

EXTRADIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO SUPLETIVA DA JUSTIÇA PENAL*

Miguel João Costa

*Assistente, Tempo Parcial, Faculdade de Direito da Universidade de Macau***

Introdução

Extradição e administração supletiva da justiça penal são institutos intimamente relacionados.

Um estudo sistemático da extradição ficaria incompleto sem uma ponderação das possibilidades que se colocam a jusante da recusa de um pedido de extradição no sentido de efectivar a responsabilidade penal da pessoa visada, entre as quais avulta a de uma actuação penal supletiva. O propósito do presente texto é determinar se essa é uma via adequada para aquele fim.

Por sua vez, a administração supletiva da justiça penal pressupõe necessariamente o instituto da extradição e foi concebida para complementá-lo. Esta precedência lógica e cronológica da extradição aconselha a que seja analisada em primeiro lugar.

1. Extradição

1.1. O *interesse actual* do instituto é manifesto. Ele tem origem remota³,

* O presente texto constitui desenvolvimento de uma intervenção realizada sob o mesmo título no “Seminário de Mestrado e Licenciatura em Direito em Língua Portuguesa sobre a Função do Direito Penal na Sociedade Contemporânea”, organizado pelo Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, com moderação da Prof.^a Doutora Anabela Miranda Rodrigues e comentário da Mestre Teresa Lancry Robalo, no dia 21 de Novembro de 2012.

2 ** Consultor para a área de Processo Penal na Direcção de Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional do Governo da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM).

3 Cf., e.g. – naquela que terá sido, na doutrina portuguesa, um das primeiras sólidas análises do



mas adquire relevância na mesma proporção em que aumenta a facilidade de deslocação e o fluxo de pessoas à escala global⁴.

1.2. Antes de mais, importa definir a “entrega em sentido amplo”, onde se incluem a extradição e a “entrega em sentido estrito”⁵.

Tomando como ponto de partida os ensinamentos de Pedro Caeiro⁶, sugiro, para aquele conceito, a seguinte definição: *acto material coercível de transferência de uma pessoa de uma jurisdição para outra (em regra, a pedido desta), após a realização de um processo e mediante a verificação de certos pressupostos, destinado a efectivar a sua responsabilidade penal*.

Vejamos de forma breve os elementos que a compõem.

a) Dedico a primeira nota, não acidentalmente, à *pessoa visada* pelo instituto, que era encarada, no passado, como mero objecto de um processo entre Estados, mas que é hoje vista como um sujeito titular de direitos, dada a elevada onerosidade que a entrega tem na sua esfera pessoal. Ou, recorrendo à geometria, como terceiro vértice de uma relação que passa a conceber-se como triangular, provocando uma mudança de paradigma⁷.

instituto –, José Caeiro da Matta, *Direito Criminal Português – Volume II*, F. França Amado Editor, 1911, p. 98, n. 1.

- 4 Cf. José Magalhães Godinho, “O asilo político e o direito de extradição”, *Revista da Ordem dos Advogados* (33) III-IV 1973, p. 405, passim. Para uma perspectiva geral sobre os desafios que a globalização veio colocar ao direito penal, v. e.g., José de Faria Costa, *Direito Penal e Globalização – Reflexões não locais e pouco globais*, Coimbra Editora, 2010; Anabela Miranda Rodrigues, “Globalização, Democracia e Crime”, in José de Faria Costa / Marco Antonio Marques da Silva (coord.), *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*, Editora Quartier Latin, 2006, p. 275 s.; Gerhard O. W. Mueller, “The Globalization of Life on Earth, of Crime, and of Crime Prevention: An Essay on how to Deal with the Major Criminals who Threaten the Continued Existence of Humankind”, in Albin Eser / Otto Lagodny (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Society for the Reform of Criminal Law / Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 1992, p. 351 s.
- 5 Para uma análise dos conceitos “entrega”, “extradição” e “transferência”, v. Pedro Caeiro, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português”, in Vital Moreira / M. Leonor Assunção / Pedro Caeiro / Ana Luísa Riquito, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, p. 72-79; Antonio Cassese, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *European Journal of International Law* 10 (1999), p. 164 s.
- 6 Colhidos nas suas Lições (não publicadas) de Direito Processual Penal, no Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano lectivo de 2008/2009, que frequentei.
- 7 Que é assim resumida por Albin Eser, “Basic Issues Concerning Transnational Cooperation in Criminal Cases: A Problem in Outline”, in Edward M. Wise (ed.), *Criminal Science in a Global*



b) O *acto material de transferência* da pessoa é o elemento que nos oferece a dimensão fáctica do instituto e constitui a sua finalidade imediata⁸.

c) O instituto tem, contudo, uma finalidade ulterior, mediata: a *efectivação da responsabilidade penal* daquela pessoa. Ela desdobra-se em duas vertentes – a realização (i.e., instauração ou continuação) de um processo penal e a execução de sentença penal – e depende, em regra, da presença da pessoa no território do Estado⁹. Por isso mesmo – *sc.*, para suprir as situações de ausência – foi criado o instituto da entrega, que não constitui um fim em si mesmo, mas sim um meio teleologicamente ordenado àquela finalidade¹⁰⁻¹¹.

Society, Rothman & Co., 1994, p. 14-15: “Traditionally, the suspect was ignored or, at most, regarded as merely an object of bilateral proceedings between states. Recently, however, the question has been raised (...) as to whether the suspect to be extradited should not be given the status of a subject possessing rights of his own, with the consequence that the extradition relationship may be viewed as a three-way relationship”. Mais simplesmente: “the accused [h] as shifted from being a procedural object to being a legal subject” (ibid., p. 6).

- 8 A escolha do termo “transferência” pode ser contestada (assim, com efeito, Pedro Caeiro, “O Procedimento...”, op. cit., p. 78-79), por aludir, e.g., à forma de cooperação que dá pelo nome de “transferência de pessoas condenadas”: cf. o art. 1.º, n.º 2, al. 4) da Lei da Cooperação Judiciária em Matéria Penal da RAEM (LCJ-M) – Lei n.º 6/2006, de 24 de Julho – e o art. 1.º, n.º 1, al. d) da Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal de Portugal (LCJ-P) – Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto. Porém, tomado numa descomprometida acepção fáctica, o termo cumpre decerto o desígnio de expressar o acto material em causa. Por isso que a LCJ-M o use para definir a forma de cooperação “entrega de infractores em fuga” (cf. o art. 3.º, al. 7)) e que tanto ela como a LCJ-P, em diversos momentos, o usem como modo de abarcar todas formas de cooperação que envolvem esse acto material (cf., e.g., os arts. 27.º, n.º 2, al. 3) e 28.º LCJ-M e 16.º, 26.º, n.º 2, al. c) e 27.º LCJ-P).
- 9 Há duas excepções a esta regra, mas de diminuto alcance. Uma, quanto à realização de processo: os julgamentos *in absentia* – mas, nestes casos, se houver condenação, sobra a execução da sanção aplicada, que normalmente depende da presença da pessoa. Outra, quanto a esta segunda vertente: os casos em que a pena aplicada (maxime, por ser de multa) não pressupõe a presença da pessoa – mas, nestes casos, não pode normalmente haver entrega, dada a reduzida relevância da sanção aplicada (cf. os arts. 32.º, n.º 4 LCJ-M e 31.º, n.º 4 LCJ-P).
- 10 Reconduzindo toda a cooperação judiciária internacional em matéria penal ao conceito de “jurisdição adjuvante”, v. Pedro Caeiro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado – O Caso Português*, Wolters Kluwer Portugal | Coimbra Editora, 2010, p. 43, *passim*.
- 11 Note-se que esta efectivação não constitui ainda o fim último da entrega: fim último será aquele que a aplicação de sanções penais deva prosseguir, nomeadamente de retribuição ou prevenção – cf. Edward M. Wise, “Extradition: The Hypothesis of a Civitas Maxima and the Maxim Aut Dedere Aut Judicare”, *Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP)* 62 (1991), p. 109. Porém, a finalidade das penas é uma questão incindível de “toda a intervenção penal estadual” (Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2007, p. 44) e por isso me parece válido afirmar que a efectivação da responsabilidade penal (que é uma expressão dessa intervenção) constitui já, em si mesma, um fim. Esta conceitualização justifica-se ainda pelo facto de um eventual desencontro entre os



d) Na generalidade dos casos, a entrega pode ter lugar contra a vontade da pessoa visada – i.e., de modo coercivo. Contudo, porque é possível que ela consinta em ser entregue¹², será mais rigoroso adjectivá-la de *coercível*.

e) Na actualidade, a entrega não ocorre necessariamente entre Estados, podendo envolver sujeitos de outra natureza dotados de jurisdição em matéria penal – e.g., tribunais penais internacionais e, como é aqui do maior interesse, regiões administrativas especiais. Por isso deve dizer-se que a entrega tem lugar *de uma jurisdição para outra*.

f) *A pedido desta*, pois rege na cooperação judiciária internacional em matéria penal o princípio do pedido, segundo o qual uma jurisdição não entrega pessoas oficiosamente (*sc.*, por sua iniciativa), mas apenas a requerimento de outra jurisdição – daí esta dizer-se “requerente” e aquela “requerida”. Para afastar unilateralmente pessoas de um território existe um outro instituto, com pressupostos e regras próprios: a expulsão.

Embora sejam escassas, há todavia algumas jurisdições que entregam pessoas por iniciativa própria. Por isso, impõe o rigor que a presente nota definitiva fique caracterizada de modo indicativo (*em regra*).

g) A entrega tem lugar *após a realização de um processo*. Esta nota dá-nos o elemento adjectivo do instituto¹³. Para além da questão da tramitação a observar, está aqui em causa a questão da natureza da(s) entidade(s) a quem compete a decisão sobre pedido de entrega – questão esta em que igualmente se vem registando uma evolução: a mudança de paradigma acima referida (na al. a)) projectou-se numa tendencial transição de um modelo administrativo ou executivo para um modelo judicial¹⁴.

ordenamentos requerente e requerido quanto aos fins das penas nunca se traduzir de modo directo numa recusa: se o pedido visar o fim em si mesmo que é a efectivação da responsabilidade penal e nenhuma outra causa de recusa se verificar, a entrega poderá ser concedida ainda que o fim último prosseguido pelo Estado requerente (e.g., retribuição) seja totalmente diverso daquele que é prosseguido pelo Estado requerido (e.g., prevenção).

12 Cf. os arts. 41.º LCJ-M e 40.º LCJ-P.

13 A entrega surge por vezes tratada, dentro do direito penal global, como instituto de natureza adjectiva. Porém, essa abordagem é incorrecta: trata-se de um instituto completo, dotado de uma componente adjectiva e de outra substantiva (v., já de seguida, a al. h)).

14 Cf. Jacques Lemontey, *Du Rôle de l'Autorité Judiciaire dans la Procédure d'Extradition Passive*, R. Pichon et R. Durant-Auzias, 1966, p. 2: “la conséquence pour l'extradition semble devoir être le passage d'une procédure administrative à une procédure judiciaire”; José Caeiro da Matta, *op. cit.*, p. 97 s. (p. 100): “o instituto da extradição, tornado predominantemente jurisdiccional, dá origem a direitos individuais”; ainda José Magalhães Godinho, “O asilo político e o direito de extradição”, ROA (33) III-IV 1973, p. 427 s., pugnando “decididamente” pelo “sistema da via judiciária”. Neste mesmo sentido, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto – o primeiro instrumento jurídico interno português em matéria de extradição, e aquele que operou a

A transição não foi absoluta, visto que, de um modo geral, a intervenção administrativa ou executiva foi mantida, tendo simplesmente sido acrescida de uma intervenção judicial¹⁵⁻¹⁶. Nestes sistemas mistos, a intervenção executiva visa essencialmente proteger os interesses da jurisdição requerida e a judicial os da pessoa visada, embora seja certo, até pela história do instituto, que os segundos, geralmente, constituem meros reflexos de condições originária e primacialmente estabelecidas com vista à protecção dos primeiros.

h) A entrega depende da *verificação de certos pressupostos* que nos dão o elemento substantivo do instituto.

Esses pressupostos podem ser de natureza formal ou substancial.

Os *formais* dizem sobretudo respeito ao conteúdo dos pedidos e, normalmente, a sua ausência ou insuficiência não obsta à entrega – apenas a adia: por não se tratar de questões de mérito, mas somente de forma, admite-se que a jurisdição requerente faça as correcções necessárias¹⁷. Isso permite que se atribua a esses pressupostos a natureza de – permita-se o recurso ao léxico civilístico – excepções dilatórias.

Os segundos contêm circunstâncias *substanciais* (e.g., aplicabilidade de pena de morte ou falta de garantias processuais básicas na jurisdição requerente) cuja verificação constitui a jurisdição requerida num dever ou faculdade de recusar, no mérito (e, assim, peremptoriamente), o pedido de entrega, decisão que, além do mais, é normalmente insusceptível de recurso por parte da jurisdição requerente¹⁸. Tais circunstâncias costumam designar-se de “causas de recusa” ou

transição de um sistema administrativo para um sistema misto –, onde se lia a seguinte, assertiva, passagem: “O processo de extradição (...) tem obedecido a simples prática administrativa, meramente discricionária, que não garante à pessoa reclamada o exercício de quaisquer direitos. (...) Basta esta circunstância para condenar o sistema e impor a sua abolição”.

Hoje, porém, não pode deixar de atentar-se no paradoxo que é haver domínios de cooperação (sc., o do mandado de detenção europeu [MDE]) em que a intervenção executiva foi suprimida com o intento de limitar as possibilidades de recusa – e em desfavor, portanto, da pessoa visada.

15 É esse, com efeito, o desenho adjectivo tanto da LCJ-M (art. 48.º, n.º 1) como da LCJ-P (art. 46.º, n.º 1), com a importante particularidade de, na primeira, a vertente executiva se desdobrar ainda em duas intervenções de diferentes entidades: uma do Chefe do Executivo, outra do Governo Central. Sobre este modelo, com notável pormenor, v. o Parecer N.º 2/III/2006 da 1.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM (AL), em www.al.gov.mo, p. 12-14, passim.

16 De todo o modo, note-se que mesmo nos sistemas que não suprimiram totalmente a intervenção executiva, pode haver domínios de cooperação em que o processo é da exclusiva competência de uma entidade judicial. É o que sucede, e.g., em Portugal, com a Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, relativa ao mandado de detenção europeu (LMDE).

17 Cf. os arts. 46.º e 47.º LCJ-M e 44.º e 45.º LCJ-P.

18 Cf. os arts. 25.º, n.º 2, 48.º, n.os 1 e 2, 49.º, 59.º e 60.º LCJ-M e 24.º, n.º 2, 46.º, n.os 1 e 2, 47.º, 49.º e 58.º LCJ-P. V. ainda, sobre a ilegitimidade da jurisdição requerente para a interposição de



“obstáculos” à entrega.

O conjunto de obstáculos à entrega pode ser mais amplo ou mais restrito e é esta diferença de amplitude – na medida em que encerre uma diferença em termos da preponderância que a jurisdição requerente assume relativamente à requerida – que nos proporciona, enfim, a distinção entre entrega em sentido estrito e extradição¹⁹.

α. Estaremos perante o instituto da *extradição* quando aquele conjunto for amplo, repleto de obstáculos, muitos deles de origem remota, pensados para relações entre Estados ciosos da sua soberania e ainda não confrontados com a circunstância de a eficácia dos seus próprios sistemas punitivos depender do incremento da cooperação internacional em matéria penal.

E se, hoje, aquela circunstância está instalada, este incremento parece ainda longe de ser satisfatório. Em parte, porque a referida mudança de paradigma, ao ter vindo destacar os direitos da pessoa visada pelo pedido de extradição (o extraditando), determinou a manutenção, ainda quando reconfigurada, de vários obstáculos e a criação de obstáculos novos. Em parte, porque a disparidade de tradições jurídico-penais – que deve ser vista como natural (não é esse o problema) – não é fácil de compensar com confiança recíproca.

β. Mas há já alguns domínios em que as jurisdições partícipes apresentam fortes afinidades jurídicas e políticas e / ou elevada confiança recíproca e nos quais alguns dos tradicionais obstáculos à entrega tendem a ser suprimidos ou flexibilizados, com o consequente alargamento da margem para cooperação. É disso exemplo a cooperação entre Estados-membros da União Europeia (UE) ao abrigo do MDE²⁰, em que se optou, e.g, por uma sensível mitigação do classicíssimo obstáculo da ausência de dupla incriminação²¹.

Idêntica tendência tem vindo a registar-se no domínio da cooperação entre

recurso, os despachos do Supremo Tribunal de Justiça de 21-10-2011 e 13-12-2011, em www.pgdlisboa.pt.

19 Cf. Pedro Caeiro, “O procedimento...”, op. cit., p. 73 s. Supôs-se, temporariamente, que a distinção entre extradição e entrega em sentido estrito assentaria na natureza dos sujeitos (na primeira interviriam apenas Estados e na segunda Estados e sujeitos de outra natureza), mas não é essa a questão decisiva, senão uma mera contingência, tendencialmente associada à questão – essa sim, fulcral – da maior ou menor amplitude da “margem de apreciação dos pedidos” (ibid., p. 75). A distinção encontra ressonância numa outra, entre “cooperação horizontal” (extradição) e “cooperação vertical” (entrega em sentido estrito) – sobre eles, v. ibid., p. 75, passim, e Antonio Cassese, “The Statute of the International Criminal Court...” op. cit., p. 164 s.

20 Sobre o assunto, v. Anabela Miranda Rodrigues, “O mandado de detenção europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC) 13 (2003), p. 36 s.

21 Sobre este obstáculo, em geral e com ulteriores referências, v. Miguel João Costa, “O princípio da dupla incriminação” (em vias de publicação).



Estados e tribunais penais internacionais, embora por motivos diversos: a natureza dos crimes em questão afigura-se incompatível com a manutenção de alguns dos tradicionais obstáculos²² – como, de novo, o da ausência de dupla incriminação.

Há, em ambos os casos, uma elevada flexibilidade das condições para haver cooperação, que faz com que o sujeito requerente se apresente como “verdadeiro *dominus* de um procedimento onde o requerido tem uma função meramente ancilar”²³. Estes casos – que convém distinguir, logo ao nível do nome, do mais rígido instituto da extradição – são, pois, aqueles que se vem reconduzindo ao conceito de *entrega (em sentido estrito)*.

1.3. No direito da RAEM, como em geral, a entrega em sentido amplo é regulada em vários *planos normativos*. Concretamente, e por ordem hierárquica decrescente: “constitucional” (que vai entre aspas porque se reporta à Lei Básica, que não é uma Constituição), internacional (geral e convencional, mas com destaque para o segundo, mais prolífico e tangível) e legal (de aplicação subsidiária em relação aos anteriores).

Dispensando-me de desenvolver aqui a questão das relações paramétricas entre esses ramos jurídicos²⁴, salientarei apenas que a *subsidiariedade* imputada ao plano legal não significa a sua *residualidade*. De facto, as leis internas de cooperação não se aplicam somente na total ausência de disposições de outro(s) ramo(s) (*maxime*, na ausência de convenção internacional aplicável), mas bem assim na sua insuficiência, o que significa que, num mesmo caso, podem ser simultaneamente aplicáveis normas da lei interna e de outros diplomas.

Por outro lado, as leis internas de cooperação, como a LCJ-M, constituem um repositório da tradição jurídica do respectivo ordenamento jurídico nessa matéria. Com efeito, se uma convenção internacional encerra um acordo específico entre jurisdições sobre como protegerem interesses comuns, uma lei interna, destinando a aplicar-se na ausência ou insuficiência de acordos dessa natureza, perfila-se como um conjunto de regras que certa jurisdição, unilateralmente, considera ideais. Isso atribui a tais instrumentos normativos um *carácter paradigmático*.

22 Sobre o assunto, v. Pedro Caeiro, “O Procedimento...”, op. cit., p. 75, passim; Kai Ambos, “The International Criminal Court and the traditional principles of international cooperation in criminal matters”, *The Finnish Yearbook of International Law* 9 (1998), p. 413 s.

23 Pedro Caeiro, “O procedimento...”, op. cit., p. 78.

24 Questão já aflorada em Ilda Cristina Ferreira, “Breves notas sobre o instituto da ‘entrega de infractores em fuga’ na Região Administrativa Especial de Macau”, in José Pina Delgado / Jorge Carlos Fonseca / Liriam Tiujo Delgado (org.), *Aspectos Polémicos da Extradição em Cabo Verde e no Espaço Lusófono – Nacionalidade, Pena Aplicável, Institutos Afins*, Fundação Direito e Justiça & Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, 2009, p. 278-280.

Tudo o que, enfim, justifica que o estudo desta matéria numa dada jurisdição deva partir, se o houver, de um instrumento dessa natureza. No caso da RAEM, acresce que não abundam, na matéria, disposições “constitucionais” nem convenções internacionais a que a mesma se ache vinculada, o que confere à sua lei interna, de momento, em termos relativos, uma elevada *importância prática*.

1.4. O âmbito *de aplicação* da LCJ-M restringe-se à cooperação entre a RAEM e Estados ou Territórios exteriores à República Popular da China²⁵. Está dele excluída a cooperação entre a RAEM e o Interior da China, a Região Administrativa Especial de Hong Kong e Taiwan²⁶, a qual, de momento, não se encontra regulada – o que constitui uma questão premente²⁷, mas não aquela para que tende a presente reflexão.

1.5. À questão de que aqui trato importa, sobretudo, o *conteúdo* da LCJ-M.

25 Cf. os arts. 13.º e 93.º LB, 1.º, n.º 1 LCJ-M e 217.º do Código de Processo Penal (CPP-M).

26 O Parecer da AL, cit., p. 7-8 esclarece que: “Apesar de os mecanismos de cooperação serem semelhantes em ambas as formas de cooperação, a cooperação inter-regional funda-se no princípio da solidariedade entre as regiões que compõem a RPC, tendo como fundamento constitucional o artigo 93.º LB. (...) O Governo [da RAEM] esclareceu que a posição da autoridades do Governo Central «de não aceitarem que as relações inter-regionais sejam reguladas da mesma forma que as relações internacionais, leva a que a lei exclua do âmbito de aplicação as relações inter-regionais, que serão, em princípio, objecto de acordos no âmbito da cooperação judiciária. (...) Sendo esse um dos princípios do Estado Chinês, não faria sentido que a RAEM, ao criar legislação, o fizesse em oposição a esse mesmo princípio». Consequentemente, «o objectivo é excluir, intencionalmente, a cooperação inter-regional, o que significa que a cooperação com outras jurisdições autónomas no espaço da China Continental, Hong Kong ou Taiwan, está excluída do âmbito de aplicação desta lei»”.

27 Sobre ela, v. Viriato Manuel Pinheiro de Lima, “Auxílio Judiciário Mútuo entre a República Popular da China e a Região Administrativa Especial de Macau, após 19 de Dezembro de 1999 – Abordagem Geral”, Revista Jurídica de Macau – N.º Especial: Cooperação Jurídica e Judiciária Inter-Regional, 2004, p. 9 s., Zhao Bingzhi, “Estudo sobre a questão da Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Interior da China e as Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e de Macau”, id., p. 45 s., Zhao Guoqiang, “Auxílio judiciário mútuo inter-regional na China sob a condição de ‘um país, dois sistemas’”, id., p. 83 s., Jorge Costa Oliveira / José Gamito Carrilho, “A cooperação judiciária inter-regional da Região Administrativa Especial de Macau”, id., p. 119 s.; posteriores à LCJ-M, v. Zhao Guoqiang, “Cooperação judiciária inter-regional no âmbito Penal da China, sob o princípio ‘um país, dois sistemas’”, in Leonel Alves / Paulo Cardinal (coord.), 1.as Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direito Processual Penal, Estado Presente e Perspectivas de Evolução, Coimbra Editora, 2009, p. 275 s., Ilda Cristina Ferreira, “Breves notas...”, op. cit. p. 289-290; Miguel Ângelo Lemos, “Direitos Fundamentais e Processo Penal: o Habeas Corpus, o Direito ao Recurso de Decisão Condenatória e as Funções de Tutela de Direitos Fundamentais do Tribunal de Instrução Criminal”, em vias de publicação, gentilmente cedido pelo autor.



Esta lei regula um instituto que nomeia de “entrega de infractores em fuga”.

Contudo, basta uma breve incursão pelas suas disposições para verificar estar-se perante o instituto da extradição – como dificilmente poderia deixar de ser, tratando-se de uma lei destinada a regular a cooperação da RAEM com jurisdições indeterminadas –, com a vastidão de obstáculos que lhe é inerente: falta de reciprocidade, falta de garantias processuais básicas, perseguição ou agravamento de posição processual por motivos discriminatórios, julgamento por tribunal de excepção ou execução de sentença proferida por tribunal dessa natureza, natureza política e militar da infracção, nacionalidade chinesa ou estatuto de residente da RAEM do visado, ausência de dupla incriminação, aplicabilidade de pena de morte, ou pena susceptível de causar lesão irreversível ou de natureza perpétua ou indefinida, etc²⁸.

Além disso, no plano adjectivo, o instituto convoca três intervenções diferentes, todas susceptíveis de obstarem à “entrega”: uma do Governo Popular Central, outra do Chefe do Executivo, outra do Tribunal de Segunda Instância, que é ainda recorrível para o Tribunal de Última Instância²⁹.

Em suma, as feições típicas, materialmente, do instituto da extradição³⁰. E como é a matéria, mais do que a forma, que interessa, assim lhe chamarei³¹.

1.6. Ora, estando-se na presença do instituto da extradição, com a vastidão de obstáculos que lhe é inerente, a recusa de pedidos por parte da RAEM tem de ser encarada como uma situação particularmente provável. Mais provável, decerto, do que se se estivesse materialmente perante o instituto da entrega (em sentido estrito).

Em qualquer dos casos, a questão que assoma é: se a RAEM recusar um

28 Cf. os arts. 5.º, 7.º, 8.º, 9.º, 19.º, 32.º e 33.º LCJ-M.

29 Cf. os arts. 2.º, n.º 2, 48.º, n.os 2 e 3, 50.º, 51.º s. e 59.º, n.º 1 LCJ-M e a Lei n.º 3/2002, de 4 de Março (que regula o procedimento de notificação de pedido no âmbito da cooperação judiciária).

30 Aliás, a existência de uma intervenção do Governo Popular Central, no plano adjectivo, e o facto de a nacionalidade chinesa constituir um obstáculo, no substantivo, faz com que as condições da LCJ-M sejam mais exigentes até do que, e.g., as da LCJ-P, onde o instituto recebe o nome de extradição.

31 O legislador (já desde o CPP-M), provavelmente por preocupações de índole simbólica, terá incorrido no equívoco assinalado supra, n. 17, de que a RAEM, por não ser um Estado, não pode ter um instituto chamado “extradição”. A designação é equívoca ainda quando imputa à pessoa visada a qualidade de “infractor” (que por definição inexistente no momento de decidir do pedido de extradição: cf. infra, o ponto 2.4.a)) e a de “fugitivo” (que, para além de intoleravelmente subjectiva, parece desconsiderar que uma pessoa pode encontrar-se na RAEM sem que a tanto tenha presidido qualquer intenção de fuga – maxime, por ser um residente).



pedido relativo a factos que não violaram o seu ordenamento jurídico-penal³², pode em seguida empreender oficiosamente a sua repressão?

2. Administração supletiva da justiça penal

2.1. A resposta à pergunta formulada no final do ponto anterior é *negativa*: não existe na RAEM uma regra de jurisdição que lhe atribua um poder-dever de exercer a sua jurisdição sobre os factos constantes de um pedido de extradição recusado. Uma regra desse género encontra-se actualmente em vários ordenamentos jurídico-penais, como o português (art. 5.º, n.º 1, al. f) do Código Penal [CP-P]³³) ou o alemão (§7(2)(2) do *Strafgesetzbuch*³⁴), é usualmente designada de “administração supletiva da justiça penal”³⁵ e é uma expressão do

32 Sc., porque não foram (sequer parcialmente) cometidos em território da RAEM, o agente e a vítima não eram residentes da RAEM no momento da sua prática e o bem jurídico lesado não constitui um interesse da RAEM nem universal. Convém explicitar que somente neste caso (que, note-se, é normal, senão mesmo o mais normal) faz sentido colocar aquela questão, pois se os factos tiverem violado o ordenamento da RAEM esta tem uma competência originária e independente do recebimento de um pedido de extradição, se bem que ele não seja irrelevante, pois em certos casos pode optar-se por extraditar em vez de julgar. Sobre o assunto, v. Miguel João Costa, *Dedere Aut Judicare? – A decisão de extraditar ou não extraditar e delimitação do âmbito da decisão entre extraditar e julgar na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal e no Mandado de Detenção Europeu*, Dissertação de Mestrado em Direito Penal, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010, p. 88 s., passim. Mas v. infra, ponto 2.3.b).8).

33 “Salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional: (...) Por estrangeiros que forem encontrados em Portugal e cuja extradição haja sido requerida, quando constituírem crimes que admitam a extradição e esta não possa ser concedida ou seja decidida a não entrega do agente em execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português.”

34 „Für andere Taten, die im Ausland begangen werden, gilt das deutsche Strafrecht, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt und wenn der Täter (...) zur Zeit der Tat Ausländer war, im Inland betroffen und, obwohl das Auslieferungsgesetz seine Auslieferung nach der Art der Tat zuließe, nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungersuchen innerhalb angemessener Frist nicht gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist“. Na tradução inglesa de Michael Bohlander, <http://www.gesetze-im-internet.de>: “German criminal law shall apply to other offences committed abroad if the act is a criminal offence at the locality of its commission or if that locality is not subject to any criminal law jurisdiction, and if the offender: (...) was a foreigner at the time of the offence, is discovered in Germany and, although the Extradition Act would permit extradition for such an offence, is not extradited because a request for extradition within a reasonable period of time is not made, is rejected, or the extradition is not feasible.”

35 Cf., e.g., Jorge de Figueiredo Dias, op. cit., p. 214 s., passim. A designação tem paralelo nas anglófonas “vicarious administration of penal justice” (cf., e.g., Jurgen Meyer, “The Vicarious Administration of Justice: An Overlooked Basis of Jurisdiction”, Harvard International



princípio *aut dedere aut judicare*, extraído do pensamento desenvolvido por Hugo Grócio na obra *De Ivre Belli ac Pacis* (1625)³⁶.

Esta regra atribuiria jurisdição à RAEM sobre factos: (1) cometidos por não residentes; (2) que forem encontrados na RAEM; (3) cuja extradição haja sido requerida; (4) por crimes que admitam a extradição; e (5) esta não possa ser concedida³⁷.

2.2. Que uma regra deste teor não se encontra no Código Penal da RAEM (CP-M) – diploma que constituiria o seu lugar natural – é inequívoco e fácil de constatar: basta percorrer o elenco de bases de jurisdição extraterritorial contido no seu art. 5.º para que essa ausência se manifeste.

Há, porém, uma regra na LCJ-M que parece ter esse teor: aquela que se encontra contida no seu art. 33.º, n.º 2, segundo o qual “[q]uando for negada a entrega de infractor em fuga com fundamento no disposto nas alíneas 1) e 3) do número anterior ou nas als. 4) a 7) do n.º 1 do art. 7.º, é instaurado procedimento penal pelos factos que fundamentam o pedido, sendo solicitados à parte requerente os elementos necessários”³⁸.

Law Journal 31 (1990), p. 108 s.) ou “proxy administration of criminal law” (cf., e.g., Minna Kimpimäki, “Finland”, RIDP 79 (2008), p. 193) e na germânica “stellvertretende Strafrechtspflege” (cf., e.g., Claudia Pappas, *Stellvertretende Strafrechtspflege – Zugleich ein Beitrag zur Ausdehnung Deutscher Strafgewalt* Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, Edition Iuscrim, 1996).

- 36 Hugonis Grotii, *De Jure Belli ac Pacis – Libri Tres*, in quibus Jus Naturæ & Gentium, item Juris Publici præcipua explicantur, Vol. I, Reproduction of the Edition of 1646, in James Brown Scott (ed.), *The Classics of International Law*, Carnegie Institution of Washington 1913, p. 365 s.
- 37 Algumas convenções internacionais a que a RAEM se encontra vinculada preveem esta base de jurisdição quanto a certos crimes ou uma obrigação de estabelecer jurisdição sobre certos crimes – cf., e.g., o art. 5.º, n.º 2 da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; cf. ainda os arts. 5.º, n.º 2 CP-M, 1.º, n.º 3 do Código Civil. Porém, ali, trata-se sempre de regras relativas a conjuntos específicos de crimes, enquanto a regra que está em causa aqui é uma regra geral aplicável à generalidade dos crimes.
- 38 As als. 1) e 3) do n.º anterior referem-se às causas de recusa da territorialidade (“[o] crime tiver sido cometido na RAEM”) e – aí, de modo mitigado – da residência (“[a] pessoa reclamada for residente da RAEM, salvo se o pedido for formulado pelo Estado da sua nacionalidade ou quando a obrigação de entrega decorra de norma por si mesma exequível constante de convenção internacional aplicável em Macau”). As als. 4) a 7) do n.º 1 do art. 7.º, às da ausência ou insuficiência de garantias processuais no Estado requerente (“[o] processo não satisfizer ou não respeitar as exigências de convenções internacionais aplicáveis em Macau”), da perseguição discriminatória (“[h]ouver fundadas razões para crer que a cooperação é solicitada com o fim de perseguir ou punir uma pessoa em virtude da sua nacionalidade, ascendência, raça, sexo, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou pertença a um grupo social determinado”) ou “risco de agravamento da situação processual de

E se é certo que a inserção natural de uma regra de jurisdição é o Código Penal, certo é igualmente que nada impede que outros diplomas estabeleçam regras dessa natureza. Concretamente, nada impediria que a LCJ-M – que não só possui a mesma dignidade normativa que o CP-M, como constitui lei posterior em relação a ele –, tivesse estabelecido uma regra de jurisdição.

Simplesmente, uma interpretação cuidadosa revela-nos que isso não aconteceu.

a) Começando pelo *elemento histórico*, impõe-se firmar que, embora a nota justificativa respectiva o não assuma, a LCJ-M inspira-se claramente na LCJ-P. A sua semelhança com o diploma português é evidente³⁹. Esse facto, que não passa despercebido ao intérprete mais desatento, autoriza indiscutivelmente a utilizar o segundo diploma como referente interpretativo do primeiro.

Por seu turno, a LCJ-P tem como antecedente remoto o Decreto-Lei 437/75, de 16 de Agosto⁴⁰, e como antecedente imediato o Decreto-Lei n.º 43/91, de 22 de Janeiro⁴¹. E foi logo no primeiro desses diplomas que se introduziu a regra que redundaria no vigente art. 32.º, n.º 5 LCJ-P, correspondente ao art. 33.º, n.º 2 LCJ-M, o preceito cujo conteúdo importa em última instância esclarecer.

b) Radicada a norma, cumpre interpretá-la.

α. O precursor *Decreto-Lei 437/75* dispunha, no art. 4.º, n.º 2: “Quando negada a extradição com fundamento em alguns dos casos referidos no número anterior, são solicitados ao Estado requerente os elementos necessários para obrigatoriamente se instaurar procedimento criminal contra a pessoa reclamada pelos factos que fundamentaram o pedido”.

Logo no plano literal, verifica-se que a norma estatuiu um dever, não de agir penalmente, mas de solicitar certos elementos (quando negada a extradição, *são* solicitados)⁴². O exercício de acção penal era referido a título incidental

uma pessoa por qualquer d[ess]as razões” e, por fim, do tribunal de excepção (“[p]uder conduzir a julgamento por um tribunal de excepção ou respeitar a execução de sentença proferida por um tribunal dessa natureza”).

39 Extraordinariamente, a nota justificativa – disponível em www.al.gov.mo – refere apenas que “[o] presente diploma inspira-se em princípios e normas de diversos acordos internacionais”.

40 Para uma análise deste Decreto-Lei, v. Filomena Delgado, “A extradição”, BMJ 367 (1987), p. 62 s. Sobre o direito português da extradição anterior a 1975, v. José Caeiro da Matta, op. cit., p. 99 s.; José Magalhães Godinho, op. cit., p. 403 s.; António Bernardo Colaço, “O procedimento extradicional na óptica do operador judiciário”, RPCC 7 (1997), p. 642 s. De referir que este Decreto-Lei vigorou em Macau – cf. <http://legismac.safp.gov.mo>.

41 Para uma análise deste Decreto-Lei, v. Manuel António Lopes Rocha / Teresa Alves Martins, Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal: Comentários, Decreto-Lei n.º 43/91, de 22 de Janeiro, Editorial Notícias, Aequitas, 1992.

42 Já assim, Miguel João Costa, *Dedere Aut Judicare?*, cit., p. 156 s. Este “dever de solicitação”

(tais elementos são solicitados *para* agir penalmente), sendo que a alusão à obrigatoriedade de agir penalmente se justifica com base no princípio da legalidade processual, que impõe ao Estado a instauração de um processo penal sempre que receba notícia de um crime sob a sua jurisdição.

Por isso – e tendo em conta que, ao tempo, não tinha ainda sido acolhida no CP-P a regra da administração supletiva da justiça penal – o dever de solicitação estatuído pela dita norma da LCJ-P se cingia aos casos “referidos no número anterior”, *sc.*, os de recusa fundada na territorialidade do facto e na nacionalidade portuguesa do extraditando: é que eram essas as únicas causas de recusa obrigatória que supunham (em princípio) a existência de jurisdição do Estado português sobre os factos e, portanto, a possibilidade de agir penalmente. Por conseguinte, se o propósito da norma tivesse sido estabelecer um dever de exercer o *ius puniendi*, ela seria totalmente redundante, pois isso resultava já das correspondentes regras de jurisdição previstas no CP-P (territorialidade e nacionalidade activa ou dupla), conjugadas com o princípio da legalidade processual.

A única possibilidade significativa que vislumbro de a norma, interpretada como estatuinto um dever de agir penalmente, ter algum sentido útil seria considerar que a mesma pretendia incidir sobre factos praticados por pessoas que não eram nacionais portuguesas ao tempo dessa prática e que, por isso, não estavam sujeitas às regras de jurisdição da nacionalidade activa ou dupla – mas que, entretanto, tivessem adquirido essa qualidade e, assim, passassem a beneficiar da causa de recusa da nacionalidade do extraditando. De facto, embora rara, a situação é possível, já que o momento da aferição da nacionalidade não é o mesmo para efeitos da causa de recusa e das regras de jurisdição: no primeiro caso, a nacionalidade afere-se no momento de decidir o pedido de extradição⁴³, pois o desígnio dessa causa de recusa é estritamente o de proteger cidadãos nacionais, sendo a essa luz irrelevante quando adquiriram tal qualidade⁴⁴; já no segundo caso a qualidade de nacional reporta-se ao momento da prática do facto, pois se a qualidade de nacional não existir nesse momento o facto não viola (pelo menos, não em razão das bases de jurisdição da nacionalidade activa

constitui uma racionalização do sistema: quando o Estado tiver o dever de agir penalmente, deve pedir à jurisdição que houver requerido a extradição os elementos que possam ser úteis para tanto.

43 Cf. os arts. 32.º, n.º 6 LCJ-P e 33.º, n.º 4 LCJ-M.

44 Em pormenor, Miguel João Costa, *Dedere Aut Judicare?*, cit., p. 75 s. Na mesma linha, o Parecer da AL, cit., p. 11: “A titularidade do estatuto pessoal de residente [permanente e não permanente] estabelece um vínculo especial entre a pessoa e a Região, gerador de um acervo de direitos e deveres específicos, levando a que a lei dispense um tratamento especial a quem tenha esse estatuto. No âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, é entendimento comum que a entrega de infractores em fuga não deve abranger as pessoas que tenham esse vínculo especial.”



e dupla) o ordenamento jurídico-penal português⁴⁵. Interpretada desse modo, a norma constituiria algo como uma *regra de administração supletiva da justiça penal exclusiva para estrangeiros naturalizados portugueses entre a prática dos factos e o pedido de extradição*. Seria isto que alguns autores supunham quando a qualificavam de manifestação do princípio *aut dedere aut judicare*?⁴⁶ Mas, para além da improbabilidade de uma situação tão rara⁴⁷ ter merecido tratamento particularizado por parte do legislador, assim interpretada, a norma teria criado uma intolerável discriminação dessas pessoas em face daquelas que, não sendo portuguesas ao tempo do pedido, tivessem, por contingência, beneficiado de outra qualquer causa de recusa: as primeiras poderiam ser alvo de uma actuação penal por parte do Estado português, as segundas não. O que, para além de provavelmente indesejado pelo legislador, teria sido inconstitucional, por violação do princípio da igualdade⁴⁸.

β. O *Decreto-Lei 43/91* manteve a norma, no seu art. 31.º, n.º 2: “Quando negada a extradição com fundamento em algum dos casos referidos no número anterior, são solicitados ao Estado requerente os elementos necessários para se instaurar ou continuar procedimento penal contra a pessoa reclamada pelos factos que fundamentam o pedido”.

As únicas alterações relativamente à versão anterior foram a supressão da referência à obrigatoriedade de agir penalmente – que terá visado esclarecer que, mesmo estando reunidas todas as condições necessárias para esse efeito, o recurso a outras formas de cooperação (e.g., à transmissão de processos penais) não está precludido⁴⁹ – e a introdução da referência à possibilidade de continuar processo – que terá visado aclarar que, se já estiver instaurado um processo ao tempo do pedido de extradição, o Estado obviamente não tem de reinstaurá-lo, mas simplesmente de continuá-lo.

De resto, as considerações tecidas acerca da lei precedente conservam inteira validade⁵⁰.

45 Cf. Pedro Caeiro, *Fundamento*, op. cit., p. 333 s. et passim.

46 Cf. e.g. Manuel António Lopes Rocha / Teresa Alves Martins, op. cit., p. 75, embora a propósito do Decreto-Lei 43/91. Mas v. infra, sobre o entendimento dos Aa., a n. 48 e a n. 55.

47 Mas v., para um exemplo, em Portugal, o Ac. TRL de 17-11-2011, em www.dgsi.pt.

48 Cf. o art. 13.º CRP.

49 Neste sentido, Manuel António Lopes Rocha / Teresa Alves Martins, op. cit., p. 75.

50 De um modo que me parece equívoco, Manuel António Lopes Rocha / Teresa Alves Martins, op. cit., p. 74 s., depois de asseverarem que a norma “exprime o reconhecimento, pelo nosso país, do princípio *aut dedere aut judicare*, que o art. 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 437/75 já consagrava”, referem que a mesma abrange, “para além dos casos de recusa fundados na prática do facto em território português ou na nacionalidade portuguesa do agente”, pelo menos, também os de “recusa com fundamento nas als. a) e b) e na al. e) do art. 6.º (crime punível com pena de morte

γ. Em 1998, foi introduzida no *CP-P* (não no Decreto-Lei 43/91), pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, a regra da administração supletiva da justiça penal, com o conteúdo já apresentado e que se manteve, até hoje, intocado. É este o marco a que, de modo praticamente unânime, se liga a introdução dessa base de jurisdição, então aclamada como colmatção de uma grave lacuna⁵¹.

δ. No ano seguinte, a *LCJ-P* veio substituir o Decreto-Lei 43/91 e alterar uma vez mais a redacção da regra em análise, que passou a figurar no art. 32.º, n.º 5 e a ler assim: “Quando for negada a extradição com fundamento nas alíneas do n.º 1 do presente artigo ou nas alíneas d), e) e f) do n.º 1 do artigo 6.º, é instaurado procedimento penal pelos factos que fundamentam o pedido, sendo solicitados ao Estado requerente os elementos necessários”⁵².

A nova redacção parece ter vindo estatuir um dever de agir penalmente: quando negada a extradição, é instaurado procedimento. Contudo, o sentido que lhe imputei manteve-se intacto: o que a norma na verdade estatui é um dever de solicitação dos elementos necessários para agir penalmente⁵³.

O alargamento do seu âmbito de aplicação confirma-o. A nova redacção, para além de manter a referência à recusa fundada na territorialidade e na nacionalidade⁵⁴, que sempre constou da norma, passou a abranger a que se funda na natureza do tribunal (tribunais de excepção), na aplicabilidade de pena de morte ou

ou prisão perpétua no Estado requerente)”. Ora, para além da repetição que ali se contém (as als. a) e b) [do art. 31.º, n.º 1] respeitam à territorialidade e à nacionalidade do extraditando), não se percebe como é que os autores reconduzem ao âmbito de aplicação da norma outras causas de recusa, quando a própria norma (mesmo admitindo que estatuisse um dever de agir penalmente) o cinge às da territorialidade e da nacionalidade portuguesa do extraditando.

- 51 Cf. e.g. Jorge de Figueiredo Dias, op. cit., p. 215; Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português I, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, Verbo, 2001, p. 308.
- 52 Foi ainda acrescentado na parte final do preceito um inciso que não releva para a questão em análise: “O juiz pode impor as medidas cautelares que se afigurem adequadas”.
- 53 Mário Mendes Serrano, “Extradição. Regime e praxis”, in José Manuel da Cruz Bucho / Luís Silva Pereira / Mário Mendes Serrano / Maria da Graça Vicente de Azevedo, *Cooperação Internacional Penal*, CEJ, 2000, p. 52, afirma que esta norma consagra o “mecanismo da denúncia internacional”, figura que, porém, não define e sobre a qual não encontrei outra referência.
- 54 Esta, com as ressalvas estabelecidas nos n.os 2 e 3 do art. 32.º *LCJ*, na linha da alteração ao art. 33.º, n.º 3 *CRP*: “2. É admissível a extradição de cidadãos portugueses do território nacional desde que: a) A extradição de nacionais esteja estabelecida em tratado, convenção ou acordo de que Portugal seja parte; b) Os factos configurem casos de terrorismo ou criminalidade internacional organizada; e c) A ordem jurídica do Estado requerente consagre garantias de um processo justo e equitativo. 3. No caso previsto no número anterior, a extradição apenas terá lugar para fins de procedimento penal e desde que o Estado requerente garanta a devolução da pessoa extraditada a Portugal, para cumprimento da pena ou medida que lhe venha a ser aplicada, após revisão e confirmação nos termos do direito português, salvo se essa pessoa se opuser à devolução por declaração expressa.”



outra de que resulte lesão irreversível da integridade da pessoa e na aplicabilidade de pena ou medida de segurança perpétua ou de duração indefinida⁵⁵. E fê-lo porque a administração supletiva da justiça penal tinha já vindo atribuir ao Estado jurisdição sobre esses casos – na verdade, e como é próprio dessa regra, *em abstracto*, sobre a generalidade dos casos em que a extradição é recusada⁵⁶. Mas o inverso não é verdade, pois a administração supletiva da justiça penal tem um âmbito significativamente mais amplo do que as situações elencadas na norma da LCJ-P, abarcando também os casos de recusa fundada no desrespeito dos direitos humanos pelo processo penal do Estado requerente, da perseguição e repressão discriminatórias e da ausência de reciprocidade⁵⁷. Assim, este desfasamento

55 Nos últimos dois casos, a remissão só é operativa se não se verificarem as ressalvas previstas nas als. a), b) e c) do n.º 2 do mesmo art. 6.º: “2. O disposto nas alíneas e) e f) do número anterior não obsta à cooperação: a) Se o Estado que formula o pedido, por acto irrevogável e vinculativo para os seus tribunais ou outras entidades competentes para a execução da pena, tiver previamente comutado a pena de morte ou outra de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa ou tiver retirado carácter perpétuo ou duração indefinida à pena ou medida de segurança; b) Se, com respeito a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, o Estado requerente oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada; [ou] c) Se o Estado que formula o pedido aceitar a conversão das mesmas penas ou medidas por um tribunal português segundo as disposições da lei portuguesa aplicáveis ao crime que motivou a condenação”.

56 Em concreto, porém, nem todas as recusas de pedidos de extradição podem materializar-se numa actuação penal baseada na administração supletiva da justiça penal. Na verdade, algumas delas são constituídas por circunstâncias que, por motivos diversos, se afiguram incompatíveis com essa actuação. O exemplo mais evidente é o de os factos não constituírem crime segundo a lei penal portuguesa: o Estado não pode extraditar, pois essa circunstância é constitutiva de uma causa de recusa (cf. os arts. 31.º, n.º 2 LCJ-P), nem reprimir penalmente os factos, pois isso constituiria uma óbvia violação do princípio da legalidade criminal (cf. os arts. 29.º, n.os 1 a 4 da Constituição da República Portuguesa [CRP] e 1.º, n.º 1 CP). Tive já a oportunidade de designar estes casos, em que o Estado não pode extraditar nem julgar, como casos de “*nec dedere nec judicare*”: Miguel João Costa, *Dedere Aut Judicare?*, cit., p. 89, passim. Por outro lado, há casos em que o Estado pode recusar a extradição e proceder penalmente, não em consequência dessa recusa, mas porque no momento de decidir sobre o pedido já tinha jurisdição sobre os factos (cf. o art. 18.º, n.º 1 LCJ-P). Esta situação é a única em que o Estado tem verdadeiramente de optar entre extraditar ou julgar, pedindo uma “decisão de *dedere aut judicare* em sentido estrito” (Miguel João Costa, *Dedere Aut Judicare?*, cit., p. 90, passim).

57 Miguel João Costa, *Dedere Aut Judicare?*, cit., p. 26 s. e 165 s. A identificação dos casos de *nec dedere nec judicare* (cf. a n. anterior) pressupõe uma análise pormenorizada de cada uma das causas de recusa existentes, pois só ela permite determinar se são ou não compatíveis com o exercício da jurisdição baseado na regra da administração supletiva da justiça penal. Com efeito, a equivocidade do art. 32.º, n.º 5 LCJ-P pode induzir no erro de que os casos em que tal actuação penal é possível são apenas aqueles que nele são elencados. Exemplo disto encontra-se em Inês Ferreira Leite, *O Conflito de Leis Penais – Natureza e Função do Direito Penal Internacional*,



remata em definitivo a nossa questão, pois embora nada impedisse a LCJ-P de ter criado uma regra de jurisdição, decerto que ela não teria visado reduzir o âmbito de jurisdição já estabelecido no CP-P.

c) *Em suma*, nem o art. 32.º, n.º 5 LCJ-P, nem os preceitos que o precederam estabelecem uma base de jurisdição autónoma. Atendendo a que a lei portuguesa influenciou profundamente a lei da RAEM podemos concluir pela existência de fortes indícios de que o art. 33º, nº 2 LCJ-M também não pretende instituir uma base de jurisdição.

d) O facto de o CP-M não conhecer a base de jurisdição “administração supletiva da justiça penal” não permite que se atribua esse conteúdo à norma da LCJ-M só porque a sua letra não o exclui de modo inequívoco. Na realidade, todos os demais elementos hermenêuticos apontam no sentido contrário.

α. Do ponto de vista *histórico*, e ao contrário do que sucedeu em Portugal, não consta ter-se debatido na comunidade jurídica da RAEM se a ausência de uma regra daquele teor constituiria uma lacuna que devesse ser suprida.

β. No que respeita ao processo legislativo que culminou na LCJ-M, não existe qualquer indício de que o Governo ou a AL tenham tido a *intenção* ou, sequer, suposto que, ao aprovarem aquela específica regra, decalcada da portuguesa, estavam a criar uma base de jurisdição, com o que isso implica.

Pelo contrário, após referir que “as situações de recusa de entrega de infractor em fuga importam um risco de impunidade”, a AL sugere que a solução só pode passar pelo recurso a outras formas de cooperação, “nomeadamente o mecanismo de transmissão de processo penal”⁵⁸. De modo idêntico, o Governo, após asseverar fazer tenção de lutar contra “actos criminosos em que a impunidade está assegurada”, afirma que “[e]ste estado de coisas não pode ser resolvido através do recurso aos instrumentos clássicos, exigindo formas de cooperação internacional diversificadas” que então elenca: “a transmissão de processos penais, a execução de sentenças penais num outro ordenamento, a transferência

Coimbra Editora, 2008, p. 383, n. 1147, quando – a título incidental, diga-se – depara com essa norma: a A, parte das premissas, em si mesmas correctas, de que “nem todos os motivos de recusa da extradição permitem o exercício da competência penal internacional” (os casos a que chamei *nec dedere nec judicare*) e de que “[o CP-P] estabelece uma remissão implícita para a LCJ-P”; contudo, acaba por restringir a resposta ao disposto no art. 32.º, n.º 5 daquele diploma, quando a mesma só pode encontrar-se no exame, caso a caso, das causas de recusa por ela dispersas. Já Manuel António Lopes Rocha / Teresa Alves Martins, op. cit., p. 75, apesar do equívoco referido supra, na n. 48, acabam por concluir, correctamente, que aquela norma da LCJ-P não é susceptível de oferecer o elenco definitivo de casos em que o Estado português deve agir penalmente após recusar um pedido de extradição, outros existindo em “que a razão que fundamenta a recusa de extraditar não obsta, no entanto, a que se mantenha o interesse no efectivo apuramento dos factos e na punição dos seus autores”.

58 Parecer da AL, cit., p. 12.



de pessoas condenadas para cumprimento de penas e medidas de segurança, a vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente e um reforço das formas de cooperação judiciária em geral”⁵⁹. Nenhuma referência é feita, em qualquer dos casos, a um suposto poder-dever da RAEM de exercer a sua jurisdição em matéria penal.

γ. Por fim, no plano *sistemático* encontra-se um indício, ainda que singelo, que aponta no mesmo sentido. O art. 7.º LCJ-M não contém uma norma análoga à que consta do art. 6.º, n.º 5, da LCJ-P⁶⁰, que mande aplicar, em certos casos de recusa de extradição, o art. 33.º, n.º 2 LCJ-M. Isso sugere que o legislador da LCJ-M, ao formular o art. 7.º, estava ciente de que a recusa de extradição com esses fundamentos não implica a subsequente instauração de um processo penal.

d) *Em definitivo*, o art. 33.º, n.º 2 LCJ-M não institui uma base de jurisdição.

2.3. Assente que está a inexistência da regra da administração supletiva da justiça penal no ordenamento jurídico da RAEM, cumpre questionar se ela deveria ser introduzida.

A resposta a essa pergunta impõe que se examine o fundamento da regra. Porém, como não há consenso a esse respeito, é necessário analisar as várias abordagens possíveis.

a) O fundamento que mais frequentemente se invoca para explicar o acolhimento da regra da administração supletiva da justiça penal é o intento de *evitar que uma jurisdição se ofereça como lugar de refúgio para criminosos* – na expressiva formulação de Figueiredo Dias, que se torne um “valhacouto de criminosos estrangeiros”⁶¹.

Porém, como sustenta Pedro Caeiro, essa fundamentação não se afigura adequada. Os factos sobre que a regra incide não violaram o ordenamento jurídico-penal da jurisdição requerida⁶², os seus agentes não foram condenados na jurisdição requerida por sentença transitada em julgado e, caso o tenham sido noutra jurisdição (*maxime*, na requerente), essa sentença todavia não foi revista e confirmada pela jurisdição requerida e, portanto, não é aí executável. Tudo o que torna aquela fundamentação dificilmente compatível com um direito penal do facto⁶³.

Além disso, ela não logra explicar por que razão a administração supletiva

59 Nota justificativa, cit. p. 1-2.

60 “Quando for negada a extradição (...), aplica-se o (...) n.º 5 do artigo 32.º”.

61 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal...* op. cit., p. 215 e já em “Compétence des Jurisdictions Pénales Portugaises pour les Infractions Commises a l’Étranger”, BFDUC XLI (1965), p. 131.

62 Cf. Pedro Caeiro, *Fundamento...* op. cit., p. 333 s., *passim*.

63 Assim, Pedro Caeiro, *Fundamento...* op. cit., p. 342, n. 869.



da justiça penal depende do recebimento de um pedido de extradição. Com efeito, se o seu objectivo fosse evitar a fixação de “criminosos” no território nacional, que sentido teria fazê-la depender da “manifestação *concreta* de uma pretensão punitiva alheia”⁶⁴?

b) A regra encontraria, então, o seu fundamento no desígnio de *colaborar com outras jurisdições na repressão de crimes*, relevando da cooperação judiciária internacional em matéria penal⁶⁵.

Porém, a meu ver, tal concepção não é compatível com a configuração actual desta base de jurisdição. Na verdade, a conjugação da administração supletiva da justiça penal com o princípio da legalidade processual faz com que a rejeição de um pedido de extradição desencadeie uma actuação repressiva por parte da jurisdição requerida, *obrigando-a* a intervir penalmente, sem qualquer consideração pela vontade da jurisdição em cujo nome supostamente o faz⁶⁶, mesmo que esta jurisdição manifeste desinteresse nisso – o que é perfeitamente concebível, e.g., por considerar que as finalidades do seu sistema punitivo só seriam satisfeitas se os factos fossem investigados e julgados aí⁶⁷.

c) Deste modo, a fundamentação da regra da administração supletiva da justiça penal na cooperação internacional, que se afigura de acolher, deveria ser levada até às suas últimas consequências. E aquilo que ela parece impor é uma

64 Pedro Caeiro, *Fundamento...* op. cit., p. 342, n. 869. V. igualmente Christopher L. Blakesley / Otto Lagodny, “Competing National Laws: Network or Jungle?”, in Albin Eser / Otto Lagodny (eds.), op. cit., p. 99, referindo que a regra da administração supletiva da justiça penal “has to be restricted to cases in which the state wherein the crime has been committed really wants the fugitive to be extradited (as indicated by a request for his extradition)”.

65 Pedro Caeiro, *Fundamento...* op. cit., p. 341-342.

66 V. Frank Höpfel / Claudia Angermaier, “Adjudicating International Crimes”, in Philip Reichel (ed.), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, Sage Publications, 2005, p. 336, articulando também a administração supletiva da justiça penal e o princípio da legalidade processual e concluindo que, “[i]n this sense, there is (...) an obligation to prosecute if a person cannot be extradited”. Em contraste, os sistemas onde a promoção processual assenta num princípio de oportunidade permitem optar pela não instauração de processo e, assim, contornar a incompatibilidade referida (mas v. ainda infra, n. 71).

67 Esta noção, com o exemplo dado, foi-me sugerida por Miguel Ângelo Lemos, em conversa informal. Um outro exemplo, porventura de ocorrência mais provável, será o de a jurisdição requerente pretender evitar que os factos fiquem cobertos pela regra *ne bis in idem*, deixando-a para sempre impedida de julgá-los. A propósito, Julian J. E. Schutte, “Enforcement Measures in International Criminal Law”, RIDP 52 (1981), p. 441-453, adverte que a disseminação da administração supletiva da justiça penal torna premente a aceitação ampla do princípio *ne bis in idem* em relação às decisões proferidas por outras jurisdições na sequência de processos baseados nessa regra, pois se as jurisdições (em particular, as que a não acolhem, pois serão essas as que terão mais reservas a opor-lhe) não aceitarem a força de caso julgado daquelas decisões, será expectável que ocorram segundos julgamentos injustos.



jurisdição, mais do que supletiva, *delegada*, em que o exercício da jurisdição sancionatória por parte da entidade a quem a extradição é requerida dependa de um pedido nesse sentido por parte da entidade requerente. Pedido esse que até pode configurar-se como tácito⁶⁸, sendo “ficcional” a partir de um pedido de extradição (como acontece na administração supletiva da justiça penal)⁶⁹, desde que contenha uma intenção delegante – o que implica que seja susceptível, pelo menos até certo momento, de revogação.

2.4. Ora, esse título de jurisdição já existe na RAEM, pois decorre dos procedimentos de *transmissão ou delegação de processos penais* (arts. 75.º s. LCJ-M) e de *execução de sentenças penais* (arts. 89.º s. LCJ-M)⁷⁰.

Estas formas de cooperação não apresentam o inconveniente identificado na regra da administração supletiva da justiça penal, porque dependem de um pedido expresso nesse sentido por parte de uma jurisdição interessada, e permitem cooperar com outras jurisdições na repressão de crimes, pois encerram um poder em tudo idêntico àquele que administração supletiva da justiça penal envolve: a *transmissão de processos* atribui a uma jurisdição o poder de conhecer factos que podem não ter violado o seu ordenamento jurídico-penal⁷¹; a *execução de sentenças* atribui a uma jurisdição o poder de executar sanções relativas a factos que podem não ter violado o seu ordenamento jurídico-penal⁷². Assim, pode

68 Cf. Marc Henzelin, *Le Principe l'Universalité en Droit Pénal International. Droit et Obligation pour les États de Poursuivre et Juger selon le Principe de l'Universalité*, Helbing & Lichtenhahn / E. Bruylant, 2000, p. 244, dando como pressuposto que a natureza tácita do pedido não impede que haja delegação: “Nous parlerons de délégation de compétence judiciaire à un autre Etat lorsque l'Etat délégant demande expressément ou tacitement à l'Etat délégataire d'exercer à sa place ses propres pouvoirs judiciaires”.

69 Richard van Elst / Harmen van der Wilt, “Netherlands”, RIDP 79 (2008 / 1-2), p. 353: “a fiction (‘fictie’) which in the end ‘translates’ a request to extradite into a request to take over criminal proceedings”.

70 Assim como existe na generalidade das jurisdições que têm a regra da administração supletiva da justiça penal. Em Portugal, já existia antes dela. O que, além de tornar incompreensível sua introdução, tende a criar diferenciações difíceis, racionalmente, de entender: os pressupostos da delegação de processo e da execução de sentença penal estrangeira são diferentes (ainda que apenas ligeiramente) dos daquela regra, com a agravante de serem mais exigentes nas primeiras, em que a jurisdição estrangeira pede expressamente cooperação. Isto, para além da já assinalada questão de a administração supletiva da justiça penal poder contrariar a vontade da jurisdição estrangeira (v., já de seguida, o texto e supra, o ponto 2.4.b)). Sobre uma outra assimetria entre a administração supletiva da justiça penal e a execução de sentença penal estrangeira, v. ainda infra, n. 70.

71 Cf. Pedro Caeiro, *Fundamento...* op. cit., p. 341; Inês Ferreira Leite, op. cit., p. 384.

72 E contudo é incomum a execução de sentenças surgir tratada no contexto da administração



recorrer-se à primeira nos casos em que o pedido de extradição recusado visava a instauração ou continuação de um processo penal não concluído e à segunda naqueles em que o pedido de extradição recusado visava a execução de uma sentença já proferida.

Consequentemente, creio que a introdução da regra da administração supletiva da justiça penal no direito da RAEM *não teria qualquer vantagem* (e que a não tem nas jurisdições onde foi já acolhida e coexiste com aquelas formas de cooperação)⁷³.

supletiva da justiça penal e do princípio aut dedere aut judicare. M. Cherif Bassiouni, “The Philosophy and Policy of International Criminal Justice”, in Lal Chand Vohrah (et al., eds.), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honor of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, p. 95, tangencia essa abordagem quando afirma que uma implementação completa e eficaz daquele princípio pressuporia o reconhecimento de julgamentos penais estrangeiros. Mas, segundo pude apurar, apenas Michał Płachta, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation: A Comparative Study*, Max-Planck-Institut, 1993, p. 191 s., e “Contemporary Problems of Extradition: Human Rights, Grounds for Refusal and the Principle Aut Dedere Aut Judicare”, RMS 57 (2001), p. 85 afirma dever imputar-se-lhe a dimensão de “*pœnam persequi*”: “The ‘judicare’ option should be interpreted in functional and not strictly legal (‘legalistic’) terms. Consequently, the meaning of this alternative should not be limited to two stages of the criminal process, i.e. prosecution and trial. The requested state should be allowed to fulfill its obligation under the rule aut dedere aut judicare by undertaking to enforce the final sentence imposed on the offender whose extradition was requested”. Em ordenamentos jurídico-penais como o português, onde a jurisdição supletiva e a execução de sentenças penais coexistem, a não acentuação desta ideia tem consequências algo estranhas: a jurisdição requerida, após recusar a extradição por factos pelos quais o extraditando foi já condenado na jurisdição requerente, tem de instaurar um novo processo pelos mesmos factos com base na administração supletiva da justiça penal; mas não pode, a menos que essa jurisdição lho peça expressamente, tentar executar a sentença já proferida – o que seria não só mais satisfatório para a requerente (que vê a sentença por si proferida ser executada, ainda que em termos revistos), como bastante menos oneroso para a requerida (segundo o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça português de 23/06/2010, em www.dgsi.pt, o processo de execução de sentença penal estrangeira é menos oneroso até do que o processo de extradição passiva).

- 73 Em teoria, é possível, embora extremamente improvável, que uma jurisdição não disponha da possibilidade jurídica de requerer a delegação de processo ou a execução de sentença penal e, nesse caso, a administração supletiva da justiça penal poderá constituir o único meio de evitar uma situação de impunidade injustificada. Por isto, em alternativa à solução defendida no texto, poderia equacionar-se o acolhimento da administração supletiva da justiça penal acompanhado da introdução de uma margem de oportunidade quanto à promoção de processos fundados nessa base de jurisdição (cf. *supra*, a n. 64). Contudo, para além de susceptível de colocar problemas aos sistemas baseados no princípio da legalidade, essa solução não resolveria em definitivo o inconveniente assinalado à administração supletiva da justiça penal conforme configurada actualmente, pois não está em causa uma questão que deva ficar aberta a ponderação casuística, mas sim resolvida num plano abstracto: segundo se defendeu, a instauração de processo nunca deve ter lugar se a jurisdição estrangeira não o pretender.



Caso a RAEM pretenda – como deve pretender – participar mais intensamente no movimento de reacção contra a impunidade injustificada, o caminho a trilhar deverá passar por uma *ponderada flexibilização dos pressupostos de que dependem as várias formas de cooperação de que dispõe*. Com destaque, neste contexto, para a *transmissão de processos penais* e a *execução de sentenças penais estrangeiras*, pois são essas as formas de cooperação que permitem alcançar as mesmas finalidades essenciais da administração supletiva da justiça penal.

Não é possível, neste contexto, identificar de forma definitiva os meios de conseguir a dita flexibilização, mas esta exposição não ficaria completa sem ao menos uma *breve ilustração* daquele que deve ser o rumo a trilhar. Não sem antes sublinhar que o uso do adjetivo “ponderada” pretende ressaltar que ela não deve, obviamente, desvirtuar os valores essenciais que integram a tradição jurídica da RAEM na matéria. Feita a ressalva, pode apontar-se, então, como exemplo, a supressão ou, pelo menos, redução, da medida de gravidade abstracta da infracção ou da medida concreta da sanção necessária para que a RAEM aceite pedidos de transmissão de processo ou de execução de sentença estrangeira, respectivamente⁷⁴.

Suma

A distinção entre as figuras da entrega (em sentido estrito) e da extradição permite concluir que o instituto regulado na LCJ-M, embora designado “entrega de infractores em fuga”, corresponde à extradição, com o vasto leque de obstáculos que lhe é inerente.

Essa circunstância dá um relevo especial à questão de saber se a RAEM, a fim de evitar as situações de injustificada impunidade que se perfilam como a consequência natural das decisões de recusa da extradição, pode empreender oficiosamente a repressão dos factos pelos quais esta é requerida. A resposta a tal questão é negativa, uma vez que não existe no direito da RAEM a base de jurisdição geralmente conhecida como “administração supletiva da justiça penal”.

Por outro lado, não parece conveniente introduzir esta regra de aplicabilidade no ordenamento jurídico da RAEM, pois ela é susceptível de, paradoxalmente, contrariar o único fundamento em que poderia assentar: o desígnio de cooperar com outras jurisdições na repressão de crimes.

Na realidade, a cooperação internacional contra o crime pode já ser levada a cabo, na RAEM, através da transmissão de processos penais e da execução de sentenças penais estrangeiras, formas de cooperação cujo âmbito de aplicação pode ser ampliado sem que isso comporte uma deturpação dos valores essenciais que integram a tradição jurídica da RAEM na matéria.

74 Cf. os arts. 76.º, n.º 1, al. 3) e 90.º, n.º 1, al. 8) LCJ-M.

