存放於辦事處之日起計；如屬口頭作出並轉錄於記錄之裁判，且利害關係人在場或應視為在場者，則自宣示該裁判之日起計”。

因此，這個制度框架引起了令人厭煩的程序待決和判決的不執行[30]，尤其

其是無嫌犯出席的聽證是否真的能解決審判中因嫌犯不合作而存在的困難。然而，須指出，法案沒有就以下兩種情況作出明確的區分：第一是，嫌犯長久以來從不出席審判聽證，且從不跟進程序的情況；第二種是，嫌犯只是一次或兩次不出席審判聽證（不論是否有合理解釋），但其餘聽證均有出席及一直由跟進整個程序，且有作出申辯及行使辯護權的情況。現行缺席制度的作用是，針對第一種雖然不是常見的情況，即在不可能找到嫌犯或嫌犯逃避法律制裁（通常逃到外地）的情況下，可進行無嫌犯出席的審判以及容許其由辯護人代理。此情況有別於例如因患病而只一次性無出席審判聽證，除此次缺席外，為了辯護參與且通常出席審判聽證的情況。法案將缺席審判制度吸納在嫌犯無出席聽證的這個較屬於一般性的制度內，同時認為新的制度亦能適用於一直缺席聽證及通常不可能通知嫌犯的情況，並為此採用告示方式作出通知。這立法解決方案是否真的能回應現時由無出席審判這特別制度所要解決的狀況，只可留待日後由司法實踐來評定。此外，第三百一十四條至第三百一十七條層因其在法案中的安排導致產生很多與不同條文事項的劃分的相關技術性疑問。曾多次提醒提案人必須考慮因系統編列而導致關於嫌犯缺席、聽證押後及進行嫌犯無出席的聽證等規定在理解上及適用上出現潛在的困難。然而，提案人決定保留法案最初文本所採用的系統編列。”（摘自意見書第103頁和第104頁）。

27 雖然這不是該條文的核心目的，但是根據《公民權利和政治權利國際公約》的保護對象（參見該公約第14條丁項的第一部份），按照國際法這不能完全保障其程序權利。事實上，確立嫌犯必須出席的例外的可能性是存在的，尤其是當事人已經放棄其出席的權利時。在這個方面，要強調的是，當事人已經及時獲得通知並知道聽證的日期和地點。更多詳情，見Jixi Zhang，《Fair Trial Rights in ICCPR》，載於《Jornal of Politics and Law》，第二卷，2009年12月第4期，見http://www.ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/4502/3855。

28 問題並不是因為和“缺席審判”相同的情形被提出，因為在這些情形中，正是因為得到嫌犯對缺席審判的同意或者法院同意嫌犯的聲請的前提下才得以作出。見上述的中級法院的裁判。

29 Manuel Leal-Henriques指出，關於雖然嫌犯沒有當面獲通知，仍能提起或不提起上訴的可能性問題引起了一些爭論。事實上，作者斷言“第6條中的一項革新引起了關於司法通知的激烈爭論（……）。在這些情況下（嫌犯一直無法聯繫上），有些法院的判決允許將判決通知於辯護人，賦予其自那時起可提起上訴，有些法院判決認為這不可行。”，參見同上，第594頁。

30 不得不注意的是，正如在其他情形中一樣，並不是所有的情形都會有專門的數據統計來評估爭論的範圍以及這項措施是否必需。存在整理過的數據，尤其是在澳門特別行政區的法院網站上可以查詢（http://www.court.gov.mo/pt/subpage/statisticstui）；在實際操作中，例如，似乎去瞭解有多少因無法通知嫌犯而缺

是在澳門這樣一個跨境人口（無論是本地或外地勞工，抑或是遊客）流動如此頻繁[31]的城市，以及還引起了社群中可能整體地對法律產生的質疑[32]。

所以，立法者在立法會的立法工作過程中提出了這個問題。從對一可能性的分析出發進行權衡，即雖然通知只能向嫌犯當面作出，但是在嫌犯持續缺席的情況下，是否可由辯護人提交上訴（因為嫌犯不合作）。到這裡，通知必須向嫌犯當面作出，正如前面所述的當嫌犯被拘留或自願向法院投案時（參見《澳門刑事訴訟法典》舊的第317條第3款）；雖然根據《澳門刑事訴訟法典》舊的第317條第1款的規定，在一切可能發生之效力上，嫌犯由辯護人代理並出席。

分析之後，立法者決定修改並確認判決應該繼續通知嫌犯（根據到那時為止仍然有效的規定），但是嫌犯的辯護人應該出席聽證（參見《澳門刑事訴訟法典》新的第314條第5款）。

這樣，《澳門刑事訴訟法典》新的第314條第6款修改為“一旦嫌犯被拘留或自願向法院投案，判決須立即通知嫌犯”。

立法者還附加了一項修改，並且還是這方面一項更為重要的修改：現在，辯護人可以依法以嫌犯的名義提起上訴（參見《澳門刑事訴訟法典》第314條第6款）。換言之，現在確定了一個彈性機制，當一直無法聯絡到嫌犯的時候，這個機制原則上允許打破程序的僵局，減少法院的程序待決。

也就是說，程序不再會單純因為嫌犯的缺席（嫌犯不合作）導致無法將判決作出通知而停滯不前[33]。程序可以繼續，可以提起上訴。這背後的邏輯是辯護人接到判決的通知，於是辯護人可以代表他的客戶提起上訴[34]，要記住的是，作為辯護人，其義務就是維護和保衛客戶的利益和權利[35]。要注意的是，在2013年前，《澳門刑事訴訟法典》並沒有忽視辯護人的關鍵作用（這是刑事訴訟程序的根本要素），當時理解為判決的通知應該向嫌犯當面作出，之後才能提起上訴，從而不使嫌犯的權利受影響。

因此，爲了和引進的這項修改達到平衡，立法者又增加了一個彈性機制，以保障嫌犯的權利，這個取向貫穿著這次整個的立法嘗試。

席審判，之後沒有提起上訴的案件的數量。這個事實對一般政策和立法規劃來說並不正面：立法者應該在瞭解一個社會問題或者一個法院系統難題或者法律制度問題的具體數據之後才進行立法。這些問題的評估借助於不斷的和司法程序相關的統計數據。這並不是一件簡單的事情，它是一個穩定的政治和立法規劃的根本要素。

31 相關統計數據見澳門統計暨普查局網站（http://www.dsec.gov.mo/default.aspx?lang=pt-PT）。

32 關於這點，Manuel Leal-Henriques寫道：“以前，根據第317條第3款的規定，在缺席審判時，判決也要通知嫌犯，一旦嫌犯被拘留或自願向法院投案時通知。這就會導致，當嫌犯一直無法獲通知，判決沒法傳達，那麼判決就永遠不會被執行。”，參見同上，第594頁。

33 雖然用詞不同，但是這裡仍然保持不合作的意思。

34 “第6條中的一項革新引起了關於司法通知的激烈爭論。以前，根據第317條第3款的規定，在缺席審判時，判決也要通知嫌犯，一旦嫌犯被拘留或自願向法院投案時通知。這就會導致，當嫌犯一直無法獲通知，判決沒法傳達，那麼判決就永遠不會被執行。（……）從此刻起，爭論的熱度已經減退（如果不出問題的話），因為立法者（……）增加了由辯護人以嫌犯名義提起上訴的可能性”，Manuel Leal-Henriques，參見同上，第594頁。

35 參見澳門律師公會的《職業道德守則》第16條，該守則由第121/GM/92號批示通過，公佈於12月31日的第52/1992號《政府公報》上。

如此，如果辯護人沒有以嫌犯的名義提起上訴，那麼提起上訴的期間就只自該判決通知嫌犯之日起計（參見《澳門刑事訴訟法典》新的第314條第7款）。

立法者在處理這方面時是非常謹慎的，這點不容質疑，在委員會關於《澳門刑事訴訟法典》修正案的意見書中可以反映出這一點，意見書上說："對於該問題亦進行了分析，並考慮了如允許辯護人以無出席嫌犯名義提起上訴可能造成的影響。該解決方案一方面能讓訴訟程序更快地完結，上級法院可更快捷地裁定嫌犯有罪或無罪，從而有助儘早澄清嫌犯的法律狀況。但另一方面，亦可能帶來風險，即無出席嫌犯可能在沒有親身接觸有關訴訟且沒有親自行使辯護權的情況下，而被確定判罪。法案新文本設法為該問題尋求平衡的解決方案，【……】"[36]。

或者，"該解決方案首先透過允許辯護人一經通知有罪判決便可以嫌犯的名義提起上訴，從而開闢了立即就有罪裁定提起上訴的路徑（新的第三百一十四條第六款）；其次，也為嫌犯提起上訴的期間計算設定了一個二元制度，一個是以通知辯護人為開始計算該期間的原則，但如在辯護人選擇不提起上訴情況下，則採取另一計算方法，即由嫌犯親自獲通知之日起計，也就是當嫌犯被拘留或自願向法院投案時獲通知之日起計算。該用作計算提起上訴期間的二元制度旨在避免因辯護人在獲通知後卻沒有行使上訴權而喪失該上訴權利"[37]。

目前，在澳門特別行政區程序法的結構和原則的背景下，站在內部角度上，預先指出雖然2013年推崇的解決方案是革新性的，但是立法者找到的平衡並沒有以一種令人難以接受的方式去減少嫌犯的權利。然而，當分析在澳門特別行政區適用的國際法時，且該適用是強制的，試看我們是否還能得出相同的結論。

三、依據適用的國際法對2013年修正案進行分析

在2013年之前，在《澳門刑事訴訟法典》中提倡的解決方案是以上世紀九十年代的《葡萄牙刑事訴訟法典》的規定作為其淵源的。該規定時至今日仍具約束力，尤其是《公民權利和政治權利國際公約》（尤其前面提及的第14條）、《歐盟基本權利憲章》[38][39]和 以及《歐洲人權公約》（第6條）。雖然根據《澳門特別行政區基本法》第40條的規定，《歐洲人權公約》在澳門特別行政區法律體制中可能失去其意義[40] ，但《公民權利和政治權利國際公約》仍佔據著重要的地

36 見意見書第105頁。

37 同上。

38 由歐盟官方公報公佈(C-364, 2000年12月18日, 第0001至0022頁),正文參見 http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

39 還有其他歐盟法律淵源，尤其是關於刑法司法協助的法律淵源，例如可參見http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.6.html.

40 這個問題可一直作為思考的對象。要注意的是，例如，在香港特別行政區，直至今日，《歐洲人權公約》仍作為司法執法者特別是法官的參考，參見Chen, Albert，《國際人權法和國內憲法：香港憲法的國際化》, 載於《國立臺灣大學法律評論》, 第4卷, 第3期, 2009年版, 第237至334頁, 或 Carole J. Petersen, 《接受普世標準？國際人權條約在香港憲法法理學的作用》，載於《AAV (EdsHualing Fu, Lison Harris,

位。所以，該公約繼續塑造著澳門特別行政區遵循的有關公正程序的法律框架。

因此，如上所述，根本問題在於明確2013年推行的修正案是否與澳門特別行政區適用的國際法規定相衝突。

儘管澳門特別行政區內法和國際法在刑事訴訟法的重大原則中沒有相去甚遠[41]，但應強調的是，《公民權利和政治權利國際公約》並未直接提及判決通知[42]及其上訴效力的問題。

鑒於此，不得以任何方式不履行《公民權利和政治權利國際公約》第14條[43]，這個條文很複雜[44]，但是對刑事訴訟進行了重點規定 。這是因為，雖然該公約未明確提到判決通知及其在提出上訴中的效力，但重要的是，不要忘記該國際公約法規不限於針對刑事訴訟，所以它規定的是應該由審判權保障的最低限度的權利[45]。換言之，不應預期在公約中找到同澳門特別行政區內法一樣具體的規定。

此外，儘管如此，《公民權利和政治權利國際公約》第14條是以顯著的法律複雜性和密集性為特點的，正因為如此而使人確信，可以通過法律解釋提取出具體適用該條的基本要點，即對2013年推行的關於判決的通知和在嫌犯缺席的情況下提起上訴的修改方案的影響的分析。

國際法對此的要求有以下幾點：

第一，基於辯論原則，橫向規定可以享有公正程序[46]的權利（參見《公民權利和政治權利國際公約》第14條第1款和第3款）。為完全遵守該要求，當事人應被及時告知（或反之應告知當事人）控訴的性質和動機（使用當事人可理解的語言詳細地說明）（參見本公約的第14條第3款甲項），以期實現充分辯護。為此，應保障嫌犯作出準備[47]而需要的所有條件（參見本公約第14條第3款乙項）[48]。

Simon NM Young), 解讀香港基本法，一致性的爭取》，Palgrave Macmillan出版社,美國, 2008年版, 第33至53頁。

41 這並非偶然:《公民權利和政治權利國際公約》自生效以來，已逐漸形成域內法，特別是在刑事訴訟程式中賦予其多個管轄權，否則可能會造成非積極評價 (不負面) ，並且人權委員會將提交遵守相關權利的建議。

42 如比較英文、法語和西班牙語版本的《公民權利和政治權利國際公約》，可發現在所有版本中其第14條中的詞彙僅在葡語中重新使用“指控”一詞。

43 《公民權利和政治權利國際公約》中該條是《公民權利和政治權利國際公約》第32號一般性意見的對象(人權委員會文件CCPR/C/GC/32, 2007年8月23日, 參見http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f32&Lang=en)。

44 參見《公民權利和政治權利國際公約》第32號一般性意見第3段和《公民權利和政治權利國際公約》第14條，以及Sarah Joseph和 Melissa Castan所做分析, 同前, 第430 至520頁, 或Jixi Zhang, 同前, 第39 至43頁。

45 或者，賦予的審判權可以超出第14條範圍，但不得低於14條規定的程序保障。

46 參見Jixi Zhan, 同上，第39頁。

47 參見《公民權利和政治權利國際公約》第32號一般性意見第3段和《公民權利和政治權利國際公約》第14條。

48 每個要素應在《一般性評論》中做出具體處理。

這個條文還明文規定，嫌犯應該出席受審[49]（可以親自替自己辯護或經由法律援助的辯護人辯護）【參見該條丁項】；審判應該公開【參見第14條第1款的第二部份，雖然可能存在為保護其他基本權利而不予公開的例外情形】[50]，以及有權向上級法院提起上訴（參見該條第5款）。

如果並沒有明確具體地規定（重申）判決的通知，也沒有規定通知和上訴之間的關係[51]，可以和指控的一些要求（和理由）、公開判決的要求以及上訴權利的完全行使（由本條約的第14條第5款得以確認）做一個對比。

這樣，可理解為，這就像當一個人不知曉對他提出的指控內容時，就不能完全像《公民權利和政治權利國際公約》要求那樣作完全辯護，同樣地，這也適用於判決，如果一個人對於他被判刑，或者對確定刑罰幅度的依據等內容不知情時[52],很難完全履行其上訴權[53]。

因而，在《公民權利和政治權利國際公約》第14條的背景下，對控訴有效的，大部分也應當對判決有效。

本文分析的2013年對判決的通知以及提起上訴的修改並沒有破壞澳門對《公民權利和政治權利國際公約》中義務的履行，這點毋庸置疑。對於一些特殊情況，引入彈性機制，例如當嫌犯在判決時仍未通知到時，審判在嫌犯缺席下進行。然而，嫌犯還應當獲得判決的通知，如果其辯護人並沒有提出上訴（這在現在是可以進行的），上訴制度以及上訴期間的計算仍以對嫌犯進行判決通知為基礎。

要注意的是，同樣也是這些國際義務維護著迅捷、高效的正義。[54]換言之，《公民權利和政治權利國際公約》同樣在尋求2013年立法者推動的於本文分析的這兩個方面的平衡。

即便如此，僅有通過未來對澳門特別行政區有關實行《公民權利和政治權利國際公約》評估的考量，才可以知曉這個觀點是否會通過人權委員會的認同。

49 要注意的是，嫌犯的出席並不能完全保障其權利。針對這點，《公民權利和政治權利國際公約》第32號一般性評論中關於第14條是這樣說的：“第十四條第3款(丁)項含有三個不同保障。第一，要求被告有權在出庭受審。在某些情況下，為適當進行司法有時允許缺席審判；比如，儘管及時事先將審判及時通知被告，但被告拒絕行使出庭權利。因此，只有採取必要措施及時傳喚被告並事先通知其審判的日期和地點，請其出庭，這類審判才符合第十四條第3款(丁)項。”（參見第32號一般性評論第36段）

50 “即便拒絕民眾列席旁聽，作出的判決，包括主要調查的結果、證據和法律推論，除非青少年的利益另有要求或者訴訟涉及婚姻爭端或兒童監護權。應予公開。”，第32號一般性評論第29段。

51 但是，雖然如此，在這已經確認立法者可以比第14條規定得更多。這本來可以是關於這個方面所涉及的其中一個方面，不管是在《澳門刑事訴訟法典》的原始版本上，還是在2013年的修正案中。然而，這不是我們所維護的立場。下文詳述。

52 這是要求公開判決的部分原因，如同上文提到一樣。

53 此外，《公民權利和政治權利國際公約》要求進行公開判決，可以體現公約對該觀點的支持。這一個要求僅在一些例外情況不被執行，即當這些例外情況會引起與其他相比較的基本權利相關的擔憂時。此外，根據第32號一般性意見，這些擔憂並不意味著沒有必要對嫌犯進行判決的通知。這些擔憂涉及到一般公眾，這是因為《公民權利和政治權利國際公約》規定，判決應當公開宣佈。

54 請看已引用的對於《公民權利和政治權利國際公約》第32號一般性意見的第27與35段。

四、結論

在一定程度上，我們已經得出了有關嫌犯缺席審判判決的通知、以及在該情況下提起上訴的根本性結論。

概而言之，2013年推行的有關嫌犯持續缺席時判決的通知以及相關的提起上訴制度的立法政策方案，既沒有違背《澳門刑事訴訟法典》的內在法理，也沒有和在澳門特別行政區必須遵守的國際法義務相衝突。

關於判決的通知以及可以由辯護人當面獲得通知並提起上訴的制度，在此借用負責這項立法程序的委員會的話作為結束語：

“委員會認同該制度是創新的立法解決方案，即使是從比較法的層面亦然。基於澳門本身的特性，特別是其面積及人口流動方面的特點，採用該方案亦是合理的，但是否能適當地回應就無嫌犯出席的聽證中所作的審判在提起上訴方面可能存在的實際困難，則只能從日後的司法實踐中才可得出正面的結論。然而，根據載於法案第六條第一款所指的過渡制度，該新方案亦適用於仍然待決的訴訟程序，此規定將容許澳門的刑事訴訟體系中相當數量的訴訟程序得以完結，不論最終的裁判為何亦有助於加強法律的確切性。”[55]。

所以，正如立法者本身也承認，只有時間和法律實踐才能最終確認這項解決方案是否適應澳門特別行政區的社會和法律的需求。

55 見意見書第106頁。

A NOTIFICAÇÃO DA SENTENÇA NOS CASOS DE JULGAMENTO NA AUSÊNCIA DO ARGUIDO: UM PASSO À FRENTE, DOIS PARA TRÁS, EM MATÉRIA DE DIREITOS PROCESSUAIS NA RAEM?

Inês Pires Marinho[1]

1. INTRODUÇÃO

Nas recentes alterações do Código de Processo Penal da Região Administrativa Especial de Macau (CPPM)[2], procedeu-se à modificação de alguns aspectos do regime de notificação da sentença (cf. antigo n.° 3 do artigo 317.° do CPPM, hoje n.°s 6 e 7 do artigo 314.°).

Este novo regime de notificação da sentença integra-se num conjunto de alterações mais amplo, relativo ao regime do julgamento na ausência do arguido[3]; pelo que falar do

1 *Mestre em Direito (Universidade de Leiden, 2005; Universidade de Lisboa, 2009); Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Macau; Ex-Assessora na Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau. As opiniões expressas no presente texto são da exclusiva responsabilidade da autora e as opiniões e posições nele sustentadas são-no a título pessoal, não vinculando qualquer entidade.*

2 Aprovado pela Lei n.° 9/2013, publicada no Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau (BO) n.° 35/2013, I Série, de 26 de Agosto; e republicado pelo Despacho do Chefe do Executivo n.° 354/2013, no BO n.° 48/2013, I Série, de 25 de Novembro. Para uma brevíssima apresentação das alterações promovidas por este diploma, veja-se **António Santos**, «Revisão do Código de Processo Penal», *in* Legisiuris – Legisiuris de Macau em Revista, Ano 2, n.° 3, p. 53 a 58 (versão portuguesa).

3 Não sendo esta terminologia adoptada pelo CPPM até 2013, ela é aquela que foi adoptada nas alterações promovidas naquele ano, e, para efeitos do presente artigo, aquela a que predominantemente se fará referência; por compreender as duas realidades que o CPPM, apesar de tudo, sempre regulou ainda que com contornos nem sempre fáceis de se distinguir: os casos de impossibilidade de comparecer na audiência e o julgamento à revelia, nos casos de arguidos não cooperantes [cf. página 103 e 104 do Parecer n.° 3/IV/2013, da 3ª Comissão da Assembleia Legislativa da RAEM (doravante Parecer)].

primeiro implica, necessariamente, falar do segundo, ainda que com profundidades distintas.

Antes de se entrar na análise em concreto de tais alterações, comece-se por dizer que o desenho das alterações ao CPPM, em 2013, no seu todo, foi ditado por preocupações relativas à celeridade processual[4], ainda que sem se descurar os direitos processuais em causa[5]. Nas palavras do proponente «*[a] presente revisão do CPP tem como objectivos principais, com base no regime já existente, reforçar a protecção dos direitos dos intervenientes processuais, bem como, esperando com as alterações aos trâmites processuais vigentes e a introdução de uma nova forma de processo, atingir uma optimização do processo penal e uma promoção da celeridade processual*»[6].

Estes mesmos dois vectores ancoraram também as soluções preconizadas pelo legislador em sede do regime da notificação da sentença ao arguido e alterações conexas em matéria de proposição de recurso.

Acontece que o teor destas alterações — pese embora as cautelas do legislador — não pode deixar de levar o intérprete e o aplicador da lei a reflectir se as mesmas podem, ou não, consubstanciar uma diminuição (eventualmente) intolerável dos direitos processuais em matéria penal, considerando a função que a notificação desempenha no que se refere à interposição de recurso no regime processual penal da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), inerente à lógica interna garantística em matéria de direitos do arguido do CPPM; e, por outro lado, não de menor importância, perante o que são as obrigações internacionais aplicáveis na RAEM, em particular o artigo 14.° do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)[7,8],

4 Páginas 97 e seguintes do Parecer.

5 Para mais desenvolvimentos, vejam-se páginas 5 a 7 do Parecer.

6 Nota justificativa que acompanhou a proposta de lei intitulada «Alterações ao Código de Processo Penal», citada na página 5 do Parecer.

7 Aplicável, na RAEM, por via do artigo 40.º da Lei Básica e nos termos do Aviso do Chefe do Executivo n.º 16/2001, publicado no BO, II Série, n.º 7, de 14 de Fevereiro de 2001.

8 Para informações resumidas sobre este instrumento de direito internacional convencional, consulte-se http://legal.un.org/avl/ha/iccpr/iccpr.html. Para desenvolvimentos mais profundos, veja-se, por exemplo, **Sarah Joseph** e **Melissa Castan**, The International Covenant on Civil and Political Rights – cases, materials and commentary, 3ª Ed., Oxford University Press, Reino Unido, 2013, entre tantos outros elementos bibliográficos. Consultem-se também os essenciais *General Comments* feitos ao PIDCP, elaborados pelo Comité dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas, que têm uma função crucial na aplicação deste instrumento. Como afirma **Javaid Rehman** (citando P.R Ghandi) «[t]*he general purpose of these General Comments is to make the Committtee's experience available for the benefit of all State Partie, as to promote more effective implementation of the Convenant* (…)», International Human Rights Law, 2a Ed., Pearson Education Limited, Edimburgo, 2010, página 118. Estes *General Comments* ao PIDCP encontram-se disponíveis em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11.

no qual se estabelece o direito a um processo equitativo e as respectivas garantias.

É a análise do impacto das alterações promovidas em 2013 em sede do regime da notificação da sentença ao arguido, das modificações conexas relativas à proposição de recurso e do seu eventual impacto em matéria dos direitos daquele sujeito processual que se pretende desenvolver no presente artigo.

2. DAS ALTERAÇÕES DE 2013 – APRESENTAÇÃO E ANÁLISE GERAL

Até 2013, em termos gerais, o CPPM prosseguia uma filosofia particularmente garantística em matéria dos julgamentos na ausência do arguido, na senda do código que fora a sua fonte de inspiração: o Código de Processo Penal Português (CPPPT), pelo menos na sua versão original[9].

Já introdutoriamente foi indicado que o novo regime de notificação da sentença integra-se num conjunto de alterações mais amplo, relativo ao regime do julgamento na ausência do arguido (articulando-se também com as alterações promovidas em sede de notificações[10]).

Como resumidamente é indicado no Parecer, o CPPM, até 2013, «[p]*ara salvaguardar o princípio do contraditório e da imediação,* [no seu] *(…) artigo 313.º vigente* [,] *exige que o arguido esteja presente na audiência de julgamento, sendo obrigatória a sua presença até ao termo da audiência, devendo serem tomadas as medidas necessárias e*

9 Confrontando-se a redacção dos anteriores artigos 313.° a 316.° do CPPM com os artigos 332.° a 335.° da versão original do CPPPT (os quais devem ser lidos com o regime das notificações, na versão original, constantes dos artigos 111.° e seguintes), sendo detectáveis algumas semelhanças. Dito isto, a partir de 1998, por razões específicas do funcionamento dos tribunais portugueses, de vicissitudes à época identificadas e de questões relativas ao relacionamento entre Estados membros da União Europeia em matéria de cooperação em matéria penal, o regime de notificações, de faltas e de julgamento na ausência do arguido notificado para a audiência foi sofrendo alterações significativas, nem sempre isentas de críticas. Hoje, nestas matérias, os dois Códigos, ainda subscrevendo filosofias semelhantes em matéria da protecção dos intervenientes no processo penal, mormente do arguido, estão mais distantes entre si. Sobre esta matéria, veja-se por exemplo, **Teresa Pizarro Beleza**, «Julgamento de ausentes: o tempo («celeridade») e o espaço («ausência») na reforma do processo penal», *in* O PROCESSO PENAL EM REVISÃO, Universidade Autónoma de Lisboa, 1998, páginas 49-60; **António Luís dos Santos Alves**, «Mandado de Detenção Europeu: julgamento na ausência e garantia de um novo julgamento», *in* Revista do Ministério Público, Ano 26, n.° 103, Julho-Setembro 2005, páginas 65 a 78; **Paulo Pinto de Albuquerque**, COMENTÁRIO DO PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 4ª Ed. (actualizada), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, páginas 299 e seguintes (quanto à comunicação dos actos e convocação para eles) e páginas 857 e seguintes (quanto à audiência na ausência do arguido).

10 Cf. actuais artigos 98.° e seguintes do CPPM.

adequadas para assegurar tal presença, salvo quando o arguido já tiver sido interrogado e o tribunal considerar a sua presença dispensável. A falta do arguido é considerada razão suficiente para se interromper ou adiar a audiência, não se estabelecendo limites para o número destas interrupções ou adiamentos, ainda que caiba ao tribunal apreciar da justificação das faltas, podendo aplicar multas e ordenar a detenção ou prisão preventiva do arguido, se tal for legalmente admissível, em caso de falta injustificada de comparecimento do arguido, conforme resulta dos artigos 103.º e 314.º.»

Deste modo, continua a Comissão no Parecer, «[*o*] *regime de audiência na ausência do arguido é excepcional, apenas aplicável quando o arguido esteja impossibilitado de comparecer na audiência, permitindo que o arguido requeira ou consinta que a audiência tenha lugar na sua ausência, conforme resulta do artigo 315.º vigente. Diferente é o regime para o julgamento à revelia, aplicável quando o arguido esteja ausente e não seja cooperante com o tribunal, por se ter procurado subtrair à justiça ou por desconhecer que é arguido num processo penal, conforme resulta do artigo 317.º vigente*»[11].

Consequentemente, nesta matéria, até 2013, pelo menos três situações[12] poderiam ter lugar:

i. Ou, faltando o arguido, havia lugar ao adiamento da audiência — *sempre que o juiz que a presidia tivesse razões para crer que o comparecimento pudesse verificar-se no prazo de 5 dias* (cf. n.° 1 do artigo 314.°)[13] — e a questão estava, numa primeira fase, salvaguardada, pois, à partida, a notificação viria a ser feita presencialmente, através da leitura da sentença em audiência[14] já que havia razões para crer que o arguido pudesse vir a comparecer na referida audiência (esse era o pressuposto do adiamento desta). E, para tanto, o juiz que presidia a audiência tomaria as medidas necessárias e legalmente admissíveis para obter o comparecimento do arguido (cf. n.° 1 do artigo 314.°, na sua parte final). Falhando tais medidas, contudo, o regime passaria àquele que se encontrava estabelecido nos anteriores artigos 316.° e 317.° (ver *infra*). Ou seja, no limite, a contínua não presença do arguido, pese embora a inexistência de um limite para o número de adiamentos do julgamento, daria lugar a um julgamento à revelia;

ii. Ou se tratavam dos casos em que o arguido havia requerido ou consentido no julgamento na sua ausência (por se encontrar impossibilitado em razão, nomeadamente, da idade, doença grave ou residência fora da RAEM), situação em que este era, para todos

11 Cf. página 98 do Parecer.

12 Não se desenvolvem aqui os casos relativos ao processo sumaríssimo.

13 O que podia, na prática, levar a adiamentos consecutivos e sem limite expresso no CPPM.

14 Cf. n.° 4 do artigo 353.° do CPPM.

os efeitos possíveis[15], representado pelo defensor (cf. n.os 2 e 3 do anterior artigo 315.° do CPPM). Até porque, se o tribunal considerasse absolutamente indispensável a comparência do arguido, esta era ordenada, e a audiência era interrompida ou adiada caso fosse necessário (cf. n.° 4 do anterior artigo 315.° do CPPM). Nestes casos, tratava-se de uma "revelia consentida" e os contornos relativos à notificação da sentença e à interposição do recurso eram os mesmos daqueles que se apresentavam nos casos do julgamento à revelia[16];

iii. Ou, continuando o arguido a faltar, era feita uma notificação da audiência por edital e anúncios (cf. antigo artigo 316.° do CPPM) [17]. Se, mesmo assim, o arguido não se apresentasse no dia da audiência, o julgamento decorria à revelia (nos termos do anterior artigo 317.° do CPPM); sendo que, também neste caso[18], o arguido era, no julgamento à revelia, representado, para todos os efeitos pelo defensor (cf. n.° 1 deste artigo). Contudo, o regime determinava, enquanto elemento garantístico dos direitos do arguido, que a sentença tinha de lhe ser notificada pessoalmente, ou logo que o arguido fosse detido ou se apresentasse voluntariamente em juízo. Por outras palavras, a notificação tinha de ser pessoal, não bastando a presença do defensor na audiência e no momento da leitura da sentença.

Tudo isto foi, em grande parte, alterado. O que o legislador de 2013 pretendeu foi que, através das novas soluções em matéria de julgamento na ausência do arguido e restringindo as situações de adiamento de audiência, se *«(. . .) absorve[sse] o regime do julgamento à revelia num novo regime de audiência na ausência do arguido e facilitando o julgamento na audiência do arguido. Conforme dita a Nota Justificativa: "Salvas as excepções prescritas na lei, que admitem que o arguido falte ao julgamento, a lei vigente impõe, em princípio, a presença do arguido na audiência; todavia, a lei não limita o número de adiamentos da audiência em consequência do não comparecimento ao julgamento por motivo de falta justificada. Por isso, propomos que, se o arguido regularmente notificado não estiver presente na primeira data designada para a audiência, esta só é adiada se a falta do arguido for justificada, ou se o juiz que a ela preside considerar a sua presença absolutamente indispensável para a descoberta da verdade (artigo 314.º, n.º 1 do CPP). Quando a audiência for adiada, o juiz que a preside notifica o arguido do novo dia designado para a audiência nos termos dos n.os 2 e 3 do artigo 295.º e, tratando-se*

15 Nestes casos, o tribunal podia, ainda, considerar absolutamente indispensável a comparência do arguido, casos em que o juiz ordenava a mesma, podendo interromper ou adiar a audiência (cf. n.° 4 do artigo 315.°).

16 Vd. Decisão do Tribunal de Segunda Instância (TSI), de 22 de Setembro de 2011, relativa ao Processo n.º 531/2011, disponível em http://www.court.gov.mo/sentence/pt/7913; ou a decisão do TSI relativa ao Processo n.° 240/2009, de 23 de Abril de 2009.

17 Parte deste regime manteve-se, no essencial, inalterado pela Lei de 2013 (vd. página 102 do Parecer).

18 Como no caso do anterior artigo 315.° do CPPM.

de um segundo adiamento, daquela notificação consta ainda a cominação de que, faltando novamente, a audiência terá lugar na sua ausência (artigo 314.º, n.º 3 do CPP). Em suma, após a alteração, por falta do arguido pode haver no máximo dois adiamentos. Sempre que a audiência tiver lugar na ausência do arguido, inquiridas ou ouvidas as pessoas presentes, o juiz deve instruir resumidamente o arguido, quando este comparecer, do que se tiver passado na sua ausência sob pena de nulidade, assegurando os princípios do contraditório e da imediação (artigo 314.º, n.º 4 do CPP).".»[19].

É verdade que a lei processual penal «(…) *continua a considerar obrigatória a presença do arguido na audiência, nos termos do n.º 1 do artigo 313.º*»[20], passa, contudo, a ser «(…) *consideravelmente*»[21] mais difícil que a «(…) *ausência* [do arguido] *seja entendida como motivo para o adiamento da audiência, procurando evitar atrasos decorrentes das faltas do arguido, que por vezes podem ser utilizadas como um instrumento dilatório*»[22]. Assim, a lei processual penal «(…) *passa a prever com maior exigência que a audiência só será adiada quando o juiz entender que a falta do arguido for justificada, nos termos do artigo 104.º, ou se o juiz considerar a sua presença absolutamente indispensável para a descoberta da verdade, conforme decorre do n.º 1 do artigo 314.º*»[23] [24].

Mas as alterações relativas ao regime do julgamento na ausência do arguido não se ficaram por aqui. Diga-se, desde já, que mesmo que assim fosse, tais modificações não eram poucas, nem de pouca monta[25], tendo suscitado uma reflexão alongada durante discussão da proposta de lei que alterava o CPPM na Assembleia Legislativa[26]: afinal o delinear dos

19 Cf. páginas 98 e 99 do Parecer.

20 Cf. página 99 do Parecer.

21 *Ibid*.

22 *Ibid*.

23 Cf. página 99 e 100 do Parecer.

24 Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, veja-se também **Manuel Leal-Henriques** em Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, Vol. II (Artigos 176.° a 361.°), Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2014, Macau, páginas 593 e 594.

25 Como declara também **Manuel Leal-Henriques** *op.cit.*, página 592.

26 Como afirmou a Comissão «[e]*ste modelo foi alvo de debate técnico, procurando analisar as consequências que podem decorrer desta alteração do regime processual penal, nomeadamente se o regime da audiência na ausência do arguido é realmente apto a resolver as dificuldades existentes no julgamento de arguidos não colaborantes. No entanto, é de reconhecer que a proposta de lei não distingue com grande clareza as situações onde um arguido se ausenta apenas pontualmente de uma ou mais audiências de julgamento, o que poderá ocorrer através de uma falta justificada ou não justificada, mas está presente nas restantes e acompanha o processo, fazendo uso do contraditório e dos seus direitos de defesa, das outras situações onde o arguido não está presente ao longo do processo. O regime da revelia funcionava*

contornos do regime relativo aos julgamentos na ausência do arguido tem de ser pautado por um particular cuidado, porque deve ser excepcional, à luz dos princípios gerais de direito processual penal, em particular do direito ao contraditório[27].

De facto, as alterações promovidas, neste contexto, foram ainda mais além. O legislador considerou que havia um aspecto adicional que carecia, igualmente, de ponderação e estudo, com vista a eventual modificação da solução plasmada no CPPM. A questão em causa referia-se ao n.° 3 do antigo artigo 317.° do CPPM e à sua articulação com o n.° 7 do antigo artigo 100.° e com o n.° 1 do antigo artigo 401.°[28].

Até 2013, decorria da leitura destes normativos que, quase sempre[29], no caso do

para este segundo tipo de casos, mais raros, onde o arguido não pode ser encontrado ou fugiu à justiça, frequentemente para o exterior, sendo julgado na sua ausência e representado por um defensor. Situação diferente de uma mera ausência numa determinada audiência de julgamento, eventualmente até por doença grave, de um arguido que participa na sua defesa e normalmente está presente nas audiências de julgamento. A proposta de lei absorve, assim, o regime do julgamento à revelia no regime mais geral da audiência na ausência do arguido, entendendo que este regime é apto a aplicar-se também nos casos onde o arguido está sempre ausente e normalmente nem sequer se deixa notificar, sendo por isso notificado por edital. É uma solução legislativa que apenas a prática judiciária poderá permitir apreciar se é efectivamente apta a dar resposta aos casos de julgamento na ausência que actualmente são resolvidos pelo regime especial do julgamento à revelia. Ademais, a sistematização dos artigos 314.º a 317.º suscitou sérias dúvidas de natureza técnica relacionadas com a separação das matérias pelos diferentes artigos. O proponente foi alertado amiúde para as potenciais dificuldades de compreensão e aplicação deste novo regime relativo à falta do arguido, ao adiamento da audiência e à realização da audiência na ausência do arguido, as quais são potenciadas pela sistematização adoptada. Contudo, considerou ser de manter a sistematização constante da versão inicial da proposta de lei.» (*vd*. páginas 103 e 104 do Parecer).

27 E, muito embora, não sendo este o objecto central deste artigo, ao protegido pelo PIDCP [cf. primeira parte da alínea d) do seu artigo 14.°], esta não é uma garantia processual absoluta à luz deste instrumento de direito internacional. Efectivamente, é reconhecida a possibilidade de se estabelecerem excepções à obrigatoriedade da presença do arguido, designadamente quando a pessoa tenha declinado o seu direito a estar presente. A ênfase nesta matéria é, no âmbito deste instrumento, que a pessoa tenha sido notificada atempadamente e que esteja informada da data e lugar da audiência. Para mais desenvolvimentos, veja-se, por exemplo, **Jixi Zhang** "Fair Trial Rights in ICCPR", *in* Journal of Politics and Law, Vol. 2, n.° 4, Dezembro de 2009, disponível em http://www.ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/4502/3855.

28 A questão não se colocava nos mesmos termos nos casos da "revelia consentida", pois nestes casos, precisamente porque há um consentimento do arguido para a continuação da audiência na ausência do arguido ou uma anuência do tribunal face a requerimento do arguido nesse sentido. *Vd*. decisões do TSI acima referidas.

29 **Manuel Leal-Henriques** indica que a este propósito haveria alguma polémica quanto à questão de ser possível, ou não, interpor recurso, apesar de o arguido não ter sido pessoalmente notificado. De facto, afirma o autor que «[o] *n.° 6 contém uma inovação que põe termo a uma polémica acesa instalada no*

julgamento à revelia, a interposição do recurso e a contagem do prazo para a mesma dependia do arguido se apresentar voluntariamente na audiência ou fosse detido; em momento anterior, em regra, não se considerava que tinha havido uma notificação da sentença.

Efectivamente, o n.° 7 do antigo artigo 100.° do CPPM estabelecia que «[a]*s notificações do arguido (…) podem ser feitas ao respectivo defensor (…), ressalvam-se as notificações respeitantes à designação de dia para a audiência e sentença (…).*»; de seguida, e como já indicado, o n.° 3 do antigo artigo 317.° estabelecia que «[a] *sentença é notificada ao arguido logo que seja detido ou se apresente voluntariamente em juízo*.». E só a partir destes momento é que se poderia contar o prazo para a interposição de recurso, já que o n.° 1 do antigo artigo 401.°, «[o] *prazo de interposição do recurso é de 10 dias e conta-se a partir da notificação da decisão, ou do depósito da sentença na secretaria, ou, tratando-se de decisão oral reproduzida em acta, da data em que tiver sido proferida, se o interessado estiver ou dever considerar-se presente*».

Assim sendo, este quadro normativo dava lugar a indesejáveis pendências processuais e não execução de sentenças[30], sobretudo numa urbe como Macau, cujo movimento populacional entre fronteiras, quer de trabalhadores (residentes ou não residentes da RAEM), quer de turistas, é muito significativo[31], e a eventuais incertezas jurídicas na comunidade no seu todo[32].

---

seio da comunidade jurídica (…). Decisões dos tribunais tanto admitiam ser possível, nesses casos [em que o arguido permanecia incontactável] *fazer-se a notificação da sentença no defensor, reconhecendo-lhe a partir daí o direito ao recurso, como outras afirmavam ferreamente tal não ser admissível*.", *op.cit.*, página 594.

30 Neste ponto em particular, não pode deixar de se notar que, como em outros casos, nem sempre há dados estatísticos que permitem avaliar a extensão da polémica e se a medida em causa era necessária. Existem dados estatísticos recolhidos e tratados, nomeadamente passíveis de consulta na página electrónica dos tribunais da RAEM (http://www.court.gov.mo/pt/subpage/statisticstui); acontece que não parecer ser possível, no concreto, por exemplo, saber quantos processos não avançaram para recurso, nos casos de julgamento à revelia, porque não foi possível notificar o arguido. Este facto é menos positivo em termos gerais de política e planeamento legislativo: o legislador deve legislar perante dados concretos de um problema social ou de um problema sistémico nos tribunais ou do ordenamento jurídico. Parte da avaliação de tais problemas funda-se no levantamento e tratamento constante de dados estatísticos relativos aos processos judiciais. Não sendo esta uma tarefa fácil, ela constitui um elemento fundamental para uma sólida política e planeamento legislativo.

31 Consultem-se os dados estatísticos nesta matéria constantes da página electrónica da Direcção dos Serviços de Estatística e Censos da RAEM (http://www.dsec.gov.mo/default.aspx?lang=pt-PT)

32 Nesta matéria **Manuel Leal-Henriques**, descreve que «[a]*nteriormente, nos termos do n.° 3 do artigo 317.°, proferida a sentença em processos cuja audiência tivesse decorrido à revelia, era a mesma notificada ao arguido logo que detido ou fizesse a sua apresentação voluntária em juízo. O que acontecia*

Daí a questão ter-se colocado ao legislador durante os trabalhos no seio da Assembleia Legislativa. A ponderação feita partiu da análise da possibilidade de apresentação de recurso pelo defensor, pese embora a notificação fosse apenas feita na sua pessoa, nos casos em que o arguido se mantinha ausente (porque não cooperante). Até aqui a notificação tinha de ser feita pessoalmente ao arguido – como já se disse, quando este fosse detido ou se apresentasse voluntariamente em juízo (cf. n.° 3 do antigo artigo 317.° do CPPM); isto apesar da presença do seu defensor, representando-o para todos os efeitos *possíveis*, nos termos do n.° 1 do antigo artigo 317.° do CPPM.

Na sequência deste trabalho de análise, o legislador decidiu consagrar, a título inovador, que a sentença deveria continuar a ser notificada ao arguido (nos termos em que era até aqui), mas também o deveria ser na pessoa do seu defensor, presente na audiência (cf. n.° 5 do novo artigo 314.° do CPPM).

Assim, o n.° 6 do novo artigo 314.° do CPPM passa a estabelecer que «[a] *sentença deve ser notificada ao arguido logo que seja detido ou se apresente voluntariamente em juízo e ao seu defensor (…)*».

O legislador procedeu a uma outra alteração adicional, que – julga-se – é ainda mais significativa nesta matéria: passou a ser possível que o defensor, por permissão *ope legis*, apresente, em nome do arguido, recurso da sentença (cf. n.° 6 do artigo 314.° do CPPM). Dito de outro modo, passou a consagrar-se uma válvula de flexibilidade que permite, em princípio, desbloquear processos e diminuir pendências nos tribunais mesmo quando o arguido permanece incontactável.

Por outras palavras, o processo deixa de não parar simplesmente porque não é possível informar o arguido da sentença, porque este se mantém ausente (de forma não cooperante)[33]. O processo pode continuar, podendo ser interposto recurso. A lógica subjacente é a de que o defensor foi informado da sentença e como tal, está em condições para interpor o recurso em representação do seu cliente[34], importando relembrar que,

então é que, enquanto o arguido permanecesse incontactável a decisão não transitava, podendo nunca vir a ser executada.», *op.cit.*, página 594.

33 Mesmo que alterada a linguagem, aqui, permanece esta ideia de não cooperação.

34 «*O n.° 6 contém inovação que põe termo a uma polémica acesa instalada na comunidade jurídica. Anteriormente, nos termos do n.° 3 do artigo 317.° [do CPPM], proferida a sentença em processos cuja audiência houvesse decorrido à revelia, era a mesma notificada ao arguido logo que detido ou fizesse a sua apresentação voluntária em juízo. O que acontecia então é que, enquanto o arguido permanecesse incontactável, a decisão não transitava, podendo nunca a vir a ser executada. (…) Pois a partir de agora a polémica arrefece (se é que não se desfaz…) já que o legislador (…) acrescenta-lhe a possibilidade de o defensor interpor o recurso da decisão em nome do arguido ausente*», **Manuel Leal-Henriques**, *op.cit.*, página 594.

enquanto defensor, tem o dever de zelar e defender os interesses e direitos do seu cliente[35]. Importa notar que o CPPM, até 2013, não ignorava o papel crucial do defensor – este é um elemento fundamental do processo penal. Acontece que se entendia que a notificação da sentença deveria ser feita na pessoa do arguido e só depois poderia ser interposto recurso, de modo a não comprometer os direitos do arguido.

Dito isto, e com vista a encontrar algum equilíbrio com esta inovação introduzida, o legislador acrescentou uma segunda válvula de flexibilidade, desta feita, com vista a garantir o vector relativo aos direitos do arguido que presidiu à iniciativa legislativa em análise.

Assim, caso o defensor não apresente o recurso em nome do arguido, o prazo para a interposição do recurso conta-se apenas a partir da notificação deste último (cf. n.° 7 do novo artigo 314.° do CPPM).

O cuidado do legislador no tratamento desta matéria é, pois, notório e encontra-se reflectido no Parecer da Comissão que trabalhou na proposta de lei relativa às alterações do CPPM, onde se pode ler que «[e]*ste ponto foi alvo de ponderação, tendo-se considerado as implicações de se permitir que o defensor possa apresentar recurso em nome do arguido ausente. Por um lado,* [a solução preconizada] *é uma solução que permite que se alcance uma mais rápida conclusão do processo, com vantagens para a clarificação da situação jurídica do arguido, o qual pode ser condenado ou absolvido em definitivo pelo tribunal superior de forma mais expedita. Por outro lado, é uma solução que importa riscos inerentes ao facto de o arguido ausente poder ser condenado em definitivo sem ter contacto pessoal com o processo e sem ter exercido pessoalmente o seu direito de defesa. A nova versão da proposta de lei procurou encontrar uma solução de equilíbrio para este problema* (…)»[36].

Ou seja, «[t]*rata-se de uma solução que procura, em primeiro lugar, permitir que o defensor possa apresentar recurso em nome do arguido assim que for notificado da decisão condenatória, abrindo a via do recurso dessa decisão desde logo, nos termos do novo n.º 6 do artigo 314.º; em segundo lugar, criar um regime dual para a contagem do prazo para a interposição de recurso por parte do arguido, que em regra se conta a partir da notificação ao defensor, mas que em alternativa, quando o defensor não tenha interposto recurso, se conta a partir da data da notificação presencial do arguido, a qual ocorre quando o arguido for detido ou se apresente voluntariamente em juízo. Este regime dual para o início da contagem do prazo para a interposição do recurso tenta acautelar que o arguido não perca o direito de recurso devido ao facto deste direito não*

35 Cf. artigo 16.° do Código Deontológico remetido pela Associação de Advogados de Macau, homologado pelo Despacho n.º 121/GM/92, publicado no BO, n.° 52/1992, de 31 de Dezembro.

36 *Vd*. página 105 do Parecer.

ter sido exercido após a sua notificação do defensor.»[37].

Importa indicar preliminarmente, no contexto da estrutura e príncipios do direito processual da RAEM e numa perspectiva puramente interna, que se julga que o equilibrio encontrado pelo legislador em 2013, pese embora o carácter inovador da solução preconizada, não diminui de forma intolerável os direitos do arguido. Vejamos, contudo, se a mesma conclusão é possível quando analisado o direito internacional aplicável na RAEM e cujo respeito é imperativo.

3. ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES DE 2013 À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL APLICÁVEL

A solução preconizada no CPPM, até 2013, tinha como fonte o regime estabelecido no CPPPT, na década de 90 do século passado, o qual era (e continua a ser) balizado pelo PIDPC (em particular no referido artigo 14.°), pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)[38] [39] e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) (no seu artigo 6.°). Se bem que esta última poderá ter perdido relevância no ordenamento jurídico da RAEM[40], o mesmo não pode ser dito quanto ao PIDCP, atendendo ao estabelecido no artigo 40.° da Lei Básica da RAEM. Pelo que o PIDCP continua a estabelecer o quadro jurídico a respeitar pelo direito da RAEM em matéria de processo equitativo.

Resta, pois, a questão fundamental de saber se as alterações promovidas em 2013 colidem, ou não, com as obrigações de direito internacional aplicável na RAEM.

O direito interno da RAEM e o direito internacional não se distanciam um do outro

37 *Ibid*.

38 Publicada no Jornal Oficial desta organização (C-*364, de 18/12/2000,* páginas 0001 a 0022), estando o texto disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

39 Bem como por demais fontes de direito europeu, nomeadamente em matéria de cooperação judiciária em matéria penal. Sobre esta matéria consulte-se, por exemplo, http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.6.html.

40 Questão que poderá sempre ser objecto de reflexão. De notar, por exemplo, que na Região Administrativa Especial de Hong Kong, a CEDH é, ainda hoje, referência para os operadores da Justiça, em particular os juízes. Consulte-se, por exemplo, **Albert Chen** – "International Human Rights Law and domestic Constitutional law: Internationalisation of Constitutional Law in Hong Kong", *in* National Taiwan University Law Review, vol. 4, n.º 3, 2009, páginas 237 a 334; ou **Carole J. Petersen**, "Embracing Universal Standards? The Role of International Human Rights Treaties in Hong Kong's Constitutional Jurisprudence", *in* AAV (Eds Hualing Fu, Lison Harris, Simon NM Young), Interpreting Hong Kong's Basic Law, Struggle for Coherence, Palgrave Macmillan, EUA, 2008, páginas 33 a 53.

nos seus grandes princípios em matéria de direito processual penal[41]; no entanto, cumpre sublinhar que o PIDCP não menciona directamente a questão da notificação da sentença[42], nem dos seus efeitos a nível de recurso.

Dito isto, não pode deixar de se atender ao conteúdo do artigo 14.° do PIDCP[43], artigo complexo[44], mas fulcral em matéria do processo penal no seu todo. Isto porque, não obstante a não menção expressa à notificação da sentença e seus efeitos na interposição do recurso, importa não esquecer que este instrumento de direito internacional convencional não se limita a questões de processo penal, apenas estabelecendo o mínimo que deve ser garantido pelas jurisdições nesta matéria[45]. Por outras palavras, não seria de esperar que se encontrasse, a nível internacional, uma normação tão específica quanto aquela que se encontra numa codificação em matéria processual penal ao nível interno.

Além disso, precisamente porque o artigo 14.° do PIDCP é caracterizado por uma complexidade e densidade jurídica significativas, tem-se em crer ser possível extrair, por via interpretativa vários elementos fundamentais para o exercício proposto, em concreto, neste estudo: o da análise do impacto das alterações promovidas em 2013 em matéria de notificação da sentença e em matéria de interposição de recurso na ausência do arguido.

Veja-se, pois, o que é exigido pelo direito internacional para a matéria aqui relevante.

Em primeiro lugar, estabelece-se transversalmente o direito a um processo equitativo[46] e baseado no contraditório (cf. n.°s 1 e 3 do artigo 14.° do PIDCP). O pleno respeito deste passa pelo direito à pessoa ser prontamente informada (ou, na outra face da moeda, ao dever de a informar) quanto à natureza e motivos da acusação (em língua que compreenda e de forma detalhada) [cf. alínea a) do n.° 3 do artigo em análise], com

41 E não por acaso: desde a entrada em vigor do PIDCP que o mesmo tem vindo a enformar direitos internos, nomeadamente em matéria processual penal, das várias jurisdições que a este se submeteram, sob pena de eventuais avaliações menos positivas (quando não negativas) e a apresentação de recomendações por parte do Comité dos Direitos do Homem, a cumprir por aquelas.

42 Se se cotejar a versão inglesa, francesa e espanhola do PIDCP verifica-se que, em todas, o vocábulo utlizado ao longo do artigo 14.° se reconduz apenas ao de «acusação» em língua portuguesa.

43 Este artigo do PIDCP é objecto do *General Comment* 32 (vd. documento do Comité dos Direitos do Homem CCPR/C/GC/32, de 23 de Agosto de 2007, disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f32&Lang=en).

44 *Vd*. parágrafo 3 do *General Comment 32* ao artigo 14.° do PIDCP; bem assim como a análise desenvolvida por **Sarah Joseph** e **Melissa Castan**, *op.cit.,* páginas 430 a 520, ou **Jixi Zhang**, *op.cit*., páginas 39 a 43.

45 Ou seja, as jurisdições que a ele se submeteram podem ir além do que se encontra estabelecido no artigo 14.°. Não podem é ficar aquém do mesmo em matéria de garantias processuais.

46 *Vd*. Jixi Zhan, *op.cit.*, p. 39.

vista a que sua cabal defesa seja possível, sendo que, para tal, devem ser garantidas todas as condições para a sua preparação[47] [alínea b) do n.° 3 do artigo 14.° em análise][48].

Decorre ainda, expressamente, deste dispositivo que a pessoa deve estar presente em juízo[49] (podendo defender-se em causa própria ou ter um defensor, em última análise um defensor oficioso) [cf. alínea d) do artigo em análise]; que a sentença tem de ser pública [cf. segunda parte do n.° 1 deste artigo 14.°), ainda que se estabeleça a possibilidade de algumas excepções conexas com outros direitos fundamentais][50] e que a pessoa tem direito a recurso para um nível jurisdicional superior (cf. n.° 5 do mesmo artigo).

Se, explicitamente, pouco ou nada é dito quanto à notificação da pessoa no que se refere à *sentença*, nem tão pouco no que se refere à *relação entre tal notificação e o recurso*[51], pode estabelecer-se um paralelo com algumas das exigências feitas ao nível da acusação (e a sua razão de ser), da exigência de ser publicada a sentença e do pleno exercício do direito ao recurso da decisão (reconhecido no n.° 5 do artigo 14.° do PIDCP).

Assim, entende-se que, tal como se uma pessoa não souber do que é acusada não se poderá defender de forma plena como exige o PIDCP, o mesmo se verifica ao nível da sentença: caso a pessoa não seja informada do seu conteúdo, seja no que se refere ao crime pelo qual foi condenada, seja quanto aos fundamentos em que se baseou a decisão e a determinação da

47 *Vd*. Parágrafos 32 a 34 do *General Comment 32* ao artigo 14.° do PIDCP.

48 Cada um destes elementos merece um tratamento específico nos *General Comments*, para os quais se remete.

49 Importa notar que a presença do arguido não é uma garantia absoluta. A este respeito o *General Comment* 32 relativo o artigo 14.° do PIDCP, estabelece que «*Article 14, paragraph 3 (d) contains three distinct guarantees. First, the provision requires that accused persons are entitled to be present during their trial. Proceedings in the absence of the accused may in some circumstances be permissible in the interest of the proper administration of justice, i.e. when accused persons, although informed of the proceedings sufficiently in advance, decline to exercise their right to be present. Consequently, such trials are only compatible with article 14, paragraph 3 (d) if the necessary steps are taken to summon accused persons in a timely manner and to inform them beforehand about the date and place of their trial and to request their attendance*» (cf. parágrafo. 36 do General Comment 32).

50 «*Even in cases in which the public is excluded from the trial, the judgment, including the essential findings, evidence and legal reasoning must be made public, except where the interest of juvenile persons otherwise requires, or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.», General Comment* 32 ao PIDCP, página 9.

51 Mas, dito isto, já aqui se afirmou que o legislador pode ir além do disposto no artigo 14.°. Poderia ser essa uma das perspectivas que se podia ter sobre esta matéria, quer na versão original no CPPM, quer no que se refere às alterações de 2013. Não é, contudo, essa a posição que se defende. Como de seguida se explicita.

medida da pena[52], dificilmente poderá exercer de forma plena o seu direito ao recurso[53].

Deste modo, julga-se que o que vale para a acusação, no contexto do artigo 14.° do PIDCP, deverá valer, em grande parte, para a sentença.

As alterações promovidas em 2013 aqui analisadas em matéria de notificação de sentença e em matéria de interposição de recurso não colocam em causa, tem-se em crer, as obrigações para a RAEM decorrentes do PIDCP. Introduzem-se, é certo, para situações excepcionais, elementos de flexibilização do sistema para os casos em que o julgamento decorre na ausência do arguido e este permanece incontactável aquando da sentença. Contudo, o arguido não deixa de ter de ser notificado da sentença e, caso o seu defensor não interponha o recurso como agora é possível, o regime do recurso e contagem do respectivo prazo continua a ter por base a notificação pessoal do arguido.

Note-se, aliás, que são também estas mesmas obrigações internacionais que advogam uma justiça célere e eficiente[54]. Dito de outro modo, o direito internacional ora em análise exige, igualmente, que se procure o equilíbrio entre os dois vectores que fundaram as alterações promovidas pelo legislador, em 2013, nos aspectos aqui analisados.

Dito isto, apenas numa futura avaliação da RAEM em sede de aplicação do PIDCP se poderá vir a saber se este entendimento passa no crivo do Comité dos Direitos do Homem.

4. CONCLUSÕES

Já se avançaram, de algum modo, as conclusões que se têm por essenciais em matéria de notificação da sentença nos casos de ausência do arguido e em sede de interposição de recurso em tais casos.

Diga-se, em resumo, que a solução de política legislativa assumida em 2013, no que se refere à notificação da sentença nos casos de ausência continuada do arguido e o regime conexo em matéria de interposição de recurso, não parece nem afastar-se da filosofia interna subjacente ao CPPM, nem colidir com as obrigações internacionais a que a

52 Em parte, mas não só, por isto, se exige que a sentença seja pública, como acima assinalado.

53 Além disso, crê-se que apoia esta perspectiva o facto de o PIDCP, em termos gerais, exigir que a sentença seja publicada. Esta exigência é apenas excepcionalmente afastada, sendo certo que as preocupações em que se esteiram estas excepções prendem-se com outros direitos fundamentais chamados à colação e não se retira do *General Comment* 32 que tais preocupações afastem a necessidade do arguido ser informado da sentença. As preocupações em causa dizem respeito ao público em geral, isto porque o PIDCP estabelece que o processo deve ser transparente e, como tal, acessível ao público (cf. parágrafos 28 e 29 do *General Comment* 32).

54 *Vd*. parágrafo 27 e 35 do já citado *General Comment* 32 ao PIDCP.

RAEM se encontra adstrita.

Termine-se com as palavras da Comissão que foi responsável por este processo legislativo, quanto a este aspecto da notificação da sentença e da possibilidade desta poder ser feita na pessoa do defensor, o qual pode apresentar recurso da mesma:

«*A Comissão reconhece que esta é uma solução legislativa inovadora, mesmo a nível do direito comparado, a qual é justificável pelas características próprias de Macau, nomeadamente ao nível da sua dimensão territorial e mobilidade populacional. Apenas a prática judicial poderá permitir concluir com segurança se este novo regime se irá revelar adequado para responder às dificuldades práticas que se colocam em termos da possibilidade de interpor recurso no julgamento na ausência do arguido. Contudo, a sua aplicação aos processos pendentes, nos termos do regime transitório constante do n.º 1 do artigo 6.º da proposta de lei ora análise, possibilitará que o sistema processual penal de Macau veja um considerável número de processos chegar a uma decisão final, qualquer que ela seja, beneficiando da certeza jurídica daí resultante.*»[55].

Dito isto, e como o próprio legislador reconhece, a verdade é que só o tempo e a prática jurídica deste mecanismo poderão confirmar se a solução adoptada é adequada às necessidades sociais e jurídicas da RAEM.

55 *Vd*. página 106 do Parecer.

已歸檔或屬確定裁判的案件的司法保密

黃玉葉[1]

摘要：

儘管現行《刑事訴訟法典》第七十六條第一款沒有規範在審判階段前已結束的刑事案件是否終止司法保密，但因偵查工作已完成或無需再偵查，嫌犯已獲還清白或不可再被刑事追究，故在一般情況下，立法者似乎沒有任何正當理由再將案件置於司法保密狀態。

不論是因歸檔或不起訴批示轉為確定，又或裁判轉為確定而結束的刑事案件，均只可在例外情況下，為保護更重要的法益方許維持司法保密，而立法者在訂定其涵蓋範圍及期間方面，均須遵守適度原則。

一、 前言

2013年6月18日，終審法院在其網站發佈新聞，公佈涉及當時的主要官員剛被預審法官作出不起訴批示的案件[2]的情況，以便公眾了解。2015年4月16日，新華澳報專欄“華澳人語”[3]長篇報導關於該專欄作者永逸被檢察院立案調查及其後獲歸檔的案件詳情。

2015年中，法院網站先後發出兩宗關於醫護人員的刑事判決新聞，其一[4]涉及醫療事故，儘管新聞內容沒公佈被告姓名，但被業界指在「被告傷口上灑

1 澳門特別行政區政府立法會顧問，澳門刑事法研究會理事。

2 終審法院辦公室於2013年6月18日公佈關於終審法院第18/2013號案件的新聞；法院網址：www.court.gov.mo

3 新華澳報於2015年4月16日刊登的華澳人語；新華澳報網址：www.waou.com.mo

4 終審法院辦公室於2015年5月26日公佈關於中級法院第857/2011號案件的新聞。

鹽」；另一涉及醫院員工詐騙藥物[5]，而新聞內容載錄被告姓名，故曾受人質疑為何該宗新聞會發佈被告的姓名。

本文在此並非進行評析上述四宗案件的裁判或批示的內容，而是嘗試探討公眾對於因歸檔或不起訴，又或裁判已轉為確定的刑事案件的內容是否具資訊權，以及已終結的刑事案件須否維持司法保密等問題。

二、 司法保密的目的和內容，以及違反司法保密的後果

(一) 司法保密的目的和內容

在二十一世紀法治社會裡，公開原則已獲普遍認同是刑事訴訟程序的重要原則之一。刑事訴訟程序公開透明能確保社會任何一名成員均有機會對司法程序及司法決定的合法性進行監督，防止罪刑擅斷。然而，為達至刑事訴訟其中一項目的 – 尋求事實真相，無枉無縱，實有需要確保偵查工作順利進行；同時，亦須顧及各訴訟主體和其他參與者的基本權利，以及國家安全[6]，故立法者在刑事訴訟中也引入司法保密原則。

司法保密是限制人對刑事案件的資訊權，可分為內部司法保密和外部司法保密，前者針對刑事訴訟各參與者，後者則針對刑事訴訟以外的人。

澳門現行《刑事訴訟法典》(以下簡稱《刑訴法典》)第七十六條對刑事訴訟程序何時須遵守司法保密及其內容作出規定，而續後第七十七條至第八十條則作進一步補充。該法典是在1996年9月2日公佈，並於1997年4月1日生效，其後於2013年作出局部修改，但未改動上述條文的核心內容[7]，而第七十六條的規定如下：

“一、刑事訴訟程序自作出起訴批示時起公開，或如無預審，則自作出指定聽證日之批示時起公開，否則刑事訴訟程序無效，而在此之前須遵守司法保密原則。

二、刑事訴訟程序之公開導致產生下列權利，而其行使條件係由法律規定，特別由以下各條規定：

a）公眾在訴訟行為進行時旁聽；

b）社會傳播媒介敘述訴訟行為或將訴訟行為之書錄轉述；

c）查閱筆錄及獲得筆錄任何部分之副本、摘錄或證明。

三、司法保密約束訴訟程序之所有參與人，以及以任何方式接觸該訴訟程

5 終審法院辦公室於2015年6月9日公佈關於初級法院第CR4-14-0301-PCC號案件的新聞。

6 針對涉及國家機密的案件。

7 澳門法律制度植根於葡國，葡國在2007年透過第48/2007號法律修改該國的《刑事訴訟法典》，該法典第八十六條明文規定公開原則是刑事訴訟程序的一般原則，而在例外情況下方採納司法保密。不過，澳門在2013年的修法中，沒有引入這方面的內容。

序及[8]知悉屬該訴訟程序之任何資料之人，且導致禁止該等人作出下列行為：

a）在其無權利或義務旁聽之訴訟行為作出時，旁聽或知悉該訴訟行為之內容；

b）透露訴訟行為或其各步驟之進行情況，不論透露之動機為何。

四、然而，如認為對澄清事實真相屬適宜者，主持有關訴訟階段之司法當局得將處於司法保密狀態之行為或文件之內容告知某些人，又或命令或容許某些人知悉該等內容。

五、上款所指之人在任何情況下均受司法保密約束。

六、只要發出證明係供屬刑事性質之訴訟程序之用，或係彌補損害所必需者，司法當局得許可發出證明，讓人知悉處於司法保密狀態之行為或文件之內容。

七、為着上款所指之目的，且應以第六十一條第一款a項規定為理由而提出之聲請，司法當局須許可發出證明，讓人知悉處於司法保密狀態之行為或文件之內容，只要訴訟程序係與陸上通行之車輛所造成之意外有關。”

從上述條文可知，司法保密的重要性在刑事訴訟程序的不同階段是有輕重之分的。澳門的刑事訴訟程序分普通訴訟程序和特別訴訟程序，前者主要由偵查階段和審判階段組成，而在二階段之間可以存在預審階段，但這屬倘有的階段，取決於具正當性的人提出聲請；至於特別訴訟程序則無預審階段[9]。換言之，本澳立法者設定刑事訴訟程序在偵查階段和預審階段均應遵司法保密，審判階段則屬公開。司法保密結束點是自審判的標的被鎖定，且具條件進入審判階段時[10]。

從被限制資訊權的主體而言，司法保密可分為內部司法保密和外部司法保密。在偵查階段，內部司法保密尤其限制了嫌犯、辯護人和輔助人取得或知悉對非彼等參與的訴訟行為的資料；而在預審階段，隨著預審辯論機制的設置，這一限制逐漸放鬆[11]，上述訴訟主體為著辯論的目的，經司法當局的批准，可知悉更多刑事卷宗的內容。至於外部司法保密方面，在偵查階段和倘有的預審階段，是完全限制公眾包括傳媒取得或知悉訴訟行為的資料。這主要基於無罪推定原則[12]，在平衡公眾的資訊權和監督權與嫌犯受憲法性保護的權利[13]，在未有充份跡象顯示嫌犯作出犯罪行為，亦即未有條件進入審判階段前，實不宜讓公眾知悉其身份，從而保障其個人聲譽；同時亦為確保在偵查階段，搜證工作順利進行，不受外界任何干擾。

隨著刑事訴訟程序公開，公眾有權旁聽審判，傳媒可報導訴訟行為包括審判的內容，訴訟主體或其他具正當利益的人士可查閱卷宗筆錄和獲發相關證

8 在法律適用上，這裡”及”的表述是指二要件並存，不過葡國在2007年修法時已將”及”改為”或”。

9 《刑訴法典》第二百六十八條及第二百七十條。

10 《刑訴法典》第二百八十九條及第二百九十四條。

11 《刑訴法典》第二百七十九條及第二百八十條。

12 在有罪裁判轉為確定前，嫌犯被推定無罪。

13 回歸前，屬《葡萄牙共和國憲法》保護的權利（第十七條、第十八條、第三十二條），回歸後，屬《澳門特別行政區基本法》保障的權利（第二十九條）。

明。不過該等條文及個別單行刑法對程序公開原則亦作出限制，這將留待本文第三點作進一步探討。

(二) 違反司法保密的後果

對於違反司法保密的行為，現行法制是以刑法介入加以制裁。《刑法典》第三百三十五條第一款規定：「不正當讓人知悉因司法保密而不應洩露之刑事訴訟行為之全部或部分內容者，或不正當讓人知悉不容許一般公眾旁聽訴訟過程之刑事訴訟行為之全部或部分內容者，如規範該訴訟之法律不對該情況規定另一刑罰，則處最高二年徒刑，或科最高二百四十日罰金。」

值得指出，該條文針對的是洩露訴訟行為的內容而非犯罪事實，傳媒透過合法採訪方式獲得犯罪部分或全部事實內容而向公眾報導，這並不構成犯罪。

此外，部分單行刑法例如第6/97/M號法律《有組織犯罪法》[14]第十三條第一款及第二款對違反該法律規定的司法保密者作出較重的處罰如下：

“一、不正當讓人知悉有關本法律所規定及處罰的罪行的刑事訴訟程序的事實或行為而受司法保密的全部或部分內容者，或不正當讓人知悉不容許旁聽訴訟過程的刑事訴訟程序的事實或行為的全部或部分內容者，處一至五年徒刑。

二、倘因洩露或發布第二十六條第二款及第二十八條第四款所指訴訟參與人的身分而觸犯上款所規定的罪，行為人處二至八年徒刑。”

三、 現行法例關於歸檔、不起訴或屬確定判決的案件的司法保密的規定

(一) 關於歸檔或不起訴的案件

本文前言提及的四宗案件中，均屬或被視為已終結的刑事案，而首兩宗並沒有進入審判階段。

在偵查階段，刑事案件歸檔的情況有以下幾種：

1. 經收集足夠證據，證明無犯罪發生，或嫌犯未以任何方式犯罪，由承辦案件的檢察官批示歸檔[15]；

2. 非屬公罪，具告訴權人撤訴，經承辦案件的檢察官認可後由其批示歸檔[16]；

3. 屬可免除刑罰的犯罪，經承辦案件的檢察官向預審法官建議，由後者批示歸檔[17]；

14 經第2/2006、6/2008及9/2013號法律修改。

15 《刑訴法典》第二百五十九條第一款。

16 《刑訴法典》第二百五十九條第一款及第四十條第一款。

17 《刑訴法典》第二百六十二條第一款。

4. 刑事訴訟程序暫時中止期間，嫌犯遵守強制命令及行為規則，由承辦案件的檢察官批示歸檔[18]。

針對檢察官的批示歸檔，如有關刑事程序不取決於自訴，則輔助人可在獲通知歸檔批示十五天內聲請預審[19]。當然，屬第2種撤訴的情況是不會有預審的。如屬第1種情況，亦可選擇向承辦案件的檢察官的直接上級提出聲明異議[20]；此外，該上級在歸檔批示作出三十天內，如沒有預審，亦可依職權介入而提出控訴或繼續調查[21]。

換言之，針對由檢察官提出的歸檔批示，視乎情況，須待可提出聲明異議、聲請預審或上級介入的期間過後而仍未有人行使該等權利時方轉為確定[22]。

在預審階段，當完成調查和辯論後，“如收集到充分跡象，顯示對嫌犯科處刑罰或保安處分所取決之前提成立，則法官以有關事實起訴嫌犯；反之則作出不起訴批示。”[23]此外，對於屬可免除刑罰的情況，預審法官經聽取檢察院及輔助人的意見後，亦可批示將案件歸檔[24]。

《刑訴法典》第二百九十二條規定“對於以檢察院控訴書內所載事實起訴嫌犯之批示，不得提起上訴”，但沒提及對不起訴批示是否可提出上訴。所以，可適用一般規定，也就是可根據該法典第三百八十九條的規定進行上訴。換言之，待法定上訴期間屆滿而無上訴則該批示轉為確定後，又或經上訴後上級法院合議庭維持相關不起訴的決定，又或如本文第一點所指的個案屬終審法院法官擔任預審法官的情況，相關的刑事案件將確定地不會進入審判階段。

然而，《刑訴法典》第七十六條並無就不能進入審判階段的案件應否繼續遵守司法保密作出明確規定。

查澳門現行《刑訴法典》於1996年經第48/96/M號法令核准，並於1997年4月1日起開始生效。在此之前，適用由葡國於1929年經第16：489號命令核准的且其後經多次修改的《刑事訴訟法典》[25]。該法典第七十條第一款規定：“刑事訴訟程序由獲通知起訴批示或等同批示前，又或有著令卷宗歸檔的確定批示前，均是保密的。”[26]

葡國在1987年通過新的《刑事訴訟法典》，不過該法典沒引伸來澳適用。該法典第八十六條第一款規定：“刑事訴訟程序自預審決定，或如無預審，則

18 《刑訴法典》第二百六十四條第二款。

19 《刑訴法典》第二百七十條第一款。

20 《刑訴法典》第二百五十九條第四款。

21 《刑訴法典》第二百六十條。

22 當然，根據《刑訴法典》第二百六十一條的規定，如屬第1種情況，還有偵查重開的機制，但此一機制與第四百三十一條所規定的再審有相近之處，須待有可推翻歸檔批示的依據的新證據出現，方可重開偵查。

23 《刑訴法典》第二百八十九條第二款。

24 《刑訴法典》第二百六十二條。

25 尤其是於1972年5月31日透過第185/72號法令進行較大規模的修改。

26 原文葡文是：“O processo penal é secreto até ser notificado o despacho de pronúncia ou equivalente ou até haver despacho definitivo que mande arquivar o processo”。

自已不可聲請預審時起公開，否則刑事訴訟程序無效，而在此之前須遵守司法保密原則。[27]”

葡國當時是規定偵查階段與預審階段均須遵守司法保密，而澳門《刑訴法典》的立法取向與之相同。再者《刑訴法典》第七十六條亦是與該法典第八十六條的行文很相近，只是第一款和第六款有不同。前者第一款遺漏了可包含在預審決定內的不起訴批示，以及已轉為確定性的歸檔批示。若從前述司法保密的目的，似乎看不到現行《刑訴法典》第七十六條第一款是有意作出排除。這因偵查工作已完成或無需再偵查，嫌犯已獲還清白或不可再被刑事追究，故在一般情況下，立法者似乎沒有任何正當理由再將刑事案件置於司法保密狀態。當時立法會司法及保安委員會就政府申請立法許可而作出的初步報告及第5/96號意見書均沒提及存在這一意向。所以，本文認為，按《民法典》第八條及第九條的規定，宜對該條文第一款作擴張解釋，視在歸檔或不起訴批示轉為確定後，相關刑事案件的司法保密結束。當然，在某些特定情況如下點所述，刑事案件仍須按相關法律規定維持司法保密。

(二) 已審判且裁判已轉為確定的案件

誠如前述，自司法保密結束，刑事訴訟程序公開，而《刑訴法典》為此規定公眾有權旁聽審判，傳媒可報導訴訟行為包括審判的內容，訴訟主體或其他具正當利益的人士可查閱卷宗筆錄和獲發相關證明。 此外，《中級法院運作規章》第二十一條規定，“由院長決定在《澳門特別行政區公報》上公布個別合議庭裁判書。”《終審法院規章》第十五條規定：“每年出版一本題為《澳門特別行政區終審法院合議庭裁判》匯編，其中包括該法院所有合議庭裁判及決定。”透過公佈法院的裁判書，可讓公眾進一步知悉刑事案件的詳情。

不過，為保障其他重要法益例如人的尊嚴、公共道德、國家安全[28]等等，《刑訴法典》除賦予法官全部或局部限制上述權利外，亦在條文上列明某些具體情況須作限制，例如第七十七條第四款及第七款，又或第七十八條第二款的規定。其中有些限制更延至案件終結後，例如第七十八條第二款c)項中的部分規定：“在聽證前後，以任何方法公開販賣人口罪之受害人身份；以及在聽證前，以任何方法公開性犯罪、侵犯名譽罪或侵犯受保護之私人生活罪之受害人身份，如被害人未滿十六歲，則即使在聽證後，仍不許可公開其身份。」 根據第6/2008號法律《打擊販賣人口犯罪》的法案理由陳述，當日在《刑訴法典》第七十七條

27 原文葡文是：“O processo penal é, sob pena de nulidade, público a partir da decisão instrutória ou, se a instrução não tiver lugar, do momento em que já não pode ser requerida, vigorando até qualquer desses momentos o segredo de justiça”。

28 根據第2/2009號法律《維護國家安全法》第十二條規定，涉及竊取國家機密的刑事訴訟程序，如公開進行會對國家安全的利益造成損害，法官可決定不公開進行某些訴訟行為。當然，根據《刑訴法典》第七十七條第六款的規定，在任何情況下，均不得排除判決宣讀的公開性。

及第七十八條引入的修改內容旨在“加強對販賣人口犯罪的受害人的保護”。

此外，針對已終結的案件，在規範特定事宜的單行刑法或與刑事相關的法律亦有規定司法保密繼續維持。該等法律包括：

1. 第2/2007號法律《違法青少年教育監管制度》第三十六條，其第一款規定：「卷宗即使已歸檔，亦屬保密，不得要求查閱或取得該卷宗，亦不得取得從該卷宗內任何部分製作的副本或證明；但第二款至第四款所規定的情況除外。」這旨在保護有關刑事案中違法青少年的私隱，以利其重返社會，避免對其心智成長造成障礙。

2. 第17/2009號法律《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》第三十一條第五款，主要規定臥底的身份，即使終局裁判包括將卷宗歸檔的裁判確定後，仍受司法保密制度保障二十年；

3. 第6/97/M號法律《有組織犯罪法》[29]第十三條、第二十六條及第二十八條，該等條文的內容主要規定法官應採取適當措施，使臥底及受保護的訴訟參與人[30]的身分受到司法保密的保障，且即使經最後裁判確定，包括歸檔，維持司法保密，為期十年。

上述有關刑事案件結束後仍維持司法保密的規定無疑是為了保護某些私人的重要法益如人身安全，所以立法者具正當性在刑事訴訟程序公開原則下仍容許維持司法保密，從而對內及對外分別局部限制了在該原則下部分訴訟主體、其他訴訟參與人和利害關係人獲賦予查閱卷宗部分內容及獲發相關證明的權利，以及傳媒和公眾獲賦予資訊的權利。

不過，本文認為，在立法規範時，除了司法保密涵蓋的範圍須遵守適度原則外，在時間上，也宜設定相關標準，從而作出相應的規定。在上述幾項法律中，不難發現，同是為了保障嚴重犯罪中從事臥底的人的人身安全，但所規定的司法保密期間卻分別是十年和二十年，二者竟存在十年的差異。

因此，本文認為，該等刑事法律宜因應不同的特別情況的需要性，明確設定司法保密的合理時間上限，不應針對相同情況而設定不同的時間上限。

畢竟，刑事訴訟程序公開是傳媒和公眾監督司法決定的重要途徑，公開原則是排除公眾對審判公正的疑慮的模式，是法治社會確保司法公正的重要原則。因此，僅可在例外情況下，為保護更重要的法益方許維持司法保密，而立法者在訂定其涵蓋範圍及期間方面，均須遵守適度原則。

四 結論

儘管現行《刑訴法典》第七十六條第一款沒有規範在審判階段前已結束的刑事案件是否終止司法保密，但因偵查工作已完成或無需再偵查，嫌犯已獲還

29 經第2/2006、6/2008及9/2013號法律修改。

30 即該法律第二十六條所指因恐怕報復而可能離境的被害人、證人、輔助人、民事當事人或鑑定人。

清白或不可再被刑事追究，故在一般情況下，立法者似乎沒有任何正當理由再將訴訟程序置於司法保密狀態。從澳門及葡國的刑事訴訟立法歷史進程及相關文件反映，當時澳門立法者並無意向在該款的規定中將上述情況排除。所以，本文認為，按《民法典》第八條及第九條的規定，宜對該條文第一款作擴張解釋，視在歸檔或不起訴批示轉為確定後，相關刑事案件的司法保密結束。

不論是因歸檔或不起訴批示轉為確定，又或裁判轉為確定而結束的刑事案件，均只可在例外情況下，為保護更重要的法益方許維持司法保密，而立法者在訂定其涵蓋範圍及期間方面，均須遵守適度原則。

參考文獻

賴健雄，澳門大學法學院中文法學士課程2014/2015年度刑事訴訟法授課摘要；

邱庭彪，《澳門刑事訴訟法分論》，社會科學文獻出版社及澳門基金會，2012；

徐京輝及程立福，《澳門刑事訴訟法》，澳門基金會， 1999；

Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999；

Manuel Leal-Henriques, Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, Volume I，法律及司法培訓中心，2013；

M. Leal-Henriques, M. Simas Santos, D.Borges de Pinho, Código de Processo Penal, I Volume, Doutrina Jurisprudência Legislação, Rei dos Livros, 1996；

Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2011；

António Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes, Sigilo no Processo Penal, eficiência e garantismo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SEGREDO DE JUSTIÇA EM CASO DE ARQUIVAMENTO OU TRÂNSITO EM JULGADO

Vong Iok Ip[1]

RESUMO:

Pese embora o n.º 1 do actual artigo 76.º do CPP não determine o levantamento do segredo de justiça no caso de o procedimento criminal se extinguir antes da fase da audiência, parece que, por causa do encerramento ou desnecessidade do inquérito, bem como da comprovação da inocência do arguido ou da impossibilidade de proceder criminalmente, o legislador, em regra, não tem agora nenhum outro motivo atendível para continuar a manter o segredo de justiça.

Nos casos transitados em julgado, cujos procedimentos foram extintos ou porque desembocaram num despacho de arquivamento, despacho de não-pronúncia ou por sentença proferida em sede de julgamento, o segredo de justiça apenas se mantém excepcionalmente para salvaguardar outros bens jurídicos mais importantes. E, ao definir a sua amplitude e duração, o legislador deverá sempre procurar respeitar o princípio da proporcionalidade.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

No dia 18 de Junho de 2013, foi emitido um comunicado do Tribunal de Última Instância, publicado na sua página da *internet*, para informar o público ter sido proferido

1 Assessora da Assembleia Legislativa da R.A.E.M.; Directora da Associação de Estudo de Direito Criminal de Macau.

um despacho de não-pronúncia num caso relativo a um titular de um principal cargo[2].

No dia 16 de Abril de 2015, foi publicado, na secção "Wa Ou Yan Yu"[3] do Jornal Wa Ou, um extenso artigo sobre um caso de um seu jornalista "Wing Yat" contra quem tinha sido aberto inquérito, mas cujo respectivo procedimento fora posteriormente arquivado.

Em meados do ano de 2015, na página da *internet* dos tribunais, foram publicados dois comunicados sobre decisões judicias proferidas em processos relacionados com funcionários do hospital. O primeiro[4] relatava um caso de erro médico, sem que o referido comunicado tenha divulgado a identidade do arguido, o que levou o sector hospitalar a considerar tratar-se de um "acto de colocar sal na ferida do arguido"; o segundo comunicado[5] versava sobre uma burla com o intuito de obter medicamentos gratuitos, em cujo teor foi divulgado o nome do arguido, colocando-se a questão de saber o motivo pelo qual foi feita tal divulgação.

No presente texto não se pretende analisar o teor das decisões ou despachos proferidos nos referidos processos, mas procurar-se-á saber se o público tem o direito à informação relativamente aos processos em caso de arquivamento, despacho de não-pronúncia ou trânsito em julgado, e se se devem manter em segredo de justiça os procedimentos já extintos.

2. FINALIDADE E CONTEÚDO DO SEGREDO DE JUSTIÇA – CONSEQUÊNCIAS DA SUA VIOLAÇÃO

(1) Finalidade e conteúdo do segredo de justiça

Na sociedade de Direito do Séc. XXI, o princípio da publicidade é universalmente reconhecido como um dos princípios fundamentais do processo penal. A transparência do processo penal permite que, para evitar a arbitrariedade na aplicação da pena, cada um dos membros da sociedade possa controlar a legalidade do processo e da decisão judicial. No entanto, para atingir a finalidade do processo penal — a descoberta da verdade material — é

2 Comunicado de 18 de Junho de 2013, relativo ao processo n.º 18/2013 do TUI, publicado pela secretaria do Tribunal de Última Instância em www.court.gov.mo.

3 Secção "Wa Ou Yan Yu" do Jornal Wa Ou, publicado em 16 de Abril de 2015 no sítio da *internet* do Jornal Wa Ou: www.waou.com.mo.

4 Comunicado de 26 de Maio de 2015, relativo ao processo n.º 857/2011 do TSI, publicado pela secretaria do Tribunal de Última Instância.

5 Comunicado de 26 de Maio de 2015, relativo ao processo n.º CR4-14-0301-PCC do TJB, publicado pela secretaria do Tribunal Última Instância.

preciso assegurar o bom andamento do inquérito; e, ao mesmo tempo, atendendo aos direitos fundamentais dos sujeitos processuais e dos outros participantes, assim como a segurança do Estado[6], o legislador introduziu o princípio do segredo de justiça no processo penal.

O segredo de justiça consiste na limitação do direito à informação e divide-se em segredo de justiça interno e segredo de justiça externo. O primeiro vale para os participantes processuais e o segundo para os estranhos ao processo.

O artigo 76.º do Código de Processo Penal de Macau (adiante designado por "CPP") prevê as situações em que é aplicável o segredo de justiça e regula a sua dimensão, conjugando-se com os artigos 77.º a 80.º. O Código foi publicado em 2 de Setembro de 1996 e entrou em vigor em 1 de Abril de 1997, sofrendo uma alteração parcial introduzida em 2013, a qual não prejudicou a integridade da essência[7] do artigo 76.º, que dispõe o seguinte:

1. O processo penal é, sob pena de nulidade, público a partir do despacho de pronúncia ou, se a instrução não tiver lugar, do despacho que designa dia para a audiência, vigorando até qualquer desses momentos o segredo de justiça.

2. A publicidade do processo implica, nos termos definidos pela lei e, em especial, pelos artigos seguintes, os direitos de:

a) Assistência, pelo público em geral, à realização dos actos processuais;

b) Narração dos actos processuais, ou reprodução dos seus termos, pelos meios de comunicação social;

c) Consulta do auto e obtenção de cópias, extractos e certidões de quaisquer partes dele.

3. O segredo de justiça vincula todos os participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo e[8] conhecimento de elementos a ele pertencentes, e implica as proibições de:

a) Assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual a que não tenham o direito ou o dever de assistir;

b) Divulgação da ocorrência de acto processual ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação.

6 No que toca aos casos em que envolve segredo de Estado.

7 O sistema jurídico de Macau radica no de Portugal, cujo CPP já foi alvo de uma reforma legislativa, aprovada pela Lei n.º 48/2007. O artigo 86.º do CPP português prevê explicitamente que o princípio da publicidade se assuma como a regra geral no processo penal e que o segredo de justiça apenas seja imposto em situações excepcionais. Porém, em Macau, a reforma de 2013 não introduziu alterações relacionadas com a mesma matéria.

8 Na aplicação da lei, a expressão "e" implica o preenchimento dos dois pressupostos. Entretanto, em Portugal, a reforma 2007 alterou a expressão "e" para "ou".

4. Pode, todavia, a autoridade judiciária que preside à fase processual respectiva dar, ou ordenar ou permitir que seja dado, conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça, se tal se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade.

5. As pessoas referidas no número anterior ficam, em todo o caso, vinculadas pelo segredo de justiça.

6. A autoridade judiciária pode autorizar a passagem de certidão em que seja dado conhecimento do conteúdo do acto ou do documento em segredo de justiça, desde que destinada a processo de natureza penal ou necessária à reparação do dano.

7. Para os fins do número anterior e perante requerimento fundado no disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 61.º, a autoridade judiciária autoriza a passagem de certidão em que seja dado conhecimento do acto ou documento em segredo de justiça, sempre que o processo respeite a acidente causado por veículo de circulação terrestre.

Do referido artigo resultam, consoante as diversas fases do processo penal, diferenças no grau de importância do segredo de justiça. Em Macau, o processo penal divide-se em processo comum e processo especial. O processo comum é composto pela fase de inquérito e de audiência. Entre a fase de inquérito e a de audiência, pode haver lugar à fase de instrução, que é facultativa e dependente de requerimento do interessado legítimo; e a instrução não tem lugar em processo especial[9]. Por outras palavras, em Macau, o legislador impõe o segredo de justiça enquanto durar a fase de inquérito e a de instrução. Porém, o processo penal já é público na fase de audiência. O segredo de justiça extingue-se no momento em que for delimitado o objecto da acusação e que tiver condições para proceder à audiência[10].

Resultado da restrição imposta aos sujeitos titulares do direito à informação, a divisão do segredo de justiça desdobra-se em segredo de justiça interno e segredo de justiça externo. No decurso do inquérito, o segredo de justiça interno vincula o arguido, o defensor e o assistente e priva-os da assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual em que não sejam participantes; no entanto, no decurso da instrução, tal limitação vai perdendo força ao longo do debate instrutório[11]. E isso porque, para a finalidade da discussão, os referidos sujeitos processuais podem ter acesso ao auto mediante prévia autorização da entidade judiciária. Enquanto durar a fase de inquérito e de instrução, o segredo de justiça externo proíbe totalmente o público em geral, incluindo os *media*, de obter ou tomar conhecimento da informação do acto processual. Na falta de

9 Artigos 268.º e 270.º do CPP.

10 Artigos 289.º e 294.º do CPP.

11 Artigos 279.º e 280.º do CPP.

indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, ou seja, na falta da verificação das condições necessárias para prosseguir para julgamento, tendo em conta o equilíbrio em confronto com o direito à informação, o poder de fiscalização do público e os direitos constitucionalmente consagrados do arguido[12], a divulgação ao público da sua identidade não é devida, essencialmente, por causa do princípio da presunção de inocência[13]. Salvaguarda-se, assim, não apenas a honra do arguido, como também um bom andamento na recolha da prova durante a fase de inquérito, abstendo-se qualquer intervenção exterior.

O público tem o direito de assistir ao julgamento, os meios de comunicação social podem narrar as decisões judiciais, os sujeitos processuais ou outros interessados legítimos podem consultar o auto e obter certidões, na medida em que o processo se torne público. Todavia, nos referidos artigos e em algumas leis penais avulsas encontram-se restrições ao princípio da publicidade, as quais serão analisadas no Ponto 3.

(2) Consequência da violação do segredo de justiça

Segundo o regime jurídico vigente, relativamente aos actos que violam o segredo de justiça, cabe ao Direito Penal intervir e impor a respectiva sanção. O n.º 1 do artigo 335.º do Código Penal dispõe que, "*quem ilegitimamente der conhecimento, no todo ou em parte, do teor do acto de processo penal que se encontre coberto por segredo de justiça, ou a cujo decurso não for permitida a assistência do público em geral, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, salvo se outra pena for cominada para o caso pela lei do processo*".

Importa sublinhar que tal norma se refere à divulgação do conteúdo do acto processual e não ao facto do crime. Não constitui crime se os *media* tiverem acesso a parte ou à totalidade do facto do crime através dos meios lícitos de entrevista.

Além disso, algumas leis penais avulsas estabelecem sanções mais gravosas para a punição da violação do segredo de justiça. Por exemplo, os n.os 1 e 2 do artigo 13.º da Lei n.º 6/97/M (Lei de criminalidade organizada)[14] dispõem:

1. Quem ilegitimamente der conhecimento, no todo ou em parte, do teor de facto ou acto de processo penal relativo a crime previsto e punido na presente lei que se encontre coberto por segredo de justiça ou a cujo decurso não for permitida a assistência, é punido

12 Antes da transferência de soberania, estes direitos encontravam-se consagrados na Constituição da República Portuguesa (artigos 17.º, 18.º e 32.º). Após a sua transferência, são direitos consagrados na Lei Básica de Macau (artigo 29.º).

13 Todo o arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

14 Com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 2/2006, Lei n.º 6/2008 e Lei n.º 9/2013.

com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2. Se o crime previsto no número anterior for cometido por revelação ou divulgação da identidade dos intervenientes processuais previstos no n.º 2 do artigo 26.º e no n.º 4 do artigo 28.º, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

3. DISPOSIÇÕES VIGENTES SOBRE O SEGREDO DE JUSTIÇA EM CASO DE ARQUIVAMENTO, DESPACHO DE NÃO-PRONÚNCIA OU TRÂNSITO EM JULGADO

(1) Arquivamento ou de despacho de não-pronúncia

Os quatro casos referidos na nota introdutória do presente texto foram procedimentos já encerrados e, nos primeiros dois casos, nem sequer houve fase de audiência.

No decurso da fase de inquérito, procede-se ao arquivamento do procedimento criminal nas situações em que:

1. Tiver sido recolhida prova bastante de se não ter verificado o crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de ser legalmente inadmissível o procedimento; cabe ao Ministério Público no processo proferir o despacho de arquivamento[15];
2. Houver homologação pelo Ministério Público da desistência da queixa, relativamente a crime semi-público e crime particular[16];
3. O Ministério Público tiver proposto ao juiz de instrução o arquivamento do processo, pelo que compete ao último proferir o despacho de arquivamento, em caso de dispensa de pena[17];
4. O arguido tiver cumprido, no decurso da suspensão provisória do processo, as injunções e regras de conduta impostas; caberá ao Ministério Público arquivar o processo[18].

Relativamente ao despacho de arquivamento pelo Ministério Público, se o respectivo procedimento criminal não depender de acusação particular, o assistente pode requerer a instrução no prazo de 15 dias contados a partir da notificação do despacho de arquivamento[19]. Entretanto, não haverá instrução na segunda situação, ou seja, nos casos em que tenha havido desistência da queixa. Sendo certo que, na primeira situação, sempre poderá reclamar do despacho de arquivamento para o imediato superior hierárquico do

15 Artigo 259.º, n.º 1, do CPP.

16 Artigo 259.º, n.º 1, e artigo 40.º, n.º 1, do CPP.

17 Artigo 262.º, n.º 1, do CPP.

18 Artigo 264.º, n.º 2, do CPP.

19 Artigo 270.º, n.º 1, do CPP.

Ministério Público[20]; se não tiver sido requerida abertura de instrução, no prazo de 30 dias contados da data do despacho de arquivamento, o imediato superior hierárquico pode determinar que seja formulada acusação ou que as investigações prossigam[21].

Por outras palavras, apenas se torna definitivo o despacho de arquivamento do Ministério Público caso, após decorridos os respectivos prazos, não haja reclamação, nem requerimento de instrução ou intervenção hierárquica[22].

No decurso da fase de instrução, após o inquérito e o debate instrutório, "se tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, o juiz pronuncia o arguido pelos factos respectivos; caso contrário, profere despacho de não-pronúncia"[23]. Além disso, em caso de dispensa de pena, pode o juiz de instrução arquivar o processo com a concordância do Ministério Público e ouvido o assistente[24].

O artigo 292.º do CPP dispõe que "o despacho que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público é irrecorrível e determina a remessa imediata dos autos ao tribunal competente, para o julgamento". No entanto, o referido artigo não regula o problema da recorribilidade do despacho de não-pronúncia. Com efeito, quanto à recorribilidade, aplica-se a regra geral, ou seja, a disposição prevista no artigo 389.º do CPP. Isto é, não se prossegue para a audiência nos casos em que, na falta de interposição de recurso após decorrido o respectivo prazo, se torna definitivo tal despacho ou, interposto recurso, o juiz colectivo do tribunal superior resolve manter a decisão de não-pronúncia ou, tal como o caso que foi referido no Ponto 1 do presente texto, compete ao juiz do Tribunal de Última Instância exercer a função de juiz da instrução.

Todavia, do artigo 76.º do CPP não consta uma regra clara que diga respeito ao segredo de justiça em caso de não haver prosseguimento da audiência.

O actual CPP de Macau foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/96/M e entrou em vigor em 1 de Abril de 1997. Era aplicável, até então, o CPP português de 1929 que foi aprovado pelo Decreto n.º 16489, com as alterações posteriormente introduzidas[25]. O n.º 1 do seu

20 Artigo 259.º, n.º 4, do CPP.

21 Artigo 260.º do CPP.

22 Sendo certo que, de acordo com o disposto no artigo 261.º do CPP, na primeira situação existe a possibilidade de requerer a reabertura do inquérito, o qual só pode ser reaberto se surgirem novos elementos de prova que invalidem os fundamentos invocados no despacho de arquivamento, sendo este mecanismo parecido com a disposição do regime de revisão prevista no artigo 431.º.

23 Artigo 289.º, n.º 2, do CPP.

24 Artigo 262.º do CPP.

25 Entre outras, a maior alteração foi introduzida, em 31 de Maio de 1972, pelo Decreto-Lei n.º 185/72.

artigo 70.º dispunha que, "O processo penal é secreto até ser notificado o despacho de pronúncia ou equivalente ou até haver despacho definitivo que mande arquivar o processo".

O novo CPP português foi aprovado em 1987 mas nunca foi transposto em Macau. O n.º 1 do artigo 86.º do diploma dispõe que "o processo penal é, sob pena de nulidade, público a partir da decisão instrutória ou, se a instrução não tiver lugar, do momento em que já não poder ser requerida, vigorando até qualquer um desses momentos o segredo de justiça".

Em Portugal, as disposições de então impunham o segredo de justiça tanto na fase de inquérito como na fase de instrução, cuja *ratio* legislativa era idêntica à de Macau. Exista uma similaridade textual entre as disposições do artigo 76.º do CPP de Macau e do artigo 86.º do CPP português, excepto os n.^{os} 1 e 6 do CPP de Macau. No n.º 1, o legislador não previu o caso do despacho de não-pronúncia proferido na instrução nem o do despacho de arquivamento já definitivo. No entanto, do ponto de vista da referida finalidade do segredo de justiça, não avistamos no disposto no n.º 1 do artigo 76.º do CPP a intenção de os excluir. Em virtude de encerramento ou desnecessidade do inquérito, comprovação da inocência do arguido ou impossibilidade de proceder criminalmente, o legislador, em regra, não tem nenhum motivo justificativo para continuar a manter o segredo de justiça. Não se encontrava a intenção da exclusão tanto no Relatório Preliminar como no Parecer n.º 5/96 da Comissão de Justiça e Segurança da Assembleia Legislativa de Macau sobre o pedido de autorização legislativa para aprovação do Código de Processo Penal. Pelo que se entende que, nos termos do disposto nos artigos 8.º e 9.º do Código Civil, deve admitir-se uma interpretação extensiva à disposição do n.º 1 no sentido de determinar o levantamento do segredo de justiça em caso de despacho de arquivamento ou de não-pronúncia, transitado em julgado. É certo que, em determinadas circunstâncias que veremos no Ponto seguinte, deve manter-se o segredo de justiça nos termos da disposição aplicável.

(2) Trânsito em julgado da sentença

Tal como já foi referido, findo o segredo de justiça, o processo penal torna-se público e, nos termos previstos no CPP, o público em geral pode assistir à audiência, os meios de comunicação social podem narrar actos processuais e o teor do julgamento e os sujeitos processuais ou interessados legítimos podem consultar os autos e obter certidões dos mesmos.

Além disso, o artigo 21.º do Regulamento do Funcionamento do Tribunal de Segunda Instância dispõe que "o presidente do Tribunal decidirá da publicação de acórdãos no Boletim Oficial". O artigo 15.º do Regulamento do Tribunal de Última Instância da R.A.E.M. dispõe que "anualmente será publicada uma colectânea, designada por «Acórdãos do Tribunal de Última Instância da R.A.E.M.», com todos os acórdãos e decisões do Tribunal". Dando ao público em geral o conhecimento dos casos através da publicação dos acórdãos dos tribunais.

Contudo, para proteger outros bens jurídicos fundamentais, tais como a dignidade,

a moral pública ou a segurança do Estado[26], o CPP não confere ao juiz apenas o poder de limitar, na totalidade ou em parte, os referidos direitos, mas também de estabelecer regras que restringem os mesmos em determinadas circunstâncias, nomeadamente as previstas nos n.os 4 e 7 do artigo 77.º ou no n.º 2 do artigo 78.º. Entre tais circunstâncias, existem restrições que persistem até ao encerramento do procedimento em circunstancialismos como aqueles que vêm previstos na alínea c) do n.º 2 do artigo 78.º: "a publicação, por qualquer meio, da identidade de vítimas de crimes de tráfico de pessoas, antes ou depois da audiência, e da identidade de vítimas de crimes sexuais, contra a honra ou contra a reserva da vida privada, antes da audiência, ou mesmo depois se o ofendido for menor de 16 anos".

De acordo com a nota justificativa da Lei n.º 6/2008 (Combate ao crime de tráfico de pessoas), as alterações introduzidas aos artigos 77.º e 78.º do CPP visavam "reforçar a protecção das vítimas do crime de tráfico de pessoas".

Além disso, relativamente aos procedimentos extintos, as leis penais avulsas e outras normas penais que regulam matérias específicas abrem a possibilidade de manter o segredo de justiça. Estas disposições são as seguintes:

1. O n.º 1 do artigo 36.º da Lei n.º 2/2007 (Regime Tutelar Educativo dos Jovens Infractores) dispõe que, "*o processo é secreto, ainda que já se encontre arquivado, não podendo ser consultado ou requisitado nem dele serem extraídas cópias e certidões de quaisquer partes dele, excepto nos casos previstos nos n.os 2 a 4*". A norma pretende defender a privacidade dos jovens delinquentes implicados no processo penal, tendo por fim favorecer a sua reintegração na sociedade e evitar dificultar-se o desenvolvimento da sua personalidade.
2. O n.º 5 do artigo 31.º da Lei n.º 17/2009 (Proibição da produção, do tráfico e do consumo ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas) prevê a manutenção do segredo de justiça, mesmo após o trânsito em julgado da decisão final, incluindo a de arquivamento, por um período de 20 anos, tendo como objectivo a protecção da identidade dos agentes infiltrados.
3. Os artigos 13.º, 26.º e 28.º da Lei n.º 6/97/M (Lei da Criminalidade Organizada)[27] estabelecem as medidas adequadas através das quais o juiz pode proteger a identidade

26 Nos termos do disposto no artigo 12.º da Lei n.º 2/2009 (Lei relativa à defesa da segurança do Estado), o processo penal por crimes previstos na presente lei é público, mas o juiz pode determinar a exclusão da publicidade de certos actos processuais, atendendo aos prejuízos que a publicidade pode causar aos interesses da segurança do Estado. Porém, por força do disposto no n.º 6 do artigo 77.º do CPP, a exclusão da publicidade não abrange, em caso algum, a leitura da sentença.

27 Com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 2/2006, Lei n.º 6/2008 e Lei n.º 9/2013.

dos agentes infiltrados e os sujeitos processuais protegidos[28] ao abrigo do segredo de justiça, o qual se mantém mesmo após o trânsito em julgado da decisão final, incluindo a de arquivamento, por um período de 10 anos.

É evidente que as referidas disposições, mesmo findo o procedimento criminal, permitem a manutenção do segredo de justiça, tendo por finalidade a protecção de bens jurídicos fundamentais de carácter individual como a segurança das pessoas. Por isso, é legítimo que, face ao princípio da publicidade, o legislador abra a possibilidade de manter o segredo de justiça, de modo a impor restrições ao direito de consultar o processo e obter certidão do mesmo de alguns sujeitos processuais, doutros participantes processuais e dos interessados, bem como limitar o direito à informação quer dos meios de comunicação social quer do público em geral.

No entanto, entende-se que, além do respeito pelo princípio da proporcionalidade, o legislador deve definir os respectivos critérios temporais da amplitude do segredo de justiça, em ordem a estabelecer as correspondentes regras. Olhando os referidos diplomas, apercebe-se uma diferença de 10 anos no período de manutenção do segredo de justiça entre ambos os crimes graves em que está em causa a protecção da segurança dos agentes infiltrados.

Neste sentido, entendo que, considerando as necessidades específicas face a diversas situações especiais, as referidas leis penais devem definir com precisão o limite máximo do período de manuteção do segredo de justiça, evitando-se assim estabelecer diferentes períodos para situações idênticas.

Apesar de tudo, a publicidade do processo penal é o meio essencial através do qual os meios de comunicação social e o público em geral podem aferir a aplicação do Direito na decisão judicial. O princípio da publicidade visa sanar a dúvida do público quanto à imparcialidade da decisão e assegurar o princípio fundamental da imparcialidade judicial dentro da sociedade de Direito. Deste modo, apenas se mantém excepcionalmente o segredo de justiça para salvaguardar outros bens jurídicos mais importantes. O legislador, ao definir a sua amplitude e duração, deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

4. CONCLUSÕES

Embora o n.º 1 do artigo 76.º do CPP em vigor não determine o levantamento do segredo de justiça no caso em que o procedimento criminal se extingue antes da fase de audiência, parece que, por causa de encerramento ou desnecessidade do inquérito, comprovação da

28 São o ofendido, uma testemunha, o assistente, a parte civil ou perito que, por temor de represálias, venham a deslocar-se para o exterior, nos termos do disposto no artigo 26.º.

inocência do arguido ou impossibilidade de proceder criminalmente, o legislador, em regra, não tem nenhum motivo justificativo para continuar a manter o segredo de justiça. Tendo em conta o histórico legislativo do Código de Processo Penal de Macau e de Portugal e a respectiva documentação, o legislador de Macau de então não tinha intenção de excluir do n.º 1 do artigo 76.º as situações acima referidas. Pelo que considero que, nos termos do disposto nos artigos 8.º e 9.º do Código Civil, se deve admitir uma interpretação extensiva à disposição do n.º 1 no sentido de determinar o levantamento do segredo de justiça tanto no caso de arquivamento ou de não-pronúncia como no caso do trânsito em julgado.

Nos casos transitados em julgado, cujos procedimentos se encontrem extintos por despacho de arquivamento ou de não-pronúncia como por julgamento, apenas se mantém excepcionalmente o segredo de justiça para salvaguardar outros bens jurídicos mais importantes. E, ao definir a sua amplitude e duração, o legislador deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

Lai Kin Hong, *Resumo das aulas do Direito de Processo Penal*, ano 2014/2015, turma de língua chinesa, da Faculdade de Direito da Universidade de Macau;

Iau Teng Pio, *"The Proceedings of Macau Criminal Procedural Law",* Social Science Academic Press e Fundação Macau, 1.ª edição, Dezembro de 2012;

Xu Jing Hui e Cheng Lap Fok, *"Direito de processo penal de Macau"*, Fundação Macau, 1999;

Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999;

Manuel Leal-Henriques, *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau*, Volume I, Centro de Formação Jurídica e Judiciária. Macau, 2013;

M. Leal-Henriques, M. Simas Santos, D. Borges de Pinho, *Código de Processo Penal*, Volume I, Doutrina Jurisprudência Legislação, Rei dos Livros, 1996;

Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2011;

António Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes, *Sigilo no Processo Penal, eficiência e garantismo*, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

刑事訴訟中上訴期間的起算

José Miguel Figueiredo[1]

一、引言

2013年，通過第9/2013號法律[2]，《刑事訴訟法典》（刑訴法典）成為一次深化立法幹預的對象。該法律所採納的各修改顯示出本次是自1996年刑訴法典頒佈以來對該法典所作出的首次大型修訂[3]。即，以保護訴訟參與人的權利、優化訴訟程式及提高訴訟效率為指導方針，使本次立法全面幹預貫穿整部法典，因此，也使得本次幹預涵蓋的事宜眾多，其中就包括有關上訴程序規則，尤其是有關提起各類上訴的期間起算的規定。

當我們談及上訴期間的計算，我們指的是有關上訴被認為適時或及時提起的時間限度計算方法和模式的規則。在不影響本文主題所涉及的其他重要問題的情況下，且本文將在隨後對該等問題展開簡短的論述，有關上訴期間計算的最主要問題之一，就是我們認為必須理清從何時開始計算上訴期間，換言之，有關何時為上訴期間的起算點的問題。

我們認為這一問題之所以如此重要，不僅是因為它在每一裁判作出後均會出現，不論是為了對該裁判提起上訴，還是為了相應地使該裁判轉為確定；還因為我們認為如果不知道該從何時開始計算上訴期間，那麼即使清楚地知曉上訴期間的長度也毫無意義。

因此，可以得出結論，上訴期間的計算在任何刑事訴訟程序中都是一項在實踐上極其重要且為最精細的事宜之一，因為，上訴期間的計算不僅僅決定了上訴的適時性，還決定了所作裁判在何時轉為確定。因此，仔細嚴謹地分析

1 澳門特別行政區法務局法制研究處代任處長。

2 該法律於2014年1月1日開始生效 – 第十條。這是出於對立法程式的有關考慮，包括制定、討論及通過第9/2013號法律，請參閱Chan Hin Chi / José Miguel Figueiredo ，-《2013年刑事訴訟法典修訂——相關立法進程之小記》（待付梓）。

3 1997年4月1日開始生效 – 請參閱九月二號第48/96/M號核准法令第六條。

該事宜所適用的主要規則，尤其重點注意在2013年的立法修改中被採納的有關該等規則的修改，以此提醒法律適用對象和法律適用者該等改變。

二、前言：上訴期間

在我們開始對有關上訴期間計算的規則進行分析之前，我們必須首先瞭解該期間的實質。刑訴法典第四百零一條第一款[4]由此而恰當地規定：“提起上訴的期間為二十日”。與第一款規定目標一致，同條第三款規定在所列情況下，上訴理由闡述應“在二十日期間內提交”。因此，自開始計算期間時起，上訴人根據具體情況，享有二十天的期間以對裁判提起上訴，或提交相關上訴理由闡述[5]。

需要注意的是，在第9/2013號法律生效之前，舊制度對該期間僅規定為十天。即第四百零一條第一款的原始版本實際上規定“提起上訴的期間為十日”，以及第三款規定上訴理由闡述應“在十日期間內提交”。由此可以看出，在現今情況下將上訴期間延長了一倍，很明顯地增強了訴訟主體的權利，但也妨礙達到其他諸如立法幹預、優化訴訟程式及提高訴訟效率的目標[6]。

該修改立即[7]適用於所有刑事訴訟程序，而不僅僅只適用於未來發生的訴訟，而對該等訴訟是當然適用的，但同樣也適用於待決訴訟，而立法者對於是否適用於該等訴訟可能仍持否定態度。事實上，在第9/2013號法律第六條第三款標題“過渡制度”[8]下，確定“不論所處何種階段，　適用於所有待決的訴訟程式[…]該等法律規定被視為確立更長的期間以作出訴訟行為”。因此，毫無疑問，更長的新上訴期間自2014年1月1日起適用於所有的刑事訴訟，無論是未來發生的訴訟還是正待決的訴訟。

如不提及第9/2013號法律所採納的新規定，那麼對於上訴期間問題的分析

4　所提出來的規定，如果對於沒有提示其所屬何法律的，所引用的法律規定均推定引自刑訴法典，但根據上下文對插入其中的法條有其他理解的除外。

5　實踐中，第一款與第三款所列之假設的不同之處在於，在第一款規定的情況下，上訴人表示出其欲提出上訴的意願並同時提交相關理由闡述，也即在該人提起上訴申請時；不同的是，在同條第三款，上訴人表示其欲提起上訴的意願而僅隨後提交相關理由闡述。自此，除非顯示出明顯的區別或我們特別援引本條其中之一款，我們所述之期間均指提起上訴的期間，儘管在廣義上而言，提起上訴的概念也包括稍後提交理由闡述 – 當上訴人提交理由闡述，則被認為仍在提起上訴。

6　當對修訂進行公眾諮詢時已經清楚地表示出該修改意圖，並在第9/2013號法律中得以實現: “在上訴方面，為了上訴權能充分行使，亦建議將提起上訴的期限及對上訴的答辯期限由現行10日延長至20日，以使利害關係人有充足的時間為上訴作準備” –《修訂刑事訴訟法典諮詢文件》，由法律改革及國際法事務局和法律改革諮詢委員會出版，第57頁，載於http://portal.gov.mo/web/guest/info_detail?infoid=134226.

7　一般而言，在此等情況下，“立即”指的是修改開始生效的時刻。

8　在現行規定中使用這一標題似乎值得批判，因為在我們理解中，現已不處於過渡制度的假設中，而正適用該法律。對於該事項請請參閱José Miguel Figueiredo / António Manuel Abrantes，Manual de Legística Formal, 官樂怡基金會 / CRED-DM，澳門，2015，第 87至90頁。

就不能稱之為完整。如屬第九十四-A條[9]，該條容許第四百零一條第一款及第三款所規定的二十天期間可被“最長以相同的時間延長一次，只要聲請人提出卷宗內包含需翻譯成另一種官方語言或需轉錄的書面訴訟行為，且由於其篇幅及複雜性，不可能合理地於原訂期間內完成”（第一款）。

該解決方案意味著，實踐中，在最理想的狀態下，二十日的上訴期間可轉為成為四十日，即二十日法條所規定[10]的期間加上法官最多可批准給予的二十日期間——即法律規定的該期間可最長以相同的二十日期間延長一次。

該期間延長規定給了法官兩個方面的裁判空間：（1）裁判是否批准延長期間——法律明確規定該等期間“可以被延長”，因此由法官負責對延長期間請求之理由是否成立作出審慎裁判[11]；（2）當法官裁判理由成立，則裁判延長多久——法律規定對期間的延長僅作出唯一約束，即“最長，以相同的期間”，因此給了法官一個可在一日至二十日之中選擇延長天數的裁判空間。

最後，僅需要探求第九十四-A條所載之有關期間延長的規定是否可被看作屬於第9/2013號法律第六條第三款規定的“作出訴訟行為而訂定更長訴訟期間”的情況之一，該款規定將適用更長訴訟期間的範圍拓寬至所有訴訟程序，包括待決訴訟程序和未來的訴訟程序。在此，我們的理解是，我們所面對的是一個建立更長期間的規定，因此第九十四-A條規定的延長可能性應適用於所有的刑事訴訟程序。因此，如認為更長期間的規定（第四百零一條）適用於所有的訴訟程序而與其相關的延長或“延寬”規定（第九十四-A條）卻不得適用則毫無道理。

9 本規定受啟發於《民事訴訟法典》第四百零三條第五款及第六款規定。澳門政府呈交澳門立法會本的最初草案中並不包含本規定，而是在第三常設委員會就該草案討論中得出本規定。而最終決定採用該規定的理由如下：“眾所周知，澳門特別行政區司法制度實行雙語制，當事人可在法院或司法機關使用兩種正式語文中的任何一種，不論是口頭方式或書面方式。根據十二月十三日第101/99/M號法令，在訴訟行為的語言選用上，應考慮當事人的語言使用選擇權及實現公正此一重大利益，另外，也允許法院經說明理由後選擇使用另一正式語文，這使法院在實務上更多的使用有別於訴訟當事人所用的語言，因此也就需要對訴訟文書進行翻譯。[…] 翻譯的工作習慣上是由訴訟參與人聘用的翻譯員負責，而不是依職權提供的，因此將會實際減少當事人行使權力的時間。事實上，用以作出訴訟行為的期間大部分都是浪費在翻譯訴訟文書上，另一方面，為了對聽證上所作的口頭聲明作記錄而大幅增加錄音的使用，這會導致沉重的轉錄工作。 […] 在民事訴訟法的領域，這個問題的解決方案或緩解方案是，規定當翻譯成其中一種官方語言屬必要且涉及的事宜具複雜性，那麼，法院可以延長作出行為的時間。 […] 基於實質公正理由，委員會認為在刑事訴訟領域內引入延長期間這一規定是合適的，只要法院能核實所涉事宜具有複雜性。” – 澳門特別行政區第三常設委員會意見書，第3/IV/2013號意見書，有關最終形成第9/2013號法律的立法案，本文自此將其稱為“意見書”，第29至第30頁，並可於以下網址下載 http://www.al.gov.mo/lei/leis/2013/2013-09/parecer.pdf.

10 值得注意的是“提出延長期間的聲請並不導致中止正在進行的期間”（第94-A條第二款），即，法律所規定的期間不得超逾期二十日，即使其因延長期間的裁判而處待決狀態也不可。 這就意味著，若上訴人在期間的最後一天（第二十天）申請延長期間，裁判將會轉為確定，只要法官在當日未作出同意延長期間的裁判（在現實中，雖然緊急，但也不大會發生這樣的情況，因為該裁判應在最多二十四小時內作出：“法官須於二十四小時期間內作出裁判，對該裁判不得提起上訴” – 第94-A條第三款）。

11 我們認為，對於該判斷，應當考慮多種因素，如，由於期間在司法假期期間中止計算，那麼上訴人在實際上也就擁有超逾二十日的時間，而上訴人應可利用該等時間用以完成作為提出延長申請之基礎的翻譯或轉錄工作。

三、上訴期間的計算

儘管我們主張將分析討論集中在刑事訴訟上訴期間計算的起始時間上，然而仍需對一些與上訴期間計算有關的規則作一個簡短的論述。即有關以何種模式應如何計算期間的規則——比如，回答有關期間的計算應包含所有的自然日還是僅包含工作日的問題，工作日是指行為可在法院實際進行的時間。

對於此，應當強調的是刑事訴訟法立法者引用了《民事訴訟法典》（民訴法典）的相關規則。即，刑訴法典第九十四條第一款標題“訴訟行為期間的計算”下，規定“民事訴訟法之規定，適用於作出訴訟行為之期間之計算”。因此，對一個刑事訴訟行為提起上訴時，其上訴期間的計算應參考民事訴訟法律的相關規定。

1. 需著重指出的最重要的規則之一就是有關期間的繼續進行規則——民訴法典第九十四條第一款。該規則是指，原則上期間以不被打斷的或持續的方式進行計算，又或，所有自然日均納入期間計算內，但司法假期[12]除外，即期間在該等假期期間中止計算。

此外，立法者又規定，即使在司法假期，期間計算也不中止而仍繼續進行的情況，“但有關期間為六個月或六個月以上，或有關行為屬法律視為緊急之程式中須作出者除外”——民訴法典第九十四條第一款最後部分。該解決方式中的與緊急之程序有關的部分與刑訴法典第九十四條第二款規定一致，對於前一條第二款中所列各特別情況中的有關上訴主題的情況，作出規定“應作出上一條第二款所指訴訟行為之訴訟程式，其期間在假期仍進行”——而上一條中與上訴的提起情況有關的僅為a項與c項，b項無關[13]。

在此情況下，我們認為，民訴法典的解決方案與刑訴法典的解決方案有著高度一致，因為，刑訴法典第九十三條第二款所提及的情況因被歸為緊急程序而決定此情況下的相關期間在假期仍繼續進行。而對於緊急程序，民訴法典也同樣決定該等情況的相關期間在司法假期期間仍繼續進行。

2. 另一個有關期間計算事宜的重要規則，出自民訴法典且可參考適用，即民訴法典第九十四條第二款規定：“作出訴訟行為之期間屆滿之日為法院休息日時，隨後第一個工作日方為該期間屆滿之日”。而同條第三款規定則應被視為是對第二款規定的補充完善，第三款決定為適用上一款，則“遇有全日或部分時間豁免上班之情況，視為法院休息”。需要注意的是，僅根據第二款規定，法院不能被視為處於休息狀態，而僅在第三款加以明確的情況下，法院才

12 該等假期是指“十二月二十二日至一月三日、農曆年最後一日至農曆新年第六日、復活節前的星期日至復活節後的星期一、以及八月一日至八月三十一日為司法假期” – 請參閱《司法組織綱要法》第十二條規定， 第9/1999號法律。

13 為方便讀者參考該等條款，特將其轉抄如下：“a）與被拘留或拘禁之嫌犯有關之訴訟行為，又或對保障人身自由屬必要之訴訟行為；b）偵查行為與預審行為，以及預審辯論與聽證，如其主持人係以批示確認該等行為、辯論或聽證在不受該等限制下開始、繼續進行或完成屬有益處者； c）與非澳門特別行政區居民且不具有僱員身份的逗留許可，以及對其採用禁止離開澳門特別行政區的強制措施的嫌犯有關的訴訟行為”。

處於休息狀態。第三款規定解釋，除其他的情況外，如週末以及假期，在現有規定下，全天或者半天被豁免上班的情況也被視為法院休息[14]。

綜上所述，如果提起上訴的期間的最後一日為週末、假期又或全天或半天豁免上班的情況，則該日被排除在期間計算內，而該日隨後的第一個工作日則被視為期間屆滿日。也就是說，如果期間最後一日為星期六，則期間在隨後緊接著的星期一屆滿（在此情況下，一般而言，該星期一也不能為節假日或豁免上班日）[15]。

四、在期間外提起上訴

最後一個我們同樣不能作出闡述的介紹性問題，即使僅僅只是一個簡短的闡述，即須知道上訴是否可在期間外提起。在回答該問題之前，必須解釋清楚：一般而言，法院辦事處可接受在期間外提起的上訴，因在直接行政工作規劃中，對該類上訴並不存在不受理的自動障礙。在此意義上，需要知道的是，如存在上訴是在期間屆滿後被提起的情況，那麼儘管如此，該上訴仍應被法院受理，而不能因其提起的不適時而被駁回。也就是說對於本段開頭所提問題的回答是肯定的。

1. 如當某一上訴在期間外被提起，但上訴人有合理障礙且該障礙阻礙上訴人及時提起上訴的，上訴可在期間外提起——儘管該上訴不得被自動准許提起，因其取決於法官所作之批示。為此請看刑訴法典第九十七條第二款規定：“僅在上款所指當局應利害關係人之聲請，並經聽取該情況所涉及之其他訴訟主體意見而作出批示後，方得在法律所定之期間以外作出訴訟行為，但必須證明出現障礙使在法律所定之期間以外作出訴訟行為為合理者”[16]。而屬該等情況的，例如，當代理人在去法院提起上訴的途中死亡、發病或遭遇不可預見的嚴重事故，從而導致阻礙該訴訟行為的作出。

2. 另一可探討的在期間外提起上訴的情況來自民訴法典第九十五條第四款，其規定如下：“即使無合理障礙，亦得在期間屆滿後第一個工作日作出行為；然而，須立即繳納罰款，該行為方為有效，而罰款金額為整個或部分訴訟程序結束時所應支付之司法費之八分之一，但不得高於五個計算單位；此外，

14 那麼對此就存在一個疑問，根據第166/2002號行政法官批示規定，公共行政機關和實體因遇熱帶氣旋情況而關閉，在此是否根據其實際發生情況而構成全天或半天豁免？我們認為是不構成的，因為這種情況似乎與本處所說的豁免在概念上有所不同。我們認為該疑問中所述之情況可被歸為合理障礙，不符合民訴法典第九十四條第三款所規定的情況。

15 對於此，結合以下兩個因素就會發現一個很有意思的問題: (i) 原期間的最後一日為週末、節日或豁免上班日； (ii)根據第九十四-A條規定而存在期間延長。對於這兩個因素，所產生的第一個問題是，延長期間是以原期間的最後一日開始起算，還是以隨後的第一個工作日開始起算。拿在本文正文中所舉的例子來分析，對於該期間的延長究竟是從星期六開始起算還是，相反地，從下個星期一開始起算。我們認為延長期間的起算應從原期間的最後一日開始（本例子中即從星期六開始），因為在此情況下，既然期間發生延長，那麼，期間就因延長而繼續計算而不得認為於該日屆滿。因此，在原期間的屆滿日與延長期間開始日之間，不適用民訴法典第九十四條第二款規定。那麼期間經延長後，也同樣應將新期間的最後一日順延到緊接著的下一個工作日——例如，在延長後期間仍於某一週六屆滿。

16 該強調為本文所加，法條本身沒有。

尚得在期間屆滿後第二或第三個工作日作出行為，在此情況下，罰款金額為司法費之四分之一，但不得高於十個計算單位”。

根據所引述的法條規定，即使無合理障礙的存在，上訴仍可根據相關規定而在期間屆滿後的第一、第二或者第三個工作日中提起，只要上訴人繳納相對應的罰款即可。該解決方案使得原本因期間已過且無合理障礙而無法上訴的情況轉為仍可上訴。這意味著上訴（僅指民事上訴）可在其相關期間屆滿後的三日內提起，只要繳納相對應的罰款。如，期間於星期一屆滿，而上訴仍可通過繳付相關罰款而在星期二、星期三或星期四提起。

該期間外提起上訴的可能性因民訴法典中有明文規定而毫無疑問地存在於民事訴訟領域。問題在於，根據刑訴法典第九十四條第一款所作出的引用，即命令對作出刑事事宜上的訴訟行為的期間計算適用民事訴訟法律的相關條文規定，那麼該規則是否應同樣適用於刑事訴訟。該問題的回答就在於對刑訴涉及的“期間計算”的理解。因此，若民訴法典第九十五條第四款的規則為一期間計算規則，那麼該規則應引而適用於刑事訴訟程式；如並非為期間計算規則，那麼將該規則適用於刑事訴訟程式也就沒有法律基礎。

在闡述完問題以及相關原由後，應當強調的是，在此各情況下，我們認為我們所面對的並不是一個與期間計算有關的規定，因為實際上並未牽涉到某一期間的計算——期間已屆滿，因此對其之計算也隨之而結束。而該規定所規範的其實是在一個已經結束且已經計算完畢的期間之外是否能夠做出某一行為的可能性。而由於刑訴法典未明示表明引用該規定，我們認為民訴法典第九十五條第四款所賦予的可能性並不適用於刑事訴訟程序，即，在刑事訴訟範圍內，上訴不得在所謂的罰款日[17]中提起。

五、上訴期間的起算

在此，我們進入了文章伊始就提議分析的問題：從何時起開始計算刑事訴訟中所提起的上訴的期間。有關該事宜的一個核心規則規定於刑訴法典第四百零一條第一款[18]，該條款規定提起上訴的期間計算始於：

a) 自裁判的通知之日起計；

17 過去，在葡萄牙法律法律制度範圍內，對該問題有兩種解讀。該問題後隨著立法者的介入而得到了解決，使葡萄牙刑事訴訟法典規定如下：“不論是否有合理障礙，行為均可根據經作出適當調整後的民事訴訟程式規定在期間內作出，並產生經作出適當調整後的民事訴訟程式中所規定之後果” – 第一百零七條第五款。同樣的，隨後又增加第一百零七-A條，規定在特定刑事訴訟範圍內，行為可在期間屆滿後三日內作出時，該三日的每日罰款金額。在此，在沒有明文規定適用民訴法典規定的情況下，至少沒有一個不確定的可能性的情況下，在刑事訴訟中不適用民事訴訟的有關行為可在其相關期間屆滿後三日內繼續進行的規則。

18 該規定在2013年進行的修訂中得到了明顯的改進，不僅僅只是延長了期間，其有關期間起算的規則也都得到了改良。事實上，在一直保持使用直至本次修訂的原版法律中，第四百零一條第一款僅僅有如下規定：“提起上訴之期間為十日，自裁判之通知或判決之存放於辦事處之日起計；如屬口頭作出並轉錄於紀錄之裁判，且利害關係人在場或應視為在場者，則自宣示該裁判之日起計”。

b) 如屬判決的情況，則自有關判決存放於辦事處之日起計；
c) 如屬口頭作出並轉錄於紀錄的裁判，且利害關係人在場或應視為在場，則自宣示該裁判之日起計，但裁判結束時未能提供紀錄副本除外，如屬此情況，提起上訴的期間自紀錄副本可提供之日起計，而有關副本須在五日期間內提供，且由辦事處簽署可提供紀錄副本的聲明並註明日期。

該規定同樣應由同條第三款規定進行完善，該第三款規定為“對聽證中宣示的裁判的上訴，可僅透過在有關紀錄中作出聲明而提起；屬此情況，可自提起上訴之日起，又或如屬判決或口頭作出並轉錄於紀錄的裁判，分別可自第一款b項及c項所指之日起二十日期間內提交理由闡述”。

正如所見，第四百零一條在其第一款和第三款規定中使用了眾多不同概念：裁判、判決、口頭作出並轉錄於紀錄的裁判和聽證中宣示的裁判。對於每一概念，立法者均設定不同的起算日期用以提起上訴或提交上訴理由闡述。因此，必須首先厘清該等概念的確切含義以便於隨後再精確地厘清並確定出不同情況下的各上訴期間起算時刻。

5.1 裁判或作出裁判行為的概念

本事宜中的核心概念為裁判的概念和判決的概念，而立法者所使用的其他概念均為該二概念的簡單變形。如果第一次接觸到裁判和判決的規定，他們可能被看做是同義的，即使法律文獻中，該二概念在未以極盡科學嚴謹的含義下進行使用時，對二者的使用一般而言也毫無差別，被認為是含義相同的。然而，在嚴格的技術層面上，裁判和判決其實有著不同的含義。

首先，需要強調的是裁判的概念比判決的概念更廣，判決僅僅是各裁判形式中的一種。事實上，裁判的概念或者裁判行為的概念均引自刑訴法典第八十七條規定，該條規定使各裁判或裁判行為均可被歸納為三種形式中的一種：判決、批示及合議庭裁判。讓我們來看一看：

判決：為法官所作出決定的行為，而該等行為系對訴訟程序標的作出最後認定——第八十七條第一款a項。或者說，判決是法官在訴訟最後所作出的決定以解決嫌犯有無罪的問題。換言之，是對案件實體問題進行審理後所作出的決定，即在辯論中對事項直接進行審理，而事項則由嫌犯被控訴或起訴的事實構成。判決通常也被稱為終局裁判。

批示：為法官所作出決定的行為，用以（1）對訴訟程序進行中出現之問題作出認定；或（2）在未對訴訟程序之標的作出最後認定的情況下使訴訟程序終結——第八十七條第一款b項。這兩種作出批示的情況分別為：

（1）對訴訟程序進行中出現之問題作出認定的行為，也被稱為中間批示，是法官在判決前或判決後所作出的所有裁判，而該等裁判不會使訴訟程序終結；該等裁判是對輔助性問題或者附隨事項所作出的決定，該等問題是相對於需要在訴訟中解決的由嫌犯被控訴或起訴的事實構成的主要問題而言的。例

如：對是否延長第九十四-A條所規定的期間所作出的決定[19]；

（2）法官在未對訴訟程序之標的作出最後認定的情況下所作出的終結訴訟程序的裁判行為，但尚未對案件實質問題或者對需要解決的主要問題作出審理。因此，該等批示終結訴訟程序，但卻未對嫌犯作出有罪或無罪裁判。例如：第二百九十三條規定中所作的聲明刑事程序時效的批示。

批示同樣也可為檢察院的作出決定的行為——第八十七條第二款。因此，所有檢察院所作的決定，不論其決定的內容及其效力，是否終結訴訟程序，均以批示方式作出。例如：第二百五十九條規定中所作出的有關歸檔的決定，以批示方式作出[20]。

合議庭裁判：由合議庭作出的決定——第八十七條第一款c項。因此，由組成特定合議庭的法官團體所作出的任何決定，均為合議庭裁判。因此，這一概念不僅包括，對刑事訴訟程序的標的作出最後認定的情況（對此我們可以富於表達地將其稱為合議庭裁判-判決）；還包括由合議庭對訴訟程序進行中出現的問題作出認定，或在未對訴訟程序之標的作出最後認定的情況下終結訴訟程式的相關合議庭決定的情況（對此我們可以富於表達地將其稱為合議庭裁判-批示）。例如：第十二條規定的有管轄權的法院，其合議庭對第一審訴訟程序所作的終局裁判。

總結：裁判或作出裁判行為可以判決、批示及合議庭裁判的形式作出。自此，從該三種裁判形式中同樣可以引申出其他為立法者所使用的概念，即，口頭作出並轉錄於紀錄的裁判和聽證中宣示的裁判。其中第一個概念在理論上指的是，任一以口頭形式作出的判決、批示或者合議庭裁判，均須被轉錄於相關訴訟措施的紀錄中。第二個概念則在理論上顯示出，在聽證中所宣示作出的任一判決、批示或者合議庭裁判。由此，在明晰以上各概念之後，我們已經具備充分條件對第四百零一條各款所指之含義及其所規範的範圍進行解析。

5.2. 第四百零一條的各規範部分

自列出有關裁判、判決、口頭作出並轉錄於紀錄的裁判和聽證中宣示的裁判各概念後，現在則開始對第四百零一條的各規範部分開始進行詳盡分析[21]，首先分析該條第一款所列之各項內容，然後再分析該條第三款內容，如此安排主要考慮到首先需要注意的是瞭解各規範所具體涉及的裁判行為，及解釋各裁判行為的上訴期間的確切起算時刻。

5.2.1. 第一款a項

第四百零一條第一款a項規定，提起上訴的期間自裁判作出通知之日開始

19 第九十四-A條第三款，當談及決定是否延長期間的裁判，該裁判為“作出的批示”。

20 注意第二百五十九條第三款規定，明文規定了檢察院作出的“歸檔批示”。

21 對該規定所產生的任何問題，請參閱Manuel Leal-Henriques著:《澳門刑事訴訟法典注釋與評注》，第三卷，法律及司法培訓中心，2014年，第276及其隨後數頁。

起算。這一規定有兩個問題：（1）哪些裁判被認為包括在本規定之中？（2）該等被包括在本規定之中的裁判在何時被視為作通知？

（1）對於第一個問題，我們知道裁判的概念包括判決、合議庭裁判和批示。那麼在此，該項規定是否涉及所有類別的裁判？答案是否定的，這並非是因為該概念的內涵，而是根據其隨後之數項的規定所必須作出的排除。事實上，相對於a項，本款的b項與c項顯示出較為特別的屬性，即，屬於a項內實現的裁判即對b項與c項形成參照，如某些裁判被歸於a項中，則不得再被歸於b項與c項。以此模式，在作出隨後的結論前，自此可知a項中僅包括書面作出的批示、書面作出的合議庭裁判-批示和在未經聽證而書面作出的合議庭裁判-判決[22]。而對於基於某些原因而不得具體適用b項和c項的其他裁判情況，才可由本項對之進行規範。

（2）對於該等裁判自何時起被視為通知而可開始對其上訴期間開始進行計算的問題，該事項適用有關通知的一般規則——主要規定於第一百條和第一百零一條中。例如：第一百條第一款b項所規定的通過掛號信通知的書面批示，根據第一百條第二款規定，推定在郵政掛號日之後第三日完成通知；如該日非為工作日，則推定在該日隨後之第一個工作日完成通知；因此，在此情況下，原則上[23]，在郵政掛號日之後第三日起，或如該日非為工作日，則自隨後的第一個工作日起，開始對該裁判提起上訴的期間進行計算。

5.2.2. 第一款b項

第四百零一條第一款b項規定涉及對判決的處理，其上訴期間自該判決被存放於辦事處之日起開始計算。在引述完規定開始著手分析該規定時，產生了以下基本問題：（1）哪些判決被認為包括在本項之中？（2）何時作出將判決存放於辦事處行為？

（1）對於第一個問題，自始同樣因考慮到下一項的規定而須作出一個消極的界定，即下一項中所規範的裁判形式須被排除在b項規定之外，對於b項而言，由於c項規定了口頭作出的判決，因此該等判決不在b項規範範圍之內。另一方面，應類推地認為b項所規定的判決還包括合議庭裁判，我們將之稱為合議庭裁判-判決[24]。因此，b項中所包含的判決有書面作出的判決和書面作出的合議庭裁判-判決。然而，需要注意的是接下來的幾段內容將會對之前所作的結論作出輕微調整，以對之前所作出的確認引出更加嚴格的定義。

22 原則上，包括由中級法院和終審法院所作出的合議庭裁判-判決，而不包括由初級法院作出的合議庭裁判-判決（這主要是說有合議庭參與審判的情況，因為該法院作出裁判的另一形式為判決而不是合議庭裁判，因而自然不包含在內）。

23 之所以使用“原則上”，是為了保留仍可能有不得推定已作出第一百條第二款所規定的通知的可能性存在。

24 認為合議庭裁判遵循有關判決的制度在於，例如，均在以下期間形成，裁判均根據葡萄牙刑事訴訟法律中同樣的規定而作出：“對於判決（或者合議庭裁判），分別自存放（請參看第三百七十二條第五款）辦事處【b項】時開始起算” – Vinício Ribeiro, Código de Processo Penal, Notas e Comentários，科英布拉，2008年，第 920頁。

（2）對於作出將判決存放於辦事處行為的時刻，認為在判決宣讀完畢後即即算作出該存放行為，正如本法典第三百五十三條第五款規定：“判決一旦宣讀完畢，主持審判之法官須將判決書存於辦事處。書記長須在存放聲明上注明日期及簽名”。原則上來講，對於本款的撰寫方式以及使用“一旦”這一表達均指明對於判決的宣讀和存放應發生在同一天，此外, 根據法律規定，判決製作完畢後即開始宣讀，因而幾乎不可能發生判決沒被立即存放的情形。而由於判決的存放必須緊隨判決的宣讀之後，因此如未緊隨宣讀之後進行存放即認為存在不當情事。

現已知曉判決存放行為發生在判決宣讀之後，那麼這就使我們必須面對一個問題，即對於某些合議庭裁判-判決：按照規定，由於中級法院和終審法院所作出的合議庭裁判-判決無需宣讀，因為原則上，上述判決並非在聽證中作出而是在評議會中作出——參看第四百零九條規定。因此，儘管有將合議庭裁判-判決存放入辦事處的行為，該行為在原則上也因無宣讀步驟而不發生在宣讀之後，而是發生在評議會結束後。

在此種情況下，認為上訴期間自存放合議庭裁判-判決時起開始計算是沒有意義的，因為訴訟主體不可能知道該存放行為將在何時發生，即，不可能自該時刻起對訴訟主體的行為的期間開始進行計算。換言之：當合議庭裁判-判決在聽證中被宣讀，則可知存放行為也將發生在該日期，即，訴訟主體可預見存放判決的日期，那麼上訴期間起算於此時合法合理，而對於在評議會中作出的合議庭裁判-判決，由於訴訟主體在原則上並不能知曉評議會審判於何時發生，因此，也也就無法預知存放的日期。

在此種情況下，自存放行為日期開始計算上訴期間是毫無意義，因為對於上訴人而言，其不能控制對這一時間要素的知曉，因而上訴人還是應自獲通知合議庭裁判-判決之時起開始計算期間，也就是說，應當適用a項規定而不是適用本b項規定[25]。從現實的不公平中而非從法條規定的假設中得出的這一結論導致適用a項，這使我們推論認為立法者意願並非如此[26]。因此，b項規定，對於書面作出的合議庭裁判-判決，原則上，只限於初級法院的由合議庭參與審判作出的合議庭裁判-判決。

最後我們僅介紹一附加要素：若訴訟主體在進行評議會的日期之前即獲通知，那麼以上三段所得出的結論是否可能不發生。事實上，在此似乎可以對當作出存放行為時開始起算的上訴期間一事進行辯護，因為在此情況下，訴訟主

25 正因如此，以及作為一個法律參照，葡萄牙憲法法院已經對相應法規作出宣判，即對於葡萄牙刑訴法典第四百一十一條第一款b項規定，該法院認為該項規定違憲，其認為對通過評議會作出的裁判提起上訴的期間應從存放入辦事處時起算而非從作出相應通知時起算，因此違反了對訴訟主體訴諸司法和法院的保障以及違反了保障刑事程序辯護的原則，– 請參閱2003年2月14日第395/02號案第87/03號合議庭裁判，載於：http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030087.html.

26 而立法者未明文規定相關解決方案在我們看來，是源於一個已經設定了的對判決的規定，即判決必須在聽證中作出並宣讀—請參閱第三百五十三條規定。而對於法律的解讀和適用的問題僅始於我們將該規定適用於合議庭裁判-判決的情況，在該等審判形式中，不僅只是沒有聽證而是根本沒有一規則以令聽證一直存在。因此，應當對該等規定適用於合議庭裁判-判決的情況設立相應的預防措施，因為該法律適用所產生的問題是當初立法者所沒有預見或者是沒有想到的。

體是知道評議會將在何時開始的，即，假定知曉何時進行相關存放行為。儘管有疑問，我們認為像上訴期間的起算這樣的重要要素，不可由法院來支配，因為法院並無義務去通知訴訟主體召開評議會的日期。因此，以真實和安全的名義，以及為了始終如一地保護訴訟主體的權益，我們認為即使在該等情況下，對於上訴期間的起算仍應自上訴主體獲通知合議庭裁判-判決時開始計算，而不是自相關存放行為作出時開始計算。

即使知曉何時存放，我們認為也不是所有以書面作出的合議庭裁判-判決都可被包含在b項之中。因此進行重新整理法規之適用範圍以及確定可適用b項的判決為書面作出的判決和在有聽證的情況下書面作出的合議庭裁判-判決。除此之外，基於某些原因而不能具體適用c項規定的情況也可由b項進行規範，只要顯示出其他法律要件均符合規定。

5.2.3. 第一款c項

第四百零一條第一款c項規定，如屬經口頭作出並轉錄於紀錄的裁判，則在利害關係人在場或應視為在場的情況，提起上訴期間自該等裁判被作出之日開始計算；然而，即使在該等情況下，如在裁判結束時未能提供紀錄副本，則提起上訴期間自紀錄副本可提供之日起開始計算，而有關副本須在五日內提供。由此，產生以下疑問：（1）應如何理解“經口頭作出並轉錄於紀錄的裁判”？（2）何時可視為該等裁判被作出？（3）何時可視為利害關係人在場或應視為在場？（4）裁判副本須在何時提供？

（1）對於第一個問題，正如我們先前所作的論述，任何裁判均可列入“經口頭作出並轉錄於紀錄的裁判”的概念，只要該等裁判由口頭作出並轉錄於紀錄，或者說，只要是由口頭作出並轉錄於紀錄的判決、合議庭裁判-判決、合議庭裁判-批示和批示，即為經口頭作出並轉錄於紀錄的裁判。

範例1：依照第三百一十八條規定在聽證中所宣示作出的可以口頭形式作出的批示，須被轉錄於紀錄（第三條）；

範例2：簡易程序中的判決和簡捷程序中作出的可口頭作出並口述作紀錄的判決，相應規定於第三百七十條第六款和第三百七十二-E條第二款。

正如我們之前所述，理論而言，所有的判決、合議庭裁判-判決、合議庭裁判-批示和批示，只要是以口頭形式作出且轉錄於紀錄的，均可在本規定所規定的範圍之內。然而，需注意的是，對於口頭作出的判決和合議庭裁判-判決，似乎只存在於特別程序範圍[27]，即便在此，可能也難於實踐——主要允許合議庭裁判-判決通過口頭方式作出，而該等裁判由於其之複雜性又很難以口頭方式作出。儘管如此，理論上講，似乎並沒有任何進行口頭裁判的阻礙，所以在此也應予以考慮。

（2）對於第二個問題，口頭裁判理應在說出或者通過言詞口頭表示出時

27 一般而言，在特別程式中，一個合議庭裁判-判決以口頭方式作出的可能性取決於該特別由合議庭方式進行審判，須參看第十二條合議庭的管轄權規定何時使用該形式，以及第三百六十二條簡易程式規則和第三百七十二-A條簡捷程式規則。

而被視為作出。因此，一旦口頭說出判決，則該判決被視為作出，如在判決作出後尚未轉錄則還須被轉錄於紀錄，

（3）對於何時應視為利害關係人在場或應被視為在場的問題，似乎答案非常簡單明瞭。因此，當利害關係人在裁判作出時實質在場的，則認定其在場。另一方面，儘管利害關係人在裁判作出時不在場，但是案件按照其實際在場時的情況而發生一切效力，此時即為被視為在場，理論上而言，其應由辯護人代表。

對於視為利害關係人在場的假設，例如，在第三百一十三條第三款規定的情況下，該法條規定如嫌犯在出席聽證後，“如離開聽證室，聽證亦得繼續進行直至完結，只要其已被訊問及法院不認為其在場屬必要者；在一切效力上，嫌犯均由辯護人代理”。該在一切效力上，嫌犯均由辯護人代理的表示意味著，在一切法律效力上，都將視為嫌犯在場，因其由辯護人代理。

介紹該要素旨在將在利害關係人實際不在場或被視為不在場時口頭作出且轉錄於紀錄的裁判等情況排除在本項之外，也就是說，該裁判在利害關係人實質缺席或法律意義上缺席時作出。若為此種情況，如其適用要件顯示適用b項規定則適用b項，如其適用要件顯示b項也不可適用，則適用a項。

（4）最後，需注意的是，即使厲害關係人在場或被視為在場，也須區分兩種情況：（a）裁判結束時能提供副本；（b）裁判結束時不能提供副本。在第一種情況下，上訴期間自裁判作出時開始計算，因副本可於隨後提供。在第二種情況下，上訴期間僅自紀錄之副本可實際被提供時起開始計算，而該副本應在五日內提供。

第一種情況，即紀錄之副本與裁判結束時提供的情況，較之而更為常見。事實上，當我們討論口頭裁判轉錄於紀錄，則應當在該地點存在實實在在的技術支援以將該裁判轉錄於紀錄，因此在裁判結束時應可提供副本給各利害關係人。然而，如因某些原因而不可能提供該副本（認為主要是存在某一技術缺陷從而導致不可能作出副本），則該副本應在五日內提供。需注意，對這一可能性的規定旨在對利害關係人提起上訴的權利進行保護，因為若沒有載有判決的紀錄副本，則不可能知曉上訴期間的開始。這一解決方案目的在於加強利害關係人的權利，尤其是有關上訴的權利，很難想像利害關係人可在沒有裁判的書面副本的情況下，僅憑一個口頭裁判就嘗試上訴。

在同款規定中，立法者解釋了有關可提供該副本的手續應如何完成：“由辦事處簽署可提供紀錄副本的聲明並注明日期”。因此，一旦紀錄可供複製，則辦　事處須在該裁判書的結尾處簽署現可提供副本的聲明並注明相關日期，該等基本要素即可被看作可以開始起算上訴期間的必要保障。實際上，本法典第三百五十三條第五款的規定可被視為對存放聲明的一個修改，其規定相關存放“書記長須在存放聲明上註明日期及簽名”。

規定於c項的內容也同樣地給上訴人的訴訟權利帶來了更好的保護。在此意義上：“從而確保嫌犯能知悉已宣示的裁判內容，尤其是作為裁判依據的事實上和法律上的理由。這修改旨在加強已宣示的口頭裁判，其具體內容的法律準確性，以便讓嫌犯能被確實地告知有罪裁判的依據，而這也就是允許查閱裁

判書副本的原因。裁判書內必須清楚載有裁判的理由闡述，以及就當事人所陳述不論經證實與否的事實，在聽證中提出的相關證據，尤其是人證等證據的價值闡述，而這些依據對於上訴而言是很重要的”[28]。

5.2.4. 第三款

第四百零一條第三款規定，針對在聽證中宣示的裁判的上訴可僅通過有關紀錄中的聲明而提起，在此情況下，上訴理由闡述須在十二日內提交，該提交期間自提起上訴之日起開始計算，或，如屬以的判決或裁判並轉錄於紀錄的情況，則提交期間自本條第一款b項和c項所規定的日期開始計算。

首先要清楚的是該規定所規範的並非是提起上訴的期間，而是提交相關理由闡述的期間，因此該規定已預設此時已經提起上訴。事實上，本款所規定情況下的上訴的提起均是立即進行的，這也使得所規定的上訴期間無甚用處而只需要提交理由闡述期間。在實踐中，二者的區別不是非常明顯，這是由於在此之前僅僅是有關是否上訴的決定，從而產生某些法律效力。然而，上訴的基礎還需繼續完成相關上訴理由闡述的提交。

由此，應當強調的是，根據本款現有形式，其仍包括眾多種裁判，只要該等裁判是在聽證中宣示的。因此，本款理論上包括本條第一款所列出的所有假定情況，即包括判決、合議庭裁判和批示，只要該等裁判宣示或作出於聽證。具體而言，主要還是對具體作出裁判行為的界定，因為對理由闡述的提交期間的起算取決於該等裁判的性質。如下所示：

如屬口頭作出並轉錄於紀錄的裁判：如利害關係人在場應被視為在場，則提交上訴理由闡述的期間自該等裁判作出之日開始計算[29]，但若處於裁判結束時未能提供紀錄副本的情形，則提交理由闡述的期間自可提供相關紀錄副本之日起開始計算，而有關副本須在最多五日內提供——規定於第一款c項，第三款引用之。

如屬判決：提交上訴理由闡述的期間自該等判決存放於辦事處之日開始計算——規定於第一款b項，第三款引用之。

如屬上述規定以外的其他情況：提交上訴理由闡述的期間自對該等裁判提起上訴之日開始起算，而該起訴發生於聽證中——規定於第三款。

此外，本文先前所述的問題中有談及b項和c項所引起的疑問在此同樣適用，如對該等疑問有其他見解，則請再參看該等項。

5.3. 缺席審判中的特殊情形

除上所引述的規則之外，還需對一種假設情況進行區別分析，而該假設情況的相關解決方案極為特別。即，對於嫌犯缺席審判的情況，則對應對該等判決提起上訴所須具備的條件有著若干特別規則。

28 《意見書》, 第34至第35頁。

29 與提交上訴的時刻一致。

事實上，根據第三百一十四條第七款規定[30]，如為嫌犯缺席審判，則“提起上訴的期間自該判決通知辯護人起計，或如辯護人沒有提起上訴，則自該判決通知嫌犯之日起計”。該款是對前款的一個補充，即第六款規定“一旦嫌犯被拘留或自願向法院投案，判決須立即通知嫌犯；判決亦須通知其辯護人，而其辯護人可以嫌犯的名義提起上訴”[31]。

從這兩款規定中，可以得出有關在嫌犯缺席審判時，對判決提起上訴之事宜的重要結論：（1）當在嫌犯缺席時作出判決，則該判決應被通知給嫌犯和其辯護人，而辯護人在必要時代表嫌犯[32]；（2）一旦嫌犯被拘留或自願向法院投案，則立即通知嫌犯；（3）當裁判被宣讀即視為將裁判通知予辯護人[33]；（4）如嫌犯之辯護人未在其可提起上訴的期間內提起上訴，嫌犯也並不會因此而失去其上訴機會，即當嫌犯獲通知判決時，其仍可提起上訴。

這一解決方案被第9/2013號法律所採納，然而該解決方案並不產生於政府向立法會提出的最初版本的立法案中，而是通過與立法會第三常設委員會對立法案進行細則性審議時討論而成，對此，第三常設委員會指出認為是“創新的立法解決方案，即使是從比較法的層面亦然。基於澳門本身的特性，特別是其面積及人口流動方面的特點，採用該方案亦是合理的，但是否能適當地回應就無嫌犯出席的聽證中所作的審判在提起上訴方面可能存在的實際困難，則只能從日後的司法實踐中才可得出正面的結論。然而，根據載於法案第六條第一款所指的過渡制度，該新方案亦適用於仍然待決的訴訟程式，此規定將容許澳門的刑事訴訟體系中相當數量的訴訟程式得以完結，不論最終的裁判為何亦有助於加強法律確切性”[34]。

總之，在我們所側重的方面及僅針對嫌犯而言，對於的判決（或合議庭裁判-判決）[35]，提起上訴的期間並不起算於相關判決存放時刻【參看第四百零一條第一款b項】，而是起算於將該判決通知予其辯護人之日，若該辯護人不提起

30 在2013年的修訂中，該規定被採納入刑訴法典

31 在2013年的修訂中，該規定被採納入刑訴法典，儘管之前的法條以更加嚴格及以其他範圍對此進行規定：“一旦嫌犯被拘留或者自願向法院投案，判決須立即通知嫌犯”（修訂前刑訴法典第三百一十七條第三款）。

32 見第三百一十四條第五款規定：“如在嫌犯無出息的情況下進行聽證，則嫌犯由辯護人代理”。

33 第三百五十三條第四款規定:“宣讀判決等同於對所有應被視為於聽證中在場之訴訟主體作出通知”。那麼辯護人作為訴訟主體必須在場，- 同樣：“辯護人是一訴訟主體，當然是僅當存在嫌犯時才存在。正是由於這原因，學術界及法律（第四十六條及其後各條）對這訴訟主體和嫌犯並行研究”- Manuel Leal-Henriques著:《澳門刑事訴訟法教程》，上冊，第二版，法律及司法培訓中心，澳門，2009年，第117頁。儘管法律明確說明上訴期間自通知辯護人時及宣讀判決或合議庭裁判-判決時開始起算，然而事實上我們很難接受的是，如存放行為並未於同一日作出，則上訴期間仍應自通知或宣讀時起算。實際上，舉個例子，只要考慮到如果存放行為只在15天後進行，那麼實際上辯護人則只有5天時間以準備上訴和相關的理由闡述，在這種程度上，不認為辯護人在沒有得到實體判決書的情況下還有條件準備上訴。因此，我們認為在此情況下應使用b項，根據此模式，就算辯護人在宣讀判決時視為被通知，然而上訴期間仍自相關存放行為作出時開始起算。總體而言，是要花時間對該問題形成一個法學傾向，以在之後對該規定可以有個一更確定的解讀。

34 《意見書》，第106頁。

35 在此我們並不區分該等裁判是以口頭方式作出還是以書面方式作出，由於在我們看來，該有著特殊性質的規定優於其他有關上訴事宜的一般規則，而在一般規則中，該等區分就顯得尤為重要。

上訴，則起算於將該判決通知嫌犯之日，而將判決通知嫌犯的情形發生在嫌犯被拘留或自願向法院投案時（第三百一十四條第七款）。此“用作計算提起上訴期間的二元制度旨在避免嫌犯因辯護人在獲通知後卻沒有行使上訴權而喪失該上訴權利”[36]。

5.4. 與有關上訴事宜的其他規則的配合

最後，必須強調指出的是，以上各段中所述之解決方案均必須與有關上訴事宜的其他規則相配合，尤其是對是否可上訴而作出規範的規則。實際上，儘管有上述解決方案，仍需根據第三百八十九條和第三百九十條規定，在具體情況下具體分析一個裁判是否可被上訴。

比如，儘管顯示出以書面作出的批示受第四百零一條第一款所規範，以及隨後的上訴期間自相關通知作出時開始計算，然而，該批示如屬單純事務性批示，則因其屬於第三百九十條第一款a項所規定的不可上訴的情況而不得對該等批示提起上訴。因此，批示的概念問題與批示具體是否可上訴的問題是不同的。

VI. 結論

有關何時開始計算上訴期間的問題是刑事訴訟領域中的一個主要問題，其重要性不亞於有關上訴期間長度的問題。可以這麼說，若不清楚該從何時開始起算上訴期間，那麼對於提起上訴期間的知曉也就毫無意義。一旦裁判被作出，則無論是為了確定提起上訴的適時性還是正好相反地為了使裁判轉為確定，均會出現該上訴期間起算問題。

因此，明確地知曉規範上訴期間的計算的各規則極其重要。在此情況下，刑訴法典第四百零一條第一款規定就顯得尤為關鍵，該款規定根據各裁判行為的實際作出形式而確定了若干上訴期間的起算時刻。

對該法條規定的具體分析顯示出該條所設立的規則並非其所表面上顯示的那麼簡單。確認此點後，我們具體分析了第四百零一條中的每一款，即對每一種假設情況和每一處規定均進行了深刻剖析。

最後，我們希望本文可有效幫助理解第四百零一條的規定，輔助法律闡釋者和法律適用者嚴謹地對有關規定作出闡釋，而非單純地解釋。

36 《意見書》，第105頁。

O INÍCIO DO CÔMPUTO DO PRAZO DE RECURSO EM PROCESSO PENAL

José Miguel Figueiredo[1]

I. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal (CPP) foi objecto de uma profunda intervenção legislativa no ano de 2013, por intermédio da Lei n.º 9/2013[2]. As alterações introduzidas por esta lei consubstanciaram a primeira grande revisão do CPP desde a sua aprovação em 1996[3]. Tratou-se de uma intervenção que, norteada pelos interesses em *proteger os direitos* dos intervenientes processuais, *optimizar* o processo penal e promover a *celeridade processual*, determinou uma intervenção alargada ou transversal a todo o Código. Foram, por isso, múltiplas as matérias abrangidas, entre as quais, se encontram, precisamente, as regras relativas ao recurso e, em particular, as normas que regulam o início do cômputo do prazo para a respectiva interposição.

Ao falarmos em *cômputo do prazo de recurso* estamos a reportar-nos às regras relativas à forma ou modo de contagem do limite temporal dentro do qual a interposição do recurso se considera tempestiva ou atempada. Sem prejuízo de outras questões importantes que o tema convoque, às quais faremos breve referência nos pontos seguintes,

1 Chefe da Divisão de Estudo do Sistema Jurídico, substituto, da Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça do Governo da RAEM.

2 A qual entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2014 – artigo 10.º. Para algumas considerações relativas ao procedimento legislativo que envolveu a elaboração, discussão e aprovação da Lei n.º 9/2013, *vide* Chan Hin Chi / José Miguel Figueiredo, *A Revisão de 2013 do Código de Processo Penal — Breves notas sobre o procedimento legislativo respectivo* (aguarda publicação).

3 Com entrada em vigor no dia 1 de Abril de 1997 — *vide* o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48/96/M, de 2 de Setembro.

uma das principais questões que, da nossa perspectiva, aqui se suscita é esta de saber a *partir de quando* se conta o prazo de recurso, ou seja, a questão de saber quando é o *início do cômputo* do prazo de recurso.

A centralidade que atribuímos a esta questão decorre não apenas da circunstância de a mesma se colocar sempre que uma decisão é proferida, quer para aferir a tempestividade do recurso quer, correlativamente, para determinar o trânsito em julgado da decisão, como também pelo facto de considerarmos que a certeza quanto ao prazo de recurso é perfeitamente inútil se não for seguro a partir de que momento o mesmo começa a ser contado.

Pode, por isso, concluir-se que a contagem do prazo de recurso é uma matéria com a maior relevância prática em qualquer processo penal e uma das mais delicadas, porquanto dela dependem não apenas a tempestividade do recurso como o trânsito em julgado da decisão proferida. Importa, por isso, analisar com detalhe e rigor quais as principais regras que valem nesta matéria, salientando as modificações que nas mesmas foram introduzidas em virtude da alteração legislativa de 2013, assim alertando destinatários e aplicadores da lei para as mudanças empreendidas.

II. PREVIAMENTE: O PRAZO DE RECURSO

Antes de analisarmos algumas das regras relativas à contagem do prazo de recurso, essencial se torna perceber qual é efectivamente este prazo. A propósito, dispõe o n.º 1 do artigo 401.º do CPP[4] que o «prazo para interposição do recurso é de 20 dias». Em sentido convergente, o n.º 3 do mesmo artigo dispõe que, nos casos aí previstos, a motivação do recurso deve «ser apresentada no prazo de 20 dias». Assim sendo, a partir do momento em que a contagem se inicie, o recorrente dispõe de *20 dias* para interpor recurso da decisão ou para apresentar a respectiva motivação[5], consoante os casos.

4 Ao qual se presumem pertencer todas as disposições legais citadas sem referência ao diploma que integram, a menos que outra interpretação resulte do contexto em que a norma se insere.

5 Na prática, a diferença entre as hipóteses do n.º 1 e as do n.º 3 está em que, nos casos do n.º 1, o recorrente manifesta a sua intenção de interpor recurso e apresenta a respectiva motivação no mesmo momento temporal, que é quando submete o requerimento de interposição de recurso; diferentemente, nos casos do n.º 3, o recorrente começa por manifestar a sua intenção de interpor recurso e só mais tarde apresenta a respectiva motivação. Doravante, e a menos que se justifique destacar a diferença ou estejamos a reportar-nos especificamente a apenas um dos números do artigo, falaremos apenas no prazo de interposição de recurso, tanto mais que, num sentido mais amplo de *interposição de recurso*, este conceito ainda abrange a apresentação posterior da motivação – quando o recorrente apresenta a motivação está ainda a interpor o recurso.

Note-se que o anterior regime, vigente antes da Lei n.º 9/2013, previa um prazo de apenas 10 dias. Efectivamente, a versão originária do n.º 1 do artigo 401.º prescrevia que o «prazo para interposição do recurso é de 10 dias» e o n.º 3 prescrevia que a motivação do recurso devia «ser apresentada no prazo de 10 dias». Como se pode verificar, houve, neste caso, um claro reforço dos direitos dos sujeitos processuais, em prejuízo dos demais objectivos pretendidos com a intervenção legislativa, a optimização e a celeridade, tendo-se alargado *para o dobro* o prazo de recurso[6].

Esta alteração passou a aplicar-se de imediato[7] a todos os processos penais, não apenas aos processos futuros, aos quais se aplicaria naturalmente, mas também aos processos pendentes, aos quais ainda assim podia o legislador ter entendido não ser de aplicar. Efectivamente, sob a epígrafe *regime transitório*[8], o n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 9/2013, estabelece que: «Independentemente da fase em que se encontre, são aplicáveis a todos os processos pendentes […] as disposições legais que passam a estabelecer prazos mais alargados para a prática de actos processuais». Não há dúvida, portanto, de que o novo prazo de recurso, mais alargado, passou a ser aplicável a todos os processos penais a partir de 1 de Janeiro de 2014, quer os processos futuros, quer os processos pendentes.

A análise da questão do prazo de recurso não ficaria completa sem uma referência a uma nova norma introduzida pela Lei n.º 9/2013. Trata-se do artigo 94.º-A[9], o qual

6 Intenção expressamente assumida aquando da consulta pública da revisão, que viria a culminar na Lei n.º 9/2013: «Em relação aos recursos, no sentido de permitir que o direito ao recurso seja exercido plenamente, garantindo que os interessados disponham do tempo suficiente para o preparar, propõe-se que o prazo para a sua interposição, bem como o prazo para a respectiva resposta, sejam aumentados de 10 para 20 dias» – Documento de Consulta sobre a Revisão do Código de Processo Penal, publicado pela Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional e pelo Conselho Consultivo da Reforma Jurídica, p. 57, disponível em http://portal.gov.mo/web/guest/info_detail?infoid=134226.

7 Naturalmente, «de imediato», nestas hipóteses, significa o momento da entrada em vigor das alterações.

8 A utilização desta epígrafe na presente norma parece-nos criticável, por ser nosso entendimento que, nestes casos, não está em causa uma hipótese de regime transitório mas um caso de aplicação da lei no tempo. Sobre o assunto *vide* José Miguel Figueiredo / António Manuel Abrantes, *Manual de Legística Formal*, Fundação Rui Cunha / CRED-DM, Macau, 2015, pp. 87-90.

9 Norma inspirada nos n.os 5 e 6 do artigo 403.º do Código de Processo Civil. Esta norma não constava da proposta inicial entregue pelo Governo na Assembleia Legislativa, tendo antes resultado da discussão da mesma em sede de Comissão. Sobre as razões que determinaram a sua introdução ficou plasmado o seguinte: «Como é sabido, o ordenamento jurídico da RAEM é bilingue, sendo que as partes podem fazer uso de qualquer das duas línguas oficiais quando se dirigem, oralmente ou por escrito, a qualquer tribunal ou órgão judicial. Nos termos do Decreto-Lei n.º 101/99/M, de 13 de Dezembro, a determinação da língua dos actos processuais deve ter em conta o direito de escolha das partes ao uso de uma das línguas oficiais

permite que o prazo de 20 dias previsto nos n.os 1 e 3 do artigo 401.º *possa ser* prorrogado «por uma vez e, no máximo, por igual período, a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou da parte civil, quando o requerente invocar que o processo contém actos processuais escritos que carecem de tradução para uma das línguas oficiais ou transcrição e que, pela sua extensão ou complexidade, tal tradução ou transcrição não pode ser razoavelmente efectuada no prazo inicial» (n.º 1).

Esta solução significa, na prática, que, na melhor das hipóteses, o prazo de recurso de 20 dias pode passar a ser de *40 dias*, resultante da soma entre os 20 originalmente previstos[10] e os 20 dias concedidos no máximo pelo juiz – recorde-se que a lei prescreve que o prazo pode ser prorrogado por uma vez e, no máximo, por igual período de 20 dias.

A norma em causa introduz uma margem de decisão ao juiz em dois aspectos: (i) na decisão de prorrogação ou não prorrogação – a lei prescreve expressamente que os prazos «podem ser prorrogados», pelo que cabe ao juiz fazer um juízo de ponderação sobre a procedência ou improcedência do pedido[11]; (ii) na extensão da prorrogação caso o

---

e o superior interesse da realização da justiça, que permite que o tribunal possa fundamentadamente optar por fazer uso da outra língua oficial. Tal implica que, na prática, muitas vezes os tribunais façam uso de uma língua oficial diferente da língua oficial que as partes utilizam, o que frequentemente determina a necessidade de traduzir os actos processuais. […] Esta tradução é realizada habitualmente por tradutores contratados pelos intervenientes processuais e não é fornecida oficiosamente, o que reduz o tempo que as partes têm efectivamente à sua disposição para fazerem uso dos seus direitos processuais. Na verdade, grande parte do prazo para a prática de um certo acto processual pode ser despendido com a tradução. Por outro lado, a crescente utilização de meios de gravação de som, para efeitos do registo das declarações orais proferidas em audiência, implica demorados esforços de transcrição. […] No campo do direito processual civil esta questão é resolvida, ou pelo menos mitigada, através da previsão da possibilidade do tribunal permitir a prorrogação dos prazos para a prática de certos actos quando seja necessário proceder à tradução para uma das línguas oficias e a complexidade da matéria o justifique. […] A Comissão considerou adequado, por razões de justiça material, que também no campo do processo penal os prazos possam ser prorrogados quando o tribunal verifique que a complexidade da matéria o exige» – Parecer da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM, Parecer n.º 3/IV/2013, relativo à proposta de lei da qual viria a resultar a Lei n.º 9/2013, doravante "Parecer", pp. 29 e 30, disponível em http://www.al.gov.mo/lei/leis/2013/2013-09/parecer.pdf.

10 Note-se que a «apresentação do requerimento de prorrogação não suspende o prazo em curso» (n.º 2 do artigo 94.º-A); logo, o prazo original não pode ir além dos 20 dias, mesmo que esteja pendente decisão sobre a prorrogação. Isto significa que, caso o recorrente requeira a prorrogação do prazo no último dia (vigésimo dia), a decisão transitará em julgado se o juiz não proferir decisão de prorrogação ainda nesse dia (o que pode efectivamente não acontecer uma vez que, não obstante a urgência, a decisão será tomada no prazo máximo de 24 horas: «O juiz decide, sem possibilidade de recurso, no prazo de 24 horas» – n.º 3 do artigo 94.º-A).

11 Parece-nos que, neste juízo, deverão ser tidos em conta elementos como, por exemplo, o facto

juiz decida favoravelmente – a lei prescreve como único limite o de a prorrogação ser «no máximo, por igual período», assim deixando ao juiz uma margem para a determinação da prorrogação entre 1 e 20 dias.

Para finalizar, importa apenas indagar se esta norma relativa à prorrogação do prazo, constante do artigo 94.º-A, se pode considerar como uma das que «passam a estabelecer prazos mais alargados para a prática de actos processuais» nos termos do n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 9/2013, o que estenderia a sua aplicabilidade a todos os processos, pendentes e futuros. O nosso entendimento vai no sentido de considerar que, também aqui, estamos perante uma norma que passa a estabelecer prazos mais alargados, pelo que a possibilidade de prorrogação prevista no artigo 94.º-A deve ser aplicável a todos os processos penais. Nem faria sentido que a norma que contém um prazo mais alargado (artigo 401.º) fosse aplicável a todos os processos e a norma relativa à sua prorrogação ou "alargamento" (artigo 94.º-A) não o pudesse ser.

III. CÔMPUTO DO PRAZO DE RECURSO

Ainda que pretendamos centrar a presente análise na questão do *início* do cômputo do prazo de recurso em processo penal, não podemos deixar de fazer breve referência a algumas regras relativas ao próprio cômputo do prazo. Regras estas que estão relacionadas como o modo como o prazo dever ser contabilizado – respondendo, por exemplo, à questão de saber se deve esta contagem abranger todos os dias do calendário ou cingir-se apenas aos dias úteis, aqueles em que efectivamente o acto poderia ser praticado perante as instâncias judiciais.

A este propósito, cumpre salientar que o legislador processual penal remete a regulamentação da matéria para o Código de Processo Civil (CPC). Na verdade, sob a epígrafe *contagem dos prazos de actos processuais*, o artigo 94.º, n.º 1, do CPP, prescreve que se aplicam «à contagem dos prazos para a prática de actos processuais as disposições da lei processual civil». Assim sendo, e constituindo a interposição de recurso a prática de um acto processual, deve a regulamentação da matéria da contagem do prazo de recurso ser procurada na lei processual civil.

1. Uma das primeiras regras a salientar prende-se com a *continuidade do prazo*

de o prazo não ter corrido durante as férias judiciais o que, na prática, conferiu mais do que 20 dias ao recorrente, que o mesmo deveria ter aproveitado para efectuar os trabalhos de tradução ou transcrição que fundamentam o pedido de prorrogação.

– artigo 94.º, n.º 1, do CPC. Isto significa que, em princípio, o prazo se conta de forma ininterrupta ou continuada, ou seja, entram na contagem do prazo todos os dias do calendário, com excepção dos dias que integram as *férias judiciais*[12], na medida em que a contagem do prazo se suspende durante esse tempo.

Adicionalmente, o legislador vem determinar que, mesmo em férias, o prazo não se suspende, logo é sempre contínuo, «se a sua duração for igual ou superior a 6 meses ou se tratar de actos a praticar em processos que a lei considere urgentes» – artigo 94.º, n.º 1, parte final, do CPC. Esta solução, na parte relativa aos processos urgentes, está em consonância com o artigo 94.º, n.º 2, do CPP, que, numa das únicas normas especificamente incidentes sobre o tema, estabelece que «[c]orrem em férias os prazos relativos a processos nos quais devam praticar-se os actos referidos no n.º 2 do artigo anterior» – sendo que, para efeitos de interposição de recurso, apenas relevam as alíneas a) e c) desse número anterior e não também a alínea b)[13].

Entendemos que, neste caso, existe plena consonância entre as soluções do CPC e do CPP, porquanto os casos a que o n.º 2 do artigo 93.º do CPP se refere, determinando que correm em férias os respectivos prazos, são qualificados como *processos urgentes*. Ora, quanto aos processos urgentes, o CPC determina precisamente também que os respectivos prazos correm mesmo em período de férias judiciais.

2. Outra importante regra em matéria de contagem de prazo, remissivamente aplicável a partir do CPC, é a que consta do n.º 2 do artigo 94.º, nos termos da qual, «[q]uando o prazo para a prática do acto processual termine em dia em que os tribunais estiverem encerrados, transfere-se o seu termo para o primeiro dia útil seguinte». Norma que deve ser complementada com o número seguinte, o n.º 3, o qual determina que, para o presente efeito, «consideram-se encerrados os tribunais quando seja concedida, em todo ou em parte do dia, tolerância de ponto». Note-se, antes de mais, que os tribunais não se consideram encerrados, para efeitos da norma do n.º 2, apenas nos casos previstos no

12 Sendo que as «férias judiciais decorrem de 22 de Dezembro a 3 de Janeiro, do último dia do Ano Lunar ao sexto dia do Novo Ano Lunar, do domingo imediatamente anterior à Páscoa à segunda-feira de Páscoa e de 1 a 31 de Agosto» – *vide* o artigo 12.º da Lei de Bases da Organização Judiciária, a Lei n.º 9/1999.

13 As quais, para comodidade do leitor, aqui se transcrevem: «a) Os actos processuais relativos a arguidos detidos ou presos, ou indispensáveis à garantia da liberdade das pessoas»; «b) Os actos de inquérito e de instrução, bem como os debates instrutórios e audiências relativamente aos quais for reconhecida, por despacho de quem a eles presidir, vantagem em que o seu início, prosseguimento ou conclusão ocorra sem aquelas limitações»; «c) Os actos processuais relativos a arguidos que não sejam residentes da Região Administrativa Especial de Macau e que não tenham autorização de permanência na qualidade de trabalhador, a quem seja aplicada medida de coacção que imponha proibição de dela se ausentarem».

n.º 3. O que este número faz é esclarecer que, para além de outras hipóteses, como os fins-de-semana e os feriados, também as tolerâncias de dias completos ou meios-dias se consideram *encerramento* para o presente efeito[14].

Do exposto, retira-se que se o último dia do prazo para a interposição do recurso for um dia de fim-de-semana, de feriado ou de tolerância, total ou parcial, esse último dia transfere-se para o primeiro dia útil que se lhe siga. Isso significa, por exemplo, que, se o último dia de prazo for um sábado, o mesmo se transfere para a segunda-feira imediatamente a seguir (no caso, naturalmente, de esta segunda-feira não ser, também ela, dia de feriado ou de tolerância)[15].

IV. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO FORA DO PRAZO

Uma última questão introdutória que não poderíamos igualmente deixar de abordar, ainda que abreviadamente, prende-se com saber se o recurso pode ser interposto fora do prazo. Antes da resposta, um esclarecimento se impõe: naturalmente, o recurso pode dar

14 Questão que nos parece pertinente é esta de saber se, para o presente efeito, o encerramento dos serviços e entidades da Administração Pública, em caso de ocorrência de tempestades tropicais, cujo regime se encontra previsto no Despacho do Chefe do Executivo n.º 166/2002, constitui ou não um caso de *tolerância*, total ou parcial, consoante o que acontecer na prática. A resposta parece-nos negativa, uma vez que, nestes casos, não há conceptualmente uma tolerância de ponto, aquelas a que visivelmente a norma se pretende reportar. Entendemos que a questão pode ser enquadrada com uma eventual situação de *justo impedimento*, mas já não como um caso de tolerância de ponto, para efeitos do artigo 94.º, n.º 3, do CPC.

15 Uma questão interessante a este propósito é a que resulta da articulação entre dois elementos: (i) o último dia do prazo originário é um dia de fim-de-semana, feriado ou tolerância; (ii) ocorre prorrogação de prazo nos termos do artigo 94.º-A. Em face destes dois elementos, a questão primária que emerge é esta de saber se a prorrogação se conta a partir do último dia originário, ou se se conta a partir do primeiro dia útil para o qual o prazo originário seria transferido. Partindo do exemplo apresentado em corpo de texto, a dúvida é a de saber se a prorrogação se conta a partir de sábado ou se, pelo contrário, se conta a partir de segunda-feira. É nosso entendimento que o prazo se conta a partir do último dia efectivo do prazo originário (no exemplo, a partir de sábado), na medida em que, tendo havido prorrogação, não se pode considerar que o prazo termina nesse dia, porque a contagem vai continuar por força da prorrogação. Assim sendo, entre o último dia do prazo originário e o início da prorrogação, não há que fazer funcionar a regra do artigo 94.º, n.º 2, do CPC. O que pode acontecer é, depois da prorrogação, ter de se transferir o último dia do novo prazo para o dia útil seguinte – porque, por exemplo, depois da prorrogação o prazo passou a terminar também num sábado.

entrada na secretaria judicial depois do prazo, não havendo um obstáculo automático para a sua rejeição logo no plano administrativo. Nesta medida, o que se pretende saber a este propósito é se existe algum caso em que o recurso seja interposto depois de o prazo ter terminado e, mesmo assim, o mesmo tenha de vir a ser apreciado pelo tribunal, não sendo rejeitado por intempestividade. A resposta mostra-se afirmativa.

1. Assim acontece quando o recurso tenha sido interposto fora do prazo, mas exista *justo impedimento* do recorrente, o qual obstou a que o mesmo pudesse interpor o recurso de forma atempada – ainda que o instituto não funcione de forma automática, pois encontra-se dependente de despacho favorável do juiz. Assim mesmo, veja-se o que dispõe o artigo 97.º, n.º 2, do CPP: «Os actos processuais só podem ser praticados fora dos prazos estabelecidos por lei, por despacho da autoridade referida no número anterior, a requerimento do interessado e ouvidos os outros sujeitos processuais a quem o caso respeitar, *desde que se prove justo impedimento*»[16]. É o que sucede, por exemplo, se o mandatário, a caminho do tribunal para interpor recurso, falece ou é acometido por doença ou acidente grave e imprevisível, que o impedem de praticar o acto processual em causa.

2. Outra hipótese em que se pode discutir a possibilidade de apresentação de recurso penal fora do prazo é a da mobilização do artigo 95.º, n.º 4, do CPC, o qual dispõe assim: «Mesmo não havendo justo impedimento, pode o acto ser praticado no primeiro dia útil seguinte ao termo do prazo, ficando a sua validade dependente do pagamento imediato de uma multa de montante igual a um oitavo da taxa de justiça que seria devida a final pelo processo, ou parte do processo, mas nunca superior a 5 UC; pode o acto ainda ser praticado no segundo ou terceiro dias úteis seguintes ao termo do prazo, sendo neste caso a multa de montante igual a um quarto da taxa de justiça, mas nunca superior a 10 UC».

Nos termos da norma citada, mesmo não existindo justo impedimento, o acto pode ser praticado no primeiro, no segundo ou no terceiro dias úteis seguintes ao do respectivo termo, desde que o recorrente pague a multa correspectiva prevista. Transpondo a solução para o plano da recorribilidade, isso significa que o recurso (pelo menos o cível) pode ser interposto até 3 dias depois do respectivo termo, desde que seja paga a multa correspondente. Por exemplo: terminado o prazo na segunda-feira, o recurso pode, ainda assim, ser interposto na terça-feira, na quarta-feira ou na quinta-feira, mediante o pagamento da multa respectiva.

Esta possibilidade existe, indubitavelmente, no âmbito dos processos cíveis, uma vez que a norma enunciada se encontra prevista no CPC. A dificuldade está em saber se a mesma deve também ser aplicada aos processos penais, por força da remissão efectuada pelo artigo 94.º, n.º 1, do CPP, o qual manda aplicar à contagem dos prazos para a prática

16 Itálico nosso.

de actos processuais em matéria penal as disposições da lei processual civil. A resposta joga-se na interpretação que seja feita da expressão «contagem dos prazos» a que se refere o CPP. Assim, se a regra do artigo 95.º, n.º 4, do CPC for uma regra de *contagem dos prazos*, a mesma é remissivamente aplicável aos processos penais; caso não seja, não existe fundamento legal para a sua aplicação nos processos penais.

Enunciada a questão e a respectiva origem, cumpre salientar que é nosso entendimento que, nestes casos, *não estamos perante uma norma relativa à contagem dos prazos*, porque não está em causa a contagem de um prazo – o prazo já terminou e, por isso, já findou a respectiva contagem. O que a norma prescreve é a possibilidade de praticar ou não um acto fora do prazo, já terminado e já contado. Assim sendo, na ausência de uma remissão expressa nesse sentido, entendemos não ser de aplicar aos processos penais a possibilidade contemplada pelo artigo 95.º, n.º 4, do CPC, logo, no âmbito do processo penal, o recurso não pode ser interposto dentro dos chamados *dias de multa*[17].

V. INÍCIO DO CÔMPUTO DO PRAZO DE RECURSO

Aqui chegados, alcançamos a questão que nos propomos analisar desde início: saber a partir de quando se inicia a contagem do prazo de recurso nos processos penais. A regra nuclear nesta matéria é a que consta do n.º 1 do artigo 401.º, do CPP[18], nos termos do qual o prazo para interposição do recurso *conta-se a partir*:

a) Da notificação da decisão;

17 A questão suscitou-se, no passado, no âmbito do ordenamento jurídico português, com interpretações nos dois sentidos. O problema ficou, porém, resolvido com a intervenção do legislador, a qual determinou que o Código de Processo Penal português passasse a prever o seguinte: «Independentemente do justo impedimento, pode o acto ser praticado no prazo, nos termos e com as mesmas consequências que em processo civil, com as necessárias adaptações» – artigo 107.º, n.º 5. No mesmo sentido, mais tarde, acrescentou-se o artigo 107.º-A, o qual prevê os valores das multas a aplicar para cada um dos 3 dias em que o acto pode ser praticado extemporaneamente, no específico âmbito do processo penal. Do exposto, retira-se que, na falta de uma previsão expressa nesse sentido, era, pelo menos, de possibilidade duvidosa, a aplicação, em processo penal, da regra processual civil que permitia que o acto fosse praticado até 3 dias depois do termo do respectivo prazo.

18 Norma que sofreu francas melhorias aquando da revisão de 2013, não apenas ao nível do alargamento do prazo, como ao nível das próprias regras de início do cômputo do prazo, que foram aperfeiçoadas. Na verdade, na sua versão originária, que se manteve até àquela revisão, o artigo 401.º, n.º 1, dispunha apenas o seguinte: «O prazo para interposição do recurso é de 10 dias e conta-se a partir da notificação da decisão ou do depósito da sentença na secretaria, ou, tratando-se de decisão oral reproduzida em acta, da data em que tiver sido proferida, se o interessado estiver ou dever considerar-se presente».

b) Tratando-se de sentença, do respectivo depósito na secretaria;

c) Tratando-se de decisão oral reproduzida em acta, da data em que tiver sido proferida, se o interessado estiver ou dever considerar-se presente, excepto se não tiver sido disponibilizada cópia da acta no final da decisão, caso em que se conta a partir da data da respectiva disponibilização, feita no prazo de 5 dias, mediante subscrição pela secretaria de declaração de disponibilização e de aposição da respectiva data.

Esta norma deve, ainda assim, ser complementada com o n.º 3 do mesmo artigo, nos termos do qual o «recurso de decisão proferida em audiência pode ser interposto por simples declaração na acta, podendo neste caso a motivação ser apresentada no prazo de 20 dias, contado a partir da data da interposição ou, tratando-se de sentença ou de decisão oral reproduzida em acta, a partir, respectivamente, das datas previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1».

Como se pode verificar, o artigo 401.º, nos n.os 1 e 3, faz uso de diferentes conceitos: decisão, sentença, decisão oral reproduzida em acta e decisão proferida em audiência. Partindo de cada um destes conceitos, o legislador estabelece um diferente momento para o início do cômputo do prazo de recurso ou para a apresentação da respectiva motivação. Assim sendo, importa apurar o que significa cada um daqueles conceitos para, de seguida, se apurarem e delimitarem com rigor os vários momentos para o início do cômputo do prazo de recurso.

5.1. Conceito de decisão ou acto decisório

Os conceitos nucleares nesta matéria são os conceitos de *decisão* e de *sentença*, sendo os demais conceitos utilizados pelo legislador como ligeiras variações daqueles. Isto posto, note-se que, numa primeira aproximação, os termos *decisão e sentença* poderiam ser tidos como sinónimos, sendo que, mesmo na literatura jurídica, quando esses conceitos não são usados num sentido mais técnico, eles vêm sendo usados indiferentemente, pretendendo significar o mesmo. No entanto, num sentido técnico rigoroso, decisão e sentença apresentam diferente significado.

Antes de mais, saliente-se que o conceito de decisão é mais amplo do que o de sentença, sendo a sentença apenas uma das modalidades de decisão. Efectivamente, o conceito de *decisões* ou *actos decisórios* extrai-se do artigo 87.º do CPP, aí se estabelecendo que as decisões ou actos decisórios podem assumir uma de três modalidades: *sentenças, despachos e acórdãos*. Vejamos:

- **Sentenças**: são os actos decisórios dos juízes que conhecem a final do objecto do processo – artigo 87.º, n.º 1, al. a). Ou seja, são as decisões que os juízes tomam no final do processo para a resolução do mesmo, no sentido da acusação ou da absolvição do arguido. Por outras palavras, são as decisões que conhecem

do mérito da causa, que apreciam directamente a matéria em discussão, matéria esta constituída pelos factos de que o arguido vem acusado ou pronunciado. A sentença é também, usualmente, designada por *decisão* final.

- **Despachos**: são os actos decisórios dos juízes que (i) conhecem de qualquer questão interlocutória; ou (ii) põem termo ao processo mas que não conhecem a final do respectivo objecto – artigo 87.º, n.º 1, al. b). Por partes:
  (i) os actos decisórios que conhecem de qualquer questão interlocutória, também designados por despachos interlocutórios, são todas as decisões do juiz, tomadas antes ou depois da sentença, que não põem termo ao processo; são decisões sobre questões secundárias ou incidentais, relativamente à questão principal a decidir no processo, questão esta que é constituída pelos factos de que o arguido vem acusado ou pronunciado. *Exemplo*: decisão sobre a prorrogação ou não prorrogação do prazo nos termos do artigo 94.º-A[19];
  (ii) os actos decisórios dos juízes que põem termo ao processo mas que não conhecem a final do respectivo objecto são as decisões que põem termo ao processo, mas que não se chegam a pronunciar sobre o mérito da causa ou sobre a questão principal a decidir. São, portanto, decisões que determinam o fim do processo, mas sem que condenem ou absolvam o arguido. *Exemplo*: o despacho proferido nos termos do artigo 293.º que declare a prescrição do procedimento criminal.
  Os **despachos** são também os actos decisórios do Ministério Público – artigo 87.º, n.º 2. Assim sendo, todas as decisões do Ministério Público, independentemente do seu conteúdo e do seu efeito, quer coloquem ou não coloquem termo ao processo, revestem a forma de despacho. *Exemplo*: a decisão de arquivamento, proferida nos termos do artigo 259.º, sob a forma de despacho[20].
- **Acórdãos**: são as decisões do tribunal colegial – artigo 87.º, n.º 1, al. c). Assim sendo, qualquer decisão proferida por um colégio de juízes, que compõe um determinado tribunal colectivo, assume a forma de acórdão. Este conceito abrange, portanto, quer os casos em que a decisão colegial conhece a final do objecto do processo (a que podemos expressivamente chamar *acórdão-sentença*); quer os casos em que a decisão colegial incide sobre uma questão interlocutória ou em que põe termo ao processo mas que não conhece a final do respectivo objecto (a que podemos expressivamente chamar *acórdão-despacho*). *Exemplo*: a decisão

19 Assim mesmo, o n.º 3 do artigo 94.º-A, ao referir-se à decisão que decide sobre a prorrogação, fala em «despacho proferido».

20 Note-se que o artigo 259.º, n.º 3, fala expressamente no «despacho de arquivamento» do Ministério Público.

final do processo em primeira instância proferida por tribunal colectivo, quando este seja o tribunal competente, nos termos do artigo 12.º.

Em suma: as decisões ou actos decisórios podem revestir a forma de sentenças, despachos e acórdãos. A partir daqui, podem, igualmente, extrair-se os demais conceitos mobilizados pelo legislador, a saber, *decisão oral reproduzida em acta e decisão proferida em audiência*. O primeiro conceito reporta-se, em abstracto, a qualquer sentença, despacho ou acórdão proferido oralmente que tenha sido reproduzido na acta da diligência processual respectiva. O segundo conceito representa, em abstracto, qualquer sentença, despacho ou acórdão que seja proferido em sede de audiência. Isto posto, estamos em melhores condições para compreender o sentido e alcance de cada uma das normas do artigo 401.º.

5.2. Os vários segmentos normativos do artigo 401.º

Expostos os conceitos de decisão, sentença, decisão oral reproduzida em acta e decisão proferida em audiência, importa analisar de perto os vários segmentos normativos do artigo 401.º[21], primeiro as várias alíneas do n.º 1, depois o n.º 3, com a primordial preocupação de perceber quais os actos decisórios concretamente visados por cada um dos dispositivos e esclarecer, para cada um deles, qual o exacto momento em que o prazo de recurso inicia a respectiva contagem.

5.2.1. Alínea a) do n. º 1

Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 401.º, o prazo para a interposição de recurso conta-se a partir da notificação da decisão. Este preceito convoca dois problemas: (i) quais as decisões que se consideram abrangidas pela norma? (ii) quando é que tais decisões se consideram notificadas?

(i) Quanto ao primeiro problema, vimos que o conceito de decisão abrangia as sentenças, os acórdãos e os despachos. Importa, por isso, agora, questionar se todas essas decisões se encontram contempladas por este dispositivo. A resposta é negativa, não pelo conceito em si, mas pelas exclusões que necessariamente terão de ser feitas em face das alíneas subsequentes. Na verdade, as alíneas b) e c) revestem natureza especial em face da alínea a), logo, a concretização das decisões que cabem na alínea a) faz-se por referência às alíneas b) e c), só integrando a alínea a) as decisões que não estiverem contempladas nas alíneas b) e c). Deste modo, e antecipando conclusões subsequentes, desde já se enuncie

21 Para algumas questões que o preceito convoca *vide* Manuel Leal-Henriques, *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau, Volume III*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2014, pp. 276.º e ss..

que apenas se encontram contemplados pela alínea a) os *despachos proferidos por escrito,* os *acórdãos-despacho proferidos por escrito* e os *acórdãos-sentença proferidos por escrito nos casos em que não tenha havido audiência*[22]. Poderão, ainda caber, nesta alínea os demais casos em que, por algum motivo, não possa ser concretamente aplicada nem a alínea b), nem a alínea c).

(ii) Quanto à questão de saber quando é que tais decisões se consideram notificadas para que, a partir daí, se possa começar a contar o respectivo prazo de recurso, valem, nesta matéria, as regras gerais em matéria de notificação – essencialmente, as regras previstas nos artigos 100.º e 101.º. *Exemplo*: um despacho escrito comunicado por carta registada, nos termos do artigo 100.º, n.º 1, al. b), presume-se notificado no terceiro dia útil posterior à data do registo ou no primeiro dia útil seguinte se aquele terceiro dia posterior não for um dia útil, conforme prescreve o artigo 100.º, n.º 2; assim, neste caso, em princípio[23], é a partir do terceiro dia útil posterior à data do registo, ou no primeiro dia útil seguinte se aquele dia não for um dia útil, que começa a contar-se o prazo para a interposição de recurso da decisão.

5.2.2. Alínea b) do n. º 1

Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 401.º, estando em causa uma sentença, o prazo de recurso conta-se a partir do respectivo depósito na secretaria. Enunciado o dispositivo, importa, na linha de análise que vimos empreendendo, formular as seguintes questões essenciais: (i) que sentenças se consideram abrangidas pelo preceito em causa? (ii) quando é que ocorre o depósito das sentenças na secretaria?

(i) Quanto à primeira questão, também aqui se terá de começar por fazer uma delimitação negativa por referência à alínea seguinte, de tal forma que ficam excluídas do conceito de sentença, para efeitos da alínea b), as sentenças que sejam proferidas oralmente, porque contempladas pela alínea c). Por outro lado, deve interpretar-se o termo *sentença* mencionado na alínea b) de forma a aí contemplar, analogicamente, os acórdãos, aqueles que designámos por acórdãos-sentença[24]. Assim sendo, encontram-se contemplados pela

22 Assim sucede, em princípio, com os acórdãos-sentença proferidos pelo Tribunal de Segunda Instância e pelo Tribunal de Última Instância, mas já não com os acórdãos-sentença do Tribunal Judicial de Base (nos casos em que este intervenha como tribunal colectivo, pois que, de outra forma, a decisão revistará a forma de sentença e não de acórdão).

23 Diz-se «em princípio» para ressalvar a possibilidade de afastamento da presunção de notificação prevista no n.º 2 do artigo 100.º.

24 A consideração de que os acórdãos seguem o mesmo regime das sentenças encontra-se, por exemplo, plasmado no seguinte trecho, proferido a propósito do preceito congénere do processo

alínea b) as *sentenças proferidas por escrito* e os *acórdãos-sentença proferidos por escrito*. Note-se, no entanto, que o disposto nos parágrafos subsequentes irá determinar ligeiros ajustes à conclusão antecedente, para lá se remetendo uma definição mais rigorosa da afirmação anterior.

(ii) Quanto ao momento em que ocorre o depósito da sentença na secretaria, o mesmo é feito depois da respectiva leitura, tal como preceitua o artigo 353.º, n.º 5: «Logo após a leitura da sentença, o juiz que preside ao julgamento procede ao seu depósito na secretaria, apondo o secretário a data e subscrevendo a declaração de depósito». A redacção do preceito e, acima de tudo, a expressão «logo após» sugerem que a leitura e o depósito devem ocorrer no mesmo dia, tanto assim que, nos termos da lei, a sentença é lida depois de elaborada, mal se compreendendo, por isso, que não seja depositada de imediato. Entende-se, pois, que o depósito deve suceder imediatamente à leitura da sentença, estando-se perante uma irregularidade quando assim não suceda.

Percebido que o depósito ocorre em momento posterior à leitura, isso coloca-nos perante uma dúvida no caso dos acórdãos-sentença: é que, em regra, os acórdãos-sentença proferidos pelo Tribunal de Segunda Instância e pelo Tribunal de Última Instância não são lidos, uma vez que, em princípio, não são proferidos em audiência mas em conferência – cfr. artigo 409.º. Pelo que, apesar de haver depósito do acórdão-sentença na secretaria, o mesmo, em princípio, não ocorre depois da leitura, porque não existe, mas uma vez terminada a conferência.

Acontece que, nestes casos, não faria sentido que o prazo de recurso se contasse a partir do depósito do acórdão-sentença, uma vez que os sujeitos não terão conhecimento de quando é que esse depósito irá ocorrer, logo, não se poderá começar a contar um prazo para uma actuação dos sujeitos a partir desse momento. Por outras palavras: se quando o acórdão-sentença é lido em audiência se sabe que o depósito tem de ocorrer nessa data, logo, os sujeitos conhecem a data prevista para o depósito, o que legitima que o prazo de recurso possa correr a partir daí, o mesmo já não acontece quando o acórdão-sentença seja proferido em conferência, pelo facto de os sujeitos, em princípio, desconhecerem quando é que a mesma vai ocorrer e não terem, por isso, qualquer previsão quanto à data do depósito.

Nestes casos, não faz sentido contar o recurso a partir da data do depósito, que é um elemento temporal cujo conhecimento o recorrente não controla, antes se devendo contar o prazo a partir do momento em que o acórdão-sentença seja notificado aos sujeitos, ou

penal português: *«no caso das sentenças (ou acórdãos) conta-se a partir do respectivo depósito (v. artigo 372.º, n.º 5) na secretaria [alínea b)]»* – Vinício Ribeiro, *Código de Processo Penal, Notas e Comentários*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 920.

seja, deve seguir-se a regra da alínea a) e não a desta alínea b)[25]. Conclusão que se retira não da hipótese da norma mas da injustiça material que resultaria da aplicação da sua estatuição, que nos leva a concluir que não pode ter sido essa a vontade do legislador[26]. Assim sendo, esta alínea b), no caso dos acórdãos-sentença proferidos por escrito, limitar-se-á, em princípio, aos acórdãos-sentença proferidos pelo Tribunal Judicial de Base, quando intervenha como tribunal colectivo.

Para terminar introduzamos apenas um elemento adicional: questiona-se se as conclusões dos três parágrafos antecedentes *poderão* não ter lugar se os sujeitos tiverem sido notificados previamente da data da conferência. Na verdade, neste caso, parece poder ser *defensável* que o prazo de recurso comece a ser contado aquando do depósito, uma vez que os sujeitos sabiam quando é que a conferência ia ter lugar, logo, estavam a par de quando iria, presumivelmente, ocorrer o respectivo depósito. Apesar da dúvida, entendemos que um elemento tão importante como o início do cômputo do prazo de recurso não pode ficar na disponibilidade do tribunal, quando este decida notificar ou não notificar os sujeitos da data da conferência, o que não está obrigado a fazer. Assim sendo, em nome da certeza e da segurança, e consequentemente, para defesa dos direitos e interesses dos sujeitos processuais, entendemos que, mesmo nestes casos, o cômputo do prazo de recurso deve iniciar-se aquando da notificação do acórdão-sentença aos sujeitos processuais e não da data do respectivo depósito.

Percebido quando ocorre o depósito, percebemos, também que nem todos os acórdãos-sentença proferidos por escrito podem ficar abrangidos por esta alínea b). Pelo que importa reformular o âmbito de aplicação da norma e afirmar que se encontram contemplados pela alínea b) as *sentenças proferidas por escrito* e os *acórdãos-sentença*

25 Precisamente neste sentido, e como elemento de direito comparado, note-se que o Tribunal Constitucional português já se pronunciou sobre a norma equivalente, prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 411.º do CPP português, tendo-se então pronunciado pela respectiva *inconstitucionalidade*, por violação da garantia de acesso à justiça e aos tribunais e do princípio das garantias de defesa do processo criminal, quando interpretada no sentido de que o prazo para interpor recurso da decisão proferida *em conferência* deve ser contado a partir do momento do seu depósito na secretaria e não da respectiva notificação – veja-se, neste sentido, o Acórdão n.º 87/03, de 14.02.2003, Processo n.º 395/02, disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030087.html.

26 A razão para o legislador não ter previsto expressamente a solução em causa parece-nos radicar no facto de a norma estar redigida para a sentença, a qual é sempre proferida e lida em audiência – *vide* o artigo 353.º. Os problemas de interpretação e aplicação da lei apenas começam quando estendemos a aplicação da norma em causa aos acórdãos-sentença, onde a audiência não só não existe sempre, como nem sequer é a regra. Assim sendo, há que ter algumas cautelas na aplicação da norma aos acórdãos-sentença, uma vez que tal aplicação suscita alguns problemas que não foram previstos ou pensados pelo legislador.

proferidos por escrito nos casos em que tenha havido audiência. Poderão, ainda, caber nesta alínea os casos em que, por algum motivo, não possa ser concretamente aplicada a alínea c), desde que se verifiquem os demais requisitos prescritos pela norma.

5.2.3. Alínea c) do n. º 1

Nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 401.º, tratando-se de decisão oral reproduzida em acta, o prazo para o recurso conta-se a partir da data em que tal decisão tiver sido proferida, se o interessado estiver ou dever considerar-se presente; no entanto, mesmo nestes casos, se não tiver sido disponibilizada cópia da acta no final da decisão, o prazo para recurso conta-se a partir da data da disponibilização da cópia em causa, feita no prazo máximo de 5 dias. Isto posto, importa formular as seguintes interrogações: (i) o que deve entender-se por «decisão oral reproduzida em acta»? (ii) quando é que esta se considera proferida? (iii) quando é que se considera que o interessado esteve presente ou deve considerar-se presente? (iv) quando é que a cópia da decisão tem de ser disponibilizada?

(i) Quanto à primeira questão, e como já antecipámos anteriormente, diga-se que integram o conceito de «decisão oral reproduzida em acta» quaisquer decisões, desde que tenham sido proferidas oralmente e reproduzidas em acta, ou seja, as sentenças, os acórdãos-sentença, os acórdãos-despacho e os despachos, que tenham sido proferidos oralmente e reproduzidos em acta.

Exemplo 1: os despachos proferidos ao abrigo do artigo 318.º, em sede de audiência, os quais *podem* ser proferidos oralmente, sendo então reproduzidos em acta (n.º 3);

Exemplo 2: as sentenças em processo sumário e em processo simplificado, as quais *podem* ser proferidas verbalmente e ditadas para a acta, nos termos, respectivamente, dos artigos 370.º, n.º 6, e 372.º-E, n.º 2.

Como enunciámos *supra*, em abstracto, todas as *sentenças*, *acórdãos-sentença*, *acórdãos-despacho* e *despachos*, desde que *tenham sido proferidos oralmente* e reproduzidos em acta, podem caber no âmbito de previsão da norma. Note-se, no entanto, que, quanto às sentenças e aos acórdãos-sentença proferidos oralmente, parece-nos que só serão admissíveis no âmbito dos processos especiais[27] e, mesmo aqui, serão de difícil verificação prática – afirmação que é principalmente válida para os acórdãos-sentença, os quais dificilmente podem ser proferidos oralmente, dada a complexidade que tal acarretaria.

27 A possibilidade de ser proferido um acórdão-sentença oral em processo especial depende, naturalmente, de o processo especial em causa ser julgado por tribunal colectivo, possibilidade admissível em face da articulação entre o artigo 12.º, que regula a competência do tribunal colectivo, e os artigos 362.º, que regula o âmbito do processo sumário, e 372.º-A, que regula o âmbito do processo simplificado.

Ainda assim, em abstracto, parece-nos que nada obsta a que assim possa acontecer, pelo que devem aqui ser tidos em consideração.

(ii) Quanto à segunda questão, naturalmente, a decisão oral considera-se proferida no momento em que a mesma for verbalizada ou expressa oralmente por palavras. Assim sendo, logo após a verbalização da sentença, a mesma considera-se proferida, ainda que tenha que ser reproduzida em acta, se não o foi enquanto estava a ser proferida.

(iii) Quando à questão de saber quando é que se considera que o interessado esteve presente ou se deve considerar presente, a resposta parece-nos líquida. Assim sendo, o interessado *esteve presente* quando esteve fisicamente no local e no momento em que a decisão foi proferida. Por outro lado, *considera-se que esteve presente* quando, não obstante a sua ausência no local e momento em que a decisão foi proferida, o acto produz todos os seus efeitos, como se o interessado tivesse efectivamente estado presente, o que, em princípio, deverá implicar que o mesmo tenha estado representado por defensor.

A hipótese de se considerar que o interessado esteve presente é a que sucede, por exemplo, no âmbito do artigo 313.º, n.º 3, nos termos do qual se o arguido, depois de ter comparecido na audiência, «se afastar da sala de audiência, pode esta prosseguir até final se o arguido já tiver sido interrogado e o tribunal não considerar indispensável a sua presença, sendo para todos os efeitos representado pelo defensor». A expressão *sendo para todos os efeitos representado pelo defensor* pretende significar que, para todos os efeitos jurídicos, é como se o arguido estivesse presente, porque está representado pelo seu defensor.

A introdução deste elemento visa afastar da norma os casos em que a decisão oral reproduzida em acta foi proferida sem a presença, real ou ficcionada, do interessado, ou seja, foi proferida na sua ausência física ou na sua ausência jurídica. Se for esse o caso, então, deve aplicar-se a norma da alínea b), se se verificarem os requisitos de aplicabilidade desta, ou a alínea a), caso a alínea b) também não se possa aplicar.

(iv) Por fim, note-se que, mesmo que o interessado esteja ou deva considerar-se presente, há que distinguir duas situações: (a) foi disponibilizada cópia da acta no final da decisão; (b) não foi disponibilizada cópia da acta no final da decisão. Na primeira situação, o prazo de recurso começa a correr no momento em que a decisão foi proferida, porque, logo de seguida, foi disponibilizada a referida cópia. Na segunda situação, o prazo de recurso apenas começa a correr depois de a cópia da acta ter sido efectivamente disponibilizada, o que deverá acontecer num prazo máximo de 5 dias.

A situação mais normal será a primeira, ou seja, a cópia da acta é disponibilizada no final da decisão. Na verdade, se estamos a falar de decisão oral reproduzida em acta, deverá existir um suporte físico onde a mesma foi reproduzida, pelo que deve ser disponibilizada

cópia aos interessados no final da decisão. No entanto, se por algum motivo não for possível disponibilizar essa cópia (pensamos, sobretudo, no caso de existir uma qualquer falha técnica que impeça a cópia), a mesma deverá ser disponibilizada no prazo máximo de 5 dias. Note-se que esta possibilidade visa proteger o interessado na interposição do recurso que, na ausência de cópia da acta onde a sentença se encontra, não vê o prazo de recurso começar a correr. Esta solução visa, portanto, reforçar os direitos do interessado, nomeadamente, o seu direito ao recurso, porque mal se concebe que o mesmo possa intentar recurso com base numa mera decisão oral, sem que tenha cópia escrita da mesma.

Na mesma norma, o legislador esclarece como deve ser feita a disponibilização: «mediante subscrição pela secretaria de declaração de disponibilização e de aposição da respectiva data». Assim sendo, logo que a acta esteja disponível para cópia, a secretaria apõe no final da mesma uma declaração que indique que a mesma está disponível e apõe a respectiva data, elementos essenciais para transmitir a segurança necessária ao início da contagem do prazo de recurso. Trata-se, no fundo, de uma adaptação da declaração de depósito efectuada nos termos do artigo 353.º, n.º 5, o qual prescreve que o depósito se faz «apondo o secretário a data e subscrevendo a declaração de depósito».

É unânime que esta norma, constante da alínea c), trouxe francas melhorias aos direitos processuais do recorrente. Neste sentido: «Assegura-se, assim, que o arguido tem acesso ao texto da decisão proferida, especialmente a sua fundamentação de facto e de direito. Esta alteração visa promover uma maior certeza jurídica sobre os termos exactos da decisão oral proferida, permitindo que o arguido se possa reportar com segurança aos fundamentos da decisão condenatória. Isto porque se permite a consulta de cópia do texto decisório, o qual terá de conter uma menção clara da motivação da decisão e da respectiva valoração dos meios de prova produzidos em audiência, especialmente da prova testemunhal, no que respeita aos factos alegados pelas partes e dados como provados ou não provados, o que é relevante para efeitos de recurso»[28].

5.2.4. Número 3

Nos termos do n.º 3 do artigo 401.º, o recurso de decisão proferida em audiência pode ser interposto por simples declaração na acta, podendo neste caso a motivação ser apresentada no prazo de 20 dias, contado a partir da data da interposição ou, tratando-se de sentença ou de decisão oral reproduzida em acta, a partir, respectivamente, das datas previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1.

Antes de mais, importa esclarecer que esta norma não regula a contagem do prazo

28 *Parecer*, pp. 34 e 35.

para a interposição de recurso, mas a contagem do prazo para a apresentação da respectiva motivação, o que pressupõe que o mesmo já foi interposto. Efectivamente, nos casos previstos pela norma, o recurso é interposto de imediato, relegando-se para momento posterior apenas a respectiva motivação. Na prática, as diferenças não são significativas, porquanto, aquilo que se antecipa é apenas a decisão de recorrer ou não recorrer, de forma a retirar daí alguns efeitos jurídicos. No entanto, o essencial do recurso, que é a apresentação da respectiva motivação, continua por fazer.

Isto posto, cumpre salientar que, pela forma como o presente artigo se encontra redigido, o mesmo contempla quaisquer decisões, desde que proferidas em audiência. Assim sendo, abrange abstractamente todas as hipóteses previstas no n.º 1, é dizer, as sentenças, os acórdãos e os despachos, sempre que sejam proferidos em audiência. Em concreto, importa identificar qual o acto decisório em questão, porque dessa qualificação depende o início do cômputo do prazo para apresentação de motivação. Assim sendo:

Estando em causa uma *decisão oral reproduzida em acta*: o prazo para a apresentação da motivação de recurso conta-se a partir da data em que tal decisão tiver sido proferida[29], se o interessado estiver ou dever considerar-se presente, a menos que não tenha sido disponibilizada cópia da acta no final da decisão, caso em que o prazo para a apresentação da motivação se conta a partir da data da disponibilização da cópia em causa, feita no prazo máximo de 5 dias – alínea c) do n.º 1, por remissão do n.º 3.

Estando em causa uma *sentença*: o prazo para a apresentação da motivação de recurso conta-se a partir da data em que a decisão tiver sido depositada na secretaria – alínea b) do n.º 1, por remissão do n.º 3.

Nas situações *não abrangidas pelas hipóteses anteriores*: o prazo para a apresentação da motivação de recurso conta-se a partir da data em que o mesmo tiver sido interposto, o que sucede no decurso da audiência – n.º 3.

No mais, é dizer que, sobre as questões suscitadas pelas alíneas b) e c), aqui aplicáveis remissivamente, colocam-se os mesmos problemas enunciados anteriormente, para lá se direccionando considerações adicionais sobre as mesmas.

5.3. O caso particular do julgamento na ausência

Apesar das regras enunciadas, cumpre analisar, separadamente, uma hipótese cuja solução reveste particulares especificidades. Trata-se do julgamento na ausência do arguido, o qual apresenta algumas regras particulares no que respeita às condições de recorribilidade da respectiva sentença.

29 Que corresponde também ao momento em que o recurso é interposto.

Efectivamente, o n.º 7 do artigo 314.º[30], prescreve que, tendo havido julgamento na ausência do arguido, o «prazo para a interposição de recurso conta-se a partir da notificação ao defensor ou, caso este não o apresente, da data da notificação ao arguido». Esta norma deve ser complementada com a anterior, constante do n.º 6[31], nos termos da qual a «sentença é notificada ao arguido logo que seja detido ou se apresente voluntariamente em juízo e ao seu defensor, o qual pode apresentar recurso em nome do arguido».

Destas duas normas retiram-se importantes conclusões em matéria de recorribilidade da sentença, no caso de ter havido julgamento na ausência do arguido: (i) quando haja julgamento na ausência do arguido, a sentença tem de ser notificada ao arguido e ao seu defensor, o qual representa necessariamente o arguido[32]; (ii) a notificação ao arguido é feita logo que este logo que seja detido ou se apresente voluntariamente em juízo; (iii) a notificação ao defensor considera-se feita aquando da respectiva leitura[33]; (iv) se o defensor do arguido não interpuser recurso dentro do prazo em que o poderia ter feito, a possibilidade de recurso para o arguido não se preclude, podendo este ainda fazê-lo

30 Norma introduzida no CPP na revisão de 2013.

31 Norma igualmente introduzida no CPP na revisão de 2013, ainda que já se previsse, de forma mais limitada e com outro âmbito, que a «sentença é notificada ao arguido logo que seja detido ou se apresente voluntariamente em juízo» (artigo 317.º, n.º 3, na sua versão originária).

32 Assim mesmo, nos termos do artigo 314.º, n.º 5: «Quando a audiência tiver lugar na ausência do arguido, este é representado por defensor».

33 Efectivamente, nos termos do artigo 353.º, n.º 4: «A leitura da sentença equivale à sua notificação aos sujeitos processuais que deverem considerar-se presentes na audiência». Sendo que o defensor, necessariamente presente, é um sujeito processual – assim mesmo: «O **defensor** é o sujeito processual que se segue, só existindo quando existe obviamente arguido. É por isso que a Doutrina e a Lei (cfr. art.os 46.º e segts.) têm por uso tratar deste sujeito processual concomitantemente com o estudo do sujeito arguido» – Manuel Leal-Henriques, *Manual de Formação de Direito Processual Penal de Macau, Tomo I, 2.ª Edição*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2009, p. 117. Apesar de a lei falar expressamente na contagem do prazo de recurso a partir da notificação ao defensor, e ocorrendo aquela aquando da leitura da sentença, ou do acórdão-sentença, a verdade é que temos dificuldade em aceitar que, caso o depósito não ocorra nesse mesmo dia, o prazo de recurso se deva contar a partir desse momento. Efectivamente, basta pensar que se, por exemplo, o depósito só vier a ocorrer 15 dias depois, o defensor, na prática, apenas dispõe de 5 dias para preparar o recurso e a respectiva motivação, na medida em que não se pode aceitar que o defensor tenha condições de preparar o recurso sem acesso à sentença em formato físico. Por isso, parece-nos ser de aplicar, nestes casos, o disposto na alínea b), de tal modo que, apesar de o defensor se considerar notificado aquando da leitura da sentença, o prazo de recurso apenas se começa a contar nesse momento se ocorrer o respectivo depósito. De todo o modo, importa que se dê tempo para se formar uma corrente jurisprudencial sobre o tema, só depois se conseguindo consolidar uma interpretação segura da norma.

quando a sentença lhe vier a ser notificada.

Esta solução foi introduzida pela Lei n.º 9/2013, contudo, a mesma não resultava da versão inicial da proposta de lei apresentada pelo Governo à Assembleia Legislativa, tendo antes resultado da discussão da proposta com a 3.ª Comissão Permanente, em sede de apreciação na especialidade. A este propósito, a própria Comissão constatou que se tratou de «uma solução legislativa inovadora, mesmo a nível do direito comparado, a qual é justificável pelas características próprias de Macau, nomeadamente ao nível da sua dimensão territorial e mobilidade populacional. Apenas a prática judicial poderá permitir concluir com segurança se este novo regime se irá revelar adequado para responder às dificuldades práticas que se colocam em termos da possibilidade de interpor recurso no julgamento na ausência do arguido. Contudo, a sua aplicação aos processos pendentes, nos termos do regime transitório constante do n.º 1 do artigo 6.º da proposta de lei ora análise, possibilitará que o sistema processual penal de Macau veja um considerável número de processos chegar a uma decisão final, qualquer que ela seja, beneficiando da certeza jurídica daí resultante»[34].

Em resumo, e na parte que essencialmente nos importa, quando esteja em causa uma sentença (ou um acórdão-sentença)[35], e apenas no caso do arguido, o prazo para a interposição do recurso não se conta a partir do respectivo depósito [cfr. artigo 401.º, n.º, al. b)], mas a partir da data em que a mesma for notificada ao seu defensor ou, caso este não interponha recurso, a partir da data em que for notificada a ele, arguido, o que acontece quando o mesmo for detido ou se apresente voluntariamente em juízo (artigo 314.º, n.º 7). Este «regime dual para o início da contagem do prazo para a interposição do recurso tenta acautelar que o arguido não perca o direito de recurso devido ao facto deste direito não ter sido exercido após a sua notificação do defensor»[36].

5.4. Coadunação com as demais regras em matéria de recurso

Importa, por fim, colocar em destaque que as soluções expostas nos parágrafos antecedentes terão sempre de ser coadunadas com as demais regras em matéria de recurso, nomeadamente as que regem a respectiva recorribilidade ou irrecorribilidade. Na verdade, não obstante as soluções expostas, importa analisar nomeadamente se, em concreto, a

34 *Parecer*, p. 106.

35 Não efectuamos aqui a distinção entre os que foram proferidos oralmente e aqueles que foram proferidos por escrito, na medida em que nos parece que o preceito, revestindo natureza especial, prevalece sobre as regras gerais em matéria de recurso, onde essa distinção tem relevância.

36 *Parecer*, p. 105.

decisão em causa é ou não recorrível, nos termos dos artigos 389.º e 390.º.

Neste sentido, e por exemplo, apesar de se ter exposto que os despachos proferidos por escrito são enquadráveis na alínea a) do n.º 1 do artigo 401.º, e que, por conseguinte, o prazo de recurso se conta a partir da respectiva notificação, o mesmo não será, ainda assim, recorrível se configurar um despacho de mero expediente, pelo facto de a sua irrecorribilidade se encontrar firmada no artigo 390.º, n.º 1, al. a). São, por isso, questões diferentes a do conceito de despacho e a da sua concreta recorribilidade.

VI. CONCLUSÃO

A questão de saber a partir de quando se inicia a contagem do prazo de recurso é uma questão central no âmbito de um processo penal, tão relevante quanto a extensão do próprio prazo de recurso. Isto, na medida em que é infrutífero conhecer o prazo para a interposição de recurso se não se souber a partir de quando é que o mesmo se começa a contar. Sendo que esta questão se coloca sempre que uma decisão é proferida, quer para aferir a tempestividade do recurso interposto quer, inversamente, para determinar o trânsito em julgado da decisão.

Assim sendo, é muito importante conhecer com rigor quais as regras que regem a matéria do cômputo do prazo de recurso. Neste plano, vale essencialmente o disposto no n.º 1 do artigo 401.º do CPP, o qual estabelece diferentes momentos para o início da contagem daquele prazo, estabelecidos em função do tipo de acto decisório concretamente proferido.

A análise detalhada deste preceito mostra que o regime por ele instituído não é tão simples como aparentemente dita. Partindo desta constatação, procedemos a uma análise detalhada de cada uma das normas que integram o n.º 1 do artigo 401.º, escalpelizando cada uma das hipóteses previstas e das estatuições prescritas.

No final, esperamos que o presente estudo possa, efectivamente, ajudar na compreensão das normas em causa, auxiliando o intérprete e o aplicador da lei no rigoroso e não líquido exercício exegético que o preceito em causa suscita.

刑事訴訟程序以及暴力犯罪或高度組織犯罪[1]

José Carapinha[2]

一、緒論

犯罪現象在人類社會的存在歷史久遠，伴隨著人類的生存在社會上存在。這就意味著社會中總會出現偏離正軌的行為，需要透過制裁機制應對該種行為。最初的機制僅僅是對相應的行為作出回應，而在最近幾年，出現了其他機制，從而單純的制裁不再是法律的唯一目標。

我們同樣不應認為「暴力或者高度組織」犯罪等現象近期才出現。傳說和史實無不說明了不同團體多個世紀以來均有組織地進行犯罪活動。中世紀住在英國舍伍德森林的羅賓漢以及自十七世紀就存在的中國黑社會，是上述情況的鮮明例證。國家透過絞刑等同樣暴力的手段作出回應，有效地應對了威脅行為所帶來的危險。

尤其在二十世紀，經濟全球化、移民增加、經濟一體化區域在一定程度上逐步拆除邊界，以及全球及地區範圍內的武裝衝突倍增，均為旨在促進犯罪活動的組織框架提供了必要的發展條件。毒品販毒、人口販賣、促成非法移民、走私軍火等非法行為均在上世紀下半葉激增。一旦該些犯罪組織成立並開始運作，就會擴大其利益區域及行動範圍，這是不足見怪的，同時，他們也涉入寶石及珍稀動物走私、非法砍伐森林、外幣走私和洗錢的不法貿易。

與此同時，國家這一源自哲學思想洪流的概念又為我們帶來了法治的構想，進而把捍衛個人的權利、自由和保障等強烈的人文觀念聯繫起來，做成了表面上的矛盾：對於日趨精密且複雜（有時甚至是極為暴力）的有組織犯罪行

1 我們曾在已撤銷的立法事務辦公室為澳門《刑法典》、《刑事訴訟法典》的準備工作略表愚見，而拙文將以我們對此命題的思考和以上的經驗為基礎，以非學術論文的方式初探這一命題。而這一命題已經以澳門和葡萄牙的背景討論過，相關文章分別有二零零二年時任澳門特區檢察院助理檢察長徐京輝先生的〈懲治有組織犯罪之對策探析 —— 澳門的相關法律與司法實踐〉（載於二零零二年第十五卷總第五十八期《澳門公共行政雜誌》）和二零零三年蕭偉華（Jorge Noronha Silveira）先生在里斯本大學法學院學報上發表的〈刑事訴訟與有組織犯罪〉一文。

2 法律專家。

為，如今有國家作抗衡，而國家則從本來用嚴刑以待發展到今天有一般和針對性防止罪案和讓不法分子重返社會的觀念。隨著哲學思想洪流的不斷湧入，“國家”這一概念發展到“法制國家”，關聯到一種強烈的人文理念，即捍衛個人權利、自由及保障，但又造成了明顯的矛盾：對於手段越來越高端且複雜（有時極其暴力）的有組織犯罪，國家對抗的措施卻從絞刑發展到一般及特殊的犯罪預防以及幫助不法分子重返社會。

適逢《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒布二十週年，也應官樂怡基金會盛情之邀，筆者深感榮幸，依個人拙見，就法律對暴力犯罪或高度組織犯罪，尤其是出現在刑事訴訟法領域的相關犯罪所作出的規定作出分析暴力犯罪或高度組織犯罪。

二、概念界定

研討此一命題首先碰到的難處，正是如何界定「暴力犯罪或高度組織犯罪」的概念。雖然在應與這類犯罪存在關聯的要素上我們已有一些共識，不過出於教條主義的觀點，事實上刑法學者和犯罪學者之間爭辯良久，唯至今仍未有各方均認同的定義。

若然對這一命題不同立場的剖析同拙文主題相距太遠，筆者只有嘗試以法律本身就能提供答案的這一觀點對此作闡述，而當然也就是從澳門法律的角度出發。

一般而言，於二千年簽署的《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》（又稱巴勒莫公約）是首份嘗試對拙文所探討的現象作定義的法律文件。此公約第二條（a）項規定「有組織犯罪集團」即「係指由三人或多人所組成的、在一定時期內存在的、為了實施一項或多項嚴重犯罪或根據本公約確立的犯罪以直接或間接獲得金錢或其他物質利益而一致行動的有組織結構的集團」。

以下概念的構成要素在嘗試作出以上定義時產生：

a) 甲、多名成員（三名以上）；

b) 乙、架構持續；

c) 丙、具組織性質；

d) 丁、組織「所營事業」圖謀犯罪活動；

e) 戊、取得物質利益時證實的目的要素。

然而這一看似穩固的定義卻即時為公約本身所動搖，第二條（c）項規定「有組織結構的集團」即「係指並非為了立即實施一項犯罪而隨意組成的集團，但不必要求確定成員職責，也不必要求成員的連續性或完善的組織結構」。

也就是說，縱使法律明文地將共同犯罪的情況從上述概念中排除，在嘗試將有組織犯罪集團定義的適用範圍延伸到最廣的同時，最後卻把定義本身恍如固有的某些特點也相對化了。

或者是因為教條主義的實施方式困難，澳門和葡萄牙的《刑事訴訟法典》均以實體性質的手段，透過以下兩種不同準則確定暴力犯罪或高度組織犯罪的

概念：

甲、根據固定列舉準則，以下罪行均屬這類犯罪：

・犯罪集團（《刑法典》第二百八十八條）；

・黑社會的罪（七月三十日第6/97/M號法律第二條）；

・屬犯罪集團或黑社會本身或支持這些犯罪分子的清洗黑錢活動；情況分別有屬上游犯罪的恐怖主義、非法販賣麻醉品及精神科物質、販賣人口[3]或禁用武器和爆炸品等罪行；以及行為人慣常的清洗黑錢犯罪；

・不法生產麻醉藥品及精神藥物（第17/2009號法律第七條）；

・不法販賣麻醉藥品及精神藥物（第17/2009號法律第八條）；

・未經許可而生產、製造、進口、出口、轉運、運載、交易或分發（第17/2009號法律第九條）[4]。

乙、從包括以下侵犯生命、身體完整性或人身自由和和可處以最高限度超逾五年徒刑的故意犯罪中得出的一般剩餘準則：

・殺人、加重及減輕殺人罪，引致身體完整性受嚴重傷害或被害人死亡和墮胎的棄置或遺棄（《刑法典》第一百二十八、一百二十九及一百三十條、第一百三十五條第三及四項，以及第一百三十六條）；

・普通或加重傷害身體完整性，因結果加重引致被害者死亡，以及虐待未成年人、無能力之人或配偶又或使之過度勞累，引致身體完整性受嚴重傷害或被害者死亡（分別為《刑法典》第一百三十八、一百四十、一百三十九條以及第一百四十六條第三、四項）；

・剝奪他人行動自由，最嚴重者及因結果加重引致被害者死亡，又或者因結果加重使被害者為奴隸，將之販賣，綁架，或作人質挾持（《刑法典》第一百五一十二條第二、三、四項、第一百五十三、一百五十三-A、一百五十四及一百五十五條）；

・強姦、性脅迫、對無能力抗拒之人的性侵犯、對被容留者的性侵犯、未經同意的人工生育、加重淫媒罪、對兒童的性侵犯、對受教育者及依賴者的性侵犯以及姦淫未成年人（《刑法典》第一百五十七、一百五十八、一百五十九、一百六十、一百六十二、一百六十四條、一百六十六條第一、二、三項、第一百六十七條，以及第十百七十條）。

可是詮釋如何界定「暴力或高度組織犯罪」的努力根本毫無意義，因為正如我們將會在下文看到，似乎這一概念只有在《刑事訴訟法典》第一百二十九年第四項整個規定裡得以略述！

不過同時卻也可以有刑事或刑事訴訟的單行法例促成更具體概念的這種想法，也正因為這是一種「特別」的罪行，基於具特別性質的單行法例去處理也可適得其所。

3 第6/2008號法律第十條規定凡國際性販賣人口犯罪均轉變由為該法律增加的《刑法典》第一百五十三-A條所規定的販賣人口犯罪。

4 《刑事訴訟法典》第一條第二款a）項尚有對第3/2006號法律第四、五、六條和第2/2009號法律第一、二、三條作出規定。這些條文之所訂均不列為暴力犯罪和高度組織犯罪，而係由《刑事訴訟法典》所指涉的恐怖主義犯罪，當中就效力而言也等同於暴力犯罪和高度組織犯罪。

六月三十日第6/97/M號法律是針對有組織犯罪而制訂的刑事法律，立即就使我們對上述的情況滿懷憧憬，但這些憧憬很快就雲消霧散，因為我們瞭解到這條法律其中並無任何有組織犯罪的定義，而係適用黑社會、黑社會的罪[5]以及一系列具訴訟性質的犯罪和規範：不過也僅僅在該法律第二十四條規範黑社會和洗黑錢罪行的分類時，將之併入暴力和高度組織兩種犯罪的概念之中！

換言而之，一般訴訟法和具特別性質的單行法律無不對「暴力或高度組織犯罪」有所規定，唯立法者之意乃在於避免對這種現象作任何明確的界定，甚至是在此之前以固定或剩餘的列舉手段迴避而嘗試作出定義，不過這一定義在法律中並未得到太多實質的釐訂。

三、澳門和葡萄牙《刑事訴訟法典》所訂範圍內的暴力犯罪和高度組織犯罪

正如前文所詳述，暴力犯罪或高度組織犯罪的概念雖有《刑事訴訟法典》規範，不過就訴訟而言這一概念並不明確，甚至是含糊不清。

所以援引這一概念也僅僅為了檢察院能在首次司法訊問前限制嫌疑人的通訊權利[6]。就訴訟而言，這一點對於似是在刑法上越趨重要的概念明顯無足輕重。

澳門《刑事訴訟法典》同葡萄牙《刑事訴訟法典》雖如出一轍，但相比下很容易就看出兩地法域法例的相異之處：澳門《刑事訴訟法典》自經九月二日第48/96/M號法令核准以來，一直有明確立法手段將之修改[7]，而後者則自一九八七年二月十七日第78/87號法令使之通過以後，至今改良共廿七次，最近一次則由六月二十三日第58/2015號法律批准。

無論如何，一如上文所述澳門《刑事訴訟法典》中僅有第一百二十九條第四款規範暴力或高度組織犯罪的概念，而葡萄牙《刑事訴訟法典》中除了第一條i）、j）、l）及m）項[8]（相當於澳門《刑法典》第一條第二款a）項所載的定義），這類罪行最少再同以下十種情況有直接關係：

・葡萄牙《刑事訴訟法典》第八十九條第六款訂定的恐怖主義、暴力或高度組織犯罪案件中的嫌疑人、辯護人和輔助人欲查閱仍屬司法保密的訴訟程序筆錄部分內容的情況。若然這些內容在偵查階段完成，可能在延期最少三個月且客觀上不定的期間[9]後方能查閱。

5 不論如何，根據《刑事訴訟法典》第一條第二款a）項，一如上文所述這種罪行屬有組織犯罪之列。

6 《刑事訴訟法典》第一百二十九條第四款。

7 修改透過第9/2013號法律作出。

8 澳門《刑事訴訟法典》第一條第二款a）項規範恐怖主義以及暴力犯罪和高度組織犯罪的概念，在葡萄牙《刑事訴訟法典》第一條中劃分為恐怖主義（i）項）、暴力犯罪（j）項）、特別暴力犯罪（l）項）和高度組織犯罪（m）項）。

9 葡萄牙《刑事訴訟法典》第八十九條第六款規定了「完成調查之客觀必要期間」，並批准刑事起訴法官負責決定這一期間的長短。

也應指出的是澳門《刑事訴訟法典》第八十條中並無涵蓋任何相似的限度，偵查也因此無法處於絕對司法保密狀態。

・提述保護證人制度存在的情況。關於恐怖主義、暴力或高度組織罪行，葡萄牙《刑事訴訟法典》第一百三十九條第二款規定這種制度由特別法，即七月十四日第93/99號法律所規範，而該法律則經八月二十二日第190/2003號法令作細則性規定。

再者，葡萄牙《刑事訴訟法典》第一百三十九條第一和第三款和澳門《刑事訴訟法典》第一百二十六條第一和第二款幾乎完全一樣，澳門在任何情況下，包括在恐怖主義、暴力或高度組織罪行的案件中均沒有保護證人制度，所以只有在制訂立法政策時有明確選擇時方能明白。

・處理第一百四十三條所規定的恐怖主義、暴力或高度組織犯罪案件時，授權檢察院可以限制嫌疑人在首次司法訊問前只得聯絡輔助人的情況。這一規定與上述的澳門《刑事訴訟法典》第一百二十九條毫無二致。

・搜索制度下的情況如下：

在有跡象顯示實施犯罪而使任何人性命或完整性危在旦夕，亦即第一百七十四條第五款所提述的情況下，接納刑事警察機關在恐怖主義、暴力或高度組織犯罪案件中毋須取得預審法官批准而作出的搜索。

我們也需要強調，澳門《刑事訴訟法典》中的相應規定並無提及恐怖主義、暴力或高度組織犯罪，而是允許在「有理由相信延遲進行搜查或搜索可對具重大價值之法益構成嚴重危險」的所有特例中，刑事警察機關毋須得到刑事起訴法官的批准。對於刑事警察當局而言這一制度無疑是更為開放和「慷慨」。

根據第一百七十七條第二款a）項和第三款a）款規定，允許晚上九時至早上七時執行的住所搜索，這類搜索在葡萄牙當地只有在同恐怖主義、暴力或高度組織犯罪等特別情況下方能進行，其餘時段內與同類罪行有關的案件則可由檢察院或刑事警察當局命令搜索。

在澳門的制度下搜索同樣會延期進行之餘，亦無提及暴力犯罪或高度組織犯罪的定義，因為一方面晚上九時至早上七時的時段對住所搜索的實行幾乎是完全迴避[10]，不過如此同時，若「有理由相信延遲進行搜查或搜索可對具重大價值之法益構成嚴重危險」這些特別情況發生，根據澳門《刑事訴訟法典》第一百六十二條第一和第二款的規定，住所搜索也可以由檢察院命令進行或由刑事警察機關執行。

這樣，就住所搜索制度而言我們可以證明澳門立法者態度矛盾，因為夜間住所搜索的執行上較為謹慎，而對日間搜索則抱有較寬鬆的態度[11]。

・允許電話監聽制度的情況。在這種情況下，根據葡萄牙《刑事訴訟法典》第一百八十七條第二款的規定，恐怖主義、暴力犯罪或高度組織犯罪案件（以及其他情況）中，可以要求法官批准監聽，而法官則屬電話談話或通訊所

10 在澳門《刑事訴訟法典》第一百五十九條第四款b）項的規定下，只有在被搜查和搜索針對者明確表明同意時以及該同意以任何方式記錄於文件上，否則絕對禁止。

11 筆者不知華人文化中的個人生活隱私價值是否正是有這一解決方法的箇中因由。

在地，又或者是作同預審法官無關的刑事調查的有權限實體總部。不過這一要求須由檢察院提出。

澳門《刑事訴訟法典》相應的條文[12]，除了向預審法官授予命令執行該措施的權利[13]，更擴大這種取證方法的適用範圍，筆者甚至敢稱之過於開放，因為根據第一百七十二條第一款a）項規定，得批准或命令對可處以上限逾三年徒刑的犯罪作取證，也就是說，除了相對之下更輕的罪，這幾乎囊括所有罪行。

另一方面，若在葡萄牙只得在「（...）為發現事實真相屬必要，又或不能或極難獲得證據（...）」時方可採用這一搜證方法，那麼在澳門則適用於「（...）有理由相信電話監聽對發現事實真相或在證據方面屬非常重要（...）」的情況，再次說明後者對其適用範圍之擴展實屬「大方」。

・羈押制度下的情況。這種制度在不同的情況和訴訟期間均有影響。因此葡萄牙《刑事訴訟法典》第二百零二條第一款b）項和c）項以及第二百一十五條第二款規範了一套羈押適用制度，而在此制度中，對於包括在暴力犯罪或高度組織犯罪概念中的罪行種類，羈押的最長存續期間可根據第二百一十五條第一款規定的通常適用一般期間得到延長。

以後根據第二百一十五條所確認的罪案類型，還同樣規定可以延長如偵查和預審的最長存續期間[14][15]等其他訴訟期間。證人的人數也不約而同地可以增加至葡萄牙《刑事訴訟法典》第二百八十三條第三款d）項所規定的上限，唯此上限可以根據同條第七款和在第二百一十五條訂定的罪行發生時，可再增加至二十人以上。

再一次葡萄牙《刑事訴訟法典》第二百零二和二百一十五條所提到的暴力或高度組織犯罪概念在澳門《刑事訴訟法典》中並無相應的定義。

而葡萄牙《刑事訴訟法典》第二百零二條跟澳門《刑事訴訟法典》第一百八十六條第一款相對應，這樣可以立刻證明這一規定不單沒有以暴力或高度組織犯罪的概念，還使此強制措施的適用範圍擴大至所有故意實施且可處以上限逾三年徒刑的犯罪，而至於葡國法律上相應的條文則僅對可處以上限逾五年徒刑的故意犯罪採取同樣的措施。

澳門《刑事訴訟法典》的第一百九十九條則相當於葡萄牙《刑事訴訟法典》的第二百一十五條。前者一樣沒有載及暴力或高度組織犯罪的概念[16]，反而引述第一百九十三條所規範的罪行[17]（這些罪行在葡萄牙《刑事訴訟法典》中並無相對的條文），而這些罪行當中唯一符合第二款a）項[18]定義的只有販賣麻醉品。

12 第一百七十二條第一款。

13 雖然偵查屬檢察院的職能，而一般取證也透過預審法官本身的權限和聲請得以進行，唯第一百七十二條第一款明文規定「（...）方得由法官以批示命令或許可對電話談話或通訊進行截聽或錄音」。

14 葡萄牙《刑事訴訟法典》第二百七十六條。

15 葡萄牙《刑事訴訟法典》第三百零六條。

16 雖然該條文有載及以暴力實施的犯罪，唯第一條第二款中的「定義」中並無提到這一點。

17 對於這些罪行，在澳門《刑事訴訟法典》的背景中，預審法官必須以下令羈押為強制措施。

18 暴力犯罪或高度組織犯罪的概念。

也正正是澳門《刑事訴訟法典》第一百九十三條在該法典中發揮著提述的作用，同時引用了葡萄牙《刑事訴訟法典》第二百一十五條，也在該法典中規定了羈押之最長存續[19]、偵查[20]或預審期間的延長[21]。

法律對特定犯罪採用羈押措施的適用制度也有提述。一如前文所述，《刑事訴訟法典》第一百九十三條規定對於該條指定的罪行須採用強制羈押措施。然而此「強制性」還會由《有組織犯罪法》第二十九條規定，同《有組織犯罪法》第二條（黑社會的罪）、第三條（以保護為名的勒索）和第十三條第二款（違反司法保密，即訴訟參與人或涉案行為人的身分）、《刑法典》第一百五十三-A條（販賣人口）、第2/2006號法律第三條（清洗黑錢）第二、第三款所訂罪行有關的案件中得以體現。

設立這一制度的直接後果是也必須設立一套對那些罪行不採用或不維持強制羈押措施的司法裁判上訴上呈以及其審判的特別制度。這一意願最後由五月四日第15/98/M號法令的核准而達到。

・最後，一如葡萄牙《刑事訴訟法典》第二百一十三條明文規定，該國[22]在對採取羈押前提條件作複查的領域上有提及暴力或高度組織犯罪的概念。

四、單行法律中的特別訴訟措施

除了《刑事訴訟法典》內規定（或未有載及）的措施，考慮到打擊暴力犯罪或高度組織犯罪時一般還須要注意到其他措施。

這些措施通常包含於單行法律中，同時反映對某些特定罪行的特定立法回應，也源於不同的國際法文件[23]。

這種所謂「特別」的訴訟措施一般有以下類型：

a) 甲、保護證人及訴訟程序的其他參與人；

b) 乙、以電子儀器截取聲音、影像或通訊；

c) 丙、派出臥底和線人；

d) 丁、控制下交付。

可以首先肯定的是，在澳門的立法背景下，我們已經可以舉出多個在打擊某些罪行的特定背景下採用到這種措施的例子，但在這一制度下並無詳盡的定義、亦全無顧慮在法律上作集中處理或配合。

19 澳門《刑事訴訟法典》第一百九十九條。

20 澳門《刑事訴訟法典》第二百五十八條。

21 澳門《刑事訴訟法典》第二百八十八條。

22 澳門並無相應規定。

23 上文引述過的巴勒莫公約、一九八八年的維也納禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約、在梅裡達簽訂的聯合國反腐敗公約均為典型呼籲締約國採納這類措施的國際法文件。

甲、保護證人及訴訟程序的其他參與人

保護證人及其他訴訟程序參與人的問題在七月三十日第6/97/M號法律《有組織犯罪法》中得到最大的體現，在該法律當中第十三、二十五、二十六和二十八條中已可以看到一套保護證人及其他訴訟程序參與人制度的雛形。不論是命令告誡違反司法保密泄露應受保護訴訟參與者身份，抑或取消公開部份訴訟文書，還是取得供未來備忘用的聲明或撇除訴訟內可能對其作者有影響的文件，無不屬於一個旨為訴訟參與人提供一些保障的制度所作的舉措。在極端的個案中更可以延伸保護聲明同司法機關合作的被捕被判罪者[24]。

第17/2009號法律（禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物的法律）第三十一條第五款同樣有嘗試保護訴訟參與人的措施。

不過我們應該強調，澳門還沒有一套如由葡萄牙七月十四日第93/99號法律通過的完整保護證人制度（該法律再由八月二十二日第190/2003號法令規範），若有考慮借用這一制度，則應隨即考慮不僅將其適用範圍擴展至證人，也延伸至可從中受惠的其他訴訟參與人[25]。

乙、以電子儀器截取聲音、影像或通訊

在截取通訊方面，澳門仍以《刑事訴訟法典》第一百七十二和一百七十五條的規定影響最深，而值得指出第一百七十五條的特別之處是，在把截取通訊制度的規定延伸至所有「（...）以有別於電話之其他技術方法傳達的」談話或通訊同時，我們認為電郵也屬截取範圍。

除了《刑事訴訟法典》，我們還可以在《有組織犯罪法》第二十七條第二款看到使用即使是在保留專用地方所取得的資訊、錄像或磁帶錄音的紀錄作為證據的可能性，而《打擊電腦犯罪法》[26]也有一套旨在查閱及收集涉嫌人所使用電腦通訊路由數據資料[27]的制度，同時也可以「（...）即時（...）」截取通訊。

丙、派出臥底和線人

由於《刑事訴訟法典》並無相關規定，所以在澳門就由特別法為派出臥底和情報人員提供可能性。至於派出臥底則有第17/2009號法律第三十一條和《有組織犯罪法》第十五條明確規定，由第4/2012號法律修訂的第10/2000號法律[28]第七條所中訂明的情況看來也屬類似的情況。而線人方面則有第17/2009號法律第三十二條明文規定。

24 《有組織犯罪法》第四十條。

25 已經有意見呼籲制定這樣一套制度（或許可能是因為澳門地區面積少，致使其實行更為困難），不過一直未獲採用。

26 第11/2009號法律。

27 《打擊電腦犯罪法》第十六條。

28 《澳門特別行政區廉政公署組織法》。

丁、控制下交付

控制下交付則僅在打擊販毒的背景下透過第17/2009號法律第三十條得以規範。不過更令人好奇的是，僅在這種情況下可作控制下交付的同時，這類措施也旨在逐步延伸到其他如洗黑錢等的罪行。

五、後記

由於篇幅有限，筆者未能再作更詳細的介紹。

不過，澳門《刑事訴訟法典》中的暴力或高度組織犯罪概念未有得到太多的引述，其實可以重新陳述將此加入到該法律文本中的必要，理由是立法政策上的選擇偏向採用其他解決方法，而非強調這一定義的必須，導致它明顯地未有太多的用處。

另一方面，立法鬆散和特別法律中的單行刑事訴訟規定未有統一均使我們考慮到把所有這些措施集中在一條特別刑事訴訟法律裡，其中除了找出可採納的措施外，也應作詳細的細則性規定。這是因為分散立法從未有效使各種司法系統協調一致，只要立法政策的原因有這樣的決定，一套達到這些目標的法律則可以作為「一般特別制度」[29]得到適用。

29 明顯的悖論。

PROCESSO PENAL E CRIMINALIDADE VIOLENTA OU ALTAMENTE ORGANIZADA[1]

José Carapinha[2]

1. INTRODUÇÃO

O fenómeno criminal é tão antigo no contexto da existência humana quanto o será a existência da própria vida em sociedade do homem. Tal significa que sempre existiram condutas desviantes que, no contexto social, mereceram resposta através de mecanismos sancionatórios, meramente retributivos no seu início ou, em tempos mais recentes, através de outros mecanismos em que a mera retribuição não será o único objectivo da lei.

De igual modo, não se pode pensar que o fenómeno da criminalidade dita "violenta ou altamente organizada" seja um fenómeno recente. Seja através de lenda, seja através da constatação de factos históricos, a existência de grupos organizados, cuja existência se justifica pela prática de actividade criminosa de forma organizada, atravessa os séculos. *Robin dos Bosques*, nas florestas de *Sherwood*, em plena Idade Média, e as denominadas sociedades secretas na China, desde o século XVII, são perfeitos exemplos de ambas as situações. E sempre o Estado lhes pretendeu responder fosse através da forca, do cadafalso,

1 Pretendemos abordar o tema proposto de forma despretensiosa, sem carácter de tese académica, antes baseada nas nossas reflexões sobre o tema e na nossa experiência adquirida aquando dos trabalhos preparatórios dos Código Penal e Código de Processo Penal de Macau nos quais tivemos a oportunidade de dar a nossa modesta contribuição quando desempenhámos funções no extinto Gabinete para os Assuntos Legislativos. O tema proposto já foi abordado no contexto de Macau, no ano de 2002, pelo Sr. Dr. Choi Keng Fai, Procurador Adjunto do Ministério Público da RAEM, no seu artigo "Estudo e análise da política sobre o combate à criminalidade organizada – a respectiva legislação e a prática judicial de Macau", Revista Administração n.º 58, vol. XV, 2002, e no contexto de Portugal pelo Sr. Dr. Jorge Noronha Silveira, no artigo "Processo Penal e Criminalidade Organizada", publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

2 Jurista.

ou de quaisquer outros meios, igualmente violentos, que dessem uma resposta eficaz à perigosidade da ameaça enfrentada.

Mas é sobretudo já em pleno século XX que a globalização da economia, o aumento dos movimentos migratórios e, de certa forma, o aparecimento de zonas de integração económica conducentes a um progressivo desmantelamento de fronteiras, bem como a multiplicação de conflitos armados à escala global e regional, vão criar as condições necessárias ao desenvolvimento de estruturas organizadas destinadas a facilitar o desenvolvimento de actividade criminosa. Actividades criminosas como o tráfico de droga, o tráfico humano e o auxílio à emigração clandestina e o tráfico de armas desenvolvem-se de forma exponencial na segunda metade do século passado. Uma vez estabelecidas no terreno e operacionais, não é de estranhar que essas organizações expandam as suas áreas de interesse e operações, aparecendo igualmente envolvidas no tráfico de pedras e metais preciosos, produtos extraídos de animais raros, abates florestais ilegais, contrabando de divisas e branqueamento de capitais.

Ao mesmo tempo, a evolução do conceito de Estado resultante de sucessivas correntes filosóficas fazia-nos chegar ao conceito de Estado de Direito, o qual traz associado uma forte concepção humanística de protecção dos direitos, liberdades e garantias individuais, criando um aparente paradoxo: a uma criminalidade que revela características organizacionais cada vez mais sofisticadas e complexas (e por vezes extremamente violenta) opõe-se agora um Estado que da retribuição através da forca e do cadafalso evoluiu para conceitos de prevenção geral e especial e reinserção social dos delinquentes.

É a reacção da lei ao fenómeno da criminalizada violenta ou altamente organizada, especificamente no domínio da lei processual penal, que me proponho analisar (ainda que dentro dos apertados limites estabelecidos) respondendo ao amável e honroso convite que me foi endereçado pela Fundação Rui Cunha por ocasião da celebração dos 20 anos dos Código Penal e Código de Processo Penal de Macau.

2. DELIMITAÇÃO DO CONCEITO

A primeira verdadeira dificuldade com que deparamos ao tentar abordar este tema é precisamente o de tentar delimitar o conceito de "criminalidade violenta ou altamente organizada". Com efeito, apesar de haver algum consenso acerca dos elementos necessários que se devem encontrar associados a este tipo de criminalidade, a verdade é que, do ponto de vista dogmático, o debate há muito iniciado entre penalistas e criminologistas continua sem encontrar uma definição que agrade universalmente.

Uma vez que a análise crítica das diversas posições expressas em torno desta questão

se afastariam em muito do objectivo dum artigo com as características do que nos foi proposto, tentaremos apenas proceder à análise da questão duma perspectiva da resposta dada pela própria lei, com enfoque especial, obviamente, na lei de Macau.

Em termos gerais, podemos dizer que terá sido a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional de 2000 – também conhecida por *Convenção de Palermo* – o primeiro instrumento legal a tentar proceder a uma definição do fenómeno em análise, ao estabelecer no seu artigo 2, (a) que por "grupo criminoso organizado" se deveria entender um "grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo por um período determinado de tempo, actuando de forma concertada com o propósito de cometer um ou mais crimes severos identificados por esta Convenção, com o objectivo de obter, de forma directa ou indirecta, um benefício financeiro ou qualquer outro benefício material".

Desta tentativa de definição resultam, como elementos constitutivos do conceito, os seguintes:

a) A pluralidade de membros (acima de três);

b) A perenidade da estrutura;

c) O carácter organizacional;

d) O "objecto social" da organização traduzido na prossecução da actividade criminosa;

e) O elemento teleológico consubstanciado na obtenção de benefícios materiais.

Todavia, a aparente solidez da definição é imediatamente abalada pela própria Convenção ao estabelecer no seu artigo 2, (c) que por "grupo estruturado" (conceito utilizado na definição de grupo criminoso organizado) se deve entender "qualquer grupo que não tenha sido formado de forma aleatória para a comissão aleatória dum crime e que não precisa de ter funções formais definidas para os seus membros, continuidade de permanência na organização ou estrutura desenvolvida".

Isto é, apesar de se afastar expressamente do conceito as situações de comparticipação criminosa, ao tentar ampliar-se ao máximo o âmbito de aplicação do conceito de grupo criminoso organizado, acaba por se relativizar algumas das características que inicialmente pareceriam encontrar-se ínsitas na própria definição.

Talvez por não pretender enveredar por caminhos de difícil concretização dogmática, o Código de Processo Penal de Macau, à semelhança do seu homólogo de Portugal, enveredou pela concretização substantiva do conceito de criminalidade violenta ou altamente organizada através de dois critérios distintos:

a) Um critério de enumeração taxativa, segundo os quais constituirão este tipo de criminalidade os crimes de:

- Associação criminosa (artigo 288.º do Código Penal);
- Associação ou sociedade secreta (artigo 2.º da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho);

- Branqueamento de capitais quando praticado por associação criminosa ou sociedade secreta, por quem delas faça parte ou as apoie; quando o crime precedente for terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de pessoas[3] ou armas proibidas e substâncias explosivas; ou quando o agente praticar de forma habitual o crime de branqueamento de capitais;
- Produção ilícita de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (artigo 7.º da Lei n.º 17/2009);
- Tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (artigo 8.º da Lei n.º 17/2009);
- Produção, fabrico, importação, exportação, trânsito, transporte, comercialização ou distribuição não autorizados de percursores (artigo 9.º da Lei n.º 17/2009)[4].

b) Um critério residual geral traduzido nos crimes dolosos que se dirigirem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e forem puníveis com pena de prisão de limite máximo igual ou superior a 5 anos, neles se incluindo os crimes de:

- Homicídio nas suas formas simples, qualificada e privilegiada, exposição ou abandono de que resultem ofensa grave à integridade física ou morte da vítima e aborto (artigos 128.º, 129.º e 130.º e n.os 3 e 4 do artigo 135.º e artigo 136.º do Código Penal);
- Ofensa grave à integridade física na sua forma simples ou qualificada e quando agravada pelo resultado quando dela resultar a morte da vítima e maus tratos ou sobrecarga de menores, incapazes ou cônjuge quando deles resultarem ofensa grave à integridade física ou morte da vítima (artigos 138.º, 140.º e 139.º, n.os 3 e 4 do artigo 146.º do Código Penal, respectivamente);
- Sequestro nas suas formas mais sérias e quando agravado pelo resultado quando dele resultar a morte da vítima ou ainda agravado em função da identidade da vítima, escravidão, tráfico de pessoas, rapto e tomada de reféns (n.os 2, 3 e 4 do artigo 152.º, artigo 153.º, artigo 153.º–A, artigo 154.º e artigo 155.º, todos do

3 O artigo 10.º da Lei n.º 6/2008 determinou que todas as referências ao *tráfico internacional de pessoas* passasse a ser feito com referência ao crime de *tráfico de pessoas* previsto no artigo 153.º-A, aditado ao Código Penal por aquela mesma lei.

4 A alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º do Código de Processo Penal refere ainda os artigos 4.º, 5.º e 6.º da Lei n.º 3/2006 e os artigos 1.º, 2.º e 3.º da Lei n.º 2/2009, os quais não incluímos no âmbito da criminalidade violenta ou altamente organizada porquanto os incluímos nos crimes de terrorismo que aquela disposição do Código de Processo Penal igualmente contempla e que equipara em termos de efeitos à criminalidade violenta ou altamente organizada.

Código Penal);

- Violação, coacção sexual, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, abuso sexual de pessoa internada, procriação artificial não consentida, lenocínio agravado, abuso sexual de crianças, abuso sexual de educandos e dependentes e lenocínio agravado de menores (artigos 157.º, 158.º, 159.º, 160.º, 162.º, 164.º, n.os 1, 2 e 3 do artigo 166.º, n.º 1 do artigo 167.° e n.º 2 do artigo 170.º, todos do Código Penal).

Todavia, todo o esforço interpretativo conducente à delimitação do conceito de "criminalidade violenta ou altamente organizada" se mostra quase totalmente inútil porquanto, como adiante veremos, apenas uma outra vez o conceito aparece referido ao longo de todo o articulado do Código de Processo Penal: no artigo 129.º, n.º 4!

Poder-se-ia pensar, contudo, que legislação penal ou processual penal avulsa procederiam a uma melhor concretização do conceito, até porque, tratando-se dum tipo "especial" de criminalidade, o seu tratamento em sede de legislação avulsa de carácter especial poderia mostrar-se adequado.

E a existência duma lei penal especificamente dedicada à criminalidade organizada, a Lei n.º 6/97/M, de 30 de Junho, de imediato nos poderia fazer acalentar tais esperanças. Esperanças que rapidamente se esfumam quando constatamos que a referida lei não contém qualquer definição de criminalidade organizada, antes se ocupando da definição do conceito de associação ou sociedade secreta e do crime de associação ou sociedade secreta[5] e duma variedade de crimes e normas de natureza processual especiais apenas se referindo uma única vez no seu texto ao conceito em questão: no seu artigo 24.º e apenas para determinar a classificação dos crimes de associação ou sociedade secreta e branqueamento de capitais como crimes integrados no conceito de criminalidade violenta e altamente organizada!

Isto é, quer a lei processual geral quer uma lei avulsa de natureza especial abordam o conceito de "criminalidade violenta ou altamente organizada" sendo, contudo, clara a intenção do legislador em evitar adoptar qualquer definição específica do fenómeno, antes se refugiando em critérios de enumeração, quer taxativos quer residuais, para tentar delimitar um conceito que, apesar de tudo, pouca relevância prática encontra na lei.

5 O qual, apesar de tudo, e por força da alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º do Código de Processo Penal, é considerado crime pertencente à categoria da criminalidade violenta ou altamente organizada, como anteriormente vimos.

3. A CRIMINALIDADE VIOLENTA E ALTAMENTE ORGANIZADA NO DOMÍNIO DOS CÓDIGOS DE PROCESSO PENAL DE MACAU E DE PORTUGAL

Como imediatamente acima se deixou expresso, o conceito de criminalidade violenta ou altamente organizada, apesar de constante no Código de Processo Penal de Macau, pouca ou nenhuma concretização encontra no mesmo em termos de relevância processual.

Com efeito, a invocação daquele conceito apenas ocorre para efeitos de estabelecer a possibilidade de o Ministério Público poder restringir o direito à comunicação do arguido apenas ao seu defensor antes do primeiro interrogatório judicial[6]. O que é manifestamente pouco em termos de relevância processual para um conceito que parece assumir uma cada vez maior relevância no domínio da lei penal.

Todavia, conhecendo-se a autoria e a fonte de inspiração do Código Processo Penal de Macau, uma imediata e necessária comparação com o Código de Processo Penal de Portugal se impõe, ressalvando-se, contudo, o facto facilmente constatável das diferentes dinâmicas quanto à prolixidade legislativa das duas jurisdições: é que se o Código de Processo Penal de Macau foi, desde a sua aprovação através do Decreto-Lei n.º 48/96/M, de 2 de Setembro, sujeito a uma intervenção legislativa de fundo no sentido da sua reforma[7], o seu homólogo português foi, desde a sua aprovação em 1987 através do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, sujeito a 27 alterações, a última das quais através da Lei n.º 58/2015, de 23 de Junho.

De qualquer modo, enquanto no Código de Processo Penal de Macau, como se disse, a relevância do conceito de criminalidade violenta ou altamente organizada se limita ao conteúdo do artigo 129.º, n.º 4, no Código de Processo Penal de Portugal, e para além do conceito constante das alíneas i), j), l) e m) do artigo 1.º[8] (que corresponde ao conceito contido na alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º do Código Penal de Macau), este tipo de criminalidade encontra relevância directa em, pelo menos, mais dez situações:

- No **acesso** por parte do arguido, do defensor e do assistente **aos autos do processo na parte que ainda se encontre em segredo de justiça**, concluída que se encontre a fase de inquérito, podendo os mesmos ver esse acesso adiado por um período inicial de três meses, passível de uma prorrogação por prazo

6 Artigo 129.º, n.º 4, do Código de Processo Penal.

7 Operada pela Lei n.º 9/2013.

8 O conceito de terrorismo, criminalidade violenta e altamente organizada contido na alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º do Código de Processo Penal de Macau, é desdobrado nos conceitos de terrorismo (alínea i)), criminalidade violenta (alínea j)), criminalidade especialmente violenta (alínea l)) e criminalidade altamente organizada (alínea m), todas do artigo 1.º).

objectivamente indeterminado[9], nos casos em que esteja em causa terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, conforme estipulado pelo artigo 89.º, n.º 6.

É de assinalar que o artigo 80.º do Código de Processo Penal de Macau não contém qualquer limitação semelhante pelo que, concluído o inquérito, cessa em absoluto o segredo de justiça.

- Na referência à existência dum **regime de protecção de testemunhas**, estando em causa crimes de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, a regular por lei especial, conforme o disposto no n.º 2 do artigo 139.º e que, em Portugal, veio a ser concretizado pela Lei n.º 93/99, de 14 de Julho e regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 190/2003, de 22 de Agosto.

  Ora, tendo os n.os 1 e 3 do artigo 139.º do Código de Processo Penal de Portugal correspondência *ipsis verbis* aos n.os 1 e 2 do artigo 126.º do Código Penal de Macau, a ausência em Macau da possibilidade de existência dum regime de protecção de testemunhas em quaisquer casos, designadamente nos casos de terrorismo, criminalidade violenta e altamente organizada, apenas se pode entender à luz da existência de opções de política legislativa expressas nesse sentido.
- Na possibilidade outorgada ao Ministério Público de poder **restringir os contactos do arguido** exclusivamente ao seu assistente antes do primeiro interrogatório judicial nos casos que envolvam terrorismo, criminalidade violenta e altamente organizada conforme o disposto no artigo 143.º, em moldes exactamente idênticos aos prescritos no artigo 129.º do Código de Processo Penal de Macau, conforme já anteriormente se assinalou.
- **No regime de buscas**, designadamente através de:

  - Admissibilidade de buscas efectuadas por órgãos de polícia criminal sem necessidade de autorização do Juiz de Instrução nos casos que envolvam terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa, conforme dispõe o n.º 5 do artigo 174.º.

  Deve salientar-se que a norma correspondente no Código de Processo Penal de Macau, sem recorrer ao conceito de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, admite excepções à necessidade de autorização do Juiz

9 O n.º 6 do artigo 89.º do Código de Processo Penal de Portugal refere "um prazo objectivamente indispensável à conclusão da investigação", deferindo a responsabilidade de concretização deste prazo ao Juiz de Instrução Criminal.

de Instrução Criminal a todas as situações "em que houver razão para crer que a demora poderia representar ***grave perigo para bens jurídicos de valor relevante***", num regime claramente mais liberal e "generoso" para as autoridades de polícia criminal.

- Admissibilidade de realização de buscas domiciliárias, no período compreendido entre as 21 e as 7 horas, as quais, em Portugal, apenas podem ser realizadas em circunstâncias especiais entre as quais se encontram as relativas a terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, sendo que no período entre as 7 e as 21 horas e quando relativas aquele tipo de criminalidade essas buscas podem ser ordenadas pelo Ministério Público ou pelas autoridades de polícia criminal, conforme dispõem, respectivamente, os n.º 2, alínea a), e n.º 3, alínea a) do artigo 177.º.

  Também aqui o regime de Macau difere e não recorre ao conceito de terrorismo, criminalidade violenta e altamente organizada porquanto existe um quase absoluto impedimento de realização de buscas domiciliárias entre as 21 e 7 horas, por um lado[10], ao mesmo tempo que a possibilidade de realização de buscas ordenadas pelo Ministério Público ou realizadas pelas autoridades de polícia criminal se estende, em Macau, e novamente, a todas as situações "em que houver razão para crer que a demora poderia representar ***grave perigo para bens jurídicos de valor relevante***", conforme dispõem os n.os 1 e 2 do artigo 162.º do Código de Processo Penal de Macau.

  Desta forma, e no que respeita ao regime de buscas domiciliárias, podemos afirmar que o legislador de Macau toma uma atitude ambivalente porquanto se afirma como mais garantístico no domínio das buscas domiciliárias a realizar durante o período nocturno enquanto toma uma atitude mais liberal no que respeita àquelas que devam ser realizadas no período diurno[11].

- **No regime de admissibilidade de escutas telefónicas** que, em Portugal, permite que a autorização para a sua realização em casos de terrorismo, criminalidade violenta e altamente organizada (entre outras situações) possa ser solicitada ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efectivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação

10 A absoluta proibição apenas cede perante a expressa autorização do visado e desde que o consentimento prestado fique por qualquer forma documentado, conforme resulta do n.º 4, alínea b), do artigo 159.º do Código de Processo Penal de Macau.

11 Não sabemos se razões culturais relacionadas com o valor da privacidade da vida familiar na cultura chinesa terão eventualmente conformado esta solução.

criminal em detrimento do Juiz de Instrução, conforme estipula o n.º 2 do artigo 187.º. Todavia, este pedido terá ser sempre promovido pelo Ministério Público.
O artigo correspondente do Código de Processo Penal de Macau[12], para além de conferir ao Juiz de Instrução o poder de ordenar tal diligência[13], alarga o âmbito de aplicação deste meio de obtenção de prova, de forma que nos atrevemos a dizer excessivamente liberal, uma vez que, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 172.º a mesma pode ser autorizada ou ordenada para a obtenção de prova de crimes puníveis com **pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos**, isto é, a **quase todos os crimes** excluindo os de menor gravidade.
Por outro lado, enquanto em Portugal este meio de prova apenas é admitido em casos em que a diligência se mostre "(...) ***indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*** (...)" em Macau a sua aplicação é susceptível de ser invocada quando "(...) **houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova** (...)", traduzindo-se, mais uma vez, num "generoso" alargamento do seu âmbito de aplicação.

- **No regime da prisão preventiva**, que, por sua vez, vai repercutir-se em diversas outras situações e prazos processuais. Com efeito, o artigo 202, n.º 1, alíneas b) e c), e o artigo 215.º, n.º 2, do Código de Processo Penal de Portugal, estabelecem um regime de aplicação da prisão preventiva, no qual, para determinado tipo de crimes, entre os quais os que se enquadrem no conceito de criminalidade violenta ou altamente organizada, os prazos de duração máxima da prisão preventiva possam ser elevados relativamente aos prazos gerais normais previstos no n.º 1 do artigo 215.º.
  Posteriormente, e com base nos tipos de crimes identificados neste artigo 215.º, vai determinar igualmente a possibilidade de extensão de outros prazos do processo, como são os casos dos prazos de duração máxima do inquérito[14] e da instrução[15]. Vai, igualmente, ser relevante na possibilidade de aumentar o

12 Artigo 172.º, n.º 1.

13 Apesar do domínio do inquérito pertencer ao Ministério Público e, em geral, as diligências a realizar no sentido de obtenção de prova serem promovidas pelo Ministério Público através de competência própria ou do seu requerimento junto do Juiz de Instrução, o artigo 172.º, n.º 1, refere expressamente que a realização de "intercepção ou gravação de conversações ou comunicações telefónicas só pode ser ***ordenada ou autorizada*** por despacho do juiz (...)".

14 Artigo 276.º do Código de Processo Penal de Portugal.

15 Artigo 306.º do Código de Processo Penal de Portugal.

número máximo de testemunhas determinado pela alínea d) do n.º 3 do artigo 283.º do Código de Processo Penal de Portugal que, nos termos do n.º 7 do mesmo artigo, e quando em presença de crimes previstos no artigo 215.º, deixa de ser limitado a um máximo de 20.

Mais uma vez, a relevância do conceito de criminalidade violenta ou altamente organizada utilizada pelos artigos 202.º e 215.º do Código de Processo Penal de Portugal não encontra paralelo no seu homólogo de Macau.

O artigo 202.º do Código de Processo Penal de Portugal encontra paralelo no artigo 186.º, n.º 1, podendo, desde logo, constatar-se que este preceito não só não utiliza o conceito de criminalidade violenta ou altamente organizada como alarga o âmbito de aplicação desta medida de coacção a todos os crimes dolosos com **pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos**, enquanto o artigo correspondente da lei portuguesa apenas o faz a crimes dolosos com ***pena de prisão de limite máximo superior a 5 anos.***

Já o artigo correspondente ao artigo 215.º do Código de Processo Penal de Portugal é o artigo 199.º do Código de Processo Penal de Macau que, mais uma vez, não utiliza o conceito de criminalidade violenta ou altamente organizada[16], mas antes os crimes definidos no artigo 193.º[17] (o qual, por sua vez, não encontra paralelo no Código de Processo Penal de Portugal) de entre os quais o único crime que se enquadrará na definição da alínea a) do n.º 2[18] será o de tráfico de estupefacientes.

E é exactamente este artigo 193.º que, no Código de Processo Penal de Macau, vai desempenhar as funções de referência para o qual é usado o artigo 215.º do Código de Processo Penal de Portugal, sendo com referência a ele que se determina a possibilidade de prorrogação da duração máxima da prisão preventiva[19], de alargamento dos prazos de inquérito[20], ou da instrução[21].

Uma referência ainda ao regime de aplicação de prisão preventiva a certos crimes. Como se disse, o artigo 193.º do Código de Processo Penal determina que, aos crimes nele previstos, se deve aplicar a medida de coacção de

16 Se bem que faça referência a crimes cometidos com violência não o faz no contexto da "definição" do artigo 1.º, n.º 2.

17 Aos quais, no contexto do Código de Processo Penal de Macau, o Juiz de Instrução **deve** aplicar a prisão preventiva como medida de coacção.

18 Conceito de criminalidade violenta ou altamente organizada.

19 Artigo 199.º do Código de Processo Penal de Macau.

20 Artigo 258.º do Código de Processo Penal de Macau.

21 Artigo 288.º do Código de Processo Penal de Macau.

prisão preventiva. Todavia, esta "obrigatoriedade" verifica-se ainda nos casos que respeitem a crimes definidos nos artigos 2.º (crime de associação ou sociedade secreta), 3.º (extorsão a pretexto de protecção) e n.º 2 do artigo 13.º (violação do segredo relativo à identidade de intervenientes processuais ou agentes infiltrados) todos da Lei da Criminalidade Organizada e ainda do artigo 153.º–A do Código Penal (tráfico de pessoas) e n.os 2 e 3 do artigo 3.º da Lei n.º 2/2006 (branqueamento de capitais), todos por força do disposto no artigo 29.º da Lei de Criminalidade Organizada.

Consequência directa do estabelecimento deste regime foi a necessidade de se estabelecer um regime especial de subida e julgamento de recursos de decisões judiciais que não apliquem ou não mantenham a medida de coacção de prisão preventiva àqueles crimes. Tal desiderato veio a ser alcançado através da aprovação do Decreto-Lei n.º 15/98/M, de 4 de Maio.

- Por fim, o conceito de criminalidade violenta ou altamente organizada encontra ainda expressão em Portugal[22] no domínio do **reexame dos pressupostos de aplicação da prisão preventiva,** conforme se encontra expresso no artigo 213.º do Código de Processo Penal de Portugal.

4. MEDIDAS PROCESSUAIS ESPECIAIS CONSTANTES DE LEI AVULSA

Para além das medidas (ou ausência delas) contidas no Código de Processo Penal, outras medidas existem que normalmente se devem atentar quando consideramos o combate à criminalidade violenta ou altamente organizada.

Elas constam, regra geral, de leis avulsas e são o reflexo de respostas legislativas específicas no contexto de determinados tipos específicos de criminalidade e têm origem em diversos instrumentos de Direito Internacional[23].

Esse tipo de medidas processuais ditas "especiais" são normalmente identificadas como:

a) Protecção de testemunhas e outros participantes processuais;

b) Intercepção de som, imagem e comunicações feitas por meios electrónicos;

22 Sem equivalência em Macau.

23 A já citada Convenção de Palermo, a Convenção de Viena sobre o tráfico de droga e substâncias psicotrópicas de 1988 e a Convenção de Mérida, também conhecida por *UNCAC* (*United Nations Convention Against Corruption*) são exemplos paradigmáticos de instrumentos de Direito Internacional que recomendam aos Estados participantes a adopção desse tipo de medidas.

c) Utilização de agentes infiltrados e informadores;

d) As entregas controladas.

Podemos começar por afirmar que, no contexto da legislação de Macau, já podemos encontrar vários exemplos deste tipo de medidas utilizadas no contexto específico de combate a determinados tipos de criminalidade, mas sem definição exaustiva do seu regime nem tão-pouco quaisquer cuidados de concentração ou harmonização.

a) Protecção de testemunhas e outros participantes processuais

A questão da protecção de testemunhas e outros intervenientes processuais encontra a sua expressão máxima, no direito de Macau, no contexto da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho, a Lei da Criminalidade Organizada, onde os artigos 13.º, 25.º, 26.º e 28.º encontram diversas facetas dum, ainda assim incipiente, regime de protecção de testemunhas e outros intervenientes processuais. Seja através de fazer cominar como violação de segredo de justiça a identificação de intervenientes processuais que mereçam protecção, seja pela retirada do carácter público a alguns actos processuais, seja pela possibilidade de recolha de declarações para memória futura ou não inclusão no processo de determinados documentos que comprometam os seus autores, tudo são pequenos afloramentos dum regime que pretende conferir alguma protecção a determinados intervenientes processuais. Protecção que, em casos extremos, poderá até eventualmente ser alargada a condenados presos quando os mesmos se declararem dispostos a colaborar com a justiça[24].

Um pequeno afloramento de tentativa de protecção de intervenientes processuais pode igualmente ser encontrado no n.º 5 do artigo 31.º da Lei n.º 17/2009 (Lei da Proibição da produção, do tráfico e do consume ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas).

Deve, todavia, assinalar-se que um completo regime de protecção de testemunhas, tal como o adoptado pela Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, de Portugal, posteriormente regulamentada pelo Decreto-Lei n.º, 190/2003, de 22 de Agosto, ainda não existe em Macau sendo que, se alguma vez se considerar a sua adopção, deve, desde logo, considerar-se a extensão do seu âmbito de aplicação não só a testemunhas como aos demais intervenientes processuais que dela possam beneficiar[25].

24 Artigo 40.º da Lei da Criminalidade Organizada.

25 Várias vozes têm clamado pela aprovação de tal regime cuja adopção (porventura devido à reduzida dimensão territorial de Macau, o que potencialmente tornará a sua implementação prática de difícil execução) tem sido sistematicamente adiada.

b) Intercepção de som, imagem e comunicações feitas por meios electrónicos

No domínio da intercepção de comunicações em Macau ainda é o Código de Processo Penal que domina amplamente através do que se encontra estabelecido no seu regime geral estabelecido nos artigos 172.º a 175.º, sendo apenas de assinalar a especialidade constante do artigo 175.º que, ao determinar a extensão do regime de intercepção de conversações ou comunicações a todas aquelas que sejam "(...) ***transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone***", permite igualmente, em nossa opinião, a intercepção de correio electrónico.

Para além do Código de Processo Penal, podemos encontrar no artigo 27.º, n.º 2, da Lei da Criminalidade Organizada, a possibilidade de utilização como meio de prova de registos informáticos, videográficos ou magnetofónicos colhidos em locais públicos ainda que de acesso reservado e, na Lei de Combate à Criminalidade Informática[26], um extenso regime respeitante ao acesso e recolha de dados de tráfego relativos a comunicações informáticas efectuadas por suspeitos[27] que pode, inclusivamente, abranger a intercepção "(...) ***em tempo real*** (...)" de tais comunicações.

c) Utilização de agentes infiltrados e informadores

No silêncio do Código de Processo Penal é na lei especial que encontramos em Macau a possibilidade de recurso à utilização de agentes infiltrados e informadores. No que respeita aos primeiros encontramo-los expressamente contemplados no artigo 31.º da Lei n.º 17/2009 e no artigo 15.º da Lei da Criminalidade Organizada. Parece-nos ainda ser uma situação similar à do agente infiltrado a prevista no artigo 7.º da Lei n.º 10/2000[28], alterada pela Lei n.º 4/2012. O segundo tipo, informadores, encontram-se expressamente previstos no artigo 32.º da Lei n.º 17/2009.

d) As entregas controladas

As entregas controladas apenas se encontram reguladas no contexto do combate ao tráfico de droga, através do artigo 30.º da Lei n.º 17/2009. Não deixa de ser curioso constatar que apenas nesse contexto se admitem entregas controladas sobretudo quando este tipo de medida tem visto a sua utilização progressivamente expandida a outros crimes como, por exemplo, no contexto do branqueamento de capitais.

26 Lei n.º 11/2009.

27 Artigo 16.º da Lei de Combate à Criminalidade Informática.

28 Lei Orgânica do Comissariado contra a Corrupção da Região Administrativa Especial de Macau.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constrangimentos ditados pelo espaço disponível impedem-nos de ir muito mais além.

Todavia, a escassa utilização do conceito de criminalidade violenta ou altamente organizada no Código de Processo Penal de Macau sugere que se poderá reequacionar a necessidade da sua inclusão naquele texto legal por manifesta inutilidade, gerada por opções de política legislativa que levaram à adopção doutras soluções que não as que conduziriam à necessidade da sua aplicação.

Por outro lado, a dispersão legislativa e o carácter fragmentado das disposições processuais penais avulsas constantes de leis especiais levam-nos a sugerir a ponderação da concentração de todas aquelas medidas numa única lei processual penal especial em que, para além de se identificarem quais as medidas admissíveis, se deveria proceder à sua regulamentação exaustiva. É que a dispersão legislativa nunca foi boa solução em termos de identidade e coerência dos sistemas jurídicos e uma lei com essas características poderia funcionar como um "regime especial geral"[29] a aplicar sempre que razões de política legislativa assim o determinassem.

29 Passe o óbvio paradoxo.

澳門特別行政區刑事訴訟程序中的調解

Teresa Lancry A. S. Robalo[1]

“越來越多的犯罪受害人
選擇直面
對他們造成傷害的人”[2]。

摘要

在本文中，筆者將刑事調解作為恢復性司法的一種表現形式，介紹刑事調解的特點，介紹體現這一措施的葡萄牙第21/2007號法律中的有關規定。接著，筆者會分析《澳門刑事訴訟法典》第263條和第264條規定的訴訟程序之暫時中止制度，並尋找其與刑事調解的共通點。

筆者將對在中國文化中佔據不可替代地位的儒家哲學進行分析，在中國法律制度深層，存在著對和解、調解和仲裁的偏好。

筆者還將介紹《違法青少年教育監管制度》中所規定的“復和”，將之視為恢復性司法在澳門法律體系中的一種表現形式。同時，筆者將重點關注《家庭暴力防治法》法案第14條中關於“調解會議”的規定。該法案已於2015年一月獲立法會一般性通過。

最後，筆者將列舉刑事調解的優點，建議將刑事調解引入澳門法律制度，作為一種替代性、確定性的刑事糾紛解決方式，解決因私罪或半公罪而產生的爭議。

1 澳門大學法學院講師。刑法學碩士。

2 https://www.ncjrs.gov/ovc_archives/reports/96517-gdlines_victims-sens/guide4.html，首次訪問時間為2015年9月27日。

一、刑事調解——恢復性司法的一種表現形式

自2008年起，筆者一直呼籲在澳門引入刑事調解，作為一種替代性刑事糾紛解決機制[3]。在本文中，筆者將繼續深化這一觀點。首先，筆者將該機制納入解決刑事法律爭端的另一種形式——即恢復性司法——中討論。

恢復性司法是一種歷史悠久的刑事法律爭端解決方式。顧名思義，恢復性司法力圖恢復因某類犯罪而被打破的關係，在這類犯罪中，受害人與犯罪行為人之間往往存在著一種特殊的緊密關係（可能是鄰居、工作上的同事甚至是夫妻）[4]。還有一些情況下，儘管當事人互不相識，但是犯罪行為造成的物質、身體或心理上的損害使受害人願意與犯罪人交流，向其展示其不法行為的後果，使其意識到其行為的錯誤和後果。

事實上，恢復性司法能夠使情況調轉，使人們換一種視角看待犯罪[5]：犯罪的主要受害人（lesado）不再是國家，而是受害人（vítima）本身，如筆者之前所提出的，受害人（vítima）應當“離開隱蔽處”，開始在刑事爭端的解決中發揮更重要的作用。

在恢復性司法方面主要的幾種替代性糾紛解決方式包括受害人-加害人調解（victim-offender mediation）、刑事調解（mediação penal）、家族小組會議（family group conferences，還有譯作家庭集團會議、家庭協商會議等等）及圈型量刑（circle sentencing）。

家族小組會議（family group conferences）是在司法之外進行的會議，一般針對的是未成年的行為人，特別是在澳大利亞和紐西蘭經常適用[6]。正如筆者曾經介紹過的，“在一位調解人的協調下，行為人與其最親近的家人如其父母、與受害人及受害人的支持者等等一起參加會議”[7]。事實上，舉行這些會議的主要目的是使這個正處於人格形成過程中的青年意識到其行為的結果、對受害人造成的不良後果以及其行為給父母帶來的恥辱。因為感到後悔，行為人可能向受害人認真地道歉並請求對方原諒。這就增加了行為人在將來改變其行為的可能性。

事實上，反觀澳門的法律制度，可以在《違法青少年教育監管制度》中找到一種以上述模式為基礎的機制。該法第19條和第20條規定了“復和”這一特

3 TERESA LANCRY A. S. ROBALO：《刑事調解及刑法學說：同意或反對？》，載於《澳門大學法學院學報》，XIII年，第26期，2008年，第291頁；TERESA LANCRY A. S. ROBALO：《恢復性司法——法律人本主義的路徑》，Juruá出版社，2012年，第208-209頁；及TERESA LANCRY A. S. ROBALO：《刑事調解和其他非訴訟解決刑事法律爭端的機制》，載於《澳門大學法學院學報》，XVII年，第33期，2013年，第318-319頁。

4 TERESA LANCRY A. S. ROBALO，前注《恢復性司法》，第19-39頁。

5 HOWARD ZHER：《更換鏡頭：犯罪與司法新焦點》，S.P.W.O.（1990），第三版，Herald出版社，2005年版。

6 關於這一問題更詳盡的介紹，參見筆者前注《恢復性司法》，第74-76頁。

7 TERESA LANCRY A. S. ROBALO，前注《刑事調解和其他非訴訟解決刑事法律爭端的機制》，第313頁。

別措施，該措施的最終目的是“協助青少年不再作出不法行為”[8]。

另一方面，圈型量刑（circle sentencing）是一種在加拿大的土著部落中廣泛存在的實踐[9]。據Kenneth Menzel所述，“圈型量刑對刑事司法進行整體分析，使受害人和加害人在一個中立的場所進行互動和治療，由社群來決定對犯罪行為人的量刑”[10]。行為人所屬的社群聚集，行為人也要參與，有一件物品在與會者中手手相傳，即發言石（talking stone），使與會者能夠對行為人所實施的犯罪發表任何意見。這些會議的主要目的是使行為人感到羞恥並請求原諒[11]。有人認為，不論法官最終如何裁判，這種會議本身就是對行為人的懲罰。

刑事調解是解決刑事爭端的替代性手段，特點是將行為人、受害人和作為公正第三方的調解人聚集。葡萄牙六月十二日第21/2007號法律第4條第1款將刑事調解定義為“非正式的、靈活的程序，由公正的第三方，即調解人主持，調解人拉近行為人與被害人之間的距離，努力促使他們主動達成協議，使不法行為引致的損害獲得修復，恢復社會的安寧”。事實上，刑事調解的主要目的就是試圖使當事人就其所涉及的刑事法律爭端的解決達成協議。為此，最重要的一點就是各方表示同意參加這樣的會議，否則該會議就不會產生積極的效果。

上述三種恢復性司法的表現形式，共同的哲學是使犯罪人行為人面對其所實施行為的後果，使其感到羞愧，從而避免再次犯罪，使有爭議的各方達成最大的和諧。另一方面，受害人開始佔據首要的地位，被視為受犯罪行為影響最大的人，有必要為其所遭受的行為和相應的結果而“鬥爭”[12]。

二、葡萄牙法律制度中的刑事調解

刑事調解機制在葡萄牙法律制度中的正式確立是通過六月十二日第21/2007號法律[13][14]。2013年，葡萄牙立法者又規定了爭端調解的一般制度，即四月十九

8 關於這一問題更詳盡的介紹，參見筆者前注《恢復性司法》，第238頁以下。

9 關於這一問題更詳盡的介紹，參見筆者前注《恢復性司法》，第68-74頁。

10 KENNETH MENZEL：《圈型量刑：通過恥辱來制裁》，2005年。載於：http://www.restorative justice.org/10fulltext/menzel，首次訪問時間為2015年9月26日。

11 這種觀點使筆者不自覺地聯想到了JOHN BRAITHWAITE——恢復性司法領域的代表人物之一。根據其“明恥整合理論”，羞恥有助於改變人們未來的行為，因此，如果我們在法律制度中利用人類的羞恥之心，將更有效地實現積極的特別預防。在現行《刑法典》第40條第1款及第65條第1款，在規定刑罰和保安處分的目的、刑罰份量的確定時，對此有所體現。

12 MARIA LEONOR ESTEVES ASSUNÇÃO：《在恢復性程序中受害人的中心性建設性參與——對國家刑事訴訟的基礎構成威脅？》，載於《刑事訴訟法的未來何在？——在葡萄牙刑事訴訟法20年之際致敬Jorge de Figueiredo Dias的研討會文集》，Coimbra Editora出版，2009年，第333頁及以下。

13 關於葡萄牙模式及其產生原因，更詳盡的介紹參見筆者前注《恢復性司法》，第193-207頁；以及前注《刑事調解和其他非訴訟解決刑事法律爭端的機制》，第313-318頁。

14 刑事調解已經被納入Citius首頁所載替代性糾紛解決機制的目錄，後又被載入替代性糾紛解決機制辦公室的官方網站上。關於此，見http://www.citius.mj.pt/Portal/Artigos.aspx?CategoryId=13&EmulatedPage=MediacaoPenal 及http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-ix-leis-sobre/arbitragem-e-exercicio/mediacao-

日第29/2013號法律，在葡萄牙進行的一切調解，包括各種形式的調解，都應遵守該法律的規定。該法第2條第1款將調解定義為“一種替代性糾紛解決方式，由公共或私人機構開展，在一名糾紛調解人的協助下，兩個或兩個以上爭端方爭取自願達成協議”。該條第2款對糾紛調解人進行了定義，調解人為公正、獨立的第三方， 無權向被調解人施加任何義務，其目的只是“幫助他們”為糾紛的解決達成最終協議。同樣地，上述第21/2007號法律第4條第1款專門針對刑事調解，對調解作出了定義。

具體來說，不論是一般的調解還是特別的刑事調解，都應當遵守自願、保密、平等、公正、獨立、管轄權、糾紛調解人負責和可執行等原則。具體規定見第29/2013號法律第3條至第9條。

關於第21/2007號法律，必須提到其中的一個重要問題是，立法者規定僅在偵查階段可以將訴訟程序轉為調解程序。根據該法第3條第1款的規定，如檢察院認為通過調解能夠滿足“對於本案的預防的要求”，可依職權或應當事人的申請，將案件提交調解。調解人應當徵求嫌犯和被害人就這一問題的自由的和清楚的意見。如雙方同意調解，應當簽署一份同意書，然後啟動調解程序；否則，基於上述調解自願原則，將案件發回檢察院，刑事訴訟程序繼續進行。關於這一過程的具體規定，見該條第5款、第6款和第7款。

如各方當事人通過調解達成協議，調解程序終結。調解協議的內容應當是程序主體自由意志的體現，其中不能包括剝奪自由的措施，也不能為嫌犯設置侵犯其尊嚴的義務或者執行期超過六個月的義務。當事人在協議上簽字，該行為“相當於被害人撤回告訴而嫌犯未對此表示反對的法律效果，如果在規定的期間內協議未被履行，被害人可在一個月內重新提出告訴，重啟偵查程序”。見第5條第3款、第4款及第6條第1款、第2款的規定。反之，如果當事人未在調解程序中達成任何協議，應將案件發回檢察院，已進行的程序應當保密（第5條，第1款、第2款、第4款和第5款）。仍值得一提的是，根據第21/2007號法律第7條的規定，在調解進行期間，刑事訴訟程序中止。

但是，該法律也規定了進行刑事調解的限制。首先，如前所述，只在偵查階段可以進行調解，在偵查之後則不可以。第二，不得將審理公罪和通常量刑幅度在五年以上的半公罪和私罪的刑事訴訟程序轉為通過調解解決。第三，對於半公罪，只在侵犯人身罪或侵犯財產罪的案件中才可進行調解。同時，在審理侵犯性自由及性自決罪的案件、涉及公務上之侵佔、賄賂或利益輸送的案件、被害人不滿16歲的案件以及可適用簡易程序或最簡易訴訟程序的案件中，同樣不得進行調解。見第21/2007號法律第2條的規定。

雖然在葡萄牙法律制度中引入刑事調解受到稱讚，但也有不少人對這個概念以及立法者找到的解決方案提出批評。

正如筆者曾經提出過的[15]，澳門的立法者確實應當參考一下國外在立法方

penal 。首次訪問時間均為2015年9月27日。

15 TERESA LANCRY A. S. ROBALO，前注《刑事調解和其他非訴訟解決刑事法律爭端的機制》，第316頁。

面的經驗以及有關的學術論著[16]和實務工作，在澳門法律中設立一項刑事調解機制。但是，也不能盲目照搬已有的（qua tale）制度，因為我們可以做得更好。

三、訴訟程序之暫時中止制度

立法者規定了在偵查階段暫時中止訴訟程序的可能性：如果《刑事訴訟法典》第263條第1款各項規定的前提均成立，而“有關犯罪可處以最高限度不超逾三年之徒刑，即使可併科罰金，又或有關犯罪僅可科罰金”，則檢察院得“向預審法官建議，透過對嫌犯施加強制命令及行為規則，暫時中止訴訟程序”。

這一制度，雖然並不代表一種將訴訟程序轉化為非訴訟程序的方式，也不是在原來的訴訟程序中插入調解的形式，但是，不得不加以強調的是，這表明立法者認為“較不嚴重”的犯罪可以不通過作出一個判決來解決。事實上，根據第264條第1款和第2款，訴訟程序最長得中止兩年，而如果嫌犯遵守強制命令及行為規則，有關卷宗將被歸檔。

如果想要暫時中止訴訟程序，應當遵守自願原則，如果沒有就此達成協議，特別是在未取得嫌犯和輔助人的同意時，不得適用該機制。另一方面，還需同時滿足嫌犯無前科、不能科處收容保安處分、罪過“屬輕微”、可預見遵守強制命令及行為規則係足以回應有關案件中所需之預防犯罪要求等前提條件[17]。

如果嘗試將該機制與刑事調解相聯繫，必須強調該制度中的某幾個方面。

一方面是前面已經提到的，嫌犯和輔助人必須是自願的。另一方面，要求可預見遵守強制命令及行為規則係足以回應有關案件中所需之預防犯罪要求，這既包括一般的預防，使社會恢復該行為發生前的穩定和安寧；也包括特別的預防，使嫌犯不會再實施犯罪行為[18]。

16 參見ANDRÉ LAMAS LEITE：《成年人刑事調解：正義的新“範式”？——對六月十二日第21/2007號法律的批判性分析》，Coimbra Editora出版，2008年；TERESA PIZARRO BELEZA及HELENA PEREIRA DE MELO：《葡萄牙的刑事調解》，Almedina出版，2012年；以及TERESA LANCRY A. S. ROBALO，前注《恢復性司法》，第193-207頁。

17 值得注意的是，目前所討論的澳門的有關規定，與《葡萄牙刑事訴訟法典》中的對應規定有所不同，我們無法忽視二者之間的區別。《葡萄牙刑事訴訟法典》第281條第1款的規定如下：
“一、如有關犯罪可處以最高限度不超逾三年之徒刑，即使可併科罰金，又或有關犯罪僅可科罰金，且下列各前提均成立者，則檢察院得向預審法官建議，透過對嫌犯施加強制命令及行為規則，暫時中止訴訟程序：
a）經嫌犯、輔助人、曾在提出檢舉時曾聲明欲成為輔助人且具有正當性成為輔助人之檢舉人以及未成為輔助人之被害人同意；
b）嫌犯無前科；
c）不能科處收容保安處分；
d）罪過屬輕微；及
e）可預見遵守強制命令及行為規則係足以回應有關案件中所需之預防犯罪要求。”
筆者並不讚同PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE對這一問題作出的全部評論，特別是其中關於考研將損失的全部補償作為罪過屬輕微的一個屬性指標的觀點，因為對罪過進行評判時應當基於行為實施時的狀態而非後來的狀態。儘管如此，我們會參考其分析，以進一步了解目前正在探討的每一個問題。

18 同樣的觀點，見PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE，前注《刑事訴訟法典評論》，第753頁。

除了上述方面仍值得一提的是，根據第263條第3款的規定，所施加之強制命令及行為規則均“不得屬要求嫌犯履行為不合理之義務”；可要求嫌犯對受害人作出損害賠償或給予受害人適當之精神上滿足等等。

事實上，這一制度是在刑事訴訟程序中對受害人（lesado）進行補償的其中一種重要的表現形式，是解決刑事爭端等等一種方式，在嫌犯和被害人均同意的情況下，不必然將案件提交審判階段。另一方面，立法者認為，如果將這一措施付諸實踐，意味著實施一項刑罰的固有目的也可以通過其他方式實現，比如我們目前正在探討的，在審判前對嫌犯施加強制命令及行為規則。這正是筆者提倡引入一項更為大膽的措施的一個重要的出發點，例如通過刑事調解，將訴訟程序非訟化，由公正的第三方來解決。

四、恢復性司法在澳門法律制度中的表現

在澳門的法律制度中，第2/2007號法律《違法青少年教育監管制度》中規定了“復和”這一機制。如前所述，該機制的基礎是家庭小組會議（family group conferences），根據該法第19條和第20條的規定，復和的目的是使青少年對其所實施的行為感到後悔、請求受害人諒解及作出特定行為，召開會議時行為人的父母須在場[19]。

除此之外，不得不提的是《家庭暴力防治法》法案第14條中的“調解會議”，該法案已於2015年1月獲立法會一般性通過[20*]。事實上，這與關於“復和”的規定類似，毫無疑問也是立法者創設的恢復性司法的又一措施。根據該法案第14條第1款，“在訴訟程序暫時中止期間，法官可應社會工作局、社會重返部門、嫌犯或輔助人的聲請召開調解會議；調解會議旨在協助行為人不再作出家庭暴力行為，使其認識其行為的不正確之處，以及使行為人能真心悔過，並取得被害人的原諒”。

事實上，這一機制旨在使行為人與受害人面對面交流，在法官這一公正第三方的幫助下，根據該條第4款的規定，“要求行為人向被害人道歉及作出被認為必需的行為”，從而使刑事爭端獲得解決。

該機制是調解與家庭小組會議（family group conferences）的結合，其與後者的相似之處在於可能參加會議的人員的組成[21]。儘管如此，筆者完全認同本法

19 關於這項措施的更詳盡的介紹，見TERESA LANCRY A. S. ROBALO，前注《恢復性司法》，第245-259頁。

20 關於這一問題更詳盡的介紹，參見筆者在本文集中的另一篇論文：《澳門刑事法律框架中的家庭暴力》。

* 協調員註解: 於2016年5月20日, 立法會通過了第2/2016號法律《預防及打擊家庭暴力法》, 於2016年6月6日刊登於公報, 法律自公佈後滿一百二十日起生效。該法律的最後文本與最初的法案有著顯著的不同。第五屆立法會任期的第一常設委員會第1/V/2016號意見書, 參見: http://www.al.gov.mo/proposta/vio-domestica/parecer_cn.pdf。有關 “調解會議”, 參見第2/2016號法律第29及30條。

21 根據第14條第3款的規定，法官不僅要主持調解會議，還要“召集被害人、行為人、受家庭暴力行為

案中的有關規定。在家庭暴力具有公罪性質的葡萄牙，立法者也作出了關於進行一次“修復性會議”的規定，見九月十六日第112/2009號法律第39條。

筆者一直致力於倡導通過調解解決家庭暴力案件，不論犯罪的性質為何[22]。考慮到感情關係，考慮到發生爭執的夫妻雙方可能還想繼續共同生活，考慮到家庭暴力未來的和潛在的受害者，通過調解來解決這些矛盾的優勢是十分重要的。

通過這種方式，受害人可以向行為人表達因後者的不良行為使前者需要承受的後果，以及對其生活所造成的影響，然後給這段遭遇畫上一個句號，生活繼續。另一方面，行為人可以意識到其行為的後果，將來也許就改變了其行為方式。

有必要思考的問題是，應當如何協調“調解會議”與刑法的功能，特別是當所處理的是屬“家庭暴力行為”範疇而且具有公罪性質的犯罪時。澳門的立法者與葡萄牙的立法者一樣（儘管後者規定在執行刑罰時也可適用此機制），在上述法案中規定，在訴訟程序暫時中止時可以適用本機制，而訴訟程序之暫時中止並不取決於犯罪的性質，只要有關犯罪可處以的徒刑的最高限度不超過五年即可適用本機制。

誠然，在偵查階段引入該機制很容易與訴訟程序之暫時中止的目的相吻合，但是，人們對應否在偵查之後的階段引入調解是有疑問的，例如，在審判階段，甚至在刑罰的執行過程中。

關於這些疑問，筆者準備從在後偵查階段引入調解機制在理論上的可接受性作出答復。這並不意味著，在審判階段法官將案件移交“調解會議”並在法庭牆外（extra murus）就案件作出最終判決；筆者探討的是，應當可以中止程序並舉行會議，各訴訟主體親自參加會議，以積極的特別預防犯罪為目的，每個人的人格尊嚴及其感受都被充分尊重，各訴訟主體可以從被尊重中獲益，特別是對於需要與行為人進行交流的受害人而言。調節結束後，案件繼續由法官審理，由法官並且只能由法官作出裁判[23]。

五、中國法律文化中的非訴訟糾紛解決方式

在中國文化中，根據儒家哲學，社會和諧是一項最為重要的價值，而“基於道德規則的理想社會，不希望其成員之間的糾紛訴諸法院解決”[24]。

影響的人，以及法官認為適當的其他人出席會議”。

22 TERESA LANCRY A. S. ROBALO，前注《恢復性司法》，第199-200頁；及前注《刑事調解和其他非訴訟解決刑事法律爭端的機制》，第316-317頁。

23 下面（infra）在建議在澳門建立刑事調解制度時，我們會再回到這一問題，屆時筆者會就應當在訴訟程序中的哪些階段引入調解機制發表意見。

24 TERESA LANCRY A. S. ROBALO，前注《刑事調解及刑法學說：同意或反對？》，第283頁；在此之間關於這一問題的介紹，見魏丹：《調解在中國：過去、現在和未來》，載於《衝突調解：實現正義的

正如Dário Moura Vicente所述，“中國文明深受一套名為儒家思想的思想體系的影響”，結果使中國的法律也打上了儒家思想的烙印[25]。根據儒學，應當避免衝突，尋求社會和諧。“為實現和諧，應當遵守禮，即一些不成文的禮儀和行為規範”，它們是在習慣中產生的。違法者不遵守禮，其家族會“丟面子”[26]。

因此，在糾紛解決方面，非訴訟手段是中國人的首選，法院退居替代性的地位。例如，根據民事訴訟的有關規定，只有在當事人拒絕和解或和解不成時，訴訟程序才在人民法院繼續進行。儘管如此，民事法庭在“作出判決前應當努力對當事人進行和解”[27]。

由此可以得出結論，在澳門法律制度中引入刑事調解將會體現出對中國文化和儒家哲學的尊重，不僅會為社會所接受，而且可以體現文化、哲學與法律的和諧共生關係。

六、刑事調解及其與刑事程序的協調

Jorge de Figueiredo Dias教授指出，刑法是保護刑事上的法益的最後一道防線。這意味著，刑法只能作為最後手段（ultima ratio）使用，用於保護只能通過刑法上的保護來保護的法益，這種保護只能通過一般性法律與基礎性法律之間的相互引用來實現[28]。

據此，毫無疑問的是，我們法律制度中最首要的價值要由刑法來保護。為了發揮其保護作用，刑法中規定可以適用一些限制基本權利的措施，例如，對財產權利或對自由作出限制的措施。

如果是這樣，既然是通過刑法來對刑事上的法益進行保護的，有人也許會說，每實施一個犯罪行為，就應當啟動一個刑事訴訟程序。但是，如果是半公罪或者私罪的情形，則只在有正當性提出告訴的人提出告訴時，才能啟動刑事訴訟程序。

因此，對於被立法者規定為半公罪或私罪的，各參與人可以尋求通過訴訟之外的方式解決，只要被害人不提出告訴，或者在已經提出後撤回告訴即可。或者，如果是涉及私罪的情形，不提出自訴，訴訟程序則不進行。

那麼，問題是，如何協調刑事調解與刑事訴訟程序？

基於這一前提，或者甚至基於葡萄牙的經驗——在第21/2007號法律開始生

新範式》，Editora Fórum出版，2009年。

25 DÁRIO MOURA VICENTE：《比較法》，第一冊，第二版（最新版），Almedina出版，2012年，第447頁。

26 DÁRIO MOURA VICENTE，前注，第447頁。

27 莫世健：《非司法爭端解決方式》，載於《中國法》，海牙/倫敦/波士頓，1999年，第757頁及以下；轉引自DÁRIO MOURA VICENTE，第447頁，第1425腳註。

28 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS：《刑法學——總論部分——第一卷》，第二版，Coimbra Editora出版，2007年，第114頁。

效之前，在波爾圖法學院犯罪學系的協助下，葡萄牙已有刑事調解的實踐[29]，對於有無可能將刑事調解納入澳門刑事訴訟法律框架內這一問題，筆者是回答是肯定的。

除了傳統意義上所述的刑事調解的優點外，筆者還想補充兩點，都是不能忽視的優點。一個是從實用的角度考慮，對於不大嚴重的情況，可以由程序主體在司法之外，事先自行解決。如達成協議，且如採納葡萄牙的辦法，將簽署協議的行為視為撤回告訴，結果是那些嚴重的（否則將不構成犯罪）、但是又沒有那麼嚴重的（這關係到犯罪的性質）案件也可以訴訟以外的方式解決，這將減輕我們的司法官的負擔，使他們只需處理公罪以及無法進行調解或調解無效的那些私罪或者半公罪，從而提升效率和速度。

另一方面，立法者不能忘記該法律規範適用的對象。中國文化和中國社會對非訴訟糾紛解決方式有所偏愛和接受，再者，引入刑事調解機制是可以與我們刑事訴訟程序的複雜性相調和的，這一點不應被忽視。

就制度而言，筆者建議澳門的立法者參考葡萄牙立法者找到的解決方案，但也不要忽視人們對葡萄牙有關規定的批評[30]。

筆者還認為，立法者應當允許刑事調解被應用於偵查階段以外的其他階段，包括審判階段，因為可能發生法官認為應當適用這一措施的情形，即使檢察院和各訴訟主體均沒有在偵查階段提出。規定在刑罰執行之前均可進行調解，所產生的益處絕不應當被忽略（很明顯，在這一階段簽署的協議已經不能產生與撤回告訴相同的法律後果，但是刑事調解機制自身的和固有的優點仍然發揮作用）。

最後，如果澳門的立法者同意在我們的法律制度中引入刑事調解，筆者的建議是，應當將其適用限於私罪和半公罪，這樣程序能在司法外獲得確定性的解決。

七、結論

現在是下結論的時候了。本文的主要觀點即是呼籲在澳門特別行政區的刑事法律制度中引入刑事調解機制。

刑事調解使各訴訟主體面對面，讓他們發出聲音，允許他們發洩感情，使他們可以說出自己的想法、傾聽對方並請求原諒；必須有一個公正的第三方參與，以確保調解的自願、保密、平等和各方的互相尊重。調解在中國社會中是十分重要的，問題是如何使調解與刑法、刑事訴訟法的基本原則和具體制度相協調。

29 關於這一問題更詳盡的介紹，見TERESA LANCRY A. S. ROBALO，前注《恢復性司法》，第193-196頁。

30 參見前面腳註16中引用的文獻。

澳門的立法者已經表現出了對這種解決方式的接受：在審判之前，對於由不大嚴重的犯罪引致的糾紛，如果量刑幅度不超出《澳門刑事訴訟法典》第263條第1款規定的限度，則可進行刑事調解。另一方面，在《違法青少年教育監管制度》中已經規定有“復和”措施，此外，立法者還在抵制家庭暴力的法案中規定有“調解會議”，而該法案已於2015年1月獲立法會一般性通過。以上兩種機制都建立在恢復這一基礎之上，其中後者表現為刑事調解和家庭小組會議（family group conferences）的結合。

因此，鑒於葡萄牙在刑事調解方面的經驗，筆者相信，引入刑事調解是完全可以接受的，甚至是非常理想的。對於審理私罪或半公罪的案件，在訴訟程序的任何階段，允許將訴訟程序轉成刑事調解程序，使刑事糾紛獲得確定性解決。

事實上，如果當事人願意，本來也可以在法院之外解決此類性質的犯罪，只要被害人不提出告訴、撤回已提出的告訴或者不提出自訴即可。但是，如果作出規定，由有資格的調解人有準備地處理爭端，並在法律制度中設置一項無論在文化方面還是人際方面都與居民更為親近的機制，獲益的將是我們的制度。

鑒於刑法的功能、犯罪的性質、訴訟程序的機能，為確保通過刑罰等等方式實現預防目的，同時考慮到國家最小幹預原則和盡量限制刑罰適用的原則，筆者認為，毫無疑問，在澳門法律制度中規定一項這樣的措施是可行的。

今年是《澳門刑法典》和《刑事訴訟法典》頒布二十年。時代在變化。為使訴訟主體——特別是受害人——可以在刑事訴訟程序中發揮更為積極的作用，已有不少國家在其法律體系中引入了解決刑事爭端的替代性機制。那麼，澳門的立法者也應當作出同樣的反應了嗎？

A MEDIAÇÃO NO PROCESSO PENAL DA RAEM

Teresa Lancry A. S. Robalo[1]

"An increasing number of crime victims are choosing to meet face-to-face with the persons who victimized them"[2]

SUMÁRIO

No presente texto, enquadrámos a mediação penal como uma das manifestações de Justiça Restaurativa, apresentando as suas características e principais aspectos regulados na Lei portuguesa n.º 21/2007 que veio prever a medida. Seguidamente, analisámos a suspensão provisória do processo penal, cujo regime se encontra nos artigos 263.º e 264.º do Código de Processo Penal de Macau, procurando os seus pontos de contacto com a mediação penal.

Tomámos em consideração a filosofia Confucionista de importância ímpar na cultura chinesa e a preferência pela mediação, conciliação ou arbitragem no seio do próprio ordenamento jurídico chinês.

Apontámos a "reconciliação com o ofendido" prevista no Regime Tutelar Educativo de Jovens Infractores como uma manifestação de Justiça Restaurativa no nosso ordenamento jurídico e demos um especial destaque à proposta "reunião de reconciliação" constante do artigo 14.º da proposta de lei sobre a "prevenção e correcção da violência doméstica", aprovada na generalidade pela Assembleia Legislativa em Janeiro de 2015.

Após apresentarmos o rol de vantagens associadas à mediação penal, concluímos pela sua introdução no nosso ordenamento jurídico de modo a possibilitar a resolução alternativa – e definitiva – de litígios penais para crimes que tenham natureza particular ou semi-pública.

1 Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais.

2 https://www.ncjrs.gov/ovc_archives/reports/96517-gdlines_victims-sens/guide4.html, acedido pela última vez a 27 de Setembro de 2015.

I. A MEDIAÇÃO PENAL ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Desde 2008, temos vindo a defender a introdução da mediação penal em Macau como meio alternativo de resolução de litígios penais[3] e reforçamos esta nossa convicção no presente texto. Comecemos, pois, por enquadrar esta figura numa *outra* forma de resolução de litígios penais: a Justiça Restaurativa.

A Justiça Restaurativa representa uma forma milenar de resolução de conflitos penais. Procura-se, como o próprio nome indica, restaurar os laços quebrados pelo crime sendo certo que, amiúde, existe uma relação de especial proximidade entre a vítima e o agente do crime (podendo ser vizinhos, colegas de trabalho ou mesmo cônjuges)[4]. Outras vezes, e pese embora os intervenientes não se conhecerem, o prejuízo material, físico ou moral que adveio da conduta criminosa para a vítima foi tal que esta se sente impelida a falar com o agente, expondo-lhe as consequências dos seus actos e fazendo-o sentir o desvalor da sua conduta e respectivas consequências.

De facto, com a Justiça Restaurativa a ampulheta vira-se do avesso de modo a que o crime passe a ser olhado com outros olhos[5]: o principal lesado deixa de ser o Estado mas sim a própria vítima que, como disséramos, precisa de "sair da penumbra" e passar a ter um papel de destaque aquando da resolução da questão penal.

Os principais modelos de resolução alternativa de litígios no cerne da Justiça Restaurativa são a *victim-offender mediation* – mediação penal –, os *family group conferences* e os *circle sentencing*.

Os *family group conferences* consistem em reuniões levadas a cabo extrajudicialmente e, em regra, quando o agente é menor, tendo especial aplicação prática na Austrália e Nova Zelândia[6]. Conforme já houvéramos referido, "o agente é presente juntamente com os seus familiares mais próximos como sejam os seus pais, a vítima e os apoiantes da vítima, entre outros, havendo a intermediação de um moderador"[7]. De facto, o principal intuito destas sessões consiste em que

3 Teresa Lancry A. S. Robalo, "Mediação penal e dogmática jurídico-penal: concordância ou dissonância?", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, ano XIII, número 26, 2008, p. 291, Teresa Lancry A. S. Robalo, *Justiça Restaurativa. Um caminho para a humanização do Direito*, Editora Juruá, 2012, pp. 208-209 e Teresa Lancry A. S. Robalo, "Mediação penal e outros meios extrajudiciais de resolução de litígios jurídico-penais", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, ano XVII, número 33, 2013, pp. 318-319.

4 Teresa Lancry A. S. Robalo, *Justiça Restaurativa, cit.*, pp. 19-39.

5 Howard Zher, *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*, S.P.W.O. (1990), 3.ª edição, Herald Press, 2005.

6 Para mais desenvolvimentos, *vide* o nosso *Justiça Restaurativa cit.*, pp. 74-76.

7 Teresa Lancry A. S. Robalo, "Mediação penal e outros meios extrajudiciais…" *cit*., p. 313.

o jovem, tendo ainda a sua personalidade em formação, possa entender o real alcance da sua conduta, o mal provocado à vítima e a vergonha que os seus actos causaram aos seus próprios pais. Sentindo-se arrependido, poderá apresentar um sério pedido de desculpas à vítima, aumentando a probabilidade de vir a alterar o seu comportamento no futuro.

De facto, e olhando agora para o nosso ordenamento jurídico, encontramos uma figura baseada neste modelo no Regime Tutelar Educativo de Jovens Infractores, cujos artigos 19.º e 20.º prevêem a especial medida de "reconciliação com o ofendido" e cujo intuito final consiste em "apoiar o jovem" a não voltar a cometer factos idênticos[8].

Por outro lado, os *circle sentencing* consistem numa prática levada a cabo sobretudo no Canadá pelas tribos aborígenes[9]. De acordo com Kenneth Menzel, "os *circle sentencing* consistem numa aproximação holística à justiça penal, permitindo que as vítimas e os agentes interajam e se curem num local neutro e dá à comunidade a última palavra na condenação do agente"[10]. Este é presente à sua comunidade, que se reúne em círculo. Há um objecto que vai circulando de mão em mão – a *talking stone* – permitindo assim que os presentes possam dizer tudo o que lhes aprouver quanto ao crime cometido. O objectivo principal destas sessões consiste em que o agente sinta vergonha pelos actos praticados e peça perdão[11]. Considera-se que esta reunião é em si mesma uma sanção para o agente, independentemente do que o juiz venha a decidir.

A mediação penal, enquanto meio alternativo de resolução de litígios penais, é caracterizada por reunir o agente, a vítima e um terceiro imparcial, o mediador. O n.º 1 do artigo 4.º da Lei portuguesa n.º 21/2007, de 12 de Junho, define a mediação penal como sendo um "processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o agente e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social". De facto, o objectivo principal da mediação penal reside na tentativa das partes chegarem a um acordo sobre a resolução da questão penal que lhe subjaz. Para tanto, é fundamental que as mesmas expressem a sua concordância em participar numa tal reunião, pois caso contrário nunca

8 Para mais desenvolvimentos *vide* o nosso *Justiça Restaurativa cit.*, pp. 238 e ss.

9 Para mais desenvolvimentos, *vide* o nosso *Justiça Restaurativa cit.*, pp. 68-74.

10 Kenneth Menzel, *Circle Sentencing as a Shame Sanction*, 2005. Disponível em http://www.restorativejustice.org/10fulltext/menzel, acedido pela última vez a 26 de Setembro de 2015.

11 Ideia que automaticamente nos remete para John Braithwaite, um dos principais nomes em sede se Justiça Restaurativa, com o seu *Reintegrative Shaming* – a vergonha que ajuda a mudar de comportamento para o futuro e assim, acrescentaríamos nós em sede do nosso ordenamento jurídico, alcançar de modo muito mais eficaz a finalidade de prevenção especial positiva almejada pelo nosso legislador em sede de fins e determinação da medida da pena, artigos 40.º, n.º 1 e 65.º, n.º 1 do Código Penal.

poderia a mesma produzir efeitos positivos.

Em qualquer uma das três manifestações de Justiça Restaurativa *supra* expostas há uma filosofia que assenta na procura de maior harmonia entre as partes desavindas com vista à prevenção da prática de crimes pelo mesmo agente por via do seu arrependimento, o qual derivará do seu confronto com as consequências dos actos praticados. Por outro lado, a vítima passa a assumir uma posição de primazia, reconhecendo-se que foi a principal lesada com a prática do crime e que precisa de "fazer o seu luto" pelos actos sofridos e respectivas consequências[12].

II. A MEDIAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

A mediação penal foi formalmente criada em Portugal pela Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho[13/14], e, em 2013, veio o legislador português prever um regime geral de mediação de conflitos ao qual devem submeter-se todas as mediações ocorridas em Portugal. De acordo com o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, visando qualquer modalidade de mediação, esta é definida como sendo "a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos", o qual é definido no número seguinte como sendo um terceiro imparcial e independente, sem quaisquer poderes de imposição sobre os mediados e cujo objectivo consiste em "auxiliá-los" a alcançar um acordo final com vista à resolução do litígio. No mesmo sentido, e no que concretamente diz respeito à mediação penal, vai o *supra* mencionado artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007.

Em concreto, deve a mediação em geral e a mediação penal em particular respeitar os princípios da voluntariedade, confidencialidade, igualdade, imparcialidade, independência, competência e responsabilidade do mediador de conflitos, bem como de executoriedade, nos

12 Maria Leonor Esteves Assunção, "A participação central-construtiva da vítima no processo restaurativo – uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual?", *in Que futuro para o direito processual penal?, Simpósio de homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, pp. 333 e ss.

13 Para mais desenvolvimentos sobre o modelo português e a sua génese, vide o nosso *Justiça Restaurativa cit.*, pp. 193-207, bem como "Mediação penal e outros meios extrajudiciais…" *cit.*, pp. 313-318.

14 A mediação penal consta do catálogo de meios alternativos de resolução de litígios previsto no portal Citius e, bem assim e de modo desenvolvido, do sítio online do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios. Para tanto, *vide* http://www.citius.mj.pt/Portal/Artigos.aspx?CategoryId=13&EmulatedPage=MediacaoPenal e http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-ix-leis-sobre/arbitragem-e-exercicio/mediacao-penal, ambos consultados pela última vez a 27 de Setembro de 2015.

termos dos artigos 3.º a 9.º da Lei n.º 29/2013.

No que diz respeito à Lei n.º 21/2007, e com vista a salientar os seus aspectos mais relevantes, será de referir que o legislador português previu a possibilidade de diversão do processo apenas quando o mesmo se encontrar em fase de inquérito, podendo o Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento das partes, remetê-lo para mediação caso entenda que, desse modo, poderão ser respeitadas "as exigências de prevenção que ao caso se façam sentir", nos termos do n.º 1 do artigo 3.º. O mediador procurará obter o consentimento livre e esclarecido do arguido e do ofendido nesse sentido e, em caso afirmativo, estes assinam um termo de consentimento, sendo iniciado o processo de mediação; caso contrário, e baseando-se o processo de mediação no *supra* mencionado princípio da voluntariedade, o caso regressa às mãos do Ministério Público e o processo penal deve prosseguir, tudo de acordo com os n.os 5, 6 e 7 do mesmo artigo.

Se o processo de mediação concluir num acordo entre as partes, cujo conteúdo é livremente fixado pelos sujeitos processuais mas onde não podem incluir-se medidas privativas da liberdade nem deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento deva prolongar-se por mais de seis meses, a sua assinatura "equivale a desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido, podendo o ofendido, caso o acordo não seja cumprido no prazo fixado, renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito", nos termos dos artigos 5.º, n.os 3 e 4, e 6.º, n.os 1 e 2. Pelo contrário, se do processo de mediação não surgir qualquer acordo entre as partes, o processo é remetido ao Ministério Público e o que tiver ocorrido deve ser mantido em sigilo (artigo 5.º, n.os 1 e 2, e 4.º, n.º 5). Refira-se ainda que enquanto a mediação estiver a decorrer, o processo penal encontrar-se-á suspenso nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 21/2007.

Todavia, a Lei prevê limites ao recurso à mediação penal. Desde logo, como referimos, apenas pode ser posta em prática quando estivermos na fase de inquérito e não em momento posterior. Por outro lado, o processo não pode ser divertido para este meio caso se trate de um crime de natureza pública ou, genericamente, de um crime de natureza semi-pública ou particular cuja moldura penal seja superior a cinco anos. Por outro lado, e tratando-se de crime de natureza semi-pública, apenas poderá haver mediação se se tratar de crime contra as pessoas ou contra o património. É igualmente vedado o recurso à mediação caso se trate de um crime contra a liberdade ou autodeterminação sexuais, de um crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência, se o ofendido for menor de 16 anos ou se for aplicável processo sumário ou sumaríssimo, nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 21/2007.

Se bem que seja de louvar a introdução da mediação penal no ordenamento jurídico português, são várias as críticas que apontamos a este preceito e às soluções encontradas pelo legislador.

Como já tivemos ocasião de referir[15], somos da opinião que o legislador de Macau deve de facto olhar para a experiência estrangeira em termos legislativos, respectivas críticas doutrinárias[16] e colocação em prática, aquando da eventual da previsão de uma figura de mediação penal no Território, mas não pode simplesmente adoptar o regime *qua tale* quando muito mais pode ser feito.

III. A FIGURA DA SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO

O legislador prevê a possibilidade de suspensão provisória do processo penal, em fase de inquérito, se "o crime for punível com pena de prisão de limite máximo não superior a 3 anos, ainda que com pena de multa, ou só com pena de multa", podendo o Ministério Público "propor ao juiz de instrução a suspensão provisória do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta", caso se verifiquem os pressupostos constantes das diversas alíneas do n.º 1 do artigo 263.º do Código de Processo Penal.

Esta figura, se bem que não represente nem uma forma de diversão do processo para instâncias extrajudiciais, nem uma forma de mediação inserida no próprio processo penal, não pode deixar de ser salientada por demonstrar o ensejo por parte do legislador que os crimes considerados "menos graves" possam ser resolvidos sem a necessidade de prolação de uma sentença. Na verdade, e nos termos dos n.os 1 e 2 do artigo 264.º, a suspensão do processo pode ir até dois anos e, caso o arguido cumpra as injunções e regras de conduta que lhe sejam impostas, o processo será arquivado.

Para que possa suspender-se provisoriamente o processo deve ser respeitado o princípio da voluntariedade, não podendo aplicar-se caso não haja concordância nomeadamente do arguido e do assistente. Por outro lado, e estando nós perante requisitos cumulativos, o arguido não pode ter antecedentes criminais, não deve haver lugar a medida de segurança de internamento, a culpa deve ter um "carácter diminuto" e seja de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir[17].

15 Teresa Lancry A. S. Robalo, "Mediação penal e outros meios extrajudiciais…"*cit.*, p. 316.

16 Atente-se, entre outros, a André Lamas Leite, *A mediação penal de adultos. Um novo "paradigma" de justiça? Análise crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora, 2008, Teresa Pizarro Beleza e Helena Pereira de Melo, *A mediação penal em Portugal*, Almedina, 2012 ou ainda Teresa Lancry A. S. Robalo, *Justiça Restaurativa cit.*, pp. 193-207.

17 Note-se que entre o dispositivo macaense em análise e o equivalente no Código de Processo Penal Português existem diferenças que não podem ser ignoradas. Assim, no n.º 1 do artigo 281.º deste

São alguns os aspectos que se nos afiguram de salientar quando pretendemos uma aproximação desta figura à mediação penal.

Por um lado, a já *supra* mencionada voluntariedade da participação do arguido e do assistente. Por outro, a sujeição da sua colocação em prática à constatação de que a aplicação das injunções e regras de conduta que venham a ser aplicadas ao arguido respeitam as exigências de prevenção que ao caso se façam sentir, o que vai desde a prevenção geral positiva que acarrete estabilização e pacificação social face ao facto praticado até à prevenção especial positiva que possibilite sobretudo que o arguido não volte a cometer crimes[18].

Para além destes aspectos, há que referir que as injunções e regras de conduta não podem representar para o agente "obrigações cujo cumprimento não lhe seja razoável exigir", nos termos do n.º 3 do artigo 263.º e que as mesmas podem, entre outros, acarretar o pagamento de uma indemnização ou concessão de satisfação moral adequada ao lesado.

De facto, esta figura, a par de tantas outras demonstrações da importância da reparação do lesado em sede de processo penal, possibilita uma forma de resolução do litígio penal, havendo concordância do arguido e do ofendido nesse sentido, não exigindo a submissão do caso à fase de julgamento. Por outro lado, o legislador entendeu que se esta medida for colocada em prática, tal significará que as finalidades imanentes à aplicação de uma pena podem igualmente ser encontradas por outra via, no caso, através da imposição de injunções e regras de conduta

diploma prevê-se que:

"1. Se o crime for punível com pena de prisão de limite máximo não superior a 3 anos, ainda que com pena de multa, ou só com pena de multa, pode o Ministério Público propor ao juiz de instrução a suspensão provisória do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os seguintes pressupostos:

a) Concordância do arguido, do assistente, do denunciante que tenha declarado na denúncia que desejava constituir-se assistente e para tal tenha legitimidade e do ofendido não constituído assistente;

b) Ausência de antecedentes criminais do arguido;

c) Não haver lugar a medida de segurança de internamento;

d) Carácter diminuto da culpa; e

e) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir".

Se bem que não concordemos com a totalidade do comentário feito a este preceito por Paulo Pinto de Albuquerque, nomeadamente com a afirmação de que a reparação integral dos danos possa ser um indício do carácter não elevado da culpa, pois que o juízo de censura que define a culpa localiza-se temporalmente aquando da prática do facto e não em momento posterior, remetemos para a sua análise para efeitos de maiores desenvolvimentos sobre cada um dos tópicos em análise, *in Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2009, pp. 732-739.

18 No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal cit.*, p. 753.

em momento anterior ao do julgamento. O que é um bom ponto de partida para advogarmos a introdução de uma medida mais ousada, pois que acarreta a desjudiciarização do processo para as mãos de terceiros imparciais, como seja a mediação penal.

IV. MANIFESTAÇÕES DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO SISTEMA JURÍDICO MACAENSE

No ordenamento jurídico-penal de Macau, encontramos a figura da "reconciliação com o ofendido" na Lei n.º 2/2007 que estabelece o Regime Tutelar Educativo de Jovens Infractores. Como referimos *supra*, esta figura baseia-se nos *family group conferences*, visando que o jovem se arrependa dos actos cometidos, peça perdão à vítima e acarrete determinadas condutas, tudo na presença dos seus próprios pais, nos termos dos artigos 19.º e 20.º daquela Lei[19].

Para além desta, não podemos deixar de salientar a previsão da "reunião de reconciliação" no artigo 14.º da proposta de "Lei da prevenção e correcção da violência doméstica", aprovada na generalidade pela Assembleia Legislativa em Janeiro de 2015[20*]. De facto, e na mesma linha do previsto para a "reconciliação com o ofendido", o legislador veio criar outra medida indubitavelmente assente na Justiça Restaurativa. De acordo com o proposto n.º 1 do artigo 14.º, "durante a suspensão provisória do processo, o juiz pode convocar, a requerimento do IAS, dos serviços de reinserção social, do arguido ou do assistente, a reunião de reconciliação, que se destina a apoiar o agente a não repetir a prática de actos de violência doméstica, fazendo-lhe sentir o desvalor da sua conduta, e proporcionar o arrependimento sincero deste e o perdão pelo ofendido".

De facto, esta figura visa recolocar frente a frente o agente e a vítima e, com a ajuda de um terceiro imparcial, o juiz, potenciar a resolução do litígio penal sobretudo visando "que o agente apresente desculpas ao ofendido e pratique actos considerados necessários", de acordo com o n.º 4 daquele artigo.

Se bem que a figura se apresente como um misto de mediação e de *family group conferences*,

19 Para mais desenvolvimentos sobre esta medida *vide* Teresa Lancry Robalo, *Justiça Restaurativa cit.*, pp. 245-259.

20 Com mais desenvolvimentos no nosso "A violência doméstica no enquadramento jurídico-penal de Macau", igualmente publicado na presente obra.

* **Nota dos Coordenadores**: Em 20 de Maio de 2016, a Assembleia Legislativa aprovou a Lei n.º 2/2016 — Lei de prevenção e combate à violência doméstica, a qual foi publicada em Boletim Oficial em 6 de Junho de 2016, determinando-se a respectiva entrada em vigor 120 dias após a sua publicação. O texto final da Lei apresenta diferenças significativas face ao texto inicial da proposta de lei. *Cfr*. Parecer n.º 1/V/2016 da 1.ª Comissão Permanente da V Legislatura da Assembleia Legislativa, disponível em http://www.al.gov.mo/lei/leis/2016/2016-02/parecer.pdf. Sobre a "reunião de conciliação", *vide* os artigos 29.º e 30.º da Lei n.º 2/2016.

atento o leque de potenciais intervenientes numa tal reunião[21], estamos plenamente de acordo com a sua previsão na presente proposta de lei. O legislador português, onde o crime de violência doméstica assume natureza pública, previu igualmente a realização de um "encontro restaurativo" no artigo 39.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.

Da nossa parte, temos vindo a defender o recurso à mediação penal em casos de violência doméstica, independentemente da natureza do crime[22], pois que as vantagens que podem ser colhidas são de suma importância quando pensamos em relacionamentos afectivos e em casais desavindos que ainda pretendam prosseguir a sua vida em comum, bem como em futuras e potencias vítimas de violência doméstica.

Neste sentido, a vítima pode exprimir ao agente o mal que os actos sofridos lhe causaram, as consequências que tiveram na sua vida e prosseguir em frente colocando um ponto final nesse episódio marcante. Por outro lado, o agente poderá entender o efectivo alcance dos seus actos e, quiçá, mudar de comportamento daí em diante.

Pergunta-se, com pertinência, como poderá conciliar-se a "reunião de reconciliação" com a função exercida pelo Direito Penal, nomeadamente quando estejamos perante crimes que se enquadrem no conceito de "actos de violência doméstica" e que tenham natureza pública. O legislador de Macau, tal como o português (pese embora este último tenha igualmente previsto o recurso à figura aquando do cumprimento da pena), previu na mencionada proposta de lei que se possa lançar mão desta figura aquando da suspensão provisória do processo, a qual não dependerá da natureza do crime mas apenas, para este efeito específico, de ao crime em apreço não poder ser abstractamente aplicável uma pena de prisão de limite máximo superior a cinco anos.

Sendo certo que a introdução desta figura em fase de inquérito será facilmente articulável com o instituto da suspensão provisória do processo, poderão levantar-se dúvidas no sentido da sua admissão em fase posterior, por exemplo, na de julgamento ou ainda aquando da execução da pena.

A essas dúvidas, respondemos no sentido da aceitação teórica da introdução de uma tal figura em fases posteriores à do inquérito. Não quer isto dizer que, caso o juiz entendesse remeter o caso para esta "reunião de reconciliação" aquando do julgamento, fosse o mesmo definitivamente julgado *extra murus*; mas apenas que o processo poderia suspender-se para efeitos de realização de uma tal reunião onde, pessoalmente e também com vista a uma finalidade de prevenção especial positiva, os sujeitos processuais pudessem ir beber das vantagens de serem tratados com integral respeito pela sua humanidade e respectivos sentimentos – nomeadamente a vítima que necessite

21 De acordo com o n.º 3 do artigo 14.º, o juiz não só preside a reunião de reconciliação, como igualmente convoca "o ofendido, o agente, as pessoas que sejam afectadas pelos actos de violência doméstica e outras pessoas cuja presença o juiz considere conveniente, para assistir à reunião".

22 Teresa Lancry A. S. Robalo, *Justiça Restaurativa cit.*, pp. 199-200 e "Mediação penal e outros meios extrajudiciais…" *cit.*, pp. 316-317.

falar para e com o agente. Depois de concluída, o processo regressaria às mãos do juiz para que, este sim e apenas este, decidisse[23].

V. MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NA CULTURA JURÍDICA CHINESA

Na cultura chinesa, e de acordo com a filosofia confucionista, o consenso social é um valor de grande importância e "a sociedade ideal assenta sobre regras morais, sendo de desejar o não recurso aos tribunais para a resolução de desavenças entre os seus membros"[24].

Segundo Dário Moura Vicente, "a civilização chinesa foi profundamente marcada pelo sistema de pensamento a que se chama Confucionismo", o qual acabou por marcar o próprio Direito chinês[25]. De acordo com o Confucionismo, há que evitar conflitos e procurar a harmonia social. "Esta deve resultar do *Li*, isto é, dos ritos e das regras de conduta não escritas" que resultam dos usos. O seu incumprimento resulta na "perda de face" do infractor e da sua família[26].

Por conseguinte, em termos de resolução de litígios, os meios extrajudiciais são os preferidos na China, sendo os tribunais relegados para um plano subsidiário. Por exemplo, e no que diz respeito ao processo civil, só se a conciliação for recusada pelas partes ou falhar é que o processo prosseguirá num tribunal popular. Aliás, os próprios tribunais cíveis "devem tentar a conciliação das partes antes de proferirem qualquer sentença" [27].

Daqui resulta que a introdução da mediação penal no ordenamento jurídico macaense será não só aceite pela comunidade, como demonstrará um respeito pela cultura e filosofia confucionistas – e uma perfeita simbiose entre estas e o Direito.

23 Voltaremos a esta questão *infra*, aquando da proposta de um regime de mediação penal para Macau, onde acrescentaremos a nossa visão sobre o momento processual em que a mesma possa vir a ser incluída.

24 Teresa Lancry A. S. Robalo, "Mediação penal e dogmática jurídico penal…" ***cit.***, p. 283, no seguimento da exposição de Wei Dan, "Mediação na China: passado, presente e futuro" *in Mediação de Conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça*, Editora Fórum, 2009.

25 Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, volume I, 2.ª edição revista e actualizada, Almedina, 2012, p. 447.

26 Dário Moura Vicente, ***cit.***, p. 447.

27 John Shijian Mo, "Non-judicial means of dispute settlement", *in Chinese Law*, Haia/Londres/Boston, 1999, pp. 757 e ss., *apud* Dário Moura Vicente, *op. cit.*, p. 447, nota de rodapé n.º 1425.

VI. MEDIAÇÃO PENAL E RESPECTIVA CONGRUÊNCIA COM O PROCESSO PENAL

Conforme ensina o Professor Jorge de Figueiredo Dias, o Direito Penal exerce uma função de tutela subsidiária de bens jurídico-penais. Tal significa que o Direito Penal apenas deve intervir em *ultima ratio* com vista a tutelar os bens jurídicos dignos de tutela penal, tutela essa que só é alcançável através de uma relação de mútua referência entre a lei ordinária e a Lei Fundamental[28].

Dito isto, dúvidas não existem de que cabe ao Direito Penal a tutela dos valores primaciais do nosso ordenamento jurídico. Ao ocupar-se da sua tutela, o Direito Penal possibilita a aplicação de medidas que envolvem a limitação de direitos fundamentais como o património ou a liberdade.

Se assim é, se cabe ao Direito Penal proteger os bens jurídicos dotados de dignidade penal, seríamos tentados a dizer que de cada vez que fosse praticado um crime deveria, necessariamente, ser iniciado um processo penal. Todavia, quando estamos perante crimes de natureza semi-pública e particular apenas poderá iniciar-se o concomitante processo penal se quem tiver legitimidade para tal deduzir queixa.

Por conseguinte, já nos crimes relativamente aos quais tenha o legislador entendido atribuir natureza particular ou semi-pública, poderão os respectivos intervenientes procurar a sua resolução extrajudicial bastando que o ofendido não apresente queixa ou que, tendo-a apresentado, desista dela. Ou ainda que, tratando-se de crime particular, não prossiga com o processo ao não apresentar acusação particular.

Pergunta-se, assim, como conciliar a mediação penal com o processo penal.

Com base neste pressuposto ou ainda na experiência portuguesa onde, antes da entrada em vigor da Lei n.º 21/2007, a mediação penal já era posta em prática com o auxílio da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto[29], pergunta-se se é possível enquadrar a mediação penal no seio do ordenamento processual penal macaense, ao que respondemos afirmativamente.

Às vantagens tradicionalmente apontadas à mediação penal, somam-se duas outras que não podem ser escamoteadas. Uma de cariz prático, que se prende com a constatação de que a diversão dos casos menos graves, que de antemão poderiam ter sido resolvidos pelos próprios sujeitos processuais, fará com que saiam da esfera jurisdicional. Havendo acordo e se transpusermos a solução portuguesa de que a sua assinatura equivale a desistência de queixa, a consequência é a de que esses casos graves (pois se não o fossem não seriam crimes) mas não

28 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 114.

29 Para mais desenvolvimentos *vide* Teresa Lancry A. S. Robalo, *Justiça Restaurativa cit.*, pp. 193-196.

tão graves (graças à sua natureza) possam ser resolvidos extrajudicialmente, pelo que os nossos magistrados ficariam libertos para o julgamento de condutas que consubstanciassem crimes de natureza pública ou crimes de natureza particular ou semi-pública onde a mediação não tivesse sido posta em prática ou não tivesse surtido efeito, ganhando-se assim em termos de eficácia e celeridade.

Por outro lado, o legislador não pode olvidar o destinatário da norma. Havendo uma preferência para, culturalmente e no seio da sociedade chinesa, serem aceites soluções extrajudiciais para a resolução dos seus litígios, e sendo possível compatibilizar a introdução da figura da mediação penal com os meandros do nosso processo penal, não vemos por que motivo aquela deva ser ignorada.

Em termos de regime, propomos que o legislador de Macau leve em consideração as soluções encontradas pelo legislador português mas que não ignore as críticas que lhe têm sido tecidas[30].

Entendemos ainda que o legislador deve possibilitar o recurso à mediação penal não apenas em fase de inquérito, mas também de julgamento, pois pode dar-se o caso de o juiz considerar pertinente o recurso a esta medida, mesmo que nem o Ministério Público, nem os sujeitos processuais o tenham entendido na fase de inquérito. Tudo sem que devam ser ignorados os benefícios que podem ser colhidos da previsão desta figura para a fase de execução da pena (obviamente que já não para que daí decorra um acordo com efeitos de desistência de queixa, mas no sentido de ainda poderem ser aproveitadas as vantagens próprias e inerentes à mediação penal).

Por último, se o legislador macaense entender ser de introduzir a mediação penal no nosso ordenamento jurídico, consideramos que o deve fazer apenas para crimes de natureza particular ou semi-pública, de modo a que aí o processo possa ser definitivamente resolvido extrajudicialmente.

VII. CONCLUSÃO

É, pois, chegada a hora de concluir, levando em consideração os tópicos principais a favor da introdução mediação penal no ordenamento jurídico-penal da Região Administrativa Especial de Macau.

Atendendo a que a mediação penal coloca os sujeitos processuais em primeira linha, dando-lhes uma voz e permitindo-lhes assim extravasar os seus sentimentos, dizendo o que lhes

30 Atente-se à doutrina citada *supra* na nota de rodapé n.º 16.

aprouver, ouvindo e pedindo perdão, tudo com a fundamental intermediação de um terceiro imparcial, garantidas que estejam a voluntariedade da sua participação, confidencialidade, igualdade e respeito mútuos, ao que acresce a importância da mediação no seio da sociedade chinesa, é de perguntar se a mesma se compatibiliza com os princípios e meandros do Direito e Processo Penais.

O nosso legislador já demonstrou a sua simpatia pela resolução, em momento anterior ao do julgamento, de litígios provindos de crimes considerados menos graves, atento o limite previsto no n.º 1 do artigo 263.º do nosso Código de Processo Penal. Por outro lado, encontramos já no Regime Tutear Educativo de Jovens Infractores a medida de "reconciliação com o ofendido", sendo ainda certo que o legislador veio prever a figura da "reunião de reconciliação" na proposta de lei contra a violência doméstica, aprovada na generalidade pela Assembleia Legislativa em Janeiro de 2015, estando ambas as figuras assentes na filosofia restaurativa e apresentando-se esta última como um misto de mediação penal e de *family group conferences*.

Deste modo, e atenta a experiência portuguesa em sede de mediação penal, consideramos ser perfeitamente admissível, senão mesmo desejável, a introdução da possibilidade genérica de diversão do processo penal para a mediação penal, em qualquer fase do processo, possibilitando-se a resolução definitiva de litígios penais quando estejam em causa crimes de natureza particular ou semi-pública.

De facto, as partes já poderão, se assim entenderem, resolver a questão penal fora do Tribunal quando se trate de crimes dessa natureza, bastando que o ofendido não deduza queixa ou desista dela ou ainda que não apresente acusação particular, consoante os casos. Todavia, ganharia o nosso sistema, em termos de regulamentação da matéria, se houvesse sujeição do caso a mediador certificado com preparação para lidar com o assunto e de apetrechamento do sistema com uma figura mais próxima do cidadão quer em termos culturais, quer pessoais.

Respeitando-se a função exercida pelo Direito Penal, a natureza dos crimes, a iniciativa processual e assegurando-se o alcance de finalidades preventivas, tal como aquando da aplicação de uma pena, tendo ainda em mente os princípios da mínima intervenção do Estado e da máxima restrição das penas, somos da opinião que dúvidas não existem quanto às virtualidades da previsão de uma tal medida no nosso ordenamento jurídico.

Comemoram-se os XX anos do Código Penal e do Código de Processo Penal de Macau. Os tempos avançaram. E, na busca de novas-velhas soluções que permitam aos sujeitos processuais deter um papel mais activo do que aquele que lhes é actualmente reservado no âmbito do processo penal, nomeadamente no que concerne à vítima, vários ordenamentos jurídicos têm vindo a introduzir meios alternativos de resolução de litígios penais. Será, pois, chegada a hora de o legislador de Macau fazer o mesmo?

為澳門刑事訴訟引入新機制
刑事調解

鄭嘉瑤[1]

基於人類社會本身之發展和需要保護新出現的法益，也必然地導致司法機關的工作面臨對其不斷增加之相對性，在不影響司法權的情況下引入新機制作為保護法益及解決爭議的補充手段乃嶄新情勢且為大勢所趨。

前言

訴諸司法機關乃系一基本權利。根據《澳門特別行政區基本法》第36條規定：澳門居民有權訴諸法律，向法院提起訴訟，得到律師的幫助以保護自己的合法權益，以及獲得司法補救。(…)

然而，當發生爭議使合法權益受到侵犯時，救濟的方法除了訴訟此一公力救濟外，尤其在澳門，應有限度地及擴大容許私力救濟的機制，以減低司法機關長年積壓的工作並回應司法民主化的呼聲。

爭議之選擇性解決方法

由此應運而生的訴訟外糾紛解決方法 - 爭議之選擇性解決方法，葡語為Resolução Alternativa de Lítigio RAL；英語為Alternative Dispute Resolution ADR[2]，

1 澳門律師公會實習律師，澳門世界貿易中心仲裁中心認可調解員，法學學士，澳門刑事法研究會會員。

2 Dulce Lopes及Afonso Patrão著《Lei da Mediação Comentada》，Almedina 2014年版；但據Cândida da Silva Antunes Pires 及 Álvaro António Mangas Abreu Dantas著 2012年版《澳門仲裁公正 – 內部自願仲裁》，葉迅生譯，法律及司法培訓中心2012年版，第10頁註腳指出，對其表現內容並無統一見解。

對於爭議之選擇性解決方法理論上的論述主要有兩方面的看法：一個是從跨文化的觀點出發，指出法律本身與效率或者和諧的理念並不相容，因此必須要發展另外一套制度以解決糾紛，這方面的論述在美國甚至有所謂“反法律運動”，由許多實務工作者以及專家組成；另外一種觀點指出爭議之選擇性解決方法是正式法律系統的擴張，提供人們不滿與糾紛主張與辯論的場域。[3]而筆者的立場更傾向於爭議之選擇性解決方法是正式法律系統的擴張，是因為，爭議之選擇性解決方法在某程度上是可以為司法機關分流及處理案件的。

澳洲的國家另類解決爭議諮詢委員會指出，爭議之選擇性解決方法採用各方均認為公平的程序去解決爭議，達成持久性和可以接受的結果，並有效地運用資源。

引入調解作為訴訟外消除或爭議解決機制

調解(Mediation)[4]亦是爭議之選擇性解決方法之一，是指當雙方當事人之間發生爭議時，雙方在自由及自願的情況下選擇在中立第三方協助參與並為著試圖和平地解決爭議、從而達致和解的活動。[5]

故此，調解並沒有行使司法權，其只是一種解決爭議的方法。

調解現時為世界多個地區的一個重要的訴訟外消除或爭議解決機制，與澳門並稱兩岸四地的中國[6]及香港[7]在早前就此相繼立法，及台灣社會亦有一直將之推行；而葡萄牙亦已就此訂立了一系列的法律。

從法淵源的角度出發，參考葡萄牙的制度，該國就調解的類別分別立法，按照4月19日第29/2013號法律 – 《調解法》，其訂立調解的一般原則、有關民事與商事的調解、調解員的資格及公共的調解，在第10條亦有及，民事、勞動及刑事等非屬民事與商事範圍的不受該法規範；而本文的主旨 – 刑事調解，是規範於6月12日第20/2007號法律。

3 棚瀨孝雄著《糾紛的解決與審判制度》，王亞新譯，中國政法大學出版社1994年版。

4 根據澳門特別行政區法務局出版及發行的《漢葡葡漢法律詞彙》第234頁，調解的葡語為“Arbitragem、Arbitrar、Conciliação、Reconciliação”。但現行葡萄牙的相關法律所採用的為“Mediação”且能與英語“Mediation”相對應。因此，筆者認為倘若本澳將來就相關範疇立法，建議在葡語文本中採用“Mediação”較為恰當。

5 本定義為參閱了以下資料而總結：
趙琳琳著《澳門司法制度新論》(A New Study on Macau Judicial System)，澳門基金會以及社會科學文獻出版社2015年版，第333頁；
邱庭彪著《澳門調解制度》，載於網頁http://adat.org.mo/scienceinfo-87.html；
澳門世界貿易中心仲裁中心2013年度舉辦的調解課程的講義；
葡萄牙共和國4月19日第29/2013號法律第2條a)項；

6 現行的《中國人民共和國人民調解法》(2010年)。

7 現行的《實務指示31 – 調解：一般指引》(2010年)。

引入刑事調解是對刑事法律系統的功能之擴張

刑事調解是一種旨在解決由刑事不法行為所引發的爭議之替代手段。在刑事訴訟程序中，透過擁有專業資格的刑事調解員的協助，以促進嫌犯與被害人之間達成和解，在進行調解過程中試圖積極地尋找一個協議，允許嫌犯因其不法行為對被害人所造成的損害予以修復，從而支持及促進社會和平的恢復。[8]

然而，不同於上述的國家及地區，現行的澳門刑事制中並無正式引入刑事調解的機制；為著應對與日俱增之侵犯法益的行為、減低司法機關長年積壓的工作及回應司法民主化的呼聲，正如本文的主題 - 有必要為澳門刑事訴訟引入刑事調解這一新機制。

與其說刑法最終目的為懲治犯罪行為人，然而除此以外刑法實際上具有預防犯罪、保護法益及保障人權的功能[9]。

誠如第58/95/M號法令 - 《刑法典》之核准道：新《刑法典》之條文反映出對基本權利及對人道與包容之價值之尊重，該等基本權利及人道與包容之價值長久以來構成了對居住於澳門各群體之個人保障方面其中一個基本元素。

因此，正如《刑法典》起草者Jorge de Figueiredo Dias的理念，保障人權為澳門刑法的根本且核心價值，而非懲罰犯罪行為人，相信諸位法律人也不會予以否認。

為此而引入作為爭議之選擇性解決方法 – 刑事調解實際上是對刑事法律系統的功能之擴張。

刑事調解的範圍

作為公法的刑法始終且必須具有公權力的介入，刑法作為保護社會最根本的利益 – 涉及社群生活的根本條件，包括個人自由的生活方式及人格發展的法益[10]，因此，在刑事調解中並非所有刑事罪行均可進行調解，當涉及不能亦不忍容易的犯罪行為時，必須要有公權力強勢的介入；亦即，刑事調解的範圍應僅限非公罪及刑事附帶民事請求。

再次從法淵源的角度出發，葡萄牙並非將所有刑事犯罪均可進行刑事調解，其訂定可進行刑事調解的刑事犯罪僅為涉及人身法益及財產法益的非公

8 筆者意譯。原文載於http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/perguntas-frequentes5646#a1

9 趙國強著《澳門刑法概說（犯罪通論）》(Research on Macau Criminal Law (General Theory of Crimes))，澳門基金會以及社會科學文獻出版社2012年版，第9頁至第11頁。

10 Manuel Leal - Henriques著《澳門刑法培訓教程》第二版，盧映霞譯，法律及司法培訓中心2011年版，第4頁。

罪，且明確排除涉及性自由及性自決等其他屬非公罪的刑事犯罪。[11]

然而，筆者持相反意見，認為為澳門刑事法律制度在引入刑事調解時不妨大膽地將所有非公罪的刑事犯罪均納入刑事調解的範圍，理由為 - 學理上，澳門刑事制度中將犯罪分成兩大類 – 公罪與非公罪。

涉及兩種犯罪分類，包括公罪 – 考慮到案件所涉及的利益價值，相關的刑事程序無須取決於私人的提請或推動，在有關的情況中，由有權限的機關代表社會大眾，並得在不法事實發生及其知悉後便隨即介入；另一種為非公罪，在有的情況中，基於所涉及法益的重要性或其性質，無須公權力機關獨立及依職權的介入，而是將有關權利賦予私人，因此，相關的權利人必須對每一具體情況作出考慮，並衡量提請司法介入與期望獲得的好處之間的不便性。

澳門現行的刑事法律制度的主要原則為，將犯罪的追訴程序視為社會性質的事務，因而凌駕於個人利益，此為依據職權原則；而僅當法律明確規定要求利害關係人提出告訴推動刑事程序的非公罪方屬例外情況。[12]

涉及這種犯罪是否進入刑事程序是以作為私人的被害人能否忍受其法益受到侵害為首要考慮，此時公權力被凌駕於被害人感受之上。

在半公罪與私罪的案件中，被害人藉有權限機關追討犯罪行為人的責任，包括刑事責任及民事責任。

正正相關的權利人擁有衡量是否提請司法介入的權利，為了更好地在刑事法律制度中發揮非公罪所扮演的角色，以及使公權力能更集中地界入公罪此等更為嚴重的犯罪行為，因此引入刑事調解且擴大其適用範圍為實屬必要的。

再者，刑事調解的特點為取決於作為雙方當事人的犯罪行為人及被害人之意願，過程快捷，在進行刑事調解過程中必須當事人親身或隨同律師參與[13]；由爭議雙方作出決定，非判斷性，無對錯之分，不講求證據，只談及雙方需求、觀點及溝通等[14]，且過程中令犯罪行為人明白其行為已侵犯了法益的嚴重性，更容易使犯罪行為人真誠地感到悔悟，相信比起刑罰更能起到教化作用。

有利於被害人獲得損害賠償及有效地打擊犯罪，從一般預防及特別預防的角度出發，使犯罪行為人真誠地感到悔悟及自願地向被害人作出損害賠償，以及由於被害人已獲得損害賠償，且撤回告訴而使刑事訴訟程序告終，將會有利於建立公眾對澳門刑事司法制度的信心。

綜上所述，為澳門刑事法律制度在引入刑事調解時應擴大適用至所有非公罪的刑事犯罪。

11 葡萄牙共和國7月12日第21/2007號法律第2條。

12 上述均參考Manuel Leal - Henriques著《澳門刑法培訓教程》第二版，盧映霞譯，法律及司法培訓中心2011年版，第285頁至第286頁。

13 http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/perguntas-frequentes5646#a1

14 澳門世界貿易中心仲裁中心2013年度舉辦的調解課程的講義。

刑事調解的程序設置

另外，還有一個值得探討的問題，就是刑事調解的程序設置。

再一次以法淵源的角度出發，葡萄牙的制度為，刑事調解為在刑事程序中進行的，不論是偵查階段還是已在提出控訴但在一審判決前階段。[15]

承上所述，刑事調解的範圍應且僅限於非公罪及刑事附帶民事請求，在本文不會談論刑事附帶民事請求的情況下，根據《刑法典》第105條及第109條規定得知屬非經告訴或自訴不得進行刑事程序，亦即，針對該等犯罪，檢察院的職責比重會較輕，而程序的展開，須取決於被害人又或者程序的展開及控訴的提出，均屬被害人方的責任。[16]

而告訴及自訴，均是一種意願的表達，藉此向有權限的機關表明其要求針對已查明或未能查明的某人提起刑事程序，因該人實施了其認為屬犯罪的某一行為。[17]

故此，若非經告訴或自訴，則相關的刑事程序將不會展開；而不展開相關的程序，則不可能進行刑事調解。

然而，若果被害人在是否行使告訴權或自訴權以前，可否就連同涉及是否行使該等權利的事宜與（涉嫌）犯罪行為人進行調解，所進行的調解又可否視之為刑事調解，似乎現行的葡萄牙制度是予以否定的。

然而，筆者認為應將該等事宜亦納入刑事調解範圍，因為告訴及自訴為一刑事程序的先決條件，再者，行使告訴權及自訴權是在刑事法律制度中一個可處分的權利。

值得留意的是，倘若真的容許在刑事程序開展前進行調解，在告訴權行使的期間方面應作出相應的配合。

現時葡萄牙只有就因進行刑事調解而使偵查期間的中止作出相應的規定[18]，但就没有就告訴權及自訴權的行使之中止作出規定。

因為根據《刑法典》第107條及第109條規定，自告訴權（自訴權）人知悉事實及知悉作出事實之正犯之日起計，或自被害人死亡時起計，或自被害人成為無能力之人之日起計，經過六個月期間，告訴權消滅。其在知悉相關的犯罪事實至提出告訴的期間為半年，此時進行調解，好讓被害人在要求公權力介入解決刑事爭議前尋求另一種解決方法，過程中無可避免地拖延相關的程序，但亦不應因相關的程序需時而造成告訴權失效，故應在兩者之間取後平衡點，倘著刑事調解程序開啟時，行使告訴權的期間便中止計算。

基於不讓告訴權及自訴權成為一種壓迫或威嚇犯罪事實行為人的工具，

15 葡萄牙共和國7月12日第21/2007號法律第1條。

16 參考自Manuel Leal - Henriques著《澳門刑法培訓教程》第二版，盧映霞譯，法律及司法培訓中心2011年版，第286頁。

17 參考自Manuel Leal - Henriques著《澳門刑法培訓教程》第二版，盧映霞譯，法律及司法培訓中心2011年版，第287頁。

18 葡萄牙共和國7月12日第21/2007號法律第7條。

因此，告訴權及自訴權必須在一個合理期間內行使，否則，相關的權利便會因失效而終止。

因此，為著進行刑事調解而訂定一個合理期間以中止告訴權及自訴權的行使是有必要的。

另外，倘若在行使告訴權或自訴權前，經刑事調解後達成的協議，該等內容除了可以是向被害人作出賠償、向其道歉外，理應可以就告訴權、自訴權之放棄達成協議；另外倘若在行使告訴權或自訴權後，經刑事調解後達成的協議同樣地除了可以是向被害人作出賠償、向其道歉外[19]，理應可以就告訴權、自訴權之撤回達成協議。

其實，澳門《刑法典》第108條亦有規定，告訴權人可放棄告訴權，及僅得在第一審判決公布前作出撤訴聲明，須獲得嫌犯的同意，不論該同意是明示或默示；告訴的撤回是一種不可再處理的行為，即一旦表明撤回告訴後便不得再要求提出告訴，並根據《刑事訴訟法典》第40條第1款規定，僅當透過相關的司法機關認可後，告訴的撤回方產生效力。同理，自訴權之放棄及撤回亦然。

順帶一提，刑罰權為法院的專屬行使權[20]，故經刑事調解後所達成的協議中理所當然地不可以涉及犯罪行為人的刑罰的種類以及刑幅，亦是有，也是不會也不可以產生效力以干與法院的專屬行使權。

總結

綜上所述，被害人可借助公權力機關以解決刑事爭議的同時，可為澳門刑事訴訟引入新機制 - 刑事調解將有利於被害人獲得損害賠償及有效地打擊犯罪，從特別預防的角度，使犯罪行為人真誠地感到悔悟及自願地向被害人作出損害賠償；從一般預防的角度，由於被害人已獲得損害賠償，且撤回告訴而使刑事訴訟程序告終，及更能突顯刑罰的運用只可作為解決問題的最後界入手段，縮減刑罰的使用範圍，該等將會有利於建立公眾對澳門刑事司法制度的信心。

若能有效地運用刑事調解以配合解決由犯罪行為所引發的爭議，則能回應當今刑事立法為保障法益的趨勢，更重要的是，能令犯罪行為人認清其行為的不法性及為其行為感到真誠悔悟，從而達致刑事法律的根本理念 – 教化使其不再犯罪而非單純的懲罰。

19 http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/perguntas-frequentes5646#a1

20 參考自Jorge de Figueiredo Dias著《刑法》，陳志軒、何志遠、關冠雄、歐陽傑、譚嘉華、沈偉強譯，澳門大學法學院2014年版，第37頁，但內裏表述為“國家”，而非文中的“法院”，只是筆者按照澳門的實際情況而更改認為合適的字詞。

NOVO MECANISMO A INTRODUZIR NO PROCESSO PENAL DE MACAU: MEDIAÇÃO PENAL

Cheang Ka Io[1]

Face à evolução da sociedade e à necessidade de protecção dos bens jurídicos emergentes, o volume de trabalho dos órgãos judiciais aumenta progressivamente. Por isso, esta nova realidade impulsiona a crescente tendência de consagração, sem prejuízo do poder jurisdicional, de novos mecanismos alternativos para proteger os bens jurídicos e resolver os litígios.

NOTA INTRODUTÓRIA

O direito de acesso à justiça é um direito fundamental. De acordo com o preceituado no § 1.º do artigo 36.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, *aos residentes de Macau é assegurado o acesso ao Direito, aos tribunais, à assistência por advogado na defesa dos seus legítimos direitos e interesses, bem como à obtenção de reparações por via judicial.*

Perante um litígio em que os legítimos interesses dos seus titulares forem postos em causa, os lesados podem não só recorrer à tutela pública, mas também, e sobretudo em Macau, ao mecanismo de tutela privada. Este mecanismo tem tido uma maior aplicação, o que se reflecte no alívio da manifesta pressão existente nos tribunais resultante do volume

1 Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau; Advogada Estagiária inscrita na Associação dos Advogados de Macau; Mediadora certificada pelo Centro de Arbitragem do Centro de Comércio Mundial Macau; Membro da Associação de Estudo do Direito Criminal de Macau.

de processos pendentes, dando resposta à exigência da democratização judicial.

RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS

De tal circunstancialismo nasce o mecanismo da resolução extrajudicial "Resolução Alternativa de Litígios" ("RAL") ou "*Alternative Dispute Resolution*" ("ADR") em inglês[2]. A teoria da Resolução Alternativa de Litígios assenta em dois argumentos: o primeiro baseia-se, de um ponto de vista intercultural, na incompatibilidade existente entre o Direito e valores como a eficiência ou a harmonia, sendo necessário estabelecer outros sistemas de resolução de litígios; este entendimento justificou a organização do chamado "Movimento Anti-Direito", composto por muitos profissionais e especialistas da área, defensores de tal sistema; o segundo argumento repousa no entendimento de que a Resolução Alternativa de Litígios é uma extensão do sistema judicial, proporcionando um espaço em que os interessados podem discutir os litígios e fazer valer os seus direitos[3]. Inclino-me para o entendimento de que a Resolução Alternativa de Litígios é uma extensão do sistema judicial, visto que vem, em certa medida, libertar os órgãos judiciais dos processos.

O *National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* da Austrália concluiu que a Resolução Alternativa de Litígios tem o grande mérito de, em primeiro lugar, fazer com que ambas as partes vejam o processo como justo e, por outro lado, não só pôr fim ao processo, como ainda resolver o litígio. Vantagens às quais está associada uma melhor gestão de recursos e a chegada a um resultado permanente e aceitável.

IMPLEMENTAÇÃO DA FIGURA DA MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE ELIMINAÇÃO OU RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS POR VIA EXTRAJUDICIAL

A mediação ("調解")[4] é um meio de resolução alternativa de litígios, através do qual,

2 Dulce Lopes e Afonso Patrão, *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, 2014; todavia, não existe entendimento uniformizado, *vide* Cândida da Silva Antunes Pires e Álvaro António Mangas Abreu Dantas, *Justiça Arbitral em Macau – A Arbitragem Voluntária Interna* (trad. Ip Son Sang), Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2012, rodapé na página 10.

3 Takao Tanase, *Sistema de resolução e julgamento de litígio* (trad. Wang Xinya), China University of Political Science and Law Press, 1994.

4 "調解" traduz-se em português por "Arbitragem, Arbitrar, Conciliação e Reconciliação", *vide Glossário Jurídico Chinês-Português Português-Chinês*, Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça da RAEM,

em caso de litígio, as partes podem, livre e voluntariamente, recorrer à assistência de um terceiro, imparcial, para alcançar uma resolução amigável da disputa através de um acordo entre as partes, isto é, para que transijam[5].

Deste modo, a mediação é um meio de resolução de litígios em que não há necessidade de exercício do poder judicial.

A mediação já é, em vários países, um importante mecanismo de eliminação ou resolução de litígios por via extrajudicial. A China Continental[6] e Hong Kong[7], pertencentes, tal como Macau, às "Quatro Regiões dos Dois Lados do Estreito", já tomaram uma iniciativa legislativa sobre esta matéria; em Taiwan, a mediação penal já é aplicada; Portugal conta também com legislação nesta matéria.

Do ponto de vista das fontes normativas, tomaremos como referência o regime português, o qual conta com vários diplomas para diversas modalidades de mediação: A Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril (Lei da Mediação), estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como o regime jurídico da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. De acordo com o artigo 10.º do referido diploma legal, a lei não é aplicável aos litígios em matéria familiar, laboral e penal. O objecto do presente texto – a mediação penal – está regulado na Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO PENAL COMO EXTENSÃO DO SISTEMA JURÍDICO-CRIMINAL

A mediação penal é um meio de resolução alternativa de litígios emergentes da prática de certos crimes. Tal resolução é feita com o auxílio de um profissional especialmente

2005, p. 234. O termo utilizado no actual regime português é "mediação" que corresponde ao termo inglês "*mediation*". Por isso, sugiro que, caso se venha a legislar sobre esta matéria, o legislador de Macau utilize o termo "mediação" na versão em língua portuguesa.

5 As definições são feitas de acordo com a seguinte bibliografia:
- Zhao Linlin, *A New Study on Macau Judicial System*, Fundação Macau e Social Science Academic Press, 2015, p. 333;
- Iau Teng Pio, *Regime de Mediação em Macau*, disponível em http://adat.org.mo/scienceinfo-87.html;
- Lições do Curso de mediação 2013, realizado no Centro de Arbitragem do Centro de Comércio Mundial Macau;
- A alínea a) do artigo 2.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, da República Portuguesa.

6 People's Mediation Law of the People's Republic of China (2010).

7 General Guide to Practice Direction 31 – Mediation (2010).

certificado para a realização de mediação – o mediador penal – a quem cabe a função de promover a aproximação entre arguido e ofendido, numa tentativa concertada de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social[8].

Ao invés do que acontece nos países ou regiões acima referidos, nunca houve implementação oficial da mediação penal no sistema jurídico-penal de Macau. Para enfrentar os crescentes actos violadores dos bens jurídicos, aliviar os trabalhos pendentes das entidades judiciárias e responder ao apelo da democratização judiciária, é preciso introduzir, tal como o título do presente texto sugere, um novo mecanismo da mediação penal no processo penal de Macau.

Em vez de a finalidade do Direito Penal passar apenas pela punição dos agentes, pode afirmar-se que o Direito Penal visa também a prevenção dos crimes, a protecção dos bens jurídicos e a garantia dos direitos fundamentais[9].

No Decreto-Lei n.º 58/95/M, que aprova o Código Penal, diz-se: "*o novo Código Penal, profundamente marcado por uma visão humanista e inovadora, não se afasta, na sua filosofia e no conteúdo das suas soluções, da tradição jurídico-penal do Território, a qual satisfaz, no essencial, as necessidades de prevenção e repressão da criminalidade. O seu articulado espelha o respeito pelos direitos fundamentais e pelos valores de humanismo e tolerância que desde há longos anos constituem uma das componentes essenciais das garantias individuais das comunidades que residem em Macau*".

Deste modo, tal como o entendimento partilhado pelo autor do Código Penal Jorge de Figueiredo Dias, é de afirmar que, **contrariamente à punição dos agentes, a garantia dos direitos fundamentais é o valor fundamental do Direito Penal de Macau**. Acredito que não há nenhum jurista que se oponha a esta ideia.

Por isso, a implementação do meio de resolução alternativa de litígios – vulgarmente denominada mediação penal – não é mais do que uma extensão do sistema jurídico-criminal.

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO PENAL

O Direito Penal, na qualidade de um dos ramos de direito público, implica a

8 http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/perguntas-frequentes5646#a1

9 Zhao Guoqiang, *Research on Macau Criminal Law (General Theory of Crimes)*, Fundação Macau e Social Science Academic Press, 2012, pp. 9-11.

intervenção do poder público. O Direito Penal protege os interesses mais elementares da sociedade, como os bens jurídicos referentes a condições fundamentais da vida social, incluindo tanto o modo de vida consoante a liberdade individual, como o desenvolvimento da personalidade[10]. Por isso, não se pode aplicar a mediação penal a quaisquer tipos de crimes. Assim, quando os factos envolvem crimes ditos *imperdoáveis* sempre se afigurará necessária a intervenção do poder público. Deste modo, apenas deverão estar abrangidos pela mediação penal os crimes de natureza não pública e os pedidos de indemnização civil.

Mais uma vez, tendo como ponto de partida a respectiva fonte legal, a mediação penal em Portugal não é aplicável a todos os crimes, estando por ela abrangidos apenas os crimes semi-públicos contra as pessoas e contra o património e os crimes particulares, salvos os crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual[11].

Porém, defendo uma posição diferente: considero que, ao introduzir a mediação penal no sistema jurídico-criminal de Macau, o seu âmbito de aplicação deve abranger todos os crimes de natureza não pública.

Isto porque, teoricamente, o sistema penal de Macau divide os crimes em dois tipos – crimes de natureza pública e crimes de natureza não pública.

Da análise de ambas as categorias de crimes resulta que, para o crime de natureza pública e atento o valor dos interesses envolvidos, a promoção dos respectivos processos não carecem da iniciativa particular. Neste caso, a entidade competente representa a sociedade em geral e intervém aquando da tomada de conhecimento da ocorrência dos factos ilícitos; para o crime de natureza não pública, tendo em conta a importância ou natureza dos bens jurídicos envolvidos, cabe aos particulares a promoção dos processos, a qual não carece da intervenção autónoma e oficiosa das autoridades públicas. Por isso, os respectivos titulares de direitos devem tomar em consideração as circunstâncias concretas do caso e fazer uma ponderação entre a inconveniência da intervenção judicial e as suas pretensas vantagens.

O princípio essencial do sistema jurídico-criminal em vigor em Macau traduz-se em considerar o procedimento criminal contra os agentes do crime como um assunto social. É nesta ideia que se baseia o princípio da oficialidade, o qual se sobrepõe aos interesses individuais, exceptuando-se os crimes de natureza não pública, cujos procedimentos são promovidos por iniciativa particular[12].

O grau de tolerância do ofendido, enquanto particular, face à lesão dos bens

10 Manuel Leal-Henriques, *Manual de Formação de Direito Penal de Macau* (trad. Lou Ieng Ha), 2.ª edição, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2011, p. 4.

11 Artigo 2.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, da República Portuguesa.

12 Manuel Leal-Henriques, *ob. cit.*, pp. 285-286.

jurídicos é um factor primordial para a abertura do procedimento criminal. Neste sentido, a subjectividade do ofendido sobrepõe-se ao poder público. Nos casos de crimes semi-públicos e crimes particulares, o ofendido procura responsabilizar criminal e civilmente o agente perante a entidade competente. Compete, pois, ao titular do direito o poder de decidir sobre a intervenção judicial.

Para aperfeiçoar a função assumida pelos crimes de natureza não pública no sistema jurídico-criminal, bem como para o poder público poder intervir de modo mais concentrado nos crimes mais graves, como os crimes públicos, é preciso introduzir a mediação penal e ampliar o seu âmbito de aplicação.

Além disso, a mediação penal caracteriza-se pela manifestação de vontade de ambos os interessados, quer do arguido, quer do ofendido. O procedimento é célere e, nas sessões de mediação, o arguido e o ofendido devem comparecer pessoalmente, podendo fazer-se acompanhar de advogado[13]; a decisão levada a cabo pelas partes não é passível de ser criticada, pelo que não há certo ou errado, não há prova, mas apenas necessidade dos pontos de vista de ambas as partes e comunicação[14]. Muitas vezes, no decurso da mediação penal, o agente apercebe-se da gravidade da lesão aos bens jurídicos causada pelos actos por si praticados. Assim, é fácil para o agente sentir-se arrependido e é de crer que é mais edificativo do que a sanção penal.

A mediação penal facilita quer a compensação do ofendido, quer o combate à criminalidade. Do ponto de vista da prevenção geral e especial, o agente sente-se arrependido e oferece voluntariamente a compensação pelos danos causados. Devido à compensação recebida pelo ofendido e à extinção do procedimento por desistência de queixa, consolida-se e restabelece-se a confiança que a sociedade tem no sistema jurídico. Atento o exposto, chegados a introduzir a mediação penal no sistema jurídico-criminal de Macau, o seu âmbito de aplicação deve estender-se a todos os crimes de natureza não pública.

TRAMITAÇÃO PROCESSUAL DA MEDIAÇÃO PENAL

Vale a pena analisarmos a tramitação processual da mediação penal.

Em Portugal, de um ponto de vista processual, a mediação penal tem lugar tanto na

13 http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/perguntas-frequentes5646#a1

14 Lições do Curso de mediação 2013, realizado no Centro de Arbitragem do Centro de Comércio Mundial Macau.

fase de inquérito, como na fase em que já tenha sido deduzida a acusação, mas antes do julgamento[15].

Assim, o âmbito de aplicação da mediação penal deve limitar-se aos crimes de natureza não pública e aos pedidos de indemnização civil deduzidos no processo penal. É certo que o presente texto não se debruça sobre a matéria relacionada com pedidos de indemnização civil deduzidos no processo penal. De acordo com o disposto nos artigos 105.º e 109.º do Código Penal, a responsabilidade do Ministério Público é menor quanto aos crimes cujo procedimento penal dependa de queixa ou de acusação particular, uma vez que a abertura do procedimento ou a dedução de acusação encontram-se dependentes da iniciativa do ofendido e são da responsabilidade do mesmo[16].

A queixa e a acusação particular são uma expressão de vontade, pela qual se demonstra à entidade competente a vontade de proceder criminalmente contra pessoa já identificada ou por identificar porque se considera haver sido praticado um facto ilícito[17].

Portanto, na falta da apresentação da queixa ou acusação particular não se abrem os respectivos procedimentos criminais; e, não havendo a abertura dos mesmos, não há lugar a mediação penal.

No entanto, importa saber se, antes de o ofendido exercer o direito de queixa ou de deduzir acusação particular, haverá lugar a mediação entre o ofendido e o arguido quanto à matéria respeitante ao exercício dos referidos direitos e se tal mediação se considera como mediação penal. Parece que é negativa a resposta dada pelo actual sistema português.

Todavia, considera-se que tais matérias também devem estar abrangidas pela mediação penal. Isto porque quer a queixa, quer a acusação particular são pressupostos da abertura do procedimento criminal, ainda que o seu exercício seja, no sistema de justiça criminal, um direito disponível.

É de notar que, se houver lugar à mediação penal em momento anterior à abertura do procedimento criminal, o prazo do exercício do direito de queixa vai ser correspondentemente adaptado.

O actual regime português determina apenas a suspensão do prazo de duração do inquérito aquando da remessa do processo para mediação[18], mas já não suspende o prazo do exercício do direito de apresentar queixa e acusação particular.

Segundo o disposto nos artigos 107.º e 109.º do CP, *o direito de queixa extingue-se*

15 *Vide* artigo 7.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, da República Portuguesa.

16 Manuel Leal-Henriques, *ob. cit.*, p. 286.

17 Manuel Leal-Henriques, *ob. cit.*, p. 287.

18 Artigo 7.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, da República Portuguesa.

no prazo de 6 meses a contar da data em que o titular tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, ou a partir da morte do ofendido ou da data em que ele se tiver tornado incapaz. A mediação penal ocorrida dentro do prazo de 6 meses entre o conhecimento do facto e a apresentação da queixa, faz com que o ofendido procure outro meio de resolução do litígio antes de requerer a intervenção do poder público. É inevitavel que nesse iato temporal os respectivos procedimentos possam invariavelmente tornar-se mais morosos ao ponto de poder mesmo pôr em causa a validade do direito de queixa, encontrado-se assim um ponto do equilíbrio. O prazo do exercício do direito de queixa suspende-se desde a abertura da mediação penal.

É certo que, para que o direito de queixa e o direito de apresentar acusação particular não se tornem instrumentos opressivos ou intimidatórios contra o agente, devem tais direitos ser exercidos num prazo razoável; *a contrario* estes direitos extinguem-se por invalidade.

Daí, a necessidade de estabelecer uma duração razoável de suspensão do prazo para exercer o direito de queixa e o direito para deduzir acusação particular.

Acresce ainda que, se tiver sido alcançado acordo, o seu teor pode abranger não só a apresentação de compensação e pedido de desculpas ao ofendido[19], mas também a renúncia ao direito de queixa e ao direito de deduzir a acusação particular, caso os mesmos ainda não tenham sido exercidos; se porventura já o tiverem sido, o acordo alcançado no decurso da mediação penal pode igualmente abranger não só a apresentação de compensação e de desculpas, mas também a desistência de queixa e acusação particular.

Na verdade, o artigo 108.º do CP de Macau diz que o queixoso pode desistir da queixa, desde que haja consentimento, explícito ou implícito, do arguido, até à publicação da sentença em 1.ª instância; a desistência da queixa é um acto irrevogável que impede que a queixa seja renovada. Segundo o disposto no n.º 1 do artigo 40.º do CPP, a desistência da queixa apenas produz efeito com a homologação da mesma pela respectiva entidade judiciária. O mesmo é aplicável à desistência da acusação particular.

Diga-se, desde já, que o poder punitivo cabe ao tribunal[20]. Por isso, do acordo alcançado na sequência da mediação penal não consta qualquer tipo de sanção criminal ou moldura penal. Mesmo que constasse, não produziria efeitos relativamente ao poder exclusivo do tribunal.

19 http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/perguntas-frequentes5646#a1

20 O termo utilizado na obra citada é "Estado" e não "Tribunal" mas considera-se que o termo "tribunal" é mais adequado para a situação actual de Macau, *vide* Jorge de Figueiredo Dias, *Teoria de Direito Penal* (trad. Chan Chi Hin, Ho Chi Un, Kuan Kun Hong, Ao Ieong Kit, Tam Ka Wa e Sam Vai Keong), Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2014, p. 37.

CONCLUSÕES

Em suma, para além de o ofendido poder resolver os litígios com recurso aos órgãos do poder público, é também possível introduzir no processo penal um novo mecanismo – a mediação penal – que facilita quer a compensação do ofendido, quer o combate à criminalidade. Do ponto de vista da prevenção geral e especial, o agente sente-se arrependido e oferece voluntariamente a compensação pelos danos causados. Face à compensação recebida pelo ofendido e à extinção do procedimento por desistência da queixa, a confiança que a sociedade tem no sistema jurídico consolida-se e restabelece-se.

O uso mais eficiente da mediação penal, que visa resolver os litígios suscitados por factos ilícitos, pode responder à tendência da protecção dos bens jurídicos do Direito Penal. Ainda mais relevante seria se o agente pudesse ganhar a consciência da ilicitude dos seus actos e sentir-se arrependido pelos mesmos. Aí sim, o Direito Penal cumprir-se-ía na sua plenitude – na medida em que a sua *ratio essendi* passaria por educar os agentes com o intuito de não voltarem a cometer crimes e não simplesmente o de punir, sem mais.

《澳門刑事訴訟法典》展望——簡評2013年法典修訂中可能有待完善的內容

Luís Pessanha[1]

在沒有正義的地方，也沒有法律。

一、引言

2013年的《澳門刑事訴訟法典》（CPP）修訂案無疑是在澳門法律現代化和改革進程中最近十年內最大膽的立法嘗試之一。2013年修訂案由和法律改革及國際法事務局和法律改革諮詢委員會推動，長期以來一直是其主導的準備工作的中心。在2011年9月，由前述兩個機構推出諮詢文件，在2011年9月14日至10月24日進行公眾諮詢，由此進入研究階段，收集了澳門學術機構和社會公眾的大量有用意見。公眾諮詢結束之後，制定了一份標注日期為2012年4月的諮詢總結報告，在報告中會通知公眾對最初版本的法案中最有爭議和被批評的一些規則進行了修改，並將法案提交立法會[2]。這項法案在2012年6月22日在立法會全體會議接受引介、一般性討論及表決，在2013年8月9日受細則性審議。在2013年8月26日的《政府公報》上刊登了第9/2013號法律，並規定該法律於2014年1月1日生效，立法程序到此結束。在這裡我們不對2013年《澳門刑事訴訟法典》的主要修改條款作一個概述，儘管當出臺的時候，是次修訂被確認為是一次普遍成功的修改，通過2013年修訂案修改後的新規則在法律和司法實踐中的適用沒有遇到很大的困難。是次修訂在很多方面都是對嫌犯地位及其辯護權利的加強，潛在地改善了法院的運作，儘管仍存在對新出臺規則的批判。

但是，依我們之拙見，這次修訂應該是相當正面的，是澳門立法者圍繞著

1 澳門大學法學院兼職講師，澳門立法會顧問。本文僅表示作者本人的觀點，不反映與立法會或其他相關的當局的立場或觀點。作者電子郵箱：luisp@umac.mo 。

2 諮詢文件和諮詢總結報告，以及其他和2013年修訂案相關的文件都可以在法律改革及國際法事務局的網站上看到，見http://www.dsrjdi.ccrj.gov.mo/pt/reform_content.asp?id=105&title=Projectos+findos。

國家干涉刑事訴訟的需求，在一個特別敏感的領域涉及到公認的技術性複雜程度高、無可否認的在法律體制集中性強的立法行為的一次成功案例，證明了立法者真實的能力。然而，在尊重基本權利的背景下，法律體系是同一般的法律規定聯結在一起的，不僅保證刑事訴訟程序有效，還要遵照源於澳門現行國際法的載於《基本法》中對個人權利的保障性原則和模板，忠實於人道主義的根本，遵循澳門刑法的最小干涉原則。

然而，2013年的修訂案也有可能被認為是一個立法者進行強烈的自我爭議的立法過程，在立法過程中，那些最大膽的立法選擇，是立法會的細則性審議的對象，並得到一定程度的支持，雖然依據所提出的規則性決議的嚴格需求和機遇可能受到讚揚，但是在一些情形中更是爲將來的情形作一個展望的參考，或者要求更多的研究，這點在意見書[3]的細則中有所記載，但在《刑事訴訟法典》修訂案文本中沒有這些記錄。

二、2013年修訂案要解決的問題

本文的出發點正是將2013年修訂案中討論過的問題、以及在立法過程中至少在一些情形中已經很可能被採用但是最終又被立法者捨棄的那些問題集中起來，這些問題無論是被反駁，還是以一種謹慎的姿態被接受，最好更廣泛地依據系統性的好處和壞處去權衡法律技術框架和可能的法律後果。一般來說，當面臨下一次新的《澳門刑事訴訟法典》修訂案時，有一些規則性方案值得在接下來的階段中對它們再次進行推敲和修改，因為將其引進法律體系將會是值得推薦的舉措。

因此，我們從*2013年法典修訂中可能有待完善的內容*出發，指出我們認為最中心和重要的方面，在這些方面，《澳門刑事訴訟法典》還可以為接下來幾年中可能會作出的規則修改提供改善的契機，這不影響存在在這沒有提及的其他同樣值得關注的方面。明確的是，立法者的工作是永遠不會結束的，總會出現更多的修訂案和更好的改革，和刑事訴訟領域的行動主體一起推動規則的制定。

在這種背景下，我們將好好利用與此相關的意見書，這個意見書是在立法會對2013年《澳門刑事訴訟法典》修訂案進行細則性審議中製作的，這是一份很有趣的文件，因為它不僅限於想要提供那些在2013年修訂案被採用的規則方案的解釋性和資訊性的注明學說和司法見解參考資料的框架，還提供關於所討論的內容的線索，是否通過修改在立法過程中被討論，但是卻沒有在2013年被立法者採用，一般是因為政府明白在將其確定為一項確定性規則之前，再多做一些深入的研究是更明智的，或者他們偏向於將涉及到的問題通過另一個立法行為在將來進行處理。

3 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，和陳述理由、其他第9/2013號法律的各個版本的修改《刑事訴訟法典》法案均可見： http://www.al.gov.mo/lei/leis/2013/2013-09/po.htm。

（一） 新技術和電話監聽

第一個值得思考的問題得到了立法會的明確認同，但是只有部份得到解決，這個問題是由於新技術導致在《澳門刑事訴訟法典》文本中進行術語更新的必要性，因為在之前生效的條文中，仍然使用過時或者已經不使用了的通訊方式，例如電報。要補充的是，還沒有提及現在已經廣泛使用的遠程通訊方式，例如電子郵件。2013年修訂案想要解決這個問題，但是並沒有徹底解決，因為它只是進行了術語上的更新，這當然是很有限的[4]，而且特別沒有解決在一個重要領域內的現在生效的文本的更新問題：電話監聽制度。

實際上，即使在2013年R中進行了術語的更新，載於《刑事訴訟法典》中第172條至第175條的規定，至少在文本的字面意思中還是現時生效的，並沒有完全調整來適應在遠程通訊領域越來越具影響的新技術。眾所周知，現在有不斷增長的資訊應用來取代原先只有電話通訊時期的傳統功能，在今天，通過網絡可以達到遠程對話，而且很多時間是用聲音和圖片。所以，正如在細則性審議中被建議的那樣，《刑事訴訟法典》也要涵蓋類似電話通訊的其它通訊方式是可取的。

在這點上，2013年R的立法者很清楚地解釋了，這項缺失並沒有引起澳門法律體系的空白，因為“根據第11/2009號法律核准的《打擊電腦犯罪法》第十五條第五款的規定，電話監聽制度延伸於這些數據傳送的規定已經在澳門的法律秩序上生效。委員會的建議旨在將這個概括性適用的法定制度轉換到《刑事訴訟法典》的條文內。透過有關修改加強《刑事訴訟法典》固有的法典化功能”[5]。因此，問題在於只是澄清了現有的制度並將新技術納入到法典中，並沒有要求立法者多餘的理解性加強[6]。

要補充的是，在電話監聽領域的術語更新的問題，是在加強保障利害關係人的程序技術的可能需要的審議中出現的。這引起了一場圍繞因其嚴重性而允許採用電話監聽的犯罪的討論，對照載於《刑法典》中依據其相對較輕的嚴重性的某些犯罪不應該被涵蓋在內的犯罪，但是可處以最高限度超逾三年徒刑的犯罪仍被涵蓋其中[7]，因此有人建議將刑罰的幅度提升為五年徒刑。另一個相近的問題是關於電話監聽的時間限制的規定，要求監聽時間是可延長的，因為目前的制度並沒有規定電話監聽許可的最長期限。警察機關也提出了一份書面報告，明文提到對舉證很重要的錄音帶[8]，以簡化關於監聽重要因素的司法監督，可很容易令法院進行對那些證明效力不強的錄音帶進行銷毀。司法許可和攔截

4 例如，試想一下，當對手機定位展現了不會對生命帶來危險也不會嚴重侵犯身體完整性時，規定警察的保護措施和對某疑犯的手機定位之間的可能性。

5 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第50頁。

6 事實上，《刑事訴訟法典》第175條明確規定電話監聽制度適用於以有別於電話之其他技術方法傳達之談話或通訊，正如適用於使用遠程通訊的新型信息系統一樣。

7 載於《刑事訴訟法典》第172條第1款a項。

8 附隨的另一個問題，但又沒有被置於《刑事訴訟法典》對電話監聽制度作出的可能修改的範圍內，將截獲通訊的權限集中到某一警察機關，譬如司法警察中的某個特別部門，以保障電話監聽高水平的技術能力和操作符合法律規定的完全把控可能是不可取的。

某個人的電話通訊的無法避免地會造成對個人私生活的介入，對錄音帶的銷毀可以減輕這樣的後果，雖然是在有實施某種足夠嚴重的犯罪的強烈跡象的基礎之上，並依據抽象的可科處之刑罰幅度而定的。

鑒於此，雖然非常概括來講，我們認為接下來對載於《刑事訴訟法典》上電話監聽制度進行立法上的改善是完全可取的，逐漸明文規定適用於遠程通訊的新技術，明確該領域的制度，同樣修正這項制度的某些方面，以加強對被許可的電話監聽的司法監督，並創設對通訊進行合法攔截的時間節點。有一個展望的觀點，有需要作“整體和更廣泛的考量，以達致在隱私權保護與打擊高度危險及複雜的犯罪之間取得平衡”[9]，我們還需要更多及更好的規則性設置。

（二）偵查期限

在這裏值得思考的第二個問題就是《刑事訴訟法典》第258條中所規定的內容，通過對偵查之最長存續期間制度進行的激烈討論，我們可以重新對現行刑事程序制度未來將做出的修訂做出準備工作。在《刑事訴訟法典》中規定，如有嫌犯被拘禁，檢察院最遲應在六個月之內終結偵查，將之歸檔或提出控訴；如無嫌犯被拘禁，則檢察院最遲在八個月內作出上述行為[10]，這一規定在2013年的修訂案中仍然保持不變。就其本身而言，這一規則似乎非常明確，並沒有讓人產生與時限方面的法律規定有關的解釋性的問題，在此期間內，檢察院需要在不提出控訴和放棄指控中做出選擇，並將偵查進行歸檔；對於嫌疑人來說，沒有證實的罪名，視為並未實施或程序不予受理，或僅僅認為沒有充分的犯罪證據；對於嫌疑人的代理人來說，免除了在不確定的情況下一些人在不確定的時間不在場時會被指控是犯罪實施者的情況。然而，事實證明，在大多數的情況中，這一法定期限並未得到尊重[11]。

此外，對於檢察院來說，加上司法見解和占主導地位的學說的支持，偵查之最長存續期間被理解為僅僅是指示和命令[12]，並沒有任何關於超時的程序上的後果。對於最終的紀律責任只有時間[13]，　　即使確定了偵查之最長存續期間並未得到執行也可歸罪於司法官，只要他的行為值得審查，無論他主動還是不作為，但是在執行中，司法官僅對於更加明顯、嚴重的或重復多次的數種罪名且

9　2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第52頁。

10　《刑事訴訟法典》第199條規定，羈押之最長存續期間可能為六個月至兩年不等（《刑事訴訟法典》第199條第1款），如果終結偵查或未有提出控訴，則羈押之最長存續期間僅為六個月（《刑事訴訟法典》第199條第1款a行），僅當針對第193條所指之犯罪行為而提起訴訟程序時，羈押之最長存續期間可延長至八個月（《刑事訴訟法典》第199條第2款）。《刑事訴訟法典》第199條所規定的羈押之最長存續期間是大家公認的勢在必行的規定，同時也在司法實踐中得到了尊重。

11　2013年8月1日第三常設委員會第3/IV/2013號意見書，第57-60頁。

12　其他參見Manuel Leal-Henriques/Manuel Simas-Santos, Código de Processo Penal de Macau, Gabinete para os Assuntos Legislativos 1997年版, 第568頁; Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, 第I卷, Verbo出版社1993年版, 第86-87頁。

13　根據第10/1999號法律第65條，司法官所作的事實，如違反司法官的義務，即使是因過失而作出者，亦構成違反紀律的行為。

沒有共犯的案件趨向於不遵守偵查之最長存續期間[14]。

雖然檢察院領導機構的紀律監督有著不可否認的重要作用，一切表明的是不遵守偵查之最長存續期間的趨勢不能只是通過檢察院的高層和檢察機關的一項紀律規定來制止，至少在目前的模式下是這樣，這並沒有什麼效用。同樣可以確認的是，檢察院是一個證實刑事訴訟迫害的顧慮、有效進行刑事調查和弱化不遵守偵查之最長存續期間的重要性的機構。

如此一來，當2013年修訂案的法案在立法會進行細則性審議時，是“檢察院明確指出，不得以偵查已超過期間上限為由，並基於尚有值得調查的線索而拒絕終止偵查該等案件，司法公正要求即使是超過第二百五十八條所訂定的期間，如有犯罪證據，仍應對犯罪者作出控訴”[15]。

雖然這個可能性不應該被忽視，應該要確認的是，現在規定的關於偵查的最長存續期的制度可能是不夠具有彈性的，不僅不適用於複雜度高的案件和其他應予重視的情形，也不容易展開偵查程序。肯定的是，刑法系統因缺乏法定期限也運用得很差，法定期限是強制的並在習慣上和體繫上都是協調一致的，以使得檢察院能夠結束偵查程序。同樣肯定的是，刑事訴訟系統不應該採用這些方案，這些方案因其過度嚴格和缺乏本質上的合理性，令檢察院面對要求過於嚴格的偵查最長存續期間，而且這些期間無法和刑事調查的真實需要相互匹配，應該要採用的規則方案在偵查期間長短、期間的計算和效力上應具備足夠的彈性，以防止偵查在較複雜案件程序中更為耗時，這不影響應該要求檢察院在合理期間內進行刑事訴訟，如果無需提起訴訟，則將偵查歸檔。那麼鑒於此，要強調的是，問題就不再具有立法的系統性規模，這值得立法者去更多地注意和思考，因為這一切指出偵查超期在較複雜案件中，或存在強烈的證據證明此時往往不只是偶爾發生的，正相反，偵查的最長存續期的規定失去其規範性作用是非常常見的[16]。

在做2013年修訂案的工作時，這在立法會的相關委員會中間引起了強烈的顧慮，顧慮被調查人員的保護需求，因為憲法的強制性規定，被調查人員總是被推定無罪的，而偵查過程又往往非常冗長又不見成效，拖了多年，見不到

14 這也有可能對職業進階的評定產生影響，在職業進階評定中可能會考慮檢察院的司法官是否經常無法執行《刑事訴訟法典》第258條所規定的法定期限。

15 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第60頁。

16 關於這一點，回想起這一段：“經分析該問題後，委員會得出結論認為，如果不遵守最長偵查期限並且由此也不產生必需的紀律後果的觀念得以普遍及平常化，對於市民的權利保障而言，屬不合理；且不符合現行特別行政區的基本權利制度，尤其是《基本法》第二十九條及第三十條的規定。委員會承認基於某些犯罪本身所具有的特性，所以難以遵守偵查最長存續期間，以及一旦出現偵查超過期間即作歸檔處理時將會影響實現司法公平。但即使如此，也不能用上述理由作為肯定期間僅具指引性價值以及不遵守相關期間規定的依據。就該方面的事宜，在司法實務上不得脫離法律的規定，不得與澳門特別行政區政府向聯合國人權委員會就特定期間，尤其是《刑事訴訟法典》第二百五十八條訂定的偵查之最長存續期間所表示的立場背道而馳。這個期間是用於維護《公民及政治權利國際公約》第十四條第三款（丙）項規定受審時間不被無故拖延的權利（參見中華人民共和國澳門特別行政區於二零一一年五月十二日根據《公民及政治權利國際公約》第四十條提交的初次報告第三百三十八點）。委員會認為，只有偵查實際地在法律訂定的期間內終結，該權利才得以確保。”見2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第64頁至第65頁。

頭。有時候，同樣也很明顯，至少在一定程度上很明顯，爲了防止歸檔，可能是因為缺乏某一嫌犯實行某種犯罪的跡象的證據，這一犯罪在更多媒體參與的調查過程中已被公眾廣泛知曉。

這個問題在2013年修訂案的立法工作中倍受重視，到目前為止被認為“偵查被長期的拖延是不妥的，在這個期間內涉案人雖然被推定無罪，但其仍以嫌犯身份生活，與此相隨的是最後是否被控訴的不確定性，不僅如此，嫌犯的人身自由亦可能因（非羈押措施）強制措施而受到限制。在這情況下，嫌犯的基本權利會受到影響，尤其在澳門法律制度內享有崇高地位的、由《基本法》第二十九條所保障的權利，即儘早接受法院審判的權利。這項權利載於《公民權利和政治權利國際公約》第十四條第三款，並透過《基本法》第四十條第一款適用於澳門”[17]。提交了詳盡的法案來保障偵查期間的遵守。

要注意的是，在2013年修訂案法案細則性審議時，那些堅決保障遵守偵查的最長存續期的舉措甚至也沒有得到特別多的支持，即在超過偵查期間作自動歸檔，但是相反的是，特別地或主要地選用那些適中的、更少干擾的舉措，旨在通過固化不遵守偵查期間的紀律責任制度、通過對現有的上級司法官監察手段的加強和對引導程序的司法官不遵守期間的說明理由的特別義務的需求，來促使檢察院嚴格遵守偵查的最長存續期。更具彈性的方案同樣也被討論，允許特別複雜的案件中延長偵查期間、在出現程序意外時中止偵查期間，例如在司法機關協作中需要寄送一份請求信[18]。

在澳門特區最近的司法實踐中，這種狀態並沒有改善，相反不得不說，偵查的最長存續期間制度仍經常不被檢察院遵守，這就對維護作為嫌犯的人員的基本權利帶來了嚴重的問題，它們可能要長期等待偵查程序的結束，而他們往往要受到強制措施的限制，沒有機會去針對指控去辯護，這個指控因為偵查的拖延可能再也不會有，或者要等待過長的時間才會有。這樣一來，爲了避免偵查期間被系統性地不遵守，偵查期間制度的改革對將來的《刑事訴訟法典》修訂案是具備現實和實際的需求性的。

（三）上訴制度

值得一提的第三點，也是2013年修訂案的立法工作中討論的對象，同時再一次是為將來《刑事訴訟法典》修訂的展望範圍內的，即司法上訴制度，尤其是關於保障一審時作出有罪判決的嫌犯在第二審判決中的權利的實際行使。

要注意的是，2013年修訂案想要改善上訴制度，旨在加強對程序參與人的

17 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第60頁至第61頁。儘早接受法院審判的權利和推定無罪在《基本法》第29條得以規定：“澳門居民在被指控犯罪時，享有儘早接受法院審判的權利，在法院判罪之前均假定無罪”（由筆者加下劃綫）。要補充的是，關於可能會受到刑事調查拖延的消極影響的名譽權，《基本法》第30條規定：“澳門居民的人格尊嚴不受侵犯。禁止用任何方法對居民進行侮辱、誹謗和誣告陷害。澳門居民享有個人的名譽權、私人生活和家庭生活的隱私權”（由筆者加下劃綫）。

18 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第63頁至第64頁。依據比較法，似乎很明確的是現在葡萄牙的刑事訴訟法已被研究。

權利保障，例如，根據《刑事訴訟法典》第355條規定，在製作判決書在進行對證據的審查後有事實部份的說明理由義務。概括來說，這項立法規定旨在改善刑事裁判製作的法律技術質量，具體地加強在事實部份及相應的證據部份的說明理由的要求和問題化，避免法院受限於作不具體的一般性記錄，無法根據分析的事實和相應證據及對證據作出的審查作出正確的司法判決。這是最初的立法意向[19]，並被視作是一項被大肆讚揚的立法舉措，雖然這項立法舉措本身也不能完全保障由有權限的澳門法院製作的判決書的質量[20]，至少在關於事實的說明理由的義務和後面的對證據的分析。這一點僅法律實踐就可以完全證明。

2013年修訂案中立法者意在就裁判的說明理由方面的要求加強，在一份有罪判決的司法上訴效力方面應該是有著明顯的反饋的，正如在2013年修訂時立法者所提到的那樣，“因此，從規定的邏輯中得知，法案有意就刑事裁判的事實說明理由方面作更嚴格的要求，從而增加對訴訟參與人的保障，能讓他們更輕易就評價證據時存在的錯誤向上級法院提起上訴”[21]。

然而，如果事實說明理由方面是被加強的其中一項[22]，在2013年修訂案的其它點裡，它具備的好處不僅是令司法判決更合法化，同時也有利於訴訟參與人的權利，雖然在討論中說上訴制度的諸多方面的不足夠，不會有改善的，最終選擇了不改善這項載於《刑事訴訟法典》的制度。在這裡再一次查詢2013年修訂案法案附隨的意見書仍很有意思，在那上面記錄了立法討論中的很多點。

這樣，在2013年修訂案中可以開放式地確認，“刑事訴訟中的上訴制度是其中一項最需要修改的事宜，因為現行法典在不同部份均對可向第一審法院裁定的有罪判決提起上訴作出難以自圓其說的限制，尤其是就第一審法院審理的事實事宜所提起的上訴方面有過度的限制。現行法典就可提請上訴法院審議的事實訂定了相當嚴厲的限制。雖然上級法院主要是處理法律問題，但規定只有在審議事實事宜方面存在錯誤的情況下才能提起上訴這一限制，是不太合理的。在保障嫌犯上訴權方面，某些對刑事判決的可上訴性的限制甚至與澳門特別行政區所承擔的國際義務並不相稱”[23]。

19 在提交的2103年修訂案理由陳述中提到：“雖然現行法律已要求在判決書中就判決所依據之事實事宜作出理由說明，但由於對有關規定的理解存在分歧，而普遍亦認同為確保裁判的公信力，法院應就其判決說明理由，包括作為裁判依據的事實上及法律上的理由事宜，以及指明及分析用作法院心證的依據，且為更好保障嫌犯及其他訴訟主體的上訴權和公正的透明度，我們建議明確規定要求法官在判決說明理由方面須包括審查及衡量用作形成法院心證的證據（《刑事訴訟法典》第三百五十五條第二款）。”更多參見2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第43頁至第46頁。

20 問題不僅僅是法律規定的問題，也是司法官足夠的法律技術培訓和能力的問題，要有能力製作判決書，尤其是在刑法上，要對獲得的證據作必要的技術製作和嚴格分析，要有能力做符合邏輯的、前後一致的、充分的判決的理由說明。

21 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第46頁。

22 在法案的陳述理由中關於改善上訴制度的其他立法修改，但是在材料中又被披上簡化一些訴訟程序的組織程序的外衣，即2013年修訂案進行修改《澳門刑事訴訟法典》第407條第3款規定的理由不充分時上訴理由的改善制度、第407條第4款和第409條規定的擴大文書的裁判權限、第409條規定的減少評議會審理事宜、以及第409條的減少上訴裁判以聽證方式進行。更多參見2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第128頁至第134頁。

23 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第128頁至第129頁。

因此，2013年修訂案的立法者公然承認現有的上訴制度是不足夠的，在某一些方面，是低於民事訴訟上訴制度的，考慮到刑事訴訟程序中的特別重要的價值，這是不能理解[24]。

事實事宜的上訴

需要改善的刑事上訴制度中其中有一項就是事實事宜的上訴。這個問題並不新鮮，在學說界已經長期被討論，但是這個問題總是和上訴法院對事實錯誤的審查效力的過度和無理的限制相關聯。實際上，現在刑事上訴得以任何法律問題為依據，但是事實事宜的上訴至少在一定程度上仍受到限制，因為根據第400條的規定，這種上訴是基於作為判決依據的事實事宜的不充分、說明理由不可彌補的矛盾和證據審查中的明顯錯誤。正如立法者所述，“在此指出的是，就事實事宜觀點的決定的一個有限度控制會對上訴法院就證據審理方面的操控構成障礙，這是因為，基於以沒有足夠證據證實已獲證之事實事宜、或審查證據方面沒有存在明顯錯誤作為依據提出上訴是不被允許的，但這些依據一旦在上訴法院提出則有可能獲得該院的證實”[25]。

事實上，並沒有特別令人信服的理由證明上訴法院不能完全審理裁判依據的事實事宜，2013年修訂案立法者就指出，在選擇審判聽證的強制記錄[26]時，很大程度地簡化了事實事宜可以由上訴法院進行審理，可以依從第一審法院製作的證據記錄，這就更容易使得原有的人證或者在審判聽證中產生的其他證據被上訴所針對的法院通過獲得相當的支撐。關於這一點，立法者表示“按現行法律制度規定，只要訴訟參與人聲明需要將口頭聲明進行記錄，則無需經法院決定，亦無需其他訴訟參與人的同意而必須對聽證過程進行記錄，因此，在這方面，訴訟參與人有很大的自由度。日後，記錄口頭聲明將變為恆常的實務操作。被記錄的口頭聲明，能就事實事宜向上級法院提起上訴時提供方便，例如，有利於點出在審判聽證中提出的人證這一證據的錯誤評價”[27]。

至少令人困惑的是，現有的刑事訴訟制度指出不能基於在審理證據中的任何明顯並使原有判決產生瑕疵，但又不是明顯的錯誤或者不能導致《刑事訴訟法典》第400條第2款規定的情形的錯誤提起上訴。也有不同的是，事實事宜的上訴制度，有著這些限制，可以被視作完全和刑法事宜的二級審判相一致，這

24 立法者劃綫強調“刑事訴訟中的上訴制度在多方面都比民事訴訟中的上訴程序更為嚴謹，理由是刑事訴訟中應謹慎地確保法院宣判之所有有罪判決均為確實無誤的，因為這是牽涉到人身自由的”。2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第128頁，第106條注釋。

25 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第135頁。

26 事實上，這樣的記錄並不只是必須的，而且還最好是可視聽的，有聲音和圖像，僅除了錄音或者通過其他合適的技術媒介進行記錄，這導致上訴法院不僅能夠得知口頭聲明的內容，而且可以知道在審判聽證中作出聲明時的面部表情、身體動作和其他的身體反應，儘管有限，但這對於確信地構造事實真相是非常重要的。要注意的是，有些人因其干涉的程度也對庭上強制錄音錄像持制度保留態度，見2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第40頁至第41頁。

27 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第38頁至第39頁。

是《公民權利和政治權利國際公約》所要求的[28]。

在2013年修訂案的立法工作中，這種理解在一定讚成的程度上有所反映，“委員會對此問題表示關注，並提出，由於實施事宜上之審判錯誤會導致對一嫌犯作出錯判，在這情況下，應允許以該錯誤作為上訴依據向上級法院提出上訴。現時對事實事宜上訴時受到形式上的限制應視為不合理，在民事訴訟程序中同樣遇到這個問題。上級法院理應由將所有被提出的事實事宜作出覆核的自由，同時，上訴人應可援引被上訴法院就事實事宜作出的不充分審查的事實，以作為上訴依據”[29]。

這樣，至少在設立的權利上，《刑事訴訟法典》第400條應該被修改成明文規定上訴可以基於任何的事實事宜的審判錯誤，沒有隨意的限制，不存在可上訴事實和不可上訴事實的問題，除法律和裁判瑕疵外無其他的判斷依據。

第二審法院上訴

需要立法規定的另一點是允許所有第二審法院作出的有罪判決均可上訴的需求，即在第一審法院中作出的判決並沒確定，而在第二審法院中首次作出有罪判決，那麼該有罪判決應該可以向上級法院，即終審法院進行上訴。這意味著當某人在初級法院的第一審判決中未作有罪判決，後來在向第二審法院提出上訴後，由檢察院提起公訴，被判以不超過八年徒刑的刑罰，這實質上是首次有罪判決，卻沒有將這有罪判決上訴的可能性，剝奪其上訴權。

在2013年修訂案中，立法者確認這項制度和刑事事宜的二級審判原則不一致，無需賦予其實行上訴權的機會，明知現有的刑事訴訟制度的不足，要求刪除第390條第1款f項，並且結合該條第1款g項的規定來看，認為不允許第二審法院作出的有罪判決不能上訴，第一審法院作出的有罪判決的確認，以及由中級法院就可科處罰金或八年以下徒刑對嫌犯進行審判不在其中。

然而，這種立法修改在2013年修訂案中並沒有被確定下來，因為特區政府認為這還需要更深入的研究和更多的權衡反饋[30]。雖然這沒有確定下來，一般而言，這種上訴限制是和可能會進入到終審法院的案件數量的顧慮有關，避免處在司法最高級別的法院不得不審理過多的刑事上訴案件。但是，在第二審法院首次作出有罪判決的上訴數量在澳門特別行政區的司法體系背景下是相對少的，否則即使沒有明示，也不會因此提前要對該上訴限制進行解除。補充一點，即使刪除這項規則可能導致終審法院刑事上訴數量的劇增，這更應該以實行首個有罪判決的上訴的基本權利為優先[31]。

28 我們支持允許以任何的事實問題為由提起上訴，對《刑事訴訟法典》第400條作擴張解釋，以保障和《公民權利和政治權利國際公約》完全一致，見Miguel Lemos, “O Direito ao Recurso da Decisão Condenatória enquanto Direito Constitucional e Direito Humano Fundamental”, 載於Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 第III卷, Coimbra Editora出版社2010年版, 第947-948頁。

29 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第136頁。

30 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第139頁至第141頁。

31 澳門的刑法制度在《基本法》第36條得以保障，有權訴諸法律，向法院提起訴訟，一般來說，“澳門

在這點上，我們認為應該支持一種正確的解釋，即將這項規則擱置一旁，這就和澳門的刑法事宜制度相一致，並保護了刑法事宜上的二級審判原則，允許向上一級法院提起對首次有罪判決提出平常上訴，當某一嫌犯在一審時無罪釋放而在二審時被判有罪，無論可科處之刑罰有無超逾八年徒刑，或者即使是被科處以罰金，可能轉化為徒刑的亦然，這才符合《基本法》和《公民權利和政治權利國際公約》的規定[32]。

這樣，至少是在一個展望性的角度，在設立的權利上，似乎《刑事訴訟法典》第390條第1款f項的規定應該被刪除是很明確的，這完全保障了刑法事宜的上訴權，避免在二審法院首次作出的有罪判決和可科處罰金或是八年以下徒刑的判決上訴權的喪失。

終審法院上訴

另一個在2013年修訂案立法工作期間引起廣泛注意的問題還沒有解決，需要在對現有的刑事訴訟制度進行改善的展望中處理。這個問題有關《司法組織綱要法》規定的權能，但在《刑事訴訟法典》中也有所反映，即終審法院作為一些刑事案件的一審法院，審理由澳門特別行政區擔任最高級別職位的長官犯罪的案件[33]，在這種情況下，嫌犯喪失其上訴權。在2013年修訂案中，有一份法案要求修改《刑事訴訟法典》第11條的規定，按照生效的《司法組織綱要法》的表述和章節進行類似的編輯，但是也有一些調整。

2013年修訂案的立法者對該問題給予了應有的重視，解釋道“向上級法院提起上訴的權利等同於在刑事訴訟中被判刑嫌犯得到兩審的真正權利，因此，有必要確保提起該上訴的可能性。如沒有該權利，則潛在著違反澳門憲法及適用澳門的國際法中就刑事訴訟賦予嫌犯辯護權的規定的可能性”[34]。因此，特區政府方也有展開該問題的探討，進行了很多技術上可以保障嫌犯權利的方案的討論，針對刑事訴訟中的有罪判決的二審原則，無論是哪一級審判。但是，特區政府偏向於將該問題放到下一個立法行為中去解決，尤其是《司法組織綱要法》的修改中，於是很遺憾的是，這個問題在2013年的修訂案中也沒有得到解決。

這個問題引起了一些麻煩，在法律技術角度上也同樣如此，因為否認上訴

居民有權訴諸法律，向法院提起訴訟，得到律師的幫助以保護自己的合法權益，以及獲得司法補救”（由筆者加下劃綫）。在國際法層面上，刑事訴訟的上訴權被《公民權利和政治權利國際公約》第14條第5款保障，該國際公約在澳門的效力是通過《澳門基本法》第40條確立下來的，規定“凡被判定有罪者，應有權由一個較高級法庭對其定罪及刑罰依法進行覆審”（由筆者加下劃綫）。

32 類似地，有一些學說認為，第390條第1條f項不應該被適用，以避免有人在一審時被判無罪後在二審中被判處有罪的情況下，嫌犯無法上訴，這就違背了《公民權利和政治權利國際公約》中確認的上訴權。見Miguel Lemos, “O Direito ao Recurso da Decisão Condenatória enquanto Direito Constitucional e Direito Humano Fundamental”, 載於Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 第III卷, Coimbra Editora出版社2010年版, 第935-940頁。

33 根據《司法組織剛要法》第44條第2款第6項和第8項的規定，終審法院作為一審法院，尤其是審判：（1）審判行政長官、立法會主席及司長在擔任其職務時作出的犯罪及輕微違反的案件；（2）審判上項所指司法官作出的犯罪及輕微違反的案件。

34 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第138頁。

權在這裡是在向終審法院授予刑法事宜的某些一審權限卻缺失上訴審級的意外後果。《刑事訴訟法典》中並沒有消除或者限制由終審法院作出的第一審有罪判決的上訴權，並規定應用平常上訴的程序設置，但是在澳門的司法結構中，並不存在這樣一個可以去上訴的法院。這樣，這些嫌犯的上訴權行使起來就存在障礙，在司法實踐中，在法律上並沒有這樣的上訴法院[35]。因此，我們認為，這個問題更像是法律體系中需要填滿的法律空白，雖然這並不那麼容易解決[36]，而且立法者並不會否認該類上訴權。如此，上訴權的行使應該是可行使的，儘管這需要由《司法組織綱要法》授予的各法院的權限進一步的解釋和整合。

在那樣的背景下，至少在一種設立權利的展望下，需要確保的是，刑事訴訟程序要確保這個群體中的嫌犯在這種刑事訴訟程序中能夠行使上訴權，不管是由哪一級法院去做第一級審判。很簡單地，可以將現在由《司法組織綱要法》規定的由終審法院進行的第一級審判的管轄權轉移給中級法院，或者甚至初級法院。或者，如果想要保留澳門特別行政區最高級法院對擔任最高職位的公職人員的某些犯罪的審判權限的話，那就有必要通過設立程序上的手段去解決這些嫌犯可以就首次有罪判決作上訴的問題。正如2013年修訂案的立法者事先做的那樣，有很多的技術性方案可能可以解決這個問題，這可以賦予中級法院權限審理針對由作為一審的終審法院所裁定的制裁，或者規定可針對由終審法院裁定有罪的裁判向該法院的擴大合議庭提起上訴，何況，這些甚至都不是澳門特別行政區法律體制背景下的新提出的解決方案[37]。

三、總結

是時候結束本文了。關於在*2013年法典修訂中有待完善的內容*，還可以提出很多觀點而對將來《刑事訴訟法典》修訂案的展望更是想法頗多。我們選擇並概括了值得引起立法者注意的一些比較重要的方面，並且選擇了那些我們認為特別重要的問題和在2013年修訂案中被廣泛分析和研究的可能可以制定規則方案的問題。實際上我們是對大家已經熟悉的內容作出了一個總結，其中明確的立法選擇，立法者可在需要之時即刻使用。

肯定的是，澳門特別行政區的刑事訴訟制度應當忠實於其憲制根基並且尊重澳門公民的基本權利，用2013年修訂案立法者的話來說，總是要考慮到“《刑事訴訟法典》需要符合《基本法》的框架”，因為刑法事宜可能會過分壓

35 我們認為，這個問題只存在於平常上訴中，因為為著特別上訴的效力，存在由《刑事訴訟法典》規定的上訴法院。

36 立法者反映了2013年修訂案面對該問題的障礙，存在這樣的疑問，即“終審法院明顯傾向於認為，因為不存在由終審法院作出的判決的上訴，在這些情況下上訴人就不可能行使他的上訴權。為此，可見終審法院第36/2007號判決駁回上訴的批示”。

37 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第139頁，第114號注釋。

抑或限制“很多由憲法保障的居民的基本原則和基本權利”[38]。為真正執行澳門特別行政區刑法，立法者須履行其根本義務，遵循《基本法》以及可適用的國際法，尤其是在個人訴訟權利方面極其重要的《公民權利和政治權利國際公約》，無論是在澳門的一般刑事訴訟法制中，還是在將來的法制演變中，都應凸顯這一根本義務。

最後，向負責2013年法典修訂案的立法者致以我們真摯的讚賞。批評聲難免出現，面對本文針對修訂簡要提出的問題和不足，他並未懼怕，而是力求解決辦法。銘記其在刑事訴訟法領域需要承擔的特殊責任，捍衛具有十分特殊的重大意義的自由和基本權利，最終完成了法典修訂。僅希望，在將來的《刑事訴訟法典》修訂中，依然尊重相關的原則和澳門公民的權利，遵循作為法制根基的《基本法》。

38 2013年8月1日第三常務委員會第3/IV/2013號意見書，第12頁。

PERSPECTIVAS DE FUTURO PARA O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE MACAU – *BREVES NOTAS SOBRE O QUE FICOU TALVEZ POR FAZER NA REVISÃO DE 2013*

Luís Pessanha[1]

Ubi non est justitia, ibi non potest esse jus

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Revisão de 2013 do Código de Processo Penal de Macau (CPP) foi certamente uma das iniciativas legislativas mais ambiciosas da última década no panorama do esforço de modernização e reforma do Direito de Macau. A Revisão de 2013 foi promovida e alvo de trabalhos preparatórios que foram conduzidos, durante vários anos, pela Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional e pelo Conselho Consultivo da Reforma Jurídica, que permitiram o lançamento, em Setembro de 2011, de um Documento de consulta, que levou a um período de consulta pública, que decorreu entre 14 de Setembro a 24 de Outubro de 2011, que deu a conhecer as opções em estudo e que recolheu contributos de grande qualidade junto da academia e da sociedade civil de Macau. Em resultado, foi elaborado um Relatório final da consulta, datado de Abril de 2012, que informou a apresentação de uma proposta de lei à Assembleia Legislativa, tendo sido reformuladas certas soluções normativas mais controversas e criticáveis que foram

1 Assistente em tempo parcial, Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Assessor-coordenador da Assembleia Legislativa de Macau. O presente texto é da exclusiva responsabilidade do seu Autor e não reflecte necessariamente as posições ou opiniões da Assembleia Legislativa ou de qualquer outra entidade à qual o Autor esteja associado. Endereço electrónico: luisp@umac.mo.

inicialmente levadas a consulta pública[2]. Esta proposta de lei foi alvo de apresentação, discussão e aprovação na generalidade, em sede de Plenário, a 22 de Junho de 2012, e posterior aprovação na especialidade, a 9 de Agosto de 2013. Este processo legislativo foi concluído com a publicação da Lei n.º 9/2013, no Boletim Oficial de 26 de Agosto de 2013, tendo esta mesma lei entrado em vigor no dia 1 de Janeiro de 2014. Não nos cabe aqui fazer um apanhado das principais soluções normativas introduzidas ao Código de Processo Penal de Macau em 2013, ainda que, tanto quando se julga saber, este foi um processo legislativo que se reconhece como tendo sido genericamente bem-sucedido, que não suscitou dificuldades de maior aquando da aplicação das novas soluções contidas na Revisão de 2013 na prática forense e judiciária, que em muitos aspectos poderá ser um contributo para o reforço da posição dos arguidos e dos seus direitos de defesa, tendo o potencial para melhorar o funcionamento dos tribunais, ainda que também existam matérias onde se movam críticas às novas soluções normativas.

O balanço, no entanto, pelo menos no nosso modesto entender, deve ser bastante positivo: trata-se de um caso de sucesso, demonstrativo da efectiva capacidade do legislador de Macau de intervir legislativamente sobre matérias de reconhecida complexidade técnica, de inegável centralidade para o ordenamento jurídico, e numa área de especial sensibilidade, por envolver a incontornável necessidade de intervenção estadual no campo da acção penal. E fazê-lo no contexto do pleno respeito pelos direitos fundamentais, o que implica o respeito pelas coordenadas a que o sistema jurídico está vinculado nas suas solução legislativas ordinárias, em termos de se assegurar não só que o processo penal é eficaz, mas também que obedece aos princípios e matrizes garantísticos dos direitos dos particulares contidos na Lei Básica, ou que resultam do direito internacional vigente em Macau, mantendo-se fiel à raiz humanista e ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Mas a Revisão de 2013 pode eventualmente também ser considerada como um processo legislativo onde o legislador exerceu uma forte autocontenção, onde opções mais ambiciosas, ainda que porventura meritórias, em termos da estrita necessidade e oportunidade das soluções normativas sugeridas, que foram alvo de discussão e encontraram um certo apoio em sede de apreciação na especialidade na Assembleia Legislativa, em alguns casos tendo mesmo sido alvo de uma referência de cariz prospectivo,

2 O Documento de consulta e o Relatório Final de Consulta, juntamente com outros elementos relativos à Revisão de 2013, podem ser consultados no sítio da Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional em http://www.dsrjdi.ccrj.gov.mo/pt/reform_content.asp?id=105&title=Projectos+findos.

para futura referência ou recomendando mais estudos, no respectivo Parecer[3], em sede de especialidade, não chegaram a ser vertidas no texto da proposta de lei de revisão do Código de Processo Penal.

2. AS QUESTÕES POR RESOLVER NA REVISÃO DE 2013

O ponto de partida deste texto é precisamente este conjunto de questões que foram debatidas na Revisão de 2013, e que poderiam eventualmente ter sido adoptadas já naquele momento legislativo, pelo menos em alguns casos, mas que foram afinal afastadas pelo legislador, seja por se terem encontrado resistências às mesmas, seja por se ter favorecido uma postura cautelosa que entendeu ser desejável que se pondere mais amplamente o enquadramento técnico-jurídico e o provável impacto normativo das mesmas, em termos das suas vantagens e desvantagens sistémicas. Em geral, estavam em causa propostas de soluções normativas que merecem vir a ser ponderadas e revisitadas num futuro próximo, aquando de uma nova futura alteração ao Código de Processo Penal de Macau, dado que a sua introdução na ordem jurídica poderá bem ser recomendável.

Iremos, portanto, partir *do que ficou talvez por fazer na Revisão de 2013* para apontar para alguns aspectos, que nos parecem ser mais centrais e relevantes, onde o Código de Processo Penal de Macau pode encontrar ainda adicionais fontes de melhorias para uma futura intervenção normativa que possa vir a ocorrer nos próximos anos. Sem prejuízo de haver naturalmente outras matérias que merecem igual atenção, e que aqui não serão referidas, e se saber bem que a tarefa do legislador não está nunca concluída e que haverá sempre campo para mais revisões e melhores reformas, dando especial resposta aos impulsos de regulação que se façam sentir junto dos actores e agentes no campo do processo penal.

Neste contexto, faremos generoso uso do competente Parecer, produzido em sede de apreciação na especialidade na Assembleia Legislativa da Revisão de 2013 do Código de Processo Penal, que é um documento interessante, dado que não se limita a procurar fornecer um enquadramento explicativo e informativo das soluções normativas que foram adoptadas na Revisão de 2013, com amplas referências doutrinárias e jurisprudenciais, mas pontualmente fornece também algumas pistas sobre onde houve matérias que foram

3 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, disponível juntamente com a Nota Justificativa, e as versões originais e alternativas da proposta de lei que deu lugar à Lei n.º 9/2013, que alterou o Código de Processo Penal, em http://www.al.gov.mo/lei/leis/2013/2013-09/po.htm.

debatidas, cuja aprovação foi ponderada em sede legislativa, mas que não chegaram a ser adoptadas pelo legislador em 2013, normalmente por o Governo entender que seria mais prudente promover estudos mais aprofundados antes de se avançar para uma possível intervenção normativa ou manifestou preferência por tratar da matéria em questão noutra iniciativa legislativa, que se queria vir a ser apresentada no futuro próximo.

2.1. As novas tecnologias e as escutas telefónicas

A primeira das questões que nos parece merecedora de uma breve reflexão, que foi claramente identificada pelo legislador parlamentar, mas que foi apenas parcialmente resolvida, é relativa à necessidade de se proceder a uma actualização terminológica ao longo do texto do Código de Processo Penal, fazendo-se referência às novas tecnologias, dado que o articulado anteriormente em vigor fazia ainda referência a meios de comunicação obsoletos ou em desuso, como era o caso do telégrafo. Acrescia que não se ainda fazia referência aos novos meios de comunicação remota, actualmente de uso generalizado, como era o caso do correio electrónico. A Revisão de 2013 procurou resolver esta questão, mas não a resolveu totalmente, por ter apenas operado uma actualização terminológica, por natureza limitada[4], e não resolveu sobretudo a questão da desactualização do texto legal vigente numa área de grande relevância: o regime das escutas telefónicas.

Efectivamente, mesmo após a actualização terminológica operada pela Revisão de 2013, os normativos contidos nos artigos 172.º a 175.º do Código de Processo Penal, pelo menos na letra do texto legal ainda actualmente em vigor, não se ajustam plenamente às novas tecnologias de uso cada vez mais massificado no campo das comunicações remotas. É notório que há um número crescente de aplicações informáticas que reproduzem as funções que tradicionalmente eram desempenhadas apenas pelas comunicações telefónicas, sendo hoje em dia possível realizar conversas à distância, muitas vezes com som e imagem, através da *internet*. Teria sido por isso desejável, como chegou a ser sugerido em sede de discussão na especialidade, que o articulado do Código de Processo Penal também abrangesse as novas funcionalidades análogas à comunicação telefónica.

Sobre este ponto, o legislador parlamentar da Revisão de 2013 entendeu por bem esclarecer que a omissão desta referência não gera propriamente uma lacuna no sistema jurídico de Macau, dado que "A extensão do regime das escutas telefónicas a estes meios de transmissão de dados já vigora na ordem jurídica de Macau por força do disposto no n.º 5

4 Pense-se, por exemplo, na possibilidade de se passar a prever entre as medidas cautelares e de polícia o recurso à localização celular do telemóvel de um suspeito, quando a obtenção dessa localização celular se revelar necessária para afastar perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave.

do artigo 15.º da Lei n.º 11/2009, que aprovou a Lei de combate à criminalidade informática. A sugestão da Comissão visava, tão-só, a transposição desse regime legal para o articulado do CPP, dada a sua vocação de aplicação genérica. Com tal alteração sairia reforçada a função codificadora inerente ao CPP"[5]. A questão colocou-se, portanto, somente em termos de se clarificar o regime vigente e integrar as novas tecnologias no Código, não exigindo um esforço interpretativo adicional ao aplicador da lei[6].

Acresce que a questão da actualização terminológica, no campo do regime das escutas telefónicas, surgiu associada à discussão sobre a eventual necessidade de se reforçarem os mecanismos processuais de garantia dos interessados. Tal implicou um debate em torno dos crimes que, pela sua gravidade, merecem que se permita a realização de escutas telefónicas, sendo que um confronto com o regime de penas contido no Código Penal sugere que eventualmente haverá certos crimes que não deveriam estar abrangidos, pela sua relativa menor gravidade, mas que por via do critério geral da pena ser superior a 3 anos de prisão estão abrangidos[7], tendo-se sugerido o aumento da moldura penal para 5 anos de prisão. Outra questão próxima prendeu-se com a previsão de limites temporais para as escutas telefónicas, que fossem prorrogáveis, dado que actualmente não se estabelece um prazo máximo para a duração das escutas telefónicas que sejam autorizadas. Foi também sugerido que as autoridades policiais produzissem um relatório escrito, com menção expressa das passagens mais relevantes para a prova[8], para facilitar o controlo judicial sobre os elementos relevantes das escutas e fosse mais facilmente possível ao tribunal ordenar a destruição das passagens das gravações que não fossem relevantes para efeitos de prova. Tal poderia permitir minorar a intromissão na vida privada, que é naturalmente uma decorrência inevitável da permissão judicial de se interceptar as comunicações telefónicas de uma certa pessoa, ainda que com base em indícios fortes da prática de um crime com suficiente gravidade, em termos da moldura penal abstractamente aplicável.

Do exposto, ainda que de forma muito sumária, parece-nos ser de concluir que

5 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, pág. 50.

6 De resto, o artigo 175.º do Código de Processo Penal afirma expressamente que o regime das escutas telefónicas é aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, como ocorre com o uso dos novos sistemas informáticos de comunicação remota.

7 Contido no artigo 172.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal.

8 Uma outra questão conexa, mas que não se coloca já propriamente no contexto de uma eventual alteração ao regime das escutas telefónicas no Código de Processo Penal, seria se não poderá ser desejável proceder a uma concentração de competências para se proceder à intercepção de comunicações numa certa entidade policial, por exemplo num departamento especializado da Polícia Judiciária, para assegurar um elevado nível de capacidade técnica e controlo interno de conformidade com a lei nas escutas telefónicas operadas.

é efectivamente desejável proceder-se a um aperfeiçoamento legislativo do regime das escutas telefónicas contido no Código de Processo Penal num futuro próximo, passando a prever-se expressamente a sua aplicação para as novas tecnologias da comunicação remota, clarificando o seu regime neste campo, mas também reformulando certos aspectos do seu regime material, permitindo um reforço do controlo judicial do desenrolar das escutas telefónicas autorizadas e criando-se balizas temporais para a intercepção legal de comunicações. Numa visão prospectiva, e sem embargo da necessidade de se realizar "uma ponderação global mais alargada, de forma a atingir um equilíbrio entre o direito das pessoas à privacidade e o combate à criminalidade mais perigosa ou mais complexa"[9], estamos perante matéria carecida de mais e melhor intervenção normativa.

2.2. O prazo do inquérito

Uma segunda questão que merece aqui uma breve referência, novamente em termos de uma perspectiva informadora dos trabalhos preparativos de uma futura revisão do regime processual penal vigente, resulta do vivo debate que ocorreu em torno do funcionamento do regime dos prazos de duração máxima do inquérito, previstos no artigo 258.º do Código de Processo Penal. Nos termos do regime contido no Código de Processo Penal, que se manteve inalterado na Revisão de 2013, o Ministério Público deve encerrar o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação no prazo máximo de 6 meses, se houver arguidos presos, ou de 8 meses, se não houver arguidos presos[10]. Em si mesmo esta regra parece ser extremamente clara e não suscitar dúvidas interpretativas em termos do horizonte temporal delimitado por lei durante o qual o Ministério Público deve optar entre deduzir uma acusação penal, ou prescindir da mesma, e proceder ao arquivamento do inquérito, por não se ter verificado o crime, o arguido não o ter praticado ou o procedimento não ser admissível, ou simplesmente por não haver indícios suficientes da prática do crime e do seu agente, salvaguardando-se que os particulares visados não fiquem durante um período indeterminado de tempo numa situação de incerteza sobre se vão realmente ser acusados

9 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, pág. 52.

10 Os prazos de duração máxima da prisão preventiva previstos no artigo 199.º do CPP podem variar entre 6 meses e dois anos (artigo 199.º, n.º 1 do CPP), sendo o prazo máximo da prisão preventiva de apenas 6 meses para se encerrar o inquérito e se deduzir acusação [artigo 199.º, n.º 1, alínea a), do CPP], permitindo-se que seja elevado para 8 meses apenas para o inquérito dos crimes previstos no artigo 193.º do CPP (artigo 199.º, n.º 2, do CPP). O prazo de duração máxima da prisão preventiva do artigo 199.º do Código de Processo Penal é pacificamente entendido como sendo imperativo e é respeitado na prática judiciária.

da prática de um crime. Acontece que, mais das vezes, este prazo legal não é respeitado[11].

Acresce que, para o Ministério Público, e com o apoio da jurisprudência e da doutrina dominante, os prazos de duração máxima do inquérito são entendidos como sendo meramente indicativos ou ordenadores[12], não havendo quaisquer consequências processuais quando os mesmos sejam ultrapassados. Havendo apenas espaço para uma eventual responsabilidade disciplinar[13], caso se apure que o incumprimento do prazo do inquérito é directamente imputável a um dado magistrado, em termos que mereçam uma censura da sua conduta, seja esta activa ou omissiva, mas que tenderá a aplicar-se, na prática, apenas nos casos mais grosseiros, mais graves ou mais reincidentes de quebra com deveres funcionais e de zelo associados a um incumprimento do prazo máximo de inquérito[14].

Apesar do papel importante que inegavelmente assume o controlo disciplinar pelos órgãos de cúpula do Ministério Público, tudo indica que a tendência para o incumprimento dos prazos máximos de inquéritos não consegue ser combatida apenas através de uma intervenção disciplinar do topo da hierarquia e dos órgãos de supervisão do Ministério Público, pelo menos nos moldes actuais e que se terão que aceitar como sendo notoriamente pouco eficazes. É também, reconheça-se, relativamente compreensível que o Ministério Público assuma uma postura institucional que favorece uma preocupação primordial com a persecução da acção penal e com a eficácia da investigação criminal, e que tenda a desvalorizar a relevância do incumprimento dos prazos de duração máxima do inquérito.

Assim, aquando da discussão parlamentar da proposta de lei em 2013, informava-se que "O Ministério Público esclareceu ainda que o termo do prazo máximo do inquérito não deve ser um pretexto para não resolver os casos onde existem indícios merecedores de mais investigação, dado que a Justiça exige que quando há elementos da prática de um crime e do seu autor se deva acusar, mesmo eventualmente após o fim dos prazos previstos no artigo 258.º"[15].

11 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, págs. 57-60.

12 *Vd*., entre outros, Manuel Leal-Henriques/Manuel Simas-Santos, *Código de Processo Penal de Macau*, Gabinete para os Assuntos Legislativos, 1997, pág. 568; Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, Verbo, 1993, págs. 86-87.

13 Nos termos do artigo 65.º da Lei n.º 10/1999, constituem infracções disciplinares os factos praticados, ainda que negligentemente, pelos magistrados com violação dos deveres profissionais.

14 O que poderá também ter consequências em termos da avaliação para efeitos de progressão na carreira, onde poderá ser tido em conta que um determinado magistrado do Ministério Público frequentemente se revela incapaz de cumprir com o prazo legal imposto pelo artigo 258.º do CPP.

15 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, pág. 60.

Apesar desta perspectiva não dever ser desconsiderada e dever reconhecer-se que o actual regime dos prazos de duração máxima do inquérito, nos moldes actualmente configurados, será porventura pouco flexível, não prevendo a sua extensão para casos de maior complexidade ou noutras circunstâncias atendíveis, e não sendo fácil proceder-se à reabertura do inquérito, certo é também que o sistema penal lida mal com a ausência de um prazo legal, que seja aceite como imperativo e respeitado de forma habitual e sistemática, para o inquérito ser concluído pelo Ministério Público. É também certo que o sistema processual penal não deve adoptar soluções que, pela sua excessiva rigidez e falta de razoabilidade intrínseca, coloquem o Ministério Público perante prazos de duração máxima do inquérito demasiado exigentes e não inteiramente conciliáveis com as necessidades reais da investigação criminal, e se devam sempre optar por soluções normativas com suficiente maleabilidade em termos da duração, contagem e efeitos dos prazos do inquérito, salvaguardando que o inquérito poderá ser mais demorado nos processos de maior complexidade, tal não pode impedir que se deva exigir ao Ministério Público o exercício efectivo da acção penal num prazo razoável, eventualmente mesmo sob pena de se operar um arquivamento automático do inquérito. Ora, é importante salientar que a questão não deixa de assumir, nos termos expostos, uma dimensão sistémica carecida de tratamento legislativo, o que merece uma maior atenção do legislador, dado que tudo aponta para que a ultrapassagem do prazo de inquérito não ocorra apenas pontualmente, em casos de maior complexidade, ou onde exista uma forte justificação para tal, e é antes de tal forma frequente e rotineira que o prazo legal máximo de inquérito fica largamente esvaziada de relevância regulatória[16].

16 Sobre este ponto, relembre-se o seguinte trecho: "Analisada a questão, a Comissão considera, em conclusão, que não é razoável para a garantia dos direitos dos cidadãos, nem conforme com o regime dos direitos fundamentais vigentes na RAEM, em particular nos artigos 29.º e 30.º da Lei Básica, que se generalize e banalize a ideia que os prazos máximos de inquérito podem ser incumpridos sem que tal implique as necessárias consequências disciplinares. A Comissão reconhece que a natureza de certos crimes leva a que seja difícil o cumprimento dos prazos legalmente previstos para a duração máxima do inquérito, a relevância do valor da realização da justiça e o prejuízo que poderá advir para tal valor do arquivamento oficioso do inquérito por decurso do prazo. Contudo, tais dificuldades não devem servir de fundamento para a afirmação da natureza facultativa dos prazos legais e para a banalização do seu incumprimento. A prática judiciária não pode, neste aspecto, afastar-se do texto legal, contrariando a posição assumida pelo Governo da RAEM perante o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas segundo a qual a existência de prazos específicos, nomeadamente o prazo de duração máxima do inquérito previsto no artigo 258.º, destina-se a assegurar o direito a ser julgado sem demora excessiva, consagrado na alínea c) do n.º 3 do artigo 14.º do PIDCP (ponto 338 do *Relatório Inicial apresentado pela Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China ao abrigo do artigo 40.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos* – 12

Tal suscitou uma forte preocupação, no seio da competente Comissão da Assembleia Legislativa, aquando dos trabalhos legislativos da Revisão de 2013, com a necessidade de assegurar a protecção das pessoas investigadas, que se presumem sempre como estando inocentes por imperativo constitucional, perante inquéritos que muitas vezes são extremamente morosos e improdutivos, e que se arrastam durante largos anos sem fim à vista. Por vezes, aparentemente também, pelo menos em alguma medida, para se evitar o embaraço de se ter que arquivar, eventualmente por falta de provas da prática de um crime por um determinado arguido amplamente conhecido, numa dada investigação mais mediática.

Esta questão esteve muito presente nos trabalhos legislativos da Revisão de 2013, tendo sido entendido à data que é "(…) indesejável que os inquéritos se prolonguem por longos períodos de tempo, durante os quais os arguidos têm de viver com a incerteza se vão ou não ser acusados de um crime de que são suspeitos e presumidos inocentes e, eventualmente, com limitações à sua liberdade pessoal decorrentes da sua sujeição a medidas de coacção (que não a prisão preventiva). Esta situação pode afectar direitos fundamentais dos arguidos, consagrados no ordenamento jurídico de Macau ao mais alto nível, em particular o direito a um julgamento num prazo curto previsto no artigo 29.º da Lei Básica e no n.º 3 do artigo 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aplicável *ex vi* § 1 do artigo 40.º da Lei Básica"[17]. Tendo-se avançado com propostas concretas para se assegurar o cumprimento dos prazos do inquérito.

É de notar que, aquando da discussão na especialidade da proposta de lei na Revisão de 2013, não se favoreciam tanto sequer as opções mais robustas para assegurar o respeito pelos prazos de duração máxima do inquérito, que apontariam para o arquivamento

---

de Maio de 2011). No entender da Comissão, esse direito só pode ser salvaguardado se o inquérito for efectivamente encerrado no prazo legalmente previsto.", Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, págs. 64-65.

17 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, págs. 60-61.
O direito a um julgamento num prazo curto e a presunção de inocência estão previstos no artigo 29.º da Lei Básica: "Quando um residente de Macau for acusado da prática de crime, tem o direito de ser julgado no mais curto prazo possível pelo tribunal judicial, devendo presumir-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação pelo tribunal" (sublinhados nossos). Acresce que, relativamente ao direito ao bom nome, que pode ser negativamente afectado com o arrastamento de uma investigação criminal, o artigo 30.º da Lei Básica estabelece que: "É inviolável a dignidade humana dos residentes de Macau. São proibidas a injúria, a difamação, bem como a denúncia e acusação falsas, seja qual for a sua forma, contra qualquer residente de Macau. Aos residentes de Macau são reconhecidos o direito ao bom nome e reputação e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar" (sublinhados nossos).

automático do inquérito por decurso do seu prazo, mas que se discutiram antes, sobretudo ou principalmente, a adopção de soluções normativas mais moderadas e menos perturbadoras que visavam incentivar o Ministério Público ao rigoroso cumprimento dos prazos de duração máxima do inquérito por via do reforço do regime de responsabilidade disciplinar pelo incumprimento dos prazos do inquérito, pelo reforço dos mecanismos de supervisão hierárquica do magistrado titular do processo actualmente existentes e pela necessidade de um dever especial de fundamentação para o incumprimento do prazo por parte do magistrado titular do processo. Tendo também sido debatida a adopção de soluções flexibilizadoras, que permitissem a previsão de prorrogação do prazo para casos de especial complexidade ou a suspensão do prazo de inquérito em caso de incidentes processuais, por exemplo ao nível da cooperação judiciária, quando seja necessário expedir uma carta rogatória[18].

Nada na prática judiciária mais recente da RAEM sugere que este estado de coisas esteja agora melhor, sendo antes forçoso ter de se concluir que o regime dos prazos de duração máxima do inquérito continua a ser frequentemente incumprido pelo Ministério Publico, gerando evidentes problemas em termos da defesa dos direitos fundamentais das pessoas visadas. Estas podem ficar durante largos anos a aguardar pela conclusão de um inquérito, na qualidade de arguidos e muitas vezes sujeitos a medidas de coacção, sem terem oportunidade para se defenderem de uma acusação que não se concretiza, que poderá nunca se concretizar, ou que demora excessivamente a se concretizar, pelo arrastamento do inquérito. Nesse sentido, a reformulação do regime dos prazos do inquérito, evitando-se que o mesmo seja sistematicamente desrespeitado, permanece uma necessidade real e efectiva para uma futura revisão legislativa do Código de Processo Penal.

2.3. O regime de recursos

Um terceiro ponto que merece ser alvo de uma breve menção, e que foi alvo de debate aquando dos trabalhos legislativos da Revisão de 2013, novamente numa perspectiva de uma futura alteração ao Código de Processo Penal é o regime dos recursos jurisdicionais, sobretudo em termos de se garantir a necessária efectividade no direito do arguido ao recurso para uma segunda instância de julgamento de uma decisão condenatória de que tenha sido alvo.

É de notar que a Revisão de 2013 procurou proceder a um aperfeiçoamento do

18 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, págs. 63-64. Em termos de direito comparado, parece claro que o actual regime do direito processual penal português foi estudado.

regime de recursos, visando reforçar as garantias dos intervenientes processuais, como ocorreu, por exemplo, desde logo com o desenvolvimento do dever de fundamentação das sentenças no campo da matéria de facto, que terá que passar pelo exame crítico da prova, nos termos do artigo 355.º do Código de Processo Penal. Esta intervenção legislativa visou, assumidamente, procurar melhorar a qualidade técnica-jurídica da elaboração das sentenças penais, reforçando-se em concreto a exigência de fundamentação e problematização da matéria de facto e respectiva prova, evitando-se que o tribunal se limite a fazer referências genéricas, não concretizadas e que não permitam justificar logicamente a decisão que veio a ser tomada, em termos dos factos apreciados, da respectiva prova produzida e da apreciação crítica da mesma. Esta era a intenção legislativa originária[19] e tratou-se de um impulso legislativo digno de louvor, ainda que não seja inteiramente seguro que esta alteração legislativa tenha sido, em si mesma, suficiente para assegurar uma suficiente qualidade das sentenças elaboradas pelos tribunais de Macau competentes em matéria penal[20], pelo menos no que diz respeito aos requisitos da fundamentação de facto e subjacente análise da prova produzida. Este ponto apenas a prática forense poderá esclarecer cabalmente.

Este reforço das exigências no campo da fundamentação das sentenças, pretendido pelo legislador aquando da Revisão de 2013, deverá ter evidentes reflexos no campo da efectividade do recurso jurisdicional que possa ser movido a uma sentença condenatória, conforme veio a ser referido pelo legislador parlamentar aquando da Revisão de 2013, tendo sido dito que "A proposta de lei inscreve-se, portanto, numa lógica de maior exigência em termos da fundamentação de facto das decisões em

19 Assim já constava da Nota Justificativa da proposta de lei apresentada pelo Governo na Revisão de 2013, onde se informava que "Não obstante estar consagrada na lei a exigência de fundamentação da matéria de facto na sentença, atendendo a que subsiste discrepância na interpretação deste artigo e a que há uma concordância genérica de que, por forma a assegurar a credibilidade das sentenças, o juiz deve fundamentar as suas decisões, tanto quanto à matéria de facto quanto à de direito, bem como indicar e analisar as provas que serviram para formar a convicção do tribunal, e ainda para melhor assegurar o direito ao recurso do arguido e de outros sujeitos processuais e a transparência da Justiça, propomos consagrar expressamente a exigência de que a fundamentação da sentença pelo juiz deve incluir um exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal (artigo 355.º, n.º 2, do CPP)". Para mais desenvolvimentos, veja-se o Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, págs. 43-46.

20 A questão não é apenas um problema de regulação legal, mas passa também pela suficiente formação e capacidade técnica-jurídica dos magistrados judiciais, em termos de serem aptos a elaborarem sentenças, sobretudo no campo do direito penal, com a necessária elaboração técnica e análise crítica da prova produzida, sendo capazes de firmarem uma fundamentação lógica, coerente e suficiente das suas decisões.

matéria penal, reforçando as garantias dos intervenientes processuais, que assim podem mais facilmente suscitar perante os tribunais superiores questões relativas a erros na apreciação da prova"[21].

No entanto, se a fundamentação da matéria de facto foi uma das matérias a ser reforçada[22], com evidentes vantagens não apenas para a legitimação das decisões judiciais, mas também para os direitos dos intervenientes processuais, noutros pontos a Revisão de 2013, apesar de ter debatido várias insuficiências no regime de recursos, não introduziu melhorias, acabando por optar por não aperfeiçoar o regime que se encontrava previsto no Código de Processo Penal. Novamente aqui é interessante consultar o Parecer que acompanhou a proposta de lei que deu lugar à Revisão de 2013, onde se podem identificar os pontos de debate legislativo.

Assim, foi abertamente afirmado, em sede da Revisão de 2013, que "O regime de recursos em processo penal é uma das matérias mais carecida de intervenção legislativa, dado que o CPP vigente em vários momentos apresenta limitações à recorribilidade das decisões condenatórias tomadas em primeira instância que dificilmente se justificam. Em particular, reconhece-se que existem limitações excessivas no recurso da matéria de facto apreciada em primeira instância, onde o CPP vigente determina fortes restrições sobre o [que] pode ser apreciado pelo tribunal de recurso. Se é compreensível que os tribunais superiores tendencialmente se concentrem nas questões de direito, não deixa de ser pouco razoável que erros na apreciação da matéria de facto apenas limitadamente possam ser alegados em sede de recurso. Algumas das restrições à recorribilidade das decisões penais podem mesmo ser desconformes com as obrigações internacionais às quais a RAEM está obrigada, em termos de assegurar o direito de recurso aos arguidos"[23].

O legislador da Revisão de 2013 assumiu, portanto, com grande frontalidade, que

21 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, pág. 46.

22 Outras alterações legislativas, que se assumem na Nota Justificativa da proposta de lei como sendo supostamente relativas ao *aperfeiçoamento do regime de recursos*, mas que materialmente ocupam antes um cariz de simplificação processual-organizatória de certas instâncias processuais, que a Revisão de 2013 operou, foram relativas ao regime da admissão do aperfeiçoamento da motivação do recurso em caso de insuficiência, previsto no artigo 407.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, à ampliação das competências decisórias do relator, nos termos do n.º 4 do artigo 407.º e artigo 409.º, à redução das matérias a apreciar pela conferência, nos termos do artigo 409.º, e à redução dos casos de julgamento do recurso em audiência, também nos termos do artigo 409.º do Código de Processo Penal. Para mais desenvolvimentos, veja-se Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, págs. 128-134.

23 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, págs. 128-129.

o actual regime de recurso é insuficiente e está mesmo, em alguns aspectos, aquém do regime do recurso no processo civil, o que não se compreende, tendo em conta os valores especialmente relevantes em presença no processo penal[24].

O RECURSO DA MATÉRIA DE FACTO

Um dos campos onde o regime do recurso no processo penal carece de ser aperfeiçoado prende-se com o recurso da matéria de facto. Esta questão não é propriamente nova, tendo já sido longamente debatida na doutrina, mas está relacionada com as limitações excessivas e desrazoáveis que existem para efeitos da apreciação dos erros de facto em sede de recurso. Efectivamente, o processo penal actualmente permite o recurso para um tribunal superior com fundamento em quaisquer questões de direito, mas o recurso da matéria de facto está, pelo menos em alguma medida, limitado, dado que este recurso terá de se basear na insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, na contradição insanável da fundamentação e no erro notório na apreciação da prova, nos termos do artigo 400.º. Como constata o legislador parlamentar, acontece que "Tal aponta para um controlo limitado da decisão do ponto de vista da matéria de facto, que dificulta o controlo da apreciação da prova pelo tribunal recorrido, dado que não se permite que o recurso se funde na insuficiência da prova para a matéria de facto provada, nem num erro na apreciação da prova que não seja notório, mas que concretamente se tenha verificado e possa ser comprovado em sede de recurso"[25].

Não se vislumbra, na realidade, nenhuma razão particularmente convincente para que o tribunal de recurso não possa apreciar plenamente a matéria de facto da decisão recorrida. Tanto mais que o legislador da Revisão de 2013, ao optar pela gravação obrigatória das audiências de julgamento[26], facilitou grandemente que a matéria de facto

24 É de sublinhar o alerta do legislador parlamentar para que "O regime de recursos no processo penal é em vários aspectos mais restritivo do que o regime de recursos no processo civil, sendo que é no processo penal que deveria haver mais cautelas em assegurar que as decisões condenatórias tomadas por um tribunal são bem proferidas, uma vez que nele se joga a liberdade das pessoas", Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, pág. 128, nota de rodapé n.º 106.

25 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, pág. 135.

26 De resto, gravação essa que será não apenas obrigatória, mas também preferencialmente audiovisual, de som e imagem, e apenas excepcionalmente será apenas captado o registo de som, ou por via de outros meios técnicos idóneos, o que implica que o tribunal de recurso poderá, ainda que limitadamente, não apenas tomar conhecimento do teor das declarações orais proferidas, mas também

possa ser reapreciada pelo tribunal de recurso, que pode aceder à gravação da prova produzida em primeira instância, e assim pronunciar-se com maior facilidade sobre se os factos dados como provados pelo tribunal recorrido encontram sustentação bastante na prova testemunhal, ou outra, que tenha sido produzida em audiência de julgamento. Sobre este ponto, informava o legislador parlamentar que "Nos termos do regime legal vigente, os intervenientes processuais podem determinar com grande margem de liberdade que a audiência seja alvo de registo, ao declararem não prescindir da documentação das declarações orais, não existindo margem decisória para o tribunal, nem se exigindo o acordo dos restantes intervenientes processuais. Tal acontecerá amiúde, na prática, dado que para efeitos de recurso da matéria de facto para um tribunal superior é recomendável proceder à documentação das declarações prestadas oralmente a fim de se demonstrar, por exemplo, uma eventual má apreciação da prova testemunhal produzida em audiência de julgamento"[27].

É pelo menos perplexante que o regime processual penal vigente aponte para que um recurso não possa ser motivado com base num qualquer erro na avaliação da prova, que seja relevante e tenha viciado a decisão recorrida, mas que não seja um erro notório, ou que não se possa reconduzir às circunstâncias do artigo 400.º, n.º 2, do Código de Processo Penal. Não se avizinha também que um regime de recurso da matéria de facto, com estas limitações, possa ser considerado como plenamente conforme com as exigências do duplo grau de jurisdição em matéria penal, como é exigido no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos[28].

Entendimento este que foi reflectido, e em alguma medida sufragado, nos trabalhos legislativos da Revisão de 2013, onde se afirmou que "A Comissão foi sensível a esta questão e acompanhou a noção de que se há um erro de julgamento da matéria

poderá ter acesso às expressões faciais, movimentos gestuais e outras reacções corporais que as testemunhas tenham tido quando prestaram as suas declarações em audiência de julgamento, o que poderá ser relevante para efeitos da formação da convicção sobre a verdade dos factos. É de notar que esta preferência tão marcada pelo registo audiovisual da audiência de julgamento suscitou mesmo algumas reservas, pelo seu grau de intrusão, veja-se Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, págs. 40-41.

27 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, págs. 38-39.

28 Acompanhamos a posição na doutrina que defende que se deve permitir que o recurso tenha como fundamento qualquer questão de facto, numa interpretação extensiva do artigo 400.º do Código de Processo Penal, para se assegurar a plena compatibilidade com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Sobre este ponto, veja-se Miguel Lemos, "O Direito ao Recurso da Decisão Condenatória enquanto Direito Constitucional e Direito Humano Fundamental", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, págs. 947-948.

de facto que leva à condenação errónea de um arguido, então esse erro deve ser apto a fundamentar um recurso para um tribunal superior. Os actuais limites formais ao recurso da matéria de facto não parecem ser justificados, nem ocorrem no campo do processo civil. Os tribunais superiores deveriam ter a liberdade para reverem toda a matéria de facto alegada em sede recurso e os recorrentes deveriam poder alegar toda a matéria de facto mal apreciada pelo tribunal recorrido como fundamentos do recurso em processo penal"[29].

Nesse sentido, pelo menos *de jure constituendo*, o artigo 400.º do Código de Processo Penal deve ser alterado para prever expressamente que o recurso possa assentar em quaisquer erros de julgamento da matéria de facto, sem limitações arbitrárias e que distingam entre questões de facto recorríveis e não recorríveis, e não tenha como fundamento apenas questões de direito ou vícios da sentença.

O RECURSO DO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Um outro ponto carecido de intervenção legislativa prende-se com a necessidade de se admitir o recurso ordinário de todos os acórdãos condenatórios do Tribunal de Segunda Instância, que não confirmem uma decisão tomada em primeira instância, e que consistam materialmente na primeira decisão condenatória, da qual deve caber recurso para uma instância superior, que será o Tribunal de Última Instância. Tal implica que quando alguém que não tenha sido condenado em primeira instância, no Tribunal Judicial de Base, e depois em sede de recurso para o Tribunal de Segunda Instância, promovido pelo Ministério Público, venha a ser condenado a uma pena de prisão não superior a 8 anos de prisão, que será materialmente a primeira decisão condenatória, possa não ter a possibilidade de recorrer dessa decisão condenatória, esvaziando-se o direito ao recurso.

Aquando da Revisão de 2013, o legislador parlamentar reconheceu que este regime não seria conforme com o princípio da dupla jurisdição em matéria penal e não daria a necessária oportunidade para o exercício do direito ao recurso e, ciente das insuficiências do regime processual penal vigente, debateu uma proposta de eliminação da alínea f) do n.º 1 do artigo 390.º que, interpretada conjuntamente com a alínea g) do n.º 1 deste mesmo artigo, determina que não se admita recurso ordinário das decisões condenatórias do Tribunal de Segunda Instância, que não se limitem a confirmar as decisões condenatórias de primeira instância, e condenem um arguido numa pena de multa ou não superior a 8

29 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, pág. 136.

anos de prisão.

Esta alteração legislativa não chegou, no entanto, a ocorrer na Revisão de 2013, por o Governo ter entendido que se tratava de matéria carecida de estudos mais aprofundados e de uma reflexão mais ponderada[30]. Ainda que tal não tenha sido afirmado, normalmente esta restrição ao recurso surge associada a uma preocupação com o volume de processos que podem ser apresentados junto do Tribunal de Última Instância, para se evitar que este tribunal do topo da hierarquia judiciária tenha que apreciar um número excessivo de recursos em matéria penal. Parece, no entanto, que o volume de processos onde alguém seja condenado, pela primeira vez, apenas na segunda instância, no contexto do sistema judiciário da RAEM, será relativamente reduzido, senão mesmo inexpressivo, não sendo por isso de antecipar que o impacto sistémico do afastamento deste limite ao recurso seja relevante. Acresce que, mesmo que a eliminação deste preceito fosse susceptível de aumentar significativamente o volume de processos que podem ser alvo de recurso em matéria penal para o Tribunal de Última Instância, tal deveria sempre ocorrer, por estar em causa o exercício do direito fundamental de recurso da primeira decisão condenatória[31].

Neste ponto, parece-nos que deve prevalecer uma interpretação correctiva que afaste a aplicação deste preceito, que seja conforme com a constituição penal material de Macau, e que salvaguarde o princípio da dupla jurisdição em matéria penal, admitindo-se um recurso ordinário da primeira decisão condenatória para a instância superior quando um arguido seja absolvido em primeira instância e condenado pelo tribunal de segunda instância, independentemente da pena de prisão aplicável ser ou não superior a 8 anos de prisão, ou mesmo tratando-se de uma pena de multa, susceptível de conversão em pena de prisão, respeitando-se a Lei Básica e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos[32].

30 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, págs. 139-141.

31 A constituição penal de Macau assegura, no artigo 36.º da Lei Básica, o direito de acesso ao Direito e aos tribunais, em geral, ao assegurar que "Aos residentes de Macau é assegurado o acesso ao Direito, aos tribunais, à assistência por advogado na defesa dos seus legítimos direitos e interesses, bem como à obtenção de reparações por via judicial" (sublinhados nossos). Ao nível do direito internacional, o direito ao recurso em processo penal é garantido pelo n.º 5 do artigo 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, cuja vigência em Macau é reconhecida pelo artigo 40.º da Lei Básica da RAEM, que prevê que "Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei" (sublinhados nossos).

32 Em sentido próximo, alguma doutrina pronuncia-se no sentido de a alínea f) do n.º 1 do artigo 390.º não dever ser aplicada, para se evitar que alguém que seja absolvido em primeira instância e depois condenado pela segunda instância não tenha possibilidade de recurso, por tal ser contrário ao direito

Assim, pelo menos numa perspectiva prospectiva, *de jure constituendo*, parece ser claro que a alínea f) do n.º 1 do artigo 390.º do Código de Processo Penal deve ser eliminada, salvaguardando-se plenamente o direito ao recurso em matéria penal, e evitando-se que apenas por a decisão condenatória surgir somente na segunda instância de julgamento, e por a pena aplicável ser uma pena de multa ou pena de prisão não superior a 8 anos, não exista a possibilidade de recurso.

O RECURSO DO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA

Uma outra questão foi alvo de ampla atenção durante os trabalhos legislativos da Revisão de 2013, mas que não foi ainda resolvida, carecendo de vir a ser tratada numa perspectiva da futura melhoria do regime processual penal vigente: a atribuição, na Lei de Bases da Organização Judiciária, mas com reflexos também no Código de Processo Penal, da competência ao Tribunal de Última Instância para julgar certos processos como tribunal de primeira instância, conforme ocorre para os crimes praticados pelos titulares dos mais altos cargos da RAEM[33], não assegurando uma instância para o exercício do direito de recurso desses arguidos. Na Revisão de 2013 a questão surgiu no contexto de uma proposta de alteração do artigo 11.º do Código de Processo Penal, na redacção antes vigente, mas era assumido que tal implicaria sempre também ajustamentos, em paralelo e em articulação, na Lei de Bases da Organização Judiciária.

O legislador parlamentar da Revisão de 2013 deu o devido relevo a esta questão, tendo esclarecido que "O direito ao recurso para um tribunal superior surge como um verdadeiro direito do arguido a um duplo grau de jurisdição nos casos de condenação em processo penal, tendo que ser assegurada a possibilidade de recurso. A inexistência deste direito pode ser entendida como potencialmente violadora das normas constitucionais e

de recurso garantido no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Miguel Lemos, "O Direito ao Recurso da Decisão Condenatória enquanto Direito Constitucional e Direito Humano Fundamental", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, págs. 935-940.

33 Nos termos das alíneas 6) e 8) do n.º 2 do artigo 44.º da Lei de Bases da Organização Judiciária, compete ao Tribunal de Última Instância, nomeadamente, julgar em primeira instância: (1) os processos por crime e contravenção cometidos no exercício das suas funções pelo Chefe do Executivo, pelo Presidente da Assembleia Legislativa e pelos Secretários e (2) os processos por crime e contravenção cometidos pelos Juízes de Última Instância, o Procurador, os Juízes de Segunda Instância e os Procuradores-Adjuntos.

de direito internacional vigente em Macau em termos de direitos de defesa dos arguidos no processo penal"[34]. Por isso, e havendo aparente abertura também por parte do Governo, foram discutidas várias soluções técnicas que permitiriam assegurar o direito do arguido, seja qual for a instância de julgamento, a um duplo grau de jurisdição de uma decisão condenatória em processo penal. No entanto, o Governo manifestou preferência para resolver esta questão numa futura intervenção legislativa, que se ocupe sobretudo da alteração da Lei de Bases da Organização Judiciária, ficando assim afinal lamentavelmente também esta questão por resolver na Revisão de 2013.

A questão suscita embaraços, também do ponto de vista técnico-jurídico, porque a denegação do direito ao recurso surge aqui como uma decorrência acidental da atribuição de certas competências em matéria penal, em primeira instância, ao Tribunal de Última Instância, e da falta de previsão de uma instância de recurso. O Código de Processo Penal não afasta ou limita o recurso de uma decisão condenatória tomada em primeira instância de julgamento pelo Tribunal de Última Instância, aplicando-se a tramitação processual do recurso ordinário, mas inexiste, na estrutura judiciária de Macau, um tribunal de recurso ao qual se possa apelar. Assim, o exercício do direito ao recurso por um destes arguidos teria como obstáculo, na prática forense, a falta de um tribunal de recurso previsto por lei[35]. Esta questão aproxima-se, portanto, no nosso entender, de uma lacuna no sistema legal carecida de ser integrada, ainda que tal não fosse de fácil resolução[36], e não de uma opção do legislador no sentido denegador do direito de recurso. Neste sentido, o exercício do direito de recurso deveria ser possibilitado, mesmo que tal implicasse um esforço adicional de interpretação e integração das competências dos tribunais atribuídas pela Lei de Bases da Organização Judiciária.

Nesse contexto, pelo menos numa perspectiva *de jure constituendo*, é necessário assegurar que o processo penal garanta que também este conjunto de arguidos, neste tipo de processos penais, possa exercer o seu direito ao recurso, seja qual for o tribunal competente para os julgar em primeira instância. Tal pode passar, muito simplesmente,

34 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, pág. 138.

35 Na nossa perspectiva, esta questão coloca-se apenas em sede de recurso ordinário, já que para efeitos dos recursos extraordinários, existe uma instância de recurso prevista no Código de Processo Penal.

36 O legislador parlamentar reflectiu o embaraço da questão aquando da Revisão de 2013 tendo referido, em termos dubitativos, que "O Tribunal de Última Instância aparentemente inclina-se para considerar que, como não há instância de recurso prevista para as decisões do Tribunal de Última Instância, não há possibilidade do recorrente exercer o seu direito de recurso nestes casos. A este propósito, ver despacho de indeferimento de um recurso proferido pelo Tribunal de Última Instância no Processo n.º 36/2007".

por atribuir ao Tribunal de Segunda Instância, ou mesmo, ao Tribunal Judicial de Base, a competência para julgar em primeira instância os processos que actualmente, nos termos da Lei de Bases de Organização Judiciária, se encontram atribuídos à competência do Tribunal de Última Instância. Ou, em alternativa, caso se queira manter a competência do mais alto tribunal da hierarquia judicial da RAEM para julgar os titulares dos principais cargos públicos, por certos crimes, torna-se necessário instituir mecanismos processuais que permitam que estes arguidos possam recorrer de uma decisão condenatória para uma segunda instância. Como antecipou o legislador aquando da Revisão de 2013, há várias soluções técnicas possíveis para resolver esta questão, e tal poderá passar por atribuir competências para o efeito em sede de recurso ao Tribunal de Segunda Instância ou por prever um recurso neste tipo de processos para um colectivo alargado do próprio Tribunal de Última Instância, o que de resto não é sequer uma solução inovadora no contexto do ordenamento jurídico da RAEM[37].

3. NOTAS FINAIS

É tempo de terminar. Muito mais haveria para dizer sobre *o que ficou por fazer na Revisão de 2013* e ainda mais haveria que poderia ser dito sobre o que, numa perspectiva de uma futura revisão do Código de Processo Penal, deveria ainda ser feito. Escolhemos, assuma-se claramente, alguns aspectos mais relevantes de entre o amplo leque de questões que merecem a atenção do legislador, e escolhemos aquelas questões que nos parecem ser de particular importância e que, na Revisão de 2013, foram alvo de uma ampla análise e problematização que permitiu que se avançassem com possíveis soluções normativas. Fizemos, no fundo, um balanço daquilo que é já conhecido e onde há já opções legislativas identificadas e das quais o legislador pode, se assim quiser, fazer célere uso.

Certo é que o regime de processo penal da RAEM se deve manter fiel à sua matriz constitucional garantística e respeitadora dos direitos fundamentais dos cidadãos de Macau, e que nas palavras do legislador parlamentar da Revisão de 2013, se tenha sempre em devida em conta "A necessidade do Código de Processo Penal respeitar devidamente o enquadramento da Lei Básica" por se tratar de matéria que é susceptível de comprimir ou delimitar excessivamente "vários dos princípios e direitos fundamentais dos cidadãos

37 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, pág. 139, nota de rodapé n.º 114.

constitucionalmente garantidos"[38]. Há aqui um dever essencial do legislador de ser verdadeiramente cumpridor da constituição penal da RAEM, com evidentes reflexos para o regime ordinário processual penal de Macau, bem como para a sua futura evolução, tendo que se mover no campo da conformidade com a Lei Básica e com o direito internacional aplicável, nomeadamente com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que tão relevante é no campo dos direitos processuais dos particulares.

Terminamos com uma palavra final de franco e sincero elogio ao legislador da Revisão de 2013, que não sendo isento de todas as críticas, e não tendo sido porventura particularmente destemido na resolução das questões e insuficiências processuais que foram aqui sendo brevemente referidas, deixou obra feita e que não se afastou das especiais responsabilidades que lhe assistem no campo do direito processual penal, onde a defesa das liberdades e dos direitos fundamentais assumem um relevo muito especial. Apenas se pode desejar que outras futuras revisões do Código de Processo Penal, que venham a caminho, sejam igualmente conduzidas com a mesma postura respeitadora pelos princípios e direitos dos cidadãos de Macau e pela matriz do ordenamento jurídico contida na Lei Básica.

38 Parecer n.º 3/IV/2013, da 3.ª Comissão Permanente, de 1 de Agosto de 2013, pág. 12.